

VOLUME 25

David Zandirad

La religion au travail

COLLECTION LATINE

Helbing Lichtenhahn

David Zandirad

La religion au travail

COLLECTION LATINE

fondée par Marco Borghi et Nicolas Queloz, professeurs émérites
de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

David Zandirad

La religion au travail

COLLECTION LATINE

Helbing Lichtenhahn

Pour cette thèse, rédigée sous la direction du Professeur Vincent Martenet, l'auteur a reçu le titre de Docteur en droit de l'Université de Lausanne avec la mention *summa cum laude*.

Publié avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique.

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4824-2



Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification 4.0 International.

ISBN 978-3-7190-4824-2 (édition imprimée)

2024, Helbing Lichtenhahn, Bâle

www.helbing.ch

À ma famille

« *rerum concordia discors* »,
« *concorde dans la discorde [de l'univers]* »

HORACE, *Épîtres*, Livre I, XII, 19.

Avant-propos

Lorsque j'ai proposé au Prof. Vincent Martenet de faire une thèse de doctorat sur la religion au travail, celui-ci a immédiatement accepté de la diriger. Il a assuré une direction qui ferait le bonheur de tout doctorant, caractérisée par une disponibilité sans faille pour discuter de mes interrogations et doutes, des remarques toujours pertinentes et des encouragements sans lesquels la qualité et la profondeur de ce travail n'eussent assurément pas été les mêmes. Qu'il en soit remercié mille fois et daigne accepter la dette intellectuelle que je lui porte.

Mes recherches doctorales se sont étalées entre la Suisse et le Canada de 2017 à 2022, années durant lesquelles la Cour de justice de l'Union européenne a entièrement édifié le cadre juridique dans lequel l'entreprise privée peut instituer une politique de neutralité religieuse, mais aussi pendant lesquelles le peuple genevois et le parlement québécois ont chacun adopté une Loi sur la laïcité de l'État à seulement trois mois d'intervalle en 2019, avec pour première conséquence de restreindre le port de signes religieux par des agents de l'État dans l'exercice de leurs fonctions.

Face à ce sujet en constant mouvement, une production doctrinale pléthorique, mais qui prend à chaque fois en compte un aspect de la problématique: le port des signes religieux dans le secteur privé ou dans la fonction publique, un angle d'analyse particulier tel que le droit du travail ou le droit constitutionnel, etc. Ayant l'occasion de rédiger une thèse et non un article, j'ai fait le choix de mener une étude juridique globale sur un sujet qui nous est contemporain, qui interroge la relation complexe qu'entretiennent le droit du travail et les droits fondamentaux et qui mérite une contribution d'ampleur à l'heure où se pose à nouveaux frais la question des termes du bien vivre ensemble.

La thèse est certes un cheminement intellectuel – avec un soupçon d'émotion –, mais aussi un *récit*, par conséquent susceptible d'un intérêt narratif. Dans cette veine, en empruntant la typologie greimassienne, le *travailleur* et l'*employeur*, figures juridiques apparemment antagonistes, seraient les deux «héros» (sujets), en quête de l'exer-

cice maximal de leurs droits respectifs (objets), désirs également *a priori* antagoniques. Ces considérations s’ancrent à dire vrai dans un contexte qui surpasse largement les parties individuelles au rapport de travail. Une réflexion juridique transversale afin d’appréhender la problématique dans sa globalité était donc nécessaire. C’est pourquoi les considérations qui ont été développées tout au long de cette thèse ont été replacées dans les toiles de fond juridiques principales qui ont actuellement cours dans notre société et qui se devaient d’être mentionnées afin de comprendre ce qui se cache et se joue derrière les motifs des nombreux arrêts rendus.

L’énergie déployée dans ce projet doctoral a ainsi consisté à mettre sous la loupe juridique les rapports ambivalents qu’ont entretenus la religion et le travail, qu’ils entretiennent aujourd’hui et qu’ils entretiendront possiblement demain. Cette thèse se présente en définitive comme un plaidoyer en faveur d’un équilibre cohérent – à défaut d’un *juste* équilibre –, face aux antagonismes nombreux qui caractérisent ce sujet : droits du travailleur face aux droits de l’employeur, entreprise privée face à l’administration publique, laïcité républicaine face à la «laïcité» anglo-saxonne, etc.

L’ascèse doctorale qui m’a constamment guidé durant ces cinq années est d’avoir tenté au mieux de surpasser ces dualismes antagoniques, en essayant perpétuellement d’adopter une position nuancée, construite à l’épreuve des institutions juridiques en vigueur, en tenant compte des diverses traditions juridiques, et surtout orientée à la faveur d’une sauvegarde de la vie en commun dans l’entreprise, car il s’agit bien *in fine* de s’interroger sur les modalités les plus désirables du vivre ensemble dans la sphère professionnelle, en vue de parvenir à une «paix du travail».

Ce travail intéressera spécialement les chercheurs en droit se consacrant à des recherches portant sur la religion au travail et plus largement en droit du travail et en droits fondamentaux, dans une perspective comparatiste ou interdisciplinaire, mais également les juristes et magistrats travaillistes ainsi que les ressources humaines d’entreprises et d’administrations publiques, qui sont de plus en plus confrontés à la problématique de la religion au travail.

Chargés d’évaluer mon étude, les membres du jury de thèse m’ont fait le privilège d’une véritable discussion doctrinale, ouverte et enrichissante. Que soient ainsi vivement remerciés, pour leur lecture acérée et leurs remarques pertinentes, les Prof. Camille PERRIER DEPEURSINGE (professeure associée à l’Université de Lausanne et présidente du jury), Karine LEMPEN (professeure ordinaire à l’Université de Genève), Jean-François GAUDREULT-DESBIENS (professeur titulaire à l’Université de Montréal), Rémy WYLER (professeur associé à l’Université de Lausanne) et bien sûr Vincent MARTENET (professeur ordinaire à l’Université de Lausanne et directeur de thèse).

Je remercie également l'organisme de recherche Mitacs et l'Université de Lausanne, mon *alma mater*, pour m'avoir généreusement attribué une bourse afin d'effectuer un séjour de recherche doctoral à l'Université de Montréal, séjour qui fut aussi fécond pour la construction de ma réflexion doctorale que nécessaire pour la compréhension des enjeux liés à ma thèse, ainsi que le Prof. Jean-François GAUDREULT-DES-BIENS pour l'accueil chaleureux qu'il m'a réservé sur place et pour nos longues et riches discussions, qui m'ont nettement aidé à comprendre les enjeux au Québec et au Canada et ont contribué à me forger un esprit de comparatiste indispensable à tout chercheur en droit.

Mes plus vifs remerciements vont également au Prof. Rémy WYLER, mon maître de stage au moment de soutenir ma thèse et de rédiger ces lignes, pour ses conseils, ses encouragements et la confiance qu'il m'a toujours accordée.

Que soient encore remerciés M. Jérôme Voumard, directeur éditorial de la maison d'édition Helbing Lichtenhahn, pour son efficace appui, les typographes et correcteurs pour leur relecture attentive du manuscrit, ainsi que le Fonds national suisse, qui a généreusement contribué au financement de cette publication.

Enfin, cette thèse ne serait jamais advenue sans mes collègues, devenus amis au fil de ces années de recherche, auprès de qui j'ai pu non seulement trouver une oreille attentive mais aussi – et surtout – avec qui j'ai eu le bonheur de cheminer au travers de cette épopée doctorale; et bien sûr sans le soutien permanent de ma famille, à qui je dois simplement tout.

En évoquant plus haut l'énergie déployée pour écrire cette thèse, je me réfère également à son sens ancien, *energeia*, désignant chez Aristote l'accomplissement de l'action, le passage à l'acte de la *dunamis* (potentiel, puissance) – notions aujourd'hui confondues. Le travail, ainsi que l'a rappelé Bernard Stiegler, n'a pas de mot unitaire en grec ancien, c'est ce qu'on appelait autrefois l'*ergon*, l'œuvre, l'ouvrage. Et dans le mot «ouvrage», on entend le verbe «ouvrer», qui veut dire opérer. Le travail consiste à ouvrir le monde, qui peut être un tout petit monde, mais un monde – plutôt que ce qui nous apparaît de plus en plus comme étant l'immonde. L'*energeia* est ce passage à l'acte de l'*ergon* tendu vers son achèvement. Espérons simplement que ce travail ait produit quelque œuvre, à défaut d'un chef-d'œuvre.

Lausanne, le 1^{er} décembre 2023

David Zandirad

Sommaire

Avant-propos	IX
Table des matières	XVII
Table des abréviations	XXIX
Bibliographie	XXXV
Prolégomènes	1
Quelques mots de méthode en guise d'ouverture	3
Qu'est-ce que la «religion» (en droit)?	5
Qu'entend-on par le «(droit du) travail»?	14
Religion, droit et droits de l'Homme ou la dyade sacré-profane	18
Liberté religieuse et droit du travail: deux paradigmes juridiques aux allures <i>antinomiques</i> ?	22
Envoi vers notre thèse	29
Première partie: La religion et le travail saisis par le droit – Introduction métajuridique dans une perspective diachronique	31
Chapitre 1: Travail dans la religion et religion au travail	33
I. De l'origine religieuse du travail à la religion du travail	34
II. De l'unité à la diversité religieuse <i>et</i> juridique au travail	45
III. La laïcité et la sécularité comme facteurs d'influence extrinsèques sur la religion au travail	62
Synthèse du Chapitre 1	72

Chapitre 2: Droits fondamentaux et religion dans les rapports de travail	75
I. Sources juridiquement consacrées	76
II. Champ d'application matériel de la liberté religieuse	93
III. Champ d'application personnel de la liberté religieuse	100
Synthèse du Chapitre 2	115
Chapitre 3: Unité dans la diversité des rapports de travail	119
I. De la variété des <i>corpus</i> juridiques dans les rapports de travail	120
II. De l'unité des principes généraux du droit du travail	140
Synthèse du Chapitre 3	157
Deuxième partie: La religion au travail – Analyse casuistique de rapports ambivalents	159
Chapitre 4: La religion <i>avant</i> les rapports de travail	161
I. La religion lors de la postulation	162
II. La religion lors de l'entretien d'embauche	187
III. La religion lors de l'engagement – ou du refus d'embauche	203
Synthèse du Chapitre 4	215
Chapitre 5: La religion pendant les rapports de travail	219
I. Variation des pratiques religieuses <i>au cours</i> du rapport de travail	220
II. Rites religieux <i>au</i> travail	236
III. Pratiques religieuses <i>en dehors</i> du travail	259
IV. Conflit de conscience et refus d'exécuter le travail	290
V. Port de signes religieux au travail	311
VI. Religion et relations professionnelles	355
Synthèse du Chapitre 5	367
Chapitre 6: La religion à la fin et après les rapports de travail	371
I. Licenciement fondé sur des motifs religieux	372
II. Données personnelles, religion et devoirs post-contractuels	384
III. Les tribunaux étatiques face à la justice ecclésiastique	388
Synthèse du Chapitre 6	395

Troisième partie: Repenser la religion au travail – Droit comparé et essai de prospective juridique	397
Chapitre 7: Les «accommodements religieux» au travail: l'autre approche, venue d'outre-Atlantique	399
I. Les accommodements raisonnables dans le contexte juridique du Canada et du Québec	400
II. Les accommodements raisonnables pour des motifs religieux au travail	410
III. Quels accommodements raisonnables en droit suisse et européen?	453
IV. Regard transatlantique sur la religion au travail	473
Synthèse du Chapitre 7	496
Chapitre 8: De la religion dans l'entreprise à la religion de l'entreprise	499
I. La religion dans l'entreprise de demain	500
II. Numérisation du travail: quelle place pour la religion?	512
III. Une harmonie à trouver entre liberté et neutralité religieuse au travail	522
Synthèse du Chapitre 8	542
Conclusion générale	545
Synthèse générale	547
Réflexions conclusives et esquisses de propositions	550
Index	555

Table des matières

Avant-propos	IX
Sommaire	XIII
Table des abréviations	XXIX
Bibliographie	XXXV
Prolégomènes	1
Quelques mots de méthode en guise d'ouverture	3
Qu'est-ce que la «religion» (en droit)?	5
Qu'entend-on par le «(droit du) travail»?	14
Religion, droit et droits de l'Homme ou la dyade sacré-profane	18
Liberté religieuse et droit du travail: deux paradigmes juridiques aux allures <i>antinomiques</i> ?	22
Envoi vers notre thèse	29
Première partie: La religion et le travail saisis par le droit – Introduction métajuridique dans une perspective diachronique	31
Chapitre 1: Travail dans la religion et religion au travail	33
I. De l'origine religieuse du travail à la religion du travail	34
A. Des racines profondément religieuses du travail dans l'Antiquité	34
1. Le travail dans la cosmogonie de la Grèce antique	35
2. Le travail dans la Bible	36
B. La sécularisation progressive du travail au Moyen Âge	37
1. Le travail dans la tradition chrétienne occidentale	37
2. Le travail dans la Réforme et sa sécularisation progressive	38
C. Le triomphe moderne de la «Religion du travail»	39
1. Le mythe moderne du travail	40
2. La «Religion industrielle»: de l'État-Église à l'État-Entreprise	42

3. La révolution technologique empreinte de religiosité	44
II. De l'unité à la diversité religieuse <i>et</i> juridique au travail	45
A. Un pluralisme religieux contemporain affermi et individualisé	45
1. Hétérogénéisation religieuse des sociétés occidentales contemporaines	46
2. Quantification et qualification du «fait» religieux au travail	48
3. Individualisation et pluralisation de la religion	49
B. Le polythéisme des valeurs comme creuset de normativités émergentes	51
1. Individualisation du travail et du droit du travail	52
2. Le droit du travail entre <i>autonomie</i> (contrat) et <i>hétéronomie</i> (loi)	53
3. Le partenariat social ou le <i>droit négocié</i> en expansion	56
C. Une démocratie <i>dialogique</i> au défi des minorités religieuses	58
1. Une double individualisation de la religion et du travail vers un droit du travail <i>adaptatif</i>	59
2. De la <i>réglementation</i> à la <i>régulation</i> de la religion au travail	59
III. La laïcité et la sécularité comme facteurs d'influence extrinsèques sur la religion au travail	62
A. La laïcité comme attribut des institutions étatiques	62
1. Séparation, neutralité et laïcité	63
2. En Europe: une absence de modèle institutionnel	66
3. En Suisse: une neutralité confessionnelle <i>relative</i>	69
B. La sécularité comme donnée des <i>sociétés</i> occidentales	70
Synthèse du Chapitre 1	72
Chapitre 2: Droits fondamentaux et religion dans les rapports de travail	75
I. Sources juridiquement consacrées	76
A. Liberté de religion	77
1. Consécration internationale	78
a. Convention européenne des droits de l'homme	78
b. Pacte international relatif aux droits civils et politiques	79
c. Excursus: Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	79
2. Consécration internes	80
a. Constitution fédérale	80
b. Constitutions cantonales	80
3. Relais de droit ordinaire	81
4. Restrictions	81
a. Base légale	82
b. Intérêt public et protection des droits fondamentaux d'autrui	83
c. Proportionnalité	84
d. Noyau intangible ou essence de la liberté	85
B. Interdiction de la discrimination religieuse	86
1. Consécration internationale	86
a. Convention européenne des droits de l'homme	86
b. Pactes ONU I et II	86
c. Conventions spécifiques	87
d. Excursus: droit européen	88

2.	Consécration interne	88
a.	Constitution fédérale	88
b.	Constitutions cantonales	90
3.	Relais de droit ordinaire	90
4.	Justification de la distinction ou de l'assimilation	90
C.	Liberté économique	91
1.	Consécration internationale	91
a.	CEDH et Pactes ONU I et II	91
b.	Excursus: droit européen	92
2.	Consécration interne	92
3.	Relais de droit ordinaire	93
4.	Restrictions	93
II.	Champ d'application matériel de la liberté religieuse	93
A.	Liberté religieuse positive et négative	94
B.	<i>Forum internum</i> et <i>forum externum</i>	95
C.	Subjectivisme et objectivisme dans l'appréhension judiciaire des croyances religieuses	98
III.	Champ d'application personnel de la liberté religieuse	100
A.	Travailleur	100
1.	Fonction publique	101
2.	Secteur privé	101
3.	Entreprise de tendance	101
B.	Employeur	101
1.	État-employeur	101
a.	Collectivités et entreprises publiques	102
b.	Personnes privées délégataires de la puissance publique	103
2.	Églises et autres personnes morales poursuivant un but religieux, spirituel ou idéal	106
a.	Entreprise de tendance religieuse de droit privé	107
b.	Communautés religieuses de droit public	109
3.	Employeur poursuivant un but lucratif	112
	Synthèse du Chapitre 2	115
	Chapitre 3: Unité dans la diversité des rapports de travail	119
I.	De la variété des <i>corpus</i> juridiques dans les rapports de travail	120
A.	Le droit privé du travail: le règne de l'autonomie des parties?	120
1.	Le crédo de la liberté contractuelle des parties	120
2.	Effet horizontal indirect des droits fondamentaux	122
3.	Effet horizontal direct? La théorie des obligations positives	123
B.	Le droit de la fonction publique à la croisée des chemins	127
1.	Incidence du mode d'engagement sur la liberté de religion	128
2.	Influence de la réglementation applicable sur la liberté de religion	129
3.	Conditions de restriction de la liberté de religion assouplies (<i>Sonderstatusverhältnis</i>)	133

4. Protection juridique de la liberté religieuse variable selon la mesure en cause	135
C. Le cas particulier des entreprises de tendance (<i>Tendenzbetrieb</i>)	137
1. Typologie des entreprises de tendance	138
a. Églises et autres organisations religieuses	138
b. Établissements d'enseignement confessionnels	138
c. Institutions caritatives	138
d. Médias religieux	139
e. L'entreprise commerciale	139
2. L'identité religieuse vécue ou l'intensité variable de la tendance	139
II. De l'unité des principes généraux du droit du travail	140
A. Protection de la personnalité du travailleur – Une norme en voie de constitutionnalisation	140
1. Égalité de traitement en droit du travail	141
2. Passerelle pour la réalisation des droits fondamentaux au travail	144
B. Subordination – Le droit du travail pris dans ses <i>antinomies</i>	145
1. Le droit du travail comme droit du <i>pouvoir</i>	146
2. Devoir de fidélité du travailleur	149
3. Devoir de suivre les instructions de l'employeur	149
4. État-employeur et entreprise privée comme détenteurs d'un pouvoir analogue	151
C. Bonne foi – Un <i>habitus</i> des parties au rapport de travail	153
1. La bonne foi en droit du travail: une importance mésestimée	154
2. Une moralisation du droit du travail <i>via</i> la bonne foi?	155
3. La bonne foi comme curseur dans les conflits entre liberté de religion et subordination	156
Synthèse du Chapitre 3	157
Deuxième partie: La religion au travail – Analyse casuistique de rapports ambivalents	159
Chapitre 4: La religion <i>avant</i> les rapports de travail	161
I. La religion lors de la postulation	162
A. Approche civiliste et insuffisance du droit pénal contre la discrimination religieuse à l'embauche	162
B. L'offre d'emploi discriminatoire dans son intitulé	164
1. Protection juridique contrastée entre le droit public et privé	164
2. Droit d'occuper des fonctions <i>laïques</i> ou <i>ecclésiastiques</i> ?	165
3. Accès des femmes aux postes religieux	166
C. Discrimination religieuse du candidat lors du recrutement	169
1. La religion du candidat: un critère <i>directement</i> discriminatoire	169
a. Exigences professionnelles essentielles vs exigences suspectes	169
(i) Exigences professionnelles essentielles et déterminantes <i>en général</i>	169

(ii) Exigences professionnelles essentielles et déterminantes <i>propres aux entreprises de tendance</i>	171
(iii) Communautarisme religieux au travail et «identité religieuse» de l'entreprise	175
b. Accommodements religieux lors du recrutement?	177
2. Discrimination religieuse <i>indirecte</i>	179
a. Origines nationales, culturelles et ethniques	179
b. Nationalité des ressortissants européens et leur religion supposée ou réelle	184
c. Différencier les croyances des pratiques religieuses?	185
II. La religion lors de l'entretien d'embauche	187
A. Questions religieuses à l'entretien d'embauche	187
1. Prise de renseignements sur la religion du candidat	188
a. Enquête de l'employeur sur la religion du candidat	188
b. Droit de l'employeur de poser des questions en lien avec la religion	189
2. Droit du candidat de ne pas y répondre – et de mentir	190
3. Devoir de renseigner spontanément sur ses croyances et pratiques religieuses	191
B. Érection de la religion en point essentiel du contrat de travail	195
1. La religion laissée en point secondaire	195
2. La religion érigée en point subjectivement essentiel	198
3. La religion comme point objectivement essentiel?	199
C. Limites juridiques à la négociation sur les clauses religieuses	199
1. Atteinte de tiers	199
2. Engagement excessif	201
3. Impossibilité du contrat	203
III. La religion lors de l'engagement – ou du refus d'embauche	203
A. Refus d'embauche fondé sur la religion du candidat	204
1. Responsabilité précontractuelle (<i>culpa in contrahendo</i>)	204
2. Indemnités pour dommages-intérêts et tort moral	205
a. Droit privé	205
b. Droit public	206
3. Obligation de contracter?	207
4. De la difficulté à prouver le refus d'embauche fondé sur la religion du candidat	209
B. Nullité de l'engagement à cause d'éléments religieux	210
1. Contrat de travail ou décision d'engagement vicié	211
a. Vice de l'objet	211
b. Vice du consentement	211
2. Clause religieuse conditionnant l'engagement du travailleur	214
Synthèse du Chapitre 4	215
Chapitre 5: La religion pendant les rapports de travail	219
I. Variation des pratiques religieuses <i>au cours</i> du rapport de travail	220
A. De l'«égalité» des cocontractants à la <i>subordination</i> du travailleur	221

1. <i>Pacta sunt servanda</i> : encore une fiction en droit du travail?	221
2. Les apories du consentement au travail	223
B. La modification du rapport de travail relative aux pratiques religieuses	224
1. La religion comme <i>élément contractualisé</i> du rapport de travail	225
a. Par accord mutuel: le contrat modificatif	225
(i) Par accord exprès	225
(ii) Par accord tacite	226
b. Sans le consentement du travailleur: le congé-modification	227
2. La religion comme <i>condition de travail</i>	229
3. Droit de la fonction publique: l'État à la fois garant et partie au contrat	231
4. Les principes généraux du droit privé inadéquats au droit du travail	233
a. Lacune du contrat sur les pratiques religieuses: complètement par la volonté hypothétique des parties	233
b. L'adaptation du rapport de travail à un changement de pratiques religieuses	235
II. Rites religieux <i>au</i> travail	236
A. Rites religieux et <i>temps</i> de travail	238
1. Prière et horaire de travail	238
2. Absence du travail pour accomplir des rites religieux	241
a. Congé hebdomadaire et repos dominical	241
b. Jours fériés du calendrier chrétien et autres fêtes religieuses	246
c. Pèlerinage	251
d. Accomplissement de charges religieuses en dehors du travail	252
B. Rites religieux et <i>lieu</i> de travail	254
1. Objets de culte et décoration religieuse à la place de travail	254
2. Prescriptions religieuses alimentaires et cantine d'entreprise	255
3. Espaces de prières	257
III. Pratiques religieuses <i>en dehors</i> du travail	259
A. Irruption des droits fondamentaux au sein de l'«espace social»	259
1. Le travail en tension entre les sphères publique et privée	260
2. La «vie professionnelle» et la «vie personnelle» du travailleur	261
3. Directives de l'employeur sur la «vie religieuse» du travailleur	262
B. Entreprise de tendance: «devoir de loyauté» ou de la crédibilité de l'employeur	264
1. Obligation de loyauté variable en fonction du poste occupé	265
2. Vie privée du travailleur d'une entreprise de tendance	266
3. Liberté d'expression et image de l'employeur de tendance	271
a. Dans les entreprises de tendance	272
b. Cas particulier des Églises d'État	273
4. Liberté religieuse associative et syndicats religieux	275
C. Fonction publique: «devoir de réserve» ou de la préservation de l'intégrité de l'appareil étatique	276
1. Devoir de réserve de l'agent public	277
2. Vie religieuse privée de l'agent de l'État – et de sa famille	278
3. Opinions religieuses exprimées dans le cadre privé	281
4. Liberté religieuse associative du fonctionnaire	282

a.	Un «danger pour l'intégrité étatique» ceint d'une grande appréciation politique	283
b.	«Sécurité nationale»: syntagme synonyme de quasi renoncement à la liberté religieuse associative	285
c.	«Extrémisme religieux»: une définition vaste mais pas illimitée	287
IV.	Conflit de conscience et refus d'exécuter le travail	290
A.	Motifs générant – et contrecarrant – le conflit de conscience	292
1.	Protection de la santé et accès aux soins thérapeutiques	293
2.	Politique de prestations de services sans discrimination	294
3.	Bon fonctionnement du service	297
4.	Cérémonie et décoration religieuses au travail	298
5.	Refus de la visite médicale et de la vaccination	299
6.	Serment professionnel	301
7.	Jeûne religieux et incapacité de travail	303
B.	Prévisibilité du conflit de conscience	304
C.	Conséquences juridiques sous l'angle du droit du travail suisse	306
1.	Impossibilité de la fourniture du travail (art. 119 CO)	307
2.	Empêchement non fautif du travailleur (art. 324a CO)	307
3.	Responsabilité civile du travailleur (art. 97 et 321e CO)	309
4.	Travail de substitution	310
V.	Port de signes religieux au travail	311
A.	Les directives sur l'apparence du travailleur en général	312
1.	Une justification objective, limitée au strict nécessaire et proportionnée au but recherché	313
2.	Primauté de l'interdiction de la discrimination sur la liberté contractuelle	314
3.	Le voile islamique ou la problématique de la discrimination multiple et intersectionnelle	315
B.	Protection de l'hygiène, de la santé et de la sécurité – Motif de restriction incontesté dans tous les rapports de travail	317
1.	En général	318
2.	Dans les rapports de travail	319
C.	La laïcité – Motif de restriction suprême dans la fonction publique?	321
1.	Pour les agents de l'État en général	321
2.	Dans l'enseignement	324
a.	Dans l'enseignement public	324
b.	Dans l'enseignement privé	328
3.	À l'hôpital	330
4.	Dans les salles d'audience des tribunaux	330
5.	Synthèse: régime de laïcité en vigueur et marge d'appréciation nationale	335
D.	Interdiction des signes religieux dans l'entreprise privée	338
1.	Souhaits de la clientèle – Un paravent commode mais insuffisant	338
2.	Projection d'une image commerciale – Nouveau fourre-tout?	341
a.	Cour de justice de l'Union européenne: l'affaire Achbita c. G4S Secure Solutions	341
b.	Cour européenne des droits de l'homme: l'affaire phare Eweida	343

c. Tribunal fédéral et cours cantonales: absence de jurisprudence consistante	344
3. Une politique de neutralité religieuse subordonnée à un « besoin véritable »	346
a. Les attentes légitimes des clients ou des usagers	347
b. La prévention des conflits sociaux	348
4. Politique de neutralité <i>religieuse</i> ou <i>convictionnelle</i> ?	349
5. Entre discriminations directe et indirecte	351
6. Entre libertés positive et négative	353
VI. Religion et relations professionnelles	355
A. Expression de foi au travail	355
1. Discussion religieuse tolérée	356
2. Propos religieux extrémistes	357
3. Prosélytisme «de mauvais aloi»	358
a. Prosélytisme au sein de l'entreprise	359
(i) Prosélytisme d'un employeur envers ses subordonnés	359
(ii) Prosélytisme entre collègues	361
b. Prosélytisme à l'extérieur de l'entreprise	362
B. «Harcèlement religieux» et dérives radicales	362
1. Dénigrement ou hostilité envers avec la religion du travailleur	363
2. Dérives religieuses radicales au travail	366
Synthèse du Chapitre 5	367
Chapitre 6: La religion à la fin et après les rapports de travail	371
I. Licenciement fondé sur des motifs religieux	372
A. Congé fondé sur les <i>croyances</i> religieuses du travailleur	373
1. Congé discriminatoire fondé sur la religion	373
2. Licenciement-fusible fondé sur la religion	374
3. Clause résolutoire fondée sur la religion	375
B. Congé fondé sur les <i>pratiques</i> religieuses du travailleur	376
1. Appartenance à un mouvement religieux	377
2. Conflit de conscience	378
3. Une égalité de traitement moins pregnante	379
C. De l'alternative «démission ou soumission» à l'obligation de reclasser le salarié	380
1. Un test de proportionnalité plus sévère pour l'employeur	381
2. Le reclassement à coût nul	382
II. Données personnelles, religion et devoirs post-contractuels	384
A. Mention de la religion sur le certificat de travail	384
B. Communication de la religion du travailleur par l'ancien employeur et droit aux références	385
C. Obligation de discrétion et atteinte à l'honneur professionnel	386
III. Les tribunaux étatiques face à la justice ecclésiastique	388
A. Nature et qualification juridique des rapports de travail dans les Églises	388

B. Conflits de travail dans les Églises en Europe – un double ordre judiciaire? . . .	392
Synthèse du Chapitre 6	395
Troisième partie: Repenser la religion au travail – Droit comparé et essai de prospective juridique	397
Chapitre 7: Les « accommodements religieux » au travail: l'autre approche, venue d'outre-Atlantique	399
I. Les accommodements raisonnables dans le contexte juridique du Canada et du Québec	400
A. « L'identité canadienne » et sa culture juridique mixte	400
1. Le Canada, entre unité et pluralité d'identité(s)	400
2. Une culture juridique reflétant cette pluralité	401
B. <i>Multiculturalisme</i> canadien et <i>interculturalisme</i> québécois	402
1. La notion du multiculturalisme canadien	403
2. L'opposition par le Québec et la notion d'interculturalisme	405
C. « Neutralité religieuse » canadienne et « laïcité » québécoise	406
1. Le Canada, un État confessionnellement neutre, mais pas « laïque »	407
2. Le Québec, un État proprement laïque ?	408
II. Les accommodements raisonnables pour des motifs religieux au travail	410
A. Genèse et contours de la notion	410
1. Les premiers jalons posés par l'affaire <i>Simpons-Sears</i>	410
2. Les différentes formes d'accommodement raisonnable	413
3. Tension entre l'obligation d'accommodement et l'obligation de neutralité	414
B. Impact de l'obligation d'accommodement sur la religion au travail	418
1. « Constitutionnalisation » du droit du travail canadien et québécois	418
2. Portée matérielle des droits fondamentaux et signes religieux dans l'entreprise privée	419
a. La nécessité d'un objectif rationnel lié à l'exécution du travail	420
b. La croyance sincère de la nécessité de la norme pour réaliser le but légitime lié au travail	422
c. La norme est raisonnablement nécessaire pour atteindre le but légitime	422
(i) Les limites ou le caractère « excessif » de la contrainte	422
(ii) Différentes formes d'accommodements religieux	425
3. Dans la fonction publique: de la neutralité à la laïcité de l'État	426
a. Manifestations de convictions religieuses par les agents de l'État au Canada	427
b. Les accommodements religieux pour les agents de l'État québécois en vertu de la Loi sur la neutralité religieuse de l'État	428
c. Des accommodements religieux à l'interdiction de porter des signes religieux avec la Loi sur la laïcité de l'État du Québec	430
(i) Droits de la minorité linguistique anglophone et risque d'une laïcité à deux vitesses	431

(ii) Impossibilité de faire advenir une laïcité québécoise dans un État canadien multiculturel?	435
(iii) L'«insoutenable légèreté» du recours à la «clause nonobstant» ou de l'échec du pluralisme constitutionnel canadien?	440
C. Critiques doctrinales et perspectives des accommodements raisonnables	443
1. La controverse québécoise des accommodements raisonnables	444
2. Arbitrage des valeurs face aux accommodements religieux	446
3. L'occultation de la valeur de l'engagement contractuel pris par le salarié	448
4. Juridisme contemporain, théorie pragmatiste du droit et fonction d'apprentissage des accommodements raisonnables	450
III. Quels accommodements raisonnables en droit suisse et européen?	453
A. Le handicap: seul terrain reconnu en droit positif des accommodements raisonnables	453
1. Droit international	454
2. Droit européen	454
3. Droit suisse	455
B. Quid en matière de religion?	456
1. Tribunal fédéral et cours cantonales	456
2. Cour européenne des droits de l'homme	457
3. Cour de justice de l'Union européenne	459
C. La religion, candidate idéale après le handicap pour les accommodements raisonnables?	460
1. Handicap et religion, critères <i>analogues</i> ?	460
a. Place de la religion entre les critères du handicap et de la maternité?	461
b. Un traitement juridique favorisé pour les croyances religieuses? Les pays à la tradition de tolérance	462
c. Le (contre-)modèle de la laïcité et la contingence de l'appartenance religieuse	465
d. La transmutation moderne de la croyance en identité	466
2. Les accommodements raisonnables englobés par l'examen de proportionnalité?	470
3. Une obligation explicite d'aménagement raisonnable pour motif religieux?	472
IV. Regard transatlantique sur la religion au travail	473
A. Deux modèles – nord-américain et européen – qui s'affrontent	474
1. <i>Une laïcité ou des laïcités</i> ?	474
2. Cour suprême du Canada <i>versus</i> Cour de justice de l'Union européenne ou un dialogue naissant entre cours suprêmes occidentales	476
3. «Neutralité-abstention» ou «neutralité-baïllon» dans l'entreprise?	480
B. Les écueils d'une consécration de l'accommodement raisonnable en Europe ou de la prise en compte du fait pour l'acceptabilité de la norme	482
1. Conflit de valeurs, subjectivisation de la croyance et dimension collective de l'accommodement religieux	482
2. La généralité et l'universalité des normes juridiques	484
3. L'«anthropologie de la bienveillance» pour une démocratie sensible	486

4. Entre assimilationnisme et multiculturalisme, l'intégration comme tierce voie?	487
5. Le conflit entre la norme juridique et religieuse – Entre monisme étatique et pluralisme juridique <i>de facto</i>	490
C. Les «mesures positives», un petit pas vers l'accommodement raisonnable?	492
1. Mesures positives et accommodement raisonnable, quelles différences?	492
2. Intérêt des mesures positives pour la religion au travail	493
3. Synthèse: des accommodements religieux limités et volontaires	495
Synthèse du Chapitre 7	496
Chapitre 8: De la religion dans l'entreprise à la religion de l'entreprise	499
I. La religion dans l'entreprise de demain	500
A. Le «management spirituel» dans la firme hypermoderne	500
1. Premières réactions managériales au fait religieux au travail	500
2. La religion transformée en outil de gestion managériale	501
B. Adhésion à marche forcée du salarié à la «religion» de l'entreprise	503
1. Paternalisme patronal et christianisme social: du <i>soma</i> à la <i>psyché</i> du travailleur	503
2. L'identification «volontaire» du salarié aux «valeurs» de l'entreprise	505
3. L'entreprise de tendance <i>laïque</i> , une hérésie juridique?	508
a. L'affaire Baby-Loup	509
b. L'inapplicabilité de la laïcité aux entreprises privées	510
II. Numérisation du travail: quelle place pour la religion?	512
A. Effet de la «flexibilisation» du travail sur la liberté de religion	513
1. Temps et lieu de travail	514
2. Autonomie du travailleur et conditions générales des plateformes numériques – De l'aménagement individuel à l'uniformité totale	515
3. Une autonomie «factice» et une subordination «perverse»	515
4. Relations socio-professionnelles: déshumanisation du travailleur et invisibilisation de sa religion	516
B. Gouvernamentalité algorithmique et son effet sur la religion au travail	518
1. «Management algorithmique» – Le glas des interactions travailleurs-employeurs?	518
2. Algorithmes, systèmes de notation et biais discriminatoires	520
3. Un nouveau droit du travail pour une véritable autonomie du travailleur	521
III. Une harmonie à trouver entre liberté et neutralité religieuse au travail	522
A. <i>L'intérêt de l'entreprise</i> pour réguler la religion au travail	523
1. La fin de «l'employeur seul juge» des intérêts de l'entreprise	523
a. Les métamorphoses du modèle de l'autorité – notamment patronale	523
b. Le «pouvoir» de l'employeur exercé dans l'intérêt de l'entreprise	524
2. L'entreprise est plus que la somme des parties qui le composent	525
a. L'entreprise comme communauté politique	525
b. L'entreprise comme communauté naturelle	526
3. Les différents avatars de l'intérêt de l'entreprise pour limiter la liberté de religion au travail	528

B. <i>Démocratiser</i> l'entreprise pour mieux négocier les aménagements religieux	530
1. La décentralisation du pouvoir dans l'entreprise	531
2. La «citoyenneté dans l'entreprise» ou du salarié-citoyen au citoyen-salarié	533
3. Des aménagements religieux <i>collectivement</i> négociés au sein de l'entreprise	537
a. Aménagements religieux individuellement ou collectivement négociés?	537
b. L'entreprise comme espace topologique adéquat pour négocier les aménagements religieux	539
Synthèse du Chapitre 8	542
Conclusion générale	545
Synthèse générale	547
Réflexions conclusives et esquisses de propositions	550
Index	555

Table des abréviations

a[sigle de la loi]	ancien(ne), abrogé(e)
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif, Paris
al.	alinéa(s)
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.682).
ArbG	Arbeitsgericht
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Berne
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BE	Berne
BezG	Bezirksgericht
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Journal officiel fédéral)
BIT	Bureau International du Travail
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Bâle
BK	Berner Kommentar
BL	Bâle-Campagne
BO(CE)(CN)	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (BOCE: Conseil des États; BOCN: Conseil national)
BS	Bâle-Ville
BSK	Basler Kommentar

BV	<i>cf.</i> Cst.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
c.	considérant/contre
Cass.	Cour de cassation
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (RS 0.109)
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (JOUE C 326/2 du 26 octobre 2012)
CDH	Comité des droits de l'homme
CE	Conseil d'État
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, Convention européenne des droits de l'homme (RS 0.101)
CERD	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104)
CF	Conseil fédéral
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CHF/fr.	franc(s) suisse(s)
CJUE/CJCE	Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des Communautés européennes)
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CO	Code des obligations suisse du 30 mars 1911 (RS 220)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311)
CPM	Code pénal militaire du 14 juin 1927 (RS 321.0)
CPMN	Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (RS 0.441.1)

djbZ	Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes, Berlin
DÖV	Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften, Stuttgart
DTA (ARV)	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung), Zurich
éd.	édition
édit./dir.	éditeur(s)/sous la direction de
<i>et al.</i>	et autres
etc.	et cetera
FF (BB1)	Feuille fédérale (Bundesblatt)
GC	CourEDH en formation de Grande Chambre
GE	Genève
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)
GrO	Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland (Règlement fondamental de l'Église protestante) du 13 juillet 1948, telle que modifiée par la Kirchengesetz du 12 novembre 2013.
Halde	Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité instituée par la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, devenue le Défenseur des droits en vertu de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 (JORF n° 0075 du 30 mars 2011)
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i>
idem/id.	le même auteur
<i>ibidem/ibid.</i>	au même endroit
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Berne
JdT	Journal des Tribunaux, Lausanne
let.	lettre(s)
<i>loc. cit.</i>	à l'endroit indiqué
L.R.C.	Lois révisées du Canada
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (RS 822.11)
N	note marginale
nbp	note de bas de page

n ^{o/os}	numéro(s)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
OGer	Obergericht
OIT	Organisation internationale du Travail
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
OUP	Oxford University Press
p.	page(s)
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2)
p.ex.	par exemple
par./§	paragraphe(s)
QCCA	Cour d'appel du Québec
QCCS	Cour supérieure du Québec
QCTDP	Tribunal des droits de la personne du Québec
PJA (AJP)	Pratique Juridique Actuelle (Aktuelle Juristische Praxis), Zurich
R.C.S. (S.C.R.)	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal, Lausanne
RDS (ZSR)	Revue de droit suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht), Bâle
RDSR (ZFRK)	Revue de didactique des sciences des religions (Zeitschrift für Religionskunde), Fribourg
RDT	Revue de Droit du travail, Paris
R.D.U.S.	Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke
Rec.	Recueil
réf.	référence(s)
rés.	résumé
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RegG	Regionalgericht

RJB (ZBJV)	Revue de la société des juristes bernois (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins)
R.J.T.	Revue juridique Thémis, Montréal
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS/sigle du canton	Recueil systématique du canton de ...
RSAS (SZS)	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge), Berne
RSDIE (SRIEL)	Revue suisse de droit international et européen (Swiss Review of International and European Law), Zurich
RSJ (SJZ)	Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristen-Zeitung), Zurich
RSS	Revue syndicale suisse: organe de l'Union syndicale suisse
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SG	Saint-Gall
SGK	St. Galler Kommentar
SJ	Semaine judiciaire, Genève
spéc.	spécialement
t.	tome
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TG	Thurgovie
TPH	Tribunal des prud'hommes
UE	Union européenne
SCOTUS	Cour suprême des États-Unis (The Supreme Court of the United States)
VD	Vaud
vol.	volume
WRV	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (RGBl. S. 1383)

ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zurich
ZH	Zurich
ZK	Zürcher Kommentar

Bibliographie

Note explicative: lorsque plusieurs références d'un même auteur sont citées, une citation abrégée est utilisée en note de bas de page. Si une ressource bibliographique n'est citée qu'une seule fois dans la thèse et renvoie à l'ensemble de l'œuvre, la référence complète figure en note de bas de page ainsi que dans la présente bibliographie afin d'éviter la répétition excessive de la mention «passim», et n'est en conséquence pas pourvue d'une citation abrégée, sauf si celle-ci est nécessaire pour éviter la confusion avec d'autres références citées du même auteur.

ADAM Patrice, «Dieu, la caissière et le temple (des marchands). Du sommet à la base», *Semaine sociale Lamy* 2014 10-13.

ADAM Patrice, «Les laïcités et l'entreprise privée», *Droit social* 2015 708-718 (cité Laïcités et entreprise privée).

ADAM Patrice, «Vie personnelle/vie professionnelle: une distinction en voie de dissolution?», *Le Droit Ouvrier* 2013 431-444 (cité Vie personnelle/vie professionnelle).

ADAM Patrice, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris, L.G.D.J., 2005 (cité Individualisation).

ADAM Roman, «Religionsfreiheit und Arbeitsrecht», *NZA* 2003 1375-1380.

AFROUKH Mustapha, «La pertinence discutabile du critère exclusif du mode de conflit de droits», in Frédéric Sudre (édit.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Anthemis/Nemesis, 2014, 37-83.

AGAMBEN Giorgio, *Homo sacer: le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1998.

AGENCE EUROPÉENNE POUR LA SÉCURITÉ ET LA SANTÉ AU TRAVAIL, *La SST et l'avenir du travail: avantages et risques de l'utilisation d'outils d'IA dans un environnement de travail*, 2019.

AJIL Ahmed/LUBISHTANI Kastriot, «Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal pénal fédéral», *Jusletter* 31 mai 2021.

- AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Édition du Conseil de l'Europe, 2006.
- ALBRECHT Peter, «Justiz mit Kopftuch? Zwischen Religionsfreiheit und staatlicher Neutralität», *Jusletter* 19 août 2019.
- ALIPRANTIS Nikitas, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, L.G.D.J., 1980.
- ANEESH Aneesh, «Global Labor: Algoratic Modes of Organization», *Sociological Theory* 2009 347-370.
- ANGST Doris, «La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR)», in Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014, 268-281.
- ANTONMATTEI Paul-Henri, «La primauté de l'accord d'entreprise», *Droit social* 2016 513-515.
- ARASSE Daniel, *Histoires de peinture*, Paris, Gallimard, 2006.
- ARATNAM Ganga Jey, *Hochqualifizierte mit Migrationshintergrund. Studie zu möglichen Diskriminierungen auf dem Schweizer Arbeitsmarkt*, Bâle, 2012, résumée et traduite en français in Recommandations de la CFR, *Synthèse de l'étude sur les discriminations possibles sur le marché du travail suisse*, Berne, 2012.
- ARMAND Gilles, «La neutralité des agents publics en question [À propos de C.E., Avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux]», *Revue juridique de l'Ouest* 2000 441-485.
- ARNADÓTTIR Oddný Mjöll, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.
- ARNET Ruth, *Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss*, Berne, Stämpfli, 2008.
- ARNOULT-BRILL Edith/SIMON Gabrielle, *Le fait religieux dans l'entreprise*, Conseil économique, social et environnemental, 2013.
- ASAD Talal, *Genealogies of Religion*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1993.
- AUBERT Gabriel, «Commentaire de l'art. 328b CO», in Franz Werro/Luc Thévenoz (édit.), *Commentaire romand. Code des obligations I*, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012 (cité CR CO I-AUBERT 2012).
- AUBERT Gabriel, «L'abus de droit en droit suisse du travail», in Pascal Ancel/Gabriel Aubert/Christine Chappuis (édit.), *L'abus de droit: Comparaisons franco-suissees – Actes du séminaire de Genève, mai 1998*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, 101-114 (cité Abus de droit).
- AUBERT Gabriel, *Études de droit du travail*, Zurich, Schulthess, 1995 (cité Études).
- AUBERT Gabriel/Bellanger François/TANQUEREL Thierry (édit.), *Fonction publique: vers une privatisation? – Journées de droit administratif 4 et 5 mars 1999*, Zurich, Schulthess, 2000.

- AUBERT Gabriel/LEMPEN Karine, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève, Slatkine, 2011 (cité AUTEUR, Commentaire LEg).
- AUBERT Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. II, Neuchâtel, Ides et calendes, 1967.
- AUBERT Nicole/DE GAULEJAC Vincent, *Le coût de l'excellence*, Seuil, Paris, 2007.
- AUBRY Girardin Florence/DONZALLAZ Yves/DENYS Christian/BOVEY Grégory/FRÉSARD Jean-Maurice, *Commentaire de la LTF*, 3^e éd., Berne, Stämpfli, 2022 (cité AUTEUR, Commentaire LTF).
- AUBY Jean-Bernard, «La bataille de San Romano – Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif», *AJDA* 2001 912-926.
- AUDI Robert, «Religious Liberty Conceived as a Human Right», in Rowan Cruft/Matthew Liao/Massimo Renzo (édit.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, OUP, 2015, 407-422.
- AUER Andreas, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne, Stämpfli, 2016.
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, *Droit constitutionnel suisse, vol. II: Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne, Stämpfli, 2013.
- AUROUX Jean, «Les droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier ministre», *La Documentation française*, septembre 1981.
- AUROUX Sylvain/WEIL Yvonne, *Dictionnaire des auteurs et des thèmes de la philosophie*, Paris, Hachette, 1991.
- BADINTER Robert, *Rapport au Premier ministre. Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, 25 janvier 2016.
- BALDEGGER Mirjam, *Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017.
- BALLANFAT Paul, «Prière canonique», in Mohammad Ali Amir-Moezzi (édit.), *Dictionnaire du Coran*, Paris, Robert Laffont, 2007, 690-693.
- BANGERTER Adrian/MEIER Laurenz L./TRESCARI Marie-Eve, «Digitalisation, performance et santé des travailleurs: la perspective de la psychologie du travail et des organisations», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail. Une approche multidisciplinaire*, Genève/Zurich, Schulthess, 2019, 105-117.
- BANON Patrick, *Dieu et l'entreprise – Comprendre et gérer les cultures religieuses*, Éditions d'Organisation, 2006.
- BARÈGE Alexandre, *L'éthique et le rapport de travail*, Paris, L.G.D.J., 2008.
- BAREL Yves, *La société du vide*, Paris, Seuil, 1984.
- BARTH Isabelle (édit.), *Management & Religions, décryptage d'un lien indéfectible*, Paris, EMS, 2010.
- BARTOLOMEI DE LA CRUZ Hector G./EUZÉBY Alain, *L'Organisation internationale du travail*, Paris, Puf, 1997.

- BATIFFOL Henri, «La crise du contrat», in *Sur les notions du contrat*, Archives de philosophie du droit, t. XIII, Paris, Sirey, 1968, 13-30.
- BAUBÉROT Jean, *Histoire de la laïcité en France*, Paris, Puf, 2005.
- BAUBÉROT Jean, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Paris, Le Seuil, 2004.
- BAUBÉROT Jean, *Les 7 laïcités françaises*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, 2015.
- BAUBÉROT Jean/MILOT Micheline, *Laïcités sans frontières*, Le Seuil, 2011.
- BAUM Grégory, «L'avenir de la religion: entre Durkheim et Weber», *Revue Nouvelles pratiques sociales* 1996 (9) 101-113.
- BÉJI Kamel, «Immigration et accommodements raisonnables dans un marché du travail déraisonnable», in Laflamme Roch (édit.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2009, 159-169.
- BELKAID Akram, «Ramadan», *Orient XXI*, 6 juin 2016.
- BELL Daniel, *The Cultural Contradictions of Capitalism*, New York, Basic Books, 1978.
- BELLAH Robert N., «La Religion civile en Amérique (Civil Religion in America)», *Archives de Sciences Sociales des Religions* 1973 (35) 7-22.
- BELLANGER François, «L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration décentralisée», in Aubert Gabriel/Bellanger François/Tanquerel Thierry (édit.), *Fonction publique: vers une privatisation? – Journées de droit administratif 4 et 5 mars 1999*, Zurich, Schulthess, 2000, 43-61 (cité Administration décentralisée).
- BELLANGER François, «Liberté religieuse et enseignement», *RDSR* 2016 155-163 (cité Enseignement).
- BELLANGER François/ROY Céline, «Évolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique suisse», in Andreas Ladner/Jean-Loup Chappelet/Yves Emery/Luzius Mader/Nils Soguel/Frédéric Varone (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne, PPUR, 2013, 461-479.
- BENHIDA Charihane/GAUDILLÈRE Claire/POURQUIER Anne-Laure/ABADOU Yaminah/COUTAREL Élodie, «La clause de conscience», *Droit Déontologie & Soins* 2011 164-166.
- BERENSTEIN Alexandre, «La nouvelle réglementation du contrat de travail, objectifs de la revision [sic] et expériences», in *Études de droit social 1936-1977 – hommage de la Faculté de droit*, Genève, Librairies de l'Université Georg et C^{ie}, 1979, 146-160.
- BERNATCHEZ Stéphane, «Les enjeux juridiques du débat québécois sur les accommodements raisonnables», *R.D.U.S.* 2007 (38) 233-286.

- BERSET BIRCHER Valérie/MEIER Anne, «L'impact du droit international en droit suisse du travail», in Wyler Rémy (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2017, 579 ss.
- BESSON Samantha, «Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative», *RDS* 2003 I 49-96.
- BESSON Samantha, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1999 (cité L'égalité horizontale).
- BESSY Christian, *La contractualisation de la relation de travail*, Paris, L.G.D.J., 2007.
- BETTEX Christian, «L'application temporelle de l'article 328 CO», in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012, 57-66.
- BIAGGINI Giovanni, «Wirtschaftsfreiheit», in Daniel Thürer/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (édit.), *Verfassungsrecht in der Schweiz*, Zurich, Schulthess, 2001, 1153-1165 (cité Wirtschaftsfreiheit).
- BIAGGINI Giovanni, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich, Orell Füssli, 2017 (cité Komm. BV).
- BIANCO Jean-Louis/CADÈNE Nicolas/WOLMARK Cyril, «Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise?», *Revue de droit du travail* 2017 235-241.
- BIGI Maëlezig/COUSIN Olivier/MÉDA Dominique/SIBAUD Laëtitia/WIEVIORKA Michel, *Travailler au XXI^e siècle. Des salariés en quête de reconnaissance*, Paris, Robert Laffont, 2015.
- BIGLER Olivier, «De l'égalité des chances à la gestion des flux migratoires: les avatars de la politique d'ingrétation», in Rashid Bahar/Rita Trigo Trindade (édit.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives*, Zurich, Schulthess, 2013, 209 ss.
- BIGLER-EGGENBERGER Margrith, «Commentaire de l'art. 8 LEg», in Bigler-Eggenberger Margrith/Kaufmann Claudia (édit.), *Commentaire de la loi sur l'égalité*, Lausanne, Réalités sociales, 2000.
- BILLARANT Julien, *Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail*, Zurich/Genève, Schulthess, 2020.
- BIRCHMEIER Wilhelm, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Baar, Buchdruckerei J. Dossenbach, 1926.
- BISSOONDATH Neil, *Le marché aux illusions: la méprise du multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 1995.
- BLANC Nicolas, «Le *niqab* devant les tribunaux canadiens et la circulation occidentale du corps islamique», *Les Cahiers de la Justice*, 2014 463-479.
- BLANPAIN Roger, *Principes du droit du travail*, Bruxelles, La Charte, 1984.
- BLATTBERG Charles, «On Charles Taylor's «Deep Diversity»», in Ursula Lehmkuhl/Elisabeth Tutschek (édit.), *150 Years of Canada. Grappling with Diversity since 1867*, Waxmann, 2020, 221-236.

- BLATTBERG Charles, *Et si nous dansions ? Pour une politique du bien commun au Canada*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2004 (cité Et si nous dansions ?).
- BLEISCH Petra, *Gelebte und erzählte Scharia in der Schweiz. Empirische Studien zur Aneignung religiöser Normen durch zum Islam konvertierte Frauen*, Zurich, Schulthess, 2016.
- BLESI Alfred/PIETRUSZAK Thomas/WILDHABER Isabelle (édit.), *Arbeitsgesetz – Kurzkomentar*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018 (cité KuKo ArG-AUTEUR).
- BÖCKLI Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich, Schulthess, 2009.
- BOILLET Véronique, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010.
- BONTEMPS Arnaud/RZEPSKI Grégory, «Devoir de réserve, un effet d'intimidation», *Le Monde diplomatique*, novembre 2020.
- BORCHARDT Klaus-Dieter, *L'ABC du droit de l'Union européenne*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2017.
- BOSSET Pierre, «Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec: une même problématique, deux approches», *Bulletin d'histoire politique* 2005 (13) 79-95.
- BOSSET Pierre, «Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable», in Myriam Jézéquel (édit.), *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 3-28 (cité Fondements).
- BOSSET Pierre, «Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in Leyla ahin v. Turkey», in Eva Brems (édit.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, 2012, 192-217 (cité Mainstreaming).
- BOSSET Pierre, «Réflexion sur la portée et les limites de l'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse», Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Québec, 2005 (cité Réflexion).
- BOSSET Pierre, «La neutralité de l'État en matière religieuse: méandres d'une notion», *R.J.T.* 2017 (51) 304-336 (cité Neutralité de l'État).
- BOSSET Pierre/EID Paul, «Droit et religion: de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif?», *R.J.T.* 2007 (41) 513-542.
- BOSSU Bernard, «L'interdiction du port du foulard islamique dans l'entreprise privée: entre discrimination directe et indirecte», *La Semaine juridique. Social* 4 avril 2017 19-27.
- BOUCHARD Gérard/TAYLOR Charles, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, 2008.

- BOURGEOIS Bernard, «Droit, religion et droits de l'homme», in Terré François (édit.), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, t. 38, Paris, Dalloz, 1993, 111-119.
- BOVET Christian/CARVALHO Angela, *Glossaire juridique*, Zurich, Schulthess, 2017.
- BRENCI Alessandro, *De la question juridique de principe. La traduction de l'autorité judiciaire suprême; le reflet des hésitations sur la nature du Tribunal fédéral*, Zurich, Schulthess, 2015.
- BRÉVILLE Benoît, «Carnavals», *Manière de voir*, avril-mai 2017 (n° 152), 4.
- BRÉVILLE Benoît, «Islamophobie ou prolophobie?», *Manière de voir*, n° 152, avril-mai 2017, 85-89.
- BRIBIOSA Emmanuelle/RORIVE Isabelle/CACERES Gabrielle, «Le droit de la non-discrimination aux prises avec la conscience des entreprises», in Alain-G. Gagnon/Pierre Noreau (édit.), *Constitutionnalisme, droits et diversité: Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, 419-457.
- BRIBOSIA Emmanuelle/RINGELHEIM Julie/RORIVE Isabelle, «Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009 319-373.
- BRICE-DELAJOUX Claire, «La liberté religieuse sur les lieux de travail (publics et privés)», *Le Droit Ouvrier* 2011 (750) 58-64.
- BRÏÈRE Jean-Yves/VILLAGGI Jean-Pierre, «L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme», in Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail 2000*, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2000, 219-249.
- BRISSEAU Claire, «La religion du salarié», *Droit social* 2008 969-980.
- BRUCHEZ Christian/MANGOLD Patrick/SCHWAAB Jean Christophe, *Commentaire du contrat de travail*, Lausanne, Réalités Sociales, 2019.
- BRÜHWILER Jürg, *Einzelarbeitsvertrag*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014.
- BRUN André/GALLAND Henri, *Traité de droit du travail*, 2^e éd., t. I, Paris, Sirey, 1978.
- BRUN Henri, «Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise: l'objection de conscience», *Les Cahiers de droit* 1987 (28) 185-205.
- BRUNELLE Christian, *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Éditions Yvon Blais, 2001.
- BRUNELLE Christian/COUTU Michel/TRUDEAU Gilles, «La constitutionnalisation du droit du travail: un nouveau paradigme», *Les Cahiers de Droit* 2007 (48) 5-42.
- BRUNO Isabelle/EMMANUEL Didier, *Benchmarking: l'État sous pression statistique*, Paris, La Découverte, 2013.

- BUCHER Andreas, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2009.
- BÜCHLER Andrea, «Islam und Schweizerisches Arbeitsrecht», in Pahud de Mortanges René/Tanner Erwin (édit.), *Musulime und schweizerische Rechtsordnung – Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 2002, 427 ss.
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *L'heure de l'égalité au travail, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, 2003, Rapport I (B).
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail: pour un travail décent dans le monde en ligne*, Genève, 2019.
- BUSER Denise, «Dürfen Religionsgemeinschaften Frauen beim Zugang zu religiösen Ämtern diskriminieren? Zur Anwendbarkeit des CEDAW-Übereinkommens bei diskriminierenden religiösen Praktiken in der Ämterbesetzung», in Julia Hännli/Sebastian Heselhaus/Adrian Loretan (édit.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat, Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit*, Zurich/Saint-Gall, Dike/Nomos, 2019, 111-136.
- BUSER Denise, «Selbstbindung von Religionsgemeinschaften an die Geschlechtergleichstellung», in Andreas Stöckli/Anne Kühler/Felix Hafner/Kurt Pärli (édit.), *Recht, Religion und Arbeitswelt*, Zurich/St-Gall, Dike, 2021, 333-364 (cité Selbstbindung).
- BUTLER Sarah, «Catholic Women and Equality: Women in the Code of Canon Law», in Marie Failingier/Elisabeth Schiltz/Susan J. Stabile (édit.), *Feminism, Law and Religion*, Routledge, 2013, 345-370.
- CALLEBAT Bernard/DE COURRÈGES Hélène/PARISOT Valérie (édit.), *Les religions et le droit du travail – Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- CAMASTRAL Claudia, *Grundrechte im Arbeitsverhältnis*, Zurich, Verlag Rüegger, 1996.
- CAMERLYNCK Guillaume Henri, *Contrat de travail*, in Guillaume Henri Camerlynck (édit.), *Traité de droit du travail*, t. I, Paris, Dalloz, 1968.
- CAMPICHE Roland J., *La religion visible: pratiques et croyances en Suisse*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2010 (cité La religion visible).
- CAMPICHE Roland, «Individualisation du croire et recomposition de la religion», *Archives de Sciences Sociales des Religions* 1993 (81) 117-131.
- CANADA, BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Ottawa, 1967.
- CANDRIAN Jérôme, «Chronique semestrielle des arrêts du Tribunal administratif fédéral 2020-2», *Newsletter DroitDuTravail.ch*, novembre 2020.

- CANUT Florence, «L'ordonnancement des normes infra-étatiques – à propos du projet de loi Travail», *Droit social* 2016 522-524.
- CAPLAZI Alexandra/NAGUIB Tark, «Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit», *Jusletter* 7 février 2005.
- CARBONNIER Jean, «La religion, fondement du droit?», in François Terré (édit.), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, t. 38, Paris, Sirey, 1993, 17-21.
- CARBONNIER Jean, *Théorie des obligations*, Paris, Thémis, 1963 (cité Théorie des obligations).
- CARONI Martina, «Religion und Integration – Gedanken zum Umgang mit religiösen Minderheiten», in René Pahud de Mortanges (édit.), *Religion und Integration aus der Sicht des Rechts, Grundlagen, Problemfelder, Perspektiven*, Zurich, Schulthess, 2010 11-37.
- CARRUZZO Philippe, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2009.
- CARUSO Daniela, «Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives», *Harvard International Law Journal*, 2003 (44) 331-386.
- CASADO Arnaud, «Prosélytisme dans l'entreprise de droit privé ne gérant pas un service public et droit du travail», *Société, droit et religion* 2017 35-52.
- CASTEL Robert, «La fin du travail, un mythe démobilisateur», *Manière de voir*, décembre 2017 – janvier 2018 (n° 156), 70-72.
- CÉCILIA Marie-Claire, «Eglises, Etat et «polarisation»», *Le Monde diplomatique*, mars 2005.
- CENTRE INTERCANTONAL D'INFORMATION SUR LES CROYANCES (CIC), *D'église en ashram. Cartographie de la diversité religieuse à Genève*, Genève, CIC, 2014.
- CEROTTINI Eric, *Le droit aux vacances*, Lausanne, IRAL, 2001.
- CHAIX François, «Les vices du consentement dans le contrat de travail», in Jean-Louis Duc (édit.), *Le travail et le droit*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg, 1994, 189-207.
- CHAUCHARD Jean-Pierre, «La subordination du salarié, critère du contrat de travail», in Jean-Pierre Chauchard/Anne-Chantal Hardy-Dubernet (édit.), *La subordination dans le travail*, Paris, La Documentation française, 2003, 21-31.
- CHÉLINI-PONT Blandine, «Laïcités française et américaine en miroir», in *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux* 2005 107-118.
- CHÉLINI-PONT BLANDINE/GUNN Jeremy, *Dieu en France et aux États-Unis. Quand les mythes font foi*, Paris, Berg International, 2005.
- CHERRY Miriam A., «Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work», *Comparative Labor Law and Policy Journal* 2016 577-602.

- CHEVALLIER Jacques, «Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1998 659-714.
- CHEVRIER Marc, et al., *La laïcité: le choix du Québec. Regards pluridisciplinaires sur la Loi sur la laïcité de l'État*, Secrétariat à l'accès à l'information et à la réforme des institutions démocratiques, Québec, 2021.
- CHIFFLET Stéphanie, «L'imaginaire technoscientifique. Récit, mytique, image», *Raison présente* 2009 63-74 (cité L'imaginaire technoscientifique).
- CHIFFLET Stéphanie, *Le récit de la convergence NBIC: vers une nouvelle cosmogonie?*, Université Stendhal Grenoble 3, 2008.
- CHIFFOLEAU Sylvia, *Le voyage à la Mecque. Un pèlerinage en terre d'Islam*, Paris, Belin, 2015.
- CHOQUET Sabine, *Identité nationale et multiculturalisme. Deux notions antagonistes?*, Paris, Classiques Garnier, 2015.
- CHOUDHRY Sujit, «Rights Adjudication in a Plurinational State: The Supreme Court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable Accommodation», *Osgoode Hall Law Journal* 2013 575-608.
- CHRISTIANS Louis-Léon, «Les mutations du concept d'entreprise de tendance – Essai de prospective juridique sur les futures entreprises postséculières», in Callebat Bernard/de Courrèges Hélène/Pariset Valérie (édit.), *Les religions et le droit du travail – Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 253-270.
- CISMAS Ioana, *Religious Actors and International Law*, Oxford, OUP, 2014.
- CLERC Christophe/BÉLIER Gilles, «Quel avenir pour une codétermination à la française?», *Revue de droit du travail* 2014 600-606.
- COHEN Abraham, *Le Talmud* (trad. fr. Jacques Marty), Paris, Payot & Rivages, 2002.
- COQUAUD Urwana/MARTIN Isabelle, «L'expression des convictions religieuses au travail: liberté de religion et obligation d'accommodement au Canada» *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2016 78-90.
- COLLANGE Jean-François, ««À la sueur de ton front»: le travail et la peine selon Genèse 3, 17-19», *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, 1993 (40) 20-26.
- COMITÉ D'EXPERTS SUR LES INTERMÉDIAIRES D'INTERNET (MSI-NET), *Algorithms and Human Rights, Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2018.
- COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, «Des droits pour tous et toutes – Fiche n° 4. Les demandes d'accommodement raisonnable», 2013.
- COMMISSION EUROPÉENNE, «L'aménagement raisonnable au-delà du handicap en Europe?», Résumé rédigé par Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive sous la

- supervision de Lisa Waddington, 2013 (cité L'aménagement raisonnable en Europe).
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), «Avis sur la laïcité», 26 septembre 2013.
- CONFÉDÉRATION SUISSE, *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme – Plan d'action national de la Suisse 2020-2023*, Berne, 15 janvier 2023.
- CONFÉRENCE DES ÉVÊQUES SUISSES, *Vade-mecum pour la collaboration de l'Église catholique avec les corporations de droit public ecclésiastique en Suisse*, décembre 2012.
- CONSEIL DE L'EUROPE/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'art. 9 de la Convention*, version du 30 avril 2022.
- CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis – Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse*, Québec, 2007.
- COQUAZ Vincent/HALISSAT Ismaël, *La nouvelle guerre des étoiles*, Paris, Kero, 2020.
- CORNU Gérard (édit.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, Puf, 2020.
- COSSALI SAUVAIN Monique, «Le fonctionnaire est-il un citoyen ordinaire ? Liberté d'expression et devoir de réserve des employés de l'État à la lumière de l'affaire «Ramadan»», in *L'atelier du droit – Mélanges Heinrich Koller*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2006, 23 ss.
- COUTURIER Gérard, «L'intérêt de l'entreprise», in Pierre Couvrat (édit.), *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, Paris, Puf, 1992, 143 ss.
- CRÉPIN Aline, «Les entreprises privées face au fait religieux : entre fantasme et pragmatisme», *Droit social* 2015 694-698.
- DA SILVA Aldina, «La conception du travail dans la Bible et dans la tradition chrétienne occidentale», *Théologiques* 1995 (3) 89-104.
- DANTHE Marie-Gisèle, «Directives sur le comportement des travailleurs», *Jusletter* 19 septembre 2016.
- DE GOUTTES Régis, «Les discriminations religieuses et la Convention européenne des droits de l'homme», in Thierry Massis/Christophe Pettiti (édit.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 81-96.
- DE NAUROS Louis, «Religion – Religion et Etat», *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 6 janvier 2023.
- DE STEFANO Valerio, «*Negotiating the algorithm*»: *Automation, artificial intelligence and labour protection*, Employment Working Paper n° 246, OIT, Genève, 2018 (cité *Negotiating the algorithm*).

- DE STEFANO Valerio, *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the gig-economy*, Conditions of work and employment series n° 71, OIT, Genève, 2016 (cité Just-in-time workforce).
- DE VITRAY-MEYEROVITCH Eva, *La prière en islam*, Paris, Albin Michel, 2003.
- DEBET Anne, «Signes religieux et jurisprudence européenne», in René Sève (édit.), *La laïcité*, Archives de philosophie du droit, t. 48, Paris, Dalloz, 2005, 221-237.
- DÉFAGO GAUDIN Valérie, «Les obstacles à la privatisation de la fonction publique», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Zurich, Schulthess, 2016, 259 ss.
- DELEUZE Gilles, *Pourparlers. 1972-1990*, Éditions de Minuit, Paris, 2003.
- DELHON Laetitia, «Le handicap, première cause de discrimination», *Le Monde diplomatique*, octobre 2022.
- DELUMEAU Jean, *L'aveu et le pardon: Les difficultés de la confession (XIII^e-XVIII^e siècle)*, Paris, Fayard, 1990.
- DENEAULT Alain, «Quand le management martyrise les salariés», *Le Monde diplomatique*, novembre 2018.
- DEREUX Georges, «De la nature juridique des contrats d'adhésion», *Revue trimestrielle de droit civil* 1910 503-541.
- DESBARATS Isabelle, «Les services publics face aux religions. À propos du refus de jurer d'un agent de la RATP», *Revue de droit du travail* 2017 332.
- DESCOMBES Vincent, «Un problème de type «cumul des mandats»», *Manière de voir*, avril-mai 2017 (152), 6-8.
- DESRIEUX Claudine/ESPINOSA Romain, «La barémisation des indemnités pour licenciement abusif: quelques éléments d'analyse empirique», *Revue économique* 2020 527-556.
- DIETSCHY-MARTENET Patricia, «Commentaire de l'article 329 du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-DIETSCHY-MARTENET, art. 329).
- DIETSCHY-MARTENET Patricia, «Le congé non payé en droit du travail et des assurances sociales», *RSAS* 2019 181-188.
- DOCKÈS Emmanuel, «Liberté, laïcité, *Baby Loup*: de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante», *Droit social* 2013 388-397.
- DOGAN YENISEY Kübra, *La modification du contrat de travail. Étude de droit suisse et de droit français*, Zurich, Schulthess, 2005.
- DONATSCH Marco, «Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst», *Jusletter* 3 mai 2010.

- DU PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1988.
- DUBET François, *Injustices*, Paris, Seuil, 2006.
- DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux, Volume I, Notion, garantie, restriction et juridiction*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2017 (cité Droits I).
- DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux, Volume II, Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2017 (cité Droits II).
- DUBEY Jacques/MARTENET Vincent, «Introduction générale», in Martenet Vincent/Dubey Jacques (édit.), *Commentaire romand. Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020.
- DUBEY Jacques/ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014.
- DUBOIS Jean-Pierre, «Pluralisme, laïcité, sphères publiques et sphère privée», in Terré François (édit.), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, t. 38, Paris, Dalloz, 1993, 171-184.
- DUC Jean-Louis, «Droit du travail et assurance-chômage», in Jean-Louis Duc (édit.), *Le travail et le droit*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1994, 225-242.
- DUC Jean-Louis, ««Problèmes musulmans» en droit des assurances sociales – Examen de quelques situations», in René Pahud de Mortanges/Erwin Tanner (édit.), *Muslim und schweizerische Rechtsordnung – Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, Fribourg, Presses universitaires de Fribourg, 2002, 199-217.
- DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2013 (1^{ère} éd. 1901).
- DUJARIER Marie-Anne, «La soumission à la prescription de toute-puissance», in Jean-Pierre Durand/Marie-Christine Le Floch (édit.), *La question du consentement au travail. De la servitude volontaire à l'implication contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2006, 101-110.
- DUMAY Jean-Michel, «Une justice au bord de l'implosion», *Le Monde diplomatique*, juin 2022.
- DUMÉNIL Gérard/LÉVY Dominique, *Économie marxiste du capitalisme*, Paris, La Découverte, 2003.
- DUNAND Jean-Philippe, «Commentaire de l'arrêt ATF 130 III 699, consid. 5, Ire Cour civile, arrêt du 7 septembre 2004 (4C.116/2004)», *DTA* 2005 93-102 (cité ATF 130 III 699).
- DUNAND Jean-Philippe, «La discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg)», in Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg*, Genève/Zurich, Schulthess, 2016, 35-71 (cité Discrimination).

- DUNAND Jean-Philippe, «La fin du contrat de travail (causes d'extinction et protections contre les congés)», in Anne-Sylvie Dupont/Pascal Mahon (édit.), *La fin des rapports de travail*, Genève/Zurich, Schulthess, 2021, 1-73 (cité La fin du contrat de travail).
- DUNAND Jean-Philippe/LEMPEN Karine/PERDAEMS Elsa, *Droit du travail*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020.
- DUNAND Jean-Philippe/MAHON Pascal (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., Berne, Stämpfli, 2022 (cité AUTEUR, Commentaire du contrat de travail).
- DUNAND Jean-Philippe/MAHON Pascal, «Avant-propos», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Julien Broquet (édit.), «*Le droit décroisé*»: *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Zurich/Genève/Bâle, Schulthess, v-viii.
- DUNAND Jean-Philippe/WITZIG Aurélien, *La Suisse et l'Organisation internationale du travail (OIT). Fondements et portée pratique*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2022.
- DURAND Guy, *Le Québec et la laïcité. Avancées et dérives*, Montréal, Éditions Varia, 2004.
- DURAND Jean-Claude, *La chaîne invisible*, Paris, Le Seuil, 2004.
- DURAND Jean-Pierre, «Le jeu des règles dans l'après-fordisme», in Claude Durand/Alain Pichon (édit.), *La puissance des normes*, Paris, L'Harmattan, 2003 (cité Après-fordisme).
- DURAND Paul, «La notion juridique d'entreprise», *Travaux de l'Association H. Capitant*, 1947, Paris, Dalloz, 45-60 (cité Notion juridique d'entreprise).
- DURAND Paul, «Le particularisme du droit du travail», *Droit social* 1945 298.
- DURAND Paul/JAUSSAUD Robert-Edouard, *Traité de droit du travail*, t. 1, Paris, Dalloz, 1947.
- DURKHEIM Émile, «De la définition des phénomènes religieux», *L'Année sociologique*, 1897-1898 (t. 2), 1-28.
- DUYCK Jean-Yves/MOAL-ULVOAS Gaëlle/VOYNNET-FOURBOUL Catherine (édit.), *Management et spiritualité*, Paris, Éditions EMS, 2017.
- DWORKIN Ronald, *Religion sans Dieu*, Genève, Labor et Fides, 2014.
- ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES EN SCIENCES SOCIALES (EHESS), *Programme de recherche: L'enseignement de l'Islam dans les écoles coraniques, les institutions de formation islamique et les écoles privées*, juillet 2010.
- EDEL Frédéric, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2010.
- EDGEWELL Penny/GERTEIS Joseph/HARTMANN Douglas, «Atheists as «Other»: Moral Boundaries and Cultural Membership in American Society», *American Sociology Review* 2006 (71) 211-234.

- EHRENZELLER Bernhard/SCHINDLER Benjamin/SCHWEIZER Rainer J./VALLENDER Klaus A. (édit.), *St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung*, 3^e éd., Zurich, Schulthess, 2014 (cité SGK BV-AUTEUR).
- EICHHOLZER Eduard, «Aperçu sur l'histoire du droit du travail en Suisse», *RSS* 1957 197-212.
- EID Paul, «Accommoder la différence religieuse dans les limites du raisonnable: regards croisés du droit et des sciences sociales», in Myriam Jézéquel (édit.), *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 105 ss.
- EKELUND Robert B., et al., *Sacred Trust. The Medieval Church as an Economic Firm*, OUP, 1996.
- EL CHAZLI Karim/CAVANNA Paola, «Subjectivisme et objectivisme dans l'appréhension judiciaire des croyances et pratiques religieuses islamiques – Étude comparative», in Bernard Callebat/Hélène de Courrèges/Valérie Parisot (édit.), *Les religions et le droit du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 451-481.
- ELGOZY Georges, *Automation et humanisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1968.
- ENRIQUEZ Eugène, *Les jeux du pouvoir et de désir dans l'entreprise*, Desclée de Brouwer, 2000.
- EPINEY Astrid, «Die Religionsfreiheit und das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EG: zur Tragweite des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit», in Idem (édit.), *Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz*, Zurich, Schulthess, 2009, 63-92.
- EPINEY Astrid/MOSTERS Robert/GROSS Dominique, «Islamisches Kopftuch und religiöse Neutralität an der öffentlichen Schule», in Pahud de Mortanges René/Tanner Erwin (édit.), *Musulime und schweizerische Rechtsordnung – Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 2002, 129-165.
- ETEMI Semsija, *Le pouvoir de direction de l'employeur. Concept, étendues et limites*, Berne, Stämpfli, 2022.
- EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM (ENAR), *Managing religious diversity in the workplace: a good practice guide*, 2015.
- EVANS Carolyn, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, OUP, 2001.
- FABRE Alexandre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Paris, L.G.D.J., 2010.
- FABRE-MAGNAN Muriel, «Le contrat de travail défini par son objet», in Alain Supiot (édit.), *Le travail en perspectives*, Paris, L.G.D.J., 1998, 104-124 (cité Contrat de travail).
- FABRE-MAGNAN Muriel, «Le forçage du consentement du salarié» *Droit Ouvrier* 2012 459-470 (cité Consentement).
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Introduction au droit*, Paris, Puf, 2014 (cité Introduction).

- FIorentino Allison, «La liberté religieuse sur les lieux de travail: approche comparative des systèmes américain et britannique», *RDT* 2013 649-656.
- FITZGERALD Timothy, *The Ideology of Religious Studies*, New York, OUP, 2000.
- FLAUSS Jean-François (édit.), Bruxelles, Bruylant, 2002.
- FLAUSS Jean-François, «Les signes religieux», Thierry Massis/Christophe Pettiti (édit.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 99-114.
- FLÜCKIGER Alexandre, «Les instruments de soft law en droit public», in Andreas Ladner/Jean-Loup Chappelet/Yves Emery/Luzius Mader/Nils Soguel/Frédéric Varone (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne, PPUR, 2013, 299-314 (cité Soft law).
- FLÜCKIGER Alexandre, *(Re)faire la loi, Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne, Stämpfli, 2019 (cité (Re)faire la loi).
- FLÜCKIGER Yves, «Droits de l'homme et entreprises», in Hertig Randall Maya/Hotetier Michel (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014, 640-657.
- FORNEROD Anne, «Droit des religions et soft law», in Philippe Auvergnon *et al.*, *Droit et religion en Europe. Études en l'honneur de Francis Messner*, Presses universitaires de Strasbourg, 2014, 99-110.
- FORTIER Vincente, «L'expression religieuse dans l'entreprise: regard de juriste», in Marti Serge/Fortier Vincente/Maïla Joseph/Hunyadi Mark, *L'expression religieuse en entreprise*, Le Bord de l'eau, 2016, 69-124 (cité L'expression religieuse dans l'entreprise)
- FORTIER Vincente, «Les mots pour le dire: jurer ou ne pas jurer, telle est la question», *Revue du droit des religions* 2017 169-180 (citer Jurer).
- FORTIER Vincente, «Normativité juridique vs. Normativité religieuse: l'office du juge pour arbitrer les conflits», *Revue du droit des religions* 2016 103-116.
- FOUILLÉ Alfred, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880.
- FOX Jonathan, «World Separation of Religion and State into the 21st Century», *Comparative Political Studies* 2006 (39) 537-569.
- FREDMAN Sandra, *Intersectional Discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, Directorate Justice and Consumers, Office des publications de l'Union européenne, 2016.
- FREEDLAND Mark, «Otto Kahn-Freund, the Contract of Employment and the Autonomy of Labour Law», in Alan Bogg/Cathryn Costello/ACL Davies/Jeremias Adams-Prassl (édit.), *The Autonomy of Labour Law*, Hart Publishing, 2015, 31-44.
- FRÉTEL Anne, «La réforme du droit du travail: le nouvel impératif économique», *Revue française de socio-économie* 2016 5-18.
- FREYRIA Charles, «Les accords d'entreprise atypiques», *Droit social* 1988 43.

- FRIDENSON Patrick, «La subordination dans le travail: les questions de l'historien», in Jean-Pierre Chauchard/Anne-Chantal Hardy-Dubernet (édit.), *La subordination dans le travail*, Paris, La Documentation française, 2003, 59-69.
- FRIEDERICH Ueli, «Droit d'autodétermination des Eglises et autres communautés religieuses», in Friederich Ueli/Campiche Roland J./Pahud de Mortanges René/Winzeler Christoph, *Bundesstaat und Religionsgemeinschaften – État fédéral et communautés religieuses*, Annuaire suisse de droit ecclésial, Berne, Peter Lang, 2003, 171-194.
- FRIEDMANN Georges, *Le Travail en miettes*, Paris, Gallimard, 1956.
- FRIEDMANN Georges, *Où va le travail humain?*, Paris, Gallimard, 1950.
- FRYDMAN Benoît/HAARSCHER Guy, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2010.
- FRYE Northrop, «Conclusion», in Carl F. Klinck (édit.), *Literary History of Canada*, University of Toronto Press, 1965.
- GABORIEAU Marc/ZEGHAL Malika, «Autorités religieuses en islam», *Archives de sciences sociales des religions*, 2004 (125) 5-21.
- GAGNON Sylvie, «Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne», in Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne (édit.), *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 261 ss.
- GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985.
- GALINDO Géraldine/ZANNAD Hédia, «Les grandes entreprises françaises et la religion. Proposition d'une grille d'analyse pour décrypter les postures adoptées», *Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise* 2014 40-53.
- GALLOIS Alexandre, «Travail, religion et droit pénal: le cas de la discrimination», in Callebat Bernard/de Courrèges Hélène/Parisot Valérie (édit.), *Les religions et le droit du travail – Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 331-340.
- GAMET Laurent, «Droits de l'homme au travail, *urbi et orbi*», *Droit social* 2016 1029-1037.
- GARAPON Antoine, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2000.
- GARAY Alain, «L'Islam et l'ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue de droit international et de droit comparé* 2005 117-155.
- GARAY Alain, «Liberté religieuse et le prosélytisme: l'expérience européenne», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1994 7-29.
- GARDAZ Philippe, «Le statut juridique des Églises réformée et catholique dans le canton de Vaud», in Adrian Loretan (édit.), *Rapports Église-État en mutation, La situation en Suisse romande et au Tessin*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg, 1997, 135-146.

- GARDEN Charlotte, «Religious Employers and Labor Law: Bargaining in Good Faith?», *Boston University Law Review* 2016 109-160.
- GARDES Delphine, «La liberté religieuse du travailleur salarié», *Empan* 2017 (108) 98-105.
- GARLICKI Leck/JANKOWSKA-GILBERG Magdalena, «Religiöse Aspekte im öffentlichen Schulsystem vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR», in Bernhard Ehrenzeller, *et al.* (édit.), *Religionsfreiheit im Verfassungsstaat*, Zurich/Saint-Gall, Dike, 2011, 121 ss.
- GASPARINI William, «Dispositif managérial et dispositions sociales au consentement. L'exemple du travail de vente d'articles de sport», in Jean-Pierre Durand/Marie-Christine Le Floch (édit.), *La question du consentement au travail. De la servitude volontaire à l'implication contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2006, 115-126.
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 11^e éd., Zurich, Schulthess, 2020.
- GAUCHET Marcel, «Les tâches de la philosophie politique», *Revue du MAUSS* 2002 (19) 275-303.
- GAUCHET Marcel, *La religion dans la démocratie*, Paris, Gallimard, 2001 (cité Religion).
- GAUCHET Marcel, *Un monde désenchanté?*, Paris, Les Éditions de l'Atelier/Éditions Ouvrières, 2004 (cité Un monde désenchanté?).
- GAUDREAU-DESBIENS Jean-François, «Cohesive Fear: A Comment on Masure and Lacroix», in Katayoun Alidadi/Marie-Claire Foblets (édit.), *Public Commissions on Cultural and Religious Diversity: National Narratives, Multiple Identities and Minorities*, Londres, Routledge, 2018, 175 (cité Cohesive Fear).
- GAUDREAU-DESBIENS Jean-François, «Introduction», in Jean-François Gaudreault-DesBiens (édit.), *Le droit, la religion et le «raisonnable». Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Éditions Thémis, 2009, 1-28 (cité Introduction).
- GAUDREAU-DESBIENS Jean-François, «On Private Choices and Public Justice: Some Microscopic and Macroscopic Reflections on the State's Role in Addressing Faith-Based Arbitration», in Ronald Murphy/Patrick A. Molinari (édit.), *Doing Justice: Dispute Resolutions in the Courts and Beyond/Règlement des conflits: la justice n'appartient-elle qu'aux tribunaux?*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2009, 247 ss.
- GAUDREAU-DESBIENS Jean-François, «Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port de signes religieux à l'école publique: réflexions en forme de points d'interrogation», in Myriam Jézéquel (édit.), *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 241-286 (cité Angles morts).

- GAUDREULT-DESBIENS Jean-François, «Religious Challenges to the Secularized Identity of an Insecure Polity: A Tentative Sociology of Québec's Reasonable Accommodation Debate», in Ralph Grillo, *et al.* (édit.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Londres, Routledge, 2009, 151-174.
- GAUDU François, «L'entreprise de tendance laïque», *Droit social* 2011 1186-1189.
- GAUDU François, «La religion dans l'entreprise», *Droit social* 2010 65-71 (cité Religion).
- GÉA Frédéric, «Communautarisme (religieux) et droit du travail», *Droit social* 2015 661-663.
- GÉA Frédéric, «Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise», *Droit social* 2016 516-518.
- GEISER Thomas/MÜLLER Roland/PÄRLI Kurt, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2019.
- GEISER Thomas/VON KAENEL Adrian/WYLER Rémy (édit.), *Loi sur le travail*, Berne, Stämpfli, 2005 (cité AUTEUR, Commentaire LTr).
- GERNET Louis, «Sur la notion du jugement en droit grec», in Id., *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, Sirey, 1955, 61-81.
- GERNET Louis, *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, Flammarion, 1968.
- GERVAIX André, «Quelques réflexions à propos de la distinction des <droits> et <intérêts>», in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 1 Théorie générale du droit et du droit transitoire*, Paris, Sirey/Dalloz, 1961, 241-252.
- gfs.bern, *Pilotstudie Diskriminierungserfahrungen Muslime in der Schweiz*, Berne, 2017.
- GHESTIN Jacques/LOISEAU Grégoire/SERINET Yves-Marie, *La formation du contrat*, t. I, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013.
- GINESTET Philippe, *La vie est une idée de génie. La force d'aimer*, Paris, Eyrolles, 2021.
- GISEL Pierre, «Théologie et sciences religieuses à l'enseigne de la sécularisation. D'une dualité à déplacer», *Recherches de Science Religieuse* 2013 (1) 181-199 (cité Théologie et sciences religieuses).
- GISEL Pierre, *Qu'est-ce qu'une religion?*, Paris, Vrin, 2007 (cité Religion).
- GISEL Pierre, *Sortir le religieux de sa boîte noire*, Genève, Labor et Fides, 2019 (cité Boîte noire).
- GLOOR Werner, «Kopftuch an der Kasse – Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis», *DTA* 2006 1-16 (cité Kopftuch).
- GLOOR Werner, «Le conflit de conscience du travailleur», *DTA* 2020 283-299 (cité Conflit de conscience).
- GLOOR Werner, «Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive», *DTA* 2008 249-268 (cité Congé-modification).

- GÖKSU Tarkan, «Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes», *RSJ* 2002 89-101.
- GÖKSU Tarkan, «Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 45», *RJB* 2004 35-57 (cité Kontrahierungspflicht).
- GÖKSU Tarkan, *Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung*, Zurich, Schulthess, 2003 (cité Rassendiskriminierung).
- GONIN Luc, *La liberté religieuse. La situation juridique au sein du Conseil de l'Europe et en Suisse*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2013 (cité Liberté religieuse).
- GONIN Luc, *Les droits de l'homme en pratique. Analyse comparative du droit à la vie, de la liberté religieuse et de la liberté d'expression, et conséquences théoriques*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2013 (cité Les droits de l'homme en pratique).
- GONIN Luc/BIGLER Olivier, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne, Stämpfli, 2018 (cité CEDH-AUTEUR).
- GORDON Hilmar, *Die Sonn- und Feiertagsgesetzgebung nach schweizerischem Recht*, Zurich, Druck von Emil Rüegg, 1917.
- GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912.
- GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental: De 2001 à 2018*, avril 2019, disponible en ligne.
- GOY Raymond, «La garantie européenne de la liberté de religion. L'article 9 de la Convention de Rome», in Terré François (édit.), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, t. 38, Paris, Dalloz, 1993, 163-210.
- GRABENWARTER Christoph/PABEL Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021.
- GRAMMOND Sébastien, «Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux et de la religion: Convergence ou conflit?» *R.J.T.* 2009 (43) 83-108.
- GRANDJEAN Michel, «Droits de l'homme et religion», in Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014, 675 ss.
- GREBSKI Lukasz, *Commentaire de l'art. 38 LPers*, in Portmann Wolfgang/Uhlmann Felix (édit.), *Bundpersonalgesetz (BPG)*, Berne, Stämpfli, 2013 (cité BPG-GREBSKI).
- GREMPER Philipp, *Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing Lichtenhahn, 1993.
- GRIFFITHS John, «What is legal pluralism?», *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1986 (18) 1-55.
- GRISEL Etienne, *Droits fondamentaux. Libertés idéales*, Berne, Stämpfli, 2008.

- GRODECKI Stéphane, «Commentaire de l'article 29a de la Constitution fédérale», in Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit.), *Commentaire romand. Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020 (cité CR Cst.-GRODECKI, art. 29a).
- GRUENING Gernod, «Origin and theoretical basis of New Public Management», *International Public Management Journal* 2001 1-25.
- GRUMBACH Tiennot, «Citoyenneté, entreprise et contrat social», *Droit Ouvrier* 1995 235-257.
- GUÉNON René, *Autorité spirituelle et pouvoir temporel*, Guy Trédaniel, 1992 (1^{ère} éd. 1929).
- GUICHARD Sylvie, «Les formes multiples de la laïcité», *Revue économique et sociale* 2017 (75), 37-45.
- GUICHARD Sylvie/SCHOLL Sarah, «De la liberté collective du culte à la liberté individuelle de conscience dans les constitutions du XIX^{ème} siècle», in Felix Hafner/Andreas Kley/Victor Monnier/Stefan G. Schmid (édit.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, vol. XV, Berne, Stämpfli, 2018, 41-61.
- GUILLOD Olivier/STEFFEN Gabrielle, «Commentaire des articles 19/20 du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20).
- GUIOMARD Frédéric, «Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur», in Antoine Lyon-Caen/Pascal Lokiec (édit.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2005 (cité Droits fondamentaux).
- GUIOMARD Frédéric, «La singularité de la notion d'aménagement raisonnable dans le droit des discriminations dans le champ de l'emploi», in Tatiana Gründler (édit.), *Aménagements raisonnables et non-discrimination*, Ardis, 2016, 29-43 (Singularité).
- GUNN Jeremy, «Religious Freedom and Laïcité: A Comparison of the United States and France», *Brigham Young University Law Review* 2004 419-506.
- GUTMANNBAUER Heidrun, *Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln*, Zurich, Schulthess, 2011.
- HAARSCHER Guy, *La laïcité*, 5^e éd., Paris, Puf, 2010.
- HÄFELIN Ulrich/MÜLLER Georg/UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/Saint-Gall, Dike, 2020.
- HAFNER Felix, «Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse», in Helbling Peter/Polodna Tomas (édit.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne, Stämpfli, 1999, 181-208 (cité Rechtsnatur).
- HAFNER Félix, «Religionsverfassung», in Olivier Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, Schulthess, 2020, 2327-2349 (cité Religionsverfassung).

- HAFNER Felix/GREMELSPACHER Georg, «Islam im Kontext des schweizerischen Verfassungsrechts», in Pahud de Mortanges René/Tanner Erwin (édit.), *Muslims und schweizerische Rechtsordnung – Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 2002, 87-110.
- HÄNER Isabelle, «Grundrechte im öffentlichen Personalrecht», in Helbling Peter/Poledna Tomas (édit.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne, Stämpfli, 1999, 395-418.
- HANGARTNER Yvo, «Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post», *PJA* 2000 515-520.
- HANGARTNER Yvo, «Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung von öffentlichem Personal», *ArbR* 1993 27-45 (cité Anstellung).
- HÄNNI Julia/HESELHAUS Sebastian/LORETAN Adrian (édit.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat, Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit*, Zurich/Saint-Gall, Dike/Nomos, 2019.
- HÄNNI Peter, *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, Zurich, Schulthess, 2^e éd., 2008.
- HÄNNI Peter/SCHNEIDER Adrian, «Droits et devoirs des collaborateurs: droits fondamentaux, loi sur l'égalité», *RFJ* 2004 II 151-167.
- HANSEL Georges, *De la Bible au Talmud*, Paris, Odile Jacob, 2008.
- HARDY-DUBERNET Anne-Chantal, «La subordination: l'objet, la pratique et la règle du jeu», Jean-Pierre Chauchard/Anne-Chantal Hardy-Dubernet (édit.), *La subordination dans le travail*, Paris, La Documentation française, 2003, 45-56.
- HARMEL Léon, *Le Catéchisme du patron. Élaboré avec le concours d'un grand nombre de théologiens*, Paris, Aux bureaux du Journal la Corporation, 1889.
- HART H. L. A., *Le concept de droit* (trad. fr. Michel van de Kerchove), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- HÄSLER Philipp, *Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen*, Berne, Stämpfli, 2005.
- HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *Expression religieuse et laïcité dans l'entreprise*, Avis du 1^{er} septembre 2011.
- HAYAT Pierre, «Laïcité et sécularisation», *Les Temps Modernes* 2006 317-329.
- HELBLING Peter, *Commentaires des art. 6, 8, 20, 24, 31 et 34 LPers*, in Portmann Wolfgang/Uhlmann Felix (édit.), *Bundespersonalgesetz (BPG)*, Berne, Stämpfli, 2013 (cité BPG-HELBLING).
- HELBLING Peter/POLEDNA Tomas (édit.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne, Stämpfli, 1999.
- HELLER Birgit, «Gender und Religion», in Johann Figl (édit.), *Handbuch Religionswissenschaft. Religionen und ihre zentralen Themen*, Innsbruck/Göttingen, Tyrolia/Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, 758-769.

- HENNEBERGER Fred/SUDJANA Sarah, «Öffentlicher Dienst im Wandel: Zur Entwicklung der kollektiven und individuellen Rechte und Pflichten des Bundespersonals», *ZBl* 2007 57-82.
- HENNETTE Vauchez Stéphanie/VALENTIN Vincent, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, Paris, L.G.D.J., 2014.
- HENRARD Kristin, «Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality», *Erasmus Law Review* 2012 59-77.
- HÉRODOTE, *Histoire* (trad. fr. Philippe-Ernest Legrand), Paris, Les Belles Lettres, 1932.
- HERTIG RANDALL Maya, «Minorités religieuses – Religious Minorities. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté de religieuse sous le prisme de l'accommodement raisonnable», in Andreas R. Ziegler/Julie Kuffer (édit.), *Les Minorités et le Droit/Minorities and the Law*, Zurich, Schulthess, 2016, 263-287.
- HERTIG RANDALL Maya/HOTTELIER Michel (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014.
- HERVIEU-LÉGER Daniel, *Le Pèlerin et le Converti. La religion en mouvement*, Paris, Flammarion, 2001.
- HÉSIODE, *Les Travaux et les Jours*, Les Belles Lettres, Paris, 1964 (trad. fr. Paul Mazon).
- HILTI Martin, *Die Gewissensfreiheit in der Schweiz*, Zurich/Saint-Gall, Schulthess, 2007.
- HOCHSCHILD Arlie, *The Time Bind: When Work becomes Home and Home becomes Work*, New York, Metropolitan Books, 1998.
- HOVELS Niloufar, *Islam und Arbeitsrecht*, Heymanns, 2003.
- HOFMANN David, «L'engagement et la gestion du personnel», in Thierry Tanquerel/François Bellanger (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Zurich, Schulthess, 2012, 103-145.
- HÖRDEGEN Stephan, *Chancengleichheit und Schulverfassung*, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2005.
- HORVILLEUR Delphine, *En tenue d'Ève. Féminin, pudeur et judaïsme*, Paris, Grasset, 2013.
- HORWITZ Paul, «The Hobby Lobby Moment», *Harvard Law Review* 2014 (128) 154-189.
- HOTTELIER Michel/MOCK Hanspeter/PUÉCHAVY Michel, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle, Schulthess/Anthémis, 2011.
- HUGLO Jean-Guy/WEISSMANN Raphaël, «Le serment des agents de surveillance de la RATP et le principe de laïcité», *Droit social* 2017 215-220.

- HUMBERT Michel, «Droit et religion dans la Rome antique», François Terré (édit.), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, t. 38, Paris, Dalloz, 1993, 235-247.
- HUNYADI Mark, *La vertu du conflit. Pour une morale de la médiation*, Paris, Cerf, 1995 (cité La vertu du conflit).
- HUNYADI Mark, «Des entreprises post-séculières?», in Marti Serge/Fortier Vincente/Maïla Joseph/Hunyadi Mark, *L'expression religieuse en entreprise*, Le Bord de l'eau, 2016 (cité Entreprises).
- HUTTERLI Claus, *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht*, Berne, Stämpfli, 1982.
- HUWS Ursula/SPENCER Neil/JOYCE Simon, *Crowd Work in Europe*, FEPS Studies, décembre 2016.
- INSTITUT D'ÉTUDES DE L'ISLAM ET DES SOCIÉTÉS DU MONDE MUSULMAN (IISMM), ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES EN SCIENCES SOCIALES (EHESS), *Programme de recherche : L'enseignement de l'Islam dans les écoles coraniques, les institutions de formation islamique et les écoles privées*, juillet 2010.
- INSTITUT MONTAIGNE (étude menée par Lionel Honoré), *Baromètre du Fait Religieux en Entreprise 2020-2021*, mai 2021.
- INSTITUT MONTAIGNE (étude menée par Marie-Anne Valfort), *Discriminations religieuses à l'embauche : une réalité*, 2015.
- INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE), *Enquête Histoire de vie 2003*, 2006.
- ISABELLE Ferreras, *Critique politique du travail*, Paris, Les Presses de Science Po, 2007.
- IVANKOVICH Ivan F., «Case Comment: Peel v. Great Atlantic Pacific Co. of Canada et al.», *Alberta Law Review* 1991 (29) 724-738.
- JAAG Tobias, «Besonderheiten des Personalrechts im halbstaatlichen Bereich», in Helbling Peter/Poledna Tomas (édit.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne, Stämpfli, 1999, 587-603.
- JACQUOT Lionel, «Du «consentement paradoxal» à la «servitude volontaire»: les collectifs de travail en danger», in Jean-Pierre Durand/Marie-Christine Le Floch (édit.), *La question du consentement au travail. De la servitude volontaire à l'implication contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2006, 273-282.
- JAMES William, *L'expérience religieuse. Essai de psychologie descriptive* (trad. Frank Abauzit), Paris, Alcan, 1906.
- JAMET Églantine, «Les religions sont-elles un obstacles à l'égalité?», *Revue Économique et Sociale* 2017 55-64.
- JAMOULLE Micheline, *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994.
- JEAMMAUD Antoine, «Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation», *Droit Ouvrier* 1998 240-263.

- JEANDIN Nicolas, «Commentaire de l'article 28 du Code civil», in Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte (édit.), *Code civil I. Commentaire romand*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010 (cité CR CC I-JEANDIN, art. 28).
- JEANNERAT Eloi/MATTHEY Fanny, «Commentaire de l'article 62 de la Constitution fédérale», in Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit.), *Commentaire romand. Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020 (cité CR Cst.-JEANNERAT/MATTHEY, art. 62).
- JEFFERSON Thomas, *Observations sur l'État de Virginie* (trad. fr. François Specq,) Paris, Éditions Rue d'Ulm, 2015 (1^{ère} éd. 1787).
- JÉZÉQUEL Myriam, «L'obligation d'accommodement: un outil juridique et une mesure d'intégration», *Éthique publique* 2006 53 ss.
- JOBIN Paul/TSENG Yu-Hwei, «Le suicide comme *karōshi* ou l'overdose de travail», *Travailler* 2014 45-88.
- JOERIN Patrick, *Die arbeitsrechtliche Änderungskündigung und deren rechtliche Zulässigkeit*, Bâle/Genève/Zurich, Helbing Lichtenhahn, 2006.
- JOLLER Elisabeth, «Darf Justitia ein Kopftuch tragen?», *ZBl* 2019 115-137.
- JUNG Peter, «L'interprétation supplétive et la théorie de l'imprévision – le nouveau droit français à la lumière des droits allemand et suisse», in Mariola Lemonnier/Reiner Schulze/Dagmara Skupień (édit.), *La réforme du droit des contrats en France – réflexions de juristes européens*, Łódź, 79-114.
- KADELBACH Stefan, «Einleitung», in Kadelbach Stefan/Parhisi Parinas (édit.), *Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2007, 9 ss.
- KADELBACH Stefan/PARHISI Parinas (édit.), *Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- KAHN-FREUND Otto, *Labour Relations – Heritage and Adjustment*, Oxford, OUP, 1979.
- KÄLIN Walter, *Grundrechte im Kulturkonflikt*, Zurich, Schulthess, 2000.
- KÄLIN Walter/KÜNZLI Jörg, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2019.
- KARAZIVAN Noura/GAUDREAU-DESBIENS Jean-François, «Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses: the Example of Québec's *Laïcité Act*», *Supreme Court Law Review* 2020 (99) 487-516.
- KARLEN Peter, «Die korporative religiöse Freiheit in der Schweiz. Von der Kirchenautonomie zum Selbstbestimmungsrecht», in René Pahud de Mortanges (édit.), *Das Religionsrecht der neuen Bundesverfassung*, Fribourg, Presses universitaires de Fribourg, 2001, 33-49 (cité Korporative).
- KARLEN Peter, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988 (cité Religionsfreiheit).

- KARLEN Peter, *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, Zurich, Schulthess, 2018 (cité *Verwaltungsrecht*).
- KASTANAS Elias, «La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in Andreas Auer/Alexandre Flückiger/Michel Hottelier (édit.), *Les droits de l'homme et la constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève, Schulthess, 2007, 197-218.
- KATAYOUN Alidadi, «Reasonable Accommodation for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach in Employment», *European Law Review* 2012 (37) 693-715 (cité *Reasonable Accommodation*).
- KEISER Andreas, «Justiziabilität personalrechtlicher Entscheide», in Peter Helbling/Tomas Poledna (édit.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Stämpfli, Berne, 1999, 505-531.
- KELLER Helen/SCHÄDLER Simon, «Freiheitsrechte im Strafvollzug: Plädoyer für die Abkehr vom Sonderstatus», *RDS* 2013 I 195-222.
- KEPEL Gilles, *La revanche de Dieu. Chrétiens, juifs et musulmans à la reconquête du monde*, Paris, Seuil, 1991.
- KIENER Regina/KÄLIN Walter/WYTTENBACH Judith, *Grundrechte*, 3^e éd., Berne, Stämpfli, 2018.
- KING Elisabeth, «EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.: Religious Accommodation in the Workplace», *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 2016 327-336.
- KINTZLER Catherine, *Qu'est-ce que la laïcité?*, Paris, Vrin, 2007.
- KISLOWICZ Howard, «Business Corporations as Religious Freedom Claimants in Canada», *Revue juridique Thémis* 2017 337-387.
- KLARE Karl, «The Public/Private Distinction in Labour Law», *University of Pennsylvania Law Review* 1982 (130) 1358-1422.
- KLEBER Eleanor, «Commentaire de l'article 28 de la Constitution fédérale», in Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit.), *Commentaire romand. Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020 (cité CR Cst.-KLEBER, art. 28).
- KLEBER Eleonor, *La discrimination multiple – Etude de droit international, suisse et européen*, Zurich, Schulthess, 2015.
- KLEY Andreas, «Wie neutral ist die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgericht in Glaubens- und Weltanschauungsfragen?», in Pahud de Mortanges René (édit.), *Religiöse Neutralität, Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft*, Zurich, Schulthess, 2008, 65 ss.
- KNAPP Blaise, «L'État agissant en droit privé», in Andreas Auer (édit.), *Présence et acualité de la Constitution dans l'ordre juridique – Mélanges offerts à la Société*

- suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 1991, 169-204.
- KOHLER Pierre, «La double discrimination des musulmans sur le marché de l'emploi», *Bulletin de la Commission fédérale contre le racisme (CFR) TANGRAM* 25, Berne, 2010, 93-97.
- KOLLER Thomas, «Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2004 – Veröffentlicht im Band 130 sowie ausgewählte amtlich nicht publizierte, elektronisch abrufbare Entscheide», *RJB* 2005 309-340 (cité Rechtsprechung).
- KOLLER Thomas, «Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse», in Wolfgang Wiegand (édit.), *Rechtliche Probleme der Privatisierung*, Berne, Stämpfli, 1998, 121-165 (cité Überführung).
- KÖLZ Alfred, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, vol. I, Berne, Stämpfli, 2006.
- KOUSSENS David, «Une mise en scène nationaliste de la laïcité en porte-à-faux avec la réalité des aménagements laïques canadiens: éléments du débat québécois», *R.D.U.S.* 2013 183-204.
- KRAMER Ernst A., *Berner Kommentar: Art. 19-22 OR. Allgemeine Bestimmungen. Inhalt des Vertrages*, Berne, Stämpfli, 1991 (cité BK-KRAMER).
- KRAUS Dieter, *Schweizerisches Staatskirchenrecht – Hauptlinien des Verhältnisses von Staat und Kirche auf eidgenössischer und kantonaler Ebene*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1993.
- KREISSL Christina, *Die Religionsfreiheit juristischer Personenfreiheit im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG*, Nomos, 2020.
- KRENC Frédéric, «Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle», in Marc Verdussen/Pierre Joassart (édit.), *La vie privée au travail*, Anthesis, 2011, 115-150.
- KÜHLER Anne, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, Berne, Stämpfli, 2012.
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle*, Zurich, Schulthess, 2007.
- KYMLICKA Will, «Tester les limites du multiculturalisme libéral? Le cas des tribunaux religieux en droit familial», *Éthique publique* 2007 (9) 27-37.
- KYMLICKA Will, *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités*, 2001.
- LA HOVARY Claire, *Les droits fondamentaux au travail – Origines, statut et impact en droit international*, Paris, Puf, 2009.
- LACORDAIRE Henri-Dominique, «Du double travail de l'homme», 52^e conférence de Notre-Dame du 16 avril 1848, in *Œuvres du R. P. Henri-Dominique Lacordaire de l'ordre des Frères prêcheurs*, t. III – Années 1846-1848, Paris, Poussielgue Frères, 1872, 471-495.

- LACOSTE Stéphane/MASSÉ-LACOSTE Catherine, «Les développements récents en droit de la vie privée appliqués au droit du travail» in Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit du travail* (2019), vol. 454, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, 89-217.
- LAFIMA Emmanuelle, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Paris, L.G.D.J., 2008.
- LAFORÉST Guy, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Septentrion, 1992.
- LAIGNEAU Marianne/RAY Jean-Emmanuel/MATHIEU Bertrand, «Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011 (31) 193-230.
- LALLEMENT Michel, *Le Travail sous tensions*, Paris, Éditions Sciences humaines, 2010.
- LAMBERT III Lake, *Spirituality, Inc. Religion in the American Workplace*, NYU Press, 2009.
- LAMPRON Louis-Philippe, «L'impact de la *Loi sur la laïcité de l'État* sur les conditions de travail des agents et agentes de l'État québécois», *Relations industrielles* 2020 (75) 153-167.
- LARRALDE Jean-Manuel, «L'exercice de la liberté religieuse en Europe», in Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (édit.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014, 741-752.
- LASZLO-FENOUILLET Dominique, *La conscience*, Paris, L.G.D.J., 1993.
- LATTES Jean-Michel, «Subordination juridique et morale dans l'entreprise», in Jacques Krynen (édit.), *Le Droit saisi par la Morale*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2005, 257-273 (cité Subordination).
- LATTES Jean-Michel, *Le travail: objet de Propriété?, Propriété et Révolution*, CNRS, Paris, 1990.
- LAVOIE Bertrand, *La fonctionnaire et le hijab. Liberté de religion et laïcité dans les institutions publiques québécoises*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2018.
- LAVOIE Linda, «Discrimination fondée sur le handicap et stratégies d'accommodement», Myriam Jézéquel (édit.), *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 31-49.
- LE FLOCH Marie-Christine, «Figures contemporaines de la domination et fonction sociale de la sociologie», in Jean-Pierre Durand/Marie-Christine Le Floch (édit.), *La question du consentement au travail. De la servitude volontaire à l'implication contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2006, 15-30.
- LE GOFF Jacques, *Les lois Auroux, 25 ans après?: 1982-2007*, Presses Universitaires de Rennes, 2008.
- LE GOFF Jean-Pierre, *Les illusions du management. Pour le retour du bon sens*, Paris, La Découverte, 2003.

- LE POURHIET Anne-Marie, «Judiciarisation et discrimination», in *La société au risque de la judiciarisation*, Fondation pour l'innovation politique, Lexis Nexis, 2008.
- LE ROY Yves/SCHONENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2015.
- LEGENDRE Pierre, *L'Empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983.
- LEITER Brian, *Pourquoi tolérer la religion? Une investigation philosophique et juridique*, Genève, Markus Haller, 2014.
- LEMMENS Paul, «Quelques réflexions sur la liberté de religion et la Cour européenne des droits de l'homme, en guise de conclusions», in «Religion et Cour européenne des droits de l'homme. Actes du colloque organisé par l'Association de promotion interuniversitaire des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme* 2015 141-146.
- LEMPEN Karine, «Commentaire de l'article 328b du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-LEMPEN, art. 328b).
- LEMPEN Karine, «L'effet de la loi fédérale sur l'égalité sur le droit de la fonction publique», in Thierry Tanquerel/François Bellanger (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Zurich, Schulthess, 2012, 83-101 (cité L'effet).
- LEMPEN Karine, «La modification du contrat de travail: sources de discrimination?», *RDS* 2023 121-138 (cité Modification).
- LEMPEN Karine, «Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *La protection des données dans les relations de travail*, Genève/Zurich, Schulthess, 2017, 269-286 (cité Protection des données).
- LEMPEN Karine, «Travail, genre et religion: le port du hijab en Europe», in Andreas Stöckli/Anne Kühler/Felix Hafner/Kurt Pärli (édit.), *Recht, Religion und Arbeitswelt*, Zurich/Saint-Gall, Dike, 2020, 33-71 (cité Religion).
- LENOBLE Jacques, «Droit et communication: Jürgen Habermas» in Pierre Bouretz (édit.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, 163-190.
- LENOBLE Jacques, «Les exigences du tournant pragmatiste et la redéfinition du concept de droit», *Les carnets du Centre de philosophie du droit* 2006 28 ss (cité Tournant pragmatiste).
- LEUBA James, *A Psychological Study of Religion. Its Origin, Function, and Future*, New York, Macmillan, 1912.
- LEVI-SANDRI Lionello, «Observations sur la notion de droit du travail, sa nature et ses limites», in Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles (édit.), *Mélanges offerts à Léon Eli-Trochet*, Bruxelles, 1967, 195-203.

- LÉVY Jean-Pierre/CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010.
- LHERNOULD Jean-Philippe, «Non-discrimination en raison de la nationalité en matière sociale», *Droit social* 2011 694-703.
- LIENHARD Andreas/KETTIGER Daniel (édit.), *La justice entre le management et l'État de droit*, Berne, Stämpfli, 2016.
- LINHART Danièle, «Comment l'entreprise usurpe les valeurs du service public», *Le Monde diplomatique*, septembre 2009.
- LINHART Danièle, «Hier solidaires, désormais concurrents», *Le Monde diplomatique*, mars 2006.
- LINHART Danièle, «Imaginer un salariat sans subordination», *Le Monde diplomatique*, juillet 2017 (cité Salariat sans subordination).
- LINHART Danièle, «La subordination au travail: entre consentement et contrainte?», *Sud/Nord* 2016 223-240 (cité Subordination au travail).
- LINHART Danièle, «Les chemins de l'hégémonie», in Jacques Bidet/Jacques Texier (édit.), *La crise du travail*, Paris, Puf, 1995, 95-105.
- LINHART Danièle, «Pas un jour de plus au travail», *Le Monde diplomatique*, janvier 2020.
- LINHART Danièle, «Travail en miettes, citoyens déboussolés», *Le Monde diplomatique*, juin 2002.
- LINHART Danielle, «Humaniser pour mieux capitaliser», *Le Monde diplomatique*, janvier 2023.
- LOCHAK Danièle, «Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration», *Droit social* 1982 22-40.
- LOCKE John, *Lettre sur la tolérance* (trad. fr. Raymond Polin), Paris, Puf, 1965 (1^{ère} éd. 1689).
- LOKIEC Pascal, «Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise», *Droit social* 2016 502-504.
- LOKIEC Pascal, *Droit du travail, Tome I. Les relations individuelles de travail*, Paris, Puf, 2011 (cité Droit du travail).
- LORD Phil, «Quelle est à la réelle raison d'être de la Loi 21?», 2020 9 : 3 *Directions 1*.
- LORDON Frédéric, *Capitalisme, désir et servitude. Marx et Spinoza*, Paris, La Fabrique, 2010.
- LORETAN Adrian, «Grundrecht innerhalb der Religionsgemeinschaften – oder: Individuum contra Kollektiv», in Julia Hänni/Sebastian Heselhaus/Adrian Loretan (édit.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat, Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit*, Zurich/Saint-Gall, Dike/Nomos, 2019, 167-192.
- LUTZ Christoph/NEWLANDS Gemma, «Choice and Discrimination in the Sharing Economy», *SSRN* 3241682, 14 mai 2018.

- LYON-CAEN Antoine, «Variations sur la discrimination ou le pluriel derrière le singulier», in Gérard Borenfreund/Isabelle Vacarie (édit.), *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Paris, Dalloz, 2013.
- LYON-CAEN Gérard, «Défense et illustration du contrat de travail», in *Sur les notions du contrat, Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Paris, Sirey, 1968, 59-69 (cité Contrat de travail).
- LYON-CAEN Gérard, «Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail», *Revue trimestrielle de droit civil* 1974 229-248 (cité Principes généraux).
- LYON-CAEN Gérard, «Les fondements historiques et rationnels du droit du travail», *Droit Ouvrier* 1951 1-5 (cité Fondements du droit du travail).
- LYON-CAEN Gérard, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Paris, L.G. D.J., 1955 (cité Manuel de droit du travail).
- MACBRIDE Robert, *The Automated State: Computer Systems as a New Force in Society*, Chilton Book Company, 1967.
- MACKLEM Patrick, «L'identité constitutionnelle des peuples autochtones au Canada: groupes à statut particulier ou acteurs fédéraux?», *R.J.T.* 2017 (51) 389-431.
- MACLURE Jocelyn/TAYLOR Charles, *Laïcité et liberté de conscience*, Paris, La Découverte, 2010.
- MAHON Pascal, «Le statut des fonctionnaires fédéraux entre révision partielle et révision totale», in Jean-Louis Duc (édit.), *Le travail et le droit*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg, 1994, 29-70 (cité Fonctionnaires).
- MAHON Pascal, *Droit constitutionnel*, vol. II, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2015 (cité vol. II).
- MAHON Pascal, *Réglementation du travail*, Lausanne, PPUR, 1984 (cité Réglementation du travail).
- MAHON Pascal/MATTHEY Fanny, «La liberté d'expression et la liberté syndicale des fonctionnaires, notamment de police, en particulier sous l'angle du droit à la critique», in *Droit public de l'organisation – Responsabilité des collectivités publiques – Fonction publique, Annuaire 2008 de l'Association suisse du droit public de l'organisation*, Berne, Stämpfli, 2009, 205-240.
- MAHRENHOLZ Ernst Gottfried, «Religiöse Toleranz als Herausforderung an den säkularen Staat», in Stefan Kadelbach/Parinas Parhisi (édit.), *Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2007, 87 ss.
- MAILLARD Denis, *Quand la religion s'invite dans l'entreprise*, Paris, Fayard, 2017.
- MAJOR Marie, «Le droit d'accès de l'employé à son dossier personnel», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *La protection des données dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2017, 287-307.
- MANGOLD Katharina, «Für sichtbare demokratische Vielfalt in deutschen Gerichten!», *djbZ* 2018 10-12.

- MARCHAND Sylvain, «Commentaire de l'article 27 du Code civil», in Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte (édit.), *Code civil I. Commentaire romand*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010 (cité CR CC I-MARCHAND, art. 27).
- MARETT Robert R., *The Threshold of Religion*, Londres, Methuen & Co, 1909.
- MARTELLY Olivia, «L'indifférenciation progressive dans le choix des outils de résolution des conflits de droits», in Frédéric Sudre (édit.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Anthemis/Nemesis, 2014, 202-224.
- MARTENET Vincent, «Commentaire des articles 8, 27, 35, de la Constitution fédérale», in Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit.), *Commentaire romand. Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020 (cité CR Cst.-MARTENET, art. 8, 27 et 35).
- MARTENET Vincent, «L'État, la concurrence et les droits fondamentaux», *RDS* 140 2021 I 171-182 (cité L'État, la concurrence et les droits fondamentaux).
- MARTENET Vincent, «La liberté religieuse et l'interdiction des discriminations en matière religieuse dans la Convention européenne des droits de l'homme», in Epiney Astrid/Pahud de Mortanges René/Beydoun Khalil (édit.), *Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz – Religions et migration en droit européen et implications pour la Suisse*, Zurich, Schulthess, 2009, 17-46 (cité Liberté religieuse).
- MARTENET Vincent, «La protection contre les discriminations émanant des particuliers», *RDS* 2006 I 419-458 (cité Protection).
- MARTENET Vincent, «La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse», *RDS* 2011 I 243-285 (cité Réalisation).
- MARTENET Vincent, «Le délégataire d'une tâche étatique face aux droits fondamentaux», in Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Étienne (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich, Schulthess, 2016, 123-143 (cité Délégataire).
- MARTENET Vincent, «Les droits fondamentaux dans les entreprises privatisées», in *Annuaire 2008 de l'Association suisse du droit public de l'organisation*, Berne, Stämpfli, 2009, 125-152 (cité Entreprises privatisées).
- MARTENET Vincent, «Les sociétés commerciales devant la Cour européenne des droits de l'homme», in Wessner Pierre/Bohnet François (édit.), *Droit des sociétés. Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2006, 503-521 (cité Sociétés commerciales).
- MARTENET Vincent, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles/Paris/Zurich, Bruylant/L.G. D.J./Schulthess, 2003 (cité Géométrie de l'égalité).
- MARTENET Vincent/DUBEY Jacques (édit.), *Commentaire romand. Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020 (cité CR Cst.-AUTEUR).

- MARTENET Vincent/ZANDIRAD David, «Commentaire de l'article 15 de la Constitution fédérale», in Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit.), *Commentaire romand. Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020 (cité CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15).
- MARTENET Vincent/ZANDIRAD David, «Commentaire de l'article 72 de la Constitution fédérale», in Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit.), *Commentaire romand. Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020 (cité CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 72).
- MARTENS Paul, «Le management modifie-t-il le rapport du juge à sa profession», in Thierry Marchandise (édit.), *Quel management pour quelle justice?*, Bruxelles, Larcier, 2013, 107-121 (cité Management).
- MARTENS Paul, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003 (cité Théories du droit).
- MARTI Serge, «Du deni au casse-tête managérial», in Marti Serge/Fortier Vincent/Maïla Joseph/Hunyadi Mark, *L'expression religieuse en entreprise*, Le Bord de l'eau, 2016, 21-67.
- MARTIN ANTIPAS Françoise, «Certificats de travail», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *Les certificats dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2018, 1-46.
- MARTIN Natasha T., «Diversity and the Virtual Workplace: Performance Identity and Shifting Boundaries of Workplace Engagement», *Lewis & Clarke Law School Review* 2012 605-646.
- MARX Karl, *Lohnarbeit und Kapital* (trad. fr. *Travail salarié et capital* par Maximilien Rubel/Louis Évrard), in *Œuvres*, t. I, Paris, Gallimard, 1994.
- MARZI Eva, *CREDO. Une cartographie de la diversité religieuse vaudoise*, Lausanne, Éditions Antipodes, 2020.
- MAZMANIAN Melissa/ORLIKOWSKI Wanda J./YATES Joanne, «The Autonomy Paradox: The Implications of Mobile Email Devices for Knowledge Professionals», *Organization Science* 2013 1337-1357.
- MCCOLGAN Aileen, «Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace», *Industrial Law Review Journal* 2009 (38) 1-29.
- MCGREGOR Eleanor, «Le point sur les écoles enfantines musulmanes en Suisse», in Frédéric Bernard/Eleanor McGregor/Diane Vallée-Grisel (édit.), *Études en l'honneur de Tristan Zimmermann. Constitution et religion – Les droits de l'homme en mémoire*, Genève/Zurich, Schulthess, 2017, 221-236.
- MCRBERTS Kenneth, *Un pays à refaire. L'échec des politiques constitutionnelles canadiennes*, Montréal, Boréal, 1999.
- MÉDA Dominique, *Le travail: Une valeur en voie de disparition?*, Paris, Flammarion, 2010.
- MÉDA Dominique, *Le travail*, Paris, Puf, 2004 (cité Le travail).

- MÉDA Dominique/VENDRAMIN Patricia, *Réinventer le travail*, Paris, Puf, 2013.
- MEIER Anne, «Commentaire des articles 319 et 320 du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-MEIER, art. 319 et 320).
- MEIER Anne, «Pour un retour du critère d'intégration dans la définition du contrat de travail», *DTA* 2013 97-104.
- MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter/SETHE Rolf, *Schweizerisches Gesellschaft*, 12^e éd., Berne, Stämpfli, 2018.
- MEILI Andreas, «Kommentar zu Art. 28 ZGB», in Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (édit.), *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I*, 7^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2022.
- MEISE Barbara/HUGUENIN Claire, «Kommentar zu Art. 19/20 OR», in Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR*, 6^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2015.
- MÉLÈZE Modrzejewski Joseph, «Une préhistoire des droits de l'homme», in Id., *Droit et justice dans le monde grec et hellénistique*, Varsovie, 2011, 193-207.
- MERCURE Daniel/SPURK Jan (édit.), *Le travail dans l'histoire de la pensée occidentale*, Les presses de l'Université Laval, 2003.
- MERKER Michael, «Rechtsschutzsysteme im neuen öffentlichen Personalrecht», in Peter Helbling/Tomas Poledna (édit.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne, Stämpfli, 1999, 461-503.
- MÉTILLE Sylvain, «Après la fin des rapports de travail, peut-on encore traiter des données personnelles?», in Anne-Sylvie Dupont/Pascal Mahon (édit.), *La fin des rapports de travail*, Genève/Zurich, Schulthess, 2021, 105-134.
- MEYER Daniel, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht*, Zurich, Stämpfli, 1976.
- MEYER-LADEWIG Jens/NETTESHEIM Martin/VON RAUMER Stefan (édit.), *EMRK Handkommentar*, 4^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2017 (cité HK EMRK-AUTEUR).
- MEYLAN Nicolas, *Qu'est-ce que la religion? Onze auteurs, onze définitions*, Genève, Labor et Fides, 2019.
- MICHEL Jean-Tristan, *Les cadres supérieurs en droit du travail suisse*, Lausanne, Éditions CEDIDAC, 2016.
- MIGEOTTE Léopold, «Les philosophes grecs et le travail dans l'Antiquité», in Mercure Daniel/Spurk Jan (édit.), *Le travail dans l'histoire de la pensée occidentale*, Les presses de l'Université Laval, 2003, 11-32.
- MILL John Stuart, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990.

- MILLAIRE Karine, «La renonciation aux droits et libertés et le consentement <libre et éclairé>: fondements, exigences et incertitudes», *Revue du Barreau* 2019 (78) 39-79.
- MILOT Micheline, *La laïcité*, Ottawa, Novalis, 2008 (cité Laïcité).
- MILOT Micheline, *Laïcité dans le Nouveau Monde. Le cas du Québec*, Brepols, 2002 (cité Laïcité dans le Nouveau Monde).
- MINÉ Michel, «Liberté d'expression religieuse versus lois du Marché», *Revue de droit du travail* 2015 405-408.
- MOCCIA Luigi, «Droit communautaire et droit européen», *Revue internationale de droit comparé* 2014 773-790.
- MOMMEN André, «Laïcité et sécularisation aux Pays-Bas et en Belgique ou la fin de la pilarisation de la société civile», *Filozofija I Drustvo* 2014 (25) 115-136.
- MONNOT Guy, «Şalât», *Encyclopédie de l'Islam*, t. VIII, Brill, 1995, 925-934.
- MONTPETIT Manon/BERNATCHEZ Stéphane, «Le principe d'accommodement raisonnable en matière religieuse», *Revue du droit des religions* 2019 13-40.
- MOON Richard, «Religious Commitment and Identity: Syndicat Northcrest v. Amselem», *Supreme Court Law Review* 2005 (29) 201-220.
- MOOR Pierre/BELLANGER François/TANQUEREL Thierry, *Droit administratif, Volume III: L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd., Berne, Stämpfli, 2018 (cité vol. III).
- MOOR Pierre/BELLANGER François/TANQUEREL Thierry, *Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne, Stämpfli, 2011 (cité vol. II).
- MORIN Ariane, «Commentaire des articles 1 et 2 du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-MORIN, art. 1 et 2).
- MORIN Gaston, *La Révolte des faits contre le code*, Paris, Grasset, 1920 (cité Révolte des faits).
- MOULY Jean, «L'affaire *Baby-Loup* devant l'Assemblée plénière: quelques accommodements avec les principes», *Droit social* 2014 811-817.
- MOULY Jean, «La CJUE et le voile dans l'entreprise privée: le recul de la protection contre les discriminations», *Recueil Dalloz* 2017 947-952.
- MOULY Jean, «Le voile dans l'entreprise: nouveaux rebondissements sous l'angle de la discrimination», *Recueil Dalloz* 2015 1132.
- MOULY Jean, «Licenciement et Convention européenne des droits de l'homme», in Laure Milano (édit.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Nemesis/Anthemis, 2016, 83-104.
- MOULY Jean, «Un nouvel exemple de licenciement discriminatoire: le refus de prestation de serment pour motif religieux», *Recueil Dalloz* 2017 550-555.

- MÜLLER Jörg Paul, *Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV. Der Freiheit Chancen geben*, Berne, Stämpfli, 2018.
- MÜLLER Jörg Paul/SCHÉFER Markus, *Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2008.
- MÜLLER Jörg Paul/THÜRER Daniel, «Toleranz als Bedingung religiöser Freiheit im Zusammenleben fehlbarer Menschen», *RDS* 2011 (130) I 287-299.
- MÜLLER Markus, *Religion im Rechtsstaat, Von der Neutralität zur Toleranz*, Berne, Stämpfli, 2017.
- MÜLLER Roland/VON GRAFFENRIED Caroline, «Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Anstellung», *Recht* 2011 156-169.
- MURER Erwin, «Diskriminierung wegen der Religion in der Arbeitswelt», in Pahud de Mortanges René (édit.), *Religion und Integration aus der Sicht des Rechts, Grundlagen, Problemfelder, Perspektiven*, Zurich, Schulthess, 2010, 173-185.
- MUSSO Pierre, «Et l'industrie naquit dans les monastères», *Le Monde diplomatique*, juillet 2017.
- MUSSO Pierre, «L'ère de l'État-entreprise», *Le Monde diplomatique*, mai 2019.
- MUSSO Pierre, «La «nouvelle révolution industrielle» au regard de l'histoire de l'Occident», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail. Une approche multidisciplinaire*, Genève/Zurich, Schulthess, 2019, 1-19 (cité Nouvelle révolution industrielle).
- MUSSO Pierre, *La Religion industrielle. Monastère, Manufacture, Usine. Une généalogie de l'entreprise*, Paris, Fayard, 2017.
- MUSSO Pierre, *Le temps de l'État-entreprise. Berlusconi, Trump, Macron*, Paris, Fayard, 2019.
- NADEAU Denis, «La Charte des droits et libertés de la personne et le droit du travail au Québec: naissance d'un «nouveau salarié» dans un droit en mutation», *Revue du Barreau* 2006 399-419.
- NAGUIB Tarek, «Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität», *PJA* 2009 993-1017 (cité Verweigerung).
- NAGUIB Tarek, «Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Rechtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive», *PJA* 2008 1240-1254.
- NAGUIB Tarek/ZANNOL Fabienne, «Zehn Jahre Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB, Art. 171c MStG): Rückblick unter Einbeziehung der nicht publizierten Praxis», *Recht* 2006 161-179.
- NATIONS UNIES, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, New York/Genève, 2015.
- NAY Giusep, «Selbstverständnis, Selbstbestimmungsrecht und öffentlich-rechtliche Anerkennung», in René Pahud de Mortanges/Erwin Tanner (édit.), *Muslims und*

- schweizerische Rechtsordnung – Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, Fribourg, Presses universitaires de Fribourg, 2002, 111-128.
- NEDELSKY Jennifer, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, OUP, 2011.
- NEF Urs, «Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Schweizerischen Arbeitsrecht», *RSJ* 1976 17-23.
- NERI Kiara/SMOLINSKA Anna Maria, «Lutte contre les dérives sectaires et respect de la CEDH: quels équilibres?», in «Religion et Cour européenne des droits de l'homme. Actes du colloque organisé par l'Association de promotion interuniversitaire des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme* 2015 66-81.
- NEUENSCHWANDER Anne, *Les libertés des fonctionnaires en droit suisse*, Zurich, Juris Druck + Verlag, 1984.
- NEWMAN Dwight, «Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities», in Geoffrey Sigalet/Grégoire Webber/Rosalind Dixon (édit.), *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge University Press, 2019.
- NGUYEN Minh Son, «Le recours par l'administration au contrat de travail pour engager du personnel», in Jean-Louis Duc (édit.), *Le travail et le droit*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1994, 3 ss.
- NIGGLI Marcel Alexander, *Discrimination raciale*, Zurich, Schulthess, 2000 (cité Discrimination raciale).
- NIGGLI Marcel Alexander, *Rassendiskriminierung: ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG mit Rücksicht auf das Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 ur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und die entsprechenden Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten*, 2^e éd., Zurich, Schulthess, 2007 (cité Rassendiskriminierung).
- NIKISCH Arthur, *Arbeitsrecht*, t. I, 3^e éd., Tübingen, J. C. B. Mohr, 1961.
- OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions de l'OCDE, 2011.
- OESCH Matthias/NAEF Tobias, «EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz», *RDS* 2017 I 117-144.
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Pratiques et croyances religieuses et spirituelles en Suisse. Premiers résultats sur l'Enquête sur la langue, la religion et la culture 2019*, Neuchâtel, 2020.
- OLESKE Jr. James M., «Federalism, Free Exercise, and Title VII: Reconsidering Reasonable Accommodation», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2004 (6) 525-572.
- OLLIER Pierre-Dominique, «Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail», *Droit social* 1967 496-505.

- OST François, «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», in Michel Van de Kerchove (édit.), *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1978, 97-184.
- OST François/VAN DE KERCHOVE Michel, «Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory», in Luc J. Wintgens (édit.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Kluwer, 1999.
- OTTENBERG Daniel, *Der Schutz der Religionsfreiheit im internationalen Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2009.
- OVERBEEKE Adrian, «Droits des travailleurs et droits des entreprises de tendance au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – une mise en balance?», in Callebat Bernard/de Courrèges Hélène/Parisot Valérie (édit.), *Les religions et le droit du travail – Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 365-387.
- PAGÈS Max/BONETTI Michel/DE GAULEJAC Vincent/DESCENDRE Daniel, *L'emprise de l'organisation*, 7^e éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 2019.
- PAGNERRE Yannick, «[Liberté de] Religion vs [Liberté de] Entreprise», *Droit social*, 2017 450 (cité Religion vs Entreprise).
- PAGNERRE Yannick, «Principe de neutralité dans l'entreprise», *Droit social* 2016 880-885 (cité Neutralité).
- PAHUD DE MORTANGES René/SÜESS Raimund, *Muslime und schweizerisches Recht*, Zurich, Schulthess, 2019.
- PAHUD DE MORTANGES René/TANNER Erwin (édit.), *Muslime und schweizerische Rechtsordnung – Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 2002.
- PAPAUX Alain, «Commentaire du préambule de la Constitution fédérale», in Vincent Martenet/Jaques Dubey (édit.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020 (cité Préambule).
- PAPAUX Alain, «Comparaison générique vs comparaison prototypique. Ou de l'évaluation «con-forme» par concept-mesure à l'évaluation instituant ou «analogique» par concept-matrice», *Revue européenne des sciences sociales* 2007 (138) 115-141.
- PAPAUX Alain, *Introduction à la philosophie du droit en situation*, Paris/Zurich/Bruxelles, L.G.D.J./Schulthess/Bruylant, 2006 (cité Droit en situation).
- PAPAUX Alain/CERUTTI Davide, *Introduction au droit et à la culture juridique*, vol. I, Genève/Zurich, Schulthess, 2020.
- PARENT Sébastien/FLEURY Pauline, «L'interdiction de signes religieux en entreprise: regards croisés autour de la protection du salarié en France et au Québec», *Relations industrielles* 2020 9-28.
- PÄRLI Kurt, «Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis», *DTA* 2005 225-235.

- PÄRLI Kurt, «Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht», *PJA* 2015 1671-1701 (cité EMRK).
- PÄRLI Kurt, «Gibt es ein Recht auf Arbeit?», *BJM* 2017 117-139.
- PÄRLI Kurt, ««Publicisation» des Arbeitsrechts: Tour d’horizon durch jüngere Entwicklungen», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich, Schulthess, 2016, 243-257.
- PÄRLI Kurt, «Tattoos und Piercings in der Pflege aus arbeitsrechtlicher Sicht», *Pflegerecht* 2018 34-36 (cité Tattoos).
- PÄRLI Kurt, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Berne, Stämpfli, 2009 (cité Vertragsfreiheit).
- PASSET René, *L’illusion néo-libérale*, Paris, Fayard, 2000.
- PATTE Marcel, «Caractéristiques, exigences et tendances du droit du travail», *Droit social* 1974 537-569.
- PAYANDEH Mehrdad, «Das Kopftuch der Richterin aus verfassungsrechtlicher Perspektive», *DÖV* 2018 482-488.
- PAYCHÈRE François, «La promotion de la qualité, un enjeu pour les tribunaux helvétiques», *Justice – Justiz – Giustizia* 2009.
- PÉLISSE Jérôme, «Judiciarisation ou juridicisation? Usages et réappropriations du droit dans les conflits de travail», *Politix* 2009 73-96.
- PELLEGRINI Bruno, *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängeln*, Berne, Stämpfli, 1983.
- PENA-RUIZ Henri, *Qu’est-ce que la laïcité?*, Paris, Gallimard, 2003.
- PERRENOUD Stéphanie, «Commentaire de l’article 324a du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-PERRENOUD, art. 324a).
- PERRENOUD Stéphanie, «En guise de synthèse – Quelques considérations au sujet de l’opportunité et des possibilités de soumettre l’ensemble des relations de travail à un droit uniforme», in Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Zurich, Schulthess, 2016, 453-483 (cité Droit uniforme).
- PERRENOUD Stéphanie, «L’évolution historique du droit de la relation de travail», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich, Schulthess, 2016, 1-222 (cité L’évolution).

- PERRON Daniel, *Histoire du repos dominical, Un jour pour faire société*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- PÉTERMANN Nathanaël, *Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, Berne, Stämpfli, 2014.
- PIAZZA Paruch Béatrice/PICHON Alain, «Le licenciement pour motif personnel : un révélateur de l'implication contrainte et de la servitude volontaire», in Jean-Pierre Durand/Marie-Christine Le Floch (édit.), *La question du consentement au travail. De la servitude volontaire à l'implication contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2006, 223-238.
- PICHONNAZ Pascal, «Commentaire de l'article 157 du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-Pichonnaz, art. 157).
- PICHONNAZ Pascal, «La modification des circonstances et l'adaptation du contrat», in Pascal Pichonnaz/Franz Werro (édit.), *La pratique contractuelle 2*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 21-54.
- PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et exorbitance: étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVM)*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1997.
- PIELLER Evelyne, «La tyrannie de la bienveillance», *Le Monde diplomatique*, décembre 2020.
- PINSOLLE Dominique, «Dissoudre pour mieux régner», *Le Monde diplomatique*, mars 2021.
- PLATON, *La République* (trad. fr. Emile Chambry), Paris, Les Belles Lettres, 1932-1934.
- POLANYI Karl, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* (trad. fr. Catherine Malamoud), Paris, Gallimard, 2009.
- POLEDNA Tomas, «Annäherungen ans Obligationenrecht», in Helbling Peter/Poledna Tomas (édit.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Berne, Stämpfli, 1999, 209-237.
- POLTIER Etienne, «L'évolution du droit administratif suisse», in Michel Hottelier/Maya Hertig Randall/Alexandre Flückiger (édit.), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel – Entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique*, Zurich, Schulthess, 2019, 251-258 (cité Évolution).
- POLTIER Etienne, «L'organisation et le fonctionnement interne de l'ordre judiciaire et des tribunaux», *PJA* 2011 1018-1036 (Ordre judiciaire).
- PORTIER Philippe, *L'État et les religions en France. Une sociologie historique de la laïcité*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016.

- PORTMANN Wolfgang/RUDOLPH Roger, «Kommentar zu Art. 319-362 OR», in Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR*, 6^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2015 (cité BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH).
- PORTMANN Wolfgang/WILDHABER Isabelle, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 4^e éd., Zurich, Schulthess, 2020.
- POTTMAYER Maria, *Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und England. Staatliche Neutralität und individuelle Rechte im Rechtsvergleich*, Tübingen, 2011.
- PRASSL Jeremias, *Humans as a Service*, Oxford, OUP, 2018.
- PULVER Bernard, «Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts», *PJA* 2005 413-423.
- RAMBAUD Thierry, «Crise sanitaire et liberté de culte», *AJDA* 2020 1734-1440.
- RAY Jean-Emmanuel, «D'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail», *Droit social* 2010 3-11 (cité Travailleurs).
- RAY Jean-Emmanuel, «De Germinal à Internet: une nécessaire évolution du critère du contrat de travail», *Droit social* 1995 634.
- RAY Jean-Emmanuel, «Les libertés dans l'entreprise», *Pouvoirs* 2009 (130) 127-142 (cité Libertés).
- RAY Jean-Emmanuel, «Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination», *Droit social* 2000 144.
- RAY Jean-Emmanuel, *L'utilisation du juge judiciaire dans les rapports de travail*, Mélanges Percerou, Vuibertm, 1994 (cité Utilisation du juge judiciaire).
- RAZ Joseph, «Human Rights Without Foundations», *Oxford Legal Studies Research Paper Series* 2007 (n° 14).
- REDHEAD Mark, *Charles Taylor: Thinking and Living Deep Diversity*, Rowman & Littlefield Publishers, 2002.
- REHBINDER Manfred, «Arbeitsrechtliche Schranken der politischen Betätigung von Medienschaffenden», *RSJ* 1978 133 ss.
- REHBINDER Manfred/STÖCKLI Jean-Fritz, *Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330b OR*, Band VI/2/2/1, Berne, Stämpfli, 2010 (cité BK-REHBINDER/STÖCKLI).
- REHBINDER Manfred/STÖCKLI Jean-Fritz, *Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR*, Berne, Stämpfli, 2014 (cité BK-REHBINDER/STÖCKLI).
- RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, 9^e éd., Paris, L.G.D. J., 2021.
- RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX, *Thematic Comment No. 3 – The Protection of Minorities in the European Union*, 25 avril 2005.

- RHINOW René, «Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung», in *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Zurich, Schulthess, 1983, 429-443 (cité Arbeitsverhältnisse).
- RHINOW René, «Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag – Zur Problematik der administrativen Handlungsformen», in *Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 1985, 295-322 (cité Verfügung).
- RHINOW René/SCHEFER Markus/UEBERSAX Peter, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2016.
- RICHARD Albert, «Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail: rapport présenté à l'assemblée 1933 de la Société suisse des juristes», RDS NS 52 106-140 (cité Rapports).
- RICHARD Albert, *Le contrat de travail en droit suisse*, Genève, 1913.
- RICHNER Erich, *Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach schweizerischem Recht*, Aarau, 1954.
- RICOEUR Paul, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Paris, Le Seuil, 1986.
- RIEMER-KAFKA Gabriela/LISCHER Barbara, «Religion und Sozialversicherung», RSAS 2016 533-581.
- RIEMER-KAFKA Gabriela/SHERIFOSKA Raima, «Religion am Arbeitsplatz», DTA 2012 305-322.
- RIFFAULT Hélène/TCHERNIA Jean-François, «Les Européens et le travail: un rapport plus personnel», *Futuribles* 2002 (277) 63-80.
- RINGELHEIM Julie, «Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs: la portée transformatrice de la non-discrimination», *Journal européen des droits de l'homme* 2013 57-82 (cité Adapter l'entreprise).
- RINGELHEIM Julie, «Droit et religion dans l'Europe des juges – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in Collectif, *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs – Textes présentés au Colloque international de Moncton (24-27 août 2008)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 515-565 (cité Droit et religion).
- RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951 (cité Aspects juridiques).
- RIPERT Georges, *Les Forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955.
- RIVERO Jean/SAVATIER Jean, *Droit du travail*, 5^e éd., Paris, Puf, 1970.
- RIVET Michèle, «L'accommodement raisonnable ou le nécessaire retour aux sources: le droit à l'égalité», in Myriam Jézéquel (édit.), *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 377-379.
- ROBBERS Gerhard, «Rechtliche Rahmenbedingungen für Religionsgemeinschaften im europäischen und nationalen Recht», in Astrid Epiney/René Pahud de Mortanges/Khalil Beydoun (édit.), *Religionen und Migration im Europarecht und Impli-*

- kationen für die Schweiz – Religions et migration en droit européen et implications pour la Suisse*, Zurich, Schulthess, 2009, 1-15.
- ROBIN-OLIVIER Sophie, «Neutraliser la religion dans l'entreprise?», *Revue trimestrielle de droit européen* 2017 229-239.
- ROM Robert, *Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht*, Zurich, 1995.
- ROSELLO Héloïse, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich, Schulthess, 2016.
- ROSENZWEIG Sidney A., «Restoring Religious Freedom to the Workplace: Title VII, RFRA and Religious Accommodation», *University of Pennsylvania Law Review* 1996 (144) 2513-2536.
- ROUAST André/DURAND Paul, *Droit du travail*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1963.
- ROUILLER Claude, «Le principe de la neutralité confessionnelle relative, Réflexions sur la liberté de religion conçue comme un moyen d'intégration, faites à partir du droit d'accomplir les rites funéraires», *PJA* 2003 944-958.
- ROUSSEAU Jean-Jaques, *Du contrat social*, Paris, Gallimard, 1959 (1^{ère} éd. 1762).
- ROUVROY Antoinette, *Des données et des hommes. Droits et libertés fondamentaux dans un monde de données massives*, T-PD-BUR(2015)09REV, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2016.
- ROY Olivier, *La laïcité face à l'islam*, Paris, Fayard, 2005.
- RUDOLPH Roger, «Vertragsänderungen», in Adrian von Kaenel (édit.), *Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht*, Zurich, Schulthess, 2010, 1-31.
- SACKSOFSKY Ute, «Gegen ein Kopftuchverbot für Richterinnen», *djbZ* 2018 8-10.
- SAHLFELD Konrad, *Aspekte der Religionsfreiheit*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2004.
- SALAMITO Jean-Marie, «Travail et travailleurs dans l'œuvre de saint Augustin», in Mercure Daniel/Spurk Jan (édit.), *Le travail dans l'histoire de la pensée occidentale*, Les presses de l'Université Laval, 2003, 33-59.
- SAMOUR Nahed, «Die erkennbare Muslimin als Richter: Das Recht auf Sichtbarkeit in der Öffentlichkeit, auch in der Justiz», *djbZ* 2018 12-15.
- SAVATIER Jean, «Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée», in Université de Poitiers (édit.), *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 863-881.
- SAVATIER Jean, «Liberté religieuse et relations de travail», in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, 455-471 (cité Liberté religieuse).
- SCELLE Georges, *Précis élémentaire de législation industrielle*, Paris, Sirey, 1927.
- SCHATZ Werner, «Präsenz und Probleme der Muslime in der Schweiz», in Pahud de Mortanges René/Tanner Erwin (édit.), *Muslime und schweizerische Rechtsordnung – Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 2002, 11-29.

- SCHEDLER Kuno/EICHER Angela, «Rapports entre l'administration et la politique», in Andreas Ladner/Jean-Loup Chappelet/Yves Emery/Luzius Mader/Nils Soguel/Frédéric Varone (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne, PPUR, 2013, 369-385.
- SCHIBLI Beatrix, *Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals*, Zurich, Schulthess, 2005.
- SCHIMMEL Annemarie, *Die Religion des Islam. Eine Einführung*, Reclam, Stuttgart, 1990.
- SCHMIDLIN Bruno/CAMPI Arnaud, «Commentaire des articles 23/24, 26 et 28 du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, art. 23/24, 26 et 28).
- SCHMIDT Thomas M., «Vernunftrecht und göttliche Gebote. Religion als vorpolitische Quelle der Menschenrechte?», in Kadelbach Stefan/Parhisi Parinas (édit.), *Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2007, 15 ss.
- SCHMITHÜSEN Bernhard, «Commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique, 15. März 2004, A/370/2003-CRIP (GE)», *ZBl* 2004 663-670.
- SCHNAPPER Dominique, *La France de l'intégration: sociologie de la nation en 1990*, Paris, Gallimard, 1991.
- SCHÖNLE Herbert, «Les fondements constitutionnels de la liberté contractuelle», in Andreas Auer (édit.), *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique: mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 1991, 61-81.
- SCHREIBER Jean-Philippe, *La Belgique, État laïque ... ou presque. Du principe à la réalité*, Centre d'action laïque, 2014.
- SCHWAAB Jean Christophe, «Les nouvelles tendances en matière d'évaluation du personnel et le droit du travail», *DTA* 2019 103-119.
- SCHWEINGRUBER Edwin, *Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations*, Berne, Union syndicale suisse, 1975.
- SCHWEIZER Rainer J., «Die EMRK schützt auch die Unternehmen», in Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (édit.), *La CEDH et la Suisse*, Saint-Gall, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2010, 271 (cité Unternehmen).
- SCIBERRAS Jean-Christophe, «Travail et religion dans l'entreprise: une cohabitation sous tension», *Droit social* 2010 72-75.
- SCUBLA Lucien, «Les dimensions religieuses de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789», *Ateliers d'anthropologie* 2004 (27) 81-108.
- SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, *Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2*, janvier 2023.

- SEILER Hansjörg, «Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik», *RDS* 2010 II 381-546.
- SENTI Christoph, «Reglemente als Ergänzung zum Arbeitsvertrag», *PJA* 2004 1083-1092.
- SÈVE René, «Christianisme et hellénisme», in François Terré (édit.), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, t. 38, Paris, Dalloz, 1993, 49-63.
- SMITH Jonathan Z., «Religion, Religions, Religious», in Mark C. Taylor (édit.), *Critical Terms for Religious Studies*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, 269-284.
- SOMEK Alexander, *The Legal Relations: Legal Theory after Legal Positivism*, Cambridge University Press, 2017.
- SOUVIGNET Xavier, «Prosélytisme et Cour européenne des droits de l'homme, prosélytisme de la Cour européenne des droits de l'homme?», *Société, droit et religion* 2017 53-70.
- SPIELMANN Dean, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme; Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier I*, Bruxelles, Bruyant-Nemesis, 1998, 87 ss.
- SPINOZA Baruch, *Traité politique. Œuvres V* (trad. fr. Charles Ramond), Puf, Paris, 2005.
- ST-ONGE Sylvie/JÉZÉQUEL Myriam, «Les accommodements au quotidien: défis pour la gestion des ressources humaines. Vers des milieux de travail plus inclusifs et respectueux de la diversité», in Roch Laflamme (édit.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2009, 63-82.
- STAEHELIN Adrian, «Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht», *BJM* 1982 57-77 (cité Gleichbehandlung).
- STAEHELIN Adrian, *Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR*, Teilband V/2c, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2006 (cité ZK-STAEHELIN).
- STAEHELIN Adrian, *Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355 und 361-362 OR*, Teilband V/2c, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2014 (cité ZK-STAEHELIN).
- STAMM Marie-Louise, *Das Weisungsrecht des Arbeitsgebers und seine Schranken*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 1977.
- STASI Bernard, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République: Rapport au président de la République*, 2003 (cité Commission Stasi).

- STEINER Olivier, «Die arbeitnehmerähnliche Person – auf Phantomsuche in der schweizerischen Rechtslandschaft», *ArbR* 2008 65-107.
- STERNHELL Zerv, «Haro sur les Lumières», *Manière de voir*, n° 152, avril-mai 2017, 72-75.
- STERNHELL Zerv, *Les Anti-Lumières. Une tradition du XVIIIe siècle à la guerre froide*, Paris, Gallimard, 2010.
- STIEGLER Bernard, *L'emploi est mort, vive le travail! Entretien avec Ariel Kyrrou*, Paris, Fayard/Éditions Mille et une nuits, 2015 (cité Emploi).
- STIEGLER Bernard, *La Société automatique 1. L'avenir du travail*, Paris, Fayard, 2015 (cité Société automatique).
- STÖCKLI Andreas, «Entlassung eines Pfarradministrators – Konflikt zwischen staatlichem und kanonischem Recht?», in *Annuaire 2007 de l'Association suisse du droit public de l'organisation*, Berne, Stämpfli, 2008 (cité Entlassung).
- STÖCKLI Andreas/PIOLINO Marina, «Religiose Privatschulen im Spannungsfeld», *PJA* 2018 42-55.
- STÖCKLI Jean-Fritz, *Allgemeine Arbeitsbedingungen*, Berne, Stämpfli, 1979.
- STONE Katherine V.W., «A Labor Law for the Digital Era», *Employee Responsibilities and Rights Journal* 2009 145-161.
- STONE Katherine V.W., *From Widgets to Digits, Employment Regulation for the Changing Workplace*, Cambridge University Press, 2010.
- STREIFF Ullin/VON KAENEL Adrian/RUDOLPH Roger, *Der Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7^e éd., Zurich, Schulthess, 2012.
- STROWEL Alain/VERGOTE Wouter, «Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate? Messages to Regulators: Get the Economics Right First, then Focus on the Right Regulation», in Bram Devolder (édit.), *The Platform Economy – Unraveling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge/Antwerp/Chicago, Intersentia, 2019, 3-30.
- STUART Alison, «Freedom of Religion and Gender Equality: Inclusive or Exclusive?», *Human Rights Law Review* 2010 429-459.
- SUBILIA Olivier/DUC Jean-Louis, *Droit du travail, Éléments de droit suisse*, 2^e éd., Lausanne, Éditions Bis et Ter Snc, 2010.
- SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^e éd., Paris, puf, 2016.
- SUPIOT Alain «Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008», *Revue internationale du travail* 2010 165-176 (cité Crise économique).
- SUPIOT Alain, «Introductory remarks: Between market and regulation: new social regulations for life long security?», in Peter Auer/Bernard Gazier (édit.), *The Future of Work, Employment and Social Protection. The dynamics of change the protection of workers*, Genève, International Institute for Labor Studies, OIT, 2002, 149-155 (cité Introductory remarks).

- SUPIOT Alain, «La religion au travail», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2012, 1031-1046 (cité Religion au travail).
- SUPIOT Alain, «Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés européennes», Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1992, 1-92 (cité Notions).
- SUPIOT Alain, «Les nouveaux visages de la subordination», *Droit social* 2000 131-145 (cité Nouveaux visages).
- SUPIOT Alain, «Pourquoi un droit du travail?», *Droit social* 1990 485-492 (cité Pourquoi un droit du travail?).
- SUPIOT Alain, «Un autre droit du travail est possible», *Manière de voir*, décembre 2017 – janvier 2018 (n° 156), 85-89.
- SUPIOT Alain, «Un faux dilemme: la loi ou le contrat?», *Droit social* 2003 59-71 (cité Loi ou contrat?).
- SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, 3^e éd., Paris, puf, 2015 (cité Critique du droit du travail).
- SUPIOT Alain, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Fayard, 2013 (cité État social).
- SUPIOT Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, 2009 (cité Homo juridicus).
- SUPIOT Alain, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010 (cité L'esprit de Philadelphie).
- SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.
- SUPIOT Alain, *Le juge et le droit du travail*, Thèse d'État (droit), Université de Bordeaux-I, 1979, «Compte-rendu», in *Droit social* 1980 59-72.
- SWEENEY Morgan, «Les règles (civiles) de non-discrimination en raison de la religion», in Callebat Bernard/de Courrèges Hélène/Parisot Valérie (édit.), *Les religions et le droit du travail – Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 287-329.
- TAILLEFAIT Antony, «Les contrats d'emplois des agents du secteur public en Europe», in Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Zurich, Schulthess, 2020, 767-780.
- TAMARA KURT Stéphanie, *Die rechtliche Situation von religiösen Minderheiten im Kontext des schweizerischen Föderalismus*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2018.
- TANNER Erwin, «Les musulman(e)s – un problème pour la sécurité intérieure de l'État suisse?», *PJA* 2004 962-968.
- TANNER Erwin, *Die muslimische Minderheit und ihre Religion, Strukturrechtliche und institutionsrechtliche Grundfragen im Bereich des Religionsrechts der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, LIT, Zurich, 2008 (cité Muslimische Minderheit).

- TANQUEREL Thierry, «De quelques idées reçues en droit de la fonction publique», in Rémy Wylér/Anne Meier/Sylvain Marchand (édit.), *Regards croisés sur le droit du travail*, Genève/Zurich, Schulthess, 2015, 311-320 (cité Fonction publique).
- TANQUEREL Thierry, «Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique», in Pascal Mahon/François Bellanger (édit.), *Les réformes de la fonction publique*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2012, 49 ss (cité Unité et diversité).
- TANQUEREL Thierry, «L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale», in Aubert Gabriel/Bellanger François/Tanquerel Thierry (édit.), *Fonction publique: vers une privatisation? – Journées de droit administratif 4 et 5 mars 1999*, Zurich, Schulthess, 2000, 7-38 (cité Administration centrale).
- TANQUEREL Thierry, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2018 (cité Droit administratif).
- TAPPENBECK Christian R./PAHUD DE MORTANGES René, «Religionsfreiheit und religiöse Neutralität in der Schule», *PJA* 2007 1413-1426.
- TAWIL Emmanuel, «L'autonomie des collectivités religieuses», in «Religion et Cour européenne des droits de l'homme. Actes du colloque organisé par l'Association de promotion interuniversitaire des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme* 2015 56-65.
- TAYLOR Charles, «Can Canada Survive the Charter?», *Alberta Law Review* 1992 427-447.
- TAYLOR Charles, «Des avens possibles: la légitimité, l'identité et l'aliénation au Canada à la fin du XX^e siècle», in Charles Taylor, *Rapproches les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1992.
- TAYLOR Charles, *L'Âge séculier*, Paris, Seuil, 2011 (cité L'Âge séculier).
- TAYLOR Frederick Winslow, *La Direction scientifique des entreprises*, Paris, Dunod, 1957 (1^{ère} éd.: 1911).
- TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2016.
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Droit des obligations*, 5^e éd., Zurich, Schulthess, 2012.
- TERRÉ François (édit.), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, t. 38, Paris, Dalloz, 1993.
- TERRÉ François, «Sur la sociologie juridique du contrat», in *Sur les notions du contrat*, Archives de philosophie du droit, t. XIII, Paris, Sirey, 1968, 71-88.
- TEUBNER Gunther, «Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the «Essence» of the Legal Person», *The American Journal of Comparative Law* 1988 130-155.

- THE BOSTON CONSULTING GROUP, «Swiss Workers: Going Where Life is Good», 6 octobre 2014.
- THÉVENAZ Alain, *La protection contre soi-même. Étude de l'art. 27 al. 2 CC*, Berne, Stämpfli, 1997.
- THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-AUTEUR).
- TIELE Cornelis, «Religions», in *Encyclopædia Britannica*, 9^e éd., 1886, vol. XX, 358-371.
- TIMSIT Gérard, «L'évaluation en science juridique: retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges», *Revue européenne des sciences sociales* 2007 (138) 103-114 (cité Évaluation).
- TIMSIT Gérard, «La cumulativité des connaissances dans le domaine de la science juridique», *Revue européenne des sciences sociales* 2005 81-86 (cité Cumulativité).
- TIMSIT Gérard, «La transdiction à l'œuvre, Étude de cas», *Enquête* 1999 1-14 (cité Transdiction).
- TOUCHETTE Josée, «Le bijuridisme canadien: coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels», *Revue générale de droit* 2002 (32) 117-130.
- TREMBLAY Luc B., «Religion, tolérance et laïcité: le tournant multiculturel de la Cour suprême», in Jean-François Gaudreault-DesBiens (édit.), *Le droit, la religion et le «raisonnable» – Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Thémis, 2009.
- TRIGEAUD Jean-Marc, «Droit et religion: Observations finales», in Terré François (édit.), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, t. 38, Paris, Dalloz, 1993, 231-242.
- TROCKET Léon-Éli, *Actes du deuxième Congrès international de droit social*, t. I, Bruxelles, 1958.
- TRONTO Joan, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, Paris, La Découverte, 2009.
- TRUDEAU Gilles, «L'effet structurant de l'obligation d'accommodement raisonnable sur les relations industrielles», in Laflamme Roch (édit.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2009, 199-207 (cité L'effet structurant).
- TRUDEAU Gilles, «L'obligation d'accommodement en milieu de travail: évolution ou révolution», in Jean-François Gaudreault-DesBiens (édit.), *Le droit, la religion et le «raisonnable» – Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Thémis, 2009, 169-194 (cité L'obligation d'accommodement en milieu de travail).
- TRUDEAU Pierre Elliott, *Mémoires politiques*, Montréal, Le Jour, 1993.

- TSCHUDI Hans Peter, «Der Arbeitsfrieden Ziel des Arbeitsrechts», in Bettina Kahil-Wolff/Pierre-Yves Greber/Mirela Çaçi (édit.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Berne, Stämpfli, 2001, 383-398.
- TUORI Kaarlo, *Critical Legal Positivism*, Routledge, 2016 (1^{ère} éd. 2002).
- UEBERSCHLAG Jakob, *Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG)*, Zurich, Schulthess, 2009.
- UHALDE Marc, «Crise de modernisation et dynamique des identités de métier dans les organisations», *La Revue de l'IREES* 2005 135-154.
- URS Egli, «Soziale Netzwerke und Arbeitsverhältnis», *Jusletter* 17 janvier 2011.
- VAJDA Georges, «Jeûne musulman et jeûne juif», *Hebrew Union College Annual* 1937 367-385.
- VALENDUC Gérard/VENDRAMIN Patricia, *Le travail dans l'économie digitale: continuités et ruptures*, Institut syndical européen, Working Paper, 2016.
- VALENTIN Vincent, «La notion d'entreprise de tendance laïque», in Bernard Callebat/Hélène de Courrèges/Valérie Parisot (édit.), *Les religions et le droit du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 271-284.
- VALENTIN Vincent, «Quelles perspectives pour la religion dans l'entreprise?», *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2017 chronique n° 1 (cité Perspectives).
- VALLAT Julie, «Premier guide mondial de Total sur le fait religieux: une approche pratique et inclusive», *Société, droit et religion* 2018 131-136.
- VEILLETTE Denise (édit.), *Femmes et religions*, Sainte-Foy, Corporation canadienne des sciences religieuses et les Presses de l'Université Laval, 1995.
- VERDIER Jean-Maurice, «Relations de travail et droits fondamentaux. Une jurisprudence en éveil», in *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, 653-669 (cité Relations de travail).
- VERDIER Raymond (édit.), *Le serment*, Paris, CNRS, 1991.
- VERNANT Jean-Pierre, *Les origines de la pensée grecque*, Paris, puf, 2013 (1^{ère} éd. 1962) (cité Origines de la pensée grecque).
- VERNANT Jean-Pierre, *Mythe et pensée chez les Grecs*, Paris, Éditions La Découverte, 1985 (cité Mythe).
- VERNIORY Jean-Marc/WAELTI Fabien, «Le devoir de réserve des fonctionnaires: spécialement sous l'angle du droit genevois», *PJA* 2008 810 ss.
- VEYNE Paul, *La vie privée dans l'Empire romain*, Paris, Seuil, 2015.
- VION Adrien, *L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO)*, Lausanne, Éditions juridiques libres, 2019.
- VISCHER Benedict, «Die Religionsfreiheit als Eckstein des liberalen Gemeinwesens», *RJB* 2012 571-602 (cité Religionsfreiheit).
- VISCHER Benedict, «Justitias Entschleierung? Das schweizerische Bundesgericht und das deutsche Bundesverfassungsgericht zu Verboten religiöser Symbole für Gerichtspersonals», *Jusletter* 18 janvier 2021 (cité Justitias Entschleierung).

- VISCHER Frank/ALBRECHT Andreas C., *Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 356-360f OR*, Teilband V/2c, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle, 2006 (cité ZK-VISCHER/ALBRECHT).
- VISCHER Frank/MÜLLER Roland M., *Der Arbeitsvetrag*, 4^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2014.
- VON KAENEL Adrian, «Der Arbeitsprozess», in Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (édit.), *Fachhandbuch, Arbeitsrecht*, Zurich, Schulthess, 2018, 971-1005.
- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *Traité de droit romain* (trad. fr. Charles Guenoux), t. III, Paris, Firmin Didot Frères, 1855-1859.
- WADDINGTON Lisa/HENDRIKS Aart, «The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2002 (18) 403-427.
- WALDMANN Bernhard/BELSER Eva Maria/EPINEY Astrid (édit.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2015 (cité BSK BV-AUTEUR).
- WALLNER Franz X., *Die ordentliche Änderungskündigung des Arbeitgebers*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- WANNER Philippe, «Intégration professionnelle des populations d'origine et de nationalité étrangère en Suisse», *Revue européenne des migrations internationales* 2004 (20) 33-45.
- WAQUET Philippe, «Le <trouble objectif dans l'entreprise>: une notion à redéfinir», *Revue de droit du travail* 2006 304-310.
- WAQUET Philippe, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éditions Liaisons, 2014.
- WAQUET Philippe, «Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance», *Gazette du Palais* 1996 1427-1432.
- WAQUET Philippe/WOLMARK Cyril, «Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise?», *Revue de droit du travail* 2009 485-489.
- WARDE Ibrahim, «Joyeuse servitude volontaire aux États-Unis», *Manière de voir*, décembre 2017 – janvier 2018 (n° 156), 10-13.
- WEBER Max, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (trad. fr. Isabelle Kalinowski), Paris, Flammarion, 2000.
- WEDDERBURN Kenneth, «Labour Law: From Here to Autonomy?», *Industrial Law Journal* 1987 (16) 1-29.
- WEICHELBAUMER Doris, *Discrimination against Female Migrants Wearing Headscarves*, Université de Linz, 2016.
- WEINSTOCK Daniel, «La <crise> des accommodements au Québec: hypothèses explicatives», *Éthique publique* 2007 (9) 20-27 (cité La «crise»).

- WEINSTOCK Daniel, «Réflexions critiques sur le rapport Taylor-Bouchard», in Jean-François Gaudreault-DesBiens (édit.), *Le droit, la religion et le «raisonnable» – Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Thémis, 2009, 93-112 (cité Réflexions critiques).
- WERRO Franz/PERRITAZ Vincent, «Commentaire de l'article 41 du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41).
- WHITMAN James Q., «Comparative Law and Religion», in Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (édit.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2018, 734-752.
- WILDHABER Isabelle, «Répercussions juridiques de la robotique et de l'intelligence artificielle sur le lieu de travail», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail. Une approche multidisciplinaire*, Genève/Zurich, Schulthess, 2019, 201-241.
- WILDHABER Isabelle/LOHMANN Melinda F./KASPER Gabriel, «Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz», *RDS* 2019 I 459-489.
- WILLAIME Jean-Paul, «Les réformes protestantes et la valorisation religieuse du travail», in Mercure Daniel/Spurk Jan (édit.), *Le travail dans l'histoire de la pensée occidentale*, Les presses de l'Université Laval, 2003, 61-87 (cité Réformes protestantes).
- WILLAIME Jean-Paul, *Le retour du religieux dans la sphère publique*, Lyon, Éditions Olivétan, 2008 (cité Le retour du religieux).
- WILLAIME Jean-Paul/MATHIEU Séverine (édit.), *Des Maîtres et des Dieux, Écoles et Religions en Europe*, Paris, Belin, 2005.
- WILLMANN Christophe, «Le droit du travail des personnels religieux: une application discutée de forts enjeux», in Callebat Bernard/de Courrèges Hélène/Parisot Valérie (édit.), *Les religions et le droit du travail – Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 133-155.
- WINZELER Christoph, «Die weltanschauliche Neutralität des Staates. Ein Rechtsprinzip und seine Bedeutungsaspekte», in Pahud de Mortanges René (édit.), *Religiöse Neutralität, Ein Rechtsprinzip in der multireligiösen Gesellschaft*, Zurich, Schulthess, 2008, 1 ss (cité Neutralität).
- WINZELER Christoph, *Einführung in das Religionsverfassungsrecht der Schweiz*, 2^e éd., Zurich, Schulthess, 2009 (cité Religionsverfassungsrecht).
- WITZIG Aurélien, «Commentaire des articles 321a et 321d du Code des obligations», in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I: Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2021 (cité CR CO I-WITZIG, art. 321a et 321d).

- WITZIG Aurélien, «L'ubérisation du monde du travail», *RDS* 2016 I 457-483 (cité Ubérisation).
- WITZIG Aurélien, «La CJUE face au foulard islamique, Commentaire de l'arrêt *Wabe* et *MH Müller Handels* du 15 juillet 2021», *Newsletter DroitDuTravail.ch*, juillet 2021.
- WITZIG Aurélien, «La subordination dans le contrat de travail», *SJ* 2015 II 39-65 (cité Subordination).
- WITZIG Aurélien, «Note dans le commentaire d'arrêt du TF 6 juillet 2021, 8D_8/2020», *Newsletter DroitDuTravail.ch*, août 2021.
- WITZIG Aurélien, «Travail 4.0: le monde d'après», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail. Une approche multi-disciplinaire*, Genève/Zurich, Schulthess, 2019, 291-312.
- WITZIG Aurélien, *Droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2018 (cité Droit du travail).
- WITZIG Aurélien, *La modification du rapport de travail*, Zurich, Schulthess, 2014 (cité Modification).
- WITZIG Aurélien, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2015.
- WITZIG Aurélien/JORNOD Rodhlann, «Répression pénale de la discrimination au travail: une perspective franco-suisse», *La Semaine Juridique – Social* 2012 (24) 12-17.
- WOEHLING José, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», *Revue de droit de McGill* 1998 (43) 325-371 (cité L'obligation d'accommodement).
- WOEHLING José, «La place de la religion dans les écoles publiques du Québec», *R.J.T.* 2007 (41) 650-720 (cité La religion à l'école).
- WOLF Florian, *Der Islam in Europa – Einfluss und Auswirkungen auf die europäische Rechtsordnung*, Vienne, 2015.
- WOLMARK Cyril, «Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs?», *Le Droit Ouvrier* 2017 226-232.
- WORMS Frédéric, *Droits de l'homme et philosophie*, Paris, CNRS Éditions, 2009.
- WYLER Rémy/BRIGUET Matthieu, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique*, Berne, Stämpfli, 2017.
- WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du travail (avec la collaboration de David Zandirad)*, 4^e éd., Berne, Stämpfli, 2019.
- WYLER Rémy/ZANDIRAD David, «Plateformes numériques et contrat de travail», *Jusletter* 26 octobre 2020.
- WYSER Carole, «Éthique dans la fonction publique», in Andreas Ladner/Jean-Loup Chappelet/Yves Emery/Luzius Mader/Nils Soguel/Frédéric Varone (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne, PPUR, 2013, 541-558.

- WYTTENBACH Judith, «Das Kopftuch in der Schweiz: zwischen religiöser Neutralität des Staates, Religionsfreiheit und Discriminierungsverbot», in Berghahn Sabine/Rostock Petra (édit.), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind – Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Bielefeld/Transcript Verlag, 2009, 101 ss.
- XÉNOPHON, *Économique* (trad. fr. Pierre Chantraine), Paris, Les Belles Lettres, 1949.
- ZAHAN Dominique, *Religion, spiritualité et pensée africaine*, Paris, Payot, 1970.
- ZANDIRAD David, «Commentaire de l'article 10a de la Constitution fédérale», in Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit.), *Commentaire romand. Constitution fédérale*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2020 (cité CR Cst.-ZANDIRAD, art. 10a).
- ZANDIRAD David, «L'initiative populaire <Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage> – Une interprétation à l'aune du Covid-19», *Jusletter* 5 octobre 2020.
- ZARKA Yves Charles, «L'invention du sujet de droit», *Archives de Philosophie* 1997 (60) 531-550.
- ZEIN Bassem, «Besoin d'action législative et pistes de réflexion», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail. Une approche multidisciplinaire*, Genève/Zurich, Schulthess, 2019, 144-178.
- ZIMMERMANN Tristan, «L'histoire constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance en Suisse», in Felix Hafner/Andreas Kley/Victor Monnier (édit.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, vol. VIII, Berne, Stämpfli, 2012 (cité Histoire de la liberté religieuse).
- ZIMMERMANN Tristan, «La laïcité et la République et Canton de Genève», SJ 2011 29-77 (cité Laïcité et Genève).
- ZIMMERMANN Tristan, «Le voile versus le crucifix ou le conflit entre la liberté religieuse et la neutralité religieuse de l'Etat», *Jusletter* 5 mars 2012 (cité Liberté religieuse vs neutralité religieuse).
- ZSOLNAI László (édit.), *Spirituality and Ethics in Management*, 2^e éd., Springer, 2011.
- ZUBER Valentine, *L'origine religieuse des droits de l'homme*, Genève, Labor et Fides, 2017.
- ZUCCA Lorenzo, *Freedom of Religion in a Secular World*, 388-406, in Rowan Cruft/Matthew Liao/Massimo Renzo (édit.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, OUP, 2015, 407-422.

Prolégomènes

Quelques mots de méthode en guise d'ouverture

Traiter d'un sujet aussi vaste que le nôtre pourrait s'apparenter à un fiéffé orgueil. L'abîme que peut provoquer la vue d'un tel titre ne s'explique cependant point par une vaine volonté de conduire une étude exhaustive ou holistique sur le thème de la religion au travail, car c'est bien d'une étude *de droit* des rapports parfois amphigouriques qu'entretiennent la religion et le travail qu'il s'agira de mener, avec en son centre le cadre normatif suisse, pleinement intégré dans l'ordre juridique européen et international des droits de l'homme.

Si l'étude s'intitule «La religion *au* travail» et non «La religion *et* le travail», c'est précisément pour souligner l'étude *pragmatiste* qui sera menée, celle de l'incursion de la religion «dans» des rapports de travail *concrets*, dans une perspective d'épreuve entre le couple d'objets *travail* et *religion*, dont les points de contact sont autant de points de tension qui, s'ils ne sont pas mis en jeu dans une dynamique relationnelle, ne présenteraient finalement qu'un intérêt limité pour le lecteur juriste¹.

Nous eûmes pu être tenté de choisir un *modus operandi* parmi les deux suivants pour s'essayer à la «théorisation» de la religion au travail: une approche *déductive* depuis les droits humains ou au contraire une approche *inductive* à partir du droit du travail. À dire vrai, pour peu que ces deux modes de procéder ne paraissent pas trop caricaturaux, la déconstruction de la problématique ne peut se concevoir par son «enfermement» dans des domaines juridiques qui seraient par hypothèse – erronée – hermétiques les uns aux autres, mais fait jaillir au contraire un nécessaire ecclésiastisme caractérisé par les influences réciproques qu'exercent les droits humains sur le droit du travail.

¹ À l'aune choisie correspond une vision pragmatique du droit, qualifiée en philosophie du droit de «droit en acte, en situation» ou «*law in action*».

Il ne sera pas question de faire une thèse en sciences des religions, mais de faire une analyse juridique des interactions entre la religion et le travail. À ce propos, les religions auxquelles il sera fait référence dans cette thèse seront principalement celles qui sont les plus présentes en Suisse et en Europe (christianisme, islam, judaïsme) et qui constituent l'essentiel de la casuistique, même si le titre de notre travail décline au singulier *la religion* pour en faire un propos de portée générale qui ne se limite pas à *des* religions particulières mais s'applique à *la religion*.

Les présents **Prolégomènes** ont pour objectif de problématiser notre thèse, en s'achevant par une interrogation, posée dans l'assomption qu'elle y trouvera réponse au terme de notre étude. Ce faisant, ils ouvrent la voie à une **Première partie** qui aura pour ambition de poser les ressorts fondamentaux de la religion et du travail par la mobilisation de ressources appartenant à de nombreux champs disciplinaires (que nous qualifions de *métajuridiques*), mais toujours sous l'égide du droit (**Chapitre 1**). Cet abord interdisciplinaire ouvrira le champ à une entrée en matière proprement juridique par les droits fondamentaux, qui ont acquis une importance considérable en droit du travail ces dernières décennies (**Chapitre 2**).

Soucieux de respecter une certaine symétrie structurale dans l'approche de la problématique, le droit du travail aura voix au chapitre en vue de souligner l'unité juridique dans la diversité des rapports de travail (**Chapitre 3**). Nous avons jugé adéquat de ne pas systématiquement séparer l'analyse du droit privé du travail du droit de la fonction publique. Ayant en tête leurs principaux points de confluence et de rupture, les considérations qui suivront seront valables tant pour le droit privé du travail que pour le droit de la fonction publique, sauf indication contraire.

Afin d'identifier les principaux ressorts des interactions *ambivalentes* entre la religion et le travail, une perspective *diachronique* du côtoiement entre la religion et le travail au fil des âges nous a semblé la plus didactique des approches, permettant de comprendre comment leurs relations s'articulent de nos jours et, à partir de là, quelle(s) trajectoire(s) on peut esquisser pour leur avenir.

La **Deuxième partie** éprouvera les enseignements tirés de la Première partie en les vérifiant ou en les réfutant par l'étude de la *casuistique*. Elle aborde *chronologiquement* les enjeux que pose la religion lorsqu'elle s'insurge dans les rapports de travail, débutant par les problématiques se posant *avant* la création du rapport de travail (**Chapitre 4**), puis celles qui se présentent *pendant* la relation de travail (**Chapitre 5**), enfin celles qui se manifestent *à la fin et après* les rapports de travail (**Chapitre 6**), dans le but de mettre en relief les différents régimes juridiques applicables aux questions intervenant successivement au cours de la vie d'un rapport de travail.

Enfin, demeurant fidèle à la démarche dialectique, la **Troisième partie** est destinée à dépasser la contradiction inhérente à la Première et à la Deuxième parties en propo-

sant d'abord une analyse de droit comparé canadien et québécois – dont la théorie de l'accommodement raisonnable propose une approche diamétralement opposée à l'approche européenne de la religion au travail (**Chapitre 7**) – puis un essai de prospective juridique sur la religion dans l'entreprise de demain (**Chapitre 8**).

Cette thèse s'achèvera sur une **Conclusion générale** qui, loin d'apporter un terme définitif au débat, élargira l'hypothèse de départ à de nouvelles discussions.

Outre le droit canadien, nos pérégrinations nous conduiront de temps à autre sur les sentiers des droits voisins et familiers (français, allemand, autrichien, italien, belge, anglais et étasunien), dans une perspective comparatiste illustrant notre propos afin que le lecteur puisse disposer d'un modeste aperçu des différentes solutions apportées par les ordres juridiques occidentaux. Le droit européen² fera l'objet d'une attention plus attentive, l'influence de ce dernier étant grandissante sur le droit suisse.

On s'étonnera sans doute du déséquilibre quantitatif entre les trois parties. Le droit étant une *praxis*, notre orientation portera une attention nécessairement plus grande aux questions faisant l'objets de débats doctrinaux animés et d'une casuistique fournie. La géométrie relativement variable d'un sujet aussi vaste et interdisciplinaire explique les écarts de traitement entre les différentes questions traitées, sans préjuger de l'importance intrinsèque des unes ni des autres.

Qu'est-ce que la « religion » (en droit)?

Définir les mots pose invariablement des problèmes et de tous les mots, « religion » est un de ceux qui en posent le plus³. À la faveur de l'opinion majoritaire des savants contemporains en sciences religieuses, la religion ne peut faire l'objet d'une définition universelle et anhistorique⁴, dans la mesure où elle n'a pas la même signification selon les cultures et les sociétés qui l'expérimentent, les disciplines qui l'abordent (sociologie, psychologie, anthropologie, histoire, théologie), selon qu'on lui donne une définition émotionnelle ou rationnelle, qu'on lui prête des traits individuels ou collectifs, qu'on place en son coeur l'animisme, l'existence d'une puissance divine, une pré-

² Tant issu du *Conseil de l'Europe*, notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que de l'*Union européenne*. Pour la suite nous entendrons par *droit européen* le droit de l'Union européenne, cf. note de bas de page *infra* 373 pour de plus amples explications sur cette distinction.

³ MARETT, 4; GISEL, *Religion, passim*.

⁴ ASAD, 29 (« *There cannot be a universal definition of religion, not only because its constituent elements and relationships are historically specific, but because that definition is itself the historical product of discursive processes* »).

sence impersonnelle sacrée⁵ ou encore qu'on la représente comme un phénomène numineux⁶.

Le terme même est une construction créée par des chercheurs à des fins intellectuelles qui sont les leurs, et qui leur appartient donc de définir en fonction de leur propre but⁷. Rivant le clou de son flottement perpétuel, le courant contemporain en sciences des religions affirme que le concept même de «religion» n'existe ni partout ni toujours et qu'il provient d'une représentation ethnocentrique⁸.

L'honnêteté intellectuelle et la rigueur scientifique nous imposent pourtant de définir préalablement ce qu'on entend sous le vocable «religion», définition de travail qui sera articulée autour de notre projet de recherche, lequel consiste à mettre sous la loupe juridique les rapports ambivalents entre la religion et le travail.

Et presque immédiatement cette recherche définitionnelle tournera-t-elle court, puisque, comme précisé à l'instant, notre quête est encadrée par les besoins et les limites d'une définition *en droit* en l'occurrence. Chaque discipline constituant son propre point de vue sur le réel, chacune ne retiendra que la partie du réel parmi l'infinité des «faits» ou «données» qui est pertinente dans sa perspective, pour son propre compte, fonction de ses propres intérêts⁹. Mais contrairement aux savants des sciences sociales qui posent des définitions *arbitraires* (au sens gèneine de produites par la seule volonté) à des fins principalement *heuristiques* (dans le but de faciliter des découvertes), nous ne jouissons pas d'une telle liberté¹⁰.

La raison en est que le droit *pose* sa réalité («sa» réalité), jusqu'ici à l'instar des autres disciplines, à ceci près de différent qu'il *norme* le réel¹¹, au sens où il crée le cadre de

⁵ DURKHEIM passait en revue de nombreuses religions «athées» en concluant que les exemples suffisaient à montrer que «la notion de divinité, loin d'être ce qu'il y a de fondamental dans la vie religieuse, n'en est, en réalité, qu'un épisode secondaire», 13.

⁶ Voir récemment MEYLAN, 12 et 195, qui rend vite compte de l'impossibilité de parvenir à une définition universellement acceptée et valable. Voir aussi LEUBA, 339-361, et sa liste fameuse de quarante-huit définitions de la religion.

⁷ Voir l'historien des religions Jonathan Z. SMITH, 281 s., qui compare son caractère générique au rôle analogue joué par le «langage» en linguistique ou la «culture» en anthropologie.

⁸ Lire Timothy FITZGERALD, *The Ideology of Religious Studies*, New York, OUP, 2000; GISEL, *Théologie et sciences religieuses*, 194.

⁹ PAPAUX, *Droit en situation*, 139.

¹⁰ Ce que fit le psychologue des religions William JAMES, 25: «La religion est un domaine trop vaste pour que je prétende le parcourir tout entier. S'il n'est pas raisonnable de dresser, envers et contre tout, une définition abstraite de l'essence de la religion, je n'en suis pas moins libre de délimiter *arbitrairement* [nous soulignons] mon sujet, non pour imposer mon étroite façon de le comprendre, mais simplement pour déterminer avec précision le point de vue d'où je voudrais étudier les phénomènes religieux».

¹¹ PAPAUX, *Droit en situation*, 159.

sa propre référence dans la vie réelle¹². C'est là l'une des singularités épistémologiques du droit: ce dernier va *insuffler* l'existence légale aux personnes, objets et concepts en les dénommant¹³. La religion, en tant que matériau sur lequel le droit opère, va dès lors se voir reconnaître une pertinence *juridique* – ou l'absence d'une telle pertinence –, sans que cette dernière ne trouve nécessairement un écho dans les définitions du même concept proposées dans les autres disciplines.

Fort de ce constat, nous sommes humblement lié à des définitions posées par des *institutions* qui échappent à notre seule volonté arbitraire, sinon pour critiquer (au sens philosophique de porter un jugement) ces mêmes définitions. Cette fonction *dénominateur* du droit est grave, parce qu'en classifiant la réalité, elle instaure une hiérarchie entre les «religions» – cette fois-ci au sens plus général du terme –, par le statut qu'elle leur assigne et, partant, la protection juridique qu'elle leur confère¹⁴. Ce classement va s'établir en fonction des valeurs en vigueur à un moment donné dans une société donnée, afin d'épouser au mieux son échelle des valeurs – mais jamais complètement, la loi n'étant jamais un calque de la réalité¹⁵. Par où l'on reconnaît le caractère *dynamique* des définitions posées par le droit¹⁶.

Alors, notre étude est-elle au bénéfice d'une définition juridique de la «religion»? Avant même la vaine tentation de lister les courants de pensée qui seraient qualifiés de «religion»¹⁷, il sied de relever que le libellé de l'art. 15 Cst. distingue les notions de «conscience» (*Gewissen*; *coscienza*) et de «croyance» (*Glauben*; *credo*), et celui de l'art. 9 CEDH les vocables de «pensée», de «conscience» et de «religion»¹⁸; et les deux dispositions mentionnent en plus les «convictions» respectivement à l'art. 15 al. 2 Cst. et 9 § 1 et 2 CEDH. Bien que l'interprétation judiciaire ne semble pas les dif-

¹² AGAMBEN, 34.

¹³ OST/VAN DE KERCHOVE, 147 s.: «*Everything, in legal rules, is a construct*, wrote Jean Dabin. *This legal reality does not just extend to the re-construction of a prior natural or social fact; it also implies the production of an object [...]*».

¹⁴ C'est le cas par exemple pour la reconnaissance des communautés religieuses en Suisse. Cette gradualité dans la reconnaissance des communautés religieuses permet d'une part de distinguer entre une religion et une association non religieuse, telle qu'un parti politique ou un club de football, mais aussi de hiérarchiser les religions selon le degré de reconnaissance accordée à celles-ci. Les critères attribuant la reconnaissance reposent donc nécessairement sur une définition de la religion (en l'occurrence implicite).

¹⁵ TIMSIT, Évaluation, 112 s.

¹⁶ La définition du droit lui-même pose des écueils au moins équivalents, voir DU PASQUIER, 240, ou HART, 13.

¹⁷ AUDI, 414, propose lui une liste de neuf critères devant aider à circonscrire la notion de religion.

¹⁸ La liberté de pensée figurant dans l'énoncé de l'art. 9 CEDH concerne le for intérieur de la liberté de religion.

férencier¹⁹, plusieurs d’auteurs infèrent de cette sémantique multiple une nuance dans la conception des convictions: la croyance comprendrait une approche *théologiquement* fondée de questions existentielles, et donc partagée *ipso facto* par une communauté globale, tandis que la conscience serait la faculté humaine de discerner le bien et le mal ou, selon la tradition des Lumières, la *voix intérieure* de l’homme qui lui dicterait les comportements moraux et éthiques à adopter. Cette dernière peut impliquer une vision séculière de l’existence terrestre et, surtout, elle est intimement liée au for intérieur de chaque individu²⁰. La différence résiderait alors d’une part dans la communion de la croyance, d’autre part dans la nature nécessairement transcendentale de celle-ci²¹.

S’agissant des convictions philosophiques (*weltanschauliche Überzeugungen; convinzioni filosofiche*) figurant à l’art. 15 Cst., elles n’ont pas été définies par la jurisprudence, mais font l’objet de discussions doctrinales quant à la délimitation de leurs contours, en particulier en relation avec la liberté d’opinion²². Ce droit (*Weltanschauungsfreiheit*) est généralement perçu comme un prolongement de la protection accordée historiquement aux convictions religieuses, en réponse à la sécularisation qu’a vécue la société occidentale ces dernières décennies²³. Les convictions philosophiques désignent essentiellement les doctrines et conceptions qui interrogent le sens de la vie et la place de l’homme dans l’univers²⁴. Elles se distinguent de la croyance en ce qu’elle n’exigent pas dans leurs postulats une référence au divin ni même à la trans-

¹⁹ ATF 123 I 296 c. 2b)aa); SAHLFELD, 253; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 28; DUBEY, Droits II, N 1937; MARTENET, Liberté religieuse, 19. Voir cependant CourEDH, arrêt *Vavrička et autres c. République tchèque* (GC) du 8 avril 2021, 47621/13 et 5 autres, § 330, qui dit que si un requérant invoque l’art. 9 CEDH sans mentionner aucun motif d’ordre religieux pour inspirer sa position sur les vaccins, ce n’est pas la liberté de religion qui est potentiellement en jeu, mais sa liberté de pensée et de conscience.

²⁰ HILTI, 39 ss; BIAGGINI, Komm. BV, art. 15 N 4-6; DUBEY, Droits II, N 1934 et 1947; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 29 ss; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 N 6 ss. D’après l’opinion en partie dissidente commune aux Juges VUČINIĆ et DE GAETANO à l’arrêt de la CourEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 2, la conscience est le jugement de la raison par laquelle une personne reconnaît la qualité morale d’un acte concret qu’elle est sur le point d’accomplir ou qu’elle a déjà accompli, qui peut être nourri par des croyances religieuses, mais pas forcément, et des gens n’ayant aucune croyance ni affiliation religieuse particulière font constamment de tels jugements dans leur vie quotidienne.

²¹ Pour une approche différente, cf. LEITER, qui se demande pourquoi la religion bénéficie d’une protection morale et juridique plus élevée qu’un autre ensemble de croyances (politiques ou philosophiques par exemple). Sur cette question, qui constitue un point nodal du problème, cf. *infra* Chap. 7, III, C, 1, b.

²² Une partie de la doctrine critique cette mention (« *weltanschauliche Überzeugung* »), qui ajoute selon elle une distinction inutile et encore moins distinguée dans la jurisprudence, DUBEY, Droits II, N 1936; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, 330.

²³ KARLEN, Religionsfreiheit, 207.

²⁴ MÜLLER/SCHEFER, 257.

cependance. Les convictions philosophiques englobent ainsi des conceptions *séculières* du monde²⁵. Mais le Tribunal fédéral, en prenant à contrepied la doctrine, a reconnu que contrairement aux croyances, il n'était pas exigé des convictions philosophiques qu'elles revêtent une signification essentielle ou fondamentale qui correspond à une vision globale du monde²⁶. Cet arrêt, critiqué, semble confirmer une ouverture à des doctrines d'ordre éthique, philosophique ou moral qui ne sont pas nécessairement orientées dans une perspective métaphysique.

La Cour européenne des droits de l'homme est à peine plus diserte à propos de la notion de « conviction » (*belief* dans la version anglaise, qui fait également foi) mentionnée dans le texte de l'art. 9 CEDH, même si elle ne la distingue pas toujours de celle de religion. Les convictions protégées par l'art. 9 CEDH doivent correspondre à des « vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »²⁷. La Cour de Strasbourg paraît étendre ces exigences aux convictions religieuses, même si elle fait montre d'une certaine souplesse dans les seuils exigés²⁸. Elle marche cependant sur des œufs car il est extrêmement délicat pour des juges de porter un jugement sur le sérieux, la cohérence ou l'importance de telles convictions. Tout au plus peut-elle demander que la religion alléguée soit identifiable par l'apport d'éléments factuels prouvant son existence (par exemple par des rites ou des préceptes)²⁹ et ne soit pas fantaisiste³⁰. Ni la « religion du football » ni le « culte de l'automobile » n'entrent dans le champ d'application des art. 15 Cst. et 9 CEDH, ni tout sentiment ou

²⁵ TF 15 novembre 2014, 2C_132/2014, 2C_133/2014, c. 4.1; KÜHLER, 209; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 N 7.

²⁶ TF 15 novembre 2014, 2C_132/2014, c. 4.1; BIAGGINI, Komm. BV, art. 15 N 5, pour une critique (à laquelle nous souscrivons) de cet arrêt sur ce point et le risque de confusion qu'il induit avec le champ de protection de la liberté d'opinion. Dans le même sens KARLEN, Religionsfreiheit, 208, qui conçoit le pacifisme comme entrant dans le champ de protection de l'art. 15 Cst., mais exclut les convictions de nature philosophico-politique, telles que le libéralisme, le socialisme et l'écologisme. Où l'on voit que le traçage de la ligne de démarcation entre conviction philosophique et conviction politique est tâche ardue. Voir aussi SAHLFELD, 263-264, qui donne quelques pistes de réflexion à ce problème, et prône comme critère de distinction la « vision du monde » (*Weltsicht*) sous-jacente à la conviction philosophique au sens de l'art. 15 Cst.; KÜHLER, 213.

²⁷ Voir l'arrêt de principe suivant: CourEDH, arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982, série A n° 48, § 36; GONIN, Liberté religieuse, 107; MAHON, vol. II, N 75.

²⁸ CourEDH, arrêt *Leela Förderkreis E. V. et autres c. Allemagne* du 6 novembre 2008, 58911/00, § 80: « *The freedom of thought, conscience and religion denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance* [...] ».

²⁹ CommEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 4 octobre 1977, 7291/75, à propos de la « religion » Wicca; GRABENWARTER/PABEL, 292, N 100; RENUCCI, 197.

³⁰ Le pastafarisme, dont la « divinité » est le « Monstre en spaghetti volant » (*Flying Spaghetti Monster*) ne remplit pas les conditions de sérieux et de cohésion pour être considéré comme une « religion » selon la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier au vu des circonstances de la naissance de ce mouvement et de son caractère essentiellement parodique, CourEDH, décision *de Wilde c. Pays-Bas* du 9 novembre 2021, § 52-55.

idée à caractère religieux, au risque que la liberté de religion devienne une liberté de comportement générale³¹.

Quant à la notion de religion (*religion*), la Cour de Strasbourg a affirmé qu'il n'était pas de son devoir en tant qu'instance régionale de se prononcer sur une notion ne faisant pas l'objet d'un consensus à l'échelle du continent³², tout en soulignant que les convictions spirituelles sont un attribut essentiel de la personne humaine, et peut-être le meilleur indice de son existence, en tant qu'être doué de conscience. Elles forment en ce sens le pinacle de la liberté d'expression³³. La religion est en effet une notion polysémique qui dépend fortement des contingences historiques locales propres à chaque société³⁴. Jusqu'à présent la Cour s'est bien gardée de définir ce qu'il faut entendre exactement par religion et prend soin de ne pas mêler sa voix au débat sur la distinction entre religions et sectes; elle est sans doute avisée de se montrer prudente sur ce point³⁵.

La jurisprudence du Tribunal fédéral est elle aussi empreinte d'une grande retenue et ne recèle aucune définition de la notion de religion. L'absence de définition juridique est toutefois suppléée par un faisceau de critères qui guident les instances supérieures dans leur jurisprudence³⁶. Selon le Tribunal fédéral, la religion s'étend à toutes les conceptions spirituelles relatives aux rapports entre l'être humain et la *divinité* ou la *transcendance* (c'est-à-dire situées au-delà de tout ce que l'homme peut expérimenter à travers la condition physique, psychique et morale qu'est la sienne)³⁷.

Que la Cour et le Tribunal fédéral se montrent très restrictifs et ils courent le risque de créer des discriminations. Qu'ils fassent preuve d'une souplesse excessive et on leur reprochera inmanquablement de procéder à un amalgame complet entre religion et conviction. À choisir cependant entre une définition par trop stricte ou par trop large de la notion de religion, cette dernière tendance doit être privilégiée, quitte à protéger des croyances qui ne seraient pas majoritairement perçues comme entrant dans le champ d'application de la liberté de religion, car des définitions limitatives risqueraient de priver des formes non traditionnelles et minoritaires de certains cultes reli-

³¹ DUBEY, Droits II, N 1934.

³² CourEDH, *Kimlya c. Russie*, du 1^{er} octobre 2009, § 79; également CourEDH, arrêt *Témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie* du 10 juin 2010, § 119, dans lequel la Cour réitère le devoir de l'État d'adopter une approche neutre, applicable indifféremment aux nouveaux mouvements religieux comme aux plus traditionnels, et les obligeant à une motivation circonstanciée de toute ingérence dans l'exercice de la liberté de religion; MARTENET, Liberté religieuse, 19.

³³ CourEDH, arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A n° 260-A, § 31; CEDH-GONIN, art. 9 N 5; ROUILLER, 946.

³⁴ ZUCCA, 389 ss.

³⁵ Voir GRABENWARTER/PABEL, Art. 9 N 41; RENUCCI, Droits de l'homme, 197. Le même constat doit, semble-t-il, être fait à propos de la notion de conscience (voir HILTI, 30).

³⁶ NERI/SMOLINSKA, 66-81.

³⁷ ATF 119 Ia 178, c. 4b, JdT 1995 I 290; ATF 116 Ia 252, c. 5c, JdT 1992 I 5.

gieux³⁸. À cet égard, la Cour de Strasbourg précise que la protection d'une religion est indépendante de sa reconnaissance en tant que telle par l'État³⁹.

Une définition de la religion qui se limite aux seuls préceptes officiels d'une religion ne tient pas compte des divergences qui peuvent intervenir dans l'interprétation de ceux-ci. Il est de plus en plus courant d'être confronté à des situations où le croyant se réclame d'une religion, en n'agissant pas nécessairement dans le respect de la pratique reconnue comme juste et vraie selon les autorités religieuses établies ou la majorité de ses coreligionnaires. Cette mutation, opérée par l'individualisation de la religion⁴⁰, se traduit par le foisonnement récent des courants religieux et une pratique religieuse de plus en plus marquée par le syncrétisme⁴¹. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'existence de débats entre les chercheurs en religions quant aux fondements historiques d'une religion donnée et au bien-fondé des revendications de ses adeptes, ne suffit pas pour contester la nature religieuse de la croyance en question⁴².

La religion doit donc être entendue ici dans un sens très large qui couvre toutes les « grandes » ou « anciennes » religions (christianisme, islam, judaïsme, hindouisme, bouddhisme, sikhisme, taoïsme, ainsi que leurs différentes branches respectives, etc.) indépendamment de leur nombre d'adeptes⁴³, les religions et pratiques spirituelles « nouvelles », qualifiées parfois de sectes, pour autant qu'elles revêtent une signification essentielle ou fondamentale qui corresponde à une vision globale du monde (mormonisme ou l'Église de Jésus-Christ des Saints des derniers jours, les Témoins de Jéhovah, néopaganisme, etc.)⁴⁴.

Nonobstant ces différences terminologiques, le champ de protection conféré par la Constitution fédérale correspond à celui de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁵; ces termes se recourent fréquemment et il n'y a pas lieu de les distinguer dans le champ d'application respectif des art. 9 CEDH et 15 Cst., la jurisprudence ne

³⁸ CourEDH, arrêt *İzzettin Doğan c. Turquie* (GC) du 26 avril 2016, § 114; CourEDH, arrêt *Magyar Keresztény Mennonita Eghyáz et autres c. Hongrie* du 8 avril 2014, § 88; CourEDH, arrêt *Kimlya et autres c. Russie* du 1^{er} octobre 2009, § 86; dans le même sens, AUDI, 414.

³⁹ CourEDH, arrêt *Mockutė c. Lituanie* du 27 février 2018, 66490/09, § 121.

⁴⁰ Cf. *infra* Chap. 1, II, A, 3.

⁴¹ BOSSET, Réflexion, 5; MILOT, Laïcité dans le Nouveau Monde, 116; MÜLLER M., 6.

⁴² CourEDH, arrêt *Association « Romuva » de l'ancienne religion balte c. Lituanie* du 8 juin 2021, § 118 s.

⁴³ ATF 134 I 114, c. 2.1, JdT 2009 I 234; ATF 119 Ia 178, c. 4b, JdT 1995 I 290. Voir CEDH-GONIN, art. 9 N 28 s., pour une éménagement fournie de doctrines qualifiées de religion par la CourEDH.

⁴⁴ CourEDH, arrêt *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* (GC) du 26 octobre 2000, Rec. 2000-XI, § 78; ATF 142 I 49, c. 3.4, JdT 2016 I 67; ATF 136 III 474, c. 4.2, JdT 2012 II 340; FF 1997 I 1, 158; MARTENET, Liberté religieuse, 19; LARRALDE, 742; ZUCCA, 392.

⁴⁵ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 17.

le faisant pas toujours⁴⁶. La *conscience* et la *croyance* ne sont pas non plus éloignées de la notion d'*opinion* apparaissant aux art. 10 CEDH et 16 Cst. Une dimension *philosophique* et *religieuse* caractérise respectivement les deux premières, tandis que la troisième notion comporte une connotation *politique*⁴⁷. Pour le surplus, une certaine porosité existe entre ces trois notions, qui ne sont pas toujours distinguées dans la pratique judiciaire⁴⁸.

Nous limiterons notre intérêt à la liberté de religion, qui constitue le cœur de la «liberté de conscience et de croyance», sans nous interdire pour autant d'utiliser les réflexions développées dans des décisions traitant de convictions philosophiques et purement séculières⁴⁹.

La liberté de religion protège aussi l'absence de croyance religieuse: ainsi sont également protégés à ce titre les athées, agnostiques, sceptiques et les indifférents: «il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société», ainsi que le résume la formule devenue iconique de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁰.

Le champ social recouvert par la religion dans les systèmes de droit occidentaux semble être indexé sur des définitions qui mettent la divinité ou du moins la transcendance au centre de la religion, à plusieurs lieues des courants qui élisent pour repère central de la religion le «sacré» ou le spirituel (notamment l'animisme), révélant au moins implicitement la définition christianocentrée de la religion dans la Convention européenne des droits de l'homme et la majorité des constitutions européennes.

⁴⁶ *Inter alia* AUBERT J.-F, 712 s. (qui parle de *redondance*); ROUILLER, 946; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 29 N 14 s.; sur ce thème, lire KÜHLER, 22 ss, 163 ss, 206 ss.

⁴⁷ CourEDH, décision *Zaoui c. Suisse* du 18 janvier 2001, 41615/98, dans laquelle la Cour considère que la diffusion de messages de propagande en faveur d'une formation politique islamiste ne met pas en cause la liberté de religion mais la liberté d'expression, quand bien même le parti en question prône-t-il la création d'une théocratie islamique.

⁴⁸ Voir p.ex. CourEDH, décisions *Pichon et Sajous c. France* du 2 octobre 2001, Rec. 2001-X (refus de deux pharmaciens de vendre la pillule contraceptive pour des motifs dictés par leur conscience religieuse) et *Van den Dungen c. Pays-Bas* du 22 février 1995, 22838/93 (distribution de tracts dissuadant les femmes de se faire avorter pour des motifs religieux), affaires toutes deux examinées à l'aune de la liberté d'expression; EVANS, 52-53: «*Many people come to their religious beliefs by following their conscience and their conscience is, in turn, shaped by the nature of those religious beliefs*». Voir aussi KÜHLER, 215, sur les recoupements et parallèles entre croyances et convictions philosophiques d'une part, et conscience et convictions philosophiques d'autre part.

⁴⁹ Pour GOY, 167 s., la pensée serait plutôt *intellectuelle*, la conscience plus *éthique* et la religion spécifiquement *religieuse*, mais les trois sont soumis au même régime juridique, et la jurisprudence n'a la plupart du temps pas à déterminer la liberté en cause, se bornant à dire que la conviction entre dans le champ d'application de l'art. 9 CEDH.

⁵⁰ CourEDH, arrêt *Leyla ahin c. Turquie* (GC) du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI, § 104; ATF 142 I 49, c. 3.4, JdT 2016 I 67; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 23.

En séparant l'État (le politique) et l'Église (le religieux), les Lumières ont constitué en réalité le prélude à la subordination de la seconde au premier, celui-là affirmant sa supériorité sur celle-ci, sur le plan de la légitimité à normer la société, et ce de diverses manières, notamment dans la définition juridique de ce qui est considéré comme une « religion »⁵¹. Dans ce sillage, la sécularisation de la société occidentale, la pluriconfessionnalisation de la Suisse et de l'Europe et l'avènement des droits de l'homme ont participé de l'élargissement de la définition juridique de la religion par l'inclusion des religions orientales, des nouveaux mouvements religieux et de spiritualités désinstitutionnalisées⁵². Où l'on remarque aussi la fonction *intégrative* de la définition que donne le droit à la religion à l'heure de la diversité religieuse.

Loin de constituer une véritable définition qui, l'avons-nous vu, ne serait que tentative vouée à l'échec dans un contexte d'hétérogénéité toujours croissante de nos démocraties, la religion *en droit* demeure une notion foncièrement ouverte et dynamique; elle met au jour la dimension *heuristique* enfin qui est offerte par la recherche définitionnelle des grands mots en droit, intrinsèquement ambivalents. C'est pourquoi les institutions juridiques – le législateur, les tribunaux et la doctrine en premiers chefs – rechignent principiellement – et à juste titre – à en fixer des contours précis, et s'inclinent à définir la religion *ex negativo*, en partant de ses limites⁵³.

En définitive, la liberté de conscience et de croyance – ou liberté de religion ou encore liberté religieuse⁵⁴ – est ainsi le droit pour chacun d'avoir sa propre conviction sur les rapports de l'homme avec la divinité ou la transcendance; de croire en Dieu, de croire en plusieurs dieux ou de ne croire en aucun dieu; mais cela comprend également la croyance en un Être suprême, un Grand Architecte, la Nature ou l'Homme en général, ou bien toute autre abstraction métaphysique ou philosophique qui se situe au-dessus et au-delà de notre société dans une perspective religieuse ou séculière (pacifisme⁵⁵, véganisme, etc.)⁵⁶.

⁵¹ Ainsi, en adoptant en 1905 la loi de la séparation des Églises et de l'État, la France garantit le libre exercice des cultes tout en les « relégu[ant] dans la sphère ordinaire des associations de droit privé. », PORTIER, 17.

⁵² Pour une liste quasi exhaustive des « religions » protégées au titre de l'art. 9 CEDH, lire CONSEIL DE L'EUROPE/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'art. 9 de la Convention*, version du 30 avril 2022, N 17.

⁵³ HAFNER, Religionsverfassung, N 4.

⁵⁴ Nous emploierons l'expression *liberté de religion* mais ces expressions peuvent être utilisées indistinctement dans la mesure où la pratique n'en infère aucune différence. Dans le même sens MARTENET, Liberté religieuse, 18.

⁵⁵ Voir le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 12 octobre 1978 dans l'affaire *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, 7050/75, § 69.

⁵⁶ FF 1997 I 1, 158; ATF 119 Ia 178, c. 4b, JdT 1995 I 290; ATF 116 Ia 252, c. 5c, JdT 1992 I 5; TF 15 novembre 2014, 2C_132/2014, c. 4.1.

Qu'entend-on par le «(droit du) travail»?

«L'apparition et l'affirmation d'un droit du travail constituent l'une des caractéristiques fondamentales des ordres sociaux modernes»⁵⁷. D'origine relativement récente, il a pris une ampleur considérable, son étude scientifique est devenue une nécessité impérieuse et, en se détachant progressivement du droit civil dont il est issu jusqu'à prendre une physionomie propre, la prise de conscience de sa valeur formatrice permet d'affronter les «problèmes les plus fondamentaux d'une civilisation et de comprendre ses transformations»⁵⁸.

Pierre Legendre nous rappelle d'ailleurs qu'«au sens historique et le plus méconnu de ce terme, la civilisation n'est rien d'autre que l'empire du droit civil»⁵⁹. Le droit du travail moderne a toujours eu pour première raison d'être de «civiliser» les rapports de travail, en dotant le pouvoir patronal d'un cadre juridique là où il s'exerce, c'est-à-dire dans l'entreprise⁶⁰. Puisqu'il s'agit de civiliser les relations de travail, c'est sans surprise qu'on retrouvera ici des techniques venues du droit civil, mais adaptées aux exigences de la subordination. Mais le droit du travail emprunte aussi aux branches du droit qui comme lui ont affaire à des relations de pouvoir: au droit public, au droit pénal et au droit processuel.

Ce qui frappe depuis la consolidation du droit du travail comme branche autonome du droit, c'est le glissement progressif des questionnements interrogeant sa raison-d'être (la réponse unanime dans la doctrine jusqu'à la fin des années 1960 était la *protection* du travailleur) à sa fonction (à quoi ça sert) dans les années 1970 soulignant l'intérêt qu'il peut aussi offrir au patronat et, enfin, «à quoi bon?» dans les années 1980, question courante dans tous les débats relatifs à la déréglementation ou à la flexibilité. Ces débats ont mis au jour l'*ambivalence* du droit du travail et l'équilibre qu'il doit constamment s'échigner à trouver entre l'économique et le social, entre la sécurité et la liberté, l'individuel et le collectif, mais surtout la protection qui a constamment valeur distinctive pour le droit du travail⁶¹.

Sous la dénomination *droit du travail*⁶² ne se trouve en revanche aucune définition légale ou jurisprudentielle en droit suisse. Nous apparient à plusieurs auteurs⁶³, nous le concevons comme l'ensemble des «relations juridiques entre employeurs et travail-

⁵⁷ LEVI-SANDRI, 195-203.

⁵⁸ PATTE, *passim*. Pour Jean CARBONNIER, «le seul droit absolument indispensable, c'est le droit du travail, soit le droit social au sens général du terme», cité in SUPIOT, État social, 18.

⁵⁹ LEGENDRE, 171.

⁶⁰ SUPIOT, Critique du droit du travail, 151.

⁶¹ SUPIOT, Pourquoi un droit du travail?, 486.

⁶² Pour une étymologie du lemme «travail», cf. WITZIG, Droit du travail, N 4 ss.

⁶³ SCHWEINGRUBER, 13, définition souvent reprise par les auteurs.

leurs ainsi qu'entre leurs groupements (organisations, associations)». Cette définition en première approximation, sans doute excessivement générique, a cependant l'avantage d'être préservée de toute idéologie⁶⁴ et de nous autoriser par conséquent l'inclusion de rapports juridiques nombreux dans leur contenu et variés dans leur forme⁶⁵.

Il est primordial de saisir ce qu'on lit à travers les *relations juridiques* entre employeurs et travailleurs ainsi qu'entre leurs groupements, qui sont de deux ordres. D'une part, ces relations juridiques se fondent sur le *contrat individuel de travail*⁶⁶, par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur, dans un rapport de subordination, moyennant le paiement d'un salaire (art. 319 al. 1 CO). La définition légale énonce la quaternité classique des éléments caractéristiques du contrat de travail que sont la prestation de travail ou de service, le rapport de subordination, l'élément de durée et la rémunération⁶⁷.

Le contrat de travail de droit public comporte les mêmes éléments caractéristiques que le contrat de travail de droit privé, de sorte que si la collectivité publique (Confédéra-

⁶⁴ Le droit du travail peut par exemple être défini dans une perspective *marxiste* (voir alors la fameuse définition de LYON-CAEN, Fondements, 1-5: «Le Droit du travail est l'ensemble des règles qui régissent: 1° L'exploitation du travail humain en régime capitaliste; 2° Les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation; 3° Les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le régime d'exploitation lui-même».

⁶⁵ Pour une étude historique du contrat de travail en droit suisse, lire Albert RICHARD, *Le contrat de travail en droit suisse*, Genève, 1913.

⁶⁶ Loin de nous cependant l'idée de réduire les sources juridiques gouvernant le *rapport* de travail à l'unique *contrat* de travail, impasse qui sera dénoncée *infra* Chap. 1, II, B, 2.

⁶⁷ Pour plus d'éléments sur la définition du contrat de travail, cf. WYLER/HEINZER, 22 ss; WITZIG, Droit du travail, N 173 ss; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 319 CO N 1 ss; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 319 CO N 1 ss; ZK-STAEHELIN, art. 319 CO N 2 ss; CR CO I-MEIER, art. 319 CO N 8 ss; DUNAND, Commentaire du contrat de travail, art. 319 CO N 9 ss; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 CO N 2 ss; TERCIER/BIERI/CARRON, N 2720 ss; VISCHER/MÜLLER, § 1 N 1 ss; SUBILIA/DUC, art. 319 CO N 1 ss; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 319 CO N 1 ss; CARRUZZO, art. 319 CO N 1 ss. Dans cette définition sont englobés tant le contrat de travail «classique» au sens des art. 319 ss CO que les contrats «de caractère spécial», tels que le contrat d'apprentissage (art. 344 ss CO), le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347 ss CO) et le contrat de travail à domicile (art. 351 ss CO), DUNAND, Commentaire du contrat de travail, art. 319 CO N 3. Les stagiaires non rémunérés au sein de l'entreprise, dont l'élément de rémunération fait défaut et suscite corollairement des controverses doctrinales sur la qualification de leur contrat, justifient néanmoins une protection conférée par les règles de protection des travailleurs et de nombreuses règles du contrat de travail leur sont applicables au moins par analogie: ils font en conséquence partie intégrante de notre définition de travail, cf. Commentaire SECO *ad* art. 1 OLT 1, 101-1: «de nombreuses personnes peuvent être occupées dans une entreprise sans avoir conclu avec elle un contrat de travail: les personnes dont les services sont loués, mais également les stagiaires ou les volontaires qui se distinguent des travailleurs en ce qu'ils ne reçoivent pas forcément un salaire et n'ont pas toujours à fournir une prestation de travail. Ces personnes ayant les mêmes besoins de protection que les travailleurs au sens du Code des Obligations, la notion de travailleur de la LTr se doit d'être large.». Vis-à-vis de la qualification du contrat de stage au regard de l'art. 319 CO, cf. WITZIG, Droit du travail, N 243 et WYLER/HEINZER, 44 ss.

tion, cantons, communes et autres entités étatiques) peut certes se soustraire en tout ou pour partie au régime du Code des obligations dans ses rapports avec ses salariés (art. 342 al. 1 let. a CO)⁶⁸, la qualification juridique en tant que relation de travail demeure néanmoins valable et doit donc être intégrée à la définition vue ci-dessus⁶⁹, fût-elle fondée sur une *décision* de l'autorité d'engagement⁷⁰.

D'autre part, ces relations juridiques se fondent sur le *droit collectif du travail*, à savoir les règles qui régissent les relations juridiques entre les associations de travailleurs et d'employeurs, qui se matérialisent en particulier par les conventions collectives de travail (art. 356 ss CO) et les contrats-types de travail (art. 359 s. CO)⁷¹.

Parce que le travail évolue continuellement dans la pratique, les critères du contrat de travail succombent logiquement aux vicissitudes de la vie socio-économique; d'autres critères que ceux originaires inférés de la lettre de l'art. 319 CO sont introduits inductivement afin d'ajuster le domaine de protection dévolu au droit du travail, au premier chef desquels figurent aujourd'hui l'*intégration dans l'entreprise d'autrui*⁷² et la *dépendance économique* du travailleur⁷³, les deux s'enchevêtrant parfois dans la jurisprudence⁷⁴.

Au vu de l'aune pragmatique de notre étude soulignée dès l'ouverture ne sont pas examinées *a contrario* les questions relatives à la religion en lien avec le droit du travail «au sens large», entendu en l'endroit comme les réglementations qui forment la politique du travail ou la politique de l'emploi⁷⁵. Les questions du droit *au tra-*

⁶⁸ Cf. *infra* Chap. 3, I, B, 2.

⁶⁹ TF 18 octobre 2010, 8C_220/2010, c. 1.1; PORTMANN/WILDHABER, N3 et 34. C'est au demeurant l'approche suivie par le droit européen, CJUE 10 septembre 2014, *Haralambidis c. Casilli*, C-270/13, § 28.

⁷⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N2011.

⁷¹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N730.

⁷² MEIER, *passim*, qui le consacre comme critère distinctif supérieur à la subordination, en ce que cette dernière est une conséquence non obligatoire de l'intégration et pas une condition d'existence du contrat de travail; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 319 CO N6 ss; WITZIG, Droit du travail, N207 ss. Voir TF 10 décembre 2015, 4A_344/2015, c. 3.2, dans lequel le TF indique comme critère «*die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (sog. Subordinationsverhältniss)*», signe que la jurisprudence la plus récente semble adhérer aux mouvements du réel dans les nouvelles formes du travail, même si elle tend parfois à amalgamer les critères de dépendance économique et d'intégration (p.ex. TF 9 février 2009, 4A_553/2008, c. 4.2).

⁷³ Ce critère aurait cependant une place subsidiaire à celle de la subordination dans la jurisprudence fédérale ainsi que de l'avis des auteurs, TF 25 janvier 2007, 4C.276/2006, c. 4.6.1; TC GE 9 avril 2010, c. 2.4, JAR 2001 459; WITZIG, Droit du travail, N188; ZK-STAEHELIN, art. 319 N29. Pour poursuivre la discussion sur une forme atypique du rapport de travail, cf. p.ex. Olivier STEINER, «Die arbeitnehmerähnliche Person – auf Phantomsuche in der schweizerischen Rechtslandschaft», *ArbR* 2008 65-107.

⁷⁴ Une illustration éloquent de cette confusion de critères s'incarne dans l'arrêt du TF du 22 octobre 2009, 4A_404/2009, c. 4, qui évoque une «subordination économique».

⁷⁵ Selon l'acception de MAHON, Réglementation du travail, 7.

vail⁷⁶ et du droit pour un ressortissant étranger d'une certaine obédience religieuse d'obtenir une autorisation de séjour pour exercer un emploi et de ne pas être discriminé en raison de sa religion excèdent notre champ d'étude⁷⁷.

Négativement considérée, cette circonscription exclut aussi l'examen de l'incursion de la religion en droit des assurances sociales dans le contexte professionnel, qui génère parfois des conflits entre l'obligation de cotiser aux assurances sociales et la religion de l'assuré (assurance-chômage, prévoyance professionnelle, mesures d'intégration professionnelle, etc.)⁷⁸.

Elle fait aussi abstraction des litiges intervenant durant la formation professionnelle dans un organisme privé ou public, qui peut connaître des discriminations fondées sur la religion de l'apprenant. Même s'il fait appel à des parallèles avec le droit du travail, le cadre juridique de la formation professionnelle s'éloigne substantiellement des éléments constitutifs d'un contrat de travail en ce qu'il met l'accent sur l'enseignement qui prépare à une qualification en vue de l'exercice d'une activité professionnelle et non l'activité professionnelle en tant que telle. La formation professionnelle

⁷⁶ Cf. p.ex. Kurt PÄRLI, «Gibt es ein Recht auf Arbeit?», *BJM* 2017 117-139; WITZIG, Droit du travail, N 142 ss; Jean-Louis DUC, «Droit du travail et assurance-chômage», in Jean-Louis Duc (édit.), *Le travail et le droit*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1994, 225-242.

⁷⁷ CourEDH, décisions *Jehovas Zeugen in Österreich c. Autriche* du 25 septembre 2012, *El Maj-joui et Stichting Touba Mosekee c. Pays-Bas* (radiation) (GC) du 20 décembre 2007 et *Perry c. Lettonie* du 8 novembre 2007; CommEDH, *Öz c. Allemagne* du 3 décembre 1996, 32168/96.

⁷⁸ Voir notamment à ce sujet TF 25 mars 2011, 8C_107/2011 (recourante sanctionnée par l'assurance-chômage pour avoir refusé un emploi qui exigeait qu'elle retirât son foulard islamique); TF 2 juillet 2008, 9C_301/2008; TFA 29 mars 2005, C 274/04 et CourEDH, décision *Dautaj c. Suisse* du 20 septembre 2007, 32166/05 (assurance-chômage); CommEDH, décision *V. c. Pays-Bas* du 5 juillet 1984, 10678/83 (refus de s'affilier à un régime d'assurance vieillesse pour un médecin compte tenu de ses convictions anthroposophiques); CommEDH, décision *Église réformée X c. Pays-Bas* du 14 décembre 1962, 14971/62 (refus de cotiser à un régime d'assurance vieillesse obligatoire); Gabriela RIEMER-KAFKA/Barbara LISCHER, «Religion und Sozialversicherung», *RSAS* 2016 533-581; Jean-Louis DUC, «Problèmes musulmans: en droit des assurances sociales – Examen de quelques situations», in René Pahud de Mortanges/Erwin Tanner (édit.), *Muslime und schweizerische Rechtsordnung – Les musulmans et l'ordre juridique suisse*, Fribourg, Presses universitaires de Fribourg, 2002, 199-217; KÜHLER, 276 s. Ainsi est exclu de notre examen le placement à l'essai car il ne fait pas naître de rapports de travail – même si certaines dispositions du contrat de travail sont applicables par analogie – et constitue une mesure de droit des assurances sociales (cf. art. 18a al. 3 LAI). Aux États-Unis, la réforme *ObamaCare* obligeait les employeurs à financer une protection sociale à leurs salariés, ce qui comprenait le remboursement de la contraception et de l'avortement. Pour les Églises américaines et les autres entreprises de tendance religieuse, ce financement d'actes contraires à leur foi était en contradiction directe avec leur liberté de conscience, cf., SCOTUS, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014), *Zubik v. Burwell*, 578 U.S. ____ (2016), *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania*, 591 U.S. ____ (2020).

est donc exclue de notre examen pour tout ce qui concerne le rapport juridique entre l'apprenant et l'établissement de formation⁷⁹.

Enfin, nous avons mis à la marge les rapports de travail spéciaux qui se fondent sur le pouvoir coercitif de l'autorité publique, soit ceux entre l'État et les personnes effectuant un service militaire, civil ou de protection civile, ainsi que l'astreinte au travail du détenu pénal (*cf.* art. 81 CP)⁸⁰. Ces rapports comportent en effet une composante prépondérante de coercition, soit dans la création du rapport de droit, soit dans le pouvoir disciplinaire du donneur d'ordres, débordant du cadre de ce travail portant sur des relations juridiques – *a priori* – librement consenties⁸¹.

En définitive, nous nous sommes intéressé au travail *salarie*, recouvrant les rapports juridiques mettant en scène employeurs et travailleurs ainsi qu'accessoirement leurs groupements ou associations, sur la base d'une définition matérielle du rapport de travail – par opposition à une interprétation formelle ou formaliste de la définition figurant à l'art. 319 CO.

Religion, droit et droits de l'Homme ou la dyade sacré-profane

De nombreux spécialistes des sciences religieuses, juristes et anthropologues font l'assomption qu'on ne saurait concevoir les débuts du droit (que certains appellent le «prédroit») en dehors d'un certain climat religieux, du moins en Occi-

⁷⁹ Voir à ce sujet Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, CERD/C/71/D/40/2007, 8 août 2017; *cf.* en France, Halde, Délibérations n^{os} 2009-403 du 14 décembre 2009, 2009-234, 2009-235, 2009-236, 2009-238 et 2009-239 du 8 juin 2009. Pour la définition de la formation professionnelle en Suisse, *cf.* art. 15 al. 1 (formation professionnelle initiale) et 26 al. 1 LFPPr (formation professionnelle supérieure). En revanche est intégrée à notre champ de recherche la phase de la formation professionnelle qui remplit les éléments du contrat de travail, cela étant le cas du contrat d'apprentissage, qualifié de formation professionnelle initiale en droit suisse, dans la mesure où le litige concerne la relation entre l'apprenti et l'entreprise formatrice et non celle entre l'apprenti et l'école professionnelle (*cf.* art. 14 LFPPr).

⁸⁰ BSK ORI-PORTMANN/RUDOLPH, art. 319 CO N 2; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 319 CO N 61; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 CO N 22. Voir ATF 129 I 74, RDAF 2004 I 638, à propos d'un prisonnier excipant de sa liberté religieuse pour être libéré de son astreinte au travail lors de la célébration orthodoxe de Pâques. Le Tribunal fédéral concède qu'il faut donner raison au recourant lorsqu'il prétend qu'un détenu ne peut pas être comparé à un travailleur, en ce sens que ce dernier n'est pas soumis à une *obligation légale* de travailler et qu'il peut prendre congé, suivant les circonstances, ou déplacer ses horaires de travail, afin de respecter les jours fériés de sa religion. Cela ne justifie toutefois pas un régime particulier pour le recourant, qui souhaite être libéré du travail tous les jours inscrits «en rouge» [*sic*] dans le calendrier officiel de l'Église orthodoxe (c. 6.5).

⁸¹ Dans le même sens WITZIG, Droit du travail, N218. Le personnel militaire (de métier et contractuel) est quant à lui soumis à la LPers par renvoi de l'art. 47 LAAM, *cf.* AUBRY GIRARDIN, Commentaire LTF, art. 83 N 113. Voir CourEDH, arrêt *Kalaç c. Turquie* du 1^{er} juillet 1997, Rec. 1997-IV, § 28.

dent⁸². La plupart des cultures disposent aux origines du droit une ou des divinités, ainsi que l'atteste la confusion des fonctions de prêtre et de juriste pendant fort longtemps⁸³. Cela peut se comprendre par le fait que les premières communautés humaines ont été des communautés de fait, dont l'unité reposait sur le partage d'une vision du monde particulière, le religieux étant structurant pour toute la société⁸⁴.

Dans la Grèce antique, le mage Épiménide était autant réformateur religieux, fondateur de sanctuaires et de rites, que conseiller politique associé à l'œuvre législative de Solon; c'est qu'il s'agit, dans les deux cas, d'une activité orientée dans le même sens et qui vise, sur un plan comme sur l'autre, à ordonner la vie sociale, à réconcilier et unifier la cité⁸⁵. Quant à Charondas, législateur de Catane, il aurait fait précéder ses Lois d'un préambule, véritable incantation magique devant être chantée et censée calmer les esprits obsédés par la pensée d'actes criminels et impies: avant d'édicter des peines répressives, les législateurs voulaient agir préventivement sur les furieux par une magie purificatrice. Une telle fonction purificatrice et mystique pour un préambule de loi interpelle évidemment nos esprits contemporains. Au neuvième livre des *Lois*, Platon, traitant de l'homicide, éprouvait encore le besoin de se référer explicitement à la doctrine des prêtres⁸⁶.

La taxinomie des sciences religieuses a même consacré à un certain temps la catégorie des religions «nomistiques» (du grec ancien *nomos* désignant entre autres et nombreuses significations la loi, la coutume), fondées sur une loi révéérée et sacrée⁸⁷. Le droit des sociétés «traditionnelles» resta ainsi étroitement lié à la religion: c'est dans la volonté divine, du moins surnaturelle, que s'enracine l'autorité de la loi; il faudra un mouvement de laïcisation pour que le droit prenne son autonomie, en devenant un dispositif normatif spécifique et gouverné par sa propre logique⁸⁸.

Si les religions ont probablement édicté les premières règles destinées à l'organisation de l'activité humaine, la politique a finalement pris le relais en tirant sa source directement de l'homme. Les aspirations communautaires et unitaires vont s'insérer plus directement dans la réalité sociale, orienter un effort de législation et de réforme, en s'incarnant dans l'institution judiciaire et dans l'organisation politique, en se transposant sur le plan d'une pensée positive. Le «rationalisme» qui s'est emparé des institutions

⁸² Lire à ce sujet Louis GERNET, *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, Flammarion, 1968.

⁸³ PAPAUX, *Droit en situation*, 20.

⁸⁴ PENA-RUIZ, 12.

⁸⁵ PLUTARQUE, *Vies parallèles*, Paris, Gallimard, 2001 (trad. Anne-Marie OZANAM et sous la dir. De François HARTOG), Vie de Solon, XII 7-12, cité par VERNANT, *Origines de la pensée grecque*, 85.

⁸⁶ VERNANT, *Origines de la pensée grecque*, 77-90.

⁸⁷ SMITH, 279, reprenant la classification élaborée par Cornelis TIELE in *Encyclopædia Britannica*, 9^e éd., 1886, vol. XX, entrée «Religions», 358-371.

⁸⁸ CHEVALLIER, *passim*.

juridiques au travers du développement des savoirs dans les sociétés antiques s'oppose certes aux anciennes procédures religieuses de gouvernement, mais sans pour autant les exclure de façon radicale⁸⁹.

Le capital d'autorité dont jouit le droit et lié à la transcendance a survécu à la laïcisation du droit; l'autorité qui s'attache à lui découle toujours d'un mécanisme d'imputation à un Sujet anonyme, insaisissable et mystérieux, d'où provient la loi, sujet qui est désormais l'État, qui déclare des droits non pas au nom de Dieu, Être suprême ou quelque autre Grand Législateur universel, mais déclame sous leur auspice bienveillante. Le droit reste ainsi perçu comme un ordre sacré, projection d'une raison transcendante au corps social et s'inscrivant dans les constitutions et codes modernes, mais dont la réalisation de l'idéal démocratique en a fait également l'expression d'une volonté collective, celle de la Nation; d'un tour de force la laïcisation a transmué cependant la Raison transcendante en Raison immanente au corps social qui peut, indirectement ou de manière médiate, concourir à la formation des lois⁹⁰.

Quant aux droits de l'Homme, tant leur contenu que leur origine sont débattus et incertains⁹¹. Nous ne discuterons pas du débat sur le fondement anhistorique des droits de l'homme car ce n'est ni le but ici ni même dans nos moyens de le faire, néanmoins pouvons-nous nous contenter de présenter l'alternative suivante – outrageusement simplifiée – toujours discutée par les philosophes et historiens du droit: ou bien les déclarations des droits de l'homme ne les fonde pas, et ils reposent alors sur une «reconnaissance» de droits *universels, éternels et immuables* proclamés par l'homme dans telle société à tel moment de l'histoire mais dont le fondement est anhistorique, tantôt transcendant (les dieux, Dieu) tantôt immanent (la Raison, la nature humaine) et sont dans tous les cas préexistants à toute construction sociale de ceux-ci par un système politique, mais il est nécessaire qu'ils soient rappelés par des déclarations juridiques, afin d'être sans cesse dans l'esprit des hommes⁹²; ou bien les droits de l'homme

⁸⁹ Avec l'avènement de la cité, les procédures religieuses qui avaient à l'origine, c'est-à-dire pendant la royauté mycénienne, valeur en elles-mêmes deviennent, dans le cadre du droit, introductrices d'instance. De même les rites, comme le sacrifice ou le serment, auxquels les magistrats restent soumis à leur entrée en charge, constituent le cadre formel et non plus le ressort interne de la vie politique. En ce sens, il y a bien, l'affirme VERNANT, sécularisation (Origines de la pensée grecque, 64).

⁹⁰ CHEVALLIER, *passim*.

⁹¹ À ce propos, GRANDJEAN, 675 ss, qui cite l'emblématique polémique entre Georg JELLINEK et Emile BOUTMY, dont le premier voit dans les germes des droits de l'homme contemporains l'universalisme chrétien, et le second le *Contrat social* de ROUSSEAU. Sur l'anachronisme des droits de l'homme dans l'Antiquité méditerranéenne, lire Joseph MÉLÈZE MODRZEJEWSKI, «Une préhistoire des droits de l'homme», in Id., *Droit et justice dans le monde grec et hellénistique*, Varsovie, 2011, 193-207. Voir aussi Valentine ZUBER, *L'origine religieuse des droits de l'homme*, Genève, Labor et Fides, 2017.

⁹² Ce qui correspond *grosso modo* au mouvement du «jusnaturalisme» ou «droit naturel», lui-même composé d'une myriade de courants. Pour les juifs de l'Ancien Testament comme pour

sont définis en leur sens par leur être-déclaré politique, et n'existent pas à l'état de nature antérieurement à toute construction politique⁹³.

La seule chose certaine, qui justifie que nous effleurions cette discussion, est que l'État moderne, par la démocratisation et la laïcisation qui l'accompagnèrent jusqu'au XXI^e siècle, a étendu ces libertés à tout un chacun par une reconnaissance du privilège accordé non plus aux seuls chrétiens mais désormais à l'ensemble des *individus* – qui ne sont plus *citoyens* en ce que ce bénéficie du catalogue entier des droits de l'*homme* est indépendant de toute citoyenneté⁹⁴, c'est-à-dire d'appartenance à un collectif d'humains (cité) tourné vers un but commun qui *finalise* ce citoyen, «figure juridique que l'on n'ose plus guère invoquer dans un univers individualiste mais qui n'en demeure pas moins opérante»⁹⁵.

Le débat sur l'origine des droits de l'homme a partie liée avec celui sur leur nature ontologique, où s'entrecroisent le droit, le politique, le moral et le social. Ceux-ci ne peuvent se concevoir uniquement par le prisme juridique⁹⁶. L'origine de la loi, émanée de Dieu ou de l'homme, et le problème du rapport entre ces deux lois, divine et humaine, se pose de manière générale dans une société où se mélangent les sources du droit, tantôt assumées, tantôt refoulées⁹⁷.

Les approches successives du droit et de la religion ont vite fait de mettre en lumière leur quête commune d'un sens : celui de la *justice*. Et passant de l'être au devoir-être, ce sens devient celui de la justice qui s'inscrit dans chaque élément, et dans la religion, et dans le droit⁹⁸. Cette recherche du sens commun assure l'unité de ces deux paradigmes qui entrent inévitablement en confrontation directe lorsqu'ils interagissent entre eux sur un plan (celui du juridique) ou l'autre (celui du divin). Religion et droit partagent des vocations semblables, il n'est dès lors pas étonnant que des duels surviennent lorsqu'ils empruntent des chemins différents. La soumission de la personne

les chrétiens qui se rattachent à l'école jusnaturaliste, à savoir aussi bien les Pères de l'Église (plutôt platoniciens-idéalistes) que maints grands réformateurs (protestants), le droit est l'expression même de la volonté de Dieu. Il en ira de même en terres d'islam au sortir de l'Antiquité. Puis Dieu sera remplacé par rois et princes et législateurs, en d'autres termes par des humains, cf. PAPAUX/CERUTTI, vol. I, 64 ss.

⁹³ Ce qui correspond *grosso modo* au mouvement du positivisme juridique, PAPAUX/CERUTTI, vol. I, 79 ss. Cf. à ce propos BOURGEOIS, 113 et 115; ZUCCA, 403 s.; WORMS, 17 s. Une troisième voie doctrinale au moins existe, prétendant qu'au vu de la pratique actuelle des droits de l'homme, il n'est pas possible d'en extraire une origine éthique, sacrée ou séculière et qu'il n'y a donc pas lieu à s'en préoccuper, Joseph RAZ, «Human Rights Without Foundations», *Oxford Legal Studies Research Paper Series* 2007 (n° 14).

⁹⁴ Bien que des exceptions existent, telles que les art. 24 et 25 Cst. p.ex.

⁹⁵ SÈVE, 63; BOURGEOIS, 114 s.; SCHMIDT, 18; PAPAUX/CERUTTI, vol. I, 45 et 67 s.

⁹⁶ WORMS, 25 ss.

⁹⁷ HUMBERT, 237 et 241; TRIGEAUD, 234.

⁹⁸ TRIGEAUD, 231 s.

à l'une plutôt qu'à l'autre provoque des frictions, voire des conflits, précipitant la nécessité d'une réflexion profonde sur l'agencement adéquat des normes pour faire société⁹⁹.

Tandis que «jusqu'à des temps récents, la morale religieuse et la morale humaine, le droit laïque et le droit divin n'ont fait qu'un»¹⁰⁰, procédant probablement d'une prééminence du religieux sur le juridique, les droits de l'homme, dans leur conception contemporaine, sont considérés dans la *doxa* comme des droits purement juridiques qui ont chassé toute trace de religiosité tant dans leur contenu que dans leur forme¹⁰¹. La liberté de religion en tant que droit-liberté fait l'objet d'un traitement exclusivement profane de la part de notre système juridique actuel, alors qu'elle est précisément une des premières concrétisations des droits de l'homme, qu'elle fût révélée par quelque source transcendante ou construite par des hommes faisant société via un pacte social¹⁰²: la liberté de religion a été laïcisée par la Modernité, et le droit profane devint le juge du contenu de la liberté de religion, ce qui n'est pas sans poser des difficultés conceptuelles de légitimité et d'autorité, difficultés qui constituent l'un des points nodaux de la problématique de cette thèse¹⁰³.

Liberté religieuse et droit du travail: deux paradigmes juridiques aux allures *antinomiques*?

Un risque en travaillant sur un sujet transversal comme le nôtre est de s'enfermer, fût-ce par mégarde, soit dans le prisme des droits fondamentaux, soit dans celui du droit du travail. À dire vrai, ces deux prismes se réfléchissent l'un dans l'autre, et exigent une réflexion juridique transversale afin d'appréhender la problématique dans sa totalité. Plutôt que se limiter à la «religion du salarié», il faut élargir la focale et préférer la «religion au travail», car bien des ressorts – les plus fondamentaux à dire vrai – surpassent les simples rapports individuels entre travailleurs et employeurs, ceux-ci étant une partie du tout, et le tout ne pouvant être défini qu'après les parties¹⁰⁴.

La discussion sur la dimension potentiellement sacrée voire religieuse du droit et plus particulièrement des droits de l'homme a lieu d'être citée puisqu'elle concerne directe-

⁹⁹ KADELBACH, 10 s.

¹⁰⁰ DURKHEIM, 17.

¹⁰¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 49 s.

¹⁰² Jean CARBONNIER, «La religion, fondement du droit?», in François Terré (édit.), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, t. 38, Paris, Sirey, 1993, 17-21; Lucien SCUBLA, «Les dimensions religieuses de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789», *Ateliers d'anthropologie* 2004 (27) 81-108.

¹⁰³ TRIGEAUD, 238 s.

¹⁰⁴ GAUDU, Religion, 65.

ment cette thèse, l'ambition de celle-ci étant d'explicitier les relations entre d'une part la *liberté de conscience et de religion*, droit de l'homme ayant essentiellement trait au transcendant – sans qu'il soit nécessairement divin –, et d'autre part le droit du travail, dont la promulgation des règles est le fait du législateur humain par et pour des considérations parfaitement terrestres et non la codification de quelque révélation extérieure¹⁰⁵. *Prima facie*, nous avons deux matières juridiques aux sources et aux applications apparemment opposées: la première est marquée par une verticalité propre à la transcendance tandis que la seconde règle des rapports exclusivement interhumains, dans une perspective d'ordre essentiellement économique et qui ne puise plus ses références contemporaines dans la religion.

Soit d'abord le contrat de travail d'abord, qui, à l'instar des autres contrats obéit au principe de l'autonomie de la volonté des parties (consacré en droit privé suisse à l'art. 19 CO et de manière sous-jacente en droit constitutionnel à l'art. 27 Cst.): l'employeur et le travailleur ont ainsi la liberté de conclure et de ne pas conclure, d'aménager librement leurs relations par des normes contractuelles, de les modifier et d'y mettre fin, «dans les limites de la loi» (art. 19 al. 1 CO), la *loi* devant être prise dans une acception matérielle donnée par un ensemble de règles constituant l'ordre juridique.

Encore que les considérations qui précèdent valent pour les rapports de travail de droit privé, mais doivent être considérablement nuancées, voire abandonnées pour les rapports de travail qui lient l'État à un de ses *agents*¹⁰⁶. En effet, dans la mesure où le droit de la fonction publique est, à l'heure actuelle, principalement statutaire (lois et ordonnances), l'on peut se demander s'il se prête réellement à la conclusion de clauses négociées comme dans le secteur privé. Le passage de la nomination à la contractualisation s'est certes imposé depuis quelques années sur le plan fédéral et cantonal, mais force est d'admettre, et nous nous contenterons de ceci dans ces prolégomènes, que la logique contractuelle n'a souvent pas dépassé le stade du mode d'engagement des fonctionnaires, ce qui implique un regard différent lorsqu'on est confronté à un rapport de travail soumis au droit public, quoique cela dépende encore de la réglementation applicable au rapport de travail liant un travailleur à l'État, ce dernier pouvant également relever du droit privé¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Même si nous verrons *infra* Chap. 1, I, A, que beaucoup des religions pratiquées en Occident accordent une importance significative au travail.

¹⁰⁶ Nous userons indistinctement des expressions «agent public» et «agent de l'État» au sens d'une personne accomplissant, dans le cadre d'une relation de travail la liant à l'État, des tâches d'intérêt public voire – même si cela est plus rare – privé (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2001-2003). La définition de fonctionnaire en droit suisse est en effet devenue désuète dans son acception originelle (KARLEN, *Verwaltungsrecht*, 342 et 349) mais nous l'utiliserons de temps à autre dans son sens générique.

¹⁰⁷ ATF 142 II 154 c. 5.2; TF 18 février 2015, 8C_227/2014, c. 4.2; ROSELLO, N 234 et 239; TANQUEREL, *Unité et diversité*, 57.

Quelle que soit la qualification juridique du rapport de travail, les possibilités d'aménagement des relations de travail par les règles conventionnelles («privées») sont limitées par des normes légales impératives («étatiques») (art. 28 CC, 361 et 362 CO, LTr, LEg, etc.)¹⁰⁸, qui viennent protéger une partie ou l'autre, généralement le travailleur, ce dernier étant la partie économiquement et juridiquement la plus faible dans le contrat de travail. Ces limites impératives imposent un cadre minimal, tant pendant la phase précontractuelle que pendant les rapports de travail, au nom de la protection de la santé, de la sécurité ou de la moralité, et auxquelles les parties ne peuvent point déroger¹⁰⁹.

Ce cadre social¹¹⁰, compte tenu de l'importance croissante des nombreuses règles de droit public – et de droit pénal – qui posent des limites à l'autonomie des parties, fait que l'on parle plus fréquemment de droit du travail, en le considérant par lui-même et pour lui-même, en le sortant du giron étroit du droit commun des contrats – par extension de son rattachement historique au droit privé¹¹¹. L'essor des dispositions impératives (droit international public, jurisprudence de la CEDH, accord sur la libre circulation des personnes¹¹²) et des protections que d'aucuns appellent «quasi constitutionnelles» (protection de la personnalité, égalité des sexes, etc.) amenuise sérieusement la liberté contractuelle¹¹³. C'est au sein de cet environnement juridique mixte et morcelé¹¹⁴, dépassant le simple horizon contractuel et dans lequel de multiples libertés contradictoires viennent s'entrelimiter, que se posent les questions et se trouvent les réponses relatives à la problématique de la religion au travail.

Soit ensuite sur le plan de la liberté de religion, *droit fondamental* de première importance et sujet à de nombreux soubresauts¹¹⁵. Plus que l'exercice de toute autre liberté,

¹⁰⁸ Pour une liste détaillée des sources en droit du travail, cf. WYLER/HEINZER, 7 ss; WITZIG, Droit du travail, N 223 ss.

¹⁰⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 71; TERCIER/PICHONNAZ, N 525; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 921; WITZIG, Droit du travail, N 264.

¹¹⁰ Certains auteurs parlent même de *socialisation* du droit du travail, cf. ROSELLO, N 117; PERRENOUD, Droit uniforme, 458.

¹¹¹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 2691; ROSELLO, N 20. Pour un exemple en droit anglais, Kenneth WEDDERBURN, «Labour Law: From Here to Autonomy?», *Industrial Law Journal* 1987 (16) 1-29.

¹¹² ALCP (RS 0.142.112.681).

¹¹³ WITZIG, Droit du travail, N 165.

¹¹⁴ EICHHOLZER, 210, le disait déjà en 1957: «Notre droit du travail comprend aujourd'hui un groupe de normes juridiques, mais il est bien loin de former une œuvre législative unifiée».

¹¹⁵ C'est l'expression que nous privilégierons pour ce travail, car c'est la plus usitée dans la doctrine suisse (*Grundrecht* en allemand) mais il en existe toute une nomenclature variant selon l'ordre juridique dans lequel on se trouve et la conception que l'on adopte, dans laquelle figurent entre autres *droits de l'homme*, *libertés publiques*, *droits humains* et *droits constitutionnels*, se recoupant plus ou moins largement entre eux.

«celui de la liberté religieuse est en proie, au plan international, à des turbulences nées de l'action conjuguée des fanatismes de tous bords, des préjugés culturels et des divisions idéologiques. C'est dire combien une bonne gouvernance de la protection de la liberté religieuse confine au numéro d'équilibrisme», lit-on dans la postface de l'ouvrage consacré à la *Protection internationale de la liberté de religion*, publié par l'Institut International des droits de l'homme en 2002¹¹⁶.

En droit de la fonction publique d'abord, qui met en relation le travailleur et l'État, droits fondamentaux sont *pleinement applicables*. Néanmoins le travailleur est soumis à des mesures de restriction souvent plus étendues que dans le secteur privé, le principe de neutralité confessionnelle de l'État venant cadrer étroitement la liberté de religion du travailleur. Dans les relations de travail privées en revanche, la liberté de religion n'est pas directement applicable puisqu'elle concerne les rapports entre acteurs privés. Elle peut pourtant être considérée comme un droit subjectif en tant qu'elle se transpose dans le droit ordinaire par le truchement des passerelles que constituent les normes de droit législatif (par exemple art. 328 CO et 20a LTr), qui mettent en œuvre la liberté de religion et sont *justiciables*¹¹⁷. Mais là aussi se retrouve-elle contrecarrée par les droits opposés de la partie cocontractante, soit la liberté de l'employeur d'organiser librement son activité économique (art. 27 Cst.), elle aussi transposée en droit du travail (art. 321a et 321d CO)¹¹⁸.

Ces libertés antagoniques s'inscrivent dans une relation juridique dotée d'une aporie remarquable: le contrat de travail se démarque des autres contrats par une caractéristique exclusive dans tout l'ordre juridique: principiellement, tout travailleur, qu'il soit employé dans le secteur privé ou dans la fonction publique, a des devoirs par sa position hiérarchique intrinsèquement inférieure à celle de l'employeur, les plus emblématiques étant celui d'être fidèle (*Treuepflicht*) et celui de suivre les instructions de son employeur (*Weisungsrecht*); il lui est au demeurant soumis d'un point de vue organisationnel, temporel, spatial et personnel. Pour utiliser une formule lapidaire, cela implique qu'en cas de divergence d'opinions, le salarié ne saurait faire prévaloir sa propre vision de l'organisation à adopter dans l'entreprise¹¹⁹.

Cette inégalité hiérarchique s'appelle en droit du travail la *subordination*, soit «l'état d'une personne qui est soumise à l'autorité de quelqu'un à qui elle doit rendre compte de ses actes notamment dans une organisation hiérarchisée». Attestée depuis 1610 dans l'idée d'une «dépendance par rapport à ce qui a un rang supérieur», la subordina-

¹¹⁶ Jean-François FLAUSS (édit.), Bruxelles, Bruylant, 2002.

¹¹⁷ Cf. *infra* Chap. 2, I, A, 3.

¹¹⁸ Lire Walter KÄLIN, *Grundrechte im Kulturkonflikt*, Zurich, Schulthess, 2000.

¹¹⁹ DUNAND, Commentaire du contrat de travail, art. 319 N 17; CR CO I-MEIER, art. 319 CO N 10; VISCHER/MÜLLER, § 1 N 14.

tion comporte les idées connexes d'infériorité et de dépendance¹²⁰. Ce mot, dont l'usage servirait d'instinct dans le domaine militaire ou disciplinaire, est pourtant le *critérium* juridique par excellence du contrat de travail, contrat qui se veut en théorie le fruit de volontés réciproques et concordantes de deux parties présumées égales¹²¹.

Si les deux parties sont bien titulaires de droits subjectifs, seul l'employeur dispose d'un *pouvoir*, entendu comme la «prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui»¹²². Avant même de soumettre le rapport au droit privé ou public voit-on que c'est la subordination, propriété démarcatrice par excellence vis-à-vis des autres contrats, qui constitue le curseur déterminant l'étendue des droits respectifs – et des obligations respectives – des parties au rapport de travail.

L'aporie qui se crée par la conclusion du contrat et qui soumet de ce fait la marge de manœuvre du travailleur au pouvoir de direction de l'employeur a une influence directe sur l'exercice de la liberté de religion dans le cadre des rapports de travail, puisque celle-ci va se *négoier* pendant les pourparlers précontractuels, puis se *soumettre* à la volonté de l'employeur pendant le rapport de travail. Pourtant, si le droit du travail est un droit du pouvoir, il relèverait non pas tellement du droit privé, qui consacre l'autonomie de la volonté et l'égalité des cocontractants, mais plutôt du droit public – ce qui conduit certains, aux États-Unis, à classer le droit du travail parmi les branches du droit public¹²³. On y attacherait dès lors des thématiques propres au droit public comme celle justement des droits fondamentaux¹²⁴.

Naît de cette distorsion une question s'avérant nodale, peut-être la plus quintessentielle de la relation de travail: le droit du travail accorderait en apparence une large place à l'autonomie des parties; celle-ci est cependant illusoire car elle n'existe qu'au moment de créer le rapport d'emploi; la partie faible – le travailleur – voit en réalité sa volonté subordonnée à celle de l'employeur qui exerce ensuite un pouvoir de direction continu tout au long du rapport de travail ainsi créé sur des éléments qui n'auront évidemment pas été négociés préalablement, puisqu'il existe une infinité de possibilités déterminant l'objet d'une relation juridique de travail et qui ne peuvent s'épuiser au moment de la création dudit rapport. Ce *hiatus* nous aidera à distinguer la mesure de la liberté de religion avant le rapport de travail, pendant celui-ci et après celui-ci.

¹²⁰ Trésor de la langue française informatisée, entrée «Subordination»; Dictionnaire historique de la langue française, entrée «Subordonner».

¹²¹ SUPLOT, Critique du droit du travail, 112 ss; WITZIG, Subordination, 39.

¹²² GAILLARD, 137 ss; WITZIG, Droit du travail, N 130. Cf. *infra* Chap. 3, II, B, 1.

¹²³ Karl KLARE, «The Public/Private Distinction in Labour Law», *University of Pennsylvania Law Review* 1982 (130) 1358-1422.

¹²⁴ WITZIG, Droit du travail, N 14.

Où l'on voit également que la terminologie diffère certes selon la nature juridique du rapport de travail, mais pas fondamentalement le raisonnement du juge, celui-ci devant irrémédiablement sous-peser le poids des intérêts protégés par les droits en conflit afin d'en établir la *concordance pratique*¹²⁵. D'un même mouvement, le juge aura la complexe tâche d'articuler une solution juste à double titre, un juste aussi bien singulier – trancher tel conflit – que collectif – assurer le maintien d'une bonne concorde sociale –, partant, de l'ordre d'une double *acceptabilité*¹²⁶. Dans cette veine, le droit du travail peut pourtant être ambitieusement perçu non seulement comme le moyen d'organiser l'entreprise, mais carrément comme une partie de l'«ordonnement social»¹²⁷, avec pour destinée irénique l'achèvement d'une «paix» au travail¹²⁸.

Cette recherche d'une paix au travail a cours dans un paradigme d'affrontement de *titres* juridiques, les limitations à la liberté de religion du travailleur paraissant se trouver essentiellement dans ses propres devoirs, eux-mêmes constituant le miroir des libertés *antagoniques* de l'employeur: «La liberté s'arrête là où commence celle d'autrui»¹²⁹, proclame la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 1789. À ce qu'il

¹²⁵ Le juge devant effectuer cette balance des intérêts avec le devoir d'interpréter le droit ordinaire de manière conforme aux droits fondamentaux – on parle alors d'effet horizontal indirect des droits fondamentaux. Sur la concordance pratique, ATF 140 I 201, c. 6.7; ATF 139 I 16, c. 4.2.2, JdT 2013 I 167; ATF 128 I 327, c. 4.3.2, JdT 2003 I 309; DUBÉY, Droits I, N 372 ss. Les normes constitutionnelles et conventionnelles protégeant les droits fondamentaux sonnent parfois creux parce qu'elle se distinguent par leur densité normative fort restreinte, les faisant parfois s'apparenter à des principes juridiques plus qu'à des droits; leur imprécision est pareillement due aux collisions entre elles et nécessitent immanquablement à ce double égard une concrétisation par le juge, qui vient non seulement en donner la solution dans le cas d'espèce, mais aussi influencer indirectement voire directement l'ordre juridique dans son ensemble. D'où l'appellation par certains auteurs du domaine spécifique des droits fondamentaux de «royaume de l'indétermination», GONIN, Les droits de l'homme en pratique, 321 ss. Pour une casuistique sur les collisions entre droits fondamentaux, cf. SEILER, 450 ss. Cette indétermination est même intrinsèque à tout texte selon RICOEUR, 32.

¹²⁶ Paul RICOEUR, *Le Juste I*, Paris, Éditions Esprit, 1995, 10, cité par PAPAUX, Droit en situation, 28, 158.

¹²⁷ NIKISCH, 1: «*Das Arbeitsrecht als Teil der sozialen Ordnung*». Ce théoricien du droit du travail mérite d'être cité, ici et ailleurs, car il a considérablement contribué au développement de la doctrine allemande du droit du travail, qui a elle-même inspiré le droit suisse du travail et plus particulièrement la révision législative de 1967, MEIER, nbp 8.

¹²⁸ TSCHUDI, 383-398.

¹²⁹ Art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, cité ici *in extenso*: «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. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi». Sans quoi la liberté de l'autre serait inopérante, voire inexistante, comme le dit John Stuart MILL, 44 ss: «Les actes, de quelque sorte qui, sans juste motif, causent du tort aux autres, peuvent être – et dans les cas les plus importants doivent absolument être – contrôlés par les sentiments de désapprobation, et, quand cela est nécessaire, par l'ingérence active des hommes. La liberté de l'individu doit donc être très limitée».

nous semble cette maxime, illustration parfaite de la notion de liberté chez les Modernes, n'estompe en rien l'importance capitale du Droit qui opère des partages, la balance étant le symbole qui arrêtera la mesure des *titres* juridiques qui s'affrontent¹³⁰. Simplement, et c'est d'une importance fondamentale, la lentille des droits subjectifs modernes montre que ces derniers structurent des relations préexistantes par l'institutionnalisation de leurs positions juridiques prédéterminées dans des titres juridiques archétypiques (ici employeur-employé, là parent-enfant, créancier-débiteur, bailleur-locataire, etc.), en se focalisant sur les parties au point d'omettre totalement la relation qui les sous-tend, et ce faisant perçoit les termes de la relation comme un droit à ne pas souffrir d'une atteinte par autrui au lieu de favoriser la communauté et les obligations positives les rassemblant sous la même bannière¹³¹.

En effet, après avoir esquissé plus haut quelques linéaments de la généalogie des droits de l'homme, il convient de souligner que le tour de force de la Modernité est d'avoir non seulement consacré l'Homme comme être moral porteur de *droits* (*Rights; iura*), en fondant le droit naturel sur le *droit subjectif*¹³², mais d'avoir du même coup fait disparaître l'intersubjectivité du *Droit* (*Law; Lex*)¹³³. Il en est résulté une compréhension du droit procédant de droits individuels, évoluant en dehors de toute hétéronomie. Le contrat social fondé sur la prémisse d'une autonomie individuelle et rationnelle est devenue la clé de lecture de la société moderne.

L'esprit du droit s'en trouve profondément affecté: il est passé de la relation aux pôles. Chaque sujet est le foyer d'un faisceau de pouvoirs de faire ceci ou cela, les individus étant juxtaposés les uns aux autres, dans un paradigme de négociation entre pouvoirs individuels illimités, chacun acceptant de limiter son pouvoir infini (sans fin) en échange d'une limitation équivalente chez le cocontractant, sans inclination naturelle vers un quelconque bien commun, et non plus reliés entre eux au sein de la Cité¹³⁴.

¹³⁰ En invoquant un droit, la personne se masque derrière lui (personne, qui vient du latin *persona*, signifie précisément le masque). À partir de cet instant, nous interagissons comme des instantiations de titres juridiques attribués par le droit («employeur» ou «employé», «bailleur» ou «locataire») et la relation en question, désormais considérée exclusivement à travers la lentille juridique, devient distante et froide, SOMEK, 7.

¹³¹ NEDELSKY, 175.

¹³² L'expression «droit subjectif» est construite sur le latin *subjectum*, le sujet, soit l'individu dans nos démocraties libérales, à savoir structurées par le principe «tout ce qui n'est pas interdit est permis», et désigne la «prérogative individuelle accordé aux personnes par le Droit [objectif, qui vise le système dans son ensemble]», FABRE-MAGNAN, Introduction, 5. Dans une perspective de droit positif, si l'on s'en réfère à la définition communément admise de LE ROY/SCHOENENBERGER, 27 s., il s'agit de «la faculté appartenant à un sujet de droit, c'est-à-dire une personne physique ou morale de faire ou d'exiger quelque chose ou d'être obligée à quelque chose en vertu d'une règle de droit objectif».

¹³³ Yves Charles ZARKA, «L'invention du sujet de droit», *Archives de Philosophie* 1997 (60) 531-550.

¹³⁴ TUORI, 188 s.

Cette conception moderne des droits subjectifs a pu contribuer, comme nous allons le voir, à une certaine *dépolitisation* progressive du droit¹³⁵ et a été critiquée pour son inaptitude à embrasser la nouvelle réalité sociale des entreprises (*corporate actors*)¹³⁶. Pour résoudre ce qui s'apparente aujourd'hui à une bataille de droits subjectifs (*rights*), une approche plus relationnelle du droit aurait l'avantage de réinsuffler du bien commun dans les rapports de travail¹³⁷.

Envoi vers notre thèse

Toute la difficulté réside alors dans l'établissement d'une *coexistence pacifique* entre d'une part des croyances, variant d'un individu à l'autre, impliquant des rites et dogmes auxquels le croyant se doit parfois impérativement d'obéir, la transgression de celles-ci relevant du *péché* ou du *tabou*, et d'autre part des normes démocratiquement votées auxquelles tout un chacun, quelles que fussent ses convictions, doit faire siennes, bon gré mal gré, ce qui revient parfois à chercher la quadrature du cercle¹³⁸. Que l'on songe à l'obligation de considérer à part des autres jours le dimanche, en tant que jour du Seigneur, qui ne concerne que les personnes de confession chrétienne. Toute personne non convaincue par cette religion pensera ce qu'elle voudra du dimanche, y déploiera les activités qui lui plaisent, sauf travailler, la loi consacrant l'interdiction du travail dominical (cf. art. 18 LTr). Cette interdiction, d'origine chrétienne, s'adresse à *tout* employeur, chrétien ou non. Par là s'esquisse l'un des traits fondamentaux du droit: la règle de droit s'impose à *tous*, indépendamment de la qualité religieuse du destinataire, où la caractéristique de l'*obligation générale* est reconnue comme constitutive du droit¹³⁹.

¹³⁵ SUPIOT, *Homo juridicus*, 27 s.

¹³⁶ Gunther TEUBNER, «Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the «Essence» of the Legal Person», *The American Journal of Comparative Law* 1988 130-155. Sur la tendance à accorder la titularité de la liberté de religion aux entreprises commerciales, cf. *infra* Chap. 2, III, B, 3.

¹³⁷ Comme l'a dit WORMS, «Les droits de l'homme peuvent cesser d'être absolus sans cesser d'être humains. On pourrait même dire que c'est en devenant relatifs qu'ils prennent toute leur portée», 47. En cens, les droits de l'homme sont doublement relatifs, car ils concernent le champ du rapport de l'homme à soi *et* aux autres.

¹³⁸ Ce dilemme est expressément évoqué par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 27 septembre 1996, C 145/94, c. 3.b, à propos d'une femme brahmane sans emploi se voyant obligée dans le cadre légal d'accepter un emploi dans un restaurant qui cuisine des restes de viande et de poisson, des aliments entrant en confrontation directe avec ses croyances religieuses qui lui interdisent de toucher ces détritrus: «Bei der ihr zugewiesenen Arbeit bleibt der Beschwerdeführerin keine andere Wahl, als entweder einem staatlichen oder religiösen Gebot zuwiderzuhandeln, so dass sich für sie ein erheblicher Gewissenskonflikt ergibt».

¹³⁹ PAPAUX/CERUTTI, vol. I, 107.

Or notre séjour de recherche au Canada nous montrera que le droit canadien – et des États-Unis – se conçoit tout différemment en vertu de la doctrine de l’accommodement raisonnable qui adapte dans certaines situations la règle de droit aux singularités religieuses de ses destinataires dans le but de parvenir à une démocratie «réelle». Là où certains préconisent justement de consacrer cette théorie en droit suisse et européen, d’autres y voient une avancée à pas de loups d’une individualisation encore plus exacerbée du droit du travail, qui risquerait à son tour de favoriser le communautarisme religieux au travail et un effritement ultime du «travailler ensemble». En tout état de cause, l’introduction des accommodements raisonnables en matière de religion rebattrait totalement les cartes dans le débat sur la licéité des politiques de neutralité religieuse dans les entreprises privées, qui visent au contraire à renvoyer toute manifestation religieuse en dehors de la sphère du travail¹⁴⁰.

Cette coexistence entre règles juridiques, applicables à tous indistinctement, et règles religieuses, applicables aux seuls destinataires qui s’y estiment liés, est d’autant plus difficile qu’il n’existe pas de modèle unique de coexistence, celui-ci se formant à partir des particularités culturelles et historiques propres à chaque société¹⁴¹.

Les considérations qui précèdent sont à replacer dans la toile de fond juridique que constitue l’irradiation récente des droits fondamentaux dans toutes les sphères de la société, ce qui se traduit dans la sphère professionnelle comme l’émancipation du *sala-rié-individu* vers le *citoyen-sala-rié*, autrement dit le passage du salarié inséré dans le collectif de l’entreprise de titulaire de libertés qui se trouve par ailleurs salarié¹⁴², couplée à l’évolution parallèle de la liberté d’entreprise, de plus en plus reconnue comme digne de protection constitutionnelle¹⁴³. Dans cette veine, nous verrons si le but droit du travail contemporain d’«assurer à la femme et à l’homme au travail, aux salariés, le respect de leurs droits fondamentaux» est atteint¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Cf. *infra* Chap. 7.

¹⁴¹ GUICHARD, *passim*; SCHMIDT, 15.

¹⁴² RAY, *Travailleurs*, 4, parle même de «dérive anthropomorphique».

¹⁴³ LAIGNEAU/RAY/MATHIEU, 196.

¹⁴⁴ BADINTER, 6, qui formule ceci à l’art. 6 des principes essentiel dégagés: «La liberté du salarié de manifester ses convictions, y compris religieuses, ne peut connaître de restrictions que si elles sont justifiées par l’exercice d’autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l’entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché.»

Première partie :

**La religion et le travail saisis par le droit –
Introduction métajuridique dans une perspective
diachronique**

Chapitre 1: Travail dans la religion et religion au travail

Sous la loupe contemporaine, le travail et la religion paraissent bien éloignés l'un de l'autre. Ce que l'on appelle couramment le «travail» est une occupation purement temporelle et obéit à une logique productiviste, parfois mercantile, de prime abord bien éloigné des recherches et aspirations idéalistes relevant de la religion.

Le phénomène religieux est sans doute présent dans l'espace spatio-temporel du travail, mais il n'y apparaît pas le plus clair du temps, le ressort productiviste du travail se gardant de s'y intéresser et ignorant pour l'écrasante majorité des cas la confession du travailleur, au point que l'on serait tenter de résumer leur apparente interaction par la péricope suivante: «Discrétion des uns, distance des autres»¹⁴⁵.

Cette apparente distance instaurée entre le travail et la religion est d'autant plus observable dans un Occident en partie déchristianisé, ayant inscrit la séparation de l'Église et de l'État – à des degrés certes très divers – comme un principe fondateur de l'État de droit. C'est lorsque le choc – parfois brutal – surgit entre ces deux registres différents de la vie humaine et méritant une égale protection juridique que le droit droit s'efforce de concilier la liberté de tout croyant de pratiquer sa religion avec la nécessité de soumettre les collectivités du travail à des règles communes.

Se souvenir de la nature religieuse longtemps prêtée au travail peut aider à mieux comprendre et donc à mieux poser les questions du présent **(I)**. Ensuite, une fois ancré dans la Modernité, nous verrons comment nous sommes passés, en l'espace de quelques décennies, d'une *unité* à une *diversité* religieuse *et* juridique au travail **(II)**. Enfin, il nous paraît nécessaire d'explicitier les plus importants facteurs d'influence extrinsèque de la religion au travail que sont la *laïcité* et la *sécularité* **(III)**.

¹⁴⁵ SCIBERRAS, 72 s., confère à cette ignorance mutuelle volontaire un gage de protection au salarié.

I. De l'origine religieuse du travail à la religion du travail

Les relations du travail et de la religion n'ont jamais été simples, et leur histoire longue donne à voir, sous la permanence des mots qui les désignent, une multiplicité de significations qui se superposent plutôt qu'elles ne se confondent¹⁴⁶. Jusque naguère, le droit du travail s'est plutôt préoccupé de protéger le salarié contre l'employeur qui, dans une logique paternaliste tout héritée du christianisme social, voulait faire son salut¹⁴⁷. Certains employeurs voulaient alors imposer le respect de leurs convictions religieuses par les salariés hors les murs de l'entreprise¹⁴⁸. Aujourd'hui, ce qui fait principalement difficulté, ce n'est plus l'exportation de préceptes religieux hors de l'entreprise mais c'est au contraire leur importation par certains travailleurs.

Si l'on parle volontiers de nos jours d'incursion de la religion au travail, il faut en réalité s'interroger sur le sens de la causalité et prendre conscience qu'il y a une nature éminemment religieuse au travail dans nombre de cultures antiques (A), avant sa sécularisation progressive au Moyen Âge tardif, sans que celle-ci ne perde totalement sa dimension religieuse (B), avant que ne triomphe finalement une «Religion du travail» qui adviendra pleinement avec la Modernité (C).

A. Des racines profondément religieuses du travail dans l'Antiquité

Des recherches étymologiques ont montré que le concept de «travail» révèle autant l'idée de contrainte que celle d'émancipation¹⁴⁹. Autrement dit, il est la fois conçu comme nécessité de la nature humaine et comme violence faite à cette nature, voire comme son parachèvement¹⁵⁰, l'Homme se mettant lui-même au monde en s'affrontant: «Le travail fait l'esclave comme il fait le démiurge»¹⁵¹.

Aussi ne doit-on guère s'étonner que le travail ait pu être à la fois loué et méprisé. Dans le monde antique, bien que le mépris du «travail» semble être la chose la mieux partagée – puisque l'on compte parmi ses contempteurs les Thraces, les Scythes, les Perses, les Lydiens et les Grecs –¹⁵², ce mépris n'ôte en rien l'acte profondément religieux que constituait le travail dans nombre de cultures antiques (1). Ces liens étroits entre travail et religion demeurent plus aisément perceptibles à nos esprits occidentaux s'il est rappelé l'ambivalence du travail dans la tradition judéo-chrétienne (2)¹⁵³.

¹⁴⁶ SUPIOT, Religion au travail, 1033.

¹⁴⁷ GAUDU, Religion, 65; MAILLARD, 46.

¹⁴⁸ SUPIOT, Religion au travail, 1031 s., qui cite quelques grands cas ayant occupé les tribunaux français dans les années 1970.

¹⁴⁹ WITZIG, Droit du travail, N 112.

¹⁵⁰ AUROUX/WEIL, 479.

¹⁵¹ SUPIOT, Critique du droit du travail, 3.

¹⁵² HÉRODOTE, *Histoire*, livre II, cité par WITZIG, Droit du travail, N 113.

¹⁵³ SUPIOT, Religion au travail, 1035.

1. *Le travail dans la cosmogonie de la Grèce antique*

Il n'y a pour Hésiode qu'une chose qui ne mente pas, parce qu'elle implique l'acceptation de notre condition d'homme et notre soumission à l'ordre divin : c'est le travail. Le travail institue de nouvelles relations entre les dieux et les hommes. Les hommes renoncent à l'*hubris* : de leur côté les dieux assurent à ceux qui travaillent la richesse en «troupeaux et en or». Le travail prend ainsi valeur religieuse : «ceux qui travaillent deviennent mille fois plus chers aux immortels»¹⁵⁴.

Ainsi, aux commencements de l'humanité, tout travail est une prière¹⁵⁵. Selon Hésiode, le laboureur travaille la terre et y récupère les fruits par saisons : par cet acte à la fois éthique, agraire et religieux, il adresse une prière à Zeus et devient infiniment plus cher aux yeux des puissances divines¹⁵⁶. C'est dans ce contexte religieux que l'aspect d'effort, dans le travail *agricole*, prend une signification particulière : l'affrontement de la tâche imposée, l'occupation dure et tendue acquièrent valeur et prestige dans la mesure où ils établissent avec la divinité un rapport, une sorte de lien réciproque. Ainsi, dans l'Antiquité, l'homme, par l'effort du travail agricole, participe à un ordre supérieur, tout à la fois naturel et divin. Le labeur apparaît alors comme la contrepartie des exigences et de la justice divines comme mérite, et sa nature ne peut être dissociée de la religion ; ils s'y confondent tout au contraire¹⁵⁷.

Cette perception demeure vivante dans nombre de cultures africaines qui, en ce domaine, restent les plus proches de l'Antiquité grecque. C'est précisément en raison de sa nature religieuse que le travail de la terre y a conservé une noblesse qui fait défaut aux activités commerciales ou artisanales¹⁵⁸. Fondamentalement religieux demeure également le rapport au travail dans la civilisation indienne¹⁵⁹.

Dans la Grèce archaïque puis classique, les activités laborieuses (rassemblées sous le terme de *ponos*, activités pénibles, exigeant un effort et un contact avec les éléments matériels) ne seront méprisées non pas en elles-mêmes mais seulement lorsqu'elles seront exercées sous la servitude à autrui comme moyen de subsistance¹⁶⁰. C'est moins le travail en tant que tel qui est dédaigné que les personnes qui sont obligées de travailler pour vivre¹⁶¹.

¹⁵⁴ VERNANT, Mythe, 266 s.

¹⁵⁵ SUPLOT, Religion au travail, 1034, et textes cités. Sur le culte agraire sans intermédiaire divin, voir DURKHEIM, 14.

¹⁵⁶ HÉSIODE, 109-201.

¹⁵⁷ VERNANT, Mythe, 282 ; MIGEOTTE, 17 s.

¹⁵⁸ ZAHAN, 187 ss.

¹⁵⁹ SUPLOT, Religion au travail, 1035.

¹⁶⁰ MÉDA, Le travail, 9.

¹⁶¹ VEYNE, 120 s. ; WITZIG, Droit du travail, N 114.

Les Grecs conçurent initialement le droit positif de la *politeia* sur la base d'une séparation entre ceux qui travaillent au sens de ceux qui sont soumis aux subsistances, c'est-à-dire les esclaves, qui doivent renouveler leur subsistance par leur travail, et les nobles, qu'ils déchargent de cette nécessité au bénéfice de leurs existences ouvertes aux consistances¹⁶². Le droit était de ce point de vue structurellement séparé de la sphère économique, constituant la sphère politique, avant que cette séparation ne fût remise en question avec la Réforme et plus généralement la montée de la bourgeoisie.

Le dédain pour les arts mécaniques sera repris par l'Empire romain, et jusqu'à la fin du Moyen Âge; la contrainte qu'imposait le travail en vue d'assurer sa subsistance était stigmatisée, empêchant l'homme d'accéder aux «arts libéraux» (la politique en premier lieu): «Le dédain de la valeur travail était dédain social des travailleurs»¹⁶³.

2. *Le travail dans la Bible*

Comment alors le concilier ce dédain et cette absence avec ce qui est généralement dit de la pensée chrétienne qui aurait fait du travail à la fois un acte divin (la création serait un travail puisque «Dieu se reposa le septième jour»¹⁶⁴) et un acte profondément humain puisque l'on a coutume de traduire ainsi la punition divine lorsque Dieu chasse Adam et Ève du Paradis: «Tu travailleras à la sueur de ton front»?

Nous devons nous déprendre des traductions successives qui ont été faites de ces textes et de leur réinterprétation tardive à l'aide de catégories modernes; il faut comprendre les textes strictement: la condamnation divine d'Adam est ainsi formulée: «Le sol sera maudit à cause de toi. C'est à force de peine que tu en tireras ta nourriture tous les jours de ta vie»¹⁶⁵. On note ainsi généralement que seule la terre est maudite, pas Adam, même si se crée une forme de solidarité entre l'homme et sa peine¹⁶⁶.

¹⁶² STIEGLER, *Société automatique*, 277, renvoyant à SUPLOT, qui a montré comment le travail est devenu, à partir de la Déclaration de Philadelphie, une notion centrale du droit social et comment le droit social devenait ainsi lui-même un «régime de droit» politique intégrant la sphère économique, *L'esprit de Philadelphie*, 20. ARISTOTE, *Politiques*, Livre I, chap 2, § 4, par exemple, justifiait le recours au travail subordonné notamment par une science propre au maître, qui, pour accomplir son œuvre, doit mettre en mouvement les instruments de production, dont font partie non seulement des choses inanimées mais aussi des êtres vivants: «Si les navettes tissaient toutes seules, si l'archet jouait tout seul de la cithare, les entrepreneurs se passeraient d'ouvriers, et les maîtres, d'esclaves».

¹⁶³ VEYNE, 121.

¹⁶⁴ L'idée que Dieu aurait pu «travailler» pendant six jours pour se reposer le septième n'est aucunement conforme aux représentations philosophiques de ces diverses époques. Ce n'est qu'au XIX^e siècle que l'on pourra envisager la possibilité d'un Dieu «travaillant» à la création du monde. L'analyse du texte met d'ailleurs bien en évidence que Dieu n'agit pas mais ordonne aux éléments de se mettre en place: «Dieu dit ... et cela fut fait ainsi», MÉDA, *Le travail*, 11 s.

¹⁶⁵ Genèse, 3, 17-19.

¹⁶⁶ COLLANGE, 21.

Saint Augustin, au V^e siècle, enjoignait dans son traité – *Du travail des moines (De opere monachorum)* – aux prêtres de se conformer à la fameuse péricope de saint Paul: «qui ne travaille pas ne mange pas»¹⁶⁷. Le moine ne doit pas s'exempter de la commune condition des hommes en refusant le labeur du travail – manuel et intellectuel. Loin du poncif plus ou moins récent considérant le travail dans la Bible comme pure et simple malédiction consécutive au péché originel, saint Augustin cite ce fameux passage sans le dramatiser, y voit un moyen pour les hommes de se faire à la condition commune et une occasion immanquable de louer Dieu¹⁶⁸.

En effet, la synthèse sous la forme de l'invention du travail comme punition divine est le résultat de réinterprétations successives. Il faudra des siècles pour que la Création de la Genèse puisse commencer à être réinterprétée dans le sens d'une œuvre et d'un travail divin, pour que le travail ne soit pas uniquement vu comme aliénant mais aussi comme une libération¹⁶⁹.

Se dessinent en fait alors deux visions opposées du rapport de l'homme avec le travail, tantôt vu comme une malédiction, tantôt comme une bénédiction: malédiction pour certains considérant que travailler est un châtement perpétuel à subir en paiement de la faute commise dans le jardin de la Création par Adam, salut pour ceux qui voient le travail comme un vecteur de rédemption, permettant à l'homme de se purifier du péché originel et de le replacer à sa juste place face à sa divinité, c'est-à-dire face à elle et non à ses pieds¹⁷⁰. Quant à la littérature talmudique, la dignité du travail apparaît constamment; l'homme a le devoir de travailler non seulement pour gagner sa vie, mais pour apporter sa quote-part au maintien de l'ordre social¹⁷¹.

B. La sécularisation progressive du travail au Moyen Âge

Cette conception augustinienne qui joint le travail à l'obéissance à la Loi divine mérite notre entière attention, car d'un côté elle va marquer une rupture avec l'Antiquité (1), de l'autre elle annonce la Modernité occidentale qui va le séculariser (2).

1. Le travail dans la tradition chrétienne occidentale

Pour les patriarches de l'Église, embrassant la conception augustinienne du monde, travailler c'est simplement se plier à la Loi divine, mais c'est une activité qui ne se confond plus avec la prière; elle s'y ajoute en complémentarité nécessaire. Il s'agit de

¹⁶⁷ Deuxième épître aux Thessaloniens 3.10; SALAMITO, 52.

¹⁶⁸ SALAMITO, 37 ss.

¹⁶⁹ Aldina DA SILVA, «La conception du travail dans la Bible et dans la tradition chrétienne occidentale», *Théologiques* 1995 (3) 89-104.

¹⁷⁰ BANON, 38.

¹⁷¹ COHEN, 340 s.

deux devoirs différents qui s'imposent aux hommes, où l'on est passé de «travailler c'est prier» (*Laborare orare est*) à «prier et travailler» (*ora et labora*)¹⁷².

Ora et labora – prie et travaille: ainsi est communément résumée la règle de saint Benoît¹⁷³, qui prescrit de partager également la vie monastique entre le travail et la prière. Dans sa dimension intérieure, cachée, le travail est la participation à l'œuvre créatrice de Dieu et aux souffrances du Christ. Concrètement, il permet le partage par les services rendus entre frères et sœurs et réalisant la communion; à ce titre, il ne peut être dissocié d'une vie pieuse menant vers le salut¹⁷⁴. La règle bénédictine, qui définissait une liturgie des heures pour associer l'*ora* et le *labora*, constitue au demeurant, selon Pierre Musso, la première forme de management dans le monastère, lui-même une première forme d'usine¹⁷⁵.

Le travail n'est cependant toujours pas valorisé: ce que nous appellerons plus tard travail n'est qu'une occupation, instrument privilégié de lutte contre la paresse et l'oïveté, voire les mauvaises tentations qui détournent de l'objet principal, la contemplation et la prière, en somme une pénitence. Voilà bien l'essentiel: tout au long du Moyen Âge vont s'opérer, lentement, les transformations qui amèneront le XVIII^e siècle à inventer non seulement, dans son unicité, la catégorie de travail mais aussi à reconnaître sa valeur. Saint Thomas développera l'idée d'utilité commune, rendant ainsi licites un certain nombre de tâches et de métiers, ainsi que leur rémunération¹⁷⁶.

En outre, dans le système de valeurs de la période médiévale, il n'y avait de «prise de conscience d'une situation [...] professionnelle qu'à travers une participation [...] à un univers religieux», ce qui impliquait de placer les relations corporatistes sous la tutelle d'un saint protecteur spécifique¹⁷⁷.

2. *Le travail dans la Réforme et sa sécularisation progressive*

Avec la Réforme, exercer un travail (manuel ou intellectuel) confère à la personne de la dignité et n'est humain que l'homme qui travaille dans la foi et l'obéissance¹⁷⁸. Mais le travail cesse progressivement d'être seulement le moyen de satisfaire des be-

¹⁷² Cette complémentarité deviendra dans la modernité séparation radicale, SUPIOT, *Religion au travail*, 1033 s.

¹⁷³ Règle de saint Benoît, chap. XLVIII, § 1: «La paresse est l'ennemie de l'âme. Aussi, à certains moments, les frères doivent être occupés à travailler de leurs mains. À d'autres moments, ils doivent être occupés à la lecture de la Parole de Dieu».

¹⁷⁴ Martine DE SAUTO, «Saint Benoît: une Règle, texte source», *La Croix*, 3 juin 2005.

¹⁷⁵ MUSSO, *Nouvelle révolution industrielle*, 11. Lire également Robert B. EKELUND, *et al.*, *Sacred Trust. The Medieval Church as an Economic Firm*, OUP, 1996.

¹⁷⁶ MÉDA, *Le travail*, 12 s.

¹⁷⁷ Jacques LE GOFF, *Pour un autre Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1977, cité par WITZIG, *Droit du travail*, N 30.

¹⁷⁸ Martin KÖRNER, «Travail», *Dictionnaire historique de la Suisse*, version du 2 mars 2015.

soins, pour devenir un but autonome, une réalisation de la foi dans le travail professionnel. L'on conçoit ainsi l'homme comme un être industrieux qui peut par le travail continuer l'œuvre de la Création¹⁷⁹.

Ce constat saisit dans sa rupture avec le mépris et la valeur dégradante accordés aux *arts mécaniques* dans l'Antiquité, qui amolissaient l'âme et qu'aucune religion ne savait¹⁸⁰. La religion chrétienne vint transmuier le travail en cheminement indispensable vers le salut divin: le travail n'avait pas encore de valeur en soi au début du Moyen Âge, l'*opus manuum* demeurant au-dessous de l'*opus Dei*, mais il va progressivement conduire vers Dieu¹⁸¹.

Ainsi surgit cet idéal du travail pour le travail, qui va caractériser le style de vie moderne et bourgeois, et qui se voit valorisé sous l'impulsion de Luther et surtout de Calvin, le dernier voyant le travail comme un service rendu à Dieu, conférant de la dignité à celui qui l'accomplit¹⁸². Les penseurs politiques du siècle des Lumières poursuivront cette approche, certains en maintenant son aspect religieux¹⁸³ d'autres, comme Rousseau, en la sécularisant¹⁸⁴.

C. Le triomphe moderne de la « Religion du travail »

Alors que, depuis l'Antiquité, il n'existait pas de conception unifiée du «travail», mais bien plutôt une diversité de tâches concrètes, diversement qualifiées et diversement réglementées¹⁸⁵, la logique initiée par la Modernité estompa la diversité des travaux humains, dont la variété se fondait désormais dans une même catégorie abstraite: les produits du travail, tous divers par leur usage, devinrent des marchandises toutes comparables entre elles¹⁸⁶. «Le travail est donc une marchandise que son possesseur, le salarié, vend au capital»¹⁸⁷; par cette réification du travail, le travail humain, quelle que fût sa réalité propre, devint ainsi un simple objet d'un rapproche d'échange, d'un point de vue juridique un contrat, comme une marchandise que l'argent peut acheter¹⁸⁸.

¹⁷⁹ RICHARD, Rapports, 205.

¹⁸⁰ Tantôt l'artisanat et le commerce, tantôt le commerce bien plus que l'artisanat; XÉNOPHON, IV, 2-3, VI, 4-6; HÉRODOTE, II, 164-167; PLATON, IX, 590c; MIGEOTTE, 14 ss.

¹⁸¹ Dorothee RIPPMANN, «Travail», *Dictionnaire historique de la Suisse*, version du 2 mars 2015.

¹⁸² WILLAIME, Réformes protestantes, 61 ss.

¹⁸³ Thomas JEFFERSON, 200: «Ceux qui travaillent la terre sont le peuple élu de Dieu [...] et il a fait de leurs poitrines le réceptacle privilégié de la vertu la plus concrète et la plus authentique».

¹⁸⁴ WITZIG, Droit du travail, N 116.

¹⁸⁵ SUPLOT, Notions, 2.

¹⁸⁶ SUPLOT, Nouveaux visages, *passim*.

¹⁸⁷ MARX, 199-229.

¹⁸⁸ JAMOULLE, 61.

Avec l'avènement de la Modernité, le travailleur n'est plus inscrit dans un ordre supérieur qui le transcende, mais dans un échange marchand de prestations et de biens. Pourtant, il ne perdra pas son caractère salutaire; simplement va-t-il constituer un salut terrestre et non plus céleste, tout en se mythifiant par une idéologie de rupture avec ce qu'il devait être et qu'il n'avait pas été jusqu'alors (1). Ce travail mythifié fera pleinement advenir le passage de l'État-Église à l'État-entreprise (la «Religion industrielle») (2), qui connaîtra son acmé avec la révolution techno-scientifique, toute emprunte de religiosité (3).

1. *Le mythe moderne du travail*

L'«invention du travail», qui signifie tout à la fois que l'article défini peut enfin être utilisé (*le* travail), que la catégorie trouve son unité et le concept sa compréhension, va s'opérer au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, avec la marchandisation du travail qui le rend mesurable, abstrait et homogène¹⁸⁹. Pothier, décrivant la catégorie des choses pouvant être louées, cite «les maisons, les fonds de terre, les meubles, les droits incorporels, et les services d'un homme libre». Max Weber expliquera que cette «révolution» des mentalités qui érige en objectif suprême des communautés humaines cette course indéfinie vers l'enrichissement individuel et collectif n'aurait pu exister sans la réinterprétation des textes bibliques qui consiste principalement en une valorisation des activités terrestres. Il est devenu légitime, à un moment donné, d'aménager rationnellement le monde, non pas parce que ce comportement entraînerait une récompense dans l'Au-delà mais bien plutôt parce qu'il manifeste en lui-même le signe de l'élection; et la condamnation qui pesait depuis des siècles sur la volonté d'enrichissement devint promue comme activité fondamentale par un bouleversement stupéfiant de l'ordre moral et idéologique¹⁹⁰.

Au XIX^e siècle, tous les textes, notamment allemands et français, philosophiques et politiques, se font l'écho d'une même transformation: le travail n'est plus seulement une peine, un sacrifice, mais d'abord une «liberté créatrice», celle par laquelle l'homme peut transformer le monde, l'aménager, le domestiquer. Dès les années 1820, Hegel écrit que «l'Esprit est dans le travail de sa propre transformation», théorisation de l'histoire divine et humaine comme un processus, avec un début et une fin, un développement chargé de sens et surtout comme celle d'un *anéantissement* de la nature. Goethe le dira en d'autres termes: la tâche qui incombe à l'homme est d'anéantir perpétuellement et sans relâche le naturel pour mettre de l'humain, du spirituel à la place¹⁹¹.

¹⁸⁹ Alors que dans l'Antiquité, le travail de l'homme libre n'était jamais envisagé que rapporté à son produit, c'est-à-dire comme objet concret; la *locatio operis faciendi* romaine avait pour objet non le travail, mais la chose travaillée, qui appartenait au propriétaire et absorbait en elle toute la valeur de l'activité, SUPLOT, Nouveaux visages, 13.

¹⁹⁰ MÉDA, Le travail, 13-17.

¹⁹¹ *Ibid.*, 17 s.

Le XIX^e siècle a construit – à l'époque même où se développaient des conditions de travail inhumaines et où fleurissent les discours sur le paupérisme – le mythe du travail épanouissant, en même temps qu'une véritable idéologie du travail. Il existe un malentendu à propos du concept moderne de travail qu'il convient de relever. Il consiste, à mesure que le concept de travail s'enrichit de nouvelles dimensions, à faire comme si le concept achevé, doté de toutes ses fonctions, préexistant à toute histoire avait été, à un moment donné, abîmé, entaché, défiguré. Tout se passe comme s'il y avait quelque part – dans un arrière-monde mythique – une idée du travail, que nous devrions désormais concrétiser et rendre à sa pureté. Il en va ainsi dans de multiples ouvrages qui décrivent le travail comme une sombre copie de ce qu'il était ou devrait être ou qui voient dans les époques antérieures des âges d'or par rapport auxquels se seraient produites d'incompréhensibles dérivés. Cet idéal du travail a bien, contrairement aux améliorations qui s'ancrent dans la réalité, la structure d'une illusion et est construit comme un contraire magnifié. Cette illusion s'est forgée au moment même où le travail devenait une valeur fondamentale, en même temps que le principal moyen de façonner le monde, ne pouvant alors échapper à son statut d'activité princeps¹⁹².

Nos sociétés occidentales modernes sont devenues, comme l'écrivait Habermas, des «sociétés fondées sur le travail», à l'orthogonalité de la conception antique du travail qui dédaignait la contrainte de subsistance que représentait le travail. Le travail est désormais au fondement de l'ordre social, il détermine largement la place des individus dans la société, et continue d'occuper une part essentielle dans la vie des individus¹⁹³.

Avec la Modernité, le travail est resté une valeur incontestablement essentielle dans nos sociétés¹⁹⁴, mais le capitalisme s'est débarrassé de la religion dans la valorisation du travail, n'ayant plus besoin de son soutien depuis qu'il repose sur une base mécanique¹⁹⁵. Il est désormais toujours considéré comme un accomplissement de soi, mais pour le salut terrestre et non plus le salut céleste. Cette sécularisation a simplement fait

¹⁹² *Ibid.*, 4 et 23.

¹⁹³ *Ibid.*, 3. Les enquêtes le montrent avec une constance à toute épreuve. Le travail contribue à forger les identités individuelles et collectives, constitue l'arène principale où faire montre de ses capacités et participer à la réalisation de soi, mais pas pour tout le monde. Ces mêmes études révèlent que près de la moitié des salariés voient dans le travail un simple moyen de subsistance et non un moyen de se réaliser, voir les nombreuses études citées in MÉDA, *Le travail*, 31 ss. En général, plus les conditions de travail sont indécentes (faible salaires, catégories socio-professionnelles des ouvriers et employés peu qualifiés), moins les salariés voient dans le travail un salut séculier, voir INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE), *Enquête Histoire de vie 2003*, 2006.

¹⁹⁴ En 1999, 55% des Européens (de l'UE) considéraient le travail comme «très important» et 34% le considéraient comme «important», RIFFAULT/TCHERNIA, 70.

¹⁹⁵ WILLAIME, *Réformes protestantes*, 82 s.

passer la conception du travail comme devoir séculier, comme vocation matérielle et personnelle de réussite¹⁹⁶. Travailler est devenu depuis la Révolution industrielle le devoir suprême de tous les peuples et pour toujours, sous peine d'être «condamné» au chômage¹⁹⁷. En cela, l'on peut parler du triomphe d'une «Religion du travail»¹⁹⁸.

2. La «Religion industrielle»: de l'État-Église à l'État-Entreprise

L'administration publique, dont le propre est de fournir un service public traditionnellement revêtu d'une charge symboliquement politique, s'est vue progressivement dépolitisée par les courants successifs de pensée managérialistes au cours du XX^e siècle qui, par l'acquisition de plus d'autonomie de gestion, ont créé de fait une certaine distanciation d'avec les autorités politiques¹⁹⁹. La poussée des références néolibérales et managériales dans l'univers des organisations publiques affaiblit la dimension institutionnelle et organisationnelle dans la construction identitaire et motivationnelle des agents publics et les incitent à se réfugier dans une logique de survie identitaire individuelle ou tout au plus microcollective²⁰⁰.

¹⁹⁶ C'est le tour de maître de l'entreprise néolibérale que d'avoir réussi à déplacer l'aiguillon de la faim, affect salarial *intrinsèque*, mais *triste*, d'abord à celui de la consommation – de biens et de services –, affect *joyeux* mais *extrinsèque*, à celui enfin de l'activité elle-même du travail, affect *intrinsèque* et qu'il fallait reconstruire imaginativement comme source de *joie immédiate*; le désir de l'engagement salarial ne doit plus être seulement le désir *médiat* des biens que le salaire permettra *par ailleurs* d'acquérir, mais le désir intrinsèque de l'activité pour elle-même, que l'on connaît par les expressions telles que le «travail heureux», «l'épanouissement» et, encore mieux, la «réalisation de soi» dans et par le travail, LORDON, 76.

¹⁹⁷ SUPIOT, Religion au travail, 1036; lire Max WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (trad. fr. Isabelle KALINOWSKI), Paris, Flammarion, 2000; WILLAIME, Le retour du religieux, 20 s., qui voit les indices d'une mutation profonde d'une seconde sécularisation du travail, se déroulant présentement, et tendant à remettre en cause l'idée même du travail comme vocation, qui déconnecte le travail de l'accomplissement de soi en ne considérant plus celui-ci comme la voie obligée pour réussir sa vie; le travail serait-il alors en voie de disparition? Lire à ce propos Dominique MÉDA, *Le travail: Une valeur en voie de disparition?*, Paris, Flammarion, 2010.

¹⁹⁸ SUPIOT, Religion au travail, 1036. Cette vision ascétique du travail est remise en cause par nombre d'intellectuels et d'universitaires. Une orientation réformiste consisterait à placer le travail, et non le Marché, au cœur de la politique et à reposer à nouveaux frais la question – soulevée par la Constitution de l'OIT en 1919 – d'un régime de travail réellement humain, SUPIOT, Critique du droit du travail, XV. Mentionnons à cet égard l'art. III let. b de la Déclaration de Philadelphie (1944) proclamant que le travail doit être pour ceux qui l'exercent «la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun.» Bernard STIELGER parlerait plutôt d'une «obsession de l'emploi», qui est en réalité la dénégation d'un processus tout opposé au véritable travail créateur, Emploi, 53.

¹⁹⁹ Gernod GRUENING, «Origin and theoretical basis of New Public Management», *International Public Management Journal* 2001 1-25. En Suisse, le constat est nuancé: SCHEDLER/EICHER, 369-385.

²⁰⁰ Marc UHALDE, «Crise de modernisation et dynamique des identités de métier dans les organisations», *La Revue de l'IRES* 2005 135-154.

De la même façon que la puissance politique avait soumis le champ théologico-religieux pour advenir à la souveraineté, la grande entreprise (ce que les Anglo-saxons appellent la *corporation*) a réussi à étendre sa sphère d'influence dans le champ politique pour y faire régner son hégémonie culturelle, fondée sur une techno-rationalité apolitique et entièrement tournée vers l'efficacité. Le poids ainsi accordé aux valeurs qui caractérisent la mission publique – telle que la neutralité religieuse de l'État – dépairit, puisque l'État s'aligne par un effet mécanique sur les références propres au secteur privé (*profit et rentabilité*)²⁰¹. Pour ce faire, il a fallu préalablement construire une vision du monde partagée excluant tout référent transcendant pour célébrer l'humanité créatrice et productrice. Ce processus, que Pierre Musso nomme «industrialisation», précède l'industrialisation. Il prend place à l'intérieur de la matrice chrétienne et pose les bases d'une religion séculière²⁰².

Ce phénomène de rationalisation de la ressource humaine s'observe également dans les entreprises de tendance jusque dans le parangon de celles-ci, l'Église, se transmuant en une entreprise au sens économique du terme, soit une unité économique combinant capitaux et main-d'œuvre salariée en vue de la production de services déterminés – spirituels en l'occurrence. Une vision aussi économique de l'office religieux «finit par réduire la mission du pasteur de l'Église à une fonction purement administrative ou d'organisation dans l'«entreprise de l'évangélisation», disait le pape François²⁰³.

Ce courant a d'ailleurs contaminé la justice elle-même, garante ultime de la paix sociale, qui se voit affectée par cette antienne de rationalité économique, devenant une «entreprise» d'un type très particulier²⁰⁴, et qui rapproche en ce sens sa mission juridictionnelle de dire le droit (*jurisdictio*) – sa finalité essentielle – de son activité administrative d'intendance (gestion des moyens, soit personnel, les biens mobiliers et immobiliers)²⁰⁵ – ses moyens accidentels pour y parvenir. L'objectif de performance ne doit pas faire confondre justice efficace et justice de qualité, la première étant louable et quantitative, la seconde impérieuse et qualitative²⁰⁶. Ce phénomène est à rapprocher

²⁰¹ PASSET, *passim*.

²⁰² Pierre MUSSO, «Et l'industrie naquit dans les monastères», *Le Monde diplomatique*, juillet 2017, ainsi que *La Religion industrielle. Monastère, Manufacture, Usine. Une généalogie de l'entreprise*, Paris, Fayard, 2017.

²⁰³ *Lettre du pape François aux évêques des États-Unis réunis à Chicago à l'occasion des exercices spirituels (séminaire de Mundelein, 2-8 janvier 2019)*, Cité du Vatican, le 1^{er} janvier 2019, qui blasonne la réponse apportée aux abus dans l'Église par l'amélioration des organigrammes de travail «comme si nous étions les chefs d'une agence de ressources humaines [*sic*]».

²⁰⁴ POLTIER, *Ordre judiciaire*, 1019.

²⁰⁵ La doctrine germanophone parle à ce propos de *Justizverwaltung* (à propos du TF, lire WURZBURGER, *Commentaire LTF*, art. 13 N 8 ss).

²⁰⁶ Voir à ce sujet PAYCHÈRE, spéc. N21-23. La dotation par les tribunaux d'un état-major chargé du management qui a pour mission le *bon fonctionnement* notamment dans la gestion du personnel des tribunaux ne doit en ce sens revêtir qu'un rôle d'appui, au risque sinon d'oblitérer la fonction spécifique des magistrats, qui sont certes des employés de l'État, mais

de ce que certains auteurs appellent la «désétatisation de la société» comme critère de «déstructuration» du droit administratif²⁰⁷.

Cette dérivation – dévoiement diraient d’aucuns – est pertinente en tant qu’elle gomme subrepticement certaines différences, pourtant fondamentales dans notre imaginaire culturel, qui distinguent l’État, l’Église et l’Entreprise, dans leurs représentations respectives de leur stature et des moyens qu’ils se donnent pour accomplir leur finalité propre. Dorénavant, l’État, l’Église et l’Entreprise gèrent une «masse salariale» et subordonnent des travailleurs; tous trois sont dorénavant et incontestablement subsumés sous la catégorie d’«employeur» et doivent composer avec l’acquisition de ce statut juridique.

3. *La révolution technologique empreinte de religiosité*

Enfin, avec la «révolution»²⁰⁸ numérique s’opère également une révolution politique et sociale, qui transforme de nouveau la valeur et le concept de travail. Avec la transmission instantanée d’informations devenant la clé de voûte de tout le système – rendue possible par le *big data* –, la capacité analytique à segmenter, hiérarchiser et décomplexifier sera supplantée dorénavant par la capacité de résolution de problèmes en temps réel, l’aptitude à faire converger les savoir-faire de différents métiers, et à coupler les dimensions réelles et virtuelles. Du point de vue du travail se profile alors le passage d’un management vertical et centralisé à une structure en réseaux, ouverte et ressemblant davantage à un essaim qu’à une pyramide²⁰⁹.

Surtout, à l’instar de nombreuses révolutions ayant affecté le travail humain, ce bouleversement techno-scientifique est emprunte d’une certaine *religiosité*. L’idée sous-jacente des «technologies convergentes», qui ressort du fameux rapport NBIC (sigle anglais

accomplissant une tâche *auguste*. Cette hypothèse a été confirmée par les résultats du projet de recherche «Fondements d’un bon management de la justice en Suisse», synthétisées in LIENHARD/KETTIGER, N 341. «Or, voici que l’économie, par son avatar managérial, prétend non plus infléchir le droit, mais le supplanter. Le management est une alternative à la procédure», admoneste MARTENS, *Management*, 108. Lire encore Jean-Michel DUMAY, «Une justice au bord de l’implosion», *Le Monde diplomatique*, juin 2022, qui décrit une perte de sacré dans la fonction de rendre la justice à cause de la rationalisation de l’activité judiciaire.

²⁰⁷ Jean-Bernard AUBY, «La bataille de San Romano – Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif», *AJDA* 2001 912-926. Cette évolution est également à l’œuvre en droit administratif suisse, selon POLTIER, *Évolution*, 251-258.

²⁰⁸ Le terme «révolution» est sujet à caution, certains n’y voyant qu’une évolution. Nous l’utilisons par commodité de langage.

²⁰⁹ Dorothee KOHLER/Jean-Daniel WEISZ, «Industrie 4.0, une révolution industrielle et sociétale», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail. Une approche multidisciplinaire*, Genève/Zurich, Schulthess, 2019, 21-43, 38-40, qui ajoutent que la décentralisation de la production touchera de plein fouet l’organisation collective du travail, la mise en place d’ateliers plus petits, maillés par une infrastructure logistique spécialisée, réduisant vraisemblablement le nombre de travailleurs par centre de production à l’avenir.

pour nanotechnologies, biotechnologies, technologies de l'information et sciences cognitives)²¹⁰ est qu'il n'y a pas de technique sans religiosité²¹¹. Derrière le grand récit de cette convergence technologique se révélerait à dire vrai une actualisation du mythe cosmogonique et transparaîtrait le défi démiurgique que l'homme est invité à relever, devenant lui-même l'acteur d'une nouvelle religion, la *religion de la technologie*²¹².

II. De l'unité à la diversité religieuse et juridique au travail

Au sein de cette Modernité désormais établie et prétendument expurgée – de tout référent religieux –, l'on constate pourtant depuis quelques décennies une puissante résurgence du « religieux » – et non de la religion²¹³ – dans la sphère publique, et par extension dans la sphère professionnelle, lieu de sociabilité et d'interactions collectives par excellence. La scission ne serait-elle pas vraiment consommée entre travail et religion ?

L'évolution récente d'une augmentation du phénomène religieux au travail et d'une progression corollaire de la discrimination religieuse dans toute l'Europe peut s'expliquer par plusieurs facteurs : un phénomène démographique, sociopolitique et culturel incontesté d'hétérogénéisation religieuse des sociétés occidentales contemporaines (A), qui trouve son pendant en droit (d'aucuns ont évoqué un « polythéisme des valeurs ») (B), qui concourent ensemble vers une démocratie *dialogique* pour répondre au défi des minorités (C).

A. Un pluralisme religieux contemporain affermi et individualisé

L'on constate en Europe une augmentation progressive du phénomène religieux dans le monde du travail depuis quelques décennies²¹⁴. De nombreux rapports et études constatent une aggravation de la discrimination au travail liée à la religion, et ce dans de nombreux pays au monde, due à une hétérogénéisation religieuse croissante des sociétés occidentales contemporaines et au climat géopolitique ambiant (1), qui se mani-

²¹⁰ Mihail C. ROCO/William S. BRAINBRIDGE (édit.), *Converging Technologies for Improving Human Performance – Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2003. Le second coéditeur de ce rapport produit par la National Science Foundation est justement un sociologue des religions.

²¹¹ MUSSO, Nouvelle révolution industrielle, 6.

²¹² Stéphanie CHIFFLET, *Le récit de la convergence NBIC : vers une nouvelle cosmogonie ?*, Université Stendhal Grenoble 3, 2008.

²¹³ Ce retour procède davantage d'une adaptation de la croyance aux conditions modernes de la vie sociale et personnelle qu'il nous ramène à la structuration religieuse de l'établissement humain, comme le dit GAUCHET, *Religion*, 38.

²¹⁴ HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *Expression religieuse et laïcité dans l'entreprise*, Avis du 1^{er} septembre 2011, 6 s. La presse s'en fait régulièrement l'écho : Alexia EYCHENNE, « La religion ne s'arrête plus aux portes des entreprises », *L'Express*, 21 avril 2015 ; Lieven SAMUEL, « Le fait religieux monte en puissance dans l'entreprise », *La Croix*, 12 novembre 2017.

festes notamment par de la discrimination entre collègues et de supérieurs envers des subordonnés membres de religions minoritaires (2)²¹⁵. Nous verrons enfin dans quelle mesure l'individualisation et la pluralisation du croire affectent la problématique de la religion au travail (3).

1. *Hétérogénéisation religieuse des sociétés occidentales contemporaines*

Des facteurs démographiques et géopolitiques expliquent en premier lieu l'hétérogénéisation religieuses de nos sociétés occidentales: de nouvelles religions sont apparues en Europe dues à des mouvements de migration de pays non-chrétiens à partir du début de la seconde moitié du XX^e siècle, avec des éléments d'identification religieuse et culturelle différents, obligeant à reconsidérer les termes du (bien) vivre ensemble²¹⁶, donc du (*bien*) travailler ensemble, plus fragiles aujourd'hui qu'ils ne le furent jadis²¹⁷.

Ces mouvements de migration sont corrélés au recul inverse et continu des religions traditionnellement présentes en Suisse²¹⁸. De ce fait, les frictions et conflits survenant entre les institutions religieuses et politiques se sont logiquement déplacées: les articles d'exception qui émaillent chaque Constitution fédérale en sont une bonne illustration: ils ne visent plus le clergé catholique, mais l'islam en tant que religion nouvellement présente dans le paysage helvétique²¹⁹.

²¹⁵ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *L'heure de l'égalité au travail, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, 2003, Rapport I (B), N 100 ss. En Suisse en 2019, 35% des personnes de confession musulmane rapportent avoir été victimes d'une discrimination fondée sur la religion, OFS, 28 s.

²¹⁶ Le «bien» du syntagme «bien vivre ensemble» traduit, pour les Anciens, une conception de coexistence dans laquelle l'individu n'a sa place qu'en tant que citoyen, la cité se déployant comme le lieu où le citoyen est le plus lui-même en tant que la présence de l'Autre est constitutive de sa propre identité. Dans la modernité, l'articulation des individus entre eux relève de l'ordre de la *juxtaposition*, ceux-ci se concevant comme des monades, complets en eux-mêmes, simples atomes sociétaux du point de vue du collectif. Voir PAPAUX, *Droit en situation*, 51 et 95, qui s'appuie sur la conception aristotélicienne de l'homme comme animal politique (*zoon politikon*).

²¹⁷ Philippe WANNER, «Intégration professionnelle des populations d'origine et de nationalité étrangère en Suisse», *Revue européenne des migrations internationales* 2004 (20) 33-45.

²¹⁸ HAFNER, *Religionsverfassung*, N 1.

²¹⁹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 6. Comp. l'art. 58 aCst. 1848 qui interdisait l'ordre des jésuites sur le territoire suisse, interdiction maintenue (art. 51 aCst. 1874) et étendue à tous les nouveaux couvents et ordre religieux en 1874 (art. 52 aCst. 1874), ainsi que l'ancien art. 72 al. 3 Cst. qui interdisait à l'Église catholique romaine de construire des évêchés sans l'approbation de la Confédération, abrogé par le constituant en 2001 avant que l'alinéa laissé pour vide ne fût comblé en 2009 par l'interdiction cette fois-ci de construire des minarets. Sur la notion d'articles d'exception ou articles confessionnels, voir Marco JORIO, «Articles d'exception», *Dictionnaire historique de la Suisse*, version du 28 juillet 2008.

La Suisse s'inscrit naturellement dans cette tendance observable sur tout le continent, et connaît aujourd'hui une diversité confessionnelle s'étendant largement au-delà des religions historiques catholique et protestante²²⁰. Ces quarante dernières années ont vu le paysage religieux suisse profondément se modifier: si l'on s'en réfère aux statistiques de l'Office fédéral de la statistique quant aux croyances religieuses de la population suisse résidente âgée de quinze ans ou plus pour l'année 2020 et leur évolution récente (période 1970-2020)²²¹, la part des catholiques romains a connu une nette baisse (33,8%, - 12,9%) ainsi que celle des évangéliques réformés (protestants) (21,8%, - 27%) au profit de l'islam (5,4%, + 5,2%) mais surtout des personnes sans confession religieuse, englobant dans les statistiques de l'OFS tant les agnostiques, les déistes que les athées²²² qui représentent au total 31% (+ 29,7%) de la population. La part des autres communautés chrétiennes, comprenant principalement les églises orthodoxes, représente 5,6% de la population suisse. La population juive représente quant à elle 0,2% de la population et, enfin, 1,2% de la population appartient aux autres communautés religieuses (bouddhisme et hindouisme principalement).

Plus en lien avec notre domaine de recherche, la vie professionnelle est un domaine de la vie quotidienne pour lequel seuls 21% de la population suisse accordent de l'importance à la religion, ce qui démontre que le monde du travail n'est de loin pas celui qui intègre le plus de références religieuses, même si près d'un quart de la population y accorde tout de même une espèce d'importance²²³.

Quand on pense que la majorité de la population passe un temps considérable au travail au cours d'une vie, il est légitime de s'intéresser à la façon dont la liberté religieuse s'y exerce. Même si le temps passé au travail dans une vie humaine serait en constante diminution²²⁴, le travail s'est à l'inverse «densifié», la démarcation entre le temps consacré à la vie professionnelle et à la vie privée ayant été perméabilisée encore plus par la révolution numérique²²⁵, complexifiant d'autant la problématique

²²⁰ Consulter les deux excellentes cartographies de l'étonnante diversité religieuse présente dans les cantons de Vaud et Genève, Eva MARZI, *CREDO. Une cartographie de la diversité religieuse vaudoise*, Lausanne, Éditions Antipodes, 2020 respectivement CENTRE INTERCANTONAL D'INFORMATION SUR LES CROYANCES (CIC), *D'église en ashram. Cartographie de la diversité religieuse à Genève*, Genève, CIC, 2014.

²²¹ OFS, 5 ss.

²²² Cette catégorie est en réalité plus hétéroclite qu'il n'y paraît et peut comporter tant des «simples indifférents sans option convictionnelle identifiable» que des «humanistes séculiers» qui militent pour une sécularisation de la société, en conséquence de quoi ils sont susceptibles de porter un regard différent sur la religion dans l'espace public et au travail, WILLAIME, *Le retour du religieux*, 45 s.

²²³ OFS, 22.

²²⁴ Véronique RADIER, «Nous ne passons plus que 12% de notre vie au travail», *L'Obs*, 27 octobre 2013.

²²⁵ ADAM, *Vie personnelle/vie professionnelle*, 431-444; WYLER/HEINZER, 430; cf. *infra* Chap. 5, III, A, 2.

d'«importation» au travail par le travailleur de ses croyances et pratiques religieuses et d'«exportation» par l'employeur dans la vie personnelle de ses employés leurs obligations professionnelles.

Il ressort enfin de l'enquête de l'OFS que croyances religieuses et pratiques religieuses ne sont pas corrélées: les chrétiens évangéliques accordent de façon générale beaucoup plus d'importance à la religion dans la pratique quotidienne, alors que les catholiques, les protestants et les musulmans s'en détachent plus largement²²⁶. De prime abord, ce constat insinue que dans le domaine professionnel également, l'attachement aux pratiques religieuses variera d'une religion à l'autre et surtout, au sein même d'une confession, d'un croyant à l'autre, d'autant plus que les références culturelles et historiques des individus peuvent être extrêmement diverses, fussent-ils membres d'une même religion. Mais qu'en est-il spécifiquement de la pratique religieuse au travail?

2. *Quantification et qualification du «fait» religieux au travail*

Il est certes difficile de quantifier le fait religieux dans le monde du travail, mais une étude menée chaque année en France par l'Institut Montaigne donne des indications précieuses sur l'évolution récente du fait religieux dans les entreprises du secteur privé: la part des personnes régulièrement ou occasionnellement confrontées à des faits religieux dans leur situation de travail n'a cessé d'augmenter ces dernières années, pour se stabiliser à environ deux tiers des travailleurs interrogés²²⁷. Les cas conflictuels restent largement minoritaires, mais les cas nécessitant une intervention managériale ou causant un «dysfonctionnement» sont en hausse constante²²⁸.

L'étude qualifie les faits religieux en deux catégories: les faits fréquents (demandes d'absence et d'aménagement du temps de travail, port de signes religieux et prières durant les temps de pause), qui ne remettent pas en cause l'organisation du travail et son fonctionnement et appellent une réponse managériale «classique»; et les faits les moins fréquents (refus de travailler avec des femmes ou des personnes qui ne sont pas coreligionnaires, prosélytisme, prières durant le temps de travail et refus d'exécuter certaines tâches) qui remettent en cause l'organisation du travail ou les relations professionnelles, qui appellent une réponse managériale spécifique et relevant davantage du registre disciplinaire²²⁹.

²²⁶ OFS, 12-14.

²²⁷ INSTITUT MONTAIGNE/HONORÉ, 12.

²²⁸ *Ibid.*, 51 ss.

²²⁹ *Ibid.*, 16 ss. D'autres classifications du fait religieux se retrouvent dans la littérature: une auteure propose par exemple de distinguer les demandes religieuses qui s'expriment par la seule action de celui qui en fait le choix, telles que le port de signes religieux, et celles qui supposent une action positive de l'employeur, telles que l'autorisation d'absences spéciales pour cause de fêtes religieuses ou la mise à disposition de salles de prière ou de repas adaptés aux diverses prescriptions religieuses (BRICE-DELAJOUX, 60).

L'étude de l'Institut Montaigne a aussi classé la typologie des faits religieux dans une optique quantitative et l'on constate que les demandes d'absence et d'aménagement du temps de travail sont les faits les plus courants, suivis des signes religieux puis par les attitudes négatives par rapport aux femmes (refus de travailler avec ou sous les ordres d'une femme, refus de serrer la main d'une femme)²³⁰.

Certains faits sont propres à une religion (les refus de travailler avec des femmes observés relèvent quasi exclusivement de l'islam) tandis que d'autres sont communs à plusieurs d'entre elles (port de signes religieux) et leur fréquence divergent aussi d'une religion à l'autre²³¹. L'islam est majoritaire mais le catholicisme, le judaïsme et les cultes évangéliques ont des places non-anecdotiques²³². On peut encore noter que certains secteurs sont plus concernés que d'autres : l'industrie, le transport et la logistique, et le bâtiment ont une part significative des situations marquées par le fait religieux tandis qu'à l'inverse la communication et le tourisme sont les secteurs les moins représentés²³³. Quant au profil des salariés qui expriment leur religiosité au travail, les comportements les plus problématiques sont le fait d'hommes relativement jeunes et d'un niveau socio-professionnel relativement peu élevé²³⁴.

De plus, la grande majorité des travailleurs ne voient aucun problème à ce que les salariés religieux prient pendant leur temps de pause, du moment que cela est fait individuellement, que l'on discute de religion au travail et trouvent légitime que les salariés demandent des congés pour participer à des cérémonies et fêtes religieuses²³⁵.

Il n'existe pas à ce jour d'études de ce genre en Suisse. Même si ces études ont été effectuées en France et que la composition religieuse, la situation sociale, la culture du travail et le droit sont différents en Suisse, l'on se rend compte que la majorité des cas ne posent pas de problème et peuvent se régler consensuellement si les parties se montrent tolérantes et font preuve de *bon sens*²³⁶, ce qui s'avère vérifiable par le faible nombre des cas qui font l'objet d'une décision judiciaire en Suisse relativement aux faits religieux qui ont réellement cours dans la pratique quotidienne du travail.

3. *Individualisation et pluralisation de la religion*

Si la religion au travail ne fut jusqu'à peu qu'un épiphénomène presque imperceptible dans les chroniques judiciaires, c'est que notre droit du travail s'est constitué autour

²³⁰ *Ibid.*, 12.

²³¹ *Ibid.*, 30 s.

²³² *Ibid.*, 29 s.

²³³ *Ibid.*, 33.

²³⁴ *Ibid.*, 34.

²³⁵ *Ibid.*, 46 s. ; CRÉPIN, 696.

²³⁶ Le « bon sens », notion courante que l'on peut rapprocher de celle plus juridique de la « bonne foi », principe juridique applicable dans tout rapport de travail et devant orienter les parties dans leur attitude envers le cocontractant.

de la religion chrétienne, religion dominante en Europe et surtout Religion du territoire qui primait sans conteste toute religion «privée»²³⁷.

L'enracinement chrétien de nos ordres juridiques a naturellement formé ceux-ci dans un environnement ayant comme point référentiel le christianisme – influence patente en droit des succession, en droit de la famille mais aussi en droit du travail²³⁸: en témoignent la semaine de travail telle que nous la connaissons avec le jour de repos dominical (*cf.* art. 18) et les jours fériés cantonaux qui sont pour leur grande majorité des fêtes chrétiennes (*cf.* art. 20a LTr)²³⁹.

Avec l'avènement du pluralisme religieux en Europe, le christianisme comme culture englobant la société est devenu une culture parmi d'autres dans une société globalisée, au milieu de nouvelles religions qui, mises ensemble, contribuent à la richesse de la diversité culturelle mais peuvent aussi dans certains cas être susceptibles de détricoter le lien social en créant des communautés identitaires²⁴⁰. Le christianisme s'en retrouve de la sorte comme «exculturé»²⁴¹.

Ce pluralisme religieux se double d'un individualisme religieux. La progression constante des personnes sans confession religieuse est combinée avec une multiplication des courants religieux qui naissent au sein ou en dehors des grandes religions traditionnelles, que certains appellent même des religions «bricolées» ou en «kit»²⁴².

Ces deux phénomènes attestent ensemble la tendance de l'individualisme religieux qui est désormais parachevé dans la société contemporaine occidentale et qui n'est pas sans poser de problèmes, en particulier lorsqu'il est concomitant à un fondamentalisme religieux et revendicateur²⁴³. À dire vrai, cette multiplication et cette personnalisation de la religion ne signifie pas, tant s'en faut, la fin des religions traditionnelles, qui font preuve d'une remarquable résilience²⁴⁴, et du caractère collectif qui peut se cacher derrière une partie des revendications individuelles.

Le sujet religieux étant particulièrement présent dans le débat public, amplifié de surcroît par la portée des médias, il s'est naturellement invité dans l'entreprise et dans

²³⁷ Selon l'expression de SUPLOT, *Religion au travail*, 1041. *Cf.* aussi SCIBERRAS, 72.

²³⁸ KADELBACH, 10.

²³⁹ ATF 116 Ia 252, c. 5d, JdT 1992 I 5; KÜHLER, 61; GAUDU, *Religion*, 66.

²⁴⁰ WILLAIME, *Le retour du religieux*, 32 s. Sur ce risque, *cf. infra* Chap. 7, IV, B.

²⁴¹ GISEL, *Théologie et sciences religieuses*, 189, à propos de la possibilité même d'un débat entre la théologie et les sciences religieuses.

²⁴² TAYLOR, *L'Âge séculier*, 876, 879 s.; VISCHER, *Religionsfreiheit*, *passim*; HERVIEU-LÉGER, 44-46.

²⁴³ Comme porte d'entrée sur cette question, *cf. p.ex.* BAUM, 101-113; TAYLOR, *L'Âge séculier*, 864 ss; Roland CAMPICHE, «Individualisation du croire et recomposition de la religion», *Archives de Sciences Sociales des Religions* 1993 (81) 117-131, qui la relativise néanmoins.

²⁴⁴ On peut noter *p.ex.* la fulgurante expansion de l'évangélisme à travers le monde avec le dossier «Expansion de l'évangélisme» consacré dans le *Monde diplomatique* de septembre 2020.

l'administration publique²⁴⁵. La Cour européenne des droits de l'homme confirme d'ailleurs la progression constante des affaires de liberté religieuse portées par-devant sa juridiction, et l'explique par l'augmentation du rôle de la religion dans le discours sociopolitique²⁴⁶.

S'il est vrai qu'il y a bien un «retour du religieux», celui-ci est bien ambigu dans ses signes comme dans ses modalités; les Églises traditionnelles font moins l'objet d'un engouement majeur, mais la fameuse «soif de sens», captée en apparence par le seul discours religieux, traduit le désarroi d'un monde social en pleine crise²⁴⁷.

B. Le polythéisme des valeurs comme creuset de normativités émergentes

Cette hétérogénéité concrète, de *fait*, trouve son pendant en *droit*, en la remise en cause éclatante de la loi comme vecteur d'homogénéisation des valeurs de la société. La vision «monolithique» du droit, qui a droit de cité depuis les Lumières et la consécration du positivisme juridique dans nos systèmes continentaux, engage présentement un brutal virage en direction d'une prise en compte de ce polythéisme affermi des valeurs²⁴⁸.

Ces mutations qui agitent la société percolent dans toutes les strates de la vie sociale, et affectent les rapports socio-juridiques prenant place dans la sphère professionnelle, cette dernière cristallisant remarquablement les transformations que subit une société. Le travail, en tant que lieu de socialisation élevée dans une structure où les rapports de force jouent de tout leur poids, est un miroir déformant des mutations sociales à l'œuvre à un moment donné dans une société donnée.

Le phénomène d'individualisation générale n'a ainsi pas épargné pas le travail et le droit du travail contemporains **(1)**, le centre de gravité de ce dernier se balançant dynamiquement entre le contrat (autonomie) et la loi (hétéronomie) **(2)**. Le troisième phénomène notable en droit du travail est l'expansion du *droit négocié* **(3)**.

²⁴⁵ CRÉPIN, 695, qui cite en exemple l'affaire de la crèche Baby-Loup et son exposition médiatique qui a fait planer le spectre de la discrimination sur la tête des managers de plus en plus confrontés à des demandes religieuses; GAUCHET, *Un monde désenchanté?*, 10: «En Europe [...] la dimension religieuse et les préoccupations spirituelles n'ont cessé de gagner en visibilité et en légitimité dans la sphère publique.»

²⁴⁶ LEMMENS (juge à la CourEDH), 143; CONSEIL DE L'EUROPE/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'art. 9 de la Convention*, version du 30 avril 2022, N9.

²⁴⁷ PENA-RUIZ, 12.

²⁴⁸ «Il est toujours plus difficile de légiférer pour «inclure» que pour exclure: le polythéisme des valeurs et la conciliation des intérêts divergents n'autorisent désormais que des normes dont l'indécision implique une délégation à l'interprète.», MARTENS, *Théories du droit*, 197. Sur la substitution d'une science des normes («normistique») à une science des lois («légitique»), voir FLÜCKIGER, (Re)faire la loi, 71 ss.

1. Individualisation du travail et du droit du travail

Du fait de la concentration massive dans les grandes entreprises de travailleurs soumis aux mêmes contraintes et au même destin (à travail égal, salaire égal, horaires égaux, etc.), le patronat a vu l'ordre social capitaliste menacé dans ses entreprises; il lui allait donc inverser le rapport de force et l'individualisation du travail sera le vecteur privilégié de cette inversion. Encore faut-il le légitimer. Le patronat qui commence à l'implanter le présentera habilement comme une réponse aux revendications et aspirations qui s'étaient affirmées durant le mouvement social dans les années 1960. Pour faire place à la reconnaissance des qualités de chacun, il faut sortir de la logique de gestion de masse et à l'inverse personnaliser. Cela prendra la forme des horaires variables qui prennent en compte les besoins spécifiques des uns et des autres, de la rotation des tâches, des primes individualisées puis des salaires qui mettent les salariés en concurrence entre eux et désormais des besoins religieux propres à chaque travailleur²⁴⁹.

Depuis plus d'une trentaine d'années, le schéma classique d'un salaire mensuel fixe agrémenté de diverses primes ponctuelles tend à perdre son rôle de modèle, au profit d'un mouvement d'individualisation des salaires²⁵⁰. Le taylorisme a eu tendance à être en partie remplacé par des stratégies dites de «management par objectifs», censées donner plus d'autonomie aux travailleurs. Véritable «révolution managériale», elle a appelé en retour une «montée des attentes des revendications individuelles»²⁵¹.

Ce phénomène s'inscrit dans une tendance plus «lourde» d'une flexibilisation des différents aspects du travail salarié: la diversification des formes juridiques d'emploi (contrat zéro heure, travail intérimaire), la flexibilisation de l'organisation du temps et du lieu de travail (temps de travail éclaté, aménagement «sans bureau fixe»²⁵²), les droits à congé individuel (paternité, sabbatique, parental, de formation, de méditation dans certaines entreprises américaines), etc.²⁵³. Cette flexibilisation intervient par une double contamination, à la fois factuelle (par la mondialisation se traduisant par une concurrence exacerbée au niveau planétaire prenant la forme d'une course globale vers le moins-disant social et fiscal)²⁵⁴ et juridique (par la reprise des règles consacrées par les droits voisins)²⁵⁵.

²⁴⁹ LINHART, Subordination au travail, 234.

²⁵⁰ Aurélien WITZIG, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2015.

²⁵¹ Maëlezig BIGI/Olivier COUSIN/Dominique MÉDA/Laëtitia SIBAUD/Michel WIEVIORKA, *Travailler au XXI^e siècle. Des salariés en quête de reconnaissance*, Paris, Robert Laffont, 2015.

²⁵² Sur l'escroquerie monumentale que constitue l'aménagement en *open space*, lire le pamphlet d'Alexandre DES ISNARDS et de Thomas ZUBER, *L'open space m'a tuer [sic]*, Paris, Hachette, 2008, et le roman cynique de l'Américain Joshua FERRIS, *Open Space* (trad. fr. Hannah Pascal), Denöel, 2007.

²⁵³ SUPIOT, Pourquoi droit du travail?, 490.

²⁵⁴ SUPIOT, Critique du droit du travail, XIV s.

²⁵⁵ WITZIG, Droit du travail, N 67. Lire aussi Michel LALLEMENT, *Le Travail sous tensions*, Paris, Éditions Sciences humaines, 2010.

Les sociologues du travail ont eu l'heur de montrer que l'individualisation du travail a également eu pour effet de prolonger la division du travail en une division du *sujet*, induisant par effet ricochet une invisibilisation du rapport de subordination sur le plan juridique, étioquant le collectif du travail dans lequel s'est pourtant construit le droit du travail²⁵⁶. Par l'atomisation du corps social des entreprises et la personnalisation du travail, la subordination individualisée et personnalisée complique la mobilisation collective de forces individuelles²⁵⁷. Concrètement, la subordination passerait désormais par un « appel solennel à l'esprit d'initiative », se traduisant par une feinte autonomie laissée au travailleur, une mise en concurrence des employés entre eux (primes et salaires variables, entretiens individualisés, carrières personnalisées) et de chacun avec lui-même (implication émotionnelle, subjective et affective; adhésion aux « valeurs » de l'entreprise²⁵⁸) et une exigence attendue de chacun de s'adapter et de s'ajuster en permanence aux réorganisations fréquentes du travail (avec pour pinacle le parangon du langage managérial actuel : « sortir de sa zone de confort »)²⁵⁹.

À contre-pied du droit du travail qui s'est précisément construit contre l'individualisme libéral dans un modèle de traitement uniforme d'un collectif de travailleurs aujourd'hui révolu s'introduit fermement l'individualisation de la relation de travail, qu'il s'agisse d'éléments de salaire, de temps de travail, de lieu de travail ou justement d'expression religieuse²⁶⁰. Elle signe en ce sens un certain retour au modèle du XIX^e siècle²⁶¹ et prétend tout ramener à l'idée du contrat, par opposition à la loi et au droit collectif²⁶².

2. *Le droit du travail entre autonomie (contrat) et hétéronomie (loi)*

Faut-il préférer la loi ou le contrat pour régler les rapports sociaux en général, le droit du travail en plus particulier et la religion au travail plus particulièrement encore ? Selon Supiot, poser une alternative entre l'anarcho-capitalisme et le caporalisme d'État n'a guère de sens au regard de l'histoire du droit du travail, né de l'irruption du

²⁵⁶ Pour le perfectionnement jusqu'au-boutiste des techniques de la division du travail, voir Frederick Winslow TAYLOR, *La Direction scientifique des entreprises*, Paris, Dunod, 1957 (1^{ère} éd. : 1911), qui a prêté son patronyme à la doctrine du *taylorisme*.

²⁵⁷ LINHART, *Salariat sans subordination*.

²⁵⁸ Sur cette question, cf. *infra* Chap. 8, I, B, 2.

²⁵⁹ Danièle LINHART, « Pas un jour de plus au travail », *Le Monde diplomatique*, janvier 2020.

²⁶⁰ ADAM, *Individualisation*, N 10 ss ; cf. *infra* Chap. 7.

²⁶¹ WITZIG, *Droit du travail*, N 68.

²⁶² Antoine JEAMMAUD, « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Droit Ouvrier* 1998 240-263. Ce faisant, elle brise l'uniformité de la rémunération dans l'espace de l'entreprise, et la continuité de la rémunération dans le temps du travail du salarié, et équivaut à une « logique des compétences » qui engage la responsabilité du salarié dans les moindres détails de son travail, BESSY, 153.

travail dans la sphère du contrat. Arraché aux disciplines des corporations, le travail est devenu un objet d'échange dès 1789 et la contractualisation des relations de travail est donc de ce point de vue une chose aussi ancienne que fondamentale²⁶³.

L'axiome qui pose l'existence de partenaires libres, égaux et autonomes, presque sanctifié par l'idéologie individualiste du XVIII^e siècle²⁶⁴, notamment pour régler la relation de travail, a pourtant été pointé du doigt de façon mémorable par Karl Polanyi pour lui opposer cette maxime: le travail n'est pas un produit objet d'un contrat de vente ou de louage de services, négociable sur un marché, mais la condition de l'activité économique; c'est la rationalisation de l'économie et la matrice capitaliste qui la sous-tendait qui a réifié le travail en marchandise par le recours à une triple fiction juridique consistant à considérer le *travail*, la *terre* et la *monnaie* comme des marchandises, c'est-à-dire comme des biens quantifiables et échangeables²⁶⁵.

Si l'on peut concéder que le contrat de travail n'est plus la source exclusive du contenu du rapport de travail, ce contenu étant prédéterminé par la législation *abstraite* et *générale*, la convention *collectivement* négociée ou le règlement d'entreprise *unilatéralement* édicté, il n'en demeure pas moins que seul il peut créer le rapport de travail, et acquiert par là une dimension valorielle liée à la liberté de l'homme, puisque la condition de travailleur – salarié – ne s'obtient que par le contrat²⁶⁶. Le lien contractuel est au fond un lien abstrait qui permet des choses concrètes par le concours de volontés concordantes.

Mais qu'est-ce au juste que la *volonté*? Que vaut ce mythe de la volonté qui serait purement individuelle, pure de tout mélange avec la volonté des autres, de toute psychologie collective, de rapport à la raison commune? Le XIX^e siècle a eu du contrat une conception dont un mérite était la simplicité: accord de volonté de deux individus, ayant pour objet la création, la modification ou l'extinction des droits, le contrat est une source de droit qui se suffit à elle-même, et qui est la source de droit par excellence²⁶⁷.

²⁶³ SUPLOT, *Loi ou contrat?*, *passim*.

²⁶⁴ L'autonomie de la volonté conserve «valeur de principe», CARBONNIER, *Théorie des obligations*, 75.

²⁶⁵ KARL POLANYI, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* (trad. fr. Catherine Malamoud), Paris, Gallimard, 2009.

²⁶⁶ LYON-CAEN, *Contrat de travail*, 69, parle du rôle «génétique» du contrat.

²⁶⁷ Voir à ce sujet BATIFFOL, 13 s.; FOUILLÉ voyait dans la division croissante du travail un recours croissant au système contractuel au point qu'il voyait dans les sociétés modernes un *organisme-contractuel*: «Historiquement, il est incontestable que le régime contractuel tend à dominer de plus en plus dans les sociétés modernes; le droit attache une importance croissante à l'idée de contrat, qui finit par remplir les neuf dixièmes de nos codes et qui un jour y figurera depuis le premier article jusqu'au dernier» (FOUILLÉ, 54 s., voyait au contraire dans l'industrialisme certes une multiplication des opérations d'échange, mais sous des formes non contractuelles, puisque la réciprocité des volontés fait défaut lorsque les parties dont les volon-

En cas de dispute, le contrat remplit la fonction de loi, de *lex contractus* : il lie les parties et guide le juge dans l'interprétation du contrat²⁶⁸. Le contrat est aujourd'hui vu comme l'instrument par excellence de l'économie de marché, dont on postule qu'il est une «loi planétaire et universelle»; l'idéologie économique, cette séparation radicale entre les aspects économiques et le tissu social puis leur construction en un domaine autonome étiole la notion du contrat comme étant non seulement un support de la relation mercantile, mais aussi un support du *lien social* en lieu et place des impératifs unilatéraux de la loi²⁶⁹.

Mais qui dit «contractuel» ne dit pas nécessairement «juste», et encore moins «protection du salarié»²⁷⁰. Comme le disait Henri Lacordaire, «entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit»²⁷¹. On en veut pour preuve que les interventions législatives se sont multipliées pour imposer des règles impératives en matière contractuelle: «Il suffit d'évoquer le domaine des relations du travail sur lequel le quasi-mutisme du Code civil était particulièrement étrange»²⁷².

Le phénomène de contractualisation n'a finalement pas consisté en un reflux de la loi face au contrat ni en un recul du dirigisme étatique face au laissez-faire. Loin de signifier un retour aux origines contractuelles du droit du travail, il s'exprime par l'apparition de nouveaux concepts et de nouvelles techniques juridiques qui visent à dépasser l'opposition de l'hétéronomie et de l'autonomie. Au lieu de soumettre les relations de travail à des règles imposées de l'extérieur ou bien de s'en remettre au contraire au libre jeu du rapport de forces entre employeurs et salariés, on s'efforce d'associer les uns et les autres à la définition et à la mise en œuvre des règles nécessaires au bon fonctionnement du marché du travail.

Ainsi entendue, la contractualisation n'est que l'une des manifestations des idéaux de la «régulation» ou de la «gouvernance» et participe d'un mouvement plus large de transformation des sources du droit²⁷³. La constitution du droit du travail comme branche autonome s'est opérée par un double mouvement de déclin du contrat de travail

tés concourent se situent dans des positions de force inégales, ne pouvant débattre librement des conditions du contrat. Où l'on voit que le débat est ancien, et toujours irrésolu.

²⁶⁸ SCHÖNLE, 62 ss. Le Code civil français en dispose expressément: «Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits» (art. 1103, tel que modifié par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2).

²⁶⁹ TAILLEFAIT, *passim*.

²⁷⁰ FABRE-MAGNAN, Consentement, *passim*.

²⁷¹ LACORDAIRE, 494.

²⁷² BATIFFOL, 14.

²⁷³ Sur les différentes modalités par lesquelles s'exprime ce déclin de la souveraineté du législateur, cf. SUPIOT, Loi ou contrat?, *passim*.

comme cadre juridique exclusif de la relation de travail, et de reconnaissance de droits définis collectivement qui fondent ou confortent les droits individuels.

3. *Le partenariat social ou le droit négocié en expansion*

Il faut adjoindre aux instruments normatifs passés en revue les normes issues du partenariat social qui «marquent irrémédiablement la spécificité du droit du travail à l'égard de tout autre domaine du droit»²⁷⁴, tirant leur force normative de leur légitimité en tant que fruit d'une négociation entre partenaires censément représentatifs des forces sociales en jeu dans les rapports de travail.

En vertu du principe dit «de faveur» (*Günstigkeitsprinzip*), lorsque diverses normes au contenu différent prétendent s'appliquer à un même rapport de travail, c'est la norme la plus favorable au travailleur qui s'applique²⁷⁵. Le principe de faveur s'applique aussi en droit de la fonction publique fédérale (art. 358 CO par analogie), sous réserve d'une disposition contraire d'une loi formelle qui ne laisse pas de place à une dérogation²⁷⁶. C'est d'ailleurs en droit de la fonction publique que cet instrument a considérablement pris de la vigueur ces dernières années, empiétant sur les plates-bandes de l'instrument normatif par excellence dans l'administration: l'ordonnance unilatéralement édictée définissant les dispositions d'exécution de la loi dans les rapports de service²⁷⁷.

La convention collective de travail est plus fortement orientée vers la conciliation d'intérêts divergents que l'édition unilatérale de règlements (lois, ordonnances et prescriptions de service)²⁷⁸. Toutefois existe-t-il des limites juridiques à la détermination du contenu du contrat collectif si l'on veut préserver les droits démocratiques de prise de décision. L'État-employeur, en tant qu'il est organisé démocratiquement, se distingue en effet de l'employeur privé au sens où son processus décisionnel n'est pas guidé par ses seuls intérêts, mais doit capter des intérêts multiples provenant des pouvoirs

²⁷⁴ WITZIG, Droit du travail, N259.

²⁷⁵ Consacré à l'art. 358 CO, il se formule ainsi: «Le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément». Sur le conflit entre convention collective de travail, contrat individuel de travail et règlement d'entreprise, cf. TF 12 novembre 2014, 4A_384/2014, c. 6.

²⁷⁶ BPG-GREBSKI, art. 38 LPers N94 s. En cas de conflit entre une convention collective ou une disposition d'exécution édictée par ordonnance et le contrat individuel de travail, la disposition la plus favorable à l'employé s'applique (art. 357 al. 2 CO par analogie par le renvoi de l'art. 6 al. 4 LPers), BPG-HELBLING, art. 6 LPers N51 s.

²⁷⁷ En droit de la fonction publique fédérale, cf. art. 38 LPers et art. 1^{er} al. 1 de l'Ordonnance-cadre relative à la loi sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.11) qui «fixe le cadre dans lequel les employeurs [...] concluent des conventions collectives de travail». Voir p.ex. art. 15 al. 2 LCFF ayant abouti à la CCT CFF, art. 9 al. 2 LOP ayant abouti à la CCT Poste et art. 16 al. 2 LET ayant abouti à la CCT Swisscom. En droit cantonal, cf. p.ex. § 6 LPers/ZH.

²⁷⁸ HENNEBERGER/SUDJANA, 70; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N2065.

qui le fondent, et à ce titre rendre compte de toute influence sur le processus de détermination des normes dans les rapports de travail²⁷⁹. Une convention collective qui limiterait la liberté de religion serait susceptible de poser un problème de légalité, compte tenu de l'exigence d'une base légale formelle se voulant garante du contrôle démocratique du pouvoir exécutif tel qu'institutionnalisé dans la Constitution fédérale et limitant le champ d'action de celui-ci en matière de restriction des droits fondamentaux pour son personnel²⁸⁰.

À côté de la négociation entre partenaires sociaux existe aussi la négociation entre les travailleurs et l'employeur, ce qu'on appelle génériquement l'*accord d'entreprise*²⁸¹. Ce dernier, inconnu du lexique juridique suisse – le règlement d'entreprise est unilatéralement édicté par l'employeur, avec une consultation possible mais gracieuse du personnel –, a suscité de vifs débats en France lors de la réforme El Khomry du Code du travail²⁸², dès lors qu'il avait préséance sur la convention de branche dans certaines circonstances, remettant en cause, selon certains auteurs, une certaine hiérarchie des normes ou une autonomisation dangereuse de l'accord d'entreprise, le risque étant que cet ordre conventionnel propre à chaque entreprise ne supplante des conventions de branche plus favorables aux salariés, lesquelles se voient en conséquence confinées à un rang ancillaire²⁸³.

Ces discussions limitées au droit français ont cependant eu le mérite de jeter une nouvelle lumière sur le *décentrement* du droit étatique et la *fragmentation* de la production normative en droit du travail, la structuration des différents accords, en fonction du niveau de la négociation et des parties participant de son élaboration, étant de plus en

²⁷⁹ HANGARTNER, Anstellung, 43 s.

²⁸⁰ En droit cantonal, voir p.ex. § 3 al. 3 de la Convention collective de travail du canton de Soleure du 25 octobre 2004 (RS/TG 126.3) précisant que la Constitution et la loi priment la CCT («*Verfassung und Gesetz gehen dem GAV vor*»). Mais la même CCT prime en revanche certaines ordonnances et autres prescriptions de service *infra legem* (§ 4). En droit de la fonction publique fédérale, cf. BPG-GREBSKI, art. 38 LPers N93. Une CCT de droit public s'interprète conformément aux principes constitutionnels inhérents à tout État de droit, notamment l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire, bien qu'une certaine souplesse soit admise dans la rédaction des dispositions contractuelles, JAAC 2003 n° 67.111, c. 3. Voir ch. 28 CCT CFF qui interdit expressément la discrimination des collaborateurs des CFF en raison de leur religion, et prévoit des mesures pour les protéger et prévenir toute discrimination au travail.

²⁸¹ À distinguer des conventions collectives d'entreprise, qui ont vocation à s'appliquer à une entreprise déterminée, mais toujours négociée avec un syndicat (et jamais avec la représentation du personnel).

²⁸² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁸³ Cf. Paul-Henri ANTONMATTEI, «La primauté de l'accord d'entreprise», *Droit social* 2016 513-515; Frédéric GÉA, «Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise», *Droit social* 2016 516-518; Florence CANUT, «L'ordonnancement des normes infra-étatiques – à propos du projet de loi Travail», *Droit social* 2016 522-524.

plus difficilement situables dans un ordre hiérarchisé²⁸⁴. Au contraire cette structuration prend plutôt la forme d'une arborescence aux accents réticulaires.

La place croissante que prend le partenariat social en droit de la fonction publique et l'expansion plus générale du droit négocié dans les rapports de travail n'est pas sans conséquence sur la «régulation» de la religion dans les rapports de travail. Le principe de la légalité est assurément émis par la délégation toujours plus irrésistible des normes «de détail» aux administrations nonobstant la formulation toujours plus vague et ouverte de celles-ci. De l'autre côté, la réglementation unilatérale des obligations et droits professionnels par l'employeur sans consultation des partenaires sociaux est de moins de moins de rigueur. Où l'on voit du même coup le rapprochement du droit de la fonction publique avec le droit privé et la tendance vers une normativité toujours plus horizontale, créée de concert entre les parties au rapport de travail et leurs groupements, dans la quête d'une meilleure acceptabilité des normes juridiques.

C. Une démocratie *dialogique* au défi des minorités religieuses

Cette nouvelle réalité religieuse pose évidemment la question de la compatibilité de ces nouvelles religions avec les fondements juridiques de la Suisse, et de nombreux articles et ouvrages de doctrine analysent les différentes opportunités et difficultés d'une intégration des croyances et rites des religions nouvellement présentes dans le contexte constitutionnel suisse²⁸⁵. Cette double individualisation de la religion et du travail converge vers un droit du travail *adaptatif* en fonction des pratiques religieuses des travailleurs (1)²⁸⁶.

La reconnaissance de ces nouvelles normativités et la volonté de leur conférer un statut spécifique, notamment lorsqu'elles ont pour but ou effet de limiter les droits fondamentaux, traduisent ainsi le contexte d'une société marquée par un certain pluralisme culturel et religieux et par une évanescence des autorités traditionnelles²⁸⁷. Ce concours de normativités nous fait assister à la naissance d'une démocratie «dialogique» – dialoguant entre différentes références normatives –, à l'écart, ou en complément, des démocraties représentative et participative, et apporte de nouveaux champs de réflexion à la question des minorités qui n'est pas résolue en droit, loin s'en faut (2).

²⁸⁴ Nikitas ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, L.G.D.J., 1980.

²⁸⁵ L'islam concentre cependant une grande part de l'attention doctrinale, lire p.ex. HAFNER/GREMELSPACHER, 87-110; sous l'angle de la CEDH lire Alain GARAY, «L'Islam et l'ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue de droit international et de droit comparé* 2005 117-155; Florian WOLF, *Der Islam in Europa – Einfluss und Auswirkungen auf die europäische Rechtsordnung*, Vienne, 2015.

²⁸⁶ SCIBERRAS, 72 s.

²⁸⁷ FLÜCKIGER, *Soft law*, 299.

1. *Une double individualisation de la religion et du travail vers un droit du travail adaptatif*

La consécration des droits de l'homme dans les rapports de travail est une source importante de la montée des revendications religieuses individuelles²⁸⁸. La « transfiguration » de l'homme en tant que monade leibnizienne a vu l'irruption des libertés individuelles s'appropriier l'espace public, puis l'espace privé (théorie des obligations positives). La montée en puissance des libertés individuelles, prenant parfois la forme d'un retour en force des statuts personnels, réintroduit le primat d'un traitement juridique en fonction de la confession religieuse de l'individu²⁸⁹. À la flexibilisation des différents aspects du travail imposés en pratique par l'employeur vient s'adjoindre la reconnaissance des libertés individuelles exigée par le travailleur.

Mais cette individualisation n'est pas synonyme d'absence automatique de réglementation, auquel cas il appartiendra au travailleur de défendre son individualité par la forme d'une négociation de gré à gré, qui aboutira ou pas à la reconnaissance d'un statut personnel d'un travailleur en fonction de sa religion²⁹⁰. Si cet élément n'a pas été négocié pendant les pourparlers, il appartiendra de plus en plus souvent à celui qui conteste l'exercice d'une liberté, en général l'employeur, de justifier que s'il lui porte atteinte, c'est que l'aménagement excédait le raisonnable²⁹¹. Où l'on voit que cet apparent renversement du fardeau de la preuve constituerait alors une révolution paradigmatique des droits fondamentaux dans les rapports de travail pouvant aussi être, à première vue, à l'avantage du travailleur.

Les raisons de cette évolution sont ainsi doubles : des revendications religieuses en hausse, poussées par l'individualisme rampant, ainsi que l'irruption de la reconnaissance des droits fondamentaux en droit du travail transformant le salarié-citoyen en un citoyen-salarié et dont l'identité personnelle – l'identité religieuse en est même une pierre de touche – ne peut plus être occultée par le collectif du travail²⁹².

2. *De la réglementation à la régulation de la religion au travail*

Le statut dominant, prépotent, d'une uniformité religieuse était le terreau adapté pour accueillir le modèle normatif « traditionnel » de la *réglementation*, c'est-à-dire caractérisé d'abord par l'exogénéité de ses mécanismes : des règles extérieures aux individus membres de la collectivité dont ils prétendent régir le fonctionnement – des normes imposées par le seul législateur et hors de portée des parties au rapport de travail ; ca-

²⁸⁸ ADAM, Individualisation, N480.

²⁸⁹ Pour des développements plus avant sur cette question, cf. SUPLOT, Religion au travail, 1043 et les réf. citées.

²⁹⁰ WITZIG, Droit du travail, N69 ; ADAM, Individualisation, 69 ; SUPLOT, Critique du droit du travail, 92.

²⁹¹ SCIBERRAS, 73 ; LAIGNEAU/RAY/MATHIEU, 213.

²⁹² MAILLARD, 168, 173, 183.

ractérisé aussi par l'uniformité que ses mécanismes instaurent ou garantissent dans le traitement des membres de la collectivité: la norme est censée y être égale pour tous et assurer la satisfaction optimale de l'ensemble des membres de la collectivité – nulle place pour des «accommodements raisonnables» en fonction des croyances propres à chacun; enfin caractérisé par la fixité et la rigidité des normes que le modèle met en œuvre: une application indifférenciée de la norme inférieure en conformité avec la norme supérieure, dans une opération de retranscription par le juge ou l'autorité administrative – très peu de place pour les circonstances de fait dans la décision concrète et la création normative à cette échelle²⁹³.

S'oppose alors trait pour trait à cette normativité traditionnelle un modèle nouveau, dont le vocable «*régulation*» – que nous distinguons dans cette section de la «*réglementation*» à des fins explicatives sans y recourir nécessairement dans un sens précis par la suite – parvient assez bien à ramasser la nomenclature²⁹⁴. Ce modèle prend l'exact contre-pied de la normativité traditionnelle de «*réglementation*» avec des traits exactement antinomiques de ceux qui définissent le modèle précédent: une *mutabilité* qui offre une adaptabilité aux circonstances d'espèce parfois spéciales (au sens d'*extra-ordinaires*); une *singularité* qui, contrairement à l'uniformité de la réglementation, permet de mieux épouser les considérations concrètes définissant la spécificité du cas auquel elle est appliquée, avec la montée en puissance du phénomène de dérogations; une *endogénéité* enfin, c'est-à-dire une endo-normativité qui, au lieu d'être organisée autour du pôle de la puissance publique jusqu'ici, s'arrime au pôle opposé de la société civile et des acteurs censés la représenter – une normativité caractérisée par l'élaboration et le respect par les destinataires eux-mêmes des règles qu'ils ont formulées, sous la forme, par exemple, de guides pratiques, chartes d'entreprise, codes de conduite et règlements d'entreprise élaborés de concert entre l'employeur et le personnel et qui incluent de plus en plus des dispositions relatives au fait religieux²⁹⁵.

²⁹³ TIMSIT, *Cumulativité*, 85.

²⁹⁴ La «*régulation*», utilisée à dessein ici pour l'opposer à la «*réglementation*», est généralement usitée à tort comme synonyme de cette dernière. Cette confusion provient notamment d'une traduction erronée de l'anglais «*deregulation*» en «*dérégulation*», ignorant que la langue anglaise – qui est celle de la globalisation – méconnaît cette distinction entre «*régulation*» et «*réglementation*». Comme l'explique SUPLOT, cette notion de «*régulation*» nous vient de la physique et de la biologie et désigne des règles inhérentes à un dispositif technique ou à un organisme vivant. C'est la cybernétique qui l'a étendue aux affaires humaines dans son effort d'effacement des frontières entre les personnes, les animaux et les choses. Un tel effacement conduit pourtant à supprimer la distinction, typique de l'être humain, entre la norme biologique ou technique d'une part, et la règle juridique d'autre part, et donc entre le domaine de l'être (*sein*) et celui du devoir-être (*sollen*). La science est impuissante à fonder un ordre juridique. Le problème n'est donc pas de *réguler* les rapports juridiques comme on régule son chauffage mais de les *réglementer*, ce qui oblige à revenir sur le terrain politique et juridique, *Crise économique*, 173 s.

²⁹⁵ TIMSIT, *Cumulativité*, 85 s. C'est le cas de l'entreprise Total, Julie VALLAT, «Premier guide mondial de Total sur le fait religieux: une approche pratique et inclusive», *Société, droit et re-*

La décentralisation de la normativité entre acteurs de multiples niveaux et de légitimités différentes est à l'œuvre dans le droit privé comme dans le droit public. Plutôt qu'une norme législative cherchant à s'appliquer à l'auditoire le plus large possible voit-on émerger des normes plus souples, édictées à un niveau infra-législatif, parfois propres, dans l'administration à un service situé au plus bas de l'organigramme politico-administratif, qui se déclinent – au sens grammatical – entre la *recommandation* (non-contraignante), la *directive*, l'*instruction* et la *circulaire* (plus contraignantes, mais qui ne sont pas des actes normatifs pour autant)²⁹⁶.

À côté des instruments juridiques classiques à disposition de l'État que sont les lois, les décisions et maintenant les contrats, jaillissent un certain nombre d'autres outils, regroupés de plus en plus fréquemment sous l'étiquette de *soft law*, qui vont *réguler* la religion dans les rapports de travail de droit public. C'est précisément le cas de la Charte sur la laïcité dans les services publics en France, découlant à l'origine d'une recommandation du Haut Conseil à l'Intégration, et qui figure dans une circulaire du Premier ministre du 13 avril 2007²⁹⁷. Toutefois, les circulaires se distinguaient du droit souple en ce qu'elles lient l'administration concernée²⁹⁸.

Cette instrumentation élargie change la vision échevelée d'une normativité binaire. Elle permet à l'employeur public de gagner en souplesse dans l'exécution de ses missions, gain d'efficacité dans la gestion s'inscrivant dans une tension avec le souci permanent de maintenir la légitimité démocratique de l'État(-employeur)²⁹⁹ dans son action.

Entre la loi et le contrat se créent toutes ces normes nouvelles, occupant une place intermédiaire, à la *normativité graduelle*. Dans la théorie classique des sources formelles du droit, ces normes n'ont pas de voix au chapitre en tant que sources, leurs auteurs n'ayant aucune «légitimité» pour créer du droit, et pourtant elles existent, et norment bel et bien le réel.

La mutabilité et la singularité de ces normativités émergentes voient poindre, au bout de la logique des dérogations – de plus en plus – fréquemment instituées, les voies ouvertes à la différenciation et la discrimination – aux États-Unis, elle est «positive» (*affirmative action*) tandis qu'en Suisse est-elle «justifiée». Cette normativité émergente ne remplace pas l'ancienne, mais s'y juxtapose; la régulation prend son ascen-

ligion 2018 131-136. En 2020-2021, 27% des entreprises rencontrant des situations marquées par le fait religieux l'ont fait, d'après l'étude de l'INSTITUT MONTAIGNE/HONORÉ, 58 s.

²⁹⁶ P.ex. POLTIER, *Ordre judiciaire*, 1023, sur l'adoption autonome au sein d'un ordre judiciaire «de directives ou ordonnances administratives, fondées sur le pouvoir hiérarchique de son auteur».

²⁹⁷ Circulaire n° 5209/SG du 13 avril 2007 relative à la charte de laïcité dans les services publics.

²⁹⁸ FORNEROD, 105.

²⁹⁹ Du point d'intersection entre *soft law* et décision en droit public s'agit l'acte matériel déployant des effets juridiques (cf. *infra* Chap. 3, I, B, 4).

sion dans nombre de domaines du droit et pallie l'absence de prise en compte suffisante des circonstances singulières par la réglementation, se targuant de «coller» au plus près de la réalité, afin de susciter une meilleure adhésion de ses destinataires.

III. La laïcité et la sécularité comme facteurs d'influence extrinsèques sur la religion au travail

Il serait naïf de croire que la problématique juridique de la religion au travail se limite au seul rapport juridique qui lie les parties à la relation de travail. Le rapport de travail s'inscrit dans un contexte juridique, culturel et politique donné qui exerce de nombreuses influences sur la place de la religion au travail. Il faut à ce titre distinguer la *laïcisation* d'un régime politique (A) et la *sécularisation* d'une société (B). Bien que cette distinction appelle plusieurs nuances, on peut dire que la laïcisation est le processus à la faveur duquel l'État affirme son indépendance par rapport à la religion, alors que l'une des composantes de la sécularisation est l'érosion de l'influence de la religion dans les pratiques sociales et dans la conduite de la vie individuelle³⁰⁰.

Vu la diversité des régimes passés en revue, la laïcité dans la fonction publique fait appel à des réponses différenciées: dans un régime laïque proche de la laïcité française ou même genevoise – quoiqu'elles soient différentes –, il est plus aisément concevable qu'un agent public ne puisse afficher ostentatoirement ses convictions religieuses dans l'exercice de sa fonction, tandis que la laïcité dans ses multiples déclinaisons anglo-saxonnes nécessiterait une étape de réflexion supplémentaire, celles-ci étant plus enclines à exiger de l'État la recherche d'un aménagement à même de concilier la liberté de religion du fonctionnaire et la neutralité religieuse qui incombe à l'État³⁰¹.

À l'aune de ces ressorts fondamentaux, nous examinerons dans la **Deuxième partie** l'influence concrète de la laïcité sur la liberté de religion des agents de l'État compte tenu de la diversité laïque qui prévaut dans les cantons suisses et pays européens³⁰², puis dans la **Troisième partie** l'hypothèse encore saugrenue à ce stade d'une laïcité qui s'appliquerait dans l'entreprise privée³⁰³.

A. La laïcité comme attribut des institutions étatiques

Certains hommes croient en un dieu. D'autres en plusieurs. D'autres se tiennent pour agnostiques et refusent de se prononcer. D'autres enfin sont athées. Mais tous sont à

³⁰⁰ TAYLOR, L'Âge séculier, *passim*.

³⁰¹ MACLURE/TAYLOR, 56 s.

³⁰² Essentiellement en relation avec la question du port de signes religieux au travail, *cf. infra* Chap. 5, V.

³⁰³ ADAM, Laïcités et entreprise privée, 708 ss, qui traite largement de cette question, *cf. infra* Chap. 8, II, B, 3.

vivre ensemble. Et cette vie commune, depuis la première Déclaration des droits de l'homme, doit assurer à tous à la fois l'égalité des droits et la liberté de conscience et de croyance³⁰⁴. Ce genre de formules ne permet pas de saisir précisément ce qui différencie la laïcité, la séparation et la neutralité les unes vis-à-vis des autres (1), mais a le mérite de donner une première approximation d'une notion fondamentale dans toute démocratie libérale fondée sur les droits de l'homme, qui connaît néanmoins des grandes variations entre les pays de l'Europe (2) et les cantons de la Suisse (3).

1. Séparation, neutralité et laïcité

C'est véritablement sous l'impulsion des Lumières que l'idée d'une séparation de l'État et de l'Église surgit vigoureusement dans les esprits³⁰⁵, et la possibilité de délimiter la religion en tant qu'objet distinct pouvant être opposé à d'autres objets tels que la politique. Les rapports entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel, tantôt convergents – voire fusionnels dans des temps anciens³⁰⁶ –, tantôt conflictuels, ont jalonné l'histoire de l'Occident, avant que l'État n'affirmât finalement sa supériorité sur l'Église, même si cette dernière a invariablement fait preuve d'une résilience remarquable. L'État est donc certes séparé de l'Église, mais il sied de garder en mémoire que la caractéristique essentielle de la Modernité est que l'autonomisation du pouvoir politique a en réalité subordonné la seconde à son propre pouvoir, subordination qui fut un préalable indispensable à l'instauration d'une liberté de conscience et de religion au profit de toutes les croyances³⁰⁷.

Chaque Église a sa conception propre de ce que devraient être ses rapports avec l'État sur un territoire donné, mais ce sont les États, «maîtres du temporel», qui assignent en terre laïque un statut juridique aux communautés religieuses, qui garantissent la liberté de conscience et de religion et qui seuls sont légitimés à prendre des mesures pour assurer la paix religieuse et pacifier la cité en cas de troubles³⁰⁸. Dans un arrêt de 1928, le Tribunal fédéral disait déjà qu'«il n'est point dans le rôle de l'État d'adapter son organisation à celle des Églises et des différentes confessions religieuses, mais il incombe au contraire à celles-ci de se conformer, dans leurs rapports avec le public et spécialement dans leur propagande, aux règles fixées par l'État»³⁰⁹.

³⁰⁴ PENA-RUIZ, 9.

³⁰⁵ KÖLZ, 29 ss, 57; ZIMMERMANN, Histoire de la liberté religieuse, 23.

³⁰⁶ Voir, pour un essai lumineux – mais hétérodoxe –, René GUÉNON, *Autorité spirituelle et pouvoir temporel*, Guy Trédaniel, 1992 (1^{ère} éd. 1929).

³⁰⁷ GAUCHET, Religion, 45: «[L]'autonomisation du politique caractéristique de la modernité s'effectue de la sorte sous le signe d'une subordination (religieuse) du religieux. Subordination dont il importe de noter qu'elle a été un préalable au respect des conscience: c'est à partir d'elle que la tolérance peut être élevée au rang de principe (ce qui prend forme à la fin du XVII^{ème} siècle, chez Bayle et chez Locke)»; PENA-RUIZ, 62.

³⁰⁸ Louis DE NAUROIS, «Religion – Religion et Etat», *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 6 janvier 2023.

³⁰⁹ ATF 54 I 98, c. 2.

La laïcité est en première approximation un principe de droit politique qui consiste à affranchir l'ensemble de la *sphère publique*³¹⁰ de toute emprise exercée au nom d'une religion particulière, mais dont il n'existe pas de définition juridique propre; le dispositif juridique qui tout à la fois le fonde et se réalise sur lui est en effet protéiforme.

Précision primordiale: la laïcité ne se confond ni avec la séparation de l'État et de l'Église, ni avec l'obligation de neutralité confessionnelle de l'État, mais préserve de surcroît la sphère publique de toute emprise exercée au nom d'une religion, afin que tous les hommes puissent s'y reconnaître et s'y retrouver, en faisant le choix simultané de la liberté de conscience et de l'égalité ainsi que de l'universalité qui lui permet d'accueillir tous les êtres humains, sans privilège aucun accordé à un particularisme³¹¹.

C'est une notion profondément enracinée dans le contexte des Lumières françaises et résultant d'une production historique et sociale déterminée; de ce fait elle n'est pas un modèle «exportable»; tout au plus l'est-elle *mutatis mutandis*, ce qui explique la diversité des modèles de séparation contemporains entre l'État et l'Église et la confusion consécutive dans l'utilisation le plus souvent fautive de ce terme polysémique³¹². La France, en étant volontairement réductif ici voire inexact, connaît une tradition laïque en vertu de laquelle la religion est confinée à la sphère privée sans avoir une visibilité affichée dans l'espace public (laïcité parfois dite *forte*)³¹³.

Dans un État démocratique fondé sur la laïcité, la loi civile, votée par le peuple souverain et ses représentants énonce une règle commune, valable pour tous, et jouit de la préséance sur la loi religieuse, particulière à une communauté de croyants³¹⁴. La laï-

³¹⁰ DUBOIS, 179, qui met en garde sur la confusion entre la sphère publique de la place publique, dans laquelle l'expression religieuse a droit de cité, et l'autre sphère publique, celle des services publics (on peut y adjoindre également la sphère publique des institutions politiques), dans laquelle tel n'est pas le cas. Voir aussi, sur cette distinction, MACLURE/TAYLOR, 49 ss.

³¹¹ PENA-RUIZ, 71 s.; ROY, 37; ZIMMERMANN, Laïcité et Genève, 31. C'est plus un principe d'organisation qu'un droit fondamental (FORTIER, L'expression religieuse dans l'entreprise, 86).

³¹² ROY, 26; ZIMMERMANN, Laïcité et Genève, 32 s.; RINGELHEIM, Droit et religion, 559, lui substitue le terme de «sécularité» pour évoquer l'idée du caractère non religieux des fondements du droit. Il y débat pour savoir s'il y a véritablement un modèle français de laïcité, celui-ci recouvrant pour d'autres auteurs une multiplicité de représentations différentes selon les acteurs sociaux concernés (Jean BAUBÉROT, *Les 7 laïcités françaises*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, 2015).

³¹³ Cf. art. 1^{er} de la Constitution française du 4 octobre 1958: «La France est une république [...] laïque.»; cf. la définition que lui donne le Conseil constitutionnel dans sa Décision n° 2012-297 QPC, 21 février 2013; SAHLFELD, 26 s.

³¹⁴ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 107. Voir GAUCHET, Religion, 45; PENA-RUIZ, 145 s. Voir ATF 135 I 79, c. 7.2, JdT 2009 I 343 («Les opinions religieuses ne dispensent cependant pas de se soumettre aux obligations civiques. Cette règle, qui était encore expressément ancrée dans l'ancienne Constitution (art. 49 al. 5 aCst.), vaut toujours à titre de principe fondamental»). Le Conseil constitutionnel français l'a également rappelé: le principe de laïcité interdit «à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses de s'affranchir des

cité n'est donc pas un régime neutre, mais elle n'est pas non plus un dogme affirmant le primat de ce que Rousseau appelait la « religion civile » qui fait justement de la loi commune un objet de foi, liaison entre les personnes trouvant sa forme archétypique précisément dans le *fait religieux*³¹⁵. La laicit  échappe à ce modèle ou plutôt en fait l'économie, parce qu'elle ne suppose pas de lien préalable au lien politique et parce que le lien politique ainsi pensé, à la manière d'une classe paradoxale, assure l'indépendance maximale de ses éléments en même temps qu'il les unit³¹⁶.

La laicit  n'est qu'une forme parmi d'autres de séparation entre l'état et la religion³¹⁷. Les pays anglo-saxons, principalement le Canada et les  tats-Unis³¹⁸, mettent en œuvre depuis quelque décennies la doctrine des *accommodements raisonnables* contraignant l'état et les entreprises privées d'aménager des mesures positives en fonction des particularismes de certaines minorités, pour autant que ces mesures d'aménagement n'entraînent pas une *contrainte excessive*³¹⁹. Certains philosophes anglo-saxons font justement découler cette doctrine d'une « laicit  ouverte » ou « libérale », faisant

règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers » (Décision né 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*).

³¹⁵ SUPIOT, Religion au travail, 1040. L'expression de ROUSSEAU (*Du contrat social*, 1762, Livre IV, chap. VIII) a de nos jours une résonance qui fait débat. Cf. p.ex. Jean BAUBÉROT, *Laicit  1905-2005, entre passion et raison*, Paris, Le Seuil, 2004, alléguant que la France a refusé d'instaurer une religion civile qui serait une sorte de cléricalisme d'état s'affirmant à travers une République proclamant sa propre transcendance, soit indépendamment de toute référence religieuse (transcendance purement républicaine), soit en la liant à des références à Dieu (transcendance telle que les  tats-Unis la connaissent); ce serait l'apanage d'une laicit  de combat, qui n'est pas la laicit  inclusive contenue dans la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation de l' glise et de l' tat. Pour des développements sur cette notion en Suisse, cf. p.ex. KLEY, 89 ss.

³¹⁶ KINTZLER, 67 s.

³¹⁷ Pour un aperçu des différents modèles constitutionnels à l'échelle mondiale (152 pays examinés sur la décennie 1992-2002), cf. Jonathan FOX, « World Separation of Religion and State into the 21st Century », *Comparative Political Studies* 2006 (39) 537-569.

³¹⁸ Et dans une moindre mesure au Royaume-Uni, Allison FIORENTINO, « La liberté religieuse sur les lieux de travail: approche comparative des systèmes américain et britannique », *RDT* 2013 649-656: « Si le droit britannique ne comporte pas d'obligation d'accommodement raisonnable, les employeurs sont pourtant vivement encouragés à se montrer tolérants envers les demandes d'aménagement des conditions de travail pour une raison religieuse émanant de leurs salariés [...] La jurisprudence, principalement celle des tribunaux de première instance, semble favorable aux salariés lorsqu'ils invoquent l'existence d'une discrimination ».

³¹⁹ MACLURE/TAYLOR, 83 ss; LARRALDE, 751 s.; BOSSET, Réflexion, 2-4. Sur la laicit  aux Etats-Unis, cf. p.ex. Robert N. BELLAH, « La Religion civile en Amérique (Civil Religion in America) », *Archives de Sciences Sociales des Religions* 1973 (35) 7-22. Sur la comparaison entre la laicit  en France et aux  tats-Unis, cf. p.ex. Jeremy GUNN, « Religious Freedom and Laicit : A Comparison of the United States and France », *Brigham Young University Law Review* 2004 419-506; Blandine CHÉLINI-PONT, « Laicit s française et américaine en miroir », in *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux* 2005 107-118 et Blandine CHÉLINI-PONT/Jeremy GUNN, *Dieu en France et aux  tats-Unis. Quand les mythes font foi*, Paris, Berg International, 2005.

s'interrogeant les spécialistes de la laïcité sur l'accord de celle-ci au singulier ou au pluriel.

La Cour suprême du Canada a introduit cette notion dans le contexte de la religion au travail en la fondant sur le principe d'interdiction de la discrimination indirecte qui nécessite, pour être effective, que l'employeur démontre – et non se contente de justifier la différence de traitement, comme c'est le cas en droit suisse – qu'il a pris, en vue de s'entendre avec l'employé, les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir une contrainte excessive³²⁰. Cette politique se différencie ainsi de la laïcité française en ce qu'elle laisse substantiellement plus d'espace aux accommodements raisonnablement *exigibles* de l'employeur en faveur des besoins religieux du travailleur. Selon certains observateurs, cette doctrine ne serait plus l'apanage des pays anglo-saxons et commencerait à faire son chemin en Europe à pas de loups, par le tremplin de la discrimination indirecte, hypothèse que nous vérifierons dans la **Troisième partie**³²¹.

Cette thèse ne portant pas sur la laïcité, l'on peut affirmer en première analyse que la laïcité repose en fait sur une pluralité de principes, ne se laisse pas saisir par des formules vagues; c'est un ensemble de valeurs – la liberté de conscience et l'égalité des options spirituelles – et de modes opératoires – la neutralité de l'État à l'égard des religions (et de l'athéisme) et la séparation de l'Église et de l'État – qui sont si intimement liés qu'il est difficile de les distinguer³²². Mais les finalités et les moyens ne peuvent s'harmoniser parfaitement: le port du voile par une enseignante pourrait être vu comme une entorse à la neutralité de l'État tandis que le lui interdire pourrait être perçu une atteinte à sa liberté de religion. Les différentes réponses apportées à ce cas en Europe et en Amérique du Nord montrent que c'est un cas difficile, justement car il n'y a pas de compatibilité parfaite entre les idéaux de la laïcité.

2. *En Europe: une absence de modèle institutionnel*

Il existe en Europe une multitude de modèles de séparation entre l'État et l'Église. Cette balance entre les deux est un élément d'identité de chaque société et les sociétés

³²⁰ *Comm. Ont. des Droits de la Personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536: «Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres».

³²¹ KLEBER, 394 ss; RINGELHEIM, *Droit et religion*, 551 s.; LARRALDE, 751 s.; ADAM, *Laïcité et entreprise privée*, 716 s.; ce tremplin s'illustre notamment dans l'arrêt de la CourEDH, *Thlimmenos c. Grèce* (GC) du 6 avril 2000, Rec. 2000-IV, § 48, qui dit que l'État doit introduire des exceptions appropriées dans sa législation afin de ne pas désavantager les personnes pratiquant une religion déterminée; voir aussi CourEDH, arrêt *Jakóbski c. Pologne* du 7 décembre 2010, 18429/06 (détenu bouddhiste qui s'était vu refuser un régime végétarien spécifique dont la Cour a relevé le caractère non déraisonnable de la demande d'aménagement).

³²² MACLURE/TAYLOR, 29 ss.

européennes se trouvent entre les deux pôles cités ci-dessus avec des variantes propres à chacune d'entre elles³²³. Il s'agit de systèmes constitutionnels qui certes tendent tous vers une certaine idée d'égalité en droit entre les religions mais qui dans les faits sont souvent dirigés vers une religion particulière, la Suisse ne faisant pas exception à la règle³²⁴.

Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas imposé de modèle institutionnel, pour tenir compte des particularismes nationaux et de son rôle subsidiaire³²⁵. Les États membres sont libres de réglementer les délicats rapports entre l'État et les communautés religieuses, étant entendu que la démocratie suppose une certaine séparation des sphères publique et religieuse, seule à même de garantir les droits et libertés individuels, et qu'elle apparaît comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle³²⁶. Le système juridique des États membres ne saurait ainsi reposer sur des distinctions opérées entre les individus selon leur appartenance à un mouvement religieux, raison pour laquelle un système multijuridique (dans lequel chaque groupe serait régi par un ordre juridique conforme aux convictions religieuses de ses membres) est contraire à la Convention en ce qu'elle conduirait inexorablement à un régime théocratique³²⁷.

La Cour de Strasbourg met l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indique que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-

³²³ KADELBACH, 9.

³²⁴ Cf. Préambule de la Constitution suisse du 18 avril 1999 commençant par «Au nom de Dieu Tout-Puissant!» qui n'a cependant pas de portée normative, sinon purement traditionnelle, ATF 116 Ia 252, c. 5e, JdT 1992 I 5; lire cependant PAPAUX, Préambule *passim*.

³²⁵ CourEDH, arrêt *Leyla ahin c. Turquie* (GC) du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI, § 109; RINGELHEIM, Droit et religion, 552 s. Également car les États qui n'auraient pas correspondu au modèle adopté n'auraient probablement pas ratifié la Convention, ZIMMERMANN, Liberté religieuse vs neutralité religieuse, N 10; MARTENET, Liberté religieuse, 26.

³²⁶ CourEDH, arrêts *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, Rec. 2003-II, § 86 (dans cet arrêt est affirmé que la théocratie est incompatible avec la CEDH) et *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* (GC) du 30 janvier 1998, 19392/92, § 45; ZIMMERMANN, Liberté religieuse vs neutralité religieuse, N 10; GOY, 193.

³²⁷ CourEDH, arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, Rec. 2003-II, § 119; cf. cependant l'opinion concordante du juge KOVLER, qui désapprouve de rejeter d'emblée l'idée d'un système de pluralisme juridique qui a droit de cité dans la théorie et la pratique juridiques anciennes et contemporaines, en citant notamment John GRIFFITHS, «What is legal pluralism?», *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1986 (18) 1-55; LARRALDE, 750.

ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci³²⁸.

Par conséquent, il existe une grande diversité des modèles de relations entre État et Église en Europe, qui peuvent prendre la forme d'Églises d'État (Angleterre³²⁹, Grèce³³⁰, pays scandinaves), de régimes laïques (France, Turquie³³¹) ou d'autonomie de l'Église majoritaire avec des accords de coopération plus ou moins étendus (Allemagne, Espagne, Italie) ou encore de régimes hybrides qui combinent les caractéristiques de différents modèles, à l'instar de la Suisse du fait de la décentralisation de cette compétence³³².

Il est admis qu'en raison du profond enracinement chrétien des pays d'Europe, la religion dominante puisse être favorisée à certains égards, sans constituer pour autant une entorse aux principes de pluralisme et d'objectivité que doit respecter l'État; il importe de déterminer l'existence de critères objectifs et raisonnables justifiant la différence de traitement et la possibilité de conclure des accords similaires avec d'autres Églises qui en exprimeraient le souhait³³³. Il n'appartient pas à la Cour de dicter à un État défendeur telle ou telle forme de coopération avec les différentes communautés religieuses³³⁴. Une exigence d'égalité « minimale » des droits et avantages entre les différentes Églises ou communautés religieuses qui coexistent dans un même pays doit cependant être assurée pour que l'entorse puisse se justifier³³⁵.

³²⁸ CourEDH, arrêts *Leyla ahin c. Turquie* (GC), du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI, § 107, *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, Rec. 2003-II, § 91 et *Manoussakis et autres c. Grèce* du 26 septembre 1996, 18748/91, § 47; SUDRE, N 524.

³²⁹ Dont le monarque est également le chef de l'Église anglicane, GUICHARD, 37.

³³⁰ Cf. art. 3 de la Constitution grecque du 9 juin 1975: « La religion dominante en Grèce est celle de l'Église orthodoxe orientale du Christ. »; cf. SAHLFELD, 27-31.

³³¹ WILLAIME/MATHIEU, 156, parlent de « laïcité musulmane » pour la Turquie, l'islam sunnite étant un élément fondateur de la nation turque; cette laïcité est proche de la laïcité française mais se distingue de cette dernière en ce qu'elle vise plutôt la subordination de la religion à l'État, le « cantonnement » de la religion musulmane à la sphère privée.

³³² ZIMMERMANN, Laïcité et Genève, 53 ss, et réf. citées; PENA-RUIZ, 241 s.; GOY, 193; RINGELHEIM, Droit et religion, 553. Pour un aperçu des différents régimes en Europe, voir CourEDH, arrêt *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie* (GC) du 9 juillet 2013, Rec. 2013-V, § 138.

³³³ CourEDH, arrêts *Savez crkava « Rijeczivota » et autres c. Croatie* du 9 décembre 2010, 7798/08, § 85, *Lautsi et autres c. Italie* (GC) du 18 mars 2011, 30814/06, § 71, *Folgerø et autres c. Norvège* (GC) du 29 juin 2007, 15472/02, § 89 et *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche* du 31 juillet 2008, 40825/98; LEMMENS, 142 ss; WILLAIME, Le retour du religieux, 41 s.; RINGELHEIM, Droit et religion, 555.

³³⁴ CourEDH, arrêt *Izzettin Doğan c. Turquie* (GC) du 26 avril 2016, 62649/10, § 183.

³³⁵ DE GOUTTES, 92.

3. En Suisse : une neutralité confessionnelle relative

En Suisse, les discordes confessionnelles entre catholiques et réformés ont abouti aux Constitutions fédérales de 1848 et 1874, dont l'un des objectifs principaux fut la paix confessionnelle par le biais de la liberté de conscience et de religion, mais aussi et surtout par la concrétisation de l'exercice de la liberté de professer sa religion, montrant par là l'ouverture de l'État à la reconnaissance du fait religieux comme phénomène inhérent au développement de toute civilisation, d'où l'expression de *neutralité confessionnelle relative* qui sort la Confédération helvétique du giron des États proprement dits laïques, même si dans la pratique l'on peut qualifier la Suisse comme pays laïque au sens large du terme³³⁶ : nombre de références officielles au christianisme sont conservées mais en prenant garde à ne pas discriminer les autres religions et en particulier celles issues des minorités³³⁷.

C'est ainsi que le législateur fédéral a sanctifié le dimanche comme jour de repos hebdomadaire et que les cantons ont choisi des fêtes chrétiennes comme jours fériés³³⁸, sans omettre la cautèle de l'art. 20a al. 2 LTr permettant au travailleur de prendre congé pour des fêtes de sa propre religion³³⁹. L'État suisse n'est donc pas indifférent au fait religieux et reconnaît son héritage chrétien, mais il ne saurait instaurer une discrimination fondée sur la confession³⁴⁰. La neutralité de l'État en Suisse n'est donc pas absolue, ce que démontre l'existence – admissible – d'Églises officielles garanties par le droit public. Elle n'a pas pour sens d'exclure, dans les activités étatiques, tout élément d'ordre religieux ; toutefois, une attitude antireligieuse n'est pas neutre³⁴¹.

³³⁶ MACLURE/TAYLOR, 36 s.

³³⁷ ROUILLER, 948 s. ; WINZELER, Neutralität, 16.

³³⁸ ATF 116 Ia 252, JdT 1992 I 5, consid. 5d ; WINZELER, Neutralität, 16 ; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 48 (la doctrine alémanique use de la formule suivante : « *Der Staat ist weltanschaulich neutral, aber nicht wertneutral.* ») ; VISCHER, Religionsfreiheit, 578 s.

³³⁹ SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 Cst. N 19 ; KLEY, 87.

³⁴⁰ MÜLLER M., 81-84 ; ZIMMERMANN, Liberté religieuse vs neutralité religieuse, N 7 ; ROUILLER, 947 s. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 495.

³⁴¹ ATF 123 I 296, c. 4 b)bb) ; ATF 118 Ia 46, c. 3b et 4e)aa), JdT 1994 I 79 ; ATF 116 Ia 252, c. 5d, JdT 1992 I 5 ; BIAGGINI, Komm. BV, art. 15 N 14. La composante institutionnelle de la liberté religieuse représente une garantie de l'État de droit ; en ce sens c'est une norme orientative de l'activité étatique (art. 35 al. 1 Cst.) (ZIMMERMANN, Liberté religieuse vs neutralité religieuse, N 7 ; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 Cst. N 17 ; KLEY, 86). Ce principe ne figure pas *expressis verbis* dans la Constitution fédérale mais le Tribunal fédéral le déduit directement de la liberté religieuse (ATF 113 Ia 304, c. 4c, JdT 1989 I 268). La liberté religieuse oblige l'État à observer une neutralité religieuse et le citoyen peut se prévaloir à cet égard d'un droit individuel justiciable (ATF 118 Ia 46, c. 3b et 4e)aa), JdT 1994 I 79 ; MARTENET, Géométrie de l'égalité, N 1268. Pour une approche différente, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 499).

Selon le Tribunal fédéral, la neutralité philosophique et religieuse de l'État, qui assure la sauvegarde de la tolérance, de la liberté et de l'intégration religieuses peut se réaliser par une séparation stricte entre l'État et la sphère religieuse (qu'il qualifie de tradition de «l'État laïque») mais aussi lorsque l'État fait preuve d'une attitude également réceptive à l'égard des diverses philosophies et professions de foi (qu'il qualifie de «neutralité confessionnelle de l'État»), mais qui lui impose dans tous les cas de s'abstenir, dans les actes publics, de toute considération confessionnelle ou religieuse susceptible de compromettre la liberté des citoyens dans une société pluraliste³⁴². À dire vrai, le Tribunal fédéral n'a jamais exploré en détail ce que recouvraient les notions de laïcité et de neutralité confessionnelle dans une perspective nationale – ou intercantonale.

L'art. 72 al. 1 Cst. laisse aux cantons la tâche de réglementer les rapports entre l'Église – en réalité cette disposition désigne toutes les communautés religieuses³⁴³ – et l'État. Les cantons peuvent ainsi choisir de les séparer rigoureusement ou au contraire de conférer un statut préférentiel à certaines entités religieuses³⁴⁴. Il y a ainsi vingt-six systèmes cantonaux différents, qui reflètent chacun leur histoire respective; les positions théologiques divergent entre protestants et catholiques sur le rôle et le statut de l'État, justifiant la grande diversité cantonale³⁴⁵.

B. La sécularité comme donnée des sociétés occidentales

Nombre de penseurs des Lumières avaient pour souhait de restreindre le domaine de la religion à la seule croyance individuelle, et ainsi la priver du rôle prépondérant qui

³⁴² ATF 148 I 160, c. 7.4 et 7.10.3; ATF 123 I 296, c. 4b)bb); ATF 116 Ia 252, c. 5e, JdT 1992 I 5; KARLEN, Religionsfreiheit, 188; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 Cst. N 18. Le terme *neutral* signifie en latin ni l'un ni l'autre («Neutre», Trésor de la langue française informatisée). Dans son acception stricte, aucune option spirituelle ne saurait être favorisée. Le Conseil d'État français a qualifié la laïcité de «principe fondamental reconnu par les lois de la République», CE, 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, n° 219379.

³⁴³ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 72 N 15.

³⁴⁴ S'ils font le choix de donner un statut de droit public à certaines Églises ou de reconnaître l'intérêt public de certaines communautés religieuses, ils n'en ont pas moins l'obligation de traiter sans discrimination toutes les communautés religieuses et toutes les personnes adhérant à la foi que celles-ci véhiculent, sous peine de violer l'art. 8 al. 2 Cst, FF 1997 I 1, 291; ROULLER, 947; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 47. Les formes de coopération sélective avec les communautés religieuses sont ainsi licites, pour autant qu'il n'en résulte pas une attitude hostile ou antidiscriminatoire envers d'autres communautés religieuses (FF 1997 I 1, 158; VISCHER, Religionsfreiheit, 579; KLEY, 87).

³⁴⁵ ZIMMERMANN, Laïcité et Genève, 58; CAMPICHE, La religion visible, 41. Elles peuvent être regroupées en quatre catégories de rapports institutionnels: les cantons qui ont strictement séparé l'Église de l'État (Genève et Neuchâtel): les cantons traditionnellement réformés évangéliques qui possèdent parfois un système d'Église d'État; les cantons traditionnellement catholiques romains qui confèrent un statut de droit public aux Églises et les cantons traditionnellement paritaires, dont les relations entre les Églises et l'État sont plus distendues (AUER, N 1351; ZIMMERMANN, Histoire de la liberté religieuse, 62).

avait été le sien dans la vie sociale et politique du monde occidental dans les siècles antérieurs³⁴⁶. La sécularisation du monde occidental a ainsi marqué la fin d'un monopole, ou de la domination, d'un paradigme religieux parmi d'autres (un «décentrement» du christianisme) et une ouverture à une pluralité de cultures pouvant déboucher sur une simple juxtaposition entre religions³⁴⁷; cette sécularisation a, à côté de la laïcisation, produit un certain effet sur la religion au travail.

Étymologiquement, *sécularisation* signifie le transfert à des autorités profanes (inscrites dans le siècle) de fonctions auparavant assumées par les autorités religieuses³⁴⁸. La sécularisation d'une société se reconnaît d'abord à l'affaiblissement de la religion dans les mentalités, les mœurs et les institutions. Avant de découler d'une volonté politique et de se traduire dans le droit, la sécularisation exprime la tendance des sujets sociaux à se dispenser d'une référence obligée à une appartenance religieuse³⁴⁹. Loin cependant d'être une «soustraction» de la religion, la sécularisation est un processus de redéfinition de la croyance qui a vu se multiplier les options spirituelles³⁵⁰.

La distinction entre laïcisation et sécularisation peut sembler difficile à établir là où la religion s'impose encore, quelles que soient les confessions entre lesquelles elle se distribue, comme une référence obligée ou dominante, plus présente dans le tissu social que dans l'État proprement dit: c'est plus le cas des pays anglo-saxons³⁵¹. En effet, dans ces pays, c'est un processus de sécularisation plus que de laïcisation qui a prévalu. Mais ce processus conserve en fait une sorte de matrice religieuse, qu'il reconduit au sein de la société civile. Il a impliqué les Églises réformées dans l'organisation de la vie sociale et l'institutionnalisation politique. Bien que la liberté de conscience soit respectée dans ces pays, celle-ci s'assortit parfois d'un fidéisme à l'écriture biblique qui peut tourner à l'obscurantisme, voire à un moralisme religieux rétrograde, comme le montrent les événements récents aux États-Unis.

Dans les pays historiquement «pilarisés» comme la Belgique et les Pays-Bas, on assiste, comme conséquence de la sécularisation, à une baisse considérable de cette intensité de tendance dans les organisations qui sont nées au sein des religions tradition-

³⁴⁶ MEYLAN, 20, qui s'appuie sur Michel FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population: Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard, 2003, 195-232.

³⁴⁷ GISEL, *Théologie et sciences religieuses*, 183 et 186, à propos du déplacement des frontières respectives de la théologie et des sciences religieuses.

³⁴⁸ PENA-RUIZ, 32.

³⁴⁹ Pierre HAYAT, «Laïcité et sécularisation», *Les Temps Modernes* 2006 317-329.

³⁵⁰ TAYLOR, *L'Âge séculier, passim*, qui ajoute que si plus aucune option spirituelle n'est en mesure de s'imposer, les impasses du «matérialisme» et les promesses déçues de la modernité continuent toutefois d'éveiller un besoin de sens, lequel a des répercussions sur la place de la religion au travail.

³⁵¹ PENA-RUIZ, 245.

nelles (le catholicisme et le protestantisme)³⁵². Ce facteur affecte même dans une certaine mesure la possibilité de l'employeur de faire appel, dans un conflit de travail, au droit de faire respecter l'identité religieuse de l'entreprise par l'employé concerné³⁵³. Un auteur donne l'exemple suivant: une maison de repos en Belgique décide de licencier un employé pour raisons de non-complaisance avec la tradition catholique qui est formellement portée par l'institution. Les activités de l'institution peuvent être interprétées comme étant des actes de charité chrétienne, mais elles peuvent également être vues en tant que simples services payés ou en tant que devoirs humanitaires. Si la gestion de cette institution n'a jamais explicitement souligné que ses activités traduisent en fait les valeurs chrétiennes et si la religion n'entre que très rarement dans les considérations des travailleurs, l'entreprise trouvera peu de bases juridiques pour renvoyer un employé en se basant sur un conflit de tendance³⁵⁴.

Synthèse du Chapitre 1

D'abord avons-nous observé que plus qu'une confusion, c'est une multiplicité de significations qui se sont superposées dans l'histoire longue des relations ambivalentes entre la religion et le travail. La nature éminemment religieuse du travail dans nombre de cultures antiques a été aisément mise en évidence, bien que le mépris du «travail» semble avoir été chose courante parmi les cultures antiques (**I.A**). Puis, tout au long du Moyen Âge vont s'opérer – en particulier depuis la Réforme – les transformations qui amèneront le XVIII^e siècle à reconnaître sa valeur séculière au travail sans toutefois totalement occulter sa dimension religieuse (**I.B**). Avec la Modernité, nous avons vu que le travail est demeuré une valeur incontestablement essentielle dans nos sociétés mais que le capitalisme s'est débarrassé de la religion dans la valorisation du travail, n'ayant plus besoin de son soutien depuis qu'il repose sur une base mécanique. Il est désormais toujours considéré comme un accomplissement de soi, mais pour le salut terrestre et non plus le salut céleste (**I.C**).

Ensuite, nous avons observé qu'au sein de notre Modernité prétendument expurgée – de tout référent religieux – se donnent à voir des rapports contemporains entre la religion et le travail qui prennent place dans une Europe marquée par le pluralisme et l'individualisme autant religieux (**II.A**) que juridiques (**II.B**). Cette nouvelle réalité juridico-religieuse, appréhendée à partir d'une double individualisation de la religion et du travail, converge tout droit vers un droit du travail *adaptatif* en fonction des prati-

³⁵² Sur cette notion, André MOMMEN, «Laïcité et sécularisation aux Pays-Bas et en Belgique ou la fin de la pilarisation de la société civile», *Filozofija I Društvo* 2014 (25) 115-136; Marie-Claire CÉCILIA, «Eglises, Etat et «pilarisation»», *Le Monde diplomatique*, mars 2005.

³⁵³ OVERBEEKE, 372.

³⁵⁴ Idem.

ques religieuses des travailleurs, où l'on assiste de surcroît à l'émergence d'une démocratie «dialogique» – dialoguant entre différentes références normatives – et où la notion de régulation et de droit souple se juxtaposent au modèle normatif traditionnel de la réglementation – égale pour tous, unilatérale, imposée d'en haut et hors de portée des parties au rapport de travail **(II.C)**.

En troisième lieu, il est apparu clairement qu'au-delà de la simple confrontation entre des libertés individuelles du travailleur respectivement de l'employeur, les bases de fond que constituent la laïcité et la sécularité s'avèrent cruciales dans la formulation juridique de la problématique de notre thèse. Le rapport de travail s'inscrit dans un contexte juridique, culturel et politique donné qui exerce de nombreuses influences sur la place de la religion au travail. Il faut à ce titre distinguer la *laïcisation* d'un régime politique, lequel affirme son indépendance vis-à-vis de la religion **(III.A)** et la *sécularisation* d'une société, laquelle se caractérise par l'érosion de l'influence de la religion dans les pratiques sociales et dans la conduite de la vie individuelle **(III.B)**. Nous verrons dans la **Deuxième partie** comment le type de laïcité et le degré de sécularisation des différentes sociétés occidentales agit concrètement sur la pesée des intérêts contradictoires entre les salariés et l'employeur dans les entreprises de tendance religieuse.

Chapitre 2: Droits fondamentaux et religion dans les rapports de travail

Les relations de travail ne seraient-elles pas de celles où le renoncement à l'exercice des libertés idéales serait instinctif, fatal du moins dans les faits, impliqué par la nature même du rapport juridique caractérisé essentiellement par l'état de subordination du travailleur?

Cette vision du droit du travail comme sorte de point aveugle des droits fondamentaux est frappée d'une grande ingénuité³⁵⁵. Il est au contraire bien des raisons d'y voir un champ de prédilection pour un développement vigilant des droits fondamentaux. Ces derniers, aux *sources* hétérogènes (I) et au *champ d'application matériel* large (II), ont pour fondement commun moderne le respect de la dignité de l'Homme, le travailleur en étant assurément, au vu du *champ d'application personnel* tout aussi vaste (III). La Conférence internationale du Travail, dans sa Déclaration du centenaire de l'OIT pour l'avenir du travail adoptée le 21 juin 2019, en appelle l'OIT à «transposer dans son deuxième siècle d'existence son mandat constitutionnel au service de la justice sociale avec une inlassable énergie, en développant son approche de l'avenir du travail centrée sur l'humain, qui place les droits des travailleurs [...] au cœur des politiques économiques, sociales et environnementales» (art. I let. D)³⁵⁶. Ce terrain est d'autant plus fertile que l'entreprise est une communauté, économique et sociale, mais aussi un ensemble juridiquement structuré, siège du *pouvoir* de son chef, l'em-

³⁵⁵ DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, 35 N 46, qui relèvent la «grande prudence» dont ont fait preuve jusqu'ici les juridictions dans l'application horizontale (indirecte) des droits fondamentaux dans les rapports de travail.

³⁵⁶ La Déclaration de Philadelphie affirmait déjà, avec netteté, la primauté des aspects humains et sociaux sur les considérations économiques, en s'intéressant aux droits de l'homme. Cf. BARTOLOMEI DE LA CRUZ/EUZÉBY, 15 s. ainsi que Jean-Philippe DUNAND/Aurélien WITZIG, *La Suisse et l'Organisation internationale du travail (OIT). Fondements et portée pratique*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2022.

ployeur, rendant impérieuse l'assurance d'une protection juridique de la partie faible, le travailleur³⁵⁷.

I. Sources juridiquement consacrées

Les droits fondamentaux «à visée religieuse» tels qu'ils sont consacrés par le droit positif se trouvent dans une multitude de textes juridiques issus tant de l'ordre juridique interne qu'international, soit essentiellement dans des conventions internationales de protection des droits fondamentaux – principalement la CEDH et le Pacte ONU II –, dans les conventions de l'OIT, dans la Constitution fédérale et les constitutions cantonales, sans négliger les relais de droit ordinaire (législatif), dont il ne faut pas mésestimer l'importance³⁵⁸.

Aussi est-il important de souligner d'emblée que c'est principalement la liberté de religion qui viendra s'appliquer dans les rapports de travail pour protéger les croyances et pratiques religieuses du travailleur (A), mais que celle-ci entretient un lien étroit avec l'interdiction de la discrimination fondée sur les convictions religieuses d'une part, avec laquelle elle peut entrer en concours pour renforcer la protection du salarié (B)³⁵⁹. D'autres droits fondamentaux en relation avec la liberté de religion peuvent par ailleurs entrer en jeu dans les rapports de travail: tel est le cas de la liberté d'expression en lien avec des propos religieux (art. 10 CEDH, 16 Cst.), du droit au respect de la vie privée lorsqu'il est question de pratiques religieuses dans la vie privée du travailleur pouvant entrer en contrariété avec l'éthique promue par l'employeur (art. 8 CEDH, 13 Cst.) ou encore de la liberté personnelle – qui est subsidiaire – en lien avec la volonté du travailleur de porter des signes religieux (art. 8 CEDH, 10 al. 2 Cst.)³⁶⁰.

En tant que garantie spécifique, la liberté de religion s'applique à titre de *lex specialis* en primant les garanties plus générales que sont les libertés précitées, de même que la liberté de réunion et d'association (art. 11 CEDH, 22 et 23 Cst.) et économique (art. 27 Cst.) en présence d'un élément religieux prépondérant; on parle alors de *concours improprement dit*³⁶¹. Une première exception doit cependant être faite pour la liberté éco-

³⁵⁷ VERDIER, Relations de travail, 653 s.

³⁵⁸ MARTENET, Réalisation, 244. Pour un panorama complet des textes régionaux et universels garantissant la liberté religieuse, lire OTTENBERG, *passim*.

³⁵⁹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 7; DUBEY, Droits I, N 1913 et Droits II, N 3186; BIAGGINI, Komm. BV, art. 15 N 2; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 13.

³⁶⁰ RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, 307; GLOOR, Kopftuch, 3.

³⁶¹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 7; KÜHLER, 217 ss et jurisprudence citée; DUBEY, Droits II, N 1946; BIAGGINI, Komm. BV, art. 15 N 2; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 12; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 Cst. N 23.

nomique (art. 27 Cst.) qui sera la liberté dont se prévaudra l'employeur à but lucratif pour contredire la liberté de religion du travailleur, la titularité de cette dernière liberté étant refusée à de telles personnes morales (C).

Une seconde exception doit être mentionnée lorsque ces autres libertés idéales normalement subsidiaires entrent en *concours proprement dit* avec la liberté de religion: c'est le cas lorsque plusieurs droits sont atteints par la même mesure de restriction, sans que le droit à la liberté religieuse n'écarte l'autre droit fondamental. La Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal fédéral analysent alors la question sous l'angle du droit le plus pertinent, mais en tenant compte de l'autre droit concerné, tout en devant garder à l'esprit que leur approche n'est pas toujours au diapason³⁶². Ainsi en va-t-il d'un discours religieux avec une forte charge politique ou du comportement d'un travailleur dans sa vie privée qui se révélerait contradictoire avec l'éthique affichée par une organisation religieuse³⁶³.

Dès lors faut-il garder en mémoire que la protection juridique des croyances et pratiques religieuses est constituée d'un système de normes fonctionnant comme un tout, et non de la seule liberté de religion *per se*³⁶⁴. Avant de les passer en revue, concédons – même si ceci relève d'un truisme – que les sources juridiques ne sont qu'une – mince – partie des règles qui régiront la religion dans les rapports de travail: ce qui détermine les personnes à agir de telle ou telle manière dans une relation de travail au quotidien relève bien davantage, dans la pratique, de règles non juridiques, qu'il appartient plutôt à la sociologie et à la psychologie de révéler³⁶⁵.

A. Liberté de religion

De nombreuses sources conventionnelles (1), constitutionnelles (2) et de relais législatifs (3) protègent la liberté religieuse garantissant principalement à l'individu, un groupement d'individus ou une communauté religieuse une sphère d'autonomie face aux intrusions de l'État et à certains égards des tiers³⁶⁶. Elle n'est cependant pas garantie de manière absolue, à l'instar des autres libertés (4).

³⁶² MARTENET, Liberté religieuse, 28; DUBEY, Droits II, N 1946.

³⁶³ CourEDH, *Murphy c. Irlande* du 10 juillet 2003; KARLEN, Religionsfreiheit, 248 ss, qui cite des exemples nombreux de concours proprement dits entre la liberté de religion et les autres libertés idéales; PÄRLI, EMRK, 1685; CommEDH, décision *Rommelfanger c. République fédérale d'Allemagne* du 6 septembre 1989, 12242/86: les propos sur l'avortement d'un médecin d'un hôpital de l'Église catholique romaine ont été analysés sous l'angle de l'art. 10 et arrêt *Schüth c. Allemagne* et *Obst c. Allemagne* du 23 septembre 2010, où la Cour analyse le comportement du travailleur d'une organisation religieuse en dehors du travail sous l'angle de l'art. 8 CEDH.

³⁶⁴ Sur les interactions – nombreuses – entre la liberté de religion et les autres libertés fondamentales, cf. MARTENET, Liberté religieuse, 27 ss.

³⁶⁵ WITZIG, Droit du travail, N 223.

³⁶⁶ KÜHLER, 55 s.

La genèse de la liberté religieuse moderne s'inscrit dans l'histoire des rapports tumultueux entre l'État et l'Église, les guerres de religion ravageuses en Europe et la pénétration diffuse de la philosophie politique des Lumières dans la Confédération³⁶⁷. La généalogie de ses sources – juridiques et axiologiques – mériterait à elle seule une étude approfondie qui ne peut être faite ici, nous obligeant à nous rabattre sur les sources de droit positif³⁶⁸, raison pour laquelle nous nous bornons à citer les deux normes qui ne sont pas intégrées au droit positif suisse mais qui constituent des sources axiologiques de première importance: l'art. 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 1789 énonçant que «Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi» et l'art. 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU du 10 décembre 1948 proclamant que «Toute personne a le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion [...]», qui a également servi de base de réflexion aux rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme³⁶⁹.

1. *Consécration internationale*

a. *Convention européenne des droits de l'homme*

Art. 9

Liberté de pensée, de conscience et de religion

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.

³⁶⁷ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 2; KÖLZ, 57, 118, 146, 678.

³⁶⁸ Ce sont surtout les Lumières, ayant succédé aux conflits religieux ravageurs en Europe, qui ont prélué à l'avènement de la liberté de conscience et de croyance. Pour une histoire détaillée de la liberté religieuse, cf. ZIMMERMANN, Histoire de la liberté religieuse, *passim*; Sylvie GUICHARD/Sarah SCHOLL, «De la liberté collective du culte à la liberté individuelle de conscience dans les constitutions du XIX^{ème} siècle», in Felix Hafner/Andreas Kley/Victor Monnier/Stefan G. Schmid (édit.), *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, vol. XV, Berne, Stämpfli, 2018, 41-61.

³⁶⁹ GONIN, Liberté religieuse, 23.

L'on retient dans la jurisprudence et la doctrine que la garantie internationale de l'art. 9 CEDH coïncide généralement avec l'art. 15 Cst.³⁷⁰

b. Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Art. 18

¹ Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

² Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

³ La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

⁴ [...]

L'art. 18 Pacte ONU II garantit de manière quasiment identique à l'art. 9 CEDH la liberté religieuse à toute personne, avec les mêmes considérations que celles qui précèdent s'agissant de sa portée vis-à-vis de l'art. 15 Cst.³⁷¹

c. Excursus: Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Art. 10

Liberté de pensée, de conscience et de religion

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 Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Même si la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne, mentionnons l'art. 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) qui garantit également la liberté religieuse, dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme et, dans une moindre mesure les tribunaux suisses, s'inspirent toujours plus de la CDFUE et des solutions consacrées par la Cour de justice de l'Union européenne

³⁷⁰ ATF 142 I 195, c. 5.1; ATF 135 I 79, c. 5.1, JdT 2009 I 343; ATF 125 I 300, c. 3c, JdT 2001 I 302; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 10.

³⁷¹ *Ibid.*

pour examiner la portée des droits fondamentaux, en particulier dans le cadre de la reprise autonome – mais pas seulement³⁷² – du droit européen³⁷³.

2. *Consécration internes*

a. *Constitution fédérale*

Art. 15

Liberté de conscience et de croyance

¹ La liberté de conscience et de croyance est garantie.

² Toute personne a le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté.

³ Toute personne a le droit d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir et de suivre un enseignement religieux.

⁴ Nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux.

La formulation de l'art. 15 Cst. met l'accent sur l'aspect individuel de la liberté de religion, élément sans doute le plus prégnant à notre époque³⁷⁴. Jadis primordial, le souci du maintien de la paix religieuse a été relégué au second plan, figurant désormais dans la disposition régissant les relations entre l'Église et l'État (art. 72 al. 2 Cst.)³⁷⁵.

b. *Constitutions cantonales*

La liberté religieuse est également garantie dans la majorité des constitutions cantonales – c'est le cas notamment de la Constitution du canton de Vaud à l'art. 16 Cst. VD qui la garantit en des termes tout à fait similaires³⁷⁶. Les garanties cantonales ne confèrent cependant pas, sous réserve d'une spécificité éventuelle, une portée plus

³⁷² TF 17 février 2014, 4A_399/2013, c. 3.4, dans lequel le TF, pour interpréter l'art. 336 CO (norme qui n'est ni reprise ni inspirée du droit européen), étaye son raisonnement en citant la jurisprudence de la CJUE.

³⁷³ Matthias OESCH/Tobias NAEF, «EU-Grundrechte, der EuGH und die Schweiz», *RDS* 2017 I 117-144, qui parlent d'«*Europareflex*»; WITZIG, *Droit du travail*, N 306. Sur le sens attribué à l'expression «droit européen», cf. Luigi MOCCIA, «Droit communautaire et droit européen», *Revue internationale de droit comparé* 2014 773-790, qui rend compte du passage sémantique de «droit communautaire» à «droit européen» par le saut qualitatif correspondant au dépassement de la phase *fonctionnaliste* de l'intégration *économique* vers une phase *constitutionnelle* d'intégration *normative*. L'expression «droit communautaire» est cependant désuète depuis le Traité de Lisbonne, qui substitue l'Union européenne à la Communauté européenne dont elle prend la succession, BORCHARDT, 19.

³⁷⁴ Message Cst., FF 1997 I 157; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 6.

³⁷⁵ Selon le Message Cst., FF 1997 I 157, la paix religieuse «n'est plus aujourd'hui menacée comme par le passé». Voir toutefois ATF 123 I 296, c. 4a, dans lequel le TF considère que «la paix religieuse reste fragile».

³⁷⁶ RS 131.231.

étendue que la Constitution fédérale, de sorte qu'elles ont perdu notablement de leur importance dans l'examen de la liberté religieuse dans son aspect individuel, surtout depuis la ratification de la CEDH par la Suisse en 1974³⁷⁷.

3. *Relais de droit ordinaire*

Aucune loi spécifique ou générale ne protège la liberté religieuse – ou l'interdiction de la discrimination à raison de la religion – dans les relations entre particuliers. En revanche, une myriade de normes civiles et pénales matérialisent sa protection dans les rapports de travail entre acteurs privés³⁷⁸.

En droit du travail, l'art. 328 CO prévoit l'obligation pour l'employeur de respecter et protéger la personnalité du travailleur, qui inclut les croyances religieuses du travailleur. L'art. 336 al. 1 let. a et b CO est lui aussi un relais législatif de la liberté religieuse en ce qu'il protège le travailleur contre un licenciement fondé respectivement sur l'appartenance à une religion ou l'exercice de sa liberté de religion³⁷⁹. L'art. 20a al. 2 LTr enfin autorise le travailleur à interrompre son travail à l'occasion des fêtes religieuses autres que celles qui sont assimilées à des jours fériés par les cantons, à condition qu'il en avise son employeur au plus tard trois jours à l'avance. Cette règle est un autre relais législatif de la liberté de conscience destiné en particulier aux travailleurs issus de religions minoritaires³⁸⁰.

Où l'on voit de prime abord que ce sont les nombreux relais en droit civil et pénal qui semblent donner du relief à la liberté religieuse et ses limites dans les rapports de travail³⁸¹.

4. *Restrictions*

Comme toutes les autres libertés fondamentales, la liberté religieuse peut être restreinte si les conditions de l'art. 36 Cst., respectivement des art. 9 § 2 CEDH et 18 § 3 Pacte ONU II, sont cumulativement respectées.

Par restriction à la liberté religieuse, il convient de déterminer si celle-ci a été *effectivement atteinte* dans sa sphère protégée, soit par une action étatique, soit par une entité privée dont il incombe à l'État la charge de respecter une obligation positive³⁸². L'identification d'une atteinte à la liberté religieuse soulève cependant une difficulté particulière: le tribunal appelé à juger de la licéité d'une prétendue atteinte doit en pre-

³⁷⁷ ATF 102 Ia 468, c. 1; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 8; DUBEY, Droits II, N 1915.

³⁷⁸ Pour un tour d'horizon de ces différentes normes, cf. CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 139 ss.

³⁷⁹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 142.

³⁸⁰ WYLER/HEINZER, 482.

³⁸¹ MAHON, vol. II, N 79.

³⁸² Pour des exemples jurisprudentiels, cf. GONIN, Liberté religieuse, 60-63.

mier lieu déterminer si le titulaire de ce droit fait valoir un comportement qui procède effectivement d'une croyance religieuse, et non d'une prédilection personnelle³⁸³.

a. Base légale

La condition de la base légale prévue à l'art. 9 § 2 CEDH est entendue dans son acception matérielle et non formelle: la Cour exige d'une part une loi *accessible*, le citoyen devant pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné, d'autre part une certaine *précision* de celle-ci, notion à interpréter comme permettant au justiciable de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de ses actes, ce qui implique en d'autres termes une certaine *densité* de la norme, sans toutefois être trop rigide quant à cette exigence³⁸⁴.

Le Tribunal fédéral, quant à lui, admet avec une certaine facilité qu'une restriction apportée à la liberté de conscience et de croyance est grave, si bien qu'une base légale formelle est requise (art. 36 al. 1, 2^e phr., Cst.)³⁸⁵. La gravité de l'atteinte s'apprécie selon des critères objectifs, en faisant abstraction de la façon dont le recourant la ressent. Dans le domaine de la liberté religieuse, cette appréciation est difficile car les sentiments et convictions religieux sont toujours motivés de manière subjective; les organes étatiques doivent se référer à la signification des règles religieuses pour les personnes concernées. Il est décisif à cet égard d'examiner si les personnes touchées par une entrave concrète sont en mesure d'exposer en quoi cette atteinte heurte une règle de comportement importante ou un élément essentiel établi dans une pratique religieuse déterminée, de manière que sa gravité soit perceptible objectivement dans les circonstances apparentes de la vie³⁸⁶.

³⁸³ DUBEY, Droits II, N 2001 ss; cf. *infra* Chap. 2, II, C.

³⁸⁴ CourEDH, arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni* (GC) du 26 avril 1979, § 49 et *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* (GC) du 26 octobre 2000, Rec. 2000-XI, § 84-89; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 147.

³⁸⁵ ATF 142 I 49, c. 6-7, JdT 2016 I 67; ATF 139 I 280, c. 4 et 5.2, JdT 2014 I 118; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 148.

³⁸⁶ ATF 142 I 49, c. 5.2 et 7.2, JdT 2016 I 67 (l'interdiction faite aux élèves de porter le voile islamique à l'école a été considérée comme une atteinte grave, compte tenu du fait que cette interdiction place l'enfant dans un conflit entre le respect de la prescription étatique et celui d'une prescription religieuse qui lui est transmise par son origine familiale, pareilles tensions pouvant peser lourdement sur un enfant et nuire à son bien-être); ATF 139 I 280, c. 5.2, JdT 2014 I 118; ATF 135 I 79, c. 4.4, JdT 2009 I 343. L'interdiction concernant le même voile islamique a en revanche été qualifiée d'atteinte légère dans le cas d'un règlement cantonal qui interdit le port de tout symbole religieux pour les juges et greffiers au tribunal attendu que cette restriction s'applique dans une situation strictement définie dans le temps et dans son objet (débats et notification orale des prononcés en présence des parties ou du public (TF 11 mars 2019, 2C_546/2018, c. 4.3.3).

b. Intérêt public et protection des droits fondamentaux d'autrui

La condition de l'intérêt public ou de la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2 Cst.) et celle – largement équivalente – du but légitime (art. 9 § 2 CEDH) ne soulève généralement aucune difficulté particulière, le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme procédant généralement à une analyse sommaire en la matière³⁸⁷. Plus encore que pour d'autres libertés fondamentales, les autorités nationales disposent d'une *grande marge d'appréciation* dans le caractère nécessaire d'une restriction de la liberté religieuse, car le cadre de la religion dépend beaucoup du contexte national et culturel dans lequel la mesure litigieuse s'inscrit, et qu'il n'existe pas de solution uniforme à l'échelon européen pour cette problématique³⁸⁸. Cela n'exclut donc pas un contrôle européen en ultime recours devant la Cour, mais son examen demeure relativement limité sur cette condition³⁸⁹.

Toutes les mesures visant à sauvegarder le maintien de l'*ordre public*, en particulier la sécurité, la tranquillité, la santé et la moralité publiques ainsi que la bonne foi dans les affaires, sont des intérêts publics qui peuvent justifier une restriction à la liberté religieuse³⁹⁰. La *santé, l'hygiène* et la *sécurité publiques* sont des motifs fréquemment invoqués pour justifier des atteintes à la liberté religieuse dans le contexte des rapports de travail: tel est le cas d'une infirmière gériatrique sommée de retirer son pendentif en croix car ce dernier était susceptible de blesser les patients, d'être arraché pour être utilisé comme une arme ou d'entrer en contact avec des plaies ouvertes³⁹¹.

La réalité est cependant plus complexe en ce que des assouplissements sont possibles et amènent des réponses différentes dans d'autres contextes, par exemple dans le cadre d'un enseignement universitaire où les étudiants, adultes et à l'esprit critique plus développé, sont moins susceptibles d'être influencés par les ornements religieux de leurs enseignants³⁹².

La volonté de préserver la *paix religieuse* peut également entrer en considération à titre d'intérêt public propre à justifier une restriction du port des signes religieux ou

³⁸⁷ CourEDH, arrêt *Leyla ahin c. Turquie* (GC) du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI, § 99; GRABENWARTER/PABEL, Art. 9 N 82; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 151 et 154. Les mesures qui tendent vers ces «objectifs légitimes» doivent constituer des mesures nécessaires dans une société démocratique. Cette exigence est donc double: par *nécessaire*, la Cour de Strasbourg entend que la mesure doit répondre à un *besoin social impérieux* (CourEDH, arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (GC) du 7 décembre 1976, § 48).

³⁸⁸ CourEDH, arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1996, § 322.

³⁸⁹ GONIN, Liberté religieuse, 78 ss, et les arrêts cités.

³⁹⁰ FF 1997 I 1, 197; ATF 110 Ia 99 c. 5a; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, vol. II, N 217.

³⁹¹ CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 98-100.

³⁹² BRICE-DELAJOUX, 60 s.; ROUILLER, 947; TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES, 1414.

pour éviter un trouble à l'ordre public, mais l'art. 72 al. 2 Cst. apparaît alors comme une *lex specialis*³⁹³. Avec l'avènement du pluralisme religieux dans nos sociétés occidentales contemporaines, le «vivre ensemble» – et son corollaire, le «travailler ensemble» – est devenu un intérêt public susceptible de justifier la liberté de religion dans certains contextes³⁹⁴. Ces développements confirment que la notion d'intérêt public est *évolutive* et s'apprécie par conséquent différemment au gré des évolutions sociales³⁹⁵.

c. Proportionnalité

La condition de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.) ou de la nécessité dans une société démocratique (art. 9 § 2 CEDH) implique en définitive de procéder à une pesée des intérêts en présence (proportionnalité au sens étroit)³⁹⁶, après avoir examiné les sous-principes de l'aptitude (de la mesure à atteindre le but visé) et de la nécessité (limitation de la mesure au strict nécessaire pour atteindre le but visé). Si cette pesée est complexe, la Cour de Strasbourg se montre souvent déférente envers les autorités nationales et reconnaît aux États une marge d'appréciation – parfois importante – en particulier lorsque les approches d'une question sont diverses en Europe³⁹⁷. Enfin, les effets d'une mesure sont également pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme avant de trancher³⁹⁸.

Le Tribunal fédéral tend, pour sa part, à examiner minutieusement le principe de proportionnalité. La proportionnalité au sens étroit occupe une place importante dans son analyse. Les cas les plus marquants voient d'ailleurs s'entrechoquer des libertés, des droits ou des principes. La jurisprudence s'avère par ailleurs dynamique, dans la mesure où elle est susceptible d'évoluer à droit constant³⁹⁹.

Pour apprécier le caractère raisonnable, il faut mettre en balance l'importance du commandement religieux de celui qui s'en prévaut avec l'importance de l'intérêt public ou la protection du droit fondamental du tiers. Mais il ne faut pas se leurrer: la

³⁹³ ATF 142 I 49, c. 8.2.3, JdT 2016 I 67; ATF 123 I 296, c. 4a; ATF 108 Ia 41, c. 2; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 152.

³⁹⁴ Cf. ZANDIRAD, N 14-18; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 89.

³⁹⁵ ATF 108 Ia 41, c. 2b-c; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 154.

³⁹⁶ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 155.

³⁹⁷ CourEDH, arrêts *Dogru c. France* du 4 décembre 2008, 27058/05, § 63, *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008, 31645/04, § 63 et *Leyla ahin c. Turquie* (GC) du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI, § 109 s. Voir, en outre, GRABENWARTER/PABEL, Art. 9 N 87.

³⁹⁸ CourEDH, arrêts *Dogru c. France* du 4 décembre 2008, 27058/05, § 76 et *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008, 31645/04, § 76 (exclusion définitive de deux élèves d'un collège portant le foulard islamique lors des cours d'éducation physique ou sportive, mais faculté pour ces élèves de poursuivre leur scolarité dans un établissement d'enseignement à distance).

³⁹⁹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 156.

violation d'une prescription religieuse constituera très souvent une norme inviolable dont le respect doit être absolu pour le croyant⁴⁰⁰. La balance penche toujours du côté de l'intérêt public lorsque la vie ou l'intégrité corporelle sont en jeu⁴⁰¹. Les autorités doivent cependant tout entreprendre pour éviter de mettre le titulaire face à un *dilemme cornélien* où il doit choisir entre le respect de la norme religieuse ou de la norme civile, le respect de l'une entraînant la violation de l'autre, auquel cas la proportionnalité risque d'être déniée⁴⁰².

d. Noyau intangible ou essence de la liberté

La notion de noyau dur de la liberté religieuse est sibylline et discutée dans la doctrine⁴⁰³. Mais elle se recoupe largement avec le *for intérieur* de la liberté religieuse⁴⁰⁴, qui ne saurait être restreinte d'aucune façon (art. 36 al. 4 Cst., 9 § 2 CEDH et 18 § 3 Pacte ONU II)⁴⁰⁵. Est aussi englobée dans ce noyau dur l'interdiction de contraindre autrui à adopter une conviction ou une croyance⁴⁰⁶. Cette protection du noyau dur inclut enfin de façon plus ou moins certaine la liberté religieuse *négative*, considérée comme le droit de ne pas être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou de suivre un enseignement religieux⁴⁰⁷.

La protection du *for intérieur* implique surtout une abstention de la part de l'État. Des obligations positives à la charge de celui-ci sont aussi envisageables, même si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est peu fournie – sinon inexistante – en la matière⁴⁰⁸. La protection du *for extérieur* quant à elle est relative, si bien que des restrictions sont possibles pour autant qu'elles respectent les conditions des art. 9 § 2 CEDH et 36 al. 1 à 3 Cst⁴⁰⁹.

⁴⁰⁰ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 106.

⁴⁰¹ KIENER/KÄLIN/WYTTEBNACH, § 29 N 87; DUBÉY, Droits II, N 2025.

⁴⁰² TF 27 septembre 1996, C 145/94, c. 3b, dans lequel une femme brahmane sans emploi se voit obligée dans le cadre légal d'accepter un emploi dans un restaurant qui cuisine des restes de viande et de poisson, des aliments entrant en confrontation directe avec ses croyances religieuses qui lui interdisent de toucher ces détritiques; le TF conclut à une disproportionnalité de l'atteinte; GONIN, Liberté religieuse, 123; KÜHLER, 276 s.

⁴⁰³ *Inter alia* BIAGGINI, Komm. BV, art. 15 N 20; KÜHLER, 252 ss; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 N 108 ss; GONIN, Liberté religieuse, 114 s.

⁴⁰⁴ Sur la notion de *for intérieur*, cf. *infra* Chap. 2, II, B.

⁴⁰⁵ ATF 135 I 79, c. 5.1, JdT 2009 I 343; TF 21 juin 2004, 1P.149/2004, c. 3.1; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 159.

⁴⁰⁶ ATF 123 I 296, c. 2b/cc; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 161.

⁴⁰⁷ Sur la notion de liberté religieuse négative, cf. *infra* Chap. 2, II, A.

⁴⁰⁸ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 161.

⁴⁰⁹ L'art. 36 al. 4 paraît ne jouer aucun rôle – pratique du moins – en la matière, CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 162.

B. Interdiction de la discrimination religieuse

L'interdiction de la discrimination religieuse est garantie dans de nombreuses conventions internationales spécifiques (1) mais aussi en droit constitutionnel interne (2). La protection qu'elle confère converge largement avec celle qui découle de la liberté religieuse (3). Néanmoins, l'interdiction de la discrimination religieuse est parfois invoquée pour justifier une restriction de la liberté religieuse (4).

1. Consécration internationale

a. Convention européenne des droits de l'homme

Art. 14

Interdiction de discrimination

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] la religion [...].

L'art. 14 CEDH interdit la discrimination religieuse mais n'a pas de portée *indépendante*: il ne peut être invoqué que lorsqu'une discrimination touche à la jouissance des autres libertés reconnues par la Convention et il ne saurait donc être violé en tant qu'il est pris isolément⁴¹⁰. Il possède en revanche une portée *autonome*, en ce sens qu'il peut y avoir violation de cette disposition combinée avec un article de la Convention consacrant un droit fondamental, sans qu'il y ait violation du droit fondamental pris seul⁴¹¹.

b. Pactes ONU I et II

Les art. 2 § 2 Pacte ONU I et 2 § 1 Pacte ONU II consacrent une garantie similaire à l'art. 14 CEDH, mais il s'agit également de garanties *accessoires*⁴¹².

Art. 26

[du Pacte international relatif aux droits civils et politiques]

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de [...] religion [...].

⁴¹⁰ CourEDH, *Glor c. Suisse* (GC) du 30 avril 2009, § 45; ATF 123 II 472, c. 4c, JdT 1999 I 514; ATF 121 V 229, c. 2.

⁴¹¹ MARTENET, *Discriminations*, 732; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 1020. Le Protocole additionnel n° 12 à la CEDH vise justement à donner à l'art. 14 CEDH une portée indépendante, mais la Suisse ne l'a pas signé.

⁴¹² SGK BV-SCHWEIZER, art. 8 Cst. N 81; MAHON, vol. II, N 141.

L'art. 26 Pacte ONU II, au contraire des dispositions précitées, dispose d'une portée indépendante, mais la Suisse a émis une réserve prévoyant que le principe d'égalité qu'il contient ne peut être invoqué qu'en liaison avec d'autres droits garantis par le Pacte: de ce fait, la portée de l'art. 26 Pacte ONU II est largement réduite, comparable à l'art. 14 CEDH⁴¹³.

c. *Conventions spécifiques*

Art. 2

[Convention OIT n° 111 concernant la discrimination (emploi et formation)]

Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination [notamment religieuse] en cette matière.

La Convention OIT n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) de 1958 signée et ratifiée par la Suisse⁴¹⁴ interdit la discrimination au travail fondée notamment sur la religion mais ne contient que des dispositions de nature programmatique qui ne fondent aucun droit subjectif directement invocable devant un tribunal suisse⁴¹⁵. Dans ses observations de 2021, la Commission d'experts de l'OIT, qui examine les rapports rendus par les États parties sur l'application des conventions de l'OIT, exhorte le gouvernement suisse à adopter des mesures législatives visant à interdire expressément la discrimination dans l'emploi, à tout le moins pour les discriminations fondées sur les critères mentionnés à l'art. 1^{er} de la Convention (comprenant la «religion»)⁴¹⁶.

La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée le 18 juin 1998 par la Conférence internationale du Travail, postule l'existence d'un socle universel d'obligations des États membres liées à leur seule appartenance à l'OIT, dont fait partie l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession (art. 2 let. d)⁴¹⁷.

⁴¹³ ATF 123 II 472, c. 4d, JdT 1999 I 514; MARTENET, *Discriminations*, 731.

⁴¹⁴ RO 1961 824; RS 0.822.721.1.

⁴¹⁵ ATF 106 Ib 182 c. 3; ATF 103 Ia 517 c. 4f; Christine KAUFMANN/Christoph GOOD, «Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen», *PJA* 2016 647-664, 658 s.

⁴¹⁶ OIT, Commission d'experts pour l'application des Conventions et recommandations, Observation adoptée 2021, publiée 110^e session CIT (2022).

⁴¹⁷ Sur la signification et les effets de la Déclaration de l'OIT de 1998, lire LA HOVARY, 181 ss. La Suisse a en outre ratifié deux conventions spécifiques qui garantissent l'égalité dans des domaines spécifiques et qui sont d'une importance particulière: la Convention du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*cf.* art. 5 let. e ch. i CEDR), étant précisé que le terme de «race» s'applique également aux attributions religieuses, *cf.* ANGST, 270, et la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les

d. Excursus: droit européen

L'art. 20 CDFUE garantit l'égalité en droit tandis que l'art. 21 prohibe la discrimination, notamment religieuse⁴¹⁸.

Art. 20

Égalité en droit

Toutes les personnes sont égales en droit.

Art. 21

Non-discrimination

¹ Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur [...] la religion ou les convictions [...].

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 interdit au sein de l'Union européenne la discrimination directe et indirecte fondée sur la religion dans le domaine de l'emploi et du travail⁴¹⁹, aussi bien dans le secteur public que privé de l'emploi (art. 3 § 1).

Art. 1^{er}

Objet [de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000]

La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions [...] 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.

2. *Consécutions internes*

a. *Constitution fédérale*

Art. 8

Egalité

¹ Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

² Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment [...] de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques [...].

formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) et en particulier son art. 11 qui oblige les États parties à prendre toutes les mesures pour abroger la discrimination dans le domaine de l'emploi. Pour une liste plus détaillée des autres sources internationales à ce sujet, cf. SGK BV-SCHWEIZER, art. 8 Cst. N 87.

⁴¹⁸ SGK BV-SCHWEIZER, art. 8 Cst. N 83; MARTENET, *Discriminations*, 732.

⁴¹⁹ JOUE L 303 du 2 décembre 2000.

L'art. 8 al. 1 Cst. garantit le principe général de l'égalité de traitement, érigé en droit fondamental⁴²⁰. Au principe d'égalité de traitement s'ajoute une interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.), qui offre une protection renforcée à ceux qui en bénéficient, notamment les personnes en raison de leur convictions religieuses⁴²¹.

Comme pour l'intérêt public, la pertinence d'un critère de distinction – et d'assimilation – entre deux situations de fait est évolutive et reçoit une réponse différente selon les conceptions socio-politiques qui prévalent au moment de son appréciation⁴²². La liberté de religion interagit souvent avec l'interdiction de la discrimination. Au point de jonction entre l'une et l'autre se trouvent d'ailleurs différents principes parmi lesquels figurent la neutralité et l'impartialité de l'État ainsi que le respect du pluralisme⁴²³. Concrètement, l'interdiction des discriminations est parfois invoquée *conjointement* avec la liberté religieuse. Elle permet dès lors d'élargir quelque peu l'examen effectué par le Tribunal fédéral ou la Cour européenne des droits de l'homme, puisqu'elle suppose souvent de comparer le traitement réservé à des personnes faisant partie d'une minorité religieuse à celui dont bénéficient d'autres personnes⁴²⁴.

En matière religieuse, rares sont cependant les arrêts qui développent longuement les considérations relatives à l'art. 14 CEDH lorsque celle-ci est invoquée conjointement avec l'art. 9 CEDH⁴²⁵. La valeur ajoutée de la première par rapport à la seconde est pratiquement inexistante dans bon nombre d'arrêts⁴²⁶. Quelques arrêts plus récents indiquent cependant que l'art. 14 CEDH gagne en importance dans le domaine religieux⁴²⁷.

⁴²⁰ Selon la définition du Tribunal fédéral, ce droit est violé lorsque «ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente», c'est-à-dire lorsque l'ordre juridique fait une distinction ou une assimilation de deux situations de fait comparables, qui ne repose sur aucun motif raisonnable et objectif, ATF 145 I 73, c. 5.1; ATF 142 I 195, c. 6.1; ATF 141 I 235, c. 7.1; ATF 131 I 394, c. 4.2.

⁴²¹ Est interdite tant la discrimination directe, soit qui se fonde expressément sur un critère prohibé par l'art. 8 al. 2 Cst., que la discrimination indirecte, à savoir celle qui est neutre en apparence mais qui dans les faits défavorise particulièrement les personnes qui appartiennent à une religion en particulier, ATF 142 V 316, c. 6.1.2; ATF 135 I 49, c. 4.1, JdT 2009 I 655; DUBEY, Droits II, N 3261 s.; CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 11.

⁴²² ATF 124 I 297 c. 3b; DUBEY, Droits II, N 3176.

⁴²³ ATF 134 I 49, c. 3.2, JdT 2009 I 223.

⁴²⁴ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 112.

⁴²⁵ *Ibid.*, N 117.

⁴²⁶ Voir p.ex. CourEDH, arrêt *Folgerø et autres c. Norvège* (GC) du 29 juin 2007, 15472/02, § 105.

⁴²⁷ CourEDH, arrêts *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche* du 31 juillet 2008, 40825/98, § 87-99 et *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie* du 3 mai 2007, 71156/01, § 138-142.

b. Constitutions cantonales

Les constitutions cantonales reprennent généralement les termes de l'art. 8 Cst. (cf. p.ex. art. 10 Cst. VD) mais n'ont de portée propre que lorsqu'elles y accordent une protection plus étendue⁴²⁸.

3. Relais de droit ordinaire

Aussi fondamentale qu'elle soit, cette disposition constitutionnelle dispose paradoxalement de peu de relais dans le droit ordinaire⁴²⁹. Il manque, en Suisse, une loi générale interdisant la discrimination, absence critiquée par de nombreuses voix dans la doctrine⁴³⁰. L'art. 328 CO interdit à l'employeur, dans une certaine limite dont nous mesurerons la portée et les conséquences ultérieurement, en tant que norme devenue quasi constitutionnelle, de discriminer ses travailleurs en fonction de leur religion⁴³¹.

4. Justification de la distinction ou de l'assimilation

L'interdiction de la discrimination est parfois mobilisée pour justifier une atteinte à la liberté religieuse. L'une et les autres se trouvent en tension, voire divergent dans une telle hypothèse. En d'autres termes, la lutte contre les discriminations est un élément pris en compte dans l'analyse des art. 36 Cst. et 9 § 2 CEDH⁴³².

Elle n'interdit donc pas toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst., mais fonde plutôt la *souçon* d'une différenciation inadmissible. Les inégalités qui résultent d'une telle distinction doivent dès lors faire l'objet d'une justification *objective suffisante*⁴³³, c'est-à-dire que la différenciation ou l'assimilation fondée sur la religion doit poursuivre un but d'intérêt public et le moyen utilisé doit être proportionné à l'objectif poursuivi⁴³⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme fait une analyse similaire dans le cadre de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 9 CEDH en portant un regard attentif au but légitime poursuivi et au respect du principe de proportionnalité, tout en laissant une large marge d'appréciation aux États parties⁴³⁵.

⁴²⁸ ATF 121 I 96, c. 2d, JdT 1996 I 36; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 1017.

⁴²⁹ CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 104.

⁴³⁰ Pour un avis nuancé, CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 141.

⁴³¹ RegG Bern-Mittelland 8 septembre 2016, CIV 16 1317 P57/BLM; RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, 308; MURER, 181 s.; GLOOR, Kopftuch, 7.

⁴³² CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 120; CourEDH, arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, Rec. 2003-II, § 117-128 et décision *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, Rec. 2001-V, ch. 1 *in fine*.

⁴³³ ATF 137 V 334, c. 6.2.1; ATF 135 I 49, c. 4.1, JdT 2009 I 655.

⁴³⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 N 25 s.; DUBEY, Droits II, N 3191, 3351 ss; SGK BV-SCHWEIZER, art. 8 Cst. N 54.

⁴³⁵ CourEDH, arrêt *Thlimmenos c. Grèce* (GC) du 6 avril 2000, Rec. 2000-IV, § 37; OTTENBERG, 184.

C. Liberté économique

L'on ne saurait clore ce panorama des sources sans se placer de l'autre côté du rapport de travail: le pôle de l'employeur, meneur d'un collectif de travailleurs et obéissant à une logique juridico-économique qui lui est propre.

La liberté économique jouit d'une place réduite dans les conventions internationales des droits de l'homme (1) mais est garantie par le droit constitutionnel (2) et législatif (3). Et puisqu'il ne s'agit pas d'une thèse sur la «religion du salarié» mais sur la «religion au travail», il nous a paru évident que les sources des droits de l'employeur méritaient au moins un titre à leur attention; nous verrons que ces dernières constituent pour leur plus grande part les motifs de restriction à la liberté de religion du travailleur (4).

1. Consécration internationale

a. CEDH et Pactes ONU I et II

La liberté économique ne fait pas partie du catalogue classique des droits fondamentaux dans les conventions internationales et n'a dès lors qu'une place réduite en leur sein⁴³⁶. Ni la CEDH ni les deux Pactes ONU ne garantissent en tant que tels la liberté économique, sinon quelques aspects mentionnés par le Pacte ONU I ou l'art. 10 CEDH qui protège le discours commercial⁴³⁷, ce qui ne signifie nullement que le système européen (du Conseil de l'Europe) des droits de l'homme ne lui confère pas de protection⁴³⁸.

L'art. 1^{er} (Protection de la propriété) du premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme présente un grand intérêt dans ce contexte, puisque la Cour européenne des droits de l'homme en déduit en grand nombre d'éléments rattachés, en Suisse, à l'art. 27 Cst. La Suisse n'a toutefois pas ratifié ce protocole jusqu'à présent⁴³⁹.

C'est par la dynamique particulière de sa jurisprudence relative aux restrictions énoncées par l'art. 9 § 2 CEDH⁴⁴⁰ et son pouvoir prétorien que le juge conventionnel européen⁴⁴¹ considère désormais que l'entreprise commerciale peut contrebalancer la liberté religieuse du travailleur en s'appuyant sur sa liberté économique (image

⁴³⁶ BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, § 49 N 5.

⁴³⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 18 N 75; MÜLLER/SCHEFER, 1043; BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, § 49 N 5; DUBÉY, *Droits II*, N 2761.

⁴³⁸ SCHWEIZER, *Unternehmen*, 273 s.

⁴³⁹ CR Cst.-MARTENET, art. 27 N 5.

⁴⁴⁰ RINGELHEIM, *Droit et religion*, 519.

⁴⁴¹ Sur cette notion, cf. GONIN, *Les droits de l'homme en pratique*, 239 ss.

commerciale qu'elle désire projeter⁴⁴², politique de neutralité convictionnelle ou encore bon fonctionnement de l'entreprise).

b. Excursus: droit européen

Art. 16

Liberté d'entreprise

La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

L'art. 16 CDFUE garantit la liberté d'entreprise, qui inclut la liberté contractuelle⁴⁴³. Récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu de nombreux arrêts confirmant que la liberté d'entreprise contient le droit pour un employeur, à certaines conditions, d'afficher une politique de neutralité religieuse à l'égard de ses clients ou à l'interne de l'entreprise pour contrecarrer la liberté de religion de ses salariés⁴⁴⁴.

2. Consécration internes

Art. 27 Cst.

Liberté économique

¹ La liberté économique est garantie.

² Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

La liberté économique est garantie par l'art. 27 Cst. Sa portée demeure vaste et multi-dimensionnelle (libre choix de la profession, libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice, libre concurrence, fonction fédérative, etc.), mais la composante individuelle de la liberté contractuelle est seule pertinente dans notre contexte d'un employeur souhaitant régir librement ses relations avec ses travailleurs⁴⁴⁵. Plusieurs constitutions cantonales consacrent la liberté économique, mais sans en étendre la portée de la Constitution fédérale (*cf.* p.ex. art. 26 Cst. VD)⁴⁴⁶.

⁴⁴² CourEDH, arrêts *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 94 et *Uj c. Hongrie* du 19 juillet 2011, § 22; PAGNERRE, *Religion vs Entreprise*, N 18.

⁴⁴³ MÜLLER/SCHEFER, 1043; *cf.* CJUE 5 octobre 1999, *Espagne c. Commission*, C-240/97, Rec. 1999, I-6571, § 99.

⁴⁴⁴ Not. CJUE 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15, § 38 et *Boungaoui et ADDH c. Micropole SA*, C-188/15, § 33; PAGNERRE, *Religion vs Entreprise*, N 18.

⁴⁴⁵ ATF 131 I 333, c. 4; BSK BV-UHLMANN, art. 27 N 10; SGK BV-VALLENDER, art. 27 N 22; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 907.

⁴⁴⁶ BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, § 49 N 1.

3. *Relais de droit ordinaire*

La garantie de la liberté contractuelle, consacrée explicitement aux art. 1 et 19 CO, fait partie intégrante de l'aspect constitutif de la liberté économique⁴⁴⁷. Il serait cependant trop réducteur de la rattacher au seul art. 27 Cst., car elle forme l'une des pierres angulaires de la vie en société et comporte, dans cette optique, une dimension sociale non exclusivement économique⁴⁴⁸. Dans les rapports de travail, elle donne droit à l'employeur d'organiser comme il l'entend le travail en donnant des directives (art. 321d CO)⁴⁴⁹. La liberté contractuelle accorde aussi à l'employeur le droit d'établir des différences de traitement, dans certaines limites, entre les différents travailleurs⁴⁵⁰.

4. *Restrictions*

La liberté économique est cependant fortement encadrée dans le droit ordinaire: en particulier, la liberté contractuelle peut être restreinte en vertu d'un but de *politique sociale* de protection de la partie faible à un contrat⁴⁵¹. Les droits fondamentaux d'autrui peuvent aussi justifier une restriction de la liberté économique, particulièrement la protection de la sphère privée (art. 13 Cst. et 8 CEDH) dans les rapports de travail⁴⁵². La liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) garantit, de manière générale, toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de l'homme et que devrait posséder tout être humain⁴⁵³.

En droit du travail, la fonctionnalité des directives, le respect du cadre contractuel, la protection de la personnalité du travailleur (art. 28 CC et 328 CO, 336 ss CO), mais aussi – et toujours – la bonne foi (art. 2 CC) sont autant de limites à la liberté économique de l'employeur que nous expliciterons dans la **Deuxième partie**⁴⁵⁴.

II. **Champ d'application matériel de la liberté religieuse**

Alors que les sources juridiques ont été présentées, il convient à présent d'explicitier la protection matérielle que la liberté de religion confère par la déclinaison catégorielle de ses différents aspects: son double volet positif/négatif (**A**), son double visage inté-

⁴⁴⁷ ATF 146 I 70, c. 6.1; ATF 137 I 167, c. 5.2; ATF 137 I 167, c. 5.2; ATF 131 I 333, c. 4; ATF 130 I 26, c. 4.3, JdT 2005 I 143 (résumant le rapport entre la liberté économique et les normes fédérales qui viennent la restreindre); TF 10 juillet 2013, 4C_2/2013, c. 3.1; GLOOR, *Kopftuch*, 7; AUBERT, *Études*, 10.

⁴⁴⁸ CR Cst.-MARTENET, art. 27 N 55.

⁴⁴⁹ WYLER/HEINZER, 154; DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, art. 321d CO N 5.

⁴⁵⁰ ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346; WYLER/HEINZER, 473.

⁴⁵¹ BSK BV-UHLMANN, art. 27 Cst. N 15; CR Cst.-MARTENET, art. 27 N 96.

⁴⁵² CR Cst.-MARTENET, art. 27 N 98.

⁴⁵³ ATF 134 I 209, c. 2.3.1; ATF 133 I 110, c. 5.2.

⁴⁵⁴ WYLER/HEINZER, 474-477; WITZIG, *Droit du travail*, N 1684 ss.

ieur/extérieur (B) et la double approche subjectiviste/objectiviste qu'on peut adopter à son égard (C).

A. Liberté religieuse positive et négative

La liberté religieuse comporte un double aspect positif et négatif. Ces deux facettes ressortent clairement de la formulation des art. 15 al. 2 à 4 Cst et 18 Pacte ONU II. Cette catégorisation vise à distribuer les prérogatives de la liberté religieuse selon un critère de démarcation destiné originairement à distinguer la protection des croyants des non-croyants⁴⁵⁵.

Dans son aspect *positif*, la liberté religieuse donne à chacun le droit de choisir sa religion, de la pratiquer et d'exprimer ses convictions religieuses (art. 15 al. 2 et 3 Cst.), soit le droit pour chacun d'orienter son comportement et d'agir en fonction des prescriptions correspondant à sa conviction religieuse, notamment par le culte, en privé comme en public (sous la forme de prières ou de méditations), l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites (par exemple alimentaires comme le jeûne ou la toilette rituelle) (art. 9 § 1 CEDH), mais aussi l'adhésion à une communauté religieuse ou la prise de congés pour participer à des fêtes religieuses⁴⁵⁶, tant de manifestations de foi qui peuvent potentiellement entrer en collision avec le droit de l'employeur de donner des directives (art. 321d CO) et le devoir de fidélité et de diligence du travailleur (art. 321a CO)⁴⁵⁷.

Elle implique aussi le droit de changer de religion sans subir de préjudice ni de contrainte⁴⁵⁸ et indirectement celui d'essayer de convaincre son prochain au moyen du prosélytisme, pourvu qu'il ne soit pas de «mauvais aloi»⁴⁵⁹.

Aux termes de l'art. 15 al. 4 Cst., «nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux», où cet alinéa consacre la liberté religieuse *négative*. Cette dernière garantit à tout individu le droit de ne pas être obligé de manifester sa religion ou sa conviction et de ne pas être obligé d'agir de telle sorte qu'on puisse tirer comme conclusion qu'il a – ou n'a pas – de telles convictions. Par conséquent, les autorités étatiques n'ont pas le droit d'intervenir dans le domaine de la liberté religieuse de

⁴⁵⁵ DUBEY, Droits II, N 1956.

⁴⁵⁶ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 35; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 Cst. N 10; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 481; KARLEN, Religionsfreiheit, 214, mais pas si la prise du congé vise à se reposer ou accroître son temps libre.

⁴⁵⁷ CourEDH, arrêt *Kalaç c. Turquie* du 1^{er} juillet 1997, Rec. 1997-IV, § 27; CR Cst.-MARTE-NET/ZANDIRAD, art. 15 N 60-88.

⁴⁵⁸ CourEDH, arrêt *Ivanova c. Bulgarie* du 12 avril 2007, 52435/99, § 79; KÄLIN/KÜNZLI, N 13.40, qui rattachent cet aspect à la liberté religieuse négative.

⁴⁵⁹ Sur cette notion dans le contexte des rapports de travail, cf. *infra* Chap. 5, VI, A, 3.

l'individu et de s'enquérir de ses convictions religieuses ni de l'obliger à les manifester⁴⁶⁰.

Une autre composante négative est le droit pour l'individu de n'être contraint ni d'adhérer ni d'appartenir à une communauté religieuse. Il en découle corollairement le droit de quitter à tout moment une association religieuse. La sortie doit être possible en tout temps, sans qu'une procédure chicanière ne puisse empêcher ou retarder cette démarche⁴⁶¹. L'employé d'une Église de droit public ne saurait ainsi être empêché de démissionner en tout temps de l'organisation qui l'emploie⁴⁶². La démission d'une communauté religieuse régie par les règles du droit privé est quant à elle possible en tout temps sans réserve⁴⁶³.

En définitive, tout comme la liberté religieuse négative découle en quelque sorte de la laïcisation de la sphère publique, la liberté religieuse positive tient à ce que l'espace public ne soit pas à l'extrême opposé *expurgé* de toute manifestation religieuse, exigeant un équilibre subtil entre les deux faces du même médaille, qui ont par ailleurs une valeur juridique équivalente⁴⁶⁴.

B. *Forum internum et forum externum*

La liberté religieuse protège tant la dimension dite intérieure que la dimension dite extérieure de celle-ci⁴⁶⁵. Cette dualité caractérisant la protection juridique accordée à la liberté religieuse s'explique par la conception de la religion comme un système de pratiques solidaires des croyances qui les prédéterminent. Si l'on s'en réfère à la définition durkheimienne du phénomène religieux, «les unes et les autres ne sont que deux aspects différents d'une même réalité. Les pratiques traduisent les croyances en mou-

⁴⁶⁰ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 89. Cf. récemment CourEDH, arrêt *Stravopoulos et autres c. Grèce* du 25 juin 2020, 52484/18.

⁴⁶¹ ATF 134 I 75, c. 4.2, JdT 2009 I 236; ATF 129 I 68, c. 3.4, JdT 2004 I 379; MÜLLER/SCHERFER, 268; DUBEY, Droits II, N 1960.

⁴⁶² Quoiqu'une réglementation cantonale prévoyant une démission formelle par une signature au terme d'un délai de réflexion fût licite, cela aux fins d'éviter une sortie hâtive ou irréfléchie, tant et aussi longtemps que ladite réglementation n'entravât pas l'effet direct du droit de sortie, ATF 104 Ia 79, c. 3, JdT 1980 I 39 (déclaration de sortie écrite devant le secrétaire du Conseil de paroisse ou par-devant le notaire après un délai de réflexion de 30 jours). *Contra* MÜLLER/SCHERFER, 269, critiques à propos de ces exigences recevant la bénédiction du TF, celles-ci étant à leurs yeux inhabituelles pour une manifestation de volonté et incompatibles d'un point de vue constitutionnel. KARLEN, Religionsfreiheit, 448, applique par analogie le raisonnement tenu dans l'ATF 89 II 153, c. 7.

⁴⁶³ Une interprétation de l'art. 70 al. 2 CC conforme à la Constitution fédérale plaide en ce sens pour reconnaître à tout le moins un droit de sortie immédiate qui serait motivé par des raisons religieuses, et vaut *a fortiori* pour les travailleurs soumis aux règles du CO, qui prévoit la démission immédiate pour justes motifs (art. 337b CO).

⁴⁶⁴ KARLEN, Religionsfreiheit, 223.

⁴⁶⁵ ATF 142 I 49, c. 3.4, JdT 2016 I 67; ATF 123 I 296, c. 2b/aa; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 26.

vements et les croyances ne sont souvent qu'«une interprétation des pratiques». La religion n'est ni exclusivement une philosophie obligatoire ni une discipline pratique: elle est l'une et l'autre à la fois. La pensée et l'action y sont étroitement unies, au point d'être inséparables⁴⁶⁶.

Le for intérieur ou *forum internum* représente l'aspect le plus intime de la liberté religieuse: il s'entend premièrement du droit de se forger librement ses convictions religieuses ou philosophiques⁴⁶⁷. À ce volet positif de la liberté religieuse s'ajoute un volet négatif. Ainsi, en deuxième lieu, nul ne saurait être contraint notamment d'avoir des convictions religieuses ou d'adhérer à une religion ou encore de subir un endoctrinement de la part de l'État⁴⁶⁸. En troisième lieu, la liberté religieuse englobe la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que celle de l'abandonner et de ne la remplacer par aucune autre sans subir de contrainte ou de préjudice⁴⁶⁹. La jurisprudence sur le for interne se fait rare, de peur d'ouvrir une boîte de Pandore: la violation de la dimension interne de la liberté religieuse a été constatée une seule fois dans la jurisprudence de Strasbourg: dans l'affaire *Darby c. Suède*, la Cour a reconnu le droit de ne pas se voir imposer une participation à des activités religieuses contre son gré sans être membre de la communauté religieuse en question⁴⁷⁰.

Le for intérieur n'est censé avoir aucune espèce d'influence sur le monde extérieur car il se conçoit dans le secret de l'âme ou de l'esprit, c'est une pensée immatérielle et en ce sens insusceptible de limitations de la part de l'État (*cf.* également la lettre de l'art. 9 § 2 CEDH qui n'autorise de restrictions que pour les manifestations des convictions)⁴⁷¹. Il forme le *noyau intangible* de la liberté religieuse (art. 36 al. 4 Cst.) et toute atteinte constitue *ipso facto* une violation de celle-ci⁴⁷².

La liberté religieuse ne se rapporte pas uniquement au for intérieur, mais comprend également le droit d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions religieuses ainsi que son appartenance à une religion ou à une communauté religieuse,

⁴⁶⁶ DURKHEIM, 21 s.

⁴⁶⁷ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 60; HILTI, 179 s.; DUBEY, Droits II, N 1949.

⁴⁶⁸ Voir notamment CourEDH, arrêt *Buscarini et autres c. Saint-Marin* (GC) du 18 février 1999, Rec. 1999-I, § 34. Voir aussi GRABENWARTER/PABEL, Art. 9 N 55-58; KARLEN, Religionsfreiheit, 226.

⁴⁶⁹ ATF 142 I 195, c. 5.1; GRABENWARTER/PABEL, Art. 9 N 59-60; SUDRE, N 525.

⁴⁷⁰ CommEDH, *Darby c. Suède*, rapport du 9 mai 1989 (*Série A*, vol. 187), § 50-51; la Cour a constaté la violation non pas sous l'angle de l'art. 9 § 1 mais sous celui des art. 14 CEDH et 1^{er} Protocole n° 1 pris conjointement (CourEDH, arrêt *Darby c. Suède* du 23 octobre 1990, 11581/85): il s'agissait d'un requérant suédois qui se plaignait d'être obligé, en vertu de la loi suédoise, de payer une taxe à l'Église de Suède alors qu'il n'en était pas membre.

⁴⁷¹ ATF 135 I 79, c. 5.1, JdT 2009 I 343; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 26; DUBEY, Droits II, N 1950; KÜHLER, 104.

⁴⁷² CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 26; DUBEY, Droits II, N 2026; KÜHLER, 104.

ou de ne pas les partager. Cela englobe le droit pour l'individu de se comporter conformément aux enseignements de sa foi et d'agir selon ses croyances intérieures – y compris celle de ne pas suivre de préceptes quelconques⁴⁷³. Ces composantes de la liberté religieuse se rapportent au for extérieur ou *forum externum*, qui lui peut faire l'objet de restrictions⁴⁷⁴. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, dans une moindre mesure, celle du Tribunal fédéral sont riches en la matière et portent tout particulièrement sur les conditions de restriction des art. 9 § 2 CEDH et 36 Cst.⁴⁷⁵

La délimitation du for intérieur et du for extérieur est sybilinne et la jurisprudence rendue ne permet pas d'en dessiner une frontière saisissable⁴⁷⁶. L'on peut même se demander si cette dichotomie n'est pas artificielle voire christiano-centrée, puisqu'à considérer une perspective œcuménique – au sens d'universel –, de nombreuses religions, dont certaines branches du christianisme, ne connaissent pas cette approche binaire et compartimentée; les actions extérieures représentent souvent une expression de foi commandée de l'intérieur et constituent un système de normes sociales, juridiques et économiques, en somme un mode de vie qui ne peut véritablement être dissocié des croyances qui le commandent; l'on en veut d'ailleurs pour preuve des limites de la conception juridique européenne de la distinction entre le for intérieur et le for extérieur sa propre jurisprudence laconique à ce propos⁴⁷⁷. Cette différenciation entre for interne et for externe fait écho à la distinction faite dans le domaine religieux entre l'*orthodoxie*, qui désigne la *pensée* juste, droite, conforme aux avis d'une autorité établie et qui caractérise en particulier le christianisme, de l'*orthopraxie* qui met en avant l'*action* conforme aux rites traditionnellement construits et qui trouve application dans les religions judaïque et islamique⁴⁷⁸.

Où l'on voit que la religion, tant qu'elle reste confinée dans l'intimité de l'âme et du cœur, ne pose pas tant problème. C'est de l'expression en actes et en paroles que l'altérité ainsi engendrée fait naître le risque de *collision* avec les droits d'autrui⁴⁷⁹.

⁴⁷³ ATF 142 I 195, c. 5.1.

⁴⁷⁴ ATF 134 I 56, c. 4.3, JdT 2009 I 229.

⁴⁷⁵ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 27.

⁴⁷⁶ Voir à ce propos ATF 123 I 296, c. 2b/cc; RINGELHEIM, Droit et religion, 524-525, et KÜHLER, 104-105.

⁴⁷⁷ Dans ce sens, CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 28; EVANS, 74-76, et les nombreuses réf. citées; KÜHLER, 254 s. Voir aussi, aux États-Unis, SCOTUS, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), 220: «[...] *belief and action cannot be neatly confined in logic-tight compartments*».

⁴⁷⁸ WHITMAN, 739 s.

⁴⁷⁹ FORTIER, L'expression religieuse dans l'entreprise, 77.

C. Subjectivisme et objectivisme dans l'appréhension judiciaire des croyances religieuses

La détermination de la *religiosité* d'un comportement soulève une difficulté particulière: la personne qui s'en prévaut doit faire valoir que son comportement procède effectivement d'une conviction religieuse, et non d'une prédilection personnelle; de l'autre côté, les autorités et les tribunaux ont l'interdiction de faire un examen de la justesse théologique d'un précepte religieux, en particulier sous l'angle de la conformité aux textes sacrés, sous peine de violer le principe de la neutralité confessionnelle incombant à l'État⁴⁸⁰. Cette réserve de l'État se justifie d'autant plus que nous vivons dans une époque d'individualisation de la religion:

Il n'est de société religieuse où, à côté des dieux dont l'adoration est commune à tout le monde, il n'y en ait d'autres que chacun se crée librement, pour son usage personnel. Il n'est guère aujourd'hui de croyant qui ne conçoive plus ou moins à sa façon le Dieu commun et ne modifie pour cela, sur tels ou tels points particuliers, la conception traditionnelle; et dans ce cas, les croyants qui ne reconnaissent de religieux que ce qu'une libre méditation de leur esprit a pu les amener à poser l'existence deviennent les propres législateurs du culte qu'ils observent⁴⁸¹.

Si ces faits sociaux sont intestablement des phénomènes religieux, ils en sont une manifestation secondaire selon Durkheim au sens où ils dérivent de la religion traditionnelle et pratiquée collectivement. Par la force des choses, il y a dans chaque «Église» (prise dans sa même acception qu'à l'art. 72 Cst., c'est-à-dire renvoyant à toute communauté religieuse⁴⁸²) presque autant d'hétérodoxes qu'il y a de croyants, et ces hétérodoxies s'accroissent et se multiplient au fur et à mesure que les intelligences s'individualisent davantage. Par imitation, le croyant en vient indubitablement à se contruire à lui-même un propre système analogue à celui qu'il voit fonctionner sous ses yeux⁴⁸³.

L'on pourrait croire que plus cette filiation entre religion primaire et commune et religion secondaire et individuelle est éloignée, moins la protection juridique afférente au culte considéré pourrait être effective. Ce serait négliger que cette subjectivisation de la croyance est au diapason avec l'une des évolutions les plus marquantes de notre époque, le phénomène d'individualisation de la religion⁴⁸⁴. Ce qui importe n'est plus tant le respect de l'orthodoxie religieuse que la résonance des croyances religieuses dans la quête de sens personnelle⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ ATF 135 I 79, c. 4.4, JdT2009I 343; CourEDH, arrêt *İzzettin Doğan c. Turquie* (GC) du 26 avril 2016, 62649/10, § 69; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 57.

⁴⁸¹ DURKHEIM, 26 s.

⁴⁸² CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 72 N 15.

⁴⁸³ DURKHEIM, 27 s.

⁴⁸⁴ Cf. *supra* Chap. 1, II, A, 3.

⁴⁸⁵ MACLURE/TAYLOR, 105.

Cette gradualité dans la protection juridique accordée se retrouve en revanche dans la condition du caractère *raisonnable* de l'atteinte portée à la liberté religieuse⁴⁸⁶: pour vérifier la proportionnalité au sens étroit de l'atteinte, le poids accordé à l'intérêt protégé dépend du caractère plus ou moins fondamental du commandement religieux en cause⁴⁸⁷. Pour ce faire, il faut examiner l'importance *subjective* que revêt la prescription religieuse en question du point de vue du titulaire qui s'en prévaut, sans se préoccuper de savoir si elle est objectivement partagée par l'interprétation « officielle » des autorités religieuses ni même partagée par une majorité de ses coreligionnaires⁴⁸⁸. L'appartenance à une communauté religieuse n'est pas non plus un critère pour se prévaloir de la liberté religieuse, ce qui serait difficile à justifier si l'on se targuait de protéger aussi bien les croyances religieuses que les convictions philosophiques qui ne dépendent, elles, d'aucune « Église »⁴⁸⁹.

Dans ce sillage, le Tribunal fédéral a établi une stricte ligne jurisprudentielle selon laquelle les croyances religieuses motivant un certain comportement ne font en principe l'objet d'aucun contrôle dans la signification de leur contenu ni d'aucune appréciation de leur importance dans une pesée des intérêts⁴⁹⁰, bien qu'il s'en fût déjà écarté⁴⁹¹.

Afin d'éviter le risque d'une instrumentalisation du religieux par des personnes qui s'en prévaudraient uniquement pour bénéficier des avantages en découlant, et de transformer finalement la liberté de conscience et de croyance en une liberté de comportement générale, le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme cor-

⁴⁸⁶ BIAGGINI, Komm. BV, art. 15 N 18.

⁴⁸⁷ ATF 119 Ia 178, c. 8a, JdT 1995 I 290; DUBEY, Droits II, N 2024.

⁴⁸⁸ ATF 134 I 56, c. 4 et 5.2, JdT 2009 I 229; ATF 119 Ia 178, c. 4c-4d, JdT 1995 I 290; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 106. L'approche subjective est également consacrée par la Cour suprême du Canada depuis l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, § 43 ss, qui examine la sincérité du croyant et non la conformité à une doctrine établie. Dans ce même arrêt la Cour suprême dit bien que « l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir » (§ 50); aux États-Unis, cf. SCOTUS, *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981), 715-716, et en Europe cf. p.ex. CourEDH, *S.A.S. c. France* (GC), du 1^{er} juillet 2014, § 56.

⁴⁸⁹ KÜHLER, 194.

⁴⁹⁰ ATF 142 I 49, c. 5.2, JdT 2016 I 67 (« Ainsi, le champ de protection de la liberté de conscience et de croyance dépend essentiellement de visions subjectives [...] »); TF 11 juin 2013, 2C_794/2012, c. 3.3, non publié in ATF 139 I 280, JdT 2014 I 118; ATF 134 I 56, c. 4 et 5.2, JdT 2009 I 229; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 57.

⁴⁹¹ ATF 119 IV 260, c. 3b/bb, JdT 1994 I 707, dans lequel le TF a jugé qu'un motard de la communauté des sikhs était astreint à porter le casque lorsqu'il utilisait une motocyclette et ne subissait pas d'atteinte à sa liberté de conscience et de croyance dans la mesure où il ne ressortait pas expressément des textes sacrés de sa religion qu'il devait porter un turban (à préciser cependant qu'il s'agissait là d'une constatation des autorités cantonales [du Juge unique de l'Obergericht de Zurich en l'espèce] qui liait le TF).

rigent les écueils de l'approche subjective non pas en examinant dogmatiquement le contenu de la croyance ou pratique en cause, mais en vérifiant que l'intéressé s'en prévaut de manière crédible et qu'elle existe dans la pratique sociale, fût-ce de manière minoritaire (doctrine dite de l'*objectivisme sociologique*)⁴⁹².

Le Tribunal fédéral rappelle à cet égard qu'il peut se prononcer librement et sans faire preuve de retenue sur les aspects ou effets sociaux de la pratique d'une religion. En d'autres termes, la liberté religieuse ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une conviction religieuse, mais doit avoir quelque rapport *direct, réel et objectif* avec celle-ci⁴⁹³.

En droit du travail, il appartiendra ainsi au travailleur qui se prévaut de la liberté de conscience et de croyance de déterminer ce qui dans l'exécution du travail est incompatible avec ses croyances religieuses, en vertu de l'approche subjectiviste des tribunaux, tout en devant pouvoir justifier de préceptes religieux vérifiables, mêmes s'ils sont issus d'un courant minoritaire ou d'une branche fondamentaliste⁴⁹⁴.

III. Champ d'application personnel de la liberté religieuse

Les sources étant présentées et le champ d'application matériel exposé, il ne nous manque qu'à parachever le contexte juridique général en déterminant les titulaires et destinataires de la liberté de religion dans les rapports de travail, par l'examen successif de la figure du *travailleur (A)* et de l'*employeur (B)* dans les différents segments de l'ordre juridique (sphères publique, privée et entreprises de tendance).

A. Travailleur

La liberté religieuse vise historiquement les personnes physiques, dont la croyance est une qualité intrinsèque à la nature humaine⁴⁹⁵. Elle bénéficie à tous les croyants, qu'ils

⁴⁹² Et en opposition à un objectivisme dit *normatif* qui évincerait l'approche subjective. ATF 142 I 49, c. 5.2, JdT 2016 I 67; TF 14 février 2013, 2C_897/2012, c. 4.2 («*gläubhaft*»); ATF 119 Ia 178, c. 4d, JdT 1995 I 290, dans lequel le TF a examiné les versets coraniques topiques et passé en revue les avis d'experts musulmans. On perçoit la volonté pour le TF non pas d'entamer un débat théologique sur une prescription religieuse, mais de vérifier que le comportement litigieux est sincère. Dans ce sens DUBÉY, Droits II, N 2004-2006. Pour des développements plus avant sur cette question, cf. EL CHAZLI/CAVANNA, 461-463.

⁴⁹³ CourEDH, arrêt *Kalaç c. Turquie* du 1^{er} juillet 1997, Rec. 1997-IV, § 27; AUER/MALINVERNI/HOTTELIÉ, vol. II, N 476; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 59. Pour un exemple de justification minimale exigible de l'invocateur de la liberté religieuse en droit du travail, cf. CourEDH, arrêt *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* du 13 avril 2006, 55170/00, analysée *infra* sous Chap. 5, II, A, 2, b.

⁴⁹⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 N 5.

⁴⁹⁵ ATF 142 I 195 c. 5.2 (qui fait référence à l'ATF 4 533, 536 c. 4); CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 39.

soient pieux ou non dans leur vie terrestre et qu'ils observent rigoureusement ou sporadiquement les préceptes dont ils se prévalent, mais aussi aux athées, agnostiques, sceptiques et indifférents⁴⁹⁶. Le travailleur étant toujours une personne physique⁴⁹⁷, qu'il soit employé dans la fonction publique (1), dans le secteur privé (2) ou dans une entreprise de tendance (3), il peut toujours invoquer la liberté religieuse.

1. Fonction publique

Le travailleur salarié dans la fonction publique jouit des droits fondamentaux, bien que cette jouissance soit à relativiser en raison du rapport de droit spécial ainsi créé par son engagement⁴⁹⁸.

2. Secteur privé

Le travailleur du secteur privé, en tant que personne physique, est par déduction également bénéficiaire de la liberté religieuse par le truchement des relais de droit ordinaire et des obligations positives de l'État⁴⁹⁹.

3. Entreprise de tendance

Les personnes employées dans les entreprises de tendance bénéficient de la protection conférée par la liberté religieuse, mais dans une moindre mesure étant donné leur obligation de loyauté spécifique⁵⁰⁰. Cette mesure amoindrie est, le verrons-nous, fonction de la nature de l'entreprise de tendance et de la proximité du travailleur avec la mission proprement religieuse ou idéale de l'entreprise, mais n'en demeure pas moins tangible⁵⁰¹.

B. Employeur

La titularité et le respect des droits fondamentaux à visée religieuse par l'employeur se conçoivent différemment selon que rapport de travail oppose le travailleur à l'État (1), à une Église ou autre entreprise de tendance (2) ou à une entreprise commerciale (3).

1. État-employeur

Les droits fondamentaux sont originellement dirigés contre l'État, qui reste leur « ennemi potentiel » classique dans l'histoire de la construction moderne des droits de l'homme, ainsi directement lié par les droits fondamentaux (a)⁵⁰². L'art. 35 al. 2 Cst.

⁴⁹⁶ CourEDH, arrêt *Leyla ahin c. Turquie* (GC) du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI, § 104; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 39.

⁴⁹⁷ TF 18 mars 2015, 4A_522/2014, c. 2.3; WITZIG, Droit du travail, N 356.

⁴⁹⁸ TF 11 mars 2019, 2C_546/2018, c. 4; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 40.

⁴⁹⁹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 142; GLOOR, Kopftuch, 7; GREMPER, 25.

⁵⁰⁰ CourEDH, arrêt *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02; SUDRE, N 525.

⁵⁰¹ CourEDH, arrêts *Schüth c. Allemagne* du 23 septembre 2010, Rec. 2010-V, § 58 et *Fernández Martínez* (GC) du 12 juin 2014, § 128.

⁵⁰² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 116.

désigne pourtant comme destinataire des droits fondamentaux «quiconque assume une tâche de l'État». La notion d'État dans cet optique est définie par la fonction (étatique ou non étatique) accomplie par l'entité en cause et non par un critère organisationnel (étatique ou non étatique); les droits fondamentaux peuvent donc aussi tenir en respect des personnes morales de droit privé **(b)**⁵⁰³.

Sur le versant de la titularité les droits fondamentaux, les personnes morales de droit public n'en bénéficient point, celles-ci étant uniquement destinataires de ceux-là. Le but des droits fondamentaux est en effet de protéger les individus et groupes d'individus face aux abus de l'État, et non l'inverse⁵⁰⁴. Cela signifie qu'elles ne disposent d'aucune liberté à opposer à la liberté religieuse de leurs agents⁵⁰⁵, mais qu'elles doivent se fonder sur d'autres motifs, tels que la laïcité et le devoir de réserve de ceux-ci, pour leur restreindre leurs droits fondamentaux⁵⁰⁶.

a. *Collectivités et entreprises publiques*

Tout organe étatique, qu'il s'agisse d'un gouvernement, d'un parlement, d'une administration – centralisée ou décentralisée – ou d'un tribunal, quel que soit son rang – fédéral, cantonal ou communal – est tenu au respect de la liberté religieuse de ses employés⁵⁰⁷. Sont visés ici les corporations de droit public – collectivités publiques –, les établissements de droit public – EPF, certaines universités cantonales –, les associations et fondations de droit public⁵⁰⁸ ainsi qu'en principe les sociétés de droit public⁵⁰⁹. Le Ministre *des* cultes, dans son sens de plus haute fonction administrative d'une Église d'État – qui n'existe pas en Suisse –, est à ce titre également destinataire de la liberté religieuse⁵¹⁰.

Son respect s'impose dès lors à l'État, lorsqu'il agit non seulement en tant que détenteur de la puissance publique mais aussi sur le terrain du droit privé, car même dans ce dernier cas, le déséquilibre entre les parties est tel que l'individu doit être assuré de la protection la plus effective face au Léviathan⁵¹¹: l'État-employeur est toujours destinataire de la liberté religieuse invoquée par ses collaborateurs.

⁵⁰³ DUBEY, Droits I, N 280.

⁵⁰⁴ SCHWEIZER, Unternehmen, 278 s.

⁵⁰⁵ GREMPER, 28.

⁵⁰⁶ DUBEY/ZUFFEREY, N 1583; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 556 s., 597.

⁵⁰⁷ DUBEY, Droits I, N 281 et Droits II, N 1930; CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 31.

⁵⁰⁸ DUBEY/ZUFFEREY, N 87 ss; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 283 ss.

⁵⁰⁹ Cf. *infra* Chap. 2, III, B, 1, a.

⁵¹⁰ CommEDH, X. c. Danemark (déc.) du 8 mars 1976, n° 7374/76; GOY, 175.

⁵¹¹ Référence à l'œuvre éponyme de Thomas HOBBS, parue en 1651; ATF 127 I 84, c. 4c, JdT 2003 I 94; CourEDH, décision *La Section de commune d'Antilly c. France* du 23 novembre 1999, 45129/98. En doctrine, cf. Yvo HANGARTNER, «Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post», *PJA* 2000 515-520; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 121; DUBEY, Droits I, N 309; CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 26. Cf. sur ce thème

b. Personnes privées délégataires de la puissance publique

En vertu de l'art. 35 al. 2 Cst., «[q]uiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation». La notion de «tâche de l'État» retient une approche *fonctionnelle* qui répond non seulement à un *intérêt public*, mais se fonde aussi sur un mandat constitutionnel ou légal, lequel suppose au demeurant l'existence d'un intérêt public⁵¹². En tant que délégataires de tâches *étatiques*, les personnes physiques ou morales de droit privé doivent dès lors être assujetties aux droits fondamentaux⁵¹³. Mais elles le doivent dans les activités inhérentes à l'accomplissement de ladite tâche. En d'autres termes, ce sont les personnes qui obtiennent des prestations relatives à la tâche étatique ou remplissant les fonctions pour les obtenir qui peuvent se prévaloir des droits fondamentaux à leur rencontre⁵¹⁴. *A contrario*, pour les activités qui ne se trouvent pas dans un rapport intrinsèque avec une tâche de l'État, le délégataire n'est pas directement soumis aux droits fondamentaux⁵¹⁵.

Les droits fondamentaux ne s'appliquent généralement pas aux rapports de droit privé entre une entreprise privée délégataire d'une tâche étatique et ses travailleurs, même si ces rapports permettent, parallèlement à d'autres moyens, d'accomplir la tâche étatique, sauf si le délégataire agit en vertu du droit public et peut se prévaloir de la puissance publique dans ses relations avec ses employés, auquel cas il est alors tenu de respecter leur liberté religieuse; il est à relever néanmoins qu'une telle délégation ne s'accompagne généralement pas d'une délégation de la puissance publique pour ce qui concerne les relations avec des non bénéficiaires de la tâche⁵¹⁶.

Dans leurs activités qui n'ont pas de lien avec la tâche étatique pour laquelle ils agissent comme délégataires de l'État, les entreprises privées délégataires de tâches étatiques ne sont donc pas destinataires des droits fondamentaux, et ne sont dès lors pas tenues de respecter la liberté religieuse de leurs salariés même si ses rapports permettent, en fin de compte, d'accomplir la tâche étatique⁵¹⁷. Il en va de même lorsqu'une

Heidrun GUTMANNBAUER, *Grundrechtsschutz beim privatrechtlichen Staatshandeln*, Zurich, Schulthess, 2011.

⁵¹² Sur la notion de «tâche étatique», CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 24-28.

⁵¹³ DUBEY, Droits I, N 283; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 67 ss; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 345.

⁵¹⁴ MARTENET, Délégataire, 135; MARTENET, Entreprises privatisées, 138.

⁵¹⁵ MARTENET, Délégataire, 136; MARTENET, Entreprises privatisées, 139.

⁵¹⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 73 s.; MARTENET, Délégataire, 136 ss, et les réf. citées; MARTENET, Entreprises privatisées, 139 s.

⁵¹⁷ ATF 142 II 154, c. 5.2, JdT 2017 II 227, 245; CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 450; HÄSLER, 118 ss; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 71 ss; DUBEY, Droits I, N 285, 312. Au regard du système de la CEDH, Lire PÉTERMANN, spéc. 126-130.

tâche étatique est transférée à une entité de droit privé créée dans ce but⁵¹⁸. En France au contraire, l'exigence de neutralité religieuse vaut pour tous les «services publics»⁵¹⁹, y compris ceux qui sont confiés à une personne de droit privé; le Conseil d'État et la Cour de cassation l'ont confirmé en se référant au critère de la *nature de l'activité exercée* par l'organisme de droit privé⁵²⁰.

Si l'on revient au droit suisse, la réponse est différente lorsque l'entreprise délégataire est certes organisée par le droit privé mais intégralement – ou majoritairement – détenue par l'État ou qu'elle ne jouit pas d'une autonomie *substantielle* par rapport à celui-ci, auquel cas elle n'est pas sortie du «giron» de l'État et demeure destinataire des droits fondamentaux⁵²¹. L'éventuelle absence d'autonomie s'apprécie au regard de critères juridiques, politiques, financiers et institutionnels⁵²². Le Tribunal administratif

⁵¹⁸ ATF 142 II 154, c. 5.2, JdT 2017 II 227, 245, qui fait fi de la distinction entre tâche d'*intérêt public* et tâche d'*utilité publique*, cette dernière se comprenant comme une tâche d'intérêt général en faveur de la collectivité (c. 3); TANQUEREL, *Unité et diversité*, 52.

⁵¹⁹ Sur cette notion dans le contexte de la neutralité religieuse et de la laïcité, lire l'*Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 décembre 2013*, qui clarifie la frontière entre «mission de service public» et «mission d'intérêt général».

⁵²⁰ CE 31 janvier 1964, *CAF de l'arrondissement de Lyon*, Rec. p. 76; rappelé récemment par Cass., 19 mars 2013, *CPAM de Seine-Saint-Denis*, n° 12-11.690, à propos d'une technicienne de prestations maladie licenciée au motif qu'elle portait un foulard islamique en forme de bonnet, en violation des dispositions du règlement intérieur: «attendu qu'ayant retenu que la salariée exerce ses fonctions dans un service public en raison de la *nature de l'activité exercée par la caisse* [nous soulignons], qui consiste à délivrer des prestations maladie aux assurés sociaux de la Seine-Saint-Denis [...], peu important que la salariée soit ou non directement en contact avec le public, la cour d'appel a pu en déduire que la restriction instaurée par le règlement intérieur de la caisse était nécessaire à la mise en œuvre du principe de laïcité de nature à assurer aux yeux des usagers la neutralité du service public».

⁵²¹ MARTENET, *Entreprises privatisées*, 143, et les réf. citées.

⁵²² *Ibid.*, 143. Ces considérations valent en tout cas pour les entreprises de droit privé mais il subsiste véritablement un flou juridique à propos de quelques sociétés d'économie mixte ou à statut spécial, dont certaines appliquent le droit privé dans leurs rapports avec leurs employés, et d'autre le droit public, VON KAENEL, N 23.85. Swisscom SA, société anonyme de *droit public* à caractère spécial (art. 2 al. 1 LET), engage son personnel par contrat de droit privé (art. 16 al. 1 LET). La Banque nationale suisse est également une société anonyme régie par une loi spéciale (art. 1^{er} al. 1 LBN) avec un personnel soumis au droit privé (art. 46 al. 2 let. f LBN), de même que La Poste est une société anonyme de droit public (art. 2 al. 1 LOP) qui applique le droit privé avec ses salariés (art. 9 LOP), tandis que les Chemins de fer fédéraux (CFF) appliquent la LPers-CH et partant le droit public avec leurs employés (art. 15 al. 1 LCFF, sous réserve de l'al. 3 qui autorise dans des cas justifiés la conclusion de contrats soumis au CO); voir aussi ROSELLO, N 445 ss, pour un aperçu des droits applicables dans les différentes sociétés anonymes de droit public et établissements autonomes sur le plan fédéral. TANQUEREL, *Unité et diversité*, 60 s.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1850 ss, spéc. 1860, sont plutôt favorables à l'application des droits fondamentaux; HAFNER, *Rechtsnatur*, 206 et UEBERSAX, 409, le sont également; DONATSCH, N 38 s., s'attache au critère de la nature de la tâche exécutée. Selon BELLANGER, *Administration décentralisée*, 56 s., les entités décentralisées doivent tout de même respecter les principes constitutionnels régissant toute activité étatique (égalité de traitement en premier lieu), *lorsqu'elles accomplissent une tâche publique*; le «droit

fédéral a ainsi considéré que lorsqu'elle agit comme autorité, La Poste est tenue au respect des droits fondamentaux en tant qu'établissement relevant de l'État fédéral et assumant des tâches publiques – soit essentiellement dans le cadre du service universel –, notamment dans ses *rapports juridiques avec ses travailleurs*⁵²³.

Le Tribunal fédéral a expressément reconnu l'existence d'employeurs «atypiques», dont les relations juridiques avec les travailleurs se situent aux confins du droit privé et du droit public⁵²⁴. Seul un examen qui couple les critères relatifs à la nature juri-

administratif privé» (*Verwaltungsprivatrecht*) constitue en ce sens un corps de règles juridiques intermédiaire entre le besoin de protection des agents publics et la flexibilité nécessaire à la multiplicité des activités en dehors de l'administration centrale, tout en reconnaissant d'une part que le Tribunal fédéral n'a jamais consacré cette théorie dans de tels rapports de travail, d'autre part que si l'entité décentralisée se comporte comme une entreprise active dans le commerce ou l'industrie, elle sort du domaine du droit administratif privé car elle agit en pur acteur de droit privé. Sur les problèmes que pose cette figure, importée du droit allemand, cf. RHINOW, Verfügung, spéc. 299 s. Voir aussi JAAG, 592, adopte une position nuancée en fonction de la proximité de la réglementation de l'entreprise avec les règles du CO et des éventuels pouvoirs spéciaux de la société mixte.

⁵²³ TAF 14 juin 2011, A-4659/2010, c. 6.4. Ceci alors qu'elle engage son personnel sous le régime du droit privé (art. 9 al. 1 LOP), où l'on voit que le texte légal n'est pas déterminant dans ce contexte.

⁵²⁴ TF 17 avril 2013, 4A_515/2012, c. 4.3, s'agissant d'une fondation d'utilité publique instituée, financée et organisée par le droit public mais constituée selon le droit privé (art. 80 ss CC). Qualifiée d'institution «para-étatique» et «hybride» par le TF, cette fondation a conclu une CCT avec un syndicat représentant principalement les travailleurs du service public et contient bon nombre de dispositions que l'on s'attendrait à retrouver dans un statut de fonctionnaires plutôt que dans un contrat collectif destiné à régir des rapports de travail de droit privé. Au regard de la nature des signataires de la CCT et du contenu de celle-ci, les circonstances pour le moins singulières en font qu'il en est résulté une situation complexe tenant à l'impossibilité de régler à coup sûr tous les problèmes que pose l'application de la CCT par un raisonnement fondé exclusivement sur le droit privé ou sur le droit public. Cette jurisprudence n'est pas renversée par l'ATF 142 II 154, qui traite essentiellement de la qualification juridique du contrat mais qui laisse ouverte la question, tout autre, de l'applicabilité des droits fondamentaux des employés privés délégataires de tâches publiques, comme le relève à juste titre Ursula MARTI à propos de cet arrêt, *Newsletter DroitDuTravail.ch*, mai 2016; TF 14 juillet 2011, 8C_597/2010, c. 4.1, concernant également une fondation de droit privé créée par une municipalité et dont le président du conseil de fondation ayant contre-signé le contrat de travail de la directrice de crèche était un membre de l'exécutif communal; le TF a jugé qu'il n'était pas arbitraire de considérer que l'on était en présence d'un contrat de travail de droit privé. Voir aussi TF 27 janvier 2014, 4A_292/2013, c. 1.2, s'agissant de l'*Ente Ospedaliero Cantonale* (réseau hospitalier tessinois, indépendant de l'administration et disposant de sa propre personnalité juridique de droit public [art. 1^{er} Legge sull'EOC; RS/TI 811.100]) et ayant conclu une CCT avec les syndicats représentant le personnel, dans lequel le TF tient des propos similaires à l'arrêt 4A_515/2012 précité. Qu'il s'agisse d'une fondation de droit privé ou d'un établissement autonome de droit public, il se peut ainsi que les rapports juridiques liant les travailleurs à l'employeur ne puissent faire l'objet d'une qualification juridique *univoque*, mais qu'ils semblent au contraire ressortir à plusieurs domaines juridiques distincts, ce qui est malheureux dans la confusion qu'elle est susceptible d'engendrer lorsqu'il faut juger de l'applicabilité des droits fondamentaux.

dique de l'employeur (autonomie ou absence d'autonomie), la mission poursuivie (étatique ou non étatique) et le contenu réel des rapports juridiques entre les parties est à même de déterminer l'applicabilité des droits fondamentaux dans les relations de travail en cause⁵²⁵.

La question de savoir si un employeur est tenu de respecter la liberté religieuse ne s'épuise pourtant nullement dans la classification du rapport de travail en relation de droit privé ou de droit public, conformément à une application qui serait *bijective* en mettant un cas d'espèce dans un genre légal (droit public = destinataire des droits fondamentaux *versus* droit privé = non-destinataire des droits fondamentaux). Au travers de la complexité des cas et des nuances relevées voit-on que nous avons plus affaire à une opération de qualification *graduelle* en droit, à mille lieues d'une candide logique binaire: le respect de la liberté religieuse par l'employeur est un gradient juridique, fonction de l'ensemble des circonstances – la réglementation applicable aux rapports de travail, les tâches exercées, l'étendue du contrôle hiérarchique opéré sur le travailleur, etc.⁵²⁶

Sur l'autre versant, la question de la titularité de la *liberté économique* – qui ne se pose pas pour l'État-employeur en tant qu'il n'est pas titulaire des droits fondamentaux face à ses agents – se pose pour ces personnes morales de droit privé. Le délégataire en mains privées peut se prévaloir des droits fondamentaux pour ce qui concerne les activités qui ne sont pas inhérentes à la tâche étatique dont il a la charge, notamment lorsqu'il agit sur le plan du droit privé et qu'il dispose en ce sens d'une véritable autonomie face à l'État – même approche que pour la détermination de la qualité de destinataire des droits fondamentaux –, ce qui est en principe le cas dans ses rapports juridiques avec ses employés⁵²⁷.

2. *Églises et autres personnes morales poursuivant un but religieux, spirituel ou idéal*

Historiquement, les personnes morales ne bénéficient pas de la liberté religieuse car la croyance est intimement liée à la nature humaine⁵²⁸. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme et le Tribunal fédéral ont d'abord nié le droit pour une Église ou une association religieuse de se prévaloir de la liberté reli-

⁵²⁵ Dans le même sens CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 45 ss; UEBERSAX, 412.

⁵²⁶ ALAIN PAPAUX, «Comparaison générique vs comparaison prototypique. Ou de l'évaluation <con-forme> par concept-mesure à l'évaluation instituante ou <analogique> par concept-matrice», *Revue européenne des sciences sociales* 2007 (138) 115-141. Dans un sens similaire, CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 47.

⁵²⁷ MARTENET, Délégataire, 139; MARTENET, Entreprises privatisées, 142; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 197 ss. La question est laissée ouverte par le TF à propos de Swisscom (ATF 127 II 8, c. 4c); HÄSLER, 163 ss.

⁵²⁸ ATF 142 I 195, c. 5.2 (qui fait référence à l'ATF 4 533, 536 c. 4); CR Cst.-MARTENET/ZANDRAD, art. 15 N 39.

gieuse⁵²⁹, avant de faire évoluer leur jurisprudence vers la reconnaissance de la liberté religieuse pour les personnes morales qui, conformément à leurs statuts, poursuivent des buts religieux – sauf les sociétés commerciales –, ne devant plus nécessairement la faire découler de la liberté revenant à leurs membres⁵³⁰. Cette condition semble satisfaite selon dès lors que la personne morale revendique une «vision du monde globalement et fondamentalement religieuse»⁵³¹.

Se trouvent en ligne de mire de cette jurisprudence les Églises et autres communautés religieuses⁵³². Cela vaut aussi bien pour celles d'entre elles qui sont organisées selon le droit privé (**a**) que celles qui ont, en vertu du droit cantonal, un statut de droit public (**b**), mais il existe une disparité entre elles dans l'étendue de la protection conférée par la liberté religieuse. La Cour de Strasbourg va plus loin que le Tribunal fédéral en reconnaissant la liberté religieuse aux communautés religieuses même en l'absence de personnalité juridique reconnue par l'État⁵³³. À notre sens, rien n'empêche d'interpréter de la même manière l'art. 15 Cst.⁵³⁴

a. *Entreprise de tendance religieuse de droit privé*

L'entreprise de tendance de droit privé, dont nous verrons plus tard la définition⁵³⁵, bénéficie de la liberté religieuse qu'elle peut faire valoir dans les rapports de travail

⁵²⁹ CommEDH, décisions *X. et Church of Scientology c. Suède* du 5 mai 1979, 7805/77, 76 et *Église X. c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1968, 3798/68; ATF 4 533.

⁵³⁰ Pour la première fois dans l'ATF 95 I 350. Plus récemment voir ATF 145 I 121, c. 1.4, JdT 2019 I 139; ATF 142 I 195, c. 5.2; ATF 125 I 369, JdT 2000 I 826. En Europe CourEDH, arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* (GC) du 27 juin 2000, Rec. 2000-VII; CommEDH, décisions *X- c- R.F.A.* du 8 mai 1985, 10901/84, cité par GOY, 181 et KRAUS, 85 et *Verein Kontakt-Information-Therapie et Siegfried Hagen c. Autriche* du 12 octobre 1988, 11921/86, qui admet la titularité de la liberté religieuse *stricto sensu* pour les entreprises poursuivant un but religieux mais qui la nie pour la liberté de conscience, en ce que cette dernière est indissociable d'une individualité singulière et ne peut donc être invoquée par autrui ou au nom d'autrui. Dans le même sens, HILTI, 209. *Contra* GONIN, Liberté religieuse, 32-34, qui voit mal comment on peut adopter une conviction religieuse, sans que celle-ci ne soit une expression de sa conscience, et voit là une contradiction dans la cohérence de la jurisprudence de Strasbourg. Pour des développements plus avant sur cette jurisprudence, cf. CISMAS, 105 s.

⁵³¹ ATF 142 I 195, c. 5.4.

⁵³² CourEDH, arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* (GC) du 27 juin 2000, Rec. 2000-VII, § 72; CISMAS, 99-101; SAHLFELD, 155-203 et les nombreuses références.

⁵³³ CourEDH, arrêt *Église catholique de La Canée c. Grèce* du 16 décembre 1997, 25528/94. Cette affaire avait trait à la titularité de l'art. 6 CEDH, mais dès lors qu'est reconnu ce droit, il est logique de reconnaître au profit des organisations religieuses la liberté d'association et la liberté religieuse, d'autant plus que la Commission européenne des droits de l'homme, dans son rapport du 3 septembre 1996, avait au contraire jugé l'affaire sous l'angle de l'art. 9 CEDH combiné avec l'art. 14 CEDH.

⁵³⁴ Dans ce sens TAWIL, 59; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 45.

⁵³⁵ Cf. *infra* Chap. 3, I, C, 1.

face à ses travailleurs⁵³⁶. Il sied de distinguer deux types de conflits de travail, eu égard à la nature de l'employeur en cause, mais qui opposent dans tous les cas des intérêts antinomiques. Dans les conflits de travail entre une société commerciale et le travailleur, la Cour utilise parfois indistinctement les termes d'*intérêt* et de *droit*, ce qui a pu faire accroire, en vertu d'une interprétation sémantique, que le *droit* l'emportait sur l'*intérêt*⁵³⁷. L'intérêt se situerait plutôt sur «le plan de l'utilité et de l'existence», tandis que le droit (subjectif) se situerait sur «le plan éthique et normatif»; la hiérarchie aura pu être hâtivement établie en faveur du «droit»⁵³⁸.

Or il en va tout autrement: non seulement ces plans conceptuels différents sont des plans sécants – au sens où ils présentent une zone commune à côté de zones distinctes –, mais la Cour semble les utiliser dans leur sens courant, de manière interchangeable, sans y consacrer quelque supériorité de l'un sur l'autre. Dans l'arrêt *Eweida*⁵³⁹, la Cour utilise le terme d'*intérêt* et de *volonté* pour les deux parties, le travailleur ayant une volonté garantie par un droit fondamental à la liberté religieuse, tandis que la volonté de l'employeur de projeter une certaine image commerciale ne pouvait s'appuyer sur aucun droit garanti par la Convention⁵⁴⁰. L'enjeu n'est pas sémantique à ce niveau, c'est le droit *sanctionnant* l'intérêt ou la volonté d'une partie au litige qui est déterminant. Certes la liberté économique invoquée par une société commerciale est-elle garantie par l'art. 27 Cst., mais l'absence de pendant sur le plan conventionnel lui fait perdre un soubassement juridique de poids qui la contraint à s'engager dans une logique *asymétrique*, et cela s'en ressent au moment de la pesée des intérêts effectuée par les juges de Strasbourg.

L'équilibre est rétabli lorsque l'employeur est une entreprise de tendance, car son intérêt s'arrime alors sur la liberté de religion garantie par la Constitution fédérale et la Convention européenne des droits de l'homme. Pour les communautés religieuses de surcroît, leur liberté religieuse est généralement arc-boutée sur le droit à l'autonomie des Églises, lui-même s'interprétant à l'aune de la liberté d'association (art. 11 CEDH et 23 Cst.), laquelle agit comme renfort juridique additionnel déterminant⁵⁴¹. La confi-

⁵³⁶ CourEDH, arrêts *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, § 37-38 et *Schüth c. Allemagne* du 23 septembre 2010, Rec. 2010-V, § 54; KARLEN, Religionsfreiheit, 264. Voir en droit suisse TF 18 octobre 2016, 2C_807/2015, c. 5.1, à propos d'une école religieuse.

⁵³⁷ AFROUKH, 50 ss.

⁵³⁸ André GERVAIX, «Quelques réflexions à propos de la distinction des <droits> et <intérêts>», in *Mélanges en l'honneur de Pauxl Roubier, t. 1 Théorie générale du droit et du droit transitoire*, Paris, Sirey/Dalloz, 1961, 241-252.

⁵³⁹ CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 94.

⁵⁴⁰ ATF 137 V 334; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 804.

⁵⁴¹ CourEDH, arrêt *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, § 41; OVERBEEKE, 373; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 108. Sur les liens entre les art. 9 et 11 CEDH, cf. OTTENBERG, 108 ss.

guration devient *symétrique* en ce qu'on assiste à un affrontement «intra-droit à dualité d'objets», dit plus simplement à des aspects concurrents des mêmes droits consacrés de part et d'autre de la balance des intérêts⁵⁴².

Les personnes morales de droit privé poursuivant un but religieux ou ecclésiastique – généralement constituées en associations (art. 60 ss CC), voire en fondations (art. 80 ss CC) –, peuvent se prévaloir sans restriction de la liberté religieuse pour elles-mêmes et pour défendre les intérêts de leurs membres⁵⁴³. Tel est en particulier le cas des Églises organisées sur la base du droit privé⁵⁴⁴, des sectes⁵⁴⁵, ainsi que des écoles privées confessionnelles⁵⁴⁶.

Consciente qu'une hiérarchisation *in abstracto* entre les droits fondamentaux à visée religieuse invoqués concurrentement par le travailleur et l'employeur serait périlleuse, la Cour insiste régulièrement sur sa prémisses majeure de l'égalité considération conférée aux droits fondamentaux garantis par l'une et l'autre partie au rapport de travail⁵⁴⁷.

Dans l'hypothèse où une communauté religieuse de droit privé se voit déléguer des tâches étatiques de nature sociale, elle n'en devient pas pour autant destinataire des droits fondamentaux dans ses relations avec ses travailleurs, car la communauté religieuse ne jouit pas dans ce cadre de prérogatives de puissance publique, les travailleurs ne se trouvant en principe pas dans un rapport intrinsèque avec l'activité sociale déléguée par l'État, à moins que la tâche déléguée à la communauté religieuse de droit privé ne se réalise par une prestation de travail ou de service, auquel cas il serait plus qu'envisageable de considérer que le droit public doit s'appliquer.

b. Communautés religieuses de droit public

Quant aux personnes morales de droit public, la jurisprudence du Tribunal fédéral ne leur permet traditionnellement d'invoquer la liberté religieuse que pour se défendre contre une violation de leur autonomie – sur le modèle de l'autonomie communale⁵⁴⁸. Cette jouissance limitée trouve sa justification dans le fait que les Églises reconnues de droit public se voient attribuer par le droit cantonal des prérogatives de puissance publique normalement réservées à l'État, en échange du respect des principes qui gouvernent l'Etat de droit. Cela ne fait pas d'elles des émanations de l'État, mais elles ap-

⁵⁴² Selon l'expression de MARTELLY, *passim*.

⁵⁴³ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 46.

⁵⁴⁴ ATF 97 I 221, c. 3c, JdT 1972 I 106.

⁵⁴⁵ L'Église de scientologie peut se prévaloir de la liberté religieuse selon l'ATF 118 Ia 46, c. 3b, JdT 1994 I 582, tout comme l'Armée du Salut selon l'ATF 142 I 195, c. 5.4.

⁵⁴⁶ ATF 97 I 116, JdT 1973 I 26; TF 18 octobre 2016, 2C_807/2015, c. 5.1.

⁵⁴⁷ CourEDH, arrêt *Sindicatul «Păstorul cel Bun» c. Roumanie* (GC) du 9 juillet 2013, Rec. 2013-V, § 160.

⁵⁴⁸ ATF 108 Ia 82, c. 1b, JdT 1984 I 167; ATF 108 Ia 264, c. 3b, JdT 1984 I 174; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 Cst. N 27 s.; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 47.

paraissent de la sorte comme proches de l'État, et ne peuvent pour cette raison pleinement bénéficier de la liberté religieuse⁵⁴⁹.

Cette jurisprudence vertement critiquée nous paraît surannée, sauf lorsqu'elle vise les rapports juridiques liés à l'éventuelle prérogative des Églises de lever l'impôt ecclésiastique. D'une part car elle fait fi de la diversité sociétale contemporaine et de l'évolution du rôle que jouent de nos jours les communautés religieuses en participant activement à la mise en œuvre de la liberté religieuse individuelle de leurs membres, à l'instar des Églises de droit privé. D'autre part parce que seule la reconnaissance d'une titularité générale et illimitée de la liberté religieuse aux communautés religieuses de droit public permet un plein effet de la liberté religieuse corporative et de l'égalité de traitement, dès lors que la distinction fondée sur la seule forme juridique des communautés religieuses s'avère artificielle⁵⁵⁰.

Ce pas mériterait d'autant plus d'être franchi que la jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît déjà partiellement la liberté religieuse des Églises de droit public, simplement analyse-t-elle ces affaires à travers le prisme non pas des droits fondamentaux, mais de celui du droit des Églises à l'autodétermination⁵⁵¹. La Cour européenne des droits de l'homme va dans ce sens et leur accorde sans restriction la titularité de la liberté religieuse⁵⁵². En particulier, si leur statut privilégié de droit public ne leur confère aucune prérogative de puissance publique, elles ne sont pas des organismes gouvernementaux et ce statut légal de «personne autonome de droit public» ne doit pas être un obstacle à la jouissance des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Voir ATF 108 Ia 264, c. 1, JdT 1984I 174; par cette reconnaissance de la constitution cantonale, une telle Église devient une «puissance de droit public» («*Potenz des öffentlichen Rechts*»); BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 N 66; DUBEY, Droits II, N 1929.

⁵⁵⁰ Dans ce sens CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 47; BALDEGGER, 125-128; BIAGGINI, Komm. BV, art. 15 N 16; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 469; GONIN, Liberté religieuse, 106; WINZELER, Religionsverfassungsrecht, 42; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 N 28; KARLEN, Religionsfreiheit, 264-265.

⁵⁵¹ SAHLFELD, 161; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 N 27. Voir récemment ATF 145 I 121, c. 1.4, JdT 2019I 139, qui accorde la liberté religieuse aux personnes morales poursuivant un but religieux ou ecclésiastique, sans exclure les Églises de droit public.

⁵⁵² CourEDH, arrêts *Les saints monastères c. Grèce* du 9 décembre 1994, série A n° 301, § 49: «[L]a Cour note d'emblée que les monastères requérants n'exercent pas de prérogatives de puissance publique [...] Leurs objectifs essentiellement ecclésiastiques et spirituels, et même culturels et sociaux pour certains d'entre eux, ne sont pas de nature à les faire ranger parmi des organisations gouvernementales poursuivant des objectifs d'administration publique. De la qualification de personnes morales de droit public se déduit seulement la volonté du législateur de leur assurer – en raison des liens particuliers qui les unissent à l'Etat – la même protection juridique à l'égard des tiers que celle accordée aux autres personnes morales de droit public».

⁵⁵³ Idem; SCHWEIZER, Unternehmen, 279.

À noter également que dans la jurisprudence de Strasbourg, les entreprises de tendance qui, en dépit de leur statut de personne morale de droit public, n'exercent aucune prérogative de puissance publique, sont titulaires de la liberté religieuse à titre d'*employeurs privés* et le litige s'analyse alors à la lumière des obligations positives; les droits fondamentaux ne sont pas directement applicables puisque nous serions alors dans une relation horizontale⁵⁵⁴.

Enfin, l'ancienne Commission des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme font une distinction entre la liberté religieuse *stricto sensu* et la liberté de conscience en considérant que seule la première bénéficie aux personnes morales, la seconde étant indissociable d'une conscience singulière ne pouvant appartenir qu'à une personne physique, et ne pouvant en conséquence être invoquée par autrui ou au nom d'autrui⁵⁵⁵. Cette distinction n'apparaît pas dans les arrêts rendus jusqu'ici par le Tribunal fédéral, qui n'a jamais explicitement été confronté à une personne morale poursuivant un *but idéal mais non religieux* et se réclamant titulaire de l'art. 15 Cst. La question est donc indécise, mais les réflexions autour de la portée de la liberté de conscience influenceront assurément le Tribunal fédéral lorsqu'il sera amené à trancher cette question⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ CourEDH, arrêts *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, § 37-38 et *Schiith c. Allemagne* du 23 septembre 2010, Rec. 2010-V, § 54; KARLEN, Religionsfreiheit, 280; SAHLFELD, 170 s., qui cite l'affaire CommEDH, décision *Rommelfanger c. République fédérale d'Allemagne* du 6 septembre 1989, 12242/86, dans laquelle il était question d'un médecin-assistant travaillant pour une fondation catholique romaine et licencié par cette dernière pour ses propos tenus sur l'avortement. La fondation était reconnue de droit public et l'affaire a été analysée sous l'angle de l'art. 10 CEDH, sans reconnaissance explicite de la titularité de l'art. 9 CEDH. Cependant, l'affaire a été jugée à l'aune de l'art. 10 CEDH car il était question de propos religieux exprimés qui, selon l'approche de la jurisprudence de Strasbourg, sont analysés généralement sous l'angle de l'art. 10 CEDH, mais cela ne préjuge en rien la titularité de la liberté religieuse si la cause avait pour objet d'autres griefs soulevés. Secondement, la Commission précise bien dans sa décision que «ce n'est pas une autorité publique qui a prononcé le licenciement [...], le requérant a été licencié par un employeur privé. Le fait qu'il s'agissait d'une fondation catholique et que, en droit allemand, l'Église catholique est considérée comme une personne morale de droit public ne fait pas du licenciement un acte de l'État.» Il est intéressant de constater que la Cour considère généralement les Églises de droit public sans prérogatives publiques comme des employeurs privés, attachant plus d'importance au contenu de leurs attributions qu'à la forme légale qu'elles revêtent.

⁵⁵⁵ CommEDH, décision *Verein Kontakt-Information-Therapie et Siegfried Hagen c. Autriche* du 12 octobre 1988, 11921/86: «[L]e droit à la liberté de conscience au sens de l'article 9 de la Convention [...] n'[est] pas, par nature, susceptible d'être exercé par une personne morale telle qu'une association privée. S'agissant de l'article 9, la Commission estime qu'il faut distinguer à cet égard entre la liberté de conscience et la liberté de religion qui peut, elle, être exercée par une église en tant que telle». Pour des développements plus avant sur la jurisprudence des organes du Conseil de l'Europe, voir CISMAS, 105 s.

⁵⁵⁶ Voir aussi à ce sujet les pénétrantes observations de BALDEGGER, 387-392, qui plaide pour une telle titularité aux personnes morales poursuivant un but idéal ou philosophique; dans le même sens GONIN, Liberté religieuse, 32-34, qui voit mal comment on peut adopter une

Sur l'autre versant du champ d'application personnel, la reconnaissance cantonale de *droit public* qui octroie des prérogatives de puissance publique normalement dévolues à l'État entraîne en contrepartie que ces communautés religieuses deviennent destinataires des droits fondamentaux – et notamment de la liberté religieuse – envers les tiers et leurs membres pour les nombreuses tâches étatiques (souvent des prestations de nature sociale) qu'elles fournissent sur délégation du canton, mais pas pour l'ensemble de leurs activités⁵⁵⁷. S'agissant d'une communauté religieuse de droit privé qui se verrait déléguer des tâches étatiques, à la suite notamment d'une reconnaissance d'*intérêt public*⁵⁵⁸, elle deviendrait destinataire des droits fondamentaux dans l'accomplissement des activités inhérentes à la tâche étatique déléguée⁵⁵⁹.

Bien que les titulaires de charges ecclésiastiques de l'Église puissent invoquer la liberté religieuse à l'égard de l'Église employeur, il ne faut pas oublier que dans ces cas, le devoir de fidélité étendu du collaborateur ecclésiastique aura souvent la prééminence, raison pour laquelle d'aucuns parlent de destinataires «limités» de la liberté religieuse à propos des Églises de droit public⁵⁶⁰. En effet, les «devoirs religieux» des travailleurs sont décrits par la doctrine des Églises et communautés religieuses elles-mêmes et l'État n'a pas le droit de contrôler leur respect sans violer sa neutralité religieuse, de sorte que la liberté religieuse ne leur offre finalement que très peu de protection vis-à-vis de leur employeur religieux.

3. Employeur poursuivant un but lucratif

L'employeur à but lucratif est, en tant que personne morale de droit privé, titulaire de plusieurs droits fondamentaux, dont la liberté économique qui sera la liberté le plus souvent invoquée pour s'opposer à la liberté religieuse de ses travailleurs⁵⁶¹. Quant à la titularité de la liberté de religion, même si son champ d'application personnel s'est considérablement étendu à différentes formes de personnes morales, la société commerciale n'en a pas – encore ? – bénéficié.

conviction religieuse, sans que celle-ci ne soit une expression de sa conscience. *Contra* KÜHLER, 202 s., qui se prononce contre la titularité de la liberté de conscience pour les personnes morales au motif que «*der Schutzbereich des Grundrechts [de la liberté de conscience] bezieht sich auf eine individuell erfahrene, innere Konfliktsituation*»; dans le même sens, HILTI, 47-48 et 209, avec un argumentaire similaire.

⁵⁵⁷ DUBEY, Droits II, N 1929.

⁵⁵⁸ Sur la distinction avec la reconnaissance de droit public, *cf.* CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 72 N 23 ss.

⁵⁵⁹ MARTENET, Délégataire, 135.

⁵⁶⁰ KARLEN, Religionsfreiheit, 283-284.

⁵⁶¹ Situation dite d'un conflit «inter-droits à pluralité d'objets» pour reprendre la terminologie de MARTELLY, 210; GREMPER, 26 s.; CAMASTRAL, 86. Voir aussi CR Cst.-MARTENET, art. 27 N 28.

Le Tribunal fédéral s'en tient toujours à sa jurisprudence selon laquelle seules les personnes morales qui, selon leurs statuts, poursuivent un but religieux ou ecclésiastique peuvent bénéficier de la liberté religieuse⁵⁶², en excluant *a contrario* les activités motivées par un dessein lucratif ou mercantile, bien qu'exercées par des entreprises à but religieux ou idéal, dès lors que les visées ne sont pas strictement religieuses, telles que la distribution de tracts religieux dans une optique publicitaire⁵⁶³. Néanmoins, une société poursuivant, dans la mesure où le droit en vigueur le permet, un but idéal⁵⁶⁴ de nature religieuse ou philosophique, devrait pouvoir se prévaloir de la liberté religieuse lorsqu'elle subit une atteinte uniquement en raison de la nature de son but et de ses activités (publication et distribution d'ouvrages religieux, organisation de conférences et de séminaires religieux, etc.)⁵⁶⁵. En somme, il faut que l'atteinte entrave spécifiquement la réalisation de ce but idéal.

⁵⁶² ATF 142 I 195, c. 5.2 (les activités de l'Armée du Salut, au regard de ses statuts et de sa vision du monde globalement et fondamentalement religieuse, sont couvertes par la liberté religieuse); ATF 126 I 122, c. 5a, JdT 2001 I 754; ATF 125 I 369, c. 1b, JdT 2000 I 826; ATF 118 Ia 56, c. 4b, JdT 1994 I 579; ATF 116 Ia 252, c. 5a, JdT 1992 I 5; TF 18 octobre 2016, 2C_807/2015, c. 5.1; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 51.

⁵⁶³ ATF 126 I 133, c. 3, JdT 2001 I 781, s'agissant de la distribution par l'Église de scientologie de matériels publicitaires pour l'achat de livres ainsi que des séminaires onéreux sans que le but d'une mission religieuse ne résulte directement du contenu des imprimés; MARTENET, Sociétés commerciales, 512; DUBEY, Droits II, N 1928.

⁵⁶⁴ En droit suisse, même si cela est rarissime en pratique, une société anonyme peut être fondée en vue de poursuivre un but qui n'est pas de nature économique (art. 620 al. 3 CO), par exemple un but idéal (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, N 41; BÖCKLI, N 27).

⁵⁶⁵ Dans la décision *Eglise de scientologie de Moscou et autres c. Russie* du 28 octobre 2004, 18147/02, ch. 2 *in fine* de la partie «en droit», la Cour a décidé d'entrer en matière notamment sur le grief de violation de l'art. 9 CEDH soulevée par l'Église de scientologie de Moscou du fait du refus des autorités moscovites de la ré-enregistrer comme organisation religieuse. Certes, l'Église de scientologie n'est pas une société commerciale, il est toutefois intéressant de relever que la Cour considère que l'art. 9 CEDH ne protège pas uniquement les fidèles d'une Église, mais aussi celle-ci (voir aussi la décision *Yevgeniy Kimlya, Aidar Sultanov et Eglise de scientologie de Nizhnekamsk c. Russie* du 9 juin 2005, 76836/01 et 32782/03, ch. 2 *in fine* de la partie «en droit»), quand bien même les activités de l'Église en question sont jugées préoccupantes dans bon nombre de démocraties. La Commission a établi une distinction entre les annonces à caractère purement commercial, faite par un groupe religieux, proposant des articles à la vente, et les annonces dont l'objet est uniquement d'informer ou de décrire, ces dernières bénéficiant de la protection de l'art. 9 CEDH (*X. et Church of Scientology c. Suède* du 5 mai 1979, D.R. 16, 75, à propos d'une annonce publicitaire en faveur de l'«e-mètre» censé mesurer l'état de l'âme et de ses variations).

Selon l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, une personne morale poursuivant une activité commerciale ne saurait se prévaloir de l'art. 9 CEDH⁵⁶⁶, encore que la question ait été laissée ouverte dans une décision du 15 avril 1996⁵⁶⁷. Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé cette reconnaissance à une entreprise commerciale au motif que cette dernière était une personne morale fondée *exclusivement* à des fins mercantiles et ne poursuivait *aucune* activité religieuse; au contraire, elle faisait des efforts pour se distancier des convictions religieuses des managers et des salariés⁵⁶⁸.

L'aspect commercial prépondérant semble donc constituer le dernier verrou à briser avant la reconnaissance de la liberté religieuse aux entreprises à but lucratif. L'avancée à pas de loup vers une reconnaissance générale semble irréversible. En effet, si l'on se cantonne exclusivement à la jurisprudence de la Cour, un seul arrêt a été rendu sur la question depuis longtemps. De plus, si l'on s'en tient à une lecture littérale de ce dernier arrêt, une entreprise commerciale qui développerait en parallèle des activités religieuses ou qui ne se distancierait pas des convictions de ses travailleurs ou managers pourrait invoquer la liberté religieuse, dans la mesure où elle lèverait le voile sur son anonymat – qui reste l'un des objectifs de la société anonyme et l'obstacle corollaire à sa reconnaissance comme entreprise de tendance – pour devenir «transparente» quant à son «identité» religieuse⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ CommEDH, décision *Société X. c. Suisse* du 27 février 1979, 7865/77: «À supposer même que la prétention de la requérante puisse entrer dans le domaine d'application de l'article 9 de la Convention, la Commission, toutefois estime qu'une société anonyme, étant donné qu'il s'agit d'une personne morale à but lucratif ne peut ni jouir ni se prévaloir des droits mentionnés à l'article 9, paragraphe 1, de la Convention».

⁵⁶⁷ CommEDH, décision *Kustannus Oy Vapaa Ajatteliija AB et autres c. Finlande* du 15 avril 1996, 20471/92. Cette affaire concernait une organisation ayant un but philosophique (vente d'ouvrages soutenant le mouvement des libres penseurs) et ayant choisi une forme juridique commerciale (société à responsabilité limitée) pour l'atteindre, ce qui semble suggérer que la Commission a nié la titularité de l'art. 9 CEDH aux personnes morales ayant choisi une forme juridique normalement réservée aux entreprises aux fins mercantiles pour atteindre leur objectif, fût-il guidé par un idéal. La Commission laisse la question ouverte de la manière suivante: «*The Commission would therefore not exclude that the applicant association is in principle capable of possessing and exercising rights under Art. 9 para. 1.*» (43, 4^e §, 2^e phr.).

⁵⁶⁸ CourEDH, décision *Firma EDV für Sie, Efs Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH c. Allemagne* du 2 septembre 2014, 32783/08, § 31-32; CHRISTIANS, 264.

⁵⁶⁹ Dans ce sens OVERBEEKE, 371; CISMAS, 102-105; GONIN, Liberté religieuse, 34-38, qui propose un examen en trois temps pour admettre ou non une telle titularité: but avant tout lucratif ou religieux (1); taille de l'entreprise (2) et statut légal de l'entité économique (3), ce dans l'optique d'élargir le champ d'application personnel à des entreprises avec un but premièrement économique mais qui ne devraient pas se voir refuser automatiquement l'entrée en matière par un schématisme dépassé, et de citer l'exemple d'une petite entreprise familiale qui vendrait des tapis de prières.

Une société commerciale déployant des activités religieuses peut en effet être le vecteur d'une croyance et contribuer de ce fait à l'effectivité de la liberté de religion, voire au pluralisme religieux⁵⁷⁰. Partant, la jurisprudence mériterait d'être nuancée, à tout le moins pour les personnes morales poursuivant un but *religieux, idéal* ou *philosophique* et qui ont choisi une forme juridique usuellement adoptée par les sociétés ayant une finalité purement lucrative⁵⁷¹. La Cour a déclaré recevable le grief fondé sur la liberté religieuse par une station de radio diffusant des programmes religieux chrétiens qui était organisée en société à responsabilité limitée mais qui n'avait pas de but lucratif⁵⁷².

La possibilité de l'ouverture du champ de protection personnel aux personnes morales commerciales dans un avenir plus ou moins proche se conçoit d'autant plus aisément que la réalité socio-économique des entreprises de tendance mute à certains endroits du globe, notamment avec l'apparition du concept de *management spirituel*⁵⁷³, avec lequel il devient âprement difficile de juger si la religion constitue le but de l'entreprise ou un moyen de sa gestion, voire les deux⁵⁷⁴.

La Cour suprême des États-Unis a franchi le pas en 2014 en reconnaissant à une chaîne de magasins de bricolage dont la propriété relevait d'une structure familiale («*closely held corporation* [CHC]»), en l'espèce protestante, la possibilité d'invoquer la liberté religieuse pour contester son obligation de rembourser directement à ses salariés leurs frais de contraception⁵⁷⁵. Cet arrêt ne saurait inférer par extrapolation une titularité générale de la liberté religieuse pour les entreprises à profit dans les rapports qu'ils entretiennent avec leurs travailleurs⁵⁷⁶, mais ouvre une brèche pour une titularité plus générale de la liberté religieuse⁵⁷⁷.

Synthèse du Chapitre 2

Les droits fondamentaux «à visée religieuse» tels qu'ils sont consacrés par le droit positif se trouvent dans une multitude de textes juridiques issus tant de l'ordre juri-

⁵⁷⁰ Pour le surplus, voir MARTENET, Sociétés commerciales, 512-513.

⁵⁷¹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 53.

⁵⁷² CourEDH, *Glas Nadejda EOOD et Elenkov c. Bulgarie* du 11 octobre 2007, 14134/02, § 58-59, qui a cependant analysé l'affaire à la lumière de l'art. 10 CEDH.

⁵⁷³ Sur ce concept, cf. *infra* Chap. 8, I, A.

⁵⁷⁴ Dans ce sens, CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 165.

⁵⁷⁵ SCOTUS, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014).

⁵⁷⁶ CHRISTIANS, 264 s. Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires, cf. p.ex. Paul HORTWITZ, «The Hobby Lobby Moment», *Harvard Law Review* 2014 (128) 154-189.

⁵⁷⁷ Plus largement sur la question, lire BALDEGGER, *passim*; en droit allemand Christina KREISSL, *Die Religionsfreiheit juristischer Personenfreiheit im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG*, Nomos, 2020, et en droit canadien Howard KISLOWICZ, «Business Corporations as Religious Freedom Claimants in Canada», *Revue juridique Thémis* 2017 337-387.

dique interne qu'international (conventions internationales et régionales de protection des droits fondamentaux – principalement la CEDH et le Pacte ONU II –, Constitution fédérale et constitutions cantonales), sans négliger les relais de droit ordinaire (législatif) et c'est principalement la liberté de religion qui viendra s'appliquer dans les rapports de travail pour protéger les croyances et pratiques religieuses du travailleur **(I.A)**, parfois en concours avec l'interdiction de la discrimination fondée sur les convictions religieuses d'une part **(I.B)**, face à la liberté économique qui sera la liberté principalement invoquée par l'employeur pour opposer au salarié ses prérogatives visant à organiser l'entreprise et régir les conditions de travail **(I.C)**. Surtout, la jurisprudence est essentielle pour comprendre les solutions juridiques observées en pratique, car les normes mentionnées sont pourvues d'une faible densité normative et ne donnent qu'une vague idée de l'attention consacrée par le droit positif à la religion dans les rapports de travail.

S'agissant du champ d'application matériel de la liberté religieuse, tout comme la liberté religieuse *négative* découle en quelque sorte de la laïcisation de la sphère publique, la liberté religieuse *positive* tient à ce que l'espace public ne soit pas à l'extrême opposé *expurgé* de toute manifestation religieuse, exigeant un équilibre subtil entre les deux faces du même médaillon, qui ont par ailleurs une valeur juridique équivalente **(II.A)**. La dualité du for extérieur/intérieur caractérisant la protection juridique accordée à la liberté religieuse s'explique par la conception de la religion comme un système de pratiques solidaires des croyances qui les prédéterminent, mais la délimitation du for intérieur et du for extérieur est sybilline et la jurisprudence rendue ne permet pas d'en dessiner une frontière saisissable, de sorte que l'on peut même se demander si cette dichotomie n'est pas artificielle voire christiano-centrée, puisque de nombreuses religions, dont certaines branches du christianisme, ne connaissent pas cette approche binaire et compartimentée **(II.B)**. La détermination de la *religiosité* d'un comportement soulève quant à elle une double difficulté liée au fait que la personne qui s'en prévaut doit faire valoir que son comportement procède effectivement d'une conviction religieuse et non d'une prédilection personnelle, et que les autorités et les tribunaux ont l'interdiction de faire un examen de la justesse théologique d'un précepte religieux sous peine de violer le principe de la neutralité confessionnelle incombant à l'État. D'où l'approche dite subjectiviste adoptée par les tribunaux suisses, européens et nord-américains, quoique mitigée par la vérification que l'intéressé se prévaut d'une pratique religieuse de manière crédible et que celle-ci existe dans la pratique sociale, fût-ce de manière minoritaire (doctrine dite de l'*objectivisme sociologique*) **(II.C)**.

Finalement, le champ d'application personnel a consisté à déterminer les titulaires et destinataires de la liberté de religion dans les rapports de travail, par l'examen successif de la figure du *travailleur* et de l'*employeur* dans les différents segments de l'ordre

juridique (sphères publique, privée et entreprises de tendance). Si la liberté religieuse profite naturellement à tous les travailleurs, qui sont toujours des personnes physiques, dont la croyance est une qualité intrinsèque à la nature humaine et ceci indépendamment du degré de leur piété (**III.A**), la question s'est posée de savoir si les employeurs en tant que personnes morales pouvaient en bénéficier. À ce sujet, l'État-employeur n'est que destinataire des droits fondamentaux et tenu de leur respect mais jamais titulaire. Pour les employeurs religieux, bien que les personnes morales ne bénéficient historiquement pas de la liberté religieuse car la croyance est intimement liée à la nature humaine, la jurisprudence – surtout européenne, le Tribunal fédéral faisant encore montre d'une certaine retenue s'agissant des Églises reconnues de droit public, à tort selon nous – a largement évolué vers une reconnaissance de la titularité de la liberté de religion pour celles-ci. Enfin, l'aspect commercial prépondérant constitue le dernier verrou à briser avant la reconnaissance de la liberté religieuse aux entreprises à but lucratif, mais l'avancée à pas de loup vers une reconnaissance générale semble désormais irréversible (**III.B**).

Chapitre 3 : Unité dans la diversité des rapports de travail

Pour des raisons tenants à l'idéologie et justifiant son rattachement historique au droit privé, il est logique que de nombreuses règles du droit des obligations, et même du droit civil en général, soient applicables en droit du travail.

Le droit du travail n'est toutefois pas avaricieux en institutions et juridictions qui lui sont propres, et dont l'originalité de certains outils, tels que ceux du droit collectif, le rend réfractaire à toute assimilation parfaite avec l'appareillage existant dans les autres branches du droit, au point qu'une certaine partie de la doctrine le ceint d'un particularisme qui ne peut mener qu'à la reconnaissance de son autonomie⁵⁷⁸.

Par ailleurs, le droit du travail, bien que le plus souvent rangé dans le code civil, emprunte de plus en plus au droit pénal et au droit public pour le droit de police, fait état d'une réglementation de plus en plus éparse et par corollaire de plus en plus inintelligible pour le plus grand nombre, de sorte que la recherche d'une certaine cohérence fonctionnelle plaide également en faveur de son autonomisation⁵⁷⁹.

Au total, le droit du travail est un droit mixte, un *Janus bifrons* tourné à la fois vers le droit privé et le droit public, où l'on y décèle, malgré la variété des *corpus* juridiques dans les rapports de travail (I), une certaine *unité* des principes généraux qui le gouvernent (II)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Paul DURAND, «Le particularisme du droit du travail», *Droit social* 1945 298.

⁵⁷⁹ Mark FREEDLAND, «Otto Kahn-Freund, the Contract of Employment and the Autonomy of Labour Law», in Alan Bogg/Cathryn Costello/ACL Davies/Jeremias Adams-Prassl (édit.), *The Autonomy of Labour Law*, Hart Publishing, 2015, 31-44.

⁵⁸⁰ WITZIG, *Droit du travail*, N 161 ss, spéc. 167.

I. De la variété des *corpus* juridiques dans les rapports de travail

Considérant l'hétérogénéité régnant dans les rapports de travail, la mesure des droits fondamentaux se décline différemment au sein de notre triade désormais familière que constituent le *secteur privé* (A), la *fonction publique* (B) et l'*entreprise de tendance* (C), dit autrement selon la réglementation juridique applicable au rapport de travail et définissant les devoirs légaux ou contractuels – plus génériquement professionnels – des parties au rapport de travail⁵⁸¹.

A. Le droit privé du travail: le règne de l'autonomie des parties?

Le principe fondamental du droit privé réside dans l'autonomie qu'il confère aux parties dans la création du rapport contractuel, l'aménagement de son contenu et le déclenchement de son extinction (1). L'employeur privé, en tant qu'il est présumé placé sur un pied d'égalité – formelle – avec le travailleur et que leurs relations se fondent sur une manifestation de volontés réciproques et concordantes, n'est pas tenu de respecter directement sa liberté de religion, celle-ci ne déployant pas d'effet direct dans les relations juridiques entre personnes de droit privé (2)⁵⁸². Quoique les droits fondamentaux s'adressent avant tout à l'État, seul titulaire de la puissance publique à même de modifier unilatéralement la situation juridique d'autrui, l'on assiste à une horizontalité croissante des droits fondamentaux dans les relations de travail soumises au droit privé (3)⁵⁸³.

1. *Le crédo de la liberté contractuelle des parties*

L'ordre juridique suisse repose sur la théorie libérale des droits subjectifs, en vertu de laquelle les droits fondamentaux sont accordés aux individus, par une norme de rang supra-législatif, afin de les protéger contre les abus du pouvoir étatique. Selon cette conception classique, ils ne peuvent pas être dirigés contre une entreprise soumise au droit privé, puisqu'y règne dans les relations entre particuliers le principe fondamental de l'autonomie de la volonté des parties et son expression en droit des contrats: la liberté contractuelle avec ses différentes composantes (liberté de conclure et de ne pas conclure, de choisir son co-contractant, de déterminer le contenu du contrat, de choisir la forme du contrat, de modifier le contrat et d'y mettre fin, etc.)⁵⁸⁴.

Il en découle, selon la jurisprudence, qu'«il n'existe pas, dans les rapports de droit privé, de principe général d'égalité de traitement. Les particuliers ne sont pas tenus

⁵⁸¹ GOY, 190.

⁵⁸² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 29 N 61 s.; DUBEY, Droits II, N 1931; BIAGGINI, Komm. BV, art. 15 N 13.

⁵⁸³ DUBEY, Droits I, N 136 s.

⁵⁸⁴ BK-KRAMER, art. 19/20 CO N 20. Pour une perspective historique de cette notion dans la construction du droit du travail moderne, WITZIG, Droit du travail, N 30 ss.

de traiter de manière semblable toutes les situations semblables et de manière dissemblable toutes les situations dissemblables», et de poursuivre qu'un «tel principe n'existe en tout cas pas en matière de [...] contrats»⁵⁸⁵.

Le contrat de travail de droit privé se caractérise ainsi par la liberté contractuelle qui permet à l'employeur et au travailleur de régir librement les questions religieuses, dans toute l'étendue autorisée par le système juridique⁵⁸⁶. Dans le royaume du droit privé, le *droit impératif* a ainsi pour première mission de fixer des barrières à l'autonomie des parties, poursuivant un but supérieur ayant le pas sur la volonté des parties, là où le *droit dispositif* agit comme auxiliaire en venant proposer un cadre supplétif à la liberté contractuelle⁵⁸⁷. Tout le droit général des contrats est marqué par cette opposition permanente entre la liberté et ses restrictions, en particulier l'égalité *horizontale*⁵⁸⁸.

Cette limitation de l'autonomie des volontés est illustrée le mieux en droit du travail par les art. 361 et 362 CO qui expriment la position de l'État social se voulant protecteur respectivement des deux parties au rapport de travail – l'art. 361 CO désignant les normes dites *absolument* impératives – et de la partie faible – l'art. 362 CO désignant les normes *relativement* impératives⁵⁸⁹. Il a été reproché à la liberté contractuelle, qui a pu avoir mauvaise presse avec l'irruption dans les rapports socio-économiques d'acteurs aussi puissants que l'État, de «dégénérer en instrument juridique manipulé avec virtuosité par les détenteurs de la puissance économique»⁵⁹⁰. Les efforts législatifs et jurisprudentiels pour éviter les abus conjurent le danger de mise sous tutelle du citoyen libre; la délimitation de l'interventionnisme étatique et de l'autonomie privée n'est pas chose aisée, en particulier en droit du travail.

Bien que le cadre social enserrant la liberté contractuelle en droit du travail va croissant⁵⁹¹, des efforts inverses ont concomitamment lieu dans le dessein d'étendre la liberté contractuelle⁵⁹². L'individualisation du droit du travail, à rebours de certains méfaits qu'il cause, participe aussi sur des points ponctuels à faire du contrat du travail un moyen de conciliation entre les obligations contractuelles et les droits fondamentaux

⁵⁸⁵ ATF 133 III 167, c. 4.2; TF 23 novembre 2005, 5C.58/2005, c. 1.2.2. Sur l'évolution possible vers un droit général à l'égalité de traitement, cf. *infra* Chap. 3, II, A, 1.

⁵⁸⁶ GREMPER, 11. Nous examinerons ces limites tout au long de cette thèse.

⁵⁸⁷ GREMPER, 15; CAMASTRAL, 135; KOLLER, Überführung, 129.

⁵⁸⁸ Voir à ce sujet BESSON, L'égalité horizontale, N 622 ss.

⁵⁸⁹ WITZIG, Droit du travail, N 265.

⁵⁹⁰ SCHÖNLE, 61.

⁵⁹¹ Enserrement dû à l'action législative tant que jurisprudentielle, cf. Kurt PÄRLI, «Publicisation» des Arbeitsrechts: Tour d'horizon durch jüngere Entwicklungen», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Stéphanie Perrenoud (édit.), *Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique*, Genève/Zurich, Schulthess, 2016, 243-257.

⁵⁹² CAMASTRAL, 129.

du travailleur, en permettant d'adapter par exemple ses horaires de travail à ses rites religieux⁵⁹³.

2. *Effet horizontal indirect des droits fondamentaux*

Bien qu'elles ne soient pas directement applicables dans les rapports de travail de droit privé, les garanties fondamentales de la liberté religieuse et de l'interdiction de la discrimination pour des motifs religieux ne sont pas dénuées d'effet sur les rapports juridiques entre acteurs privés: les droits fondamentaux doivent être *réalisés* dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 al. 1 Cst.)⁵⁹⁴. Cela signifie que dans les relations entre particuliers (incluent les personnes morales de droit privé), les autorités ne sauraient se désintéresser de ces dernières, l'art. 35 al. 3 Cst. leur imposant l'obligation de veiller à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés entre particuliers⁵⁹⁵.

En 1985, le Tribunal fédéral se fait l'interprète de l'opinion selon laquelle «les droits fondamentaux de l'individu ne sont pas seulement menacés par les empiètements de l'Etat; ils sont exposés aussi à la puissance de l'ordre social»⁵⁹⁶. Cette nécessité de faire rayonner les droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique est rendue impérieuse à une époque où de puissants acteurs privés sont à même de menacer les droits fondamentaux autant que l'État, en particulier lorsqu'un déséquilibre des forces est manifeste, tel que dans les rapports de travail, où l'employeur se situe dans une position de force économique, juridique et sociale par rapport au travailleur⁵⁹⁷.

Les droits fondamentaux produisent un effet horizontal généralement qualifié d'indirect. Cela signifie que dès qu'une norme de droit interne est susceptible de plusieurs interprétations, elle doit en principe être interprétée de manière conforme au droit supérieur, en particulier aux droits fondamentaux⁵⁹⁸. En d'autres termes, la latitude de jugement que confère une norme aux autorités d'application du droit doit être utilisée dans le respect des droits fondamentaux et de manière à contribuer à leur réalisation dans les relations entre particuliers⁵⁹⁹. Moults normes de droit civil (p.ex. art. 2, 27 et 28 CC, 19, 20, 328, 336 al. 1 let. a et b et 337 al. 2 CO) et pénal (p.ex. art. 261 et 261^{bis} CP) décèlent un potentiel d'interprétation en harmonie avec la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination pour des motifs religieux⁶⁰⁰.

⁵⁹³ CAMASTRAL, 130 s.; GREMPER, 59.

⁵⁹⁴ Cf. CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 6, qui souligne le trait d'originalité de la Constitution fédérale qui consacre un article dédié à la réalisation des droits fondamentaux à la fin du catalogue de ceux-ci.

⁵⁹⁵ CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 74.

⁵⁹⁶ ATF 111 II 245, c. 4b, JdT 1986 I 2.

⁵⁹⁷ WYTENBACH, 104; DUBEY, Droits II, N 1931 s.

⁵⁹⁸ ATF 147 I 183, c. 8.3, JdT 2021 I 202; ATF 111 II 245, c. 4b, JdT I 1986 I (arrêt de principe); AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 128 ss, GRISEL, N 24.

⁵⁹⁹ CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 87, et les réf. citées.

⁶⁰⁰ MARTENET, Protection, 426 s.

À dire vrai, la distinction entre l'effet horizontal direct et l'effet horizontal indirect n'est pas si nette; sous couvert d'interprétation du droit ordinaire, les juges ou membres d'autres autorités d'application cherchent parfois, consciemment ou inconsciemment, à appliquer en définitive un droit fondamental dans les relations entre particuliers. En d'autres termes, «leur regard porte en premier lieu sur le droit fondamental»⁶⁰¹.

3. *Effet horizontal direct? La théorie des obligations positives*

En revanche, ni la jurisprudence ni la doctrine ne reconnaissent un effet horizontal direct de la liberté de religion dans les rapports de travail de droit privé, c'est-à-dire directement justiciable devant les tribunaux, le mandat de l'art. 35 al. 3 Cst. s'adressant avant tout au législateur et aux autorités d'application du droit⁶⁰². Avant la consécration des obligations positives, les droits fondamentaux ne s'appliquaient pas entre les individus dans leurs relations privées, sauf lorsque le droit en question était concrètement garanti par l'État par voie de réglementation ou par la sanction des violations⁶⁰³.

Cependant, l'interprétation de chaque article de la Constitution fédérale ainsi que le contexte dans lequel il doit être appliqué ont déjà justifié des avancées vers un effet horizontal direct; la voie prétorienne, spécialement par le comblement de lacunes, est tout indiquée pour *horizontaliser* toujours plus les droits fondamentaux; c'est par ce moyen qu'est advenu le droit de grève, droit constitutionnel non écrit jusqu'à la révision totale de la Constitution fédérale en 1999⁶⁰⁴.

Au niveau régional, la Cour européenne des droits de l'homme a développé la théorie des obligations positives enjoignant à l'État de garantir *activement* la mise en œuvre des droits fondamentaux, notamment dans les relations entre particuliers⁶⁰⁵. Cela ne signifie pas pour autant que la liberté de religion est directement invocable devant un tribunal sans quelque médiation législative ou réglementaire⁶⁰⁶, ni que les particuliers

⁶⁰¹ CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 90, et les réf. citées.

⁶⁰² ATF 118 Ia 46, c. 4c, JdT 1994 I 79; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 135; KARLEN, Religionsfreiheit, 272. Le TF le rappelle périodiquement: «La reconnaissance de cet effet <horizontal> des droits fondamentaux n'empêche cependant pas que les rapports entre particuliers relèvent directement des seules lois civiles et pénales. C'est donc par celles-ci que l'individu est protégé contre les atteintes que d'autres sujets de droit privé pourraient porter à ses droits constitutionnels», ATF 143 I 217, c. 5.2.

⁶⁰³ GOY, 183, et les arrêts cités.

⁶⁰⁴ ATF 125 III 277, c. 2, JdT 2000 I 240; CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 82-84 et CR Cst.-KLEBER, art. 28 N 2, plus nuancée sur la portée exacte de cet arrêt.

⁶⁰⁵ PÉTERMANN, 34. La Cour se refuse pourtant à formuler une théorie générale des obligations positives, qui manquent ainsi d'une certaine assise légitimante, PÉTERMANN, *op. cit.*, 48; Samantha BESSON, «Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative», *RDS* 2003 I 49-96.

⁶⁰⁶ MÜLLER J. P., 60 s.

sont destinataires des obligations positives⁶⁰⁷, de sorte qu'il convient de ne pas confondre l'effet horizontal (*Drittwirkung*) et la théorie des obligations positives, même s'ils entretiennent des liaisons intimes⁶⁰⁸. L'obligation positive incombe à l'État de protéger l'efficacité des droits fondamentaux, tandis que l'effet horizontal est essentiellement mis en œuvre en droit interne.

La Cour de Strasbourg a consacré plusieurs obligations positives à charge de l'État dans le but d'assurer une protection effective de la liberté de religion⁶⁰⁹. Les difficultés du travailleur face à l'employeur privé sont appréhendées par la Cour sous l'angle des obligations positives. Ces obligations peuvent prendre différentes formes, telles que la mise en place de législations spécifiques et de juridictions examinant avec « attention » et de manière « circonstanciée » les différents intérêts en présence lors de conflits entre travailleurs et employeurs à propos de questions religieuses⁶¹⁰. De façon plus générale, les éléments de la pesée des intérêts ne peuvent être explicités outre mesure car le droit du travail dépend fortement de l'histoire et du contexte socio-économique de chaque État⁶¹¹.

Ce sont au demeurant les litiges nés de rapports de travail de droit privé qui ont donné lieu aux développements les plus féconds⁶¹², dont l'affaire *Eweida* qui a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à considérer que, nonobstant la marge d'appréciation accordée aux États, les autorités britanniques n'avaient pas opéré correctement la balance des intérêts entre celui de l'employeur à projeter une certaine image

⁶⁰⁷ Même si certains auteurs plaident pour une telle reconnaissance, cf. doctrine citée in PÉTERMANN, 124-126, l'auteur cité s'y opposant vigoureusement.

⁶⁰⁸ SPIELMANN, 87 ss.

⁶⁰⁹ CourEDH, arrêts *Leela Förderkreis E. V. et autres c. Allemagne* du 6 novembre 2008, 58911/00, § 99 (obligation positive d'informer sur les sectes), *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, Rec. 2003-II, § 103 (obligation positive de l'État d'imposer aux partis politiques le devoir de ne pas proposer un programme politique contraire aux principes fondamentaux de la démocratie, dont fait partie la liberté de religion). Pour d'autres exemples, voir PÉTERMANN, 336 ss.

⁶¹⁰ CourEDH, arrêts *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, § 42-43; *Schüth c. Allemagne* du 23 septembre 2010, Rec. 2010-V, § 59 et *Obst c. Allemagne* du 23 septembre 2010, 425/03, § 45; PÉTERMANN, 116 ss, qui rappelle par ailleurs que toutes les autorités étatiques (législatives, exécutives et judiciaires) sont destinataires des obligations positives; C A-MASTRAL, 41 ss. Pour quelques lignes directrices sur les obligations positives à prendre en compte en matière de droit du travail, cf. PULVER, spéc. 416 ss.

⁶¹¹ BERSSET BIRCHER/MEIER, 602. Ces obligations lient du reste l'ensemble des autorités étatiques suisses, ATF 140 II 315, c. 4.8, RDAF 2015 I 300 (rés.); CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 79.

⁶¹² P.ex. CourEDH, arrêts *Károly Nagy c. Hongrie* (GC) du 14 septembre 2017, 56665/08, § 18, *Fernández Martínez c. Espagne* (GC) du 12 juin 2014, Rec. 2014-II, § 114-115, *Sindicatul «Pastorul cel Bun» c. Roumanie* (GC) du 9 juillet 2013, Rec. 2013-V, § 131-133, *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, § 40 ss, *Schüth c. Allemagne* du 23 septembre 2010, Rec. 2010-V, § 59 ss et *Obst c. Allemagne* du 23 septembre 2010, 425/03, § 41 ss.

commerciale et celui de la travailleuse à porter un signe religieux sur son lieu de travail⁶¹³. Concrètement, un employeur privé serait désormais avisé de respecter les enseignements de l'arrêt *Eweida*, bien qu'on ne puisse conjecturer aucune issue *in abstracto*, les circonstances particulières étant toujours décisives.

Le plus souvent existe-t-il une imbrication des obligations positives et négatives dans un même examen⁶¹⁴, ce qui permet à la Cour de s'en tenir à son constat classique que si la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au regard de la Convention ne se prête pas à une définition précise, les principes applicables n'en sont pas moins comparables dans les deux cas; il faut alors prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'État jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation⁶¹⁵, laquelle demeure ample dans l'hypothèse d'intérêts privés et publics concurrents⁶¹⁶.

Dans les relations entre particuliers, l'*effectivité* de la liberté de religion est encore imparfaite, en particulier en droit privé – absence d'équivalent à la loi sur l'égalité –, mais l'irruption des obligations positives dans les rapports de travail ne fait qu'appuyer l'horizontalité croissante des droits fondamentaux, horizontalisation croissante ayant présentement cours et qui contribuera selon toute vraisemblance à renforcer le poids de la liberté de religion dans la balance des intérêts⁶¹⁷. À considérer l'horizontalité pénétrante de la liberté de religion et le changement de paradigme induit par l'affaire *Eweida*, l'on peut parler en définitive d'*effet horizontal quasi direct* de la liberté de religion dans les rapports de travail de droit privé, bien que la Cour passe par la voie des obligations positives pour la rendre effective dans les relations entre particuliers. Où l'on voit que les obligations positives entretiennent des liaisons intimes avec l'effet horizontal direct⁶¹⁸.

L'autre droit régional, celui de l'Union européenne, a aussi connu naguère une avancée significative en matière d'effet horizontal direct de l'interdiction de la discrimination religieuse, également à l'occasion d'une affaire en droit du travail privé. Dans un

⁶¹³ CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 95 (hôtesse de l'air de la compagnie aérienne *British Airways* qui s'est vu interdire le port d'un pendentif en forme de croix avec son uniforme). Cet arrêt, aux conséquences monumentales, a été largement discuté dans la doctrine, cf. *infra* Chap. 5, V, D, 2.

⁶¹⁴ Dans un même litige, la violation de la Convention résulte le plus souvent d'une multitude d'actions et d'inactions, AKANDJI-KOMBÉ, 12; PÉTERMANN, 59 ss.

⁶¹⁵ CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 84; BERTSET BIRCHER/MEIER, 616 s.; Sur l'étendue de la marge d'appréciation des États, cf. PÉTERMANN, 133 ss.

⁶¹⁶ CourEDH, arrêts *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, § 39 et *Evans c. Royaume-Uni* (GC) du 10 avril 2007, Rec. 2007-I, § 77.

⁶¹⁷ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 164.

⁶¹⁸ Voir dans ce sens CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 138 et CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 86.

arrêt qui concernait un salarié d'une entreprise privée se plaignant d'une législation autrichienne accordant un jour férié supplémentaire aux seuls membres de quatre Églises (Vendredi saint), la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que la disposition législative était discriminatoire, avec la conséquence que les défauts d'une telle législation nationale discriminatoire devaient être palliés directement par l'employeur privé en ce sens qu'il doit accorder aux travailleurs qui le demandent un congé le jour du Vendredi saint et une indemnité s'ils venaient à travailler, ainsi que le prévoit la législation autrichienne pour les membres des quatre Églises définies dans la loi.

La Cour a d'abord rappelé que les directives ne créaient pas d'elles-mêmes des obligations dans le chef d'un particulier et ne peuvent être invoquées en tant que telles à l'encontre de celui-ci (pas d'effet horizontal direct)⁶¹⁹; puis elle dit que l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion, ancrée à l'art. 21 § 1 de la Charte européenne des droits fondamentaux revêt un caractère impératif en tant que principe général du droit de l'Union et se suffit à elle-même pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel dans un litige les opposant dans un domaine couvert par le droit de l'Union, même lorsque de telles discriminations résultent de contrats conclus entre particuliers⁶²⁰.

L'avocat général suggérait à la Cour de s'en tenir à l'approche adoptée dans l'arrêt *Egenberger* selon laquelle l'art. 21 § 1 de la Charte européenne combinée à la directive 2000/78 peut être invoqué dans le contexte d'un litige entre particuliers pour s'opposer à l'application d'une disposition nationale contraire ou pour que la juridiction nationale laisse inappliquée une telle disposition, en vertu de la primauté du droit de l'Union; mais pas de lui octroyer un effet horizontal direct au sens où il serait intrinsèquement susceptible, en lui-même, de constituer une source autonome de droits générant des obligations corrélatives pour un autre particulier dans le cadre d'un litige de droit privé, à défaut de contenu suffisamment claire, précis et inconditionnel de la règle pour créer une telle obligation corrélatrice de la part de l'autre partie privée. En effet, l'art. 21 § 1 de la Charte européenne, dans cette affaire, créait-elle un droit à un jour de congé payé (et d'une obligation de l'accorder), le Vendredi saint ou à une autre date en fonction de la religion de chacun? Ou bien la seule revendication possible est-elle de nature pécuniaire, sous la forme d'un droit à une paie supplémentaire⁶²¹?

⁶¹⁹ CJUE 6 novembre 2018, *Bauer et Willmeroth*, C-569/16 et C-570/16, § 76; CJUE 7 août 2018, *Smith*, C-122/17, § 44.

⁶²⁰ CJUE 22 janvier 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17, § 76 s.; CJUE *Egenberger*, C-414/16, § 76 s.

⁶²¹ Conclusions de l'avocat général Michal Bobek dans l'affaire de la CJUE *Cresco Investigation* du 22 janvier 2019, C-193/17, § 125 ss.

Malgré les fermes réticences de l’avocat général, qui plaidait pour le *droit à un recours effectif* – qui conduit à biffer la disposition législative nationale par le juge, même dans un litige entre particuliers, ce qui produit un effet horizontal – plutôt qu’un authentique effet horizontal direct créant des obligations autonomes sur la *seule* base de la Charte, la Cour n’a pas suivi ses conclusions et est allée plus loin, disant d’une part que s’il devait s’avérer que les dispositions nationales ne peuvent être interprétées d’une manière qui soit conforme à la directive 2000/78, le juge national serait néanmoins tenu d’assurer la protection juridique découlant de l’art. 21 § 1 de la Charte et de garantir le plein effet de cet article en octroyant aux personnes de la catégorie défavorisée les mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée (solution du « nivellement vers le haut »), d’autre part que durant cette période transitoire (celle de la correction législative), l’employeur privé avait l’obligation d’accorder également à ses autres travailleurs le droit à un jour férié le Vendredi saint, pour autant que ces derniers ont au préalable demandé à cet employeur de ne pas devoir travailler ce jour-là, et par voie de conséquence, de reconnaître à ces travailleurs le droit à une indemnité complémentaire à la rémunération perçue pour les prestations accomplies durant cette journée, lorsque ledit employeur a refusé de faire droit à une telle demande⁶²².

Cette solution est inédite dans une configuration où la discrimination n’est pas imputable à l’employeur mais au législateur national, où il en résulte que l’employeur privé vient en quelque sorte payer les pots cassés d’une législation défectueuse, ce qui pose de nombreux et complexes écueils juridiques, mais aussi économiques⁶²³.

B. Le droit de la fonction publique à la croisée des chemins

Depuis quelques décennies remarque-t-on un rapprochement inéluctable entre le régime du droit privé du travail et le droit de la fonction publique⁶²⁴, qui s’influencent à dire vrai mutuellement⁶²⁵. Outre le mode de création du rapport d’emploi qui s’opère par voie contractuelle ou décisionnelle (1), la réglementation applicable au rapport de travail influencera la mesure des droits fondamentaux dans celui-ci (2). Les conditions de restriction des droits fondamentaux sont assouplies en vertu du rapport de droit spécial qui lie l’agent public à l’autorité pour laquelle il travaille (3). Enfin, la protection juridique de l’agent public qui voit sa liberté de religion restreinte dépend de l’acte en cause (4).

⁶²² CJUE 22 janvier 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17, § 70-89.

⁶²³ Conclusions de l’avocat général Michal Bobek dans l’affaire de la CJUE *Cresco Investigation* du 22 janvier 2019, C-193/17, § 166 ss, et arrêts cités. Nous reviendrons sur cet arrêt en relation avec les mesures positives, *infra* Chap. 7, IV, C.

⁶²⁴ Cf. PERRENOUD, *L’évolution, passim*.

⁶²⁵ Cf. KOLLER, *Überführung*, 130 s.

1. Incidence du mode d'engagement sur la liberté de religion

La création du rapport de travail en droit public peut se fonder soit sur un contrat soit sur une décision, contrairement au rapport de droit privé qui ne peut se créer que par la voie contractuelle⁶²⁶. Historiquement, les travailleurs de l'État sont engagés par décision mais la majorité des collectivités publiques engagent leur personnel par voie contractuelle de nos jours: tel est le cas de la Confédération (art. 8 al. 1 LPers) et de la majeure partie des cantons (p.ex. art. 19 LPers-VD⁶²⁷)⁶²⁸. Rares sont les collectivités publiques qui engagent encore leur personnel par voie décisionnelle⁶²⁹.

La caractéristique de l'engagement par décision réside dans son objet: l'agent de l'État, par son acceptation, est soumis aux normes générales régissant la fonction publique; il ne contient pas des clauses négociées qui fixerait un régime individuel; cette décision ne renfermera de spécifique que ce qui est nécessaire pour la tâche à remplir, et ne contiendra d'autres clauses individualisées que si la loi le prévoit⁶³⁰. Ce faisant, la pregnance de l'égalité de traitement entre les agents publics rend un aménagement individualisé des droits et obligations contractuels en lien avec l'exercice de la liberté de religion pour le moins douteux et difficilement conciliable avec le principe de l'égalité⁶³¹.

L'engagement contractuel des agents de l'État est bilatéral essentiellement dans sa forme, et le parallélisme qu'on voudrait tirer avec le contrat de droit privé est à relativiser fortement: les droits et devoirs de l'agent de l'État restent strictement définis par la loi – au sens matériel – et laissent moins de place qu'on ne pourrait le croire à la liberté contractuelle⁶³². L'égalité de traitement intervient également ici comme marqueur central de la fonction publique et limite drastiquement la négociation entre futures parties au rapport d'emploi, de sorte que l'on se retrouvera dans une situation très similaire à celle du travailleur engagé par décision⁶³³.

⁶²⁶ TF 13 novembre 2018, 8C_70/2018, c. 6.2; TF 26 avril 2018, 8D_4/2017, c. 5.6.1; GREMPER, 14; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N2011; HANGARTNER, Anstellung, 37.

⁶²⁷ Loi sur le personnel de l'État de Vaud du 12 novembre 2001 (RS/VD 172.31).

⁶²⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N2012; DUBEY/ZUFFEREY, N 1538-1539, 1548.

⁶²⁹ Pour un aperçu des réglementations cantonales, cf. BELLANGER/ROY, 462-464.

⁶³⁰ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 66; moins affirmative, ROSELLO, N364; voir cependant récemment TF 26 avril 2018, 8D_4/2017, c. 5.6.1, affirmant que «cela n'exclut pas l'éventualité de clauses spécifiques contenues dans la décision d'engagement, par exemple le pourcentage d'occupation ou le lieu de travail ou encore la possibilité d'exercer une occupation accessoire.» Des clauses individualisées sont ainsi possibles même sans fondement légal, ce qui tendrait à rapprocher le mode d'engagement décisionnel du mode contractuel.

⁶³¹ Pour une définition de l'égalité de traitement dans la fonction publique, TF 10 avril 2019, 8D_5/2018, c. 5.1.

⁶³² TF 13 novembre 2018, 8C_70/2018, c. 6.2; ROSELLO, N 239 ss.

⁶³³ BELLANGER/ROY, 463; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N2012; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 558.

Le but cherché par la contractualisation étant de permettre la création d'«espaces de liberté» pour les administrations, l'aménagement individualisé de conditions de travail en vue de favoriser la liberté de religion paraît à première vue soluble dans le respect des principes de l'égalité de traitement, dès lors que l'égalité de traitement est respecté avec un agent public aux demandes similaires. En effet, il n'est pas question ici de soumettre certains agents publics ou catégories d'agents publics à des régimes juridiques différents – ce qui nécessiterait des motifs de justification exigeants⁶³⁴ –, mais d'individualiser la relation juridique sur des aspects qui ne sont pas impérieusement prévus par la loi (tels que le serait le barème des salaires, le lieu et le temps de travail et les motifs de licenciement)⁶³⁵.

Nous verrons dans la **Deuxième partie** dans quelle mesure des aménagements individualisés sont envisageables pour la liberté de religion de l'agent public, mais nous pouvons d'ores et déjà affirmer à la lumière des considérations qui précèdent que le contrat, qui implique théoriquement une négociation entre les parties et un accord «sur mesure» entre celles-ci, n'offre pas nécessairement plus de souplesse pour les aménagements religieux : «seul importe le contenu des règles, et non leur vecteur»⁶³⁶. La contractualisation ne s'est pas vraiment poursuivie au-delà de la création du rapport d'emploi, et s'apparente plus à une coquille vide pour ce qui concerne l'exercice des droits fondamentaux, l'évolution de ceux-ci au sein de la fonction publique étant influencée par des facteurs extrinsèques au passage de la nomination à la contractualisation⁶³⁷.

Comme conclusion intermédiaire, on serait tenté de dire que la logique contractuelle s'est arrêtée aux portes de la création du rapport juridique mais n'a pas bouleversé l'exercice des droits fondamentaux, la nécessité de respecter les principes constitutionnels ne permettant pas aux employeurs publics d'user de leur pouvoir de direction de manière aussi discrétionnaire qu'un employeur privé⁶³⁸.

2. *Influence de la réglementation applicable sur la liberté de religion*

La Constitution fédérale ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés des collectivités publiques. Le choix de la réglementation applicable dans la fonction publique appartient à chaque collectivité publique, en vertu de la réserve énoncée à l'art. 342 al. 1 let. a CO, et peut être plus favorable ou plus restrictif que le

⁶³⁴ TANQUEREL, Unité et diversité, 61 s.

⁶³⁵ BELLANGER/ROY, 463.

⁶³⁶ TANQUEREL, Fonction publique, 316. Le débat sur la contractualisation de la fonction publique sous-tend celui des aménagements individualisés en droit de la fonction publique, la question étant de savoir si le recours au contrat permet d'assouplir l'exigence de justification nécessaire pour opérer des distinctions entre des agents publics.

⁶³⁷ Dans le même sens ROSELLO, N 403.

⁶³⁸ ROSELLO, N 241 ; TANQUEREL, Unité et diversité, 58.

droit privé⁶³⁹. Ce statut qui, pour être en général globalement plus favorable, peut aussi comporter par rapport au code des obligations des contraintes plus sévères sur certains points⁶⁴⁰.

La plupart des rapports de travail entre l'État et ses collaborateurs sont soumis au droit public, bien que les lois régissant le statut du personnel prévoient généralement un renvoi aux dispositions pertinentes du code des obligations pour les questions non réglées par la législation⁶⁴¹. Les règles relatives au contrat de travail de droit privé sont seulement applicables lorsqu'il existe des lacunes dans la réglementation ou si cette dernière le prévoit⁶⁴², et sont appliquées à titre de droit public supplétif⁶⁴³. Lorsqu'une disposition cantonale sur le droit de la fonction publique renvoie à une disposition du code des obligations, celle-ci est considérée comme du droit cantonal⁶⁴⁴.

Le Tribunal fédéral estime quant à lui que la nature particulière de l'État et des tâches exercées par son personnel, les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'État-employeur, ainsi que l'absence de besoin d'un recours au droit privé plaident principalement en faveur du rapport de droit public⁶⁴⁵. L'engagement de personnel au service de l'État sous régime de droit privé demeure encore l'exception en Suisse⁶⁴⁶ mais reste envisageable – même pour de grands pans du personnel. L'incorporation croissante des règles de droit privé en droit de la fonction publique est une tendance manifeste qui autorise l'application par analogie des principes applicables au droit privé, mais qui seront interprétés à l'aune des principes régissant l'activité étatique⁶⁴⁷. À cet égard, le Tribunal fédéral a récemment indiqué que le seul fait qu'une disposition d'un statut du personnel soit sujette à interprétation ne signifie pas encore qu'il faille appliquer le droit privé fédéral à titre supplétif⁶⁴⁸.

⁶³⁹ ATF 142 II 152, c. 5.2; WYLER/HEINZER, 54; BRÜHWILER, art. 342 CO N 1; SUBILIA/DUC, art. 342 CO N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 342 CO N 2.

⁶⁴⁰ ATF 139 I 57 c. 5.1; TF 3 avril 2017, 8C_319/2016, c. 6; WITZIG, Droit du travail, N 528.

⁶⁴¹ WYLER/HEINZER, 55.

⁶⁴² ATF 139 I 57, c. 5.1; ATF 138 I 232, c. 6.1; WITZIG, Droit du travail, N 528.

⁶⁴³ DUBEY/ZUFFEREY, N 1540. Pour la LPers, cf. ATF 132 II 161, c. 3.1, RDAF 2007 I 567.

⁶⁴⁴ ATF 140 I 320, c. 3.3, RDAF 2015 I 447.

⁶⁴⁵ ATF 142 II 154, c. 5.2; TF 9 octobre 2017, 8C_755/2016, c. 3; TF 18 février 2015, 8C_227/2014, c. 4.2.2.

⁶⁴⁶ DUBEY/ZUFFEREY, N 1543; KARLEN, Verwaltungsrecht, 349 s.; ROSELLO, N 158; cf. p.ex. art. 47 al. 1 Cst. ZH («Das Arbeitsverhältnis des Staats- und Gemeindepersonals untersteht dem öffentlichen Recht.») ou art. 64 du Règlement du personnel communal de Pully du 24 septembre 2014 («La Municipalité peut engager du personnel auxiliaire pour une activité momentanée, irrégulière ou dite «au service». Le personnel auxiliaire est engagé par contrat de droit privé sur la base des dispositions du CO sur le contrat de travail»).

⁶⁴⁷ ATF 139 I 57, c. 5.1; ATF 138 I 232, c. 6.1; TF 20 novembre 2009, 2C_860/2008, c. 3.2; HAFNER, Rechtsnatur, 197; ROSELLO, N 291, 295; TANQUEREL, Unité et diversité, 69; KARLEN, Verwaltungsrecht, 350; en droit public fédéral, BPG-HELBLING, art. 6 LPers N 25, et les renvois.

⁶⁴⁸ TF 3 avril 2017, 8C_319/2016, c. 5.

L'application du droit public signifie l'obligation de garantir une égalité de traitement plus poussée entre les différents collaborateurs, contrairement au régime du droit privé du travail où il existe une latitude supérieure de l'employeur⁶⁴⁹. Tout employeur public doit respecter non seulement les droits fondamentaux mais aussi les principes constitutionnels régissant l'activité étatique, quand bien même il soumettrait les rapports de travail de son personnel au droit privé directement applicable (et non pas seulement applicable à titre de droit public cantonal supplétif)⁶⁵⁰.

Les rapports de travail du personnel étatique ne peuvent être soumis au droit privé que s'il existe un fondement dans une réglementation cantonale ou communale univoque et que, dans le cas concret, on ne doit pas requalifier le contrat conclu entre les parties en rapport de droit public⁶⁵¹. Une telle requalification peut s'imposer lorsqu'il apparaît que la réglementation applicable ne laisse pas de place au droit privé ou que les conditions posées pour qu'il soit possible d'y recourir ne sont pas réalisées, ou qu'il n'existe aucune raison objective de faire coexister des statuts différents⁶⁵². Pour l'administration décentralisée, la décision relative au statut du personnel à adopter dépend du type de tâche à accomplir (prestation à caractère monopolistique, tâche de surveillance de l'économie, de sécurité ou bien prestation sur le marché), y compris de la forme de l'action (de droit public ou de droit privé), du degré de responsabilité de l'État ainsi que du financement de l'entité (indemnité, financement des émoluments, etc.)⁶⁵³. À noter que pour déterminer si un rapport juridique relève du droit privé ou du droit public, on ne peut pas se fonder sur la qualification juridique utilisée par les parties : ce qui est décisif, c'est le contenu réel du rapport de droit⁶⁵⁴.

Quant à la doctrine, elle demeure très partagée sur l'admissibilité du recours au contrat de travail de droit privé, lequel permettrait *a priori* d'individualiser le rapport de travail par analogie avec le contrat de travail de droit privé, et ne l'admet dans son courant majoritaire que dans des circonstances exceptionnelles justifiant le recours au droit privé⁶⁵⁵, la crainte étant notamment de laisser se créer une distorsion dans la ré-

⁶⁴⁹ ATF 143 I 65, c. 5.2; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 555.

⁶⁵⁰ TF 22 février 2018, 8C_324/2017, c. 5.3.2; TF 17 octobre 2005, 2P.137/2005, c. 3.2, RDAF 2007 I 42; TF 29 août 2003, 2P.63/2003, c. 2.3; HAFNER, Rechtsnatur, 206; ROSELLO, N 437; WITZIG, Droit du travail, N 531; POLEDNA, 220; ROSELLO, N 127 ss.

⁶⁵¹ TF 18 février 2015, 8C_227/2014, c. 4.2.3; ATF 118 II 213, JdT 1993 I 634, c. 3; TF 19 mai 2006, 2P.18/2006, c. 2.3; DONATSCH, N 10.

⁶⁵² TF 18 février 2015, 8C_227/2014, c. 4.2.3-4.2.4; HAFNER, Rechtsnatur, 199.

⁶⁵³ Critères mis en exergue par le Conseil fédéral, FF 2009 2299, 2330 ss, et résumés par le Tribunal fédéral in ATF 138 II 134.

⁶⁵⁴ ATF 142 II 154 c. 5.2; TF 18 février 2015, 8C_227/2014, c. 4.2.3; TF 9 février 2006, 2P.151/2005, c. 5; TF 14 décembre 2005, 2P.136/2005, c. 3.1.1.

⁶⁵⁵ TANQUEREL, Unité et diversité, 71 ss; HAFNER, Rechtsnatur, 181 ss; Minh Son NGUYEN, «Le recours par l'administration au contrat de travail pour engager du personnel», in Jean-Louis Duc (édit.), *Le travail et le droit*, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1994, 3 ss; RHINOW, Arbeitsverhältnisse, 435 et 442; WITZIG, Droit du travail, N 530; VON

glementation juridique applicable aux différents collaborateurs travaillant au sein d'une même collectivité publique⁶⁵⁶.

La casuistique a l'air de montrer que le recours au droit privé du travail trouve sa justification dans la volonté de flexibiliser des rapports de travail étatiques pour des aspects ayant généralement trait au temps ou au lieu de travail⁶⁵⁷. En aucun cas ne permet-elle d'inférer quelque applicabilité réduite de la liberté de religion dans les rapports de travail soumis au droit privé.

Quel que soit le droit applicable à la relation de travail, la jurisprudence et la doctrine majoritaire considèrent ainsi que l'effectivité des droits fondamentaux dans les rapports de travail étatiques n'est pas affectée par le fait que le droit privé régit les relations de travail; l'État-employeur demeure l'État et à ce titre destinataire des droits fondamentaux sans relais législatif, qu'il soumette certains de ses collaborateurs au droit public et d'autres au droit privé⁶⁵⁸: «L'opposition alléguée entre un droit public rigide et un droit privé flexible sous-estime la plasticité du premier et les contraintes qui imprègnent le second lorsque l'employeur est une entité étatique»⁶⁵⁹. Le recours au droit privé pour des considérations de politique du personnel ou dû à des circonstances économiques n'a pas pour effet de diminuer la jouissance des droits fondamentaux de l'employé⁶⁶⁰. La crainte de voir le risque apparaître de nouveaux «arrangements individuels spéciaux» ouvrant la porte à l'inégalité et à l'arbitraire ne s'est pas réalisé jusqu'ici⁶⁶¹.

KAENEL, N 23.86, présume l'application du droit public dans les rapports de travail étatiques en particulier lorsque la tâche exercée par l'agent nécessite l'usage de la puissance publique (*Amtsgewalt*).

⁶⁵⁶ DÉFAGO GAUDIN, 266 s.; voir cependant TF 18 février 2015, 8C_227/2014. Pour un aperçu des différentes positions doctrinales, ROSELLO, N 400 ss. Cf. art. 6 al. 5 et 6 LPers.

⁶⁵⁷ L'adéquation meilleure du droit privé à un rapport de travail étatique a été retenue pour un engagement accessoire à temps très partiel dans l'accomplissement d'une tâche spécifique. La convention de droit privé a permis d'individualiser le rapport de travail et justifiait en l'espèce d'une meilleure adaptabilité que la réglementation de droit public vis-à-vis de la flexibilité requise pour les heures de travail à effectuer et la disponibilité de l'employé par rapport à son activité principale à temps plein pour une autre collectivité publique, TF 18 février 2015, 8C_227/2014, c. 4.2.5; MÜLLER/VON GRAFFENRIED, 157.

⁶⁵⁸ CourEDH, décision *Kurtulumu c. Turquie* du 24 janvier 2006, 65500/01, 7; CourEDH, arrêts *Rekvényi c. Hongrie* (GC) du 20 mai 1999, § 43 et *Vogt c. Allemagne* (GC) du 26 septembre 1995, § 53; KLEY, 80; TF 11 mars 2019, 2C_546/2018, c. 4; CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 30 ss; TF 2 mai 2022, 8C_709/2021, c. 3.3; HÄSLER, 125; JAAG, 596; DONATSCH, N 10; HANGARTNER, Anstellung, 40 s.; BPG-HELBLING, art. 6 LPers N 19 et art. 8 LPers N 29; RHINOW, Arbeitsverhältnisse, 438 («*Staatliches Handeln bleibt staatliches Handeln, auch wenn es auf den leisen Sohlen des privaten Vertragsrechts einerschreitet.* »).

⁶⁵⁹ TANQUEREL, Fonction publique, 312.

⁶⁶⁰ DONATSCH, N 36.

⁶⁶¹ MAHON, Fonctionnaires, 51, en citant RHINOW, Arbeitsverhältnisse, 438.

La limitation des droits fondamentaux dans les rapports de travail étatiques soumis au droit privé ne s'effectue en tous les cas pas par une décision unilatérale et contraignante de l'employeur envers ses agents (*Verfügung*), mais uniquement par le truchement d'une modification contractuelle bilatérale (*Verhandlung*) ou à ce défaut par celui d'une résiliation du contrat, qui est l'exercice d'un droit formateur⁶⁶². La procédure en cas de désaccord des parties soumises au droit privé sur un point se règlera devant la justice civile⁶⁶³.

Quel que soit l'ordre juridique auquel on rattache le rapport de travail, le droit de la fonction publique n'est pas un monolithe juridique mais un corps au contenu hétérogène et aux sources éclatées qui ne peut être abordé que par une approche casuistique, en particulier s'agissant de l'exercice de la liberté de religion, en particulier au regard du caractère laconique des statuts du personnel à ce sujet⁶⁶⁴.

3. Conditions de restriction de la liberté de religion assouplies (*Sonderstatusverhältnis*)

Contrairement aux rapports de travail de droit privé qui se fondent sur l'autonomie des parties, les droits et obligations des parties au rapport de droit public sont généralement fixés dans la loi⁶⁶⁵. Il en découle qu'une restriction à la liberté de religion d'un travailleur doit en principe se fonder sur une base légale: c'est le corollaire du principe de la légalité qui est la base et la limite de l'activité de l'État (art. 5 al. 1 Cst.)⁶⁶⁶. Les agents publics ayant adhéré librement à un rapport de puissance publique spécial, il se justifie selon une conception ancienne une exigence de précision moindre quant à la base légale restreignant leurs droits⁶⁶⁷. Or cette conception est quelque peu relativisée par la jurisprudence et la doctrine récentes.

Une base légale formelle est nécessaire dans tous les cas pour assujettir un particulier à un rapport de droit spécial, de même qu'une loi au sens formel doit aussi déterminer le contenu le plus essentiel des rapports de droits spéciaux, ainsi que prévoir une délégation législative pour permettre à une loi de rang infralégislatif de régler les détails des restrictions aux libertés des agents publics⁶⁶⁸. Au vu de l'importance axiologique

⁶⁶² WYLER/HEINZER, 56 s.; HANGARTNER, Anstellung, 37; BPG-HELBLING, art. 6 LPers N 20, 8 LPers N 31 et 24 LPers N 10, pour la fonction publique fédérale. Voir, en droit cantonal vaudois, TC VD 23 novembre 2016, GE. 2016.0156, c. 1c.

⁶⁶³ HANGARTNER, Anstellung, 37, qui y voit un désavantage pour le travailleur en ce sens que les tribunaux civils seraient moins aptes à juger des questions touchant les droits fondamentaux que les tribunaux administratifs; BPG-HELBLING, art. 34 LPers N 41 et art. 8 LPers N 33.

⁶⁶⁴ KARLEN, Verwaltungsrecht, 344.

⁶⁶⁵ GREMPER, 15.

⁶⁶⁶ TANQUEREL, Droit administratif, N 452; GREMPER, 67.

⁶⁶⁷ ATF 139 I 280, JdT 2014 I 118, c. 5.3.1; MAHON, vol. II, N 34; VERNIORY/WAELTI, 815 s.

⁶⁶⁸ ATF 123 I 296, c. 3; KÄLIN/KIENER/WYTTENBACH, § 29 N 74; GREMPER, 67. Cf. aussi ATF 142 I 49, c. 7.1, JdT 2016 I 67.

croissante attribuée à la liberté de conscience et de croyance, une loi au sens formel nous paraît nécessaire lorsqu'une base légale a pour effet de restreindre dans un rapport de causalité directe la liberté de religion d'un agent public⁶⁶⁹.

En revanche, la multiplicité et la variété des rapports quotidiens entre l'agent public et l'autorité excluent que les comportements proscrits puissent être prévus dans une nomenclature exhaustive; de nombreuses normes réglementaires recèlent diverses restrictions⁶⁷⁰. C'est en particulier le cas dans les rapports de travail dont les restrictions aux droits fondamentaux sont prévisibles au regard du but du rapport et de la mission publique de l'État, qui permettent de s'en tenir à des clauses générales utilisant souvent des notions juridiques indéterminées sans enfreindre le principe de la légalité⁶⁷¹.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'à l'égard des employés soumis au droit public et pour autant que cela soit justifié dans les faits par l'intérêt au bon fonctionnement de l'administration publique et proportionné au but visé, les droits fondamentaux peuvent être restreints sur la base du devoir de fidélité de l'agent public⁶⁷². En effet, le devoir de fidélité du travailleur est une norme probablement assez claire pour justifier certaines atteintes à la liberté de religion durant le temps de travail – en vue d'interdire des prières en dehors des pauses ou la tenue de propos prosélytes illicites perturbant la paix du travail – mais sa densité normative serait vraisemblablement insuffisante pour justifier une restriction à la même liberté, pour le même destinataire de la norme, dans le contexte extérieur au travail – pratiques religieuses en dehors du travail par exemple⁶⁷³.

Plus exactement, l'appréciation de la qualité de la base légale est fortement variable selon le rapport de droit spécial – contrainte ou adhésion libre –, la nature concrète de la relation, la mission publique en jeu et le droit fondamental en cause, au point que la doctrine majoritaire – que nous rejoignons – plaide pour traiter les restrictions aux droits fondamentaux des agents publics comme des restrictions ordinaires, d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'homme se passe de cette expression dans son examen des conditions de restriction aux droits fondamentaux⁶⁷⁴. C'est somme

⁶⁶⁹ Dans le même sens HÄNER, 411.

⁶⁷⁰ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 150.

⁶⁷¹ ATF 139 I 280, c. 5.3.1, JdT 2014 I 118; TF 22 décembre 2016, 8C_161/2015, c. 4.2; TANQUEREL, Droit administratif, N 489; COSSALI SAUVAIN, 25; WITZIG, Droit du travail, N 528.

⁶⁷² ATF 136 I 332, JdT 2011 I 43, c. 3.2; TAF 14 juin 2011, A-4659/2010, c. 6.4.

⁶⁷³ Du même avis HÄNER, 411 s. Cf. *infra* Chap. 5, III.

⁶⁷⁴ La doctrine et la jurisprudence récentes ne font plus systématiquement de distinction entre travailleur du secteur privé et agent public et exigent dans tous les cas la réalisation des conditions de restriction de l'art. 36 Cst. Dans ce sens TF 11 mars 2019, 2C_546/2018, c. 4.2; VERNIORY/WAELTI, 816; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1214a; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, vol. II, N 202-204; TANQUEREL, Droit administratif, N 490 (qui relative sa portée sans la condamner); KÜHLER, 286; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN,

toute les conditions de la délégation législative, de la densité optimale de la norme, de l'intérêt public et de la proportionnalité qui s'appliquent⁶⁷⁵.

En outre, la marge d'appréciation plus grande laissée à l'exécutif et à l'administration dans l'aménagement concret des droits et devoirs des agents publics ne se rapporte plus exclusivement à la base légale, mais l'examen des principes d'intérêt public et de proportionnalité sera effectué avec d'autant plus de rigueur que la base légale sera imprécise⁶⁷⁶.

4. Protection juridique de la liberté religieuse variable selon la mesure en cause

En tout état de cause, l'État-employeur jouit ès qualités du droit de donner des instructions (art. 321d CO). Il serait en effet impraticable de devoir obtenir le consentement du travailleur pour aménager chaque détail d'un rapport de travail⁶⁷⁷. Ainsi sont seules susceptibles de recours (*Anfechtungsobjekt*) les mesures individuelles et concrètes affectant la situation juridique de l'agent public en modifiant ses droits et obligations, censées alors revêtir la forme d'une *décision*⁶⁷⁸. *A contrario*, les actes matériels (*Realakte*) que sont les prescriptions de service sont des actes internes destinés avant tout à l'administration et n'ont pas pour objet de régler la situation juridique d'un agent public mais d'*aménagement* et de *préciser* la relation juridique existante, et ne peuvent pas faire l'objet d'un recours⁶⁷⁹. En d'autres termes, l'activité administrative ne s'épuise pas dans les actes juridiques.

Or les actes matériels, dont la caractérisation première est de modifier une situation factuelle, déploient parfois des effets juridiques à l'encontre des agents publics, et doit exister en vertu de l'art. 29a Cst.⁶⁸⁰ un droit de faire contrôler judiciairement ces actes internes⁶⁸¹. Le droit fédéral a créé en ce sens l'art. 25a PA, en permettant à l'ad-

N 2041 ; HÄNER, 407 ss ; MAHON, Fonctionnaires, 65. Cf. Helen KELLER/Simon SCHÄDLER, « Freiheitsrechte im Strafvollzug : Plädoyer für die Abkehr vom Sonderstatus », *RDS* 2013 I 195-222, ainsi que SCHIBLI, 13 ss, qui examine les exigences de niveau et de précision quant à la base légale justifiant les restrictions à la liberté d'expression des employés soumis à la LPers en énonçant une série de critères pour examiner les restrictions à la liberté de religion des agents publics. L'abandon progressif de ce statut – qui provient du droit allemand – permet de constater un rapprochement toujours plus tangible entre le droit de la fonction publique et le droit privé du travail.

⁶⁷⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 203.

⁶⁷⁶ ATF 123 I 296, c. 3 ; HÄNNI/SCHNEIDER, 157 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 204.

⁶⁷⁷ ATF 128 II 156, c. 3a ; BPG-HELBLING, art. 8 LPers N 103 ss, pour la fonction publique fédérale.

⁶⁷⁸ ATF 136 I 323, c. 4.4 ; BPG-HELBLING, art. 34 LPers N 65.

⁶⁷⁹ ATF 136 I 323, c. 4.4 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2073.

⁶⁸⁰ L'art. 29a Cst., consacrant le droit fondamental d'accès au juge, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007 et complète l'édifice de l'État fondé sur le droit en introduisant « une protection judiciaire générale contre les actes de l'administration », Message Cst., FF 1997 I 1, 511 s.

⁶⁸¹ ATF 143 I 344, c. 8.2-8.3 ; ATF 136 I 323, c. 4.2-4.3.

ministère de prier l'administration de rendre une décision pour la faire contrôler⁶⁸². Dans la fonction publique, le Tribunal fédéral utilise des critères délimitatifs plus ou moins synonymes: la «sphère d'activité habituelle de l'agent public» ou les «instructions qui lui sont données dans l'exercice de ces tâches» signent la limite de l'acte interne qui peut ne pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire⁶⁸³. Mais de son propre aveu, «la distinction peut s'avérer particulièrement difficile en ce qui concerne les fonctionnaires»⁶⁸⁴.

Lorsque l'atteinte à un droit fondamental est sérieuse, l'on doit facilement admettre un droit de contrôle judiciaire pour les actes matériels⁶⁸⁵. Tel est le cas de l'interdiction faite à un employé soumis au droit public d'arborer un signe religieux sur son lieu de travail⁶⁸⁶. Il en va de même pour les instructions limitant expressément la liberté de religion de l'agent public en dehors de ses obligations professionnelles, ou le refus individuel signifié au travailleur d'orner son bureau, par hypothèse non accessible au public, d'objets de culte⁶⁸⁷.

Au vu de la casuistique développée dans la fonction publique, on doit considérer à l'inverse qu'une modification mineure de l'horaire de travail empêchant subséquemment un agent de l'État de se conformer à ses horaires de prière n'est pas un acte attaquant, à tout le moins en se prévalant de la liberté de religion, car elle s'inscrit dans les aspects organisationnels de l'exécution du travail et l'atteinte au droit fondamental du travailleur est extrêmement ténue⁶⁸⁸.

La difficulté intervient donc lorsque des instructions qui s'inscrivent de prime abord dans la sphère d'activité habituelle de l'employeur public sont simultanément, mais

⁶⁸² ATF 136 I 323, c. 4.4; CR Cst.-GRODECKI, art. 29a N 26. Quant à la fonction publique cantonale, les solutions cantonales pour contester des actes matériels de l'administration sont bigarrées, cf. CR Cst.-GRODECKI, art. 29a N 45 et 49 pour un panorama.

⁶⁸³ ATF 136 I 323, c. 4.4-4.5; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 557.

⁶⁸⁴ TF 6 juillet 2021, 8D_8/2020, c. 5.3, et 8D_9/2020, c. 5.3; TF 21 février 2019, 8D_3/2018, c. 6.2.

⁶⁸⁵ ATF 133 I 49, c. 3.2.

⁶⁸⁶ TF 11 mars 2019, 2C_546/2018, c. 1.1.3, qui l'affirme on ne peut plus explicitement.

⁶⁸⁷ Ces exemples seront examinés *infra* Chap. 5, II, B, 1.

⁶⁸⁸ HOFMANN, 122 ss (spéc. 131), qui est du même avis sur ces actes «mixtes» qui ne touchent pas substantiellement aux droits ou obligations des agents publics. Voir aussi, dans le même sens, TAF 1^{er} avril 2020, A-2823/2019, c. 6.2.2, et le résumé de CANDRIAN, 6. Dans cet arrêt, le TAF a considéré que la simple mention selon laquelle le recteur de l'EPFZ aura un entretien personnel avec la recourante afin d'établir les attentes de la direction et de conclure un accord correspondant sur les objectifs ne constituait pas une décision au sens de l'art. 5 PA, quand bien même cette mention dût contenir une injonction adressée à la recourante. Ces ordres internes de l'employeur ne sont reconnus comme contestables que si les droits et les devoirs basés sur le contrat de travail sont affectés et que l'on ne se préoccupe pas uniquement de questions d'organisation ou de fonctionnement. Cf. dans le même sens TAF 11 avril 2016, A-4699/2015, c. 5.1.1; BPG-HELBLING, art. 34 LPers N 44.

indirectement, constitutives d'une limitation des droits fondamentaux du travailleur. La frontière entre actes juridiques et matériels est tenue pour une raison supplémentaire, celle évoquée du recours à des instruments de droit souple⁶⁸⁹. Entre-deux existe une palette d'instruments variés à la normativité graduelle, qui peuvent avoir pour conséquence de restreindre les droits fondamentaux des agents publics, et cet interregne poreux peut avoir pour conséquence de restreindre de façon indirecte la liberté de religion⁶⁹⁰. L'État-employeur devrait alors se faire fort de la formule suivante: «plus les actes étatiques non obligatoires portent atteinte à un droit [à plus fort raison un droit fondamental], et/ou plus leurs effets produits sont importants, plus l'équivalence de leur traitement avec les actes juridiques doit être assurée»⁶⁹¹.

C. Le cas particulier des entreprises de tendance (*Tendenzbetrieb*)

Lorsque la religion passe le pas de la porte de l'entreprise, il peut naître une tension particulière entre la liberté de religion et l'interdiction de la discrimination pour des motifs religieux: simplifié à l'extrême, l'employeur «laïc» peut être confronté à un employé «religieux» comme l'employeur «religieux» peut l'être face à un employé «laïc»⁶⁹². La recherche d'un équilibre entre droits fondamentaux des employeurs et des travailleurs dans les entreprises de tendance est une question encore irrésolue en droit. Cela s'explique par des entreprises de tendance de plus en plus variées dans leur *type* (1), tandis que la balance des intérêts se mesurera à l'aune de l'*intensité de sa tendance religieuse* par les activités déployées pour atteindre son objectif (2), soustrayant la réflexion juridique à une réflexion monologique.

La définition précise de la catégorie dénommée «entreprise de tendance» (ou «entreprise identitaire» ou encore «entreprise de conviction» pour citer d'autres expressions usitées dans l'espace francophone) marche sur des sables mouvants. Classiquement, elle désigne «celle qui cherche à défendre ou promouvoir une doctrine ou une éthique»⁶⁹³. Le Tribunal fédéral définit dans un arrêt de principe les entreprises de tendance comme «les entreprises dont le but n'est pas essentiellement lucratif et qui exercent une activité à caractère spirituel ou intellectuel, c'est-à-dire politique, confessionnel, syndical, scientifique, artistique, caritatif ou similaire»⁶⁹⁴. Cette définition ouverte

⁶⁸⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2073.

⁶⁹⁰ Sur la porosité de cette frontière, cf. MERKER, 471 ss.

⁶⁹¹ FLÜCKIGER, Soft law, 312. Voir aussi ATF 143 I 336, c. 4.3, JdT 2017 I 197; TF 11 mars 2019, 2C_546/2018, c. 1.1.3. Pour une liste exemplative en droit de la fonction publique, cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2074 s.

⁶⁹² ZUCCA, 400.

⁶⁹³ Définition de KRENC, 130 s.

⁶⁹⁴ ATF 130 III 699, c. 4.1, qui reprend la définition figurant dans le Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail» et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations du 9 mai 1984, FF 1984 II 574, 623.

ne vise pas – et cet élément est important – exclusivement des entreprises de tendance *religieuse*, même si les Églises et communautés religieuses représentent le noyau dur du phénomène de l'entreprise de tendance.

Cette notion, empruntée au droit allemand, trouve aussi un écho en droit européen. L'art. 4 § 2 al. 2 de la directive 2000/78/CE prévoit qu'elle ne préjudicie pas au «droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation».

1. *Typologie des entreprises de tendance*

L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme permet de découvrir un vaste éventail d'entreprises de tendance religieuse jouissant des droits garantis dans la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁹⁵.

a. *Églises et autres organisations religieuses*

Historiquement et d'un point de vue numérique, cette notion vise d'abord les *communautés religieuses* (Églises, communautés monastiques, puis les autres associations religieuses), qui emploient maints travailleurs ecclésiastiques (ministres de culte, sacristains, missionnaires) et laïcs (intendants, etc.)⁶⁹⁶.

b. *Établissements d'enseignement confessionnels*

En deuxième lieu se trouvent les *établissements d'enseignement confessionnels* (universités et écoles)⁶⁹⁷, ainsi que la catégorie spéciale de l'enseignement religieux dans l'école publique, qui est parfois cogéré avec les autorités religieuses, bénéficiant par là d'un «îlot d'identité» pertinent en droit du travail⁶⁹⁸.

c. *Institutions caritatives*

La troisième catégorie généralement reconnue est celle de l'*institution caritative*, tels les établissements de soins⁶⁹⁹, les maisons de repos ou les garderies d'enfants préscolaires⁷⁰⁰ fondés sur une doctrine religieuse.

⁶⁹⁵ Pour une liste quasi exhaustive, cf. OVERBEEKE, 367. Cf. aussi GREMPER, 94.

⁶⁹⁶ Cf. CommEDH, décision *X. c. Danemark* du 8 mars 1976, n° 7374/76; BRICE-DELAJOUX, 59; OVERBEEKE, 367 s.

⁶⁹⁷ CourEDH, arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie* du 20 octobre 2009, 39128/05.

⁶⁹⁸ CourEDH, arrêt *Fernández Martínez c. Espagne* (GC) du 12 juin 2014, Rec. 2014-II, qui concerne un professeur de religion licencié par le gouvernement à la demande des autorités religieuses. Plus récemment, cf. CourEDH, *Travas c. Croatie* du 4 octobre 2016, 75581/13, pour un cas similaire; OVERBEEKE, 368 s.

⁶⁹⁹ CommEDH, décision *Rommelfanger c. République fédérale d'Allemagne* du 6 septembre 1989, 12242/86, à propos d'un médecin d'un hôpital catholique.

⁷⁰⁰ CourEDH, *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, concernant une éducatrice dans une garderie d'enfants tenue par une paroisse protestante.

d. *Médias religieux*

Les *médias de tendance religieuse* (journaux, radio-télévision, sites internet) semblent aussi bénéficier de la liberté de religion, et plus seulement de la liberté d'expression, même si la jurisprudence demeure pour le moment timide⁷⁰¹.

e. *L'entreprise commerciale*

La seule catégorie encore exclue par le droit positif est donc l'entreprise commerciale, dont nous avons pourtant relevé que les lignes étaient en train de bouger vers une reconnaissance plus grande dans un avenir plus ou moins proche⁷⁰².

2. *L'identité religieuse vécue ou l'intensité variable de la tendance*

De façon générale, plus le lien entre la tendance spécifique et la nature des activités de l'entreprise est étroit, plus l'entreprise pourra faire valoir ses droits fondamentaux si ceux-ci entrent en conflit avec les droits fondamentaux de ses salariés. Un autre élément qui peut être important pour déterminer l'intensité de la tendance spécifique est la mesure dans laquelle les individus impliqués dans l'initiative (les dirigeants comme les salariés) s'identifient avec les valeurs centrales de la tradition religieuse de l'organisation. Plus cette identification est faible, moins la tendance sera prise en compte juridiquement⁷⁰³.

La détermination de l'entreprise de tendance peut faire l'objet d'approches fort variables : selon une interprétation stricte, les juges pourraient ne considérer comme entreprises de tendance que les organismes dont les formes légales supposent un objet social qui est le support d'une conviction particulière : les associations religieuses pour les convictions religieuses, les partis politiques pour les convictions politiques, les organisations syndicales pour les convictions syndicales, etc. Elles pourraient aussi considérer dans une approche intermédiaire qu'il suffit que l'entreprise de conviction prévît dans ses statuts pour objet principal de promouvoir une conviction particulière mise en œuvre dans son activité quotidienne, indépendamment de la forme légale de l'entreprise. Enfin pourraient-elles considérer dans une approche plus souple qu'une « éthique » particulière participe de son « identité » et que cet élément suffit, ce qui élar-

⁷⁰¹ CourEDH, *Glav Nadejda EOOD et Elenkov c. Bulgarie*, du 11 octobre 2007 : « 58. La Cour observe que ce grief est lié à celui examiné précédemment. Il doit donc lui aussi être déclaré recevable. 59. Cependant, eu égard aux constats qu'elle a formulés sur le terrain de l'article 10 (paragraphe 42-53 ci-dessus), la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de rechercher également s'il y a eu violation de l'article 9 de la Convention. ». Il est intéressant de noter que même si l'affaire est principalement analysée sous l'angle de la liberté d'expression, la Cour reconnaît à ce média la titularité de la liberté religieuse alors même que le requérant est organisé sous une forme juridique normalement utilisée par les sociétés commerciales ; implicite : CourEDH, décision *United Christian Broadcasters Ltd c. Royaume-Uni* du 7 novembre 2000, 44802/98 ; OVERBEEKE, 370.

⁷⁰² Cf. *supra* Chap. 2, III, B, 3.

⁷⁰³ OVERBEEKE, 372.

girait considérablement la notion aux entreprises commerciales à but lucratif disposant par exemple d'une «charte de laïcité» ou qui seraient orientées selon des valeurs d'une certaine religion⁷⁰⁴.

Si la discrimination à l'embauche est autorisée dans une certaine mesure dans les entreprises de tendance religieuse, pensons à l'embauche d'un ministre du culte, cette sélection, risque, si l'on choisit d'adopter la définition extensive de l'entreprise de tendance, de favoriser le communautarisme dans des entreprises purement commerciales mais d'«identité» religieuse (épicerie communautaire, etc.), qui n'embaucheront que des travailleurs partageant les mêmes croyances que l'employeur⁷⁰⁵.

II. De l'unité des principes généraux du droit du travail

Les rapports de travail, quoique régis par des règles juridiques très diverses, comportent des propriétés communes: la protection de la personnalité du travailleur est un devoir de tout employeur (A) tandis que la subordination est un statut que partage tout travailleur salarié (B) et la bonne foi un *habitus* que les deux parties au rapport de travail se doivent d'adopter (C); ces trois notions juridiques au contenu indéterminé – véritables *open-texture* – et évolutif tendent – de plus en plus – à s'entrelacer et s'avèrent centrales dans la tentative irénique de concilier liberté de religion et obligations professionnelles du travailleur.

Les deux premières sont les éléments phares du contrat de travail – les auteurs institutionnalistes évoquent à ce propos sa dimension *communautaire*⁷⁰⁶ – qui caractérisent sa singularité, à côté des obligations d'échange ou patrimoniales de fournir une prestation de service contre sa rémunération et justifiant son rattachement au droit des contrats⁷⁰⁷. À dire vrai, le droit du travail est une matière juridique qui se détache du droit commun des contrats et dont l'ontologie de sa nature est la vraie mesure des droits de part et d'autre du rapport juridique, surpassant l'enjeu – parfois dogmatique – de son incorporation au droit privé ou public⁷⁰⁸.

A. Protection de la personnalité du travailleur – Une norme en voie de constitutionnalisation

L'art. 328 al. 1 CO dispose que «l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur». C'est une norme cardinale du droit du travail qui recouvre l'ensemble des valeurs essentielles, physiques, affectives, sociales et dé-

⁷⁰⁴ SWEENEY, 319. Sur cet enjeu, cf. *infra* Chap. 8, I, B, 2.

⁷⁰⁵ GALLOIS, 340.

⁷⁰⁶ WITZIG, Droit du travail, N 1074, se référant à NIKISCH, 470.

⁷⁰⁷ ATF 131 III 314, c. 2.3.1, SJ 2005 I 397; FF 1967 II 249, 304

⁷⁰⁸ WITZIG, Droit du travail, N 131-133; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321d CO N 1.

sormais *spirituelles* liées à la personne humaine (*cf.* art. 10 al. 2 Cst., qui consacre le droit à la liberté personnelle) et s'applique tant au droit privé que public du travail⁷⁰⁹. D'un point de vue temporel aussi, la protection de la personnalité du travailleur ruiselle sur l'ensemble de la relation liant le travailleur et l'employeur puisqu'elle produit des effets juridiques *avant, pendant et après* le rapport d'emploi⁷¹⁰.

Selon la jurisprudence, cette notion revêt une importance particulière en raison du rapport de subordination du travailleur à l'égard de l'employeur dont il dépend économiquement⁷¹¹. La protection de la personnalité joue en ce sens un rôle de protection compensatoire à la position de faiblesse du travailleur dans le rapport de droit qui le lie à l'employeur et se conçoit comme la contrepartie de son obligation de fidélité et de suivre les instructions⁷¹².

En tant qu'elle «semble avoir acquis rang de valeur fondamentale au sein de notre ordre juridique», elle impose également à l'employeur de respecter, dans une mesure qui s'étend progressivement, l'*égalité de traitement* entre ses travailleurs **(1)** et leur *liberté de religion* **(2)**⁷¹³.

1. *Égalité de traitement en droit du travail*

Si le droit suisse du travail ne connaît pas de protection générale contre les discriminations, la jurisprudence et la doctrine ont déduit de la protection de la personnalité du travailleur – elle-même expression en droit du travail des droits de la personnalité (art. 28 ss CC) – un principe général d'égalité de traitement⁷¹⁴. Mais à l'inverse du droit de la fonction publique, dont nous avons vu qu'elle était un principe constitutionnel que tout employeur étatique devait respecter, l'égalité de traitement ne bénéficie pas d'une effectivité équivalente en droit privé du travail en raison de la prééminence de la liberté contractuelle – l'art. 8 Cst. ne connaît pas d'effet horizontal direct, à l'exception déjà relevée de la 3^e phrase du 3^e alinéa⁷¹⁵.

⁷⁰⁹ TF 24 août 2009, 8C_340/2009, c. 4.3.2; TF 30 juin 2008, 2C_103/2008, c. 6.2; WITZIG, Droit du travail, N 1608; VISCHER/MÜLLER, § 16 N 1; DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, 29 N 39; CAMASTRAL, 48 et 58 s.

⁷¹⁰ Cf. Christian BETTEX, «L'application temporelle de l'article 328 CO», in Rémy Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, Stämpfli, 2012, 57-66.

⁷¹¹ TF 30 juin 2008, 2C_103/2008, c. 6.2; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 328 CO N 1.

⁷¹² WYLER/HEINZER, 390 s.; VISCHER/MÜLLER, § 16 N 2; BSK ORI-PORTMANN/RUDOLPH, art. 328 CO N 1; DUNAND, Commentaire du contrat de travail, art. 328 CO N 9.

⁷¹³ WITZIG, Droit du travail, N 229, 1622 et 1624, qui plaide pour sa «consécration constitutionnelle formelle»; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 CO N 2; PORTMANN/WILDHABER, N 415; AUBERT, Études, 20; GREMPER, 23, pour qui la protection est graduelle en fonction de la proximité de la liberté avec les éléments de la personnalité.

⁷¹⁴ ATF 129 III 276, c. 3.1-3.2, JdT 2003 I 346; TF 4 avril 2018, 4A_651/2017, c. 3.3.

⁷¹⁵ ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346; KOLLER, Überführung, 129; HANGARTNER, Anstellung, 43; SUBILIA/DUC, art. 328 CO N 8.

Bien que contrairement au droit allemand il n'y ait pas de loi générale consacrant l'égalité de traitement⁷¹⁶, le travailleur peut tout de même faire contrôler le caractère injuste du refus d'octroi d'un avantage ou de la modification de cet avantage à la condition de prouver que ce refus constitue une *dépréciation de la personnalité du travailleur*, condition réalisée selon la jurisprudence lorsqu'il est traité de manière clairement moins favorable qu'un grand nombre d'autres travailleurs de l'employeur⁷¹⁷. Tel n'est pas le cas lorsque l'employeur favorise quelques employés déterminés par rapport à la majorité des travailleurs – situation différente d'une stigmatisation de quelques employés minoritaires⁷¹⁸.

Le principe de l'égalité de traitement ne postule pas non plus une égalité absolue: l'employeur est libre de déterminer ou de convenir des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le traitement collectif, pour autant que ces critères soient *reconnaissables, respectueux de la personnalité* et qu'ils ne soient pas *arbitraires*⁷¹⁹. Mais cette justification est de plus en plus difficile à apporter pour l'employeur, dans le sens où elle doit faire montre d'une certaine objectivité, où la parcelle d'« *arbitraire* » de l'employeur se réduit comme peau de chagrin en droit du travail⁷²⁰.

L'égalité de traitement naquit de la jurisprudence sur les gratifications, avant de s'étendre aux autres prestations accordées discrétionnairement par l'employeur. La discussion doctrinale s'est rapidement focalisée sur la portée de l'égalité de traitement. En ce qui concerne le salaire, soit l'élément contractuellement déterminé de la rémunération, le Tribunal fédéral souligne régulièrement et avec force le principe de la liberté contractuelle, le travailleur devant souffrir d'avoir moins bien négocié et de « se contenter de conditions de travail moins intéressantes »⁷²¹. En marge des rapports individuels de travail, le Tribunal fédéral a évoqué le principe d'égalité de traitement dans les conventions collectives de travail, sans toutefois le consacrer *ex abstracto*⁷²².

⁷¹⁶ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) du 14 août 2006 (BGBl. I S. 1897).

⁷¹⁷ ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346; WITZIG, Droit du travail, N 1684; CARRUZZO, art. 328 CO N 30; ZK-STAEHELIN, art. 328 CO N 10.

⁷¹⁸ TF 4 avril 2018, 4A_651/2017, c. 3.3; WYLER/HEINZER, 475; autrement dit, si l'employeur peut avoir ses « chouchous », il ne peut avoir de « bouc émissaire », pour citer la jolie formule de WITZIG, Droit du travail, N 1686.

⁷¹⁹ TF 14 avril 2021, 4A_101/2020, c. 5.1; TF 6 juillet 2007, 4A_63/2007, c. 4.2. La doctrine reformule à cœur joie ces conditions, cf. p.ex. WYLER/HEINZER, 475, qui évoquent des « motifs raisonnables, respectivement des motifs qui ne sont pas dénués de toute pertinence ».

⁷²⁰ FABRE, 96 ss.

⁷²¹ ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346; TF 6 juillet 2007, 4A_63/2007, c. 4.2; CARRUZZO, art. 328 N 30 *i. i.*

⁷²² TF 5 janvier 1999, JAR 2000 387. Bien que la CCT soit un contrat, ses effets sont *exorbitants* de ceux généralement dévolus à un contrat individuel de travail et se rapprochent de ce point de vue-là plus d'une loi au sens matériel: par l'adoption de clauses normatives, les cocontractants peuvent édicter des règles qui seront directement et impérativement applicables aux relations

L'accroissement de règles impératives qui enjoignent explicitement (loi sur l'égalité entre les sexes, loi sur les travailleurs détachés, accord sur la libre circulation des personnes) et implicitement (prestations discrétionnaires, droit collectif du travail) à l'employeur de traiter *également* ses travailleurs amenuisent cet « arbitraire autorisé » en droit privé du travail⁷²³. La tension entre la liberté contractuelle et l'égalité de traitement en devient de plus en plus palpable, au point qu'une partie émergente – mais encore minoritaire – de la doctrine en appelle à inverser leur hiérarchie et ériger le second terme en principe général supérieur⁷²⁴.

Un argument de plus en souvent invoqué dans la doctrine pour plaider l'effet horizontal direct de l'interdiction de la discrimination s'incarne dans le rapport de force inégale à l'œuvre en droit du travail, « similaire à celui qui caractérise la relation entre l'individu et l'État, qui justifie une protection des droits fondamentaux »⁷²⁵.

En résumé, pendant longtemps, le droit du travail ne s'est guère préoccupé de la discrimination entre les salariés. Il a évolué depuis dans deux directions. Il a tout d'abord élargi la notion de discrimination en passant d'une conception subjective, assise sur l'intention de l'employeur à une conception objective en se fondant sur l'effet des mesures prises par l'employeur. Il a ensuite progressivement bâti un principe d'égalité de traitement entre les salariés, hors de tout motif de discrimination prohibée par la loi.

Sans bénéficier d'une attention juridique spécifique, la religion constitue *a priori* un critère de distinction *douteux* entre les travailleurs d'une même entreprise. Le critère religieux est-il absolument inadmissible ou peut-il devenir licite dès lors que des motifs objectifs sont avancés par l'employeur, par exemple lorsque les effets diffèrent selon la religion en cause sur l'organisation au travail (on pense aux besoins alimentaires, rituels, vestimentaires différents d'une religion à l'autre)? Et comment articuler

nouées entre des parties tierces nombreuses, au point que la doctrine plaide pour le respect de l'égalité de traitement en la matière, WYLER/HEINZER, 478; ZK-VISCHER/ALBRECHT, art. 356 N 113 et 115-120.

⁷²³ Sur l'égalité de traitement en droit du travail, cf. Daniel MEYER, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht*, Zurich, Stämpfli, 1976; Adrian STAEHELIN, «Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht», *BJM* 1982 57-77.

⁷²⁴ Le TF a récemment réaffirmé la primauté de la liberté contractuelle, dans son arrêt du 14 avril 2021, 4A_101/2020, c.5.1. Sur ce débat, KLEBER, 212; KOLLER, Überführung, 138 s. (*Wertantinomie*); WYLER/HEINZER, 471 ss; SUBILIA/DUC, art.328 CO N 7; WITZIG, Droit du travail, N 1688 ss; DUNAND, Commentaire du contrat de travail, art.328 CO N 60 ss; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328 CO N 12; KS/SG 8 avril 2008, c. 4, JAR 2009 579; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 CO N 12; PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 2792; TC/GE 3 mars 2009, c. 3.1, JAR 2010, 498, qui consacre ce principe dans les situations collectives uniquement, parce que la liberté contractuelle prévaut dans les situations traitées individuellement par l'employeur. Pour un article plus ancien, lire Urs NEF, «Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Schweizerischen Arbeitsrecht», *RSJ* 1976 17-23.

⁷²⁵ KLEBER, 162 s. et 212., qui s'appuie sur BESSON, L'égalité horizontale, N 286 ss.

ce critère à la licéité *a priori* douteuse avec la jurisprudence autorisant l'employeur à favoriser quelques employés minoritaires? C'est ce que nous tenterons d'élucider pour chacun des cas de figure qui se présentera dans la **Deuxième partie**, dans l'ambition d'énoncer un principe général dans la **Troisième partie**.

2. Passerelle pour la réalisation des droits fondamentaux au travail

La protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO) constitue «une norme ouverte qui permet une concrétisation évolutive du droit dans le monde du travail, tenant compte des transformations techniques et des changements de comportement, comme le montre la jurisprudence toujours plus abondante des tribunaux relative à cette norme»⁷²⁶. Une partie croissante de la doctrine défend dans ce sillage l'idée que cette norme symbolise une passerelle adéquate pour la réalisation des droits fondamentaux en droit du travail (public *et* privé)⁷²⁷ et même une future base contre l'«arbitraire de l'employeur» (*cf.* art. 9 Cst.), l'arbitraire ayant partie liée avec l'égalité de traitement⁷²⁸.

L'art. 328 CO fonctionne ainsi comme un point de pénétration des droits fondamentaux au travail, notamment la liberté de religion⁷²⁹. Concrètement, l'employeur ne saurait valablement donner des instructions mettant en péril les aspects personnels et sociaux du travailleur sans une solide justification⁷³⁰. Par exemple, une directive enjoignant au travailleur de renoncer à ses pratiques religieuses dans sa vie privée, ou de changer de religion, serait inadmissible. Attendu que la religion est une composante de la personnalité du travailleur⁷³¹, certains auteurs vont plus loin en y inférant un devoir de l'employeur de faciliter (la doctrine alémanique use du verbe *erleichtern*) l'exercice de la liberté de religion dans le cadre des possibilités de l'entreprise⁷³².

La protection de la personnalité limite par ailleurs le droit de donner des directives et de les modifier⁷³³. En tant qu'expression particulière de la protection de la personnalité du travailleur, le principe d'égalité de traitement s'applique en conséquence également aux directives et instructions de l'employeur⁷³⁴. Ces dernières doivent être objectivement justifiées et tenir compte, dans la mesure du possible, des contraintes de la

⁷²⁶ BRUCH/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 CO N 1.

⁷²⁷ GLOOR, *Kopftuch*, 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328 CO N 2.

⁷²⁸ WITZIG, *Droit du travail*, N 1688; GLOOR, *Kopftuch*, 7.

⁷²⁹ RegG Bern-Mittelland 8 septembre 2016, CIV 16 1317 P57/BLM.

⁷³⁰ WITZIG, *Droit du travail*, N 1226; BESSON, *L'égalité horizontale*, N 703.

⁷³¹ Explicitement en ce sens STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328 CO N 7.

⁷³² BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 N 20; KARLEN, *Religionsfreiheit*, 441; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, *Commentaire du contrat de travail*, art. 328 CO N 5.

⁷³³ ATF 110 II 172, JdT 1984 I 602; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 CO N 3; PORTMANN/WILDHABER, N 425; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 328 CO N 7.

⁷³⁴ WYLER/HEINZER, 474; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321d CO N 34 et art. 328 CO N 8; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321d CO N 3 et art. 328 CO N 12.

vie privée des travailleurs; elles ne sauraient en ce sens imposer des réglementations sur le port usuel de vêtements de travail si elles ne sont pas fondées sur les exigences du travail à effectuer ou si elles ont pour effet de discriminer les travailleurs en fonction de leur religion⁷³⁵. Certains statuts du personnel enjoignent explicitement à l'employeur de ne pas discriminer ses travailleurs en raison de leur religion au nom de la protection de la personnalité du travailleur⁷³⁶.

Depuis quelque temps, le niveau constitutionnel vient ainsi compléter l'édifice juridique en imposant un respect progressif des droits fondamentaux des travailleurs, rebattant les cartes dans l'équilibre à trouver entre liberté de religion du travailleur et pouvoir de l'employeur d'organiser comme il le souhaite le travail.

B. Subordination – Le droit du travail pris dans ses *antinomies*

Nous avons vu que le droit offre basiquement deux grands modèles de régulation des rapports de travail: le *contrat* (règle élaborée par ceux auxquels elle s'applique), et le *statut* (les parties n'ont aucun prise sur la définition de la règle de droit, qui est élaborée de l'extérieur)». Il faudrait y ajouter le *pouvoir* (une des parties est investie du pouvoir de déterminer unilatéralement les termes de la relation), en précisant que la réalité nous offre le plus souvent un mélange de ces trois grands modèles⁷³⁷.

La singularité du droit du travail est qu'il repose sur l'*antinomie* qui prétend justifier la subordination par la liberté, et oscille entre la loi et la norme⁷³⁸. En outre, le pouvoir de direction prend à revers les deux grands principes sur lesquels repose le droit des contrats: égalité des parties et liberté contractuelle. Tandis que le droit des contrats postule l'autonomie de la volonté individuelle, le droit du travail organise la soumission de la volonté; dans cette mesure, le contrat de travail incorpore un homme libre se mettant au service d'autrui. Cette antinomie est rendue possible par une fiction qui permet de fonder sur l'autonomie de la volonté la force obligatoire d'un rapport hiérarchique comme le lien de subordination et, *in fine*, d'instaurer une hiérarchie entre égaux. La difficulté de principe vient de ce que considérer le travail comme un bien quantifiable et échangeable est une fiction juridique: le travail de l'Homme, en tant que tel, se distingue du produit du travail, il n'est pas une réalité saisissable⁷³⁹.

⁷³⁵ BezG Arbon (TG), 17 décembre 1990, c.3b, JAR 1991 254, RSJ 1991 176; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 CO N 5; PORTMANN/WILDHABER, N 425a; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 328 CO N 45 s. Cf. sur cette question *infra* Chap. 5, V, B, 2.

⁷³⁶ Cf. p.ex. art. 41 du Statut du personnel de la ville de Winterthour du 12 avril 1994 (*Personalstatut*), RS de la ville de Winterthour 1.4.5-1.

⁷³⁷ LOKIEC, Droit du travail, 81.

⁷³⁸ WITZIG, Droit du travail, N 125.

⁷³⁹ RIPERT, 275: «Le travail, c'est l'homme même, dans son corps et dans son esprit [...]»; «Il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé».

Le lien de subordination, qui met en lumière la notion de *pouvoir* en droit du travail (1), justifie le *devoir de fidélité* du travailleur (2) et fonde le droit de l'employeur d'organiser et de contrôler la prestation de travail, ce qui revient à la faculté de créer ou de préciser *unilatéralement* les obligations dont le travailleur est le débiteur (3)⁷⁴⁰. En comparaison avec d'autres rapports de droit, l'exercice des droits fondamentaux au travail est une question sensible en raison du déséquilibre structurel entre le travailleur et l'employeur⁷⁴¹. La peur de ne pas être engagé, de perdre son emploi ainsi que de se voir infliger des sanctions disciplinaires sont autant de raisons qui *altèrent* l'exercice des droits fondamentaux du travailleur⁷⁴². Un parallèle limpide peut à cet égard être tissé avec l'inégalité structurelle des parties dans une relation de droit public, où est à l'œuvre une *double* subordination dans la fonction publique (4)⁷⁴³.

1. *Le droit du travail comme droit du pouvoir*

Avant de s'attarder sur la paire de corollaires qu'il implique pour le travailleur, à savoir un devoir de fidélité doublé d'un devoir de suivre les instructions de son employeur, une brève introduction au concept historico-juridique du lien de *subordination* s'avère cruciale pour mieux comprendre l'origine et la nature du *pouvoir* de l'employeur qu'il implique, introduction essentielle pour de mieux saisir la détermination des droits et libertés du travailleur.

La caractéristique générale du contrat de travail tel que nous l'avons hérité du contrat de louage romain lors de la Révolution industrielle est justement la situation de subordination qui place le salarié sous l'autorité de l'employeur, à tel point que le droit du travail s'entend depuis lors essentiellement comme droit du travail *salarié* – ou *subordonné*⁷⁴⁴, bien que la suprématie actuelle de la subordination comme critère qualificatif du contrat de travail soit somme toute assez récente⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰ WITZIG, Droit du travail, N 1206 ss.

⁷⁴¹ GREMPER, 29 s.

⁷⁴² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321d N 2.

⁷⁴³ KOLLER, Überführung, 128.

⁷⁴⁴ Entrée «Droit du travail» du *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU (édit.), 13^e éd., Paris, Puf, 2020. Voir aussi dans le même sens CHAUCHARD, 23.

⁷⁴⁵ WITZIG, Subordination, 53 s., qui rappelle que le Code fédéral des obligations de 1881 définissait le contrat de louage de services comme le «contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à certains services personnels moyennant une rémunération» (art. 338 al. 1). Dans le Code des obligations de 1911, la notion de durée est venue s'adjoindre aux deux notions précédentes («prestation de travail» et «rémunération»), le Message du Conseil fédéral du 3 mars 1905 précisant que le critère de qualification décisif était dans le fait de «promettre son travail dans la durée», ce qui représentait la systématisation moderne du droit du travail à laquelle procéda Jean Vot au XVII^e siècle avec le louage de services qui consistait à louer ses capacités physiques. Ce n'est qu'avec le Message du Conseil fédéral de 1967 sur la révision du droit du travail dans le Code des Obligations que le travail «accompli au service d'autrui» fut ajouté pour préciser le régime (FF 1967 II 284).

Avec la Révolution industrielle, la diversité des travaux s'estompa et tous y dont devenus des marchandises comparables du point de vue de leur valeur; de même les œuvres, toutes diverses par les qualités qu'elles requièrent, ont été aspirées par une notion unique de travail, propre à la mesure et à l'échange. Ce mouvement d'abstraction du travail et des produits a répondu aux exigences de la quantification, exigences caractéristiques de l'économie de marché, et qui conduisent à réduire toujours à des nombres la diversité des hommes et des choses. Ainsi s'explique la place acquise par la subordination dans notre définition du contrat de travail. Instituer un marché supposait en effet de faire du travail l'objet possible d'un contrat. Mais il ne pouvait s'agir d'un louage ordinaire, car le preneur à bail ne peut ici entrer en possession de la chose louée: «par exception à ce qui semble de la nature du louage, il n'y a pas de remise matérielle à l'employeur de la force de travail, faute de pouvoir détacher celle-ci du corps du salarié». L'assujettissement du salarié à la volonté de l'employeur vient compenser l'impossibilité pour ce dernier de rentrer directement en possession de la force de travail dont il a conventionnellement acquis la jouissance: «la subordination apparaît alors comme le substitut de la dépossession»⁷⁴⁶. Ainsi s'est trouvé lié, dans le contrat de travail, le travail en tant que bien détachable du travailleur, et la subordination en tant que forme particulière d'entrée en possession de ce bien⁷⁴⁷.

Figé sur le socle de principes inadaptés aux relations de travail⁷⁴⁸, le Code Civil de 1804 organise le classement des activités humaines au sein de dispositifs juridiques exclusivement consacrés aux marchandises. L'employeur achète donc du travail et en dispose librement, dans les limites de la loi. Dans un premier temps, c'est ainsi le *droit de propriété* qui vient justifier ce pouvoir souverain de l'employeur-chef d'entreprise, son pouvoir se dissimulant sous son droit de propriété⁷⁴⁹. Le droit de propriété a cependant subi différentes métamorphoses lors de son application à l'entreprise: en particulier, l'accroissement des différents types de sociétés dans la vie économique a multiplié les apporteurs de capital, ce qui a créé une distorsion entre le propriétaire du capital et le patron de l'entreprise, et l'on a alors mis l'accent sur le *risque économique* que prenait l'employeur pour justifier son pouvoir de direction de l'organisation de travail⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ FABRE-MAGNAN, *Contrat de travail*, 101 s.

⁷⁴⁷ SUPIOT, *Nouveaux visages*, 132.

⁷⁴⁸ Jean-Michel LATTES, *Le travail: objet de Propriété?, Propriété et Révolution*, CNRS, Paris, 1990.

⁷⁴⁹ DOGAN YENISEY, 68; RIPERT, *Aspects juridiques*, 127.

⁷⁵⁰ LOCHAK, 25; STAMM, 8 ss. Au-delà de cette référence originaires au droit de propriété, le *droit des contrats* a participé lui aussi, tout particulièrement en droit suisse, à la légitimation du pouvoir de l'employeur, l'incarnant même à l'art. 321d CO, ETEMI, N 170 ss; BK-REH-BINDER/STÖCKLI, art. 321d N 2. DOGAN YENISEY, 65, relève en outre que le droit suisse, qui a défini le contrat de travail sous l'influence du Code Napoléon, a remplacé le contrat de travail (*Arbeitsvertrag*) par le concept germaniste de rapport de travail (*Arbeitsverhältnis*), de

Il n'existe pas de définition unanimement admise de la subordination. On peut effectivement reprocher à une théorie *unifiée* de la subordination de ne pas coller à la réalité *diverse* des rapports de travail⁷⁵¹. La révision du code des obligations de 1971 a gommé les dernières distinctions entre «employés», «ouvriers» et autres travailleurs salariés sous le signe de la globalisation et de la rationalisation du travail salarié⁷⁵². La subordination d'un professeur d'université n'est pourtant pas la même que celle d'un assistant de recherche, celle d'un curé n'est pas celle d'un sacristain⁷⁵³.

C'est une des raisons pour lesquelles une partie de la doctrine suisse lui préfère les critères de l'intégration – principalement économique – dans l'entreprise d'autrui (dans une organisation *tierce* ou *étrangère* selon les termes consacrés par la doctrine) et de la dépendance économique⁷⁵⁴. La *diffraction* dans l'étendue de la liberté de religion causée par la subordination varie selon que l'employeur est une société multinationale ou une microentreprise, selon que le travailleur est un subalterne ou un cadre dirigeant⁷⁵⁵. Le meilleur exemple de l'obsolescence d'un schéma binaire des classes est celui de l'émergence historique des *cadres*, «ces salariés bizarres à la fois matériellement du côté du travail et symboliquement du côté du capital»⁷⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, la subordination est un lien, qui s'entend aussi bien du côté du salarié que de l'employeur. En conséquence, en faisant de la subordination du salarié un effet du contrat de travail, la jurisprudence fait réciproquement du pouvoir de l'employeur un effet de ce contrat. L'employeur jouit donc d'un véritable *pouvoir* (*potestas*⁷⁵⁷), qui

sorte que le côté personnel et subordonné de la relation y est déjà incorporée, le rapport de travail sous-tendant l'idée de l'appartenance à une communauté (*Gemeinschaft*) que le droit français, plus imprégné de la culture romaniste du louage de services, a eu plus de mal à théoriser. Or, le contrat de travail «ne porte pas sur une prestation ordinaire, mais sur l'engagement de l'une des parties au contrat de mettre sa propre force de travail au service de l'autre partie. On a parfois proposé d'insérer le contrat de travail dans le droit des personnes plutôt que dans le droit des obligations, étant donné la *nature personnelle de l'engagement* qui lie les parties», BERENSTEIN, 149.

⁷⁵¹ Dans le même sens GREMPER, 77.

⁷⁵² FF 1967 II 9765, 279.

⁷⁵³ TF 5 juillet 2011, 4A_194/2011, c. 5.6.1 ; CR CO I-MEIER, art. 319 CO N 10.

⁷⁵⁴ Cf. MEIER, *passim*. Nous préférons pour notre part nous concentrer sur la subordination du travailleur non pas en tant que critère démarcatif vis-à-vis des autres contrats, mais pour sa signification dans l'*altération* causée dans l'exercice des droits fondamentaux, plus pertinent que le critère d'intégration dans l'entreprise d'autrui dans cette perspective de recherche.

⁷⁵⁵ GREMPER, 86 ss, traite avec détail des différents cas de figure ; CAMASTRAL, 81.

⁷⁵⁶ LORDON, 11. La théorie marxiste a considérablement refait son retard en cette matière, notamment à l'initiative de Gérard DUMÉNIL et Dominique LÉVY qui formulent explicitement l'«hypothèse du cadrisme», *Économie marxiste du capitalisme*, Paris, La Découverte, 2003.

⁷⁵⁷ Le concept de *potestas* renvoie aussi bien à la notion de force (comme en science physique) qu'à celle de puissance politique, de pouvoir (comme dans «puissance publique»), CERUTTI/PAPAUX, vol. I, 82.

est l'envers du rapport de subordination du travailleur⁷⁵⁸. La nature de ce *pouvoir*, le sait-on depuis Marx, procède d'une certaine configuration de structures sociales – celle du rapport salarial comme double séparation des travailleurs d'avec les moyens et les produits de la production – et des codifications juridiques qui rendent possible à certains individus d'en impliquer d'autres dans la réalisation de leur propre *entreprise*⁷⁵⁹.

2. *Devoir de fidélité du travailleur*

Le premier corollaire de la subordination est celui du devoir de fidélité du travailleur (*Treuepflicht*), qui lui prescrit de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 1 *i.f.* CO). C'est un devoir incombant à tout travailleur qui limite l'exercice de ses droits fondamentaux⁷⁶⁰. L'obligation de fidélité complète celle de travailler en ce qu'elle confère au travail un but, des objectifs: «la défense des intérêts de l'employeur»⁷⁶¹. Négativement pris, le devoir de fidélité prescrit au travailleur de s'abstenir de tout comportement susceptible de léser l'employeur dans ses intérêts légitimes⁷⁶². Il représente, comme nous le verrons dans la **Deuxième partie**, une des deux principales limites à la liberté de religion dans le rapport de travail (expression de foi au travail, liberté d'association religieuse, vie privée religieuse, absence du travail pour participer à des fêtes religieuses, etc.)⁷⁶³.

Son étendue dépend d'une multiplicité de facteurs, tels que la fonction du travailleur, sa position dans l'entreprise et le type d'entreprise (entreprise de tendance, commerciale ou étatique)⁷⁶⁴. Ses limites sont du même ordre que celles qui limitent le pouvoir de direction de l'employeur, soit essentiellement le droit du travailleur au libre épanouissement de sa personnalité, et ne vaut que tant qu'il se trouve dans une relation suffisante avec le rapport de travail⁷⁶⁵. En cas de violation de l'obligation de fidélité, une pesée des intérêts en présence de toutes les circonstances concrètes est nécessaire et s'effectue, encore et toujours, à la lumière du principe de la bonne foi (art. 2 CC, 9 Cst.)⁷⁶⁶.

3. *Devoir de suivre les instructions de l'employeur*

Le second corollaire du rapport de subordination, non moins fondamental, s'incarne dans l'obligation du travailleur de se conformer selon les règles de la bonne foi aux directives de l'employeur (*Weisungsrecht* ou *Direktionsrecht*, art. 321d al. 2 CO), le-

⁷⁵⁸ CHAUCHARD, 23

⁷⁵⁹ LORDON, 19, qui parle d'un rapport d'*enrôlement*.

⁷⁶⁰ POLEDNA, 225.

⁷⁶¹ ATF 140 V 521, c. 7.2.1, RDAF 2015 I 296.

⁷⁶² WYLER/HEINZER, 112.

⁷⁶³ POLEDNA, 225.

⁷⁶⁴ WITZIG, Subordination, 45; GREMPER, 120; BRÜHWILER, art. 321a CO N 2a.

⁷⁶⁵ WITZIG, Droit du travail, N 1203; WYLER/HEINZER, 110 s.; ZK-STAEHELIN, art. 321a CO N 8 s.

⁷⁶⁶ BRÜHWILER, art. 321a CO N 2c; WYLER/HEINZER, 110 s.

quel jouit d'un *pouvoir de direction* qui lui permet d'édicter des directives générales ou particulières sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage (art. 321d al. 1 CO)⁷⁶⁷.

Ce pouvoir de direction octroyé à l'employeur lui réserve un *espace discrétionnaire dans la prise de décision*, au-delà de tout accord exprès dans la mise en œuvre du contrat de travail⁷⁶⁸. Il peut prendre la formes de directives individuelles ou générales (qualifiées tantôt de «règlement d'entreprise», «règlement du personnel» ou encore «règlement de travail»), les dernières permettant d'harmoniser un certain nombre de règles dans l'entreprise sur certains aspects du travail⁷⁶⁹. Le règlement d'entreprise peut être intégré au contrat de travail par une clause d'intégration, laquelle peut prévoir une hiérarchie des documents contractuels qui présidera à la recherche de la solution, même si l'accord individuel a toujours préséance sur une directive générale⁷⁷⁰. Même si le contrat n'y fait pas renvoi, c'est un document influençant le contenu des obligations des parties.

Si l'employeur dispose d'un vaste pouvoir dans la définition des conditions de travail, le droit du travail forme donc une série de limites assignées à celui-ci: les instructions doivent être fonctionnelles, c'est-à-dire qu'elles doivent être en rapport avec les besoins de l'entreprise (traduction de l'interdiction de l'abus manifeste d'un droit)⁷⁷¹, et peuvent dans ce sillage viser à refléter les convictions de l'entreprise («*Firmenphilosophie*»)⁷⁷²; respecter la personnalité du travailleur, que l'employeur doit s'ingénier à préserver⁷⁷³; ne pas être illicites ou contraires aux mœurs⁷⁷⁴; respecter le cadre contractuel du rapport de travail, ce qui signifie que les instructions ne doivent pas contenir des clauses exorbitantes qui dépassent le cadre contractuel convenu et conduisent à une modification unilatérale du contrat de travail⁷⁷⁵; enfin, de manière générale, une balance des intérêts respectifs de l'employeur et du travailleur devra être opérée pour décider de l'admissibilité d'une instruction, et plus l'instruction en-

⁷⁶⁷ ETEMI, N 14, citant WITZIG, Subordination, 51.

⁷⁶⁸ WITZIG, Droit du travail, N 1206-1208, et les réf. citées.

⁷⁶⁹ ETEMI, N 20. À distinguer du *règlement d'entreprise* au sens de l'art. 37 al. 1 LTr, obligatoire pour toute entreprise industrielle (sur la notion d'«entreprise industrielle», cf. KuKo ArG-BACHMANN, art. 5 LTr N 4 ss).

⁷⁷⁰ TERCIER/BIERI/CARRON, N 210; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321d N 38.

⁷⁷¹ TF 30 juin 2008, 2C_103/2008, c. 6.2; WITZIG, Subordination, 62.

⁷⁷² TF 2 juillet 2008, 9C_301/2008, c. 4.1; WITZIG, Droit du travail, N 1223; GLOOR, Kopf-tuch, 1 s.

⁷⁷³ TF 2 juillet 2008, 9C_301/2008, c. 4.1; WYLER/HEINZER, 155 s.

⁷⁷⁴ TF 25 janvier 2011, 4A_613/2010, c. 3.

⁷⁷⁵ ATF 132 III 115, c. 5.2; TF 25 janvier 2011, 4A_613/2010, c. 3; WYLER/HEINZER, 156; WITZIG, Droit du travail, N 1222. Sous réserve d'une modification du contrat de travail, par accord mutuel ou de manière unilatérale, dans le respect des régimes respectifs présidant à chacune de ces sortes de modification. Dans l'hypothèse d'une conversion religieuse ou d'un changement de pratiques religieuses du travailleur, cf. *infra* Chap. 5, I, B, 4, b.

trera en conflit avec la liberté de religion du travailleur, plus elle devra être justifiée par un intérêt légitime et prépondérant de l'employeur⁷⁷⁶.

Ces deux obligations du travailleur (devoir de fidélité et de suivre les instructions) interagissent fortement⁷⁷⁷, en particulier en lien avec les instructions relatives aux règles de conduite en dehors de l'entreprise⁷⁷⁸, et le conflit de conscience qui peut intervenir dans l'exécution de certaines tâches contractuelles⁷⁷⁹.

La sanction, en cas de non-respect des instructions, peut être *disciplinaire*, déboucher sur un *licenciement*, ou engager la *responsabilité contractuelle* du salarié⁷⁸⁰. Si une instruction ne respecte pas ces différentes limites, le travailleur peut refuser de s'y conformer sans craindre de représailles prévues en cas de désobéissance, bien qu'il soit conseillé au travailleur d'en référer à l'employeur avant de s'autoriser à ne pas la respecter⁷⁸¹.

L'intérêt de l'entreprise devra en somme être *objectif*: des instructions chicanières ou irrationnelles peuvent violer la personnalité du travailleur de manière inadmissible, de la même que des instructions discriminatoires si elles sont arbitraires⁷⁸². Nous verrons dans la **Deuxième partie** comment le droit positif traduit ces règles en matière de religion au travail et dans la **Troisième partie** dans quelle mesure l'*intérêt de l'entreprise* constitue une des idées-forces de la limitation de la liberté de religion au travail.

4. État-employeur et entreprise privée comme détenteurs d'un pouvoir analogue

L'État et l'entreprise privée présentent à ce propos des analogies, non pas fonctionnelles en ce sens que l'État doit être dirigé comme une entreprise⁷⁸³ et l'entreprise doit

⁷⁷⁶ CR CO I-WITZIG, art. 321d N 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321d CO N 3.

⁷⁷⁷ TAF 14 juin 2011, A-4659/2010, c. 4.2.1: «L'obligation de suivre les instructions de l'employeur, qui est à la base du lien de subordination entre les parties, constitue l'un des aspects les plus fondamentaux du devoir de fidélité de l'employé.»

⁷⁷⁸ VISCHER/MÜLLER, § 13 N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321d CO N 1.

⁷⁷⁹ KÜHLER, 288 s., et les réf. citées, qui met en exergue l'intérêt croissant de la doctrine pour cette problématique.

⁷⁸⁰ Cf. WYLER/HEINZER, 161 ss; WITZIG, Droit du travail, N 1234 ss.

⁷⁸¹ TF 25 janvier 2011, 4A_613/2010, c. 3 et 5; WYLER/HEINZER, 156 s.; ETEMI, N 826 ss.

⁷⁸² WITZIG, Droit du travail, N 1231; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321d CO N 3 pour un exemple concernant un piercing; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321d CO N 33 s.; CAMASTRAL, 51.

⁷⁸³ Isabelle BRUNO/Didier EMMANUEL, *Benchmarking : l'État sous pression statistique*, Paris, La Découverte, 2013. Et pourtant ce phénomène est attesté et atteindrait même son apogée présentement, cf. Pierre MUSSO, *Le temps de l'État-entreprise. Berlusconi, Trump, Macron*, Paris, Fayard, 2019. La Cour EDH, dans l'arrêt *Fabián c. Hongrie* (GC) du 5 septembre 2017, 78117/13, a déjà eu l'occasion d'affirmer que «pour des raisons tant institutionnelles que fonctionnelles, il existe habituellement d'importantes différences d'ordre juridique et factuel entre l'emploi dans le secteur public et l'emploi dans le secteur privé» (§ 122) et que «en qualité d'employeur, l'État et ses organes ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des

être démocratisée comme l'État⁷⁸⁴, mais structurelles en ce qu'ils ont pour point commun une «entité détentrice de l'autorité», notamment face aux revendications religieuses de leurs «sujets»⁷⁸⁵. Le cumul des règles relatives au droit de propriété avec celles organisant les conséquences juridiques de l'engagement contractuel du salarié caractérise la mise en place d'un véritable rapport d'autorité conférant à l'employeur un pouvoir quasi discrétionnaire sur les «outils et les hommes» faisant de lui un véritable législateur⁷⁸⁶. L'employeur, en tant que titulaire du pouvoir de direction, prononce lui-même les sanctions qu'il estime justifiées, sans être tenu de recourir préalablement à la justice. En d'autres termes, par emprunt au droit administratif français, la jurisprudence lui reconnaît un «privilège du préalable» qui lui confère la même situation procédurale que l'administration à l'égard de ses fonctionnaires et place corrélativement le salarié dans la position défavorable de demandeur⁷⁸⁷.

Le besoin de protection des travailleurs est de nos jours tout aussi fort face au pouvoir de l'État que face à la puissance – parfois démesurée – de certains employeurs privés; en témoigne le nombre de violations des droits fondamentaux constatées dans le monde du travail, secteurs public et privés confondus⁷⁸⁸. En cela, la subordination est un statut qui présente des analogies en droit privé et public du travail, qui met au jour l'unité des rapports de travail.

Cette constatation appelle deux remarques: conformément au principe de laïcité qui sous-tend l'interdiction de la discrimination religieuse, l'État-employeur ne peut pas faire allégeance pour une religion déterminée car son action vise l'intérêt général, tandis que l'entreprise privée agit dans un but particulier, en vertu duquel elle a été créée; dans les deux cas cependant l'attitude de principe de neutralité en vue de ne pas discriminer est analogue, sans que le mode opératoire juridique ne le soit⁷⁸⁹. D'autre part, le principe doit nécessairement s'accompagner de mesures opératoires spécifiques pour le compléter, aptes à réduire les «frottements» entre pratiques externes de religion et impératifs inhérents au monde du travail.

Ce principe de complémentarité a la tâche ardue de trouver le subtil l'équilibre entre le respect de la liberté de religion du travailleur et les impératifs propres au collectif de l'entreprise, mais la forme qu'il prend diffère de la nature juridique de l'employeur: la

entités du secteur privé ni du point de vue du cadre institutionnel dans lequel ils opèrent ni sous l'angle des fondamentaux économiques et financiers de leurs activités» (§ 127).

⁷⁸⁴ Isabelle FERRERAS, *Critique politique du travail*, Paris, Les Presses de Science Po, 2007. Sur la démocratie dans l'entreprise, cf. *infra* Chap. 8, III, B.

⁷⁸⁵ HUNYADI, *Entreprises*, 167 s.

⁷⁸⁶ Jean SAVATIER, «Du domaine patriarcal à l'entreprise socialisée», in Université de Poitiers (édit.), *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 863-881.

⁷⁸⁷ OLLIER, 501.

⁷⁸⁸ GREMPER, 30.

⁷⁸⁹ HUNYADI, *Entreprises*, 177 s.

logique de l'État-employeur se tournera instinctivement vers l'outil législatif pour régler le périmètre de l'expression religieuse autorisée pour ses *agents*, tandis que l'entreprise privée, qui a plus affaire à des *travailleurs* qu'à des *citoyens* – bien que la tendance inverse se manifeste⁷⁹⁰ –, privilégiera la voie contractuelle – au sens ici d'*accommodements*, d'*aménagement*s ou encore d'*ajustements* individualisés – en fonction du but particulier qu'elle se donne à accomplir⁷⁹¹. L'universalisme législatif sera l'outil venant en première approximation pour l'État-employeur, dont l'action vise l'intérêt général, tandis que l'employeur privé, qui s'adapte en quelque sorte à son but, devra par conséquent *s'ajuster* en fonction de ce dernier pour régler le sort de l'expression religieuse de ses travailleurs.

Où l'on voit que les nombreux points de confluence entre rapport de travail de droit public et de droit privé trouvent leur origine dans l'*essence* du travail salarié que représente le lien de *subordination*, même si rapidement divergent les moyens à l'œuvre pour trouver l'*optimum* dans la mesure des droits de part et d'autre du rapport de travail.

C. Bonne foi – Un *habitus* des parties au rapport de travail

Le droit du travail, l'avons-nous vu, est un exemple éloquent de l'entremêlement de normes de droit public et privé, conduisant à son inintelligibilité croissante⁷⁹². Outre des normes se situant « d'un côté ou de l'autre de la frontière entre droit privé et droit public qui établissent des passerelles ou des ponts vers l'autre rive »⁷⁹³, la jurisprudence joue un rôle cardinal pour « faire de certains principes généraux du droit privé (comme la bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit) des principes généraux <tout court>, applicables dans l'un comme dans l'autre des domaines »⁷⁹⁴.

Le principe de la bonne foi fait justement montre de la porosité de la grande distinction catégorielle « droit public/droit privé »; les interpénétrations du droit public et du droit privé sont désormais ancrées dans la mentalité juridique, puisque la bonne foi y figure en bonne place autant dans la Constitution fédérale (à double titre comme droit objectif [art. 5 al. 3 Cst.] et subjectif [art. 9 Cst.]) que dans le Code civil (art. 2 al. 1

⁷⁹⁰ Cf. *infra* Chap. 8, III, B, 2.

⁷⁹¹ HUNYADI, Entreprises, 178 ss.

⁷⁹² RICHARD, Rapports, 106, selon lequel le droit privé et le droit public du travail « n'appartiennent pas à deux domaines totalement séparés [...] Il existe entre deux un lien indéfectible et tous deux ne forment que les deux faces d'une seule organisation juridique ».

⁷⁹³ Ainsi en va-t-il de l'art. 342 al. 2 CO, qui permet aux parties au contrat de travail de droit privé d'agir civilement en vue d'obtenir l'exécution d'obligations découlant de dispositions de droit public du travail, Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON, « Avant-propos », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Julien Broquet (édit.), « *Le droit décloisonné : interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Zurich/Genève/Bâle, Schulthess, v-viii.

⁷⁹⁴ Idem.

CC). En plus de jouir d'une importance primordiale en droit du travail (1), la bonne foi est vue par certains auteurs comme une piste pour *moraliser* les rapports de travail (2) et comme un curseur dans les solutions se présentant face aux conflits entre liberté de religion et subordination (3).

1. La bonne foi en droit du travail: une importance mésestimée

Le principe général de la bonne foi, et son pendant négatif, l'interdiction de l'abus manifeste d'un droit, sont des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse – ainsi que dans l'ordre juridique international⁷⁹⁵ – et jaillissent sur l'ensemble des relations juridiques⁷⁹⁶, en particulier en droit du travail où la bonne foi tient lieu de repère central dans le comportement que doivent adopter les parties⁷⁹⁷.

En droit privé (*cf.* art. 2 CC), les règles de la bonne foi commandent à toute partie à une relation juridique d'être fidèle (*Treu*) à sa parole afin que l'autre partie puisse donner foi (*Glauben*) à cette parole, c'est-à-dire s'y fier et agir en conséquence⁷⁹⁸. L'idée fondamentale qui sous-tend les règles de la bonne foi est que chacun doit se comporter dans la vie juridique comme le ferait une personne loyale, honnête et respectueuse d'autrui⁷⁹⁹. En droit public, les art. 5 al. 3 et 9 Cst. impose à l'État d'être de bonne foi dans ses relations avec ses administrés, comme il impose à ces derniers d'agir de manière conforme aux règles de la bonne foi envers l'État. Cette disposition élève ainsi l'art. 2 CC au rang de principe constitutionnel en droit public et, comme en droit privé, elle exprime la réciprocité de l'exigence de bonne foi dans le domaine des activités de l'État. Il en découle un devoir de sollicitude de l'État-employeur: le devoir général de respect de l'agent public qui correspond aux exigences de la bonne foi contractuelle se double, lorsque l'État est lui-même employeur, d'une exigence particulière qui tient à sa qualité d'autorité détentricrice de la puissance publique et à son devoir d'exemplarité dans ses relations avec ses administrés.

Le contrat de louage romain déjà, père conceptuel de notre contrat de travail, était classé dans les contrats consensuels soumis aux actions de bonne foi (*judicia bonae fidei*)⁸⁰⁰, pour lesquels «le juge est le maître d'estimer, suivant sa prudence, ce que le défendeur doit rendre au demandeur»⁸⁰¹. Le principe de la bonne foi prend une acuité particulière pour notre thèse, puisqu'il s'applique en étroite relation avec la protection

⁷⁹⁵ *Cf.* art. 2 ch. 2 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120) et art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111).

⁷⁹⁶ TF 26 janvier 2017, 4A_590/2016, c. 2.1.

⁷⁹⁷ ATF 133 I 234 c. 2.5.1, JdT 2008 IV 19; 123 II 231 c. 8b; 121 I 181 c. 2a; ROSELLO, N 133.

⁷⁹⁸ BOVET/CARVALHO, Glossaire juridique, entrée «Bonne foi (droit privé)».

⁷⁹⁹ TERCIER/PICHONNAZ, 26 N 91.

⁸⁰⁰ BIRCHMEIER, 3; LÉVY/CASTALDO, 721 s.

⁸⁰¹ *Institutiones Justiniani*, Livre IV, Titre VI, § 30 (*Les Institutes de l'Empereur Justinien*, trad. fr. Henri HULOT, Behmer, Metz, 1806, 224).

de la personnalité du travailleur et le licenciement abusif par suite de l'exercice des droits constitutionnels du salarié⁸⁰².

On admet de plus en plus que les règles de la bonne foi, associées au devoir d'assistance de l'employeur (*Fürsorgepflicht*), contraignent celui-ci à proscrire l'arbitraire et à respecter l'égalité de traitement dans les rapports de travail de façon générale⁸⁰³ et même déjà pendant la phase précontractuelle⁸⁰⁴. Le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que ceux ne bénéficiant pas du même traitement puissent, en vertu du principe de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit aussi leur accorder le traitement censé favoriser certains employés sur la seule base de la bonne foi, car ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues – hypothèse réservée du cas où le travailleur a individuellement négocié cet avantage durant la phase d'embauche⁸⁰⁵.

2. Une moralisation du droit du travail via la bonne foi ?

Il y a quelque chose de remarquable dans l'étude du droit du travail : le fait que la raison d'être du droit du travail ait toujours été recherchée en dehors de l'ordre juridique lui-même : dans la morale, l'économie, la politique. Selon notre conviction, le droit du travail n'est pas un vassal des rapports économiques qui lui seraient supérieurs, mais au contraire un instrument de soumission des rapports économiques à des valeurs morales. L'émergence du droit social apparaît aussi comme une tentative de *moralisation* du pouvoir patronal : «La signification essentielle du droit du travail, écrit ainsi Paul Durand, est d'ordre moral. La société moderne n'admet pas que le travail soit traité comme un bien matériel, soumis à la loi du marché. Les rapports de travail sont soumis à un droit spécial parce qu'ils engagent la personne du travailleur»⁸⁰⁶.

Nous avons vu que le fondement de l'arbitraire tendait à s'autonomiser par rapport à celui de la violation de la personnalité du travailleur et les employeurs avisés auraient tout intérêt à le respecter pour éviter de se retrouvés piégés par cette évolution⁸⁰⁷. Le

⁸⁰² AUBERT, Abus de droit, 109.

⁸⁰³ SUBILIA/DUC, art. 328 CO N 8 ; KLEBER, 207 s., qui déduit de l'art. 2 CC une interdiction de la discrimination, notamment pour des motifs religieux ; en droit de la fonction publique fédérale, cf. BPG-HELBLING, art. 6 LPers N 18, en lien avec les art. 4 al. 3 LPers et 16 OPers, qui mettent à charge de l'employeur la prévention de l'arbitraire et interdisent en particulier de prendre en compte le critère de la religion dans l'évaluation personnelle ou dans la fixation du salaire. Dans l'ATF 130 II 425, c. 3.3, le TF recourt aux principes constitutionnels de la bonne foi et de la proportionnalité pour juger de la licéité d'un système de surveillance GPS sur les véhicules de l'entreprise.

⁸⁰⁴ ROSELLO, N 116.

⁸⁰⁵ ATF 129 III 276, c. 3.1, JdT 2003 I 346 ; TF 6 juillet 2007, 4A_63/2007, c. 4.2 ; DUNAND, Commentaire du contrat de travail, art. 328 CO N 63 s.

⁸⁰⁶ DURAND/JAUSSAUD, N 94.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, N 1688.

pouvoir d'organiser l'activité de l'entreprise se justifie par le nécessaire respect des règles permettant de garantir le fonctionnement de la collectivité de travail. Sans véritablement parler de « morale d'entreprise », on peut évoquer la fin d'un certain pouvoir patronal unilatéral illimité⁸⁰⁸. Le contrôle du juge porte de plus en plus, et c'est un tournant non négligeable, sur le *silence* de l'employeur, traduisant ainsi la progression de l'intervention judiciaire dans la réglementation des rapports de travail⁸⁰⁹.

Le travail étant, comme nous l'avons dit, un rapport saisi par des regards aussi multiples que la psychologie, la sociologie, l'histoire, la géographie et la philosophie, les limites de la seule approche juridique se font ressentir vivement dans les situations du travail. Le droit ne répond par exemple que très médiocrement face à la souffrance psychologique au travail⁸¹⁰. Au-delà du simple échange de prestations, il n'est pas somptuaire de rappeler la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle les partenaires au rapport de travail se doivent des égards réciproques, au respect desquels ils peuvent s'attendre l'un et l'autre⁸¹¹. Cette précision rappelle que les relations entre l'employeur et ses travailleurs sont toujours empruntes d'affects, et que poser les termes de la réflexion dans une pure opposition de leurs droits subjectifs respectifs en termes de seule technique juridique est une réflexion ruineuse.

Une piste pour améliorer la protection des droits fondamentaux des salariés pourrait être d'injecter de l'éthique dans les rapports de travail en tant que source juridique *stricto sensu*⁸¹². Le rapport de travail étant également – et surtout – un rapport relationnel et social, il est aussi possible de trouver dans l'éthique une source juridique spécifique, qui transparait notamment dans l'interprétation de la bonne foi et l'abus de droit, dont les juges font de nombreux cas d'application en droit du travail⁸¹³.

3. *La bonne foi comme curseur dans les conflits entre liberté de religion et subordination*

Ces considérations générales visent originellement des prestations de nature salariale et sociale, mais il n'est de raison qu'elle ne valent pas *a pari* pour des aménagements religieux. Dans l'examen d'une demande d'accommodement religieux, la bonne foi implique donc d'abord que l'employeur considère *avec sincérité* la demande du sala-

⁸⁰⁸ LATTES, Subordination, *passim*.

⁸⁰⁹ RAY, Utilisation du juge judiciaire, 165.

⁸¹⁰ Selon Santé Suisse, un million de personnes dans notre pays souffriraient du stress, ce qui engendrerait des coûts de l'ordre de cinq milliards de francs par an (Serge GUERTCHAKOFF, « Les Romands sont-ils heureux au boulot? », *Bilan*, 1^{er} juillet 2016), tandis qu'au Japon le phénomène de « mort par dépassement du travail » (*karōshi*) est reconnu juridiquement comme maladie professionnelle, cf. Paul JOBIN/Yu-Hwei TSENG, « Le suicide comme *karōshi* ou l'overdose de travail », *Travailler* 2014 45-88.

⁸¹¹ ATF 110 II 334, c. 2b, JdT 1985 I 380.

⁸¹² Lire Alexandre BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, Paris, L.G.D.J., 2008.

⁸¹³ WITZIG, Droit du travail, N 223.

rié, c'est-à-dire avec l'intention d'y accéder s'il n'y a pas d'inconvénient substantiel, au regard des intérêts légitimes dont il a la charge. Ensuite, la bonne foi implique que la demande soit traitée avec sérieux, sans négligence⁸¹⁴. En tant que standard de comportement rayonnant sur l'ensemble de l'ordre juridique et dont il appartient au juge d'en dessiner les contours, il est des auteurs qui y voient de la sorte le creuset salvateur pour offrir une «justification aux solutions des conflits entre liberté religieuse et subordination»⁸¹⁵. La bonne foi y est représentée en boussole à même d'indiquer la commune mesure des devoirs respectifs de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur et du travailleur de respecter les instructions émises par l'employeur. Il joue en outre le rôle de repère dans les critères justificatifs à un licenciement fondé sur l'exercice d'un droit constitutionnel et sur le traitement différencié d'un travailleur en raison de sa religion⁸¹⁶.

Dans cette perspective, une reconsidération de la bonne foi dans les rapports de travail comme boussole de la liberté de religion aurait une double conséquence : d'une part il est un argument supplémentaire pour faire perdre au contrat son monopole au titre de source juridique exclusive du rapport de travail, en particulier pour ce qui concerne les libertés et droits fondamentaux ; d'autre part il esquisserait sensiblement la marge de manœuvre discrétionnaire de l'employeur dans l'octroi d'aménagements religieux particuliers ou la prise en compte de demandes religieuses émanant de travailleurs, puisque l'on passerait d'un arbitraire presque total pour l'employeur à une prise en compte réelle et sérieuse de telles demandes dont le refus devra être sérieusement motivé et objectivement justifié par l'existence d'inconvénients prouvés pour l'*entreprise*.

Synthèse du Chapitre 3

Nous avons dans un premier temps constaté la diversité des corpus juridiques régnant dans les rapports de travail, avec une application des droits fondamentaux qui se décline différemment selon que l'on se situe dans le secteur privé, la fonction publique ou l'entreprise de tendance. Dans le secteur privé, bien que le principe fondamental de l'autonomie des parties semble régner en maître, l'on assiste à une horizontalité crois-

⁸¹⁴ GAUDU, Religion, 69, qui relève tout de même qu'il s'agit d'une notion-cadre difficile à manier avec précision. Cf. CE 12 février 1997, *M^{lle} Genny*, n° 125893 (le chef de service doit apprécier si une demande d'autorisation d'absence pour le Vendredi saint, la Fête-Dieu et la Fête de la Médaille miraculeuse est ou non compatible avec les exigences du service, sans pouvoir opposer l'existence de fêtes légales déjà prévues).

⁸¹⁵ Ce principe aurait été formulé en premier par SAVATIER, Liberté religieuse, 458. Lire aussi Charlotte GARDEN, «Religious Employers and Labor Law: Bargaining in Good Faith?», *Boston University Law Review* 2016 109-160.

⁸¹⁶ GLOOR, Kopftuch, 8; WITZIG, Subordination, 62, qui subsume sous la notion de bonne foi les aspects personnels, familiaux et sociaux du travailleur.

sante des droits fondamentaux dans les relations de travail soumises au droit privé, par la médiation de l'effet horizontal qui devient *quasi direct* (I.A). Dans le droit de la fonction publique, le rapprochement progressif de la fonction publique et du droit privé du travail sur toile de fond de flexibilisation ne s'est finalement pas traduit par un assouplissement des règles de restriction des droits fondamentaux et des aménagements accrus de conditions de travail individualisées et différenciées, au vu de l'applicabilité directe de la liberté de religion dans les rapports de travail de droit public (I.B). Dans les entreprises de tendance, la recherche d'un équilibre entre droits fondamentaux des employeurs et des travailleurs dans les entreprises de tendance est une question encore irrésolue en droit, en raison d'une typologie variée des entreprises de tendance d'une part, et d'une intensité tout aussi variable de la tendance religieuse des activités déployées pour atteindre l'idéal de l'employeur, soustrayant la réflexion juridique à une réflexion monologique (I.C).

Dans un second temps, nous avons surtout constaté que nonobstant la grande diversité des corpus juridiques dans les rapports de travail, ces derniers comportent des propriétés communes: la protection de la personnalité du travailleur est un devoir de tout employeur et, en tendant à se constitutionnaliser, fonctionne comme un point de pénétration des droits fondamentaux au travail, notamment la liberté de religion (II.A); la subordination est un statut que partage tout travailleur salarié et constitue l'un des critères principaux de la mesure de ses droits fondamentaux à visée religieuse dans les rapports de travail (II.B); la bonne foi enfin enjoint à l'employeur de considérer avec sérieux les requêtes de ses salariés visant à obtenir des aménagements religieux et réduit d'autant la marge de manœuvre patronale pour opérer des traitements inégaux entre ses salariés, où la bonne foi est vue comme une piste pour «moraliser» les rapports de travail (II.C).

Deuxième partie :

La religion au travail – Analyse casuistique de rapports ambivalents

Chapitre 4: La religion *avant* les rapports de travail

«L'engagement constitue le moment de la vie le plus important dans le droit du travail et il est le moins protégé de tous»⁸¹⁷. Cet acte juridique (*Rechtsgeschäft*) se différencie des autres engagements contractuels en ceci qu'il présuppose une subordination future consentie du travailleur à l'autorité d'un employeur. En effet, user de la liberté fondamentale de s'engager contractuellement implique une limitation des choix qui s'offrent au titre des autres libertés: il n'est pas possible de s'engager au service d'un employeur sans renoncer partiellement à consacrer son temps à des rites religieux, ou à se vêtir comme bon nous semble pendant les heures de travail⁸¹⁸.

Cette égalité présumée des parties caractérise cette phase de *recrutement* des candidats, marquée sous le sceau de l'égalité d'accès dans la fonction publique et sous le pavillon de la liberté contractuelle dans le secteur privé. Mais cette première phase de postulation met déjà au jour les risques de discrimination religieuse à l'encontre du postulant **(I)**.

Ensuite, la phase précontractuelle d'un rapport de travail et son horizon immanquable de la subordination future influent naturellement sur le déroulement de l'*entretien* d'embauche, lequel autorise les parties à aménager les pratiques – voire les croyances? – religieuses du candidat, parfois en les érigeant au rang de points essentiels du contrat **(II)**.

Cette phase précontractuelle débouchera, en cas d'issue favorable des tractations, à un *engagement*, qui pourra se trouver aux prises avec des vices aux conséquences potentiellement résolutoires à raison d'éléments en lien avec la religion. L'autre branche de l'alternative, le *refus d'embauche*, verra fleurir d'autres questions juridiques dans l'hypothèse où le candidat fut éconduit à cause de sa confession **(III)**.

⁸¹⁷ BLANPAIN, 62.

⁸¹⁸ SAVATIER, Liberté religieuse, 457.

I. La religion lors de la postulation

Les limitations de plus en plus nombreuses de la liberté contractuelle, phénomène déjà mis en exergue, n'épargnent pas le volet relatif à la formation du contrat, dans le dessein de protéger la partie faible contre le risque de discrimination, notamment religieuse, dans l'accès au marché du travail.

L'égalité juridique a donc trouvé un terrain d'application naturel en droit du travail, lieu où l'individu garantit sa *subsistance* – et où s'y affirme idéalement sa *consistance*. Refuser l'accès au travail à certaines catégories d'individus revient ainsi à mettre en péril tout progrès de l'égalité, et partant, de la liberté. Alors qu'en droit privé prévaut le principe de la *liberté contractuelle* de choisir son cocontractant, le principe en droit public est celui de la *mise au concours* des postes vacants. Selon une conception d'autant de la Révolution française, la fonction publique se caractérise par une procédure devant assurer une stricte égalité d'accès aux charges publiques⁸¹⁹.

Après avoir relevé l'*orientation civiliste* suisse et l'*insuffisance du droit pénal* dans la lutte contre la discrimination religieuse à l'embauche (A), nous verrons que l'*offre d'emploi* peut être discriminatoire en elle-même (B) et que la discrimination religieuse lors du recrutement peut être directe ou indirecte (C).

A. Approche civiliste et insuffisance du droit pénal contre la discrimination religieuse à l'embauche

Du point de vue du droit pénal, la protection juridique est presque *inexistante* contre une discrimination fondée sur la religion du candidat à l'embauche. L'art. 261^{bis} al. 5 CP punit certes « quiconque refuse à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance [...] *religieuse* [...], une prestation destinée à l'usage public », mais les débats parlementaires ont été farouches pour exclure les rapports de travail de la notion de « prestation destinée à l'usage public »⁸²⁰.

L'idée est que la prestation, pour être qualifiée de « destinée à l'usage public », doit être conçue en elle-même comme étant destinée à un public *indéterminé* (sur le modèle d'un restaurant ou d'un magasin)⁸²¹. Les auteurs ayant appuyé cette idée ont utilisé de trois arguments pour leur démonstration visant à distinguer le domaine privé du domaine public : la *durée* de la relation contractuelle, l'*anonymat* et le nombre *indéterminé* des personnes bénéficiaires de la prestation⁸²². Dans cette visée, des décisions

⁸¹⁹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 574; DUBEY/ZUFFEREY, N 1544. En droit fédéral, cf. art. 7 LPers et 22 OPers. Par exemple TF 14 septembre 2009, 8C_176/2009, c. 7.

⁸²⁰ NIGGLI, Rassendiskriminierung, 497.

⁸²¹ Cf. ZH 21 décembre 2000, U/GG000674, cité par WITZIG, Droit du travail, N 343.

⁸²² ROM, 142.

cantoniales ont considéré qu'une offre d'emploi n'était pas une telle prestation, mais impliquait au contraire que son auteur entendît précisément se réserver la possibilité de choisir son cocontractant⁸²³. D'autres auteurs ont tenté de démontrer que ces critères étaient impraticables juridiquement et incompatibles avec l'engagement pris par la Suisse en ratifiant la Convention de New York, qui requiert au demeurant une mise en œuvre « sans retard » (*cf.* art. 2 al. 1 *i.i.* CERD)⁸²⁴.

Pour mieux illustrer notre propos, il est intéressant de mettre dans une perspective comparatiste les droits suisse et français sur la répression pénale de la discrimination religieuse au travail, qui présentent une double dichotomie. Le Code pénal français présente une sorte d'inventaire « à la Prévert » de discriminations, avec la mention explicite de la discrimination à l'embauche fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une religion déterminée⁸²⁵, et dont l'arsenal législatif est complété par des dispositions spéciales placées au cœur du Code du travail⁸²⁶.

Le spectre de la répression pénale suisse contre les discriminations est autrement plus étroit, les seules discriminations incriminées par le code pénal étant la *race*, l'*ethnie*, la *religion* et l'*orientation sexuelle*. Qui plus est, l'art. 261^{bis} CP requiert de la victime qu'elle subisse une atteinte d'une « certaine gravité »⁸²⁷, et surtout la parole doit être tenue en publique, l'infraction étant conçue comme une atteinte à la « paix publique ». Cette approche restrictive s'explique tout d'abord par l'orientation civiliste du droit suisse contre les discriminations, à rebours du droit pénal français qui classe la discrimination comme une atteinte à la dignité des individus⁸²⁸.

La répression pénale de la discrimination religieuse est à la marge des relations de travail en Suisse. Schématiquement, le droit suisse semble plus attaché à la liberté (économique et d'expression) tandis que le droit français serait davantage sensible à l'égalité (comme condition nécessaire de la dignité). Pourtant, le comparatiste qui se tiendrait à cette opposition simpliste risquerait de restreindre l'intérêt de la comparaison. Plus subtilement, le droit français présente une tendance à proclamer avec force

⁸²³ WITZIG/JORNOD, N 18, et les réf. citées.

⁸²⁴ De manière convaincante NIGGLI, Discrimination raciale, 288-304; MARTENET, Protection, 425.

⁸²⁵ Art. 225-2 3° du Code pénal. Voir Halde, Délibérations n°s 2007-115 et 2007-116 du 14 mai 2007, disant que le responsable d'un site qui permet aux demandeurs d'emploi de diffuser leur profil en ligne, en leur demandant de multiples renseignements relatifs notamment à la religion, lesquels n'apportent pas d'indications pertinentes sur les compétences du candidat, pourrait être poursuivi au titre de la complicité de discrimination dès lors qu'il suscite ou permet les pratiques discriminatoires de la part des recruteurs.

⁸²⁶ *Cf.* p.ex. art. L1146-1 et 2146-2 du Code du travail, lequel interdit expressément la discrimination religieuse lors d'une procédure de recrutement à l'art. L1132-1.

⁸²⁷ Ce n'était pas le cas, dans l'ATF 131 IV 78, c. 1.2, d'une personne qu'un serveur avait refusé de servir parce qu'elle appartenait au mouvement raélien.

⁸²⁸ GALLOIS, *passim*.

l'unité de la protection de la dignité humaine, là où le droit suisse préfère distinguer entre l'honneur, attribut de la personne individuelle, et le propos discriminatoire, tenu en public et qui seul met véritablement en péril la cohésion de la communauté⁸²⁹.

B. L'offre d'emploi discriminatoire dans son intitulé

L'offre d'emploi peut être discriminatoire en elle-même, en excluant du cercle des candidatures les personnes avec des croyances religieuses particulières. Une discrimination peut aussi être dissimulée sous couvert d'exigences d'aptitude qui ne se pas objectivement justifiées par le travail en question. On peut citer une annonce d'emploi insistant exagérément sur l'exigence d'avoir la tête nue alors que celle-ci n'est nullement motivée par un objectif raisonnable et légitime, ce qui pose la question du périmètre des exigences professionnelles que nous verrons ci-après⁸³⁰.

Après avoir mis en exergue la protection juridique contrastée entre le droit privé et le droit public **(a)**, nous examinerons deux questions particulières qui se posent en relation avec l'offre d'emploi discriminatoire, celle du *droit d'occuper des fonctions laïques ou ecclésiastiques (b)* et celle de *l'accès des femmes aux postes religieux (c)*.

1. Protection juridique contrastée entre le droit public et privé

Bien qu'il n'existe aucun droit à être engagé dans la fonction publique⁸³¹, l'exclusion d'une personne quant à la possibilité de postuler pour un *emploi public* est une décision susceptible de recours dans la fonction publique de la Confédération et dans certains régimes cantonaux⁸³². Les exigences relatives à la laïcité de l'État conduisent ici à protéger l'agent de l'État, en prohibant toute discrimination fondée sur la religion dans l'accès aux fonctions publiques et le déroulement de carrière. Les convictions religieuses, surtout lorsqu'elles sont notoires, doivent être indifférentes au recrutement des fonctionnaires⁸³³.

En droit privé en revanche, le droit suisse fait montre d'une faiblesse en comparaison avec le droit européen, lequel a jugé que le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale constitue *per se* une discrimination directe à l'embauche, de telles déclarations étant de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candida-

⁸²⁹ Lire à ce sujet WITZIG/JORNOD, N 19.

⁸³⁰ CARONI, 31 s.

⁸³¹ ATF 118 Ia 289, c. 2a, JdT 1994 I 236.

⁸³² TAF 10 juin 2009, A-8222/2008, c. 1.2.2; BPG-HELBLING, art. 34 LPers N 49. En droit de la fonction publique cantonale, cf. p.ex. § 10 VRG/ZH (RS/ZH 175.2).

⁸³³ Voir, en France, CE, 25 juillet 1939, *Demoiselle Beis*, Rec. p. 524; CE, 10 avril 2009, *M.E.H.*, n° 311888 (concours d'officiers de police annulé en raison des questions que le jury avait posées à un candidat sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse).

ture et, par conséquent, à faire obstacle à leur accès au marché du travail⁸³⁴. Dans l'affaire *Feryn*, le directeur d'une société spécialisée dans la vente et l'installation de portes basculantes et sectionnelles avait publiquement déclaré qu'il ne pouvait embaucher des «allochtones» en raison des réticences de la clientèle à leur donner accès, le temps des travaux, à leur domicile privé. L'organisme belge désigné par la loi nationale de transposition de la directive européenne avait ouvert action sans qu'il n'y eût de plaignant identifié.

En droit suisse, même pour la discrimination fondée sur le genre, qui est la seule faisant l'objet d'une attention expresse du législateur suisse, la majorité parlementaire a souhaité exclure l'offre d'emploi discriminatoire de la sphère protectrice de la loi sur l'égalité entre les sexes⁸³⁵. Ce qui signifie *a fortiori* que même si une discrimination religieuse est établie, il n'y a pas de sanction prévue pour une offre d'emploi discriminant les membres d'une religion particulière *en l'absence de plaignant*⁸³⁶.

La doctrine a relevé les insuffisances du droit positif suisse par comparaison avec le droit européen (dans la charge de la preuve, l'existence d'un plaignant pour saisir la justice, etc.), tout en soulignant que cet employeur, qui par «allochtones», faisait spécialement référence aux Marocains dont ses clients ne voulaient pas, selon ses dires, les laisser entrer chez eux par peur, aurait pu éventuellement tomber en Suisse sous le coup de l'art. 261^{bis} al. 4 CP si une offre d'emploi excluait les membres d'une certaine appartenance religieuse d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine⁸³⁷.

2. Droit d'occuper des fonctions laïques ou ecclésiastiques ?

La liberté religieuse ne garantit pas le droit d'occuper des fonctions ecclésiastiques. Le droit d'occuper un poste dans une Église officielle ou en général n'est pas garanti par la Convention européenne des droits de l'homme⁸³⁸.

Il n'y a pas plus de droit d'accéder aux fonctions *laïques*: un avocat, ordonné prêtre catholique mais n'ayant jamais exercé de tâches pastorales, se plaint du rejet de sa can-

⁸³⁴ CJUE 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07, § 21 ss. Les questions préjudicielles soumises à la Cour portaient sur l'interprétation de la Directive 2000/43/CE 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 (JO L 180 du 19 juillet 2000, 0022-0026).

⁸³⁵ BIGLER-EGGENBERGER, N 4, qui relève la contradiction apparente entre l'esprit de cette loi et la volonté expresse de la majorité parlementaire de ne pas protéger la discrimination sexuelle dans le stade temporel précédant la postulation à une offre d'emploi.

⁸³⁶ CAMASTRAL, 188 s.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328 N 12, ont également des doutes à ce sujet.

⁸³⁷ Tarek NAGUIB, «Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Rechtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive», *PJA* 2008 1240-1254.

⁸³⁸ CommEDH, décisions *Knudsen c. Norvège* du 8 mars 1985, 11045/84, 268, *Karlsson c. Suède* du 8 septembre 1988, 12356/86 et *X. c. Danemark* du 8 mars 1976, 7374/76; GOY, 201.

didature à un poste de juge suppléant au motif que la fonction de juge est incompatible avec l'état ecclésiastique aux termes de la loi belge⁸³⁹, et voit là une violation de sa liberté religieuse et une discrimination religieuse à l'encontre des personnes relevant de l'état ecclésiastique. La Commission des droits de l'homme estime que le requérant n'a pas allégué avoir subi quelque entrave dans la pratique de la religion catholique – y compris l'accès au sacerdoce –, du fait du sort de sa candidature. La seule liberté dont l'exercice se trouve restreint par les dispositions incriminées est celle de se porter candidat à un poste dans la magistrature. Or la Commission constate que la Convention ne garantit aucun droit à occuper un poste dans la fonction publique et à plus forte raison dans la magistrature⁸⁴⁰.

Aucune jurisprudence contraire n'est survenue jusqu'ici sur cette question mais étant donné la valeur axiologique qu'a acquise la non-discrimination ces dernières décennies, si un candidat à un tel poste n'exerce, malgré son état ecclésiastique, aucune charge ni mission effective pour aucune Église, il est fort à parier que la Cour examinerait le grief d'une discrimination religieuse combinée à la violation de la liberté religieuse avec plus d'attention⁸⁴¹.

3. Accès des femmes aux postes religieux

Bien que les positions théologiques varient d'une religion à l'autre, et même d'un courant à l'autre au sein des religions, l'accès des femmes au prêche et à la prêtrise est encore largement réprouvé dans les religions pratiquées en Occident⁸⁴². Par exemple, dans certaines Églises évangéliques protestantes où prévaut une interprétation littérale de la parole de Dieu, la première épître aux Corinthiens de Paul est encore citée pour justifier l'interdiction faite aux femmes de prêcher ou de devenir pasteurs⁸⁴³, alors que dans les Églises anglicanes en revanche, les femmes ont accès à l'ordination depuis 1994. Dans l'Église catholique, l'ordination sacrée des femmes est exclue tant par le droit canon (§ 1024 CIC⁸⁴⁴) que sur le plan théologique et doctrinal.

⁸³⁹ Ainsi que l'étaient également l'état militaire, la profession d'avocat, les charges de notaire ou d'huissier de justice et toute fonction ou charge publique rémunérée, d'ordre politique ou administratif.

⁸⁴⁰ CommEDH, décision *Demeester c. Belgique* du 8 octobre 1981, 8493/79; GOY, 201.

⁸⁴¹ Voir CourEDH, arrêt *Seyidzade c. Azerbaïdjan* du 3 décembre 2009, 37700/05 (refus arbitraire de l'inscription d'un candidat aux élections législatives au motif qu'il exerçait des fonctions de nature religieuse à titre professionnel, examiné par la Cour sur le terrain de l'art. 3 du Protocole n° 1, non-ratifié par la Suisse, et qui conclut à sa violation notamment car les définitions légales d'«ecclésiastique» et d'«activité professionnelle à caractère religieux» étaient floues et leur application incohérente).

⁸⁴² lire à ce propos Denise VEILLETTE (édit.), *Femmes et religions*, Sainte-Foy, Corporation canadienne des sciences religieuses et les Presses de l'Université Laval, 1995.

⁸⁴³ 1 Cor 11: 3, 7-9: «Je veux cependant que vous le sachiez: la tête de tout homme, c'est le Christ; la tête de la femme, c'est l'homme».

⁸⁴⁴ Lequel prévoit que «Seul un homme baptisé reçoit valablement l'ordination sacrée».

L'opposition au sacerdoce féminin prend une acuité particulière à notre époque où l'égalité des sexes a acquis une dimension fondamentale, constitutionnellement et conventionnellement *consacrée* oserait-on dire, tandis que la justification du refus d'accès trouve sa source dans une interprétation de textes religieux faisant montre d'un certain *androcentrisme*⁸⁴⁵. Comme le souligne la rabbin Delphine Horvilleur, «La véritable question n'est [cependant] pas de savoir si le judaïsme (ou la religion en général) est misogyne, [...] Il s'agit de savoir s'il l'est aujourd'hui, par la voie de ses interprètes et de ses représentants religieux contemporains»⁸⁴⁶.

En Suisse, l'Église catholique romaine connaît un système dualiste unique⁸⁴⁷: en vertu du droit canon (*kanonischrechtlichen Organisationsform*), elle peut s'organiser librement et en toute autonomie sans être lié par les droits fondamentaux. Elle peut ainsi interdire l'accès des femmes aux fonctions de prêtre et d'évêque (fonctions qui nécessitent la *consécration*) en ce qu'il s'agit d'une expression théologique garantie par son droit à l'autodétermination. S'agissant du volet généralement qualifié de «droit étatique ecclésiastique» (*staatskirchenrechtlichen Organisationsform*), duquel elle tire la source de ses prérogatives publiques, elle doit en revanche pleinement appliquer les principes régissant toute activité étatique, notamment l'art. 8 al. 2 et 3 Cst., et ainsi garantir l'accès des femmes aux fonctions qui sont soumises au contrôle de l'État, telles que le conseil de paroisse dans certains cantons⁸⁴⁸. La frontière entre ce qui relève du volet interne au bénéfice d'une grande liberté pour l'Église et du volet externe soumis au contrôle de l'État n'est cependant pas définie avec clarté⁸⁴⁹, de sorte que les rapports de travail entre l'Église et ses travailleurs ne peuvent pas être confinés dans

⁸⁴⁵ Églantine JAMET, «Les religions sont-elles un obstacles à l'égalité?», *Revue Économique et Sociale* 2017 55-64.

⁸⁴⁶ HORVILLEUR, 194.

⁸⁴⁷ Pour des développements plus avant sur ce sujet et des précisions terminologiques, cf. CONFÉRENCE DES ÉVÊQUES SUISSES, *Vade-mecum pour la collaboration de l'Église catholique avec les corporations de droit public ecclésiastique en Suisse*, décembre 2012.

⁸⁴⁸ TANNER, *Muslimische Minderheit*, 184 s.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 336; NAY, 120; BSK BV-WINZELER, art. 72 Cst. N 52. *Contra* MÜLLER M., 125 s., considérant avec des arguments juridiques à l'appui que dès lors que la distinction n'est pas fondée sur des motifs biologiques, cette interdiction de l'ordination aux femmes viole l'État de droit et devient injustifiée. Cf. également LORETAN, 182 ss.

⁸⁴⁹ FRIEDERICH, 190-193, qui cite et rejoint la doctrine récente qualifiant cette distinction comme «nullement claire, voire inutilisable sous l'angle juridique» (libre traduction). Pour lui, le droit à l'autodétermination comprend l'organisation de la corporation ecclésiastique et la définition des exigences posées aux titulaires de fonctions ecclésiastiques, mais cette liberté est limitée par les droits fondamentaux d'autrui, notamment les règles protectrices des travailleurs, preuve que le confinement dans un volet ou l'autre est dénué de sens; du même avis, MÜLLER M., 112.

un volet ou l'autre⁸⁵⁰. Une tendance à toujours plus de reconnaissance d'autonomie est cependant constatée dans les révisions des constitutions cantonales⁸⁵¹.

Si la doctrine est d'avis que la sphère d'autonomie des communautés religieuses les autorise à discriminer à l'embauche en raison du sexe pour des motifs théologiques, les lignes sont en train de bouger sur les plans philosophique et social⁸⁵². Sur le plan juridique, cela revient à reconsidérer la balance des intérêts entre l'égalité entre les sexes d'une part, la liberté religieuse corporative d'autre part⁸⁵³.

Les institutions religieuses ont néanmoins le potentiel d'incarner le lieu d'une nouvelle réflexion sur les rôles respectifs des genres dans les fonctions ministérielles et pastorales, mais nous sommes d'avis qu'il n'appartient pas à l'État de porter un jugement sur la dogmatique des communautés religieuses pour contraindre ces dernières d'accorder un accès plus large aux prêches et ministères des femmes. Le rôle de l'État devrait plutôt se trouver dans l'encouragement et l'accompagnement de cette réflexion d'ouverture entamée au sein des communautés religieuses. Certains auteurs citent par exemple les lois cantonales accordant une reconnaissance aux communautés religieuses qui respectent l'égalité entre les sexes, qui agissent alors comme lois incitatives⁸⁵⁴.

Une fois engagées dans des fonctions spirituelles et ecclésiastiques, les femmes ont droit au même salaire ainsi qu'aux mêmes conditions de travail que les hommes effectuant un travail de valeur égale, en vertu de l'art. 8 al. 3, 3^e phr., Cst.⁸⁵⁵

⁸⁵⁰ KARLEN, Religionsfreiheit, 282 ss, qui place les problématiques de droit du travail dans le volet externe soumis au contrôle étatique, mais tempère immédiatement son propos en précisant que les devoirs officiels des employés ecclésiastiques sont définis par l'Église et non par l'État. Puisque l'État ne peut pas s'ingérer dans le respect de leurs devoirs sans violer la neutralité religieuse qui est à sa charge, il en découle une protection restreinte des travailleurs ecclésiastiques au titre de la liberté religieuse qu'ils peuvent pourtant faire valoir *directement* contre l'organisation religieuse de droit public selon lui.

⁸⁵¹ FRIEDERICH, 182-194; RHINOW/CHEFER/UEBERSAX, N 2499; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 110. Voir aussi ROBBERS, 2, pour une tendance similaire au niveau de l'Europe.

⁸⁵² Le Message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'égalité entre femmes et hommes prévoyait explicitement l'exception de la *prêtrise* comme motif objectif et raisonnable de justification à une discrimination, FF 1993 I 1163, 1212.

⁸⁵³ HELLER, 761; Alison STUART, «Freedom of Religion and Gender Equality: Inclusive or Exclusive?», *Human Rights Law Review* 2010 429-459; Sarah BUTLER, «Catholic Women and Equality: Women in the Code of Canon Law», in Marie Failingner/Elisabeth Schiltz/Susan J. Stabile (édit.), *Feminism, Law and Religion*, Routledge, 2013, 345-370.

⁸⁵⁴ Cf. Denise BUSER, «Dürfen Religionsgemeinschaften Frauen beim Zugang zu religiösen Ämtern diskriminieren? Zur Anwendbarkeit des CEDAW-Übereinkommens bei diskriminierenden religiösen Praktiken in der Ämterbesetzung», in Julia Hänni/Sebastian Heselhaus/Adrian Loretan (édit.), *Religionsfreiheit im säkularen Staat, Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit*, Zurich/Saint-Gall, Dike/Nomos, 2019, 111-136. Voir p.ex. art. 5 LR/CR/VD.

⁸⁵⁵ BUSER, Selbstbindung, spéc. 357 ss.

C. Discrimination religieuse du candidat lors du recrutement

La discrimination religieuse à l'endroit du candidat à l'embauche peut être *directe* (1) ou *indirecte* (2).

1. La religion du candidat: un critère directement discriminatoire

La discrimination est directe lorsqu'une mesure ou une pratique traite moins favorablement une personne qu'une autre placée dans une situation comparable en se fondant ouvertement sur le critère de la religion. Le refus signifié à un candidat postulant à un emploi dans la fonction publique ou le secteur privé en raison de ses croyances religieuses est à ce titre illégal, en tant qu'il représente une atteinte illicite aux droits de la personnalité – mais il faut postuler l'avons-nous vu⁸⁵⁶. Une exception existe lorsque la religion constitue une *exigence professionnelle essentielle* au poste à pourvoir, laquelle doit être scrupuleusement justifiée et proportionnée pour ne pas apparaître *suspecte* (a). La question des *accommodements raisonnables* à l'embauche s'est également posée (b).

a. Exigences professionnelles essentielles vs exigences suspectes

Le système ménage double une exception à la discrimination religieuse à l'embauche: une exception *générale* (i) et une exception *spécifique* aux entreprises de tendance (ii). Il s'agira dans un troisième temps de se demander si l'exception des «exigences professionnelles» ne risque pas de lutter à contre-courant d'une *communautarisation religieuse* au travail en lien avec la revendication d'une «*identité religieuse*» par une entreprise qui ne rentre pas dans la définition canonique de l'entreprise de tendance (iii).

(i) Exigences professionnelles essentielles et déterminantes *en général*

Dans la plupart des contentieux européens, la religion au travail est appréhendée au prisme de la question de la liberté religieuse et de ses limites, de la laïcité ou de la neutralité de l'État. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà saisi l'occasion d'affirmer une conception forte de l'égalité pour protéger la pratique d'un Témoin de Jéhovah qui avait été emprisonné, durant le régime des colonels, en raison de son refus, en application de sa doctrine religieuse, de porter l'uniforme⁸⁵⁷. À la suite de sa détention, M. Thlimmenos a passé les concours pour devenir expert-comptable, qu'il a brillamment réussis. Hélas, la législation grecque interdisait l'exercice de cette profession à tous ceux qui ont été pénalement condamnés. La Cour condamna la Grèce pour ne pas avoir adopté de législation pertinente dotée des «exceptions appropriées» à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ BSK ORI-PORTMANN/RUDOLPH, art. 320 N 2a. En France, cf. CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, n° 98.284.

⁸⁵⁷ CourEDH, arrêt *Thlimmenos c. Grèce* (GC) du 6 avril 2000, Rec. 2000-IV.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, § 12.

Le législateur grec aurait dû distinguer parmi les personnes condamnées à la prison. L'uniformité de la règle appliquée à tous les anciens prisonniers ne présume donc pas de la conformité de la règle au principe d'égalité. Par cet arrêt, la Cour considère que le respect des convictions et pratiques religieuses est une valeur forte au point que le législateur grec aurait dû prendre en considération ce cas particulier et le protéger. L'égalité agit ici comme un instrument de la protection des pratiques religieuses dans l'accès du requérant à une profession réglementée⁸⁵⁹.

Le droit européen ménage expressément dans sa directive 2000/78/CE une exception à la non-discrimination à l'art. 4 § 1 pour les entreprises en général :

[...] 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* [nous soulignons], pour autant que l'objectif soit légitime et que l'existence soit proportionnée.

La Cour de justice de l'Union européenne entend cette exception de manière très restrictive⁸⁶⁰ et fait la chasse aux exceptions trop globales⁸⁶¹. La formulation de l'art. 4 § 1 invite à considérer que seules les autorités nationales peuvent prévoir une exception au titre de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante et non les entreprises privées elles-mêmes⁸⁶².

Les pays anglo-saxons ont également légalisé ces exceptions à la qualification de discrimination : elles s'appellent *bona fide occupational qualification* (BFOQ) aux États-Unis, *bona fide occupational requirement* (BFOR) au Canada – *exigence professionnelle justifiée* (EPJ) en français – et *genuine occupational qualification* au Royaume-Uni (GOQ).

⁸⁵⁹ SWEENEY, 288 s.

⁸⁶⁰ Souligné au considérant 23 de la directive: « Dans des circonstances très limitées, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'une caractéristique liée à la religion ou aux convictions [...] constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Ces circonstances doivent être fournies par les États membres à la Commission ».

⁸⁶¹ SWEENEY, 314. A été jugée comme trop globale l'exception en raison du genre selon laquelle l'Irlande du Nord entendait exclure les femmes de certains emplois dans la police auxiliaire au motif tiré de leur nécessaire protection, cf. CJCE 15 mai 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, Rec. 1986 01651. Cf. plus récemment CJUE 12 janvier 2010, *Wolf*, C-229/08, Rec. 2010 I-1.

⁸⁶² L'habilitation exclusive accordée aux autorités publiques nationales de déterminer les exigences essentielles et déterminantes est renforcée par l'obligation posée par la directive aux États membres d'informer la Commission des exceptions ainsi posées (cf. c. 23 de la directive cité deux notes de bas de page au-dessus).

En Suisse, bien qu'aucune loi ne formalise cette exception, le refus d'embaucher un enseignant à l'école primaire motivé par l'objection de conscience a été jugé inadmissible, dès lors que les activités du candidat à l'embauche n'étaient pas dirigées contre l'État d'une manière contraire aux principes démocratiques de l'État de droit. Condamné par la justice pour refus d'entrer en service, le requérant était en l'espèce un pacifiste convaincu, et son appartenance à la section suisse de l'Internationale des résistant(e)s à la guerre ainsi que ses autres activités militantes ne suffisaient pas à le considérer comme indigne de confiance (en allemand parle-t-on de *Vertrauenswürdigkeit*) pour exercer ce travail⁸⁶³.

(ii) Exigences professionnelles essentielles et déterminantes *propres aux entreprises de tendance*

Dans une entreprise dont l'éthique est fondée sur la religion ou, dans un sens moins restrictif, l'entreprise dont les conditions d'exécution de son activité sont fondées sur un dogme religieux, philosophique ou politique, l'on comprend que le législateur ouvre la voie à une différence de traitement à l'embauche, l'adhésion du candidat aux valeurs ou aux dogmes religieux défendus par l'entreprise étant légitimement considérée comme essentielle.

En droit européen, la directive 2000/78/CE préserve la spécificité des entreprises de tendance en ménageant une exception à la qualification de la discrimination directe à l'art. 4 § 2:

Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces 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* [nous soulignons]. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif⁸⁶⁴.

⁸⁶³ TF 30 novembre 1979, ZBl 1980 396-405, c. 5b-c, même si l'affaire a été analysée sous l'angle de la liberté d'expression.

⁸⁶⁴ Le considérant 24 de la directive, qui reprend en substance l'art. 17 § 1 TFUE, rappelle d'ailleurs que «l'Union européenne a reconnu explicitement dans sa déclaration n° 11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles [...] qu'elle respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres et qu'elle respecte également le statut des or-

Le législateur européen, en visant alternativement la «nature de l'activité professionnelle» ou le «contexte dans lequel elle est exercée», offre des conditions de dérogation larges, et vise non seulement les Églises, mais également les «organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur les convictions». Ce champ d'application élargi confirme que les entreprises de tendance ne sont pas réductibles aux seuls organismes religieux.

Plusieurs conditions doivent être réunies pour admettre une discrimination justifiée à l'embauche. L'économie de cette exigence diffère légèrement de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante générale : tandis que cette dernière est fondée sur la nature et les spécificités d'un poste, l'exigence propre aux entreprises de tendance vise à préserver l'éthique particulière de l'employeur ; l'exigence spécifique apparaît alors plus souple et façonnée en fonction de l'intérêt de l'employeur⁸⁶⁵.

La Cour de justice de l'Union européenne a eu récemment l'occasion de préciser ces conditions. L'*Evangelisches Werk*, une œuvre protestante pour la diaconie en Allemagne, mettait en concours une offre d'emploi précisant que l'appartenance à une Église protestante ou à une Église membre de la communauté de travail des Églises chrétiennes en Allemagne était un prérequis à toute candidature⁸⁶⁶. M^{me} Egenberger, sans confession, a postulé mais n'a pas été retenue pour le poste et a contesté sa situation au motif qu'elle aurait été victime d'une discrimination⁸⁶⁷.

L'offre d'emploi à durée déterminée concernait l'établissement d'un rapport parallèle à celui sur la Convention internationale des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Les tâches à accomplir comprenaient notamment l'accompagnement du processus d'établissement des rapports étatiques sur ladite convention, l'élaboration du rapport parallèle sur le rapport étatique allemand ainsi que d'observations et de contributions spécialisées, la représentation de la diaconie d'Allemagne à l'égard du monde politique, du public et des organisations de défense des droits de l'homme ainsi que la coopération au sein de certaines instances, l'infor-

ganisations philosophiques et non confessionnelles. Dans cette perspective, les États membres peuvent maintenir ou prévoir des dispositions spécifiques sur les exigences professionnelles essentielles, légitimes et justifiées susceptibles d'être requises pour y exercer une activité professionnelle».

⁸⁶⁵ SWEENEY, 318.

⁸⁶⁶ Cf. la Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland (GrO) (Règlement fondamental de l'Église protestante) du 13 juillet 1948, telle que modifiée par la Kirchengesetz du 12 novembre 2013, qui constitue le fondement du droit ecclésial de l'Evangelische Kirche in Deutschland, ainsi que l'art. 3 de la Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes, qui dispose des exigences spécifiques pour l'activité professionnelle au sein de l'Église protestante et de sa diaconie.

⁸⁶⁷ CJUE 17 avril 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, C-414/16.

mation et la coordination du processus de formation d'opinion dans le domaine de l'association. L'appartenance à une Église protestante ou à une Église membre de la communauté de travail des Églises chrétiennes en Allemagne et l'identification avec la mission diaconale étaient des prérequis et il était demandé d'indiquer sa confession dans le *curriculum vitae*⁸⁶⁸.

La principale question était de savoir si l'Église et, de façon générale, l'employeur de tendance, pouvaient eux-mêmes déterminer de manière définitive les activités professionnelles dans le cadre desquelles la religion constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée. La Cour répond fermement par la négative, et dit qu'il est indispensable de vérifier que cette exigence soit réellement essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Ces critères doivent être vérifiés par une *autorité indépendante* et en dernier lieu par une *juridiction nationale*⁸⁶⁹. Il n'est pas suffisant que le contrôle provienne de l'institution qui en réclame la mise en œuvre. Ce contrôle est une garantie en faveur d'un équilibre entre les droits des Églises et les droits des travailleurs.

La Cour précise que l'objet du contrôle doit porter sur la réalité de l'exigence professionnelle au regard de la nature des activités exercées et du contexte de celle-ci, mais ne doit en aucun cas apprécier la légitimité de l'éthique de l'employeur. Concrètement, le juge examine s'il y a un lien direct, objectivement vérifiable, entre l'exigence imposée et l'activité concernée.

Tout en devant s'abstenir d'apprécier l'éthique en tant que telle à la base de l'exigence professionnelle invoquée, il appartient aux juridictions nationales d'effectuer un contrôle effectif et au cas par cas du caractère «essentiel, légitime et justifié» de l'exigence professionnelle. Ces différentes conditions peuvent être réunies lorsque la personne doit participer à la définition de l'éthique de l'Église ou à sa proclamation, comme en l'espèce. Les conditions dans lesquelles l'activité est exercée, telles que la nécessité d'assurer une représentation crédible de l'Église ou de l'organisation à l'extérieur de celles-ci est un autre critère. La Cour de justice relève que la charge de la preuve pèse sur l'institution qui doit démontrer l'importance et la légitimité de cette exigence et le risque d'atteinte à son éthique si la personne ne remplit pas cette condition. La mesure doit en tout état de cause être proportionnée à son but, ce alors même que la proportionnalité est absente du texte de l'art. 4 § 2 de la directive tandis qu'elle est une des conditions prévues à l'art. 4 § 1 pour l'exception générale, au motif qu'elle s'impose en tant que principe général du droit de l'Union européenne.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a jugé dans l'affaire *Lombardi Vallauri c. Italie* que l'éviction d'un candidat au poste de professeur d'une uni-

⁸⁶⁸ *Ibid.*, § 24 s.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, § 53.

versité catholique au motif que ses positions «s’oppos[ai]ent nettement à la doctrine catholique» emportait violation de sa liberté d’expression et de religion en ce qu’elle était prise en l’absence de tout réel débat contradictoire⁸⁷⁰. Alors que le professeur enseignait la philosophie du droit depuis plus de vingt ans au bénéfice d’un contrat renouvelé d’année en année dans l’université en cause, il fut subitement écarté du concours après s’y être présenté. L’université avait certes un intérêt garanti par la liberté académique de dispenser un enseignement suivant des convictions religieuses qui lui sont propres, reconnaît la Cour, mais cet intérêt n’allait pas jusqu’à atteindre la «substance même des garanties procédurales» dont devait bénéficier le professeur en vertu de la liberté d’expression⁸⁷¹.

D’une part, la Cour a tenu rigueur à l’université de n’avoir pas indiqué à l’intéressé, ni même évalué, dans quelle mesure les opinions prétendument hétérodoxes qui lui étaient reprochées se reflétaient dans son activité d’enseignement et comment, de ce fait, elles étaient susceptibles de porter atteinte à l’intérêt de l’université consistant à dispenser un enseignement inspiré de ses convictions religieuses propres. La teneur de ces «positions» est restée totalement inconnue, dont la seule mention à cet égard figure dans une lettre de la Congrégation – l’autorité ecclésiastique en charge de donner l’agrément d’engagement – adressée par le recteur au doyen de la faculté de droit. La décision du conseil de faculté de rejeter la candidature n’est étayée par aucune autre motivation que la simple référence au refus d’agrément du Saint-Siège, refus dont le contenu est resté au demeurant secret.

D’autre part, bien qu’il ne relevait pas des juridictions administratives d’examiner la substance de la décision émanant de la Congrégation, la Cour critique la limitation de l’examen par les juridictions internes au fait que le conseil de faculté avait constaté l’existence du refus d’agrément. Or la communication des éléments de ce refus par le conseil de faculté n’aurait nullement impliqué une appréciation de la légitimité des convictions religieuses ou des modalités d’expression de telles convictions quant à la compatibilité entre les positions du requérant et la doctrine catholique. En revanche, elle aurait permis à l’intéressé de connaître et, dès lors, de pouvoir contester l’incompatibilité alléguée entre lesdites opinions et son activité d’enseignant à l’université catholique.

En résumé, c’est la violation du volet *procédural* de l’art. 10 CEDH qui fut en jeu dans cette affaire, l’impossibilité pour le requérant de connaître les raisons précises de la perte de son agrément l’ayant définitivement empêché de se défendre dans le cadre

⁸⁷⁰ CourEDH, arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie* du 20 octobre 2009, 39128/05. Bien que l’affaire ait été jugée sous l’angle de la liberté d’expression, la Cour examine brièvement le grief de la liberté religieuse en appliquant le même raisonnement que celui prévalant sous l’angle de la liberté d’expression (§ 58).

⁸⁷¹ *Ibid.*, § 25 ss.

d'un débat contradictoire⁸⁷². La portée de cet arrêt est importante, mais se limite aux rapports de droit de la fonction publique, l'université en cause ayant un statut de personne morale de droit public. Où l'on observe que si une entreprise de tendance religieuse de droit public peut certes instituer des différences de traitement à l'embauche en vertu de son éthique religieuse, elle ne peut en revanche faire fi d'une justification *a minima* de ce refus, afin de permettre un *débat contradictoire* (c'est l'expression maîtresse de la Cour dans cet arrêt), sous peine de violer la liberté religieuse d'un candidat écarté pour des positions doctrinales prétendument contraires à l'éthique religieuse de l'entreprise.

Si le droit de l'Union européenne et le droit émanant du Conseil de l'Europe sont bien distincts, la Cour de justice de l'UE se réfère à de multiples reprises à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁷³, tandis que cette dernière, dans sa jurisprudence la plus récente, ne s'entrave pas non plus de faire référence à l'art. 4 § 2 directive 2000/78/CE pour l'aider dans sa balance des intérêts⁸⁷⁴. Ces références avouées au droit de l'Union européenne par la Cour européenne des droits de l'homme confirment les entrelacements de plus en plus fréquents des sources juridiques garantissant la liberté religieuse dans les rapports de travail.

Le droit suisse, au contraire des droits européen et anglo-saxons, n'a semble-t-il pas jugé utile d'intégrer une telle exception dans ses lois, bien qu'un célèbre arrêt de principe ait reconnu la notion d'entreprise de tendance à propos d'un licenciement d'un juriste au sein d'un syndicat qui s'avérait être un responsable d'une Église/secte très opposée aux idées socialistes⁸⁷⁵. La doctrine helvétique se réfère aux circonstances concrètes pour déterminer si la discrimination à l'embauche est justifiée ou non dans les entreprises de tendance⁸⁷⁶.

En conclusion, si des exceptions existent bel et bien pour garantir la liberté des entreprises de tendance religieuse de choisir leurs salariés en fonction de leurs convictions, l'ordre juridique ne laisse pas pour autant *blanc-seing* à ces dernières pour abuser de leur droit à l'autonomie.

(iii) Communautarisme religieux au travail et « identité religieuse » de l'entreprise

La question de la communautarisation religieuse de l'entreprise a été détectée par la doctrine il y a fort longtemps déjà. Si la sélection fondée sur les convictions reli-

⁸⁷² Cf. cependant l'opinion dissidente du juge Cabral Barreto.

⁸⁷³ P.ex. CJUE 17 avril 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, C-414/16, § 61.

⁸⁷⁴ CourEDH, arrêt *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie* (GC) du 9 juillet 2013, Rec. 2013-V, § 142; OVERBEEKE, 377 s.

⁸⁷⁵ ATF 130 III 699, c. 4.1.

⁸⁷⁶ CAMASTRAL, 192.

gieuses est justifiée pour les entreprises de tendance, un phénomène plus contestable est en cours, celui d'une discrimination religieuse à l'embauche pour des entreprises n'entrant pas dans la définition canonique de l'entreprise de tendance: «N'est-ce pas là encourager, voire légaliser, le communautarisme?», s'interroge un auteur⁸⁷⁷.

Pour illustrer le rôle positif de l'interdiction de la discrimination religieuse au travail, nous avons beau affirmer un principe de liberté contractuelle, puis en déduire un droit pour chacun de choisir son cocontractant, il ne viendrait pourtant à l'esprit de personne d'en conclure, à l'image de Marcel Planiol, civiliste français du début du XX^e siècle, qu'un «patron a certainement le droit de choisir son personnel et d'éliminer les personnes qui se présentent en quête d'emploi à raison d'une qualité, licite ailleurs, mais qui ne lui plaît pas. Ainsi, on comprendrait qu'un patron désirât composer son personnel uniquement de gens de sa nationalité ou de sa religion, ou qu'il s'appliquât à écarter soigneusement de chez lui toute personne appartenant à une nationalité, à une religion, ou même à une opinion politique déterminée»⁸⁷⁸.

Pour certains le travail est un lieu qui doit permettre le développement de son identité religieuse ou à tout le moins la préservation de ses convictions et pratiques religieuses. Le choix de la profession ne saurait alors entrer en collision avec sa conviction religieuse, et la possibilité de conjuguer ensemble contraintes professionnelles et pratiques religieuses apparaît indispensable. Pour les travailleurs qui souhaitent faire entrer dans la vie professionnelle leurs croyances, voire de «fusionner» leur identité professionnelle et leur identité personnelle, il s'agira de s'insérer dans un collectif d'individus partageant les mêmes croyances afin d'appartenir à un groupe⁸⁷⁹.

Il ne s'agit pas de chanter les louanges d'une diversité religieuse factice dans l'entreprise qui est parfois mise en avant par des grandes compagnies à des fins de marketing (*social washing*), mais de lutter contre la discrimination religieuse à l'embauche dans des entreprises à but lucratif qui ne sont pas des entreprises de tendance⁸⁸⁰. Or la sélection de candidats fondée sur une appartenance religieuse identique à celle de l'employeur, l'on pense en premier lieu aux petits commerces communautaires (épicerie, vente de produits culturels, etc.) conduit à une régression de la lutte contre la discrimination religieuse, l'entreprise invoquant l'«identité religieuse» pour s'exciper de tout reproche anti-discriminatoire.

⁸⁷⁷ GALLOIS, 340.

⁸⁷⁸ Cité in GHESTIN/LOISEAU/SERINET, N 593.

⁸⁷⁹ GALINDO/ZANNAD, 42 et les réf. citées.

⁸⁸⁰ Voir, en France, Défenseur des droits, décision n° MLD-2014-084 du 6 juin 2014 (entreprise «de confession juive affichée» qui refuse d'embaucher des personnes d'origine maghrébine dans sa société située dans un «quartier chaud» en vertu d'un principe de précaution qui commande, selon l'employeur, «d'éviter d'embaucher des personnes qui pourraient se révéler être en réalité des islamistes»).

Cette évolution générale, concomitante à l'entreprise hypermoderne qui se prévaut tous azimuts de ses «valeurs», dévoie substantiellement la définition originelle de l'entreprise de tendance, puisque toute entreprise, au nom de ses prétendues «valeurs» ou de son «identité religieuse», fera valoir une tendance que le droit doit prendre en compte lorsqu'il s'agira de questionner les critères de sélection des candidats à l'embauche et l'étendue du devoir de fidélité des salariés notamment en relation avec l'exercice de leurs droits à la liberté religieuse, à la liberté d'expression et au respect de la vie privée.

Le risque de ce phénomène, s'il n'est pas combattu, est de substituer, ne serait-ce que partiellement, au sein de l'entreprise, à l'identité au travail une identité à (sinon même *par*) la religion, conduisant à une fragmentation de la communauté de travail, la seule qui relie tous les salariés d'une entreprise entre eux, en y introduisant *des* communautés particulières, n'encourageant pas là la diversité et l'altérité au travail⁸⁸¹.

b. Accommodements religieux lors du recrutement ?

En droit public, l'annonce de la vacance paraît dans la feuille officielle de la collectivité ou dans le bulletin des places vacantes sur le site internet de l'administration. Y figurent les exigences attachées au poste, les conditions de rémunération, etc. L'objectif d'une telle procédure est d'assurer la transparence du processus de recrutement et de garantir une possibilité égale d'accès au poste concerné pour les candidats⁸⁸². Le choix du candidat doit se fonder sur des critères objectifs et non-discriminatoires. En particulier, les critères énumérés de l'art. 8 al. 2 Cst., tels que les croyances religieuses du candidat, sont spécialement exclus de l'appréciation conduisant au choix final⁸⁸³.

L'autorité d'engagement bénéficie néanmoins «d'un très large pouvoir d'appréciation» dans le choix des candidats, la seule limite étant l'interdiction de l'arbitraire et de la discrimination, rendant difficile la preuve d'une discrimination fondée sur la religion du candidat⁸⁸⁴.

Dans la fonction publique européenne, dont le recrutement se fait principalement par concours⁸⁸⁵, la Cour de justice des communautés européennes a considéré dans un ar-

⁸⁸¹ Lire Frédéric GÉA, «Communautarisme (religieux) et droit du travail», *Droit social* 2015 661-663.

⁸⁸² MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 574. La Confédération assure l'égalité des chances pour l'accès à la fonction publique entre les *genres* (art. 4 al. 2 let. d LPers), entre les *langues nationales* (art. 4 al. 2 let. e LPers) et aux *handicapés* (art. 4 al. 2 let. f LPers).

⁸⁸³ KEISER, 517.

⁸⁸⁴ ATAF 2010/53, c. 9 et 12.1.

⁸⁸⁵ Le concours au sens premier du terme, c'est-à-dire fondé sur des examens et sur le modèle du fonctionnaire de carrière.

rêt ancien que le principe d'égalité dans le concours sur épreuves⁸⁸⁶ veut que celles-ci aient lieu dans les mêmes conditions pour tous les candidats et que l'intérêt des candidats à ce que les épreuves n'aient pas lieu à une date qui ne leur convient pas en raison d'impératifs d'ordre religieux doit s'apprécier au regard de cette nécessité. Si la candidate avait informé l'autorité de nomination que des impératifs d'ordre religieux, en l'occurrence le premier jour de la fête juive de Chavouot (Pentecôte) pendant laquelle il est interdit de voyager et d'écrire, l'empêchaient de se présenter aux épreuves à certaines dates, l'autorité aurait dû en tenir compte dans la fixation de la date en prenant «toutes mesures raisonnables». Comme elle ne l'a pas fait, l'autorité pouvait à bon droit refuser d'accéder à une telle demande, particulièrement lorsque les autres candidats avaient déjà été convoqués aux épreuves⁸⁸⁷.

Cet arrêt est éloquent sur l'étendue des «mesures raisonnables» exigibles d'un employeur public au stade du recrutement. Dans une procédure d'embauche soumise aux droits fondamentaux et fondée sur le système du concours d'épreuves, laquelle est caractérisée par une stricte observance de l'égalité de traitement, des œillères sont volontairement portées sur les caractéristiques impertinentes du candidat (*sexe, race et croyance* si l'on reprend les trois critères cités par le Statut des fonctionnaires européen querellé dans l'affaire) afin que celles-ci ne viennent pas *polluer* – dans son sens ancien de souiller – la procédure d'embauche par des biais cognitifs indésirables.

Exiger de l'employeur qu'il prenne l'initiative de s'enquérir de certaines informations sur les candidats pour lesquelles il cherche précisément à demeurer dans l'ignorance conduit, bien que l'intention d'accommoder certains candidats à leurs besoins particuliers soit louable, à une autre forme de discrimination envers tous ceux qui ne seront pas intégrés au cercle des bénéficiaires des accommodements, en addition à des difficultés organisationnelles parfois déraisonnables. Dans ce cas, le problème s'en trouve déplacé sans être résolu⁸⁸⁸.

Pour pallier ces écueils tout en évitant ce pis-aller, il suffit simplement d'aborder les croyances dans une approche subjectiviste, déjà consacrée par le droit positif au demeurant, consistant à laisser aux membres de toute minorité religieuse de faire valoir une telle demande en prouvant leur appartenance à telle communauté religieuse et l'existence de telle fête religieuse⁸⁸⁹, et de mettre l'employeur au courant suffisamment tôt, afin que celui-ci puisse prendre des solutions raisonnables d'un point de

⁸⁸⁶ Art. 27 § 2 du Statut des fonctionnaires de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, JO L 45 du 14 juin 1962, p. 1387.

⁸⁸⁷ CJCE 27 octobre 1976, *Vivien Prais c. Conseil des Communautés européennes*, C-130/75, Rec. 01589, § 11 ss.

⁸⁸⁸ Sur la place des accommodements raisonnables en droit du travail, cf. *infra* Chap. 7.

⁸⁸⁹ Cette question a trouvé des réponses satisfaisantes à propos des demandes de congé religieux, cf. *infra* Chap. 5, II, A, 2, b.

vue technique, organisationnel et financier. Ces enseignements devraient être transposables selon nous, *mutatis mutandis*, à des circonstances analogues en droit de la fonction publique suisse.

2. *Discrimination religieuse indirecte*

La discrimination est dite indirecte lorsqu'une mesure ou une pratique, formulée en termes en apparence neutres, aboutit dans les faits à une discrimination parce que ses effets touchent une proportion beaucoup plus élevée de personnes avec certaines croyances religieuses. La distinction d'avec la discrimination directe tient ainsi à la neutralité apparente du critère et à l'effet de celui-ci. La discrimination *indirecte* est encore plus difficile à prouver, car contrairement aux droits européen et états-unien, la protection contre la discrimination indirecte émanant de particuliers est encore *embryonnaire* en droit suisse⁸⁹⁰.

La discrimination religieuse à l'embauche peut ainsi se dissimuler derrière le critère de l'origine *nationale*, *ethnique* ou *culturelle* (**a**), qui prend une acuité particulière lorsqu'il est question des *ressortissants de l'UE/AELE* (**b**), derrière celui des *pratiques religieuses* (**c**) ou encore résulter de l'apparence physique, lorsque le refus d'embauche est par exemple fondé sur le port ostensible de la barbe du candidat et motivé par des convictions religieuses⁸⁹¹.

a. *Origines nationales, culturelles et ethniques*

Des études ont mis en évidence la vulnérabilité particulière des personnes discriminées selon plusieurs marqueurs d'identité combinés, en particulier l'appartenance religieuse, la nationalité et l'origine ethnique. Une récente étude de l'Université de Linz en Autriche a par exemple montré une discrimination à l'embauche en Allemagne à l'égard de postulantes avec des patronymes musulmans ou portant le voile⁸⁹², tandis qu'en France, une étude de l'Institut Montaigne a mis en évidence une discrimination à l'embauche des candidats juifs et musulmans par rapport aux candidats catholiques basée sur l'envoi de CV de candidats fictifs d'origine libanaise dont les candidatures étaient en tous points identiques à l'exception de l'appartenance religieuse⁸⁹³. Le phénomène n'épargne pas non plus la Suisse, les résultats d'une étude ayant montré que nombre de travailleurs musulmans se sentent discriminés dans la recherche d'emplois et au travail⁸⁹⁴.

⁸⁹⁰ PÄRLI, Vertragsfreiheit, N 1256; UEBERSCHLAG, 49 ss; NAGUIB, Verweigerung, *passim*.

⁸⁹¹ Cas jugé en France: Cour d'appel d'Orléans, 21 juin 2007, n° 06/01917, ainsi que Défenseur des droits, décision n° MLD-2013-21 du 22 mars 2013.

⁸⁹² Doris WEICHSELBAUMER, *Discrimination against Female Migrants Wearing Headscarves*, Université de Linz, 2016.

⁸⁹³ Institut Montaigne (étude menée par Marie-Anne VALFORT), *Discriminations religieuses à l'embauche: une réalité*, 2015.

⁸⁹⁴ gfs.bern, *Pilotstudie Diskriminierungserfahrungen Muslime in der Schweiz*, Berne, 2017.

Ces mêmes études admettent dans le même temps la difficulté de savoir quel est l'élément prédominant dans la discrimination engendrée. L'influence directe de l'appartenance religieuse n'a jusqu'à aujourd'hui été que très peu étudiée, notamment parce que les données relevées en matière de marché du travail sont rarement mises en corrélation avec les données sur l'appartenance religieuse. Il est par ailleurs difficile de dire dans quelle mesure l'appartenance religieuse peut être analysée indépendamment de la nationalité et de l'appartenance à une culture étrangère. C'est que la religion n'apparaît pas nécessairement sur le dossier de candidature, ni ne transparaît durant l'entretien d'embauche, à moins que la personne ne porte des signes religieux visibles⁸⁹⁵.

Au moment de l'interprétation des résultats, il est donc difficile de prendre en compte toutes les variables liées au marché du travail et pointer du doigt avec certitude la religion comme première cause de discrimination⁸⁹⁶. À la discrimination fondée sur la religion s'ajoutent souvent celles liées à la nationalité, à la maîtrise de la langue locale ou à l'origine ethnique⁸⁹⁷ : « concrètement, on ne sait pas très bien dans quelle mesure le fait d'en savoir plus sur les obstacles spécifiques auxquels les demandeurs d'emploi musulmans sont confrontés leur permettrait de trouver du travail beaucoup plus facilement »⁸⁹⁸. Les discriminations *raciale*, *ethnique*, *nationale* et *religieuse* entretiennent en définitive des liaisons intimes⁸⁹⁹.

⁸⁹⁵ Une étude de Pierre KOHLER, sous forme de thèse de sciences économiques, semble tout de même montrer, par la dissociation de l'appartenance religieuse de toutes les autres caractéristiques, que la discrimination liée à la religion *s'ajoute* – mais ne se *confond* pas – à la discrimination liée à l'origine. Les résultats sont résumés in « La double discrimination des musulmans sur le marché de l'emploi », *Bulletin de la Commission fédérale contre le racisme (CFR) TANGRAM* 25, Berne, 2010, 93-97. Sur la discrimination multiple, dont la discrimination intersectionnelle, cf. *infra* Chap. 5, V, A, 3.

⁸⁹⁶ Dans ce sens également MÜRER, 175.

⁸⁹⁷ Cf. l'étude de Ganga Jey ARATNAM, *Hochqualifizierte mit Migrationshintergrund. Studie zu möglichen Diskriminierungen auf dem Schweizer Arbeitsmarkt*, Bâle, 2012, résumée et traduite en français in Recommandations de la CFR, *Synthèse de l'étude sur les discriminations possibles sur le marché du travail suisse*, Berne, 2012.

⁸⁹⁸ Rapport du Conseil fédéral sur la situation des musulmans en Suisse, eu égard en particulier à leurs relations plurielles avec les autorités étatiques, en réponse aux postulats 09.4027 Amacker-Amann du 30 novembre 2009, 09.4037 Leuenberger du 2 décembre 2009 et 10.318 Malama du 1^{er} mars 2010, Berne, 2013, 56.

⁸⁹⁹ Lire à ce sujet Alexandra CAPLAZI/Tarek NAGUIB, « Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit », *Jusletter* 7 février 2005, ainsi que les décisions des organes onusiens : CERD, Opinion du 26 août 1999 sur la communication n° 6/1995, CERD/C/55/D/6/1995 (ingénieur dans la brigade des sapeurs-pompiers de la Nouvelle-Galles du Sud d'origine pakistanaise se disant victime de discrimination raciale au travail) ; Décision du 19 mars 2003 sur la communication n° 25/2002, CERD/C/62/D/25/2002 ; Décision du 19 août 2003 sur la communication n° 28/2003, CERD/C/D/28/2003 (annonce d'emploi recherchant un « contremaître danois » ; communication *irrecevable*).

Les normes juridiques qui interdisent la discrimination fondée sur la *race*, l'*ethnie* ou l'*origine nationale* associent également la religion à ce groupement de critères prohibés⁹⁰⁰. Les législateurs justifient le choix d'une répression pénale associant ces critères par l'impossibilité pour un être humain de renoncer à ses origines ou à son appartenance ethnique, pas plus qu'il ne peut renier aussi simplement ses convictions religieuses, qui sont parfois indissociables de son identité⁹⁰¹. La religion n'est pas considérée en droit comme un simple vêtement détachable; et si l'on devait se résigner à contraindre une personne victime d'hostilités permanentes de changer de religion, ce semblant de solution serait contraire au principe de la liberté religieuse⁹⁰². Dès lors tiendra-t-on compte de la discrimination fondée sur la race, l'ethnie ou l'origine nationale, si et pour autant qu'on peut raisonnablement admettre que le discriminateur, derrière l'un de ces critères, y a associé – sciemment ou non – une religion et que cet amalgame peut être considéré comme commun dans l'imaginaire collectif⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Les instruments de protection internationale et nationale des droits fondamentaux distinguent habituellement, tout en les citant côte à côte, la *race*, l'*ethnie*, la *nationalité* et l'*appartenance religieuse* dans leur liste de critères prohibés (cf. art. 26 Pacte ONU II, 14 CEDH, 8 al. 2 Cst.), et des considérations qui sont propres à chacune d'entre elles interviennent dans l'analyse de la justification, mais l'on peut dire qu'ils font tous l'objet d'un traitement juridique qualitatif renforcé et s'additionnent parfois dans un même état de fait et de droit, nous autorisant en conséquence l'analogie lorsqu'elle se justifie. Le TF a eu l'occasion de l'expliquer dans un arrêt du 1^{er} novembre 2010, 6B_361/2010, c. 4.4.1: «Si [...] l'art. 261^{bis} CP sanctionne également la discrimination fondée sur l'appartenance religieuse, respectivement la religion, ce critère a été retenu parce qu'il ne sortait pas du cadre d'une répression pénale fondée sur la discrimination raciale. On doit, en effet, considérer le lien existant fréquemment entre l'origine ethnique, voire nationale, et la religion». Sur les liens entre race, ethnie, origine nationale et religion, cf. EDEL, 130 ss, et arrêts cités, p.ex. CourEDH, arrêts *Timichev c. Russie* du 13 décembre 2005, 55762/00, § 55 s. et CourEDH, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* (GC) du 22 décembre 2009, 27996/06 et 34836/06, § 43: «L'origine ethnique et la race sont des concepts apparentés. Tandis que la notion de race prend racine dans l'idée d'une classification biologique des êtres humains en sous-espèces sur la base de caractéristiques morphologiques, telles que la couleur de la peau ou les traits faciaux, l'origine ethnique procède de l'idée que les groupes sociétaux sont marqués notamment par une communauté de nationalité, de *foi religieuse* [nous soulignons], de langue, d'origine culturelle et traditionnelle et de milieu de vie. La discrimination fondée sur l'origine ethnique d'une personne constitue une forme de discrimination raciale [...]». Voir aussi dans ce sens KÄLIN/KÜNZLI, N 11.72 ss. Il faut prendre garde cependant à ne pas amalgamer à l'excès ces notions qui doivent être traités différemment de certains points de vue: il y a une différence fondamentale entre le droit d'exprimer des critiques à l'égard de croyances ou dogmes religieux («opinion sur les religions») et les préjugés propos haineux à l'égard de groupes religieux, ethniques ou ethno-religieux, GAUDU, Religion, 66; cf. à ce propos Anne-Marie LE POURHIEU, «Judiciarisation et discrimination», in *La société au risque de la judiciarisation*, Fondation pour l'innovation politique, Lexis Nexis, 2008.

⁹⁰¹ Sur ce sujet, cf. *infra* Chap. 7, III, C, 1, d.

⁹⁰² Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal du 2 mars 1992, FF 1992 III 265, 308.

⁹⁰³ Les normes anti-discriminatoires évoquent souvent l'appartenance «vraie ou supposée» à une religion (cf. p.ex. art. 225-2 3^o du Code pénal français).

Le droit pénal français s'intéresse à la seule causalité *certaine*, sans que le motif religieux justifiant le refus d'embauche ne soit *exclusif*. Par conséquent, si le motif religieux d'une décision défavorable à un salarié est *avéré*, peu importe l'existence de motifs discriminants *concurrents*⁹⁰⁴. Une partie de la doctrine a souligné que dans ce contexte, la répression serait discutable; selon eux, en cas de pluralité de causes justifiant une décision défavorable, le motif religieux ne devrait être répréhensible que s'il n'est essentiel et déterminant⁹⁰⁵.

En 2005, le Tribunal des prud'hommes de Lausanne a jugé illicite le refus d'un établissement médico-social (EMS) d'embaucher une aide-infirmière au motif que sa couleur de peau noire pouvait faire peur à certains résidents lors des veilles nocturnes⁹⁰⁶. L'employeur plaidait que le critère éliminatoire appliqué était objectif en raison du profil de certains résidents de cet établissement: «ils auraient une éducation ancrée dans le passé et ne seraient ainsi pas habitués à côtoyer des personnes de couleur. Ces résidents pourraient être pris de crises de panique à la vue de la demanderesse pendant la nuit. Cela serait d'autant plus problématique que la veilleuse de nuit est seule pendant une partie de la nuit»⁹⁰⁷. Cette thèse n'a pas convaincu le tribunal, jugée improbable.

L'année suivante, l'Arbeitsgericht de Zurich a eu à juger l'affaire d'une entreprise de nettoyage ayant signalé à l'Office régional de placement (ORP) un poste de nettoyage vacant à temps partiel, en précisant qu'en raison de la clientèle et du profil de l'entreprise, elle ne voulait pas de «personnes originaires des Balkans». Sur proposition de sa conseillère ORP, la candidate à l'embauche, une Suisseuse d'origine macédonienne, s'est adressée à l'entreprise de nettoyage. La notification par l'ORP à l'employeur de l'intérêt de la travailleuse pour le poste en question est incontestée. Dans un courriel, l'employeur a informé l'ORP: «Nous n'embauchons pas de personnes originaires des Balkans et mon entreprise ne tolère pas de telles personnes, pas plus que l'ensemble de la Suisse! [...] Les foulards, les musulmans, etc. n'ont pas leur place ici! [...] Ça m'énerve que vous ne puissiez pas lire que nous n'embauchons pas de foulards [...]» (libre traduction)⁹⁰⁸.

L'Arbeitsgericht précise que la seule crainte d'accepter une perte de clientèle n'est pas suffisante pour refuser un emploi en raison de la religion ou de l'origine ethnique du

⁹⁰⁴ Cass., 18 janvier 1994, n° 92-84.337, où la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'Orléans d'avoir retenu, sans mieux s'en expliquer, une relation de causalité entre la mesure critiquée et l'appartenance syndicale ou l'activité syndicale de l'intéressé, et sans répondre aux conclusions de l'appelant qui se prévalait de l'incapacité du salarié à utiliser un transpalette électrique.

⁹⁰⁵ GALLOIS, 335.

⁹⁰⁶ TPH Lausanne 1^{er} juin 2005, JAR 2006 531.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, c. Bb.

⁹⁰⁸ ArbG ZH 13 janvier 2006, JAR 2007 509.

demandeur d'emploi, «à moins que l'employeur puisse prouver une *perte significative de clientèle* [*«erheblichen Kundenverlust»*], ce qui constituerait une raison factuelle de ne pas l'employer» (c. 5.4/b). De plus, le fait que la demanderesse n'était même pas musulmane n'y change rien, l'employeur ayant amalgamé, en usant de propos *méprisables*, l'origine ethnique, l'origine nationale et la religion.

Le refus d'embaucher une personne au motif que son appartenance religieuse conduirait à une baisse du chiffre d'affaires à cause des souhaits d'une partie de la clientèle est à notre avis douteux, bien que l'Arbeitsgericht de Zurich semble entrer en matière dans l'hypothèse où l'employeur réussit à prouver une perte considérable de la clientèle en embauchant une personne membre d'une certaine appartenance religieuse. Dans l'affaire lausannoise, le Tribunal des prud'hommes s'est fondé sur les témoignages pour affirmer «qu'en cas de conflit au sujet de la couleur de peau d'un soignant, la solution consiste à en discuter avec le résident réticent ou, dans les cas extrêmes, à demander à un autre soignant de le remplacer». Il fait ainsi pièce aux «obstacles» à l'exécution du travail que constituerait l'engagement d'une personne de couleur de peau noire, «la discussion [étant] une alternative et la présentation du personnel soignant – même s'il est blanc d'ailleurs – constitu[ant] un moyen efficace d'éviter des éventuelles réactions de panique, tant redoutées par la défenderesse».

Il en irait de même si les stéréotypes venaient de collègues au lieu de clients, la Cour européenne des droits de l'homme ayant déjà eu l'occasion de préciser, s'agissant de l'interdiction de recruter un militaire en raison de son homosexualité, que les vues du personnel militaire reposant uniquement sur les attitudes négatives des militaires hétérosexuels envers ceux ayant des préférences homosexuelles ne sont pas une justification suffisante de l'interdiction, pas plus qu'elles ne le seraient si elles visaient des «personnes de race, origine ou couleur [et de religion osons-nous ajouter] différentes»⁹⁰⁹.

Se dessine une tendance jurisprudentielle nette, en Suisse comme en Europe, s'échignant à faire pièce à l'argument selon lequel le refus de la clientèle de recevoir un salarié d'une certaine religion constitue une exigence essentielle et déterminante pour l'employeur⁹¹⁰. L'employeur ne saurait se cacher derrière des préjugés d'une partie de sa clientèle pour justifier une discrimination à l'embauche fondée sur la religion, puisque ce faisant, il reprendrait à son compte les préjugés qui existent au sein de la société. C'est aussi de cette manière que l'interdiction de la discrimination et la liberté religieuse peuvent être réalisées dans les relations qui lient les particuliers entre eux

⁹⁰⁹ CourEDH, arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 28 septembre 1999, Rec. 1999-VI, § 97.

⁹¹⁰ La CJUE, dans ses arrêts *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15 et *Bouagnaoui et ADDH c. Micropole SA*, C-188/15, rendus tous deux le 14 mars 2017, a adopté une position médiane qui, sans remettre en cause la possibilité de politique interne de neutralité, n'en autorise pas pour autant une politique par trop générale. Cf. *infra* Chap. 5, V, D, 1.

(cf. art. 35 al. 3 Cst.), par le truchement de l'art. 28 CC dans les rapports précontractuels de travail et de l'art. 328 CO durant les rapports de travail.

b. Nationalité des ressortissants européens et leur religion supposée ou réelle

Traditionnellement, la nationalité suisse était aussi une condition d'engagement dans la fonction publique. La situation a considérablement évolué avec l'accord sur la libre circulation des personnes, conclue entre la Suisse et l'Union européenne et ses États membres, qui interdit la discrimination entre les ressortissants d'une partie contractante et les nationaux (art. 2 ALCP)⁹¹¹. L'art. 9 § 4 Annexe I ALCP précise la portée du principe de non-discrimination, qui s'applique notamment dans l'accès à l'emploi pour les travailleurs salariés non nationaux ressortissants de l'UE/AELE⁹¹².

La mention de cette norme proscrivant expressément l'interdiction de la discrimination – et produisant un effet horizontal en s'adressant aussi à tout employeur privé⁹¹³ – mérite une brève mention, car l'offre d'emploi excluant tout ressortissant d'un certain État membre partie contractante à l'ALCP peut dissimuler, derrière le critère de la nationalité, une discrimination religieuse, en fonction de la religion majoritairement pratiquée dans l'État exclu par l'offre d'emploi.

Une exception est certes prévue pour les emplois dans l'administration publique liés à l'exercice de la puissance publique et destinés à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou d'autres collectivités publiques, mais dans ce cas l'accès audit emploi ne saurait exclure certaines nationalités en particulier (art. 10 Annexe I ALCP)⁹¹⁴. Dans la mesure où ils justifient la nationalité suisse mais n'excluent pas une nationalité en particulier, ces postes ne posent pas de problème de discrimination religieuse⁹¹⁵.

⁹¹¹ TF 15 janvier 2019, 4A_215/2017 et 4A_230/2018. Le droit européen prévoit une règle similaire à l'art. 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE 2012/C 326/01 du 26 octobre 2012, 47.

⁹¹² En droit européen, la libre circulation des travailleurs interdit également toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail (art. 45 ch. 2 TFUE). Lire Jean-Philippe LHERNOULD, «Non-discrimination en raison de la nationalité en matière sociale», *Droit social* 2011 694-703, qui qualifie la nationalité de «critère un peu poussé» dans le contexte européen.

⁹¹³ BOILLET, 238. L'effet horizontal direct de l'art. 9 § 1 ALCP est en revanche discuté, TF 15 janvier 2019, 4A_215/2017, c. 5.2-5.3 et 4A_230/2018, c. 2.5.

⁹¹⁴ Cf. art. 45 ch. 4 TFUE prévoyant une exception similaire pour les emplois dans l'administration publique, notion s'interprétant restrictivement selon HANGARTNER, *Anstellung*, 41 s. Le droit suisse limite l'accès à certains emplois impliquant l'exercice de la puissance publique pour les citoyens ayant la nationalité suisse, voire n'ayant que la nationalité suisse (en droit de la fonction publique fédérale, cf. art. 8 al. 3 LPers et la liste des postes exigibles à l'art. 23 OPers).

⁹¹⁵ En droit de la fonction publique cantonale, cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 578.

À l'inverse, il se peut qu'un employeur soit à la recherche de personnel religieux spécifique dans une entreprise de tendance qui discrimine indirectement certains travailleurs européens. Admettons qu'une école publique recherche un enseignant pour le cours optionnel de théologie protestante, financé et dispensé par l'Église évangélique réformée cantonale. Cette dernière exigera la formation théologique idoine et correspondant à la doctrine de l'Église en charge du cours. Si c'est une Église réformée, les candidatures venant d'Allemagne et de Scandinavie, où le courant luthérien domine, auront plus de chances d'être écartées⁹¹⁶. Cette discrimination indirecte est cependant objectivement et raisonnablement justifiée par la nature du poste à pourvoir, qui fait de la religion une exigence professionnelle essentielle.

c. Différencier les croyances des pratiques religieuses ?

Nous avons relevé les problèmes méthodologiques et théoriques expliquant pourquoi les études empiriques qui s'intéressent à la causalité entre religion et discrimination sur le marché du travail font preuve d'une grande prudence. Une autre raison pouvant expliquer la discrimination tient à ce que la religion est tantôt invisible – et amalgamée avec l'origine nationale et/ou ethnique –, tantôt ostensiblement affichée, et donc *déteçtable*. Dans cette dernière hypothèse la discrimination peut alors être due à l'appartenance religieuse ou, dans certains cas, à la *pratique religieuse volontairement affichée*.

L'employeur pourrait alors être tenté d'exciper de difficultés hypothétiques dans l'exécution du travail ou de perturbations tout aussi hypothétiques dans l'organisation du travail pour ne pas embaucher un candidat affichant ostensiblement sa religion, mais le peut-il sans simultanément se rendre coupable d'une discrimination pour des motifs religieux ? Le droit américain, qui va nous servir de premier point de réflexion, ne l'entend pas de cette oreille.

La Cour suprême des États-Unis a jugé que le refus d'embaucher une femme musulmane portant le voile (*hijab*) pour un poste de vendeuse dans un magasin de prêt-à-porter au motif que cela contrevenait au code vestimentaire de l'entreprise, lequel interdisait le port de couvre-chefs (« *caps* »), était une discrimination illicite⁹¹⁷. Cette décision, fortement protectrice de la liberté religieuse, s'explique par l'approche dite des accommodements religieux (*religious accommodations*) consacrée aux États-Unis et au Canada qu'on ne retrouve pas dans la culture juridique continentale. Le droit fédéral américain, tel qu'interprété par la Cour suprême, exige du candidat à l'embauche qu'il prouve seulement que la religion était un facteur déterminant (*motivational factor*) dans la décision de l'employeur, mais pas que ce dernier fût au cou-

⁹¹⁶ Exemple tiré d'EPINEY, 70 s.

⁹¹⁷ SCOTUS, *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U.S. 768 (2015).

rant d'un tel besoin d'accommodement⁹¹⁸. De plus, la loi inclut dans la définition de la religion les *pratiques* qui s'y rapportent⁹¹⁹. La Cour suprême use de l'exemple hypothétique suivant pour illustrer son raisonnement: un employeur pense – sans en être certain – qu'un candidat à l'embauche peut être un juif orthodoxe observant shabbat et ne pouvant travailler les samedis. Si le candidat a effectivement besoin d'un tel accommodement et que l'employeur refuse de l'embaucher en vue d'éviter un tel accommodement, il se rend coupable de discrimination religieuse à l'embauche.

Ce jugement a pu pousser des employeurs à informer spontanément les candidats à l'embauche de politiques d'entreprise susceptibles d'entrer en collision avec les pratiques religieuses de certains candidats, mais a surtout facilité la charge de la preuve d'une discrimination religieuse à l'embauche⁹²⁰. Le droit américain a clairement adopté le point de vue selon lequel les pratiques religieuses sont indissociables des croyances qui les commandent, avec une interdiction de l'employeur d'écarter une candidature par la crainte de devoir mettre sur pied des accommodements religieux qui ne constituent pas une contrainte excessive (*undue hardship*)⁹²¹.

La difficulté de dissocier l'adhésion à un dogme de sa mise en œuvre concrète ressort des cas étudiés jusqu'ici. En Suisse, bien que la jurisprudence n'ait pas encore été confrontée à de tels cas de figure, l'employeur serait légitimé à refuser d'embaucher un travailleur *uniquement* si sa piété extrême est *hautement* susceptible d'entrer en collision avec ses obligations professionnelles les plus élémentaires ou risque *très concrètement* de perturber de manière *excessive* l'exécution du travail ou l'organisation du travail et que cette difficile conciliation est avérée durant le processus d'embauche. Un employeur pourra, sans se rendre coupable de discrimination, éconduire un candidat à un poste de boucher annonçant d'emblée son refus d'entrer en contact avec de la viande de porc en raison de ses croyances religieuses ou rejeter la candidature d'une personne à un poste de vendeur à temps partiel qui sera appelé à travailler parfois les samedis et qui dit respecter scrupuleusement le sabbat. En revanche et par analogie avec la jurisprudence rendue à propos de la discrimination sexuelle à l'embauche, un employeur ne peut pas justifier la mise à l'écart des personnes d'une religion particulière pour des motifs liés aux difficultés d'*intégration dans une équipe* ou parce qu'elle ne correspondrait pas aux *souhaits de la clientèle*⁹²².

⁹¹⁸ Title VII of the *Civil Rights Act* of 1964 (42 U.S. C. § 2000e-2, spéc. § 2000e-2(a)1). Lire James M. OLESKE JR., «Federalism, Free Exercise, and Title VII: Reconsidering Reasonable Accommodation», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2004 (6) 525-572.

⁹¹⁹ 42 U.S. C. § 2000e-2(j).

⁹²⁰ KING, 334.

⁹²¹ Sur la notion des accommodements raisonnables en droit américain, lire BRIBOSIA/RINGELHEIM/RORIVE, 325 ss.

⁹²² LEMPEN, Commentaire LEG, art. 3 N 18, et les réf. citées. Le plaignant pourra alors invoquer l'art. 28 CC pour réclamer une indemnité, cf. *infra* Chap. 4, III, A, 2.

II. La religion lors de l'entretien d'embauche

Après la première sélection d'un certain nombre de candidats, la phase d'embauche se caractérise généralement par un entretien, durant lequel des *questions sur les croyances et pratiques religieuses* du candidat peuvent être posées (A), avec la possibilité laissée aux parties d'ériger celles-ci en *point essentiel* du contrat (B), cependant que des limites ont été posées par le droit à la *négociation de clauses religieuses* (C).

A. Questions religieuses à l'entretien d'embauche

Les questions religieuses à l'entretien peuvent entrer en collision avec la protection de la personnalité du travailleur, laquelle s'applique déjà pendant les pourparlers précontractuels⁹²³. Le Tribunal fédéral a affirmé que l'employeur n'était pas en droit de poser des questions au sujet de la situation personnelle du candidat à l'embauche sans rapport avec le travail pour lequel il se présentait⁹²⁴. Les questions posées doivent être directement liées aux rapports de travail, c'est-à-dire celles qui sont indispensables à la conclusion et à l'exécution du contrat de travail et celles qui se rapportent directement à la manière dont la personne concernée remplit ses obligations dans la relation de travail.

L'art. 328b CO, entré en vigueur simultanément à la loi sur la protection des données, est venu en complément de la protection générale de la personnalité du travailleur s'agissant du traitement des *données personnelles* de ce dernier⁹²⁵. D'ailleurs, lorsqu'une telle problématique est en jeu, le travailleur pourra invoquer indifféremment l'art. 328 ou 328b CO, voire les deux conjointement⁹²⁶.

Par données personnelles, la loi entend tous les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD). Il s'agit, dans les rapports de travail, de tous renseignements, indications ou notes concernant la personne du travailleur, et qui portent tant sur sa vie privée que sur sa vie professionnelle⁹²⁷. Il s'agit en particulier de ce que la loi définit comme «données sensibles», où l'on retrouve les *opinions ou activités religieuses et philosophiques* (art. 3 let. c ch. 1 LPD) mais aussi

⁹²³ Selon l'arrêt du TPH Lausanne du 1^{er} juin 2005, JAR 2006 531, il s'applique dès l'entretien d'embauche. Dans le même sens BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 320 N 1; WITZIG, Droit du travail, N 335 s. L'Arbeitsgericht de Zurich laisse la question ouverte dans son arrêt du 13 juin 2006, c. 5.1, JAR 2007 509. *Contra* WYLER/HEINZER, 84.

⁹²⁴ TF 30 juin 2008, 2C_103/2008, c. 6.2.

⁹²⁵ Sur la portée de cette disposition dans les rapports de travail, cf. DUNAND/RAEDLER, Commentaire du contrat de travail, art. 328b N 4, et les réf. citées.

⁹²⁶ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328b N 1.

⁹²⁷ *Ibid.*, art. 328b N 4.

la *sphère intime* (ch. 2), au point que la *prise de renseignements* sur ces données peut s'avérer problématique (1), créant prétoriennement un *droit de mensonge* du candidat face à une question illicite (2), lorsqu'il n'est pas tenu lui-même de *révéler spontanément* certaines informations relatives à ses croyances ou pratiques religieuses (3).

1. *Prise de renseignements sur la religion du candidat*

Les seules prises de renseignement admissibles de la part d'un employeur sont celles qui portent sur l'aptitude du travailleur à exercer l'emploi. Cette prise de renseignements peut être faite par des *investigations* de l'employeur (a) ou par des *questions* posées directement au candidat (b).

a. *Enquête de l'employeur sur la religion du candidat*

L'employeur ne peut pas procéder à des enquêtes détaillées sur la vie personnelle du candidat, notamment en recourant à des sociétés spécialisées dans la prise d'informations sur les candidats à l'emploi ou en guignant des informations sur les réseaux sociaux (pratique dite du *screening*)⁹²⁸.

L'employeur confronté à des informations facilement accessibles ne peut les utiliser que dans la mesure où elles ont un lien avec l'activité professionnelle et qu'elles ont été mises volontairement à la disposition du public par le candidat (*cf.* art. 12 al. 3 LPD)⁹²⁹. Une Église ne serait pas fondée à se renseigner sur l'état civil d'un sacristain en se renseignant sur les réseaux sociaux, ce dernier n'exécutant qu'une mission d'intendance, quand bien même est-il associé à l'image de son employeur de tendance. En revanche, un employeur de tendance pourrait licitement se renseigner sur les activités et les prises de position publiques d'un travailleur destiné à incarner et promouvoir la doctrine d'une organisation religieuse⁹³⁰.

On ne peut pas en revanche considérer qu'une personne a voulu rendre accessibles à tous les informations communiquées par la mise en ligne de son profil sur un réseau social réservé aux « amis », tel que Facebook, qui permet d'afficher ses croyances religieuses, contrairement à un réseau professionnel tel que LinkedIn⁹³¹. La *googlelisation* est discutable, car dans une telle recherche, il est pratiquement impossible de trier les informations de façon à ne tenir compte que des données dont le traitement est autorisé par l'art. 328b CO⁹³².

⁹²⁸ Cf. TAF, A-3144/2008 du 27 mai 2009, c. 9.3.5.

⁹²⁹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 320 N 7.

⁹³⁰ Dans le même sens SUBILIA/DUC, art. 328b CO N 14.

⁹³¹ LEMPEN, Protection des données, 282.

⁹³² URS, N 79.

b. Droit de l'employeur de poser des questions en lien avec la religion

Par questions sur l'«aptitude» à l'emploi, il ne s'agit pas que des aptitudes purement professionnelles, attestées par la formation ou l'expérience du candidat, mais, plus largement, des qualités de la personne au regard du travail, lesquelles peuvent inclure le «caractère du candidat, sa vision du monde ou ses ambitions»⁹³³.

Des questions relatives à une éventuelle séropositivité, aux opinions politiques, à la volonté future d'avoir des enfants, à la situation familiale, au cercle d'amis du candidat ou à ses *croyances religieuses* sont au contraire inadmissibles⁹³⁴. La demande d'extrait du casier judiciaire n'est légitime que si le poste envisagé requiert une confiance particulière en son titulaire (aspects financiers, professions réglementées, etc.)⁹³⁵. De même, les questions portant sur les pratiques religieuses sont également illicites, quand bien même sont-elles susceptibles d'influencer quelque peu le fonctionnement habituel de l'entreprise, l'employeur n'étant pas fondé à imposer une neutralité invisibilisant toute expression religieuse dans la communauté des travailleurs⁹³⁶.

Par égard pour les autres salariés ou pour des raisons de sécurité, l'employeur peut interroger le candidat à l'emploi sur une éventuelle dépendance envers l'alcool ou la drogue⁹³⁷. Mais la question peut se justifier également à notre sens dans les entreprises de tendance religieuse dont l'éthique prohibe la consommation d'alcool.

Lorsque l'employeur est une entreprise de tendance *et* que le poste en question vise à promouvoir la mission religieuse (la doctrine alémanique parle de *Tendenzträger*), l'employeur est en droit de poser des questions sur les croyances religieuses du candidat, sur son état civil ou sa sphère privée⁹³⁸. Des questions normalement illicites dans des entreprises se révèlent ici légitimes. Mais même une entreprise à tendance religieuse n'est pas fondée à poser n'importe quelle question sur la religion. Celles-ci doivent être dans un rapport de *fonctionnalité* avec le travail à accomplir, la position au sein de l'entreprise de tendance, ainsi que la mission de l'employeur⁹³⁹. Des questions en relation avec les croyances religieuses du candidat sont admissibles lorsqu'il s'agit de recruter le porte-parole d'une Église⁹⁴⁰.

⁹³³ CR CO I-AUBERT 2012, art. 328b N 3.

⁹³⁴ TF 30 juin 2008, 2C_103/2008, c. 6.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328b N 10.

⁹³⁵ WITZIG, Droit du travail, N 337.

⁹³⁶ Dans ce sens BÜCHLER, 436.

⁹³⁷ CR CO I-AUBERT 2012, art. 328b N 7.

⁹³⁸ ZK-STAEHELIN, art. 320 N 36; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 320 N 36; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328b N 5; CHAIX, 198.

⁹³⁹ WYLER/HEINZER, 413.

⁹⁴⁰ DUNAND/RAEDLER, Commentaire du contrat de travail, art. 328b N 62. *Contra* PELLEGRINI, 151, qui va plus loin en refusant l'admissibilité de questions portant sur la vie privée, même pour les entreprises de tendance.

La postulation auprès d'une paroisse pour un poste de concierge et sacristain n'autorise pas des questions sur l'appartenance religieuse de l'épouse du candidat, le travail en question étant de nature *intendante* et sans rapport quelconque avec l'exécution de la mission religieuse de l'employeur. Lors d'une procédure de conciliation devant l'Office de conciliation du canton de Zurich, le tribunal a proposé de solder le litige par le versement d'une indemnité équivalent à un mois de salaire. Les questions relatives à la confession de sa femme, en l'occurrence chrétienne mais appartenant à une Église libre, a constitué un obstacle à l'engagement du candidat sacristain. Les questions posées ont cependant eu l'avantage de permettre au requérant d'arrimer sa prétention sur la loi sur l'égalité entre les sexes, au motif que le rejet de sa candidature était fondée sur une discrimination indirecte fondée sur le sexe car liée à sa *situation familiale*, critère expressément réprouvé à l'art. 3 al. 1 LEg⁹⁴¹.

2. *Droit du candidat de ne pas y répondre – et de mentir*

Le travailleur doit répondre la vérité à une question légitime (*Wahrheitspflicht*). S'il ment à une question *légitime* portant sur ses croyances ou pratiques religieuses, l'employeur est en droit d'invalider le contrat pour vice du consentement⁹⁴². En revanche, si des questions illicites sont posées, le candidat a le droit de ne pas y répondre, sans que son silence ne lui porte préjudice pour l'embauche⁹⁴³. Le silence du candidat sur une question de l'employeur qui empêche de manière *illicite* dans sa sphère privée ne constitue pas une renonciation valable à l'exercice ultérieur de sa liberté religieuse⁹⁴⁴.

Le candidat peut encore protester énergiquement en arguant de l'illicéité de la question posée et en se réservant l'utilisation de toute voie de droit, mais cette solution est aussi inefficace pour protéger le candidat à l'embauche que celle consistant à s'emmuérer dans le silence face à une question illicite⁹⁴⁵.

Face à l'irréalisme de cette solution, qui conduira l'employeur à ne pas embaucher le candidat refusant de répondre à des questions illicites, la doctrine – désormais quasi unanime – a progressivement reconnu que le candidat, placé contre son gré dans un état de nécessité (*cf.* art. 52 CO), était en droit de mentir, mensonge rendu nécessaire pour préserver ses chances d'être embauché (*Notwehrrecht der Lüge*)⁹⁴⁶. Il en résulte que l'employeur, s'il apprend la vérité, ne peut ni se prévaloir de cette découverte pour

⁹⁴¹ Résumé sur <www.gleichstellungsgesetz.ch/ZH> Fall 142.

⁹⁴² ATF 132 II 161, c.4.2, RDAF 2007 I 567 (rés.); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 320 N 10; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 320 N 8.

⁹⁴³ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 320 N 9.

⁹⁴⁴ GLOOR, Kopftuch, 10; HOEVELS, 181.

⁹⁴⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 320 N 14.

⁹⁴⁶ WITZIG, Droit du travail, N 338; WYLER/HEINZER, 414; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328b N 19; CR CO I-MEIER, art. 320 N 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 320 N 42; ZK-STAEHELIN, art. 320 N 39. *Contra* SUBILIA/DUC, art. 320 N 10.

rompre les pourparlers, ni se prévaloir d'un vice du consentement pour faire annuler le contrat, ni s'en servir pour licencier le travailleur, sauf à commettre un abus⁹⁴⁷.

3. *Devoir de renseigner spontanément sur ses croyances et pratiques religieuses*

Le candidat à l'embauche doit renseigner l'employeur sur tout élément susceptible d'affecter sa capacité de travail (*Offenbarungspflicht*)⁹⁴⁸. L'étendue de ce devoir, déduit de la bonne foi dans les affaires⁹⁴⁹, est discuté dans la jurisprudence et la doctrine. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a considéré qu'il s'étendait aux «faits qui rendent son engagement (absolument) inadéquat et ceux qui excluent ou empêchent très sérieusement l'exécution correcte du contrat»⁹⁵⁰. La jurisprudence cantonale récente semble plus encline à admettre que seuls les faits connus du travailleur ou devant être connus qui le rendent *absolument* inapte à exercer le travail pour lequel il postule doivent être communiqués à l'employeur⁹⁵¹.

L'étendue du devoir d'information spontanée sur les pratiques et croyances religieuses lors des discussions précontractuelles est déterminée par la bonne foi, critère adapté car modulable selon la profession, l'entreprise, le poste et la position en question.

Le travailleur peut-il garder secrètes ses convictions religieuses lorsqu'elles n'ont pas d'incidence sur sa prestation de travail? Et si tel n'est pas le cas, dans quelle mesure doit-il l'annoncer spontanément à l'employeur? Un candidat à un poste de de boucher doit s'attendre à couper de la viande, et doit faire preuve d'un certain réalisme dans les tâches qu'il pourrait être amené à exécuter en vertu de son cahier des charges⁹⁵². Le critère idoine se niche selon nous dans la *prévisibilité* des tâches à exécuter et leur risque d'entrer en contrariété avec les croyances et pratiques religieuses du candidat à l'embauche. L'exigence de révélation spontanée sera donc sévère dans les entreprises de tendance, où l'on est en droit d'attendre du candidat qu'il annonce les éléments susceptibles d'entrer en contradiction avec l'éthique de l'entreprise⁹⁵³.

⁹⁴⁷ WITZIG, Droit du travail, N338.

⁹⁴⁸ PORTMANN/WILDHABER, N79; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328b N 11.

⁹⁴⁹ Et non d'une application anticipée – et erronée – du devoir de fidélité du *travailleur* (art. 321a CO).

⁹⁵⁰ ATF 132 II 161, c.4.2, RDAF2007 I 567 (rés.). Le TF, dans un arrêt du 6 mai 2019, 4A_594/2018, c.5.1.2, a dit qu'une candidate à l'embauche n'a aucune obligation d'annoncer sa grossesse à un futur employeur lors de la phase précontractuelle sauf circonstances particulières liées à la bonne exécution de l'activité proposée.

⁹⁵¹ Comp. Gewerbegericht ZH 23 janvier 1974, JAR 1980 275; OGer LU 15 avril 2002, JAR 2003 165 et Kantonsgericht SG 26 octobre 2009, JAR 2010 578. Dans ce sens également BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 320 N 32.

⁹⁵² En cas de conflit de conscience à la suite d'une conversion religieuse ou d'une modification du cahier des charges, cf. *infra* Chap. 5, I, B, 4, b.

⁹⁵³ CAMASTRAL, 207.

Sans qu'il soit certain que ceci fasse partie intégrante du volet interne de la liberté religieuse – certains auteurs le rattachant au volet négatif –, un individu a le droit de ne pas être obligé de faire état de ses convictions religieuses et de ne pas être contraint d'adopter un comportement duquel on pourrait déduire qu'il a – ou n'a pas – de telles convictions, ce qui implique que qu'un travailleur ou candidat à l'embauche ne devrait pas être contraint, directement ou par des moyens détournés, de dévoiler ses convictions religieuses⁹⁵⁴, sauf si la révélation fait naître des droits, tels que celui pour un travailleur de s'absenter du travail pour participer à des fêtes religieuses et devant préalablement rendre vraisemblables ses croyances⁹⁵⁵.

En résumé, le candidat pieux au point d'avoir de nombreux impératifs religieux susceptibles de perturber *sérieusement* l'exécution de son travail – pensons par exemple à un sikh pour lequel il est inenvisageable de retirer son turban sur un chantier de construction ou un juif respectant scrupuleusement le shabbat alors que son travail l'y obligerait fréquemment⁹⁵⁶ – devrait révéler spontanément ses pratiques religieuses afin de pouvoir négocier des aménagements, sous peine de faire face à une éventuelle invalidation du contrat de travail pour vice du consentement⁹⁵⁷. En revanche, un candidat qui prévoit de prier au travail ou qui planifie des congés pour participer à des fêtes religieuses de façon ponctuelle n'a pas à l'annoncer spontanément, car ces rites ne constituent pas des motifs incapacitants au point d'empêcher ou de compliquer à l'excès la tâche à accomplir⁹⁵⁸.

Le travailleur n'est pas tenu d'informer spontanément l'employeur des éléments de sa situation personnelle lorsqu'il peut raisonnablement partir du principe qu'ils sont *connus* de l'employeur⁹⁵⁹. La candidate à l'embauche se présentant à l'entretien avec un voile islamique révèle implicitement son appartenance religieuse et son souhait de

⁹⁵⁴ CourEDH, arrêts *Mockuté c. Lituanie* du 27 février 2018, 66490/09, § 119, *Alexandridis c. Grèce* du 21 février 2008, 19516/06, § 38 (avocat obligé de révéler qu'il n'était pas chrétien orthodoxe lors de la prestation de serment) et *Sinan Iik c. Turquie* du 2 février 2010, 21924/05, § 41 (mention – obligatoire ou facultative – de la confession sur les cartes d'identité); KARLEN, Religionsfreiheit, 222; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 110; SUDRE, N 525. Le droit allemand consacre expressément ce droit comme partie intégrante de la liberté religieuse négative à l'art. 140 GG *cum* art. 136 al. 3 WRV, sauf si la naissance d'un droit ou d'une obligation dépend de l'appartenance à une religion ou si la loi l'exige à des fins statistiques.

⁹⁵⁵ CourEDH, arrêt *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* du 13 avril 2006, 55170/00, et CommEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 12 mars 1981, 8160/78; RINGELHEIM, Droit et religion, 522 s.; CEDH-GONIN, art. 9 N 61; SUDRE, N 526.

⁹⁵⁶ RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, 310. S'il est attendu que le travailleur risque d'être fréquemment absent ou sur de longues périodes, il devrait en informer spontanément l'employeur, TF 22 février 1996, JAR 1997 193; GLOOR, Kopftuch, 10.

⁹⁵⁷ Cf. *infra* Chap. 4, III, B, 1, b.

⁹⁵⁸ BÜCHLER, 436; CAMASTRAL, 206.

⁹⁵⁹ TF 22 février 1996, c. 5, JAR 1997 193.

le porter le voile au travail, de sorte que l'employeur ne saurait à bon droit le lui interdire ultérieurement s'il l'engage, tout comme la licencier pour ce motif serait abusif⁹⁶⁰.

En 1985, un travailleur d'origine roumaine résidant en Suisse, réfugié politique et apatride, fut engagé par une agence temporaire en qualité de chauffeur de voitures de personnes et loué à la Mission des États-Unis à Genève, à l'occasion de la rencontre Reagan-Gorbatchev pendant la durée de la conférence. Apprenant l'origine du chauffeur, la Mission des États-Unis à Genève refusa la prestation de travail pour des raisons de sécurité. L'agence temporaire informa le travailleur que son contrat de travail prenait fin avec effet immédiat. Selon le Tribunal des prud'hommes de Genève, le travailleur avait fautivement omis de révéler son statut d'apatride d'origine roumaine. Il se trouvait dans une impossibilité initiale fautive de poursuivre l'exécution de son contrat et ne pouvait en conséquence réclamer le salaire pour la durée de la conférence⁹⁶¹.

Cet arrêt, abondamment discuté par la doctrine travailliste, a posé d'importants jalons pour déterminer l'étendue du devoir de révélation spontanée par le travailleur. En l'espèce, l'employeur n'était pas au courant ni de son statut de réfugié politique et apatride, ni de son origine nationale roumaine, car n'étant pas une entreprise de tendance, ces questions eussent été illicites lors de l'entretien d'embauche. Dès lors, il incombait au chauffeur d'informer spontanément son employeur «des particularités de sa situation personnelle pouvant provoquer des problèmes à la Mission américaine». Ce n'est qu'en cachant ces faits à son employeur qu'il a pu être engagé, et a délibérément choisi de courir le risque d'une déprogrammation prévisible de sa mission⁹⁶².

L'issue du procès peut légitimement susciter l'étonnement chez l'interprète non averti. L'interprétation judiciaire s'opérant *toujours* en contexte⁹⁶³, la Guerre froide, l'origine nationale en question – la Roumanie était alors une république communiste membre du bloc de l'Est et du Pacte de Varsovie –, le motif invoqué – la sécurité d'une mission diplomatique de haut niveau – et l'importance politique de l'évènement – un sommet hautement symbolique entre les chefs d'État des deux superpuissances de l'époque – ont sans doute contribué à justifier ce qui pourrait donner l'impression d'un excès de zèle du tribunal dans la préférence donnée à la plaidoirie de l'employeur.

⁹⁶⁰ RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, 309; GLOOR, *Kopftuch*, 10; Conseil des prud'hommes de Paris, 17 décembre 2002, *Tahiri c. Téléperformances France SA*, RJS 2003 212, confirmé par Cour d'appel Paris, 19 juin 2003, RJS 2003 767.

⁹⁶¹ TPH/GE 17 juillet 1986, JAR 1989 158.

⁹⁶² TPH/GE 17 juillet 1986, c. 4-5 et 12-13, JAR 1989 158.

⁹⁶³ Lire François OST, «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», in Michel Van de Kerchove (édit.), *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1978, 97-184.

On peut transposer dès lors cette question dans notre contexte en substituant à la *nationalité* la *religion* du travailleur. Qu'advierait-il d'un chauffeur de religion musulmane spécifiquement engagé par une société de mise à disposition de limousines avec chauffeurs pour des pourparlers de paix entre Israël et l'Autorité palestinienne et récusé par la Mission permanente d'Israël auprès de l'ONU à Genève? L'on serait tenté de répondre que si l'on admet la récusation d'un travailleur en raison de son lieu de naissance⁹⁶⁴, fait absolument indépendant de la volonté du travailleur, la religion en est un à plus forte raison, les croyances religieuses étant «choisies» voire «héritées», en tout cas n'échappant pas à sa volonté. Bien que cette dernière assertion fera l'objet de discussions approfondies⁹⁶⁵, c'est la nationalité *combinée* au statut de réfugié politique et d'apatride qui a conduit les juges prud'hommes genevois à débouter le travailleur. La dimension politique agit souvent comme prisme déformant dans ces affaires, mais l'on ne voit pas en quoi la seule *appartenance religieuse*, sans être aggrégé à d'autres faits présupposant une potentielle inaptitude d'exécuter le travail, serait susceptible de justifier une décision allant dans le même sens. On pourrait ultimement considérer, si l'on reste sur cet exemple, que l'appartenance à une communauté religieuse particulière combinée avec une origine nationale spécifique dans un contexte sécuritaire exceptionnellement tendu justifierait à la rigueur une récusation du chauffeur, mais ce cas doit être confiné à l'exception absolue.

Certains auteurs ont proposé en effet de distinguer parmi les motifs discriminatoires de ceux qui relèvent de traits *phénotypiques*, sur lesquels l'individu n'a pas d'emprise, de ceux qui sont le bras armé, l'auxiliaire, d'une liberté⁹⁶⁶. Toutefois, une telle distinction est impropre à justifier une différence dans la conception même de la discrimination directe. L'art. 14 CEDH, l'art. 8 al. 2 Cst. et la directive 2000/78 ne distinguent pas les motifs qu'ils réprouvent. Surtout, nous ne voyons pas pour quelles raisons la qualification de discrimination pourrait être écartée plus facilement lorsque la règle de non-discrimination est adossée à une liberté, d'autant plus lorsque celle-ci est fondamentale⁹⁶⁷.

En relisant plus attentivement l'arrêt du chauffeur roumain, le dernier considérant précise d'ailleurs que «le Tribunal, composé de juges employeurs et salariés de ce métier, constate que les contrats des chauffeurs engagés «à la tâche» sont toujours conclus sous la *réserve implicite de non-récusation par les clients* [nous soulignons]». Cela passerait pour un détail, mais ce dernier considérant vient river le clou de l'argumentaire développé par le tribunal, en légitimant la charge du devoir d'information sur les

⁹⁶⁴ Cf. TPH/GE 17 juillet 1986, c. 9, JAR 1989 158: «[L]e fait d'être né en Roumanie constitue [sic] dans le cas d'espèce un cas empêchement *durable*».

⁹⁶⁵ Cf. *supra* Chap. 7, III, C, 1, d.

⁹⁶⁶ A. LYON-CAEN, 53 ss.

⁹⁶⁷ Dans ce sens SWEENEY, 302.

épaules du travailleur dans ce métier et pour ce type de missions ponctuelles. Le chauffeur avait en effet été spécifiquement engagé pour cette mission. Il en résulte qu'il pourrait tout à fait en aller différemment dans d'autres corps de métier ou pour d'autres natures de rapports de travail. Si l'employeur engageait un chauffeur fixe par un contrat de durée indéterminée (CDI), il serait inique que le candidat chauffeur dût l'avertir de son appartenance religieuse au prétexte que celle-ci pût causer peut-être un jour une récusation par un client indisposé par cette « particularité ».

Certes le droit du travail considère-t-il qu'un motif d'impossibilité peut se réaliser dans la sphère du travailleur sans ce que ce dernier n'en soit pour autant fautif⁹⁶⁸, mais étendre le devoir de révélation spontanée aux croyances religieuses au-delà du cercle somme toute restreint des entreprises de tendance religieuse s'apparente à une pente glissante, réduisant l'effectivité de la liberté religieuse *négative* – insusceptible de limitations en principe – dans les rapports précontractuels de travail.

B. Érection de la religion en point essentiel du contrat de travail

Classiquement, la conclusion du contrat de travail intervient lorsque le travailleur et l'employeur ont échangé des manifestations de volonté réciproques et concordantes sur les points essentiels, lors même que des points secondaires ont été réservés (art. 1 al. 1 et 2 al. 1 CO). Il résulte *a contrario* que si les parties ne se sont pas mises d'accord sur les points essentiels, l'accord des volontés n'est pas venu à chef et le contrat est inexistant⁹⁶⁹.

La prise en considération des convictions et des pratiques religieuses paraît de prime abord étrangère à la conclusion du contrat de travail. Bien qu'elle reste habituellement en dehors des rapports de travail, la religion peut pourtant devenir un élément important de l'accord des volontés en tant que point *secondaire* (1), parfois même *subjectivement* essentiel (2) – voire *objectivement* essentiel (3)?

1. La religion laissée en point secondaire

Les éléments secondaires sont ceux qui aménagent le contrat, sans qu'un accord ne soit nécessaire pour qu'il y ait existence d'un contrat. La doctrine obligationniste distingue les obligations principales (*Hauptpflichten*), qui forment le noyau du contrat, des obligations accessoires (*Nebenpflichten*), qui viennent préciser l'exécution des prestations principales, ou qui sortent du cadre naturel du contrat, parce qu'elles ne se rapportent pas directement à l'exécution des obligations principales⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Voir l'arrêt célèbre de la cantatrice enceinte, ATF 126 III 75.

⁹⁶⁹ Pour une thèse sur cette question, lire Adrien VION, *L'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats (art. 1 et 2 CO)*, Lausanne, Éditions juridiques libres, 2019.

⁹⁷⁰ CR CO I-MORIN, art. 1 N 56, et les réf. citées.

En droit de la fonction publique également, les parties doivent se mettre d'accord sur les points essentiels du contrat de travail (*essentialia negotii*)⁹⁷¹. Le champ des négociations éventuelles avec le futur agent public est cependant retreint par l'égalité de traitement qui prévaut en droit public. La marge de manœuvre pour aménager individuellement des clauses ayant trait à l'exercice des pratiques religieuses au lieu de travail s'en retrouve quasiment inexistante⁹⁷².

La seule attention réservée aux pratiques religieuses au travail par le législateur est l'art. 20a LTr consacré aux jours fériés et aux fêtes religieuses. Si le candidat à l'embauche tient ses pratiques religieuses pour importantes, telles qu'assister à des messes se tenant pendant les horaires de travail ou à la prière du vendredi à la mosquée, le travailleur aura meilleur temps de négocier cette exigence pour l'intégrer au contrat et lui donner force obligatoire⁹⁷³. En effet, à l'exception de l'art. 20a LTr, aucune norme législative ne concrétise tangiblement la liberté religieuse dans les rapports de travail par l'octroi de droits tenant compte des besoins religieux particuliers de chaque travailleur, et le travailleur aura beau jeu de d'intégrer contractuellement des aménagements religieux⁹⁷⁴.

À ce sujet, un arrêt de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme est particulièrement éclairant sur la nécessité de contractualiser les pratiques religieuses impondérables pour un pratiquant: il s'agissait d'un instituteur britannique, fervant musulman, désireux de participer à la prière du vendredi à la mosquée, éconduit dans sa démarche à cause des cours qu'il devait dispenser le vendredi en début d'après-midi⁹⁷⁵. La Commission a dû trancher un conflit entre deux obligations antinomiques: l'une professionnelle, l'autre religieuse. Le gouvernement britannique affirmait que l'islam permet de ne pas aller à la mosquée en raison de cette obligation, et que cette participation n'est pas «nécessaire» à la manifestation de la liberté de religion. Le requérant soutenait au contraire que l'islam ne le dispense pas en cas d'obligation contractuelle, puisqu'on ne peut délibérément se mettre dans une situation telle qu'on ne puisse se rendre à la mosquée⁹⁷⁶. La Commission relève que le requérant a, de son plein gré, accepté des obligations contractuelles et s'est lui-même mis dans l'impossi-

⁹⁷¹ BPG-HELBLING, art. 8 LPers N 59.

⁹⁷² La situation n'est guère différente pour les fonctionnaires nommés par décision, BELLANGER/ROY, 464.

⁹⁷³ KARLEN, Religionsfreiheit, 443 s.

⁹⁷⁴ La doctrine n'est pas très loquace à ce propos. KARLEN, Religionsfreiheit, 442, conseille au travailleur d'intégrer au contrat de travail tout ce qui dépasse le «cadre ordinaire» tel que les «longues» absences pour des motifs religieux.

⁹⁷⁵ CommEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 12 mars 1981, 8160/78.

⁹⁷⁶ Le tribunal du travail entendit à cette occasion la déposition d'un «chef religieux islamique», qui déclara que «les prières du vendredi étaient aux musulmans ce que sont le samedi pour les juifs et le dimanche pour les chrétiens. Manquer la prière du vendredi est un péché, à tel point que, dans un pays islamique comme l'Arabie saoudite, trois absences sans excuse font courir à

bilité d'assister aux prières du vendredi, qu'il n'a pas soulevé le problème tant qu'il enseignait loin de la mosquée, et qu'il n'a pas établi qu'une fois affecté près d'une mosquée, l'islam l'obligeait à méconnaître les obligations professionnelles qu'il avait contractées⁹⁷⁷.

La Commission dit ensuite que le requérant pouvait, à l'avance, informer l'employeur de son désir de s'absenter le vendredi. Le gouvernement souligne qu'on lui aurait alors offert un emploi à temps partiel. Le requérant objecte qu'on ne saurait obliger un candidat à décliner sa religion et à risquer de ne pas être engagé en raison de ses obligations religieuses. La Commission pose le problème de savoir si un employé doit informer à l'avance son employeur qu'il s'absentera pendant une partie du temps de travail et relève que le requérant ne l'a pas fait pendant longtemps⁹⁷⁸.

Elle ajoute que le requérant peut démissionner s'il estime que ses obligations pédagogiques entrent en conflit avec ses devoirs religieux. Elle relève qu'il a démissionné de son emploi à temps complet et accepté un emploi à temps partiel. Mais celui-ci objecte que cela diminue son salaire, ses droits et la sécurité de l'emploi et estime qu'on pouvait aménager son emploi du temps, ce que le gouvernement le conteste⁹⁷⁹.

La Commission passe alors du cas du requérant au contexte général. Elle constate que le cas se multiplie et pose une question générale qui n'a pas, en Angleterre, fait l'objet d'une pratique générale ou de directives communes. Les services de l'enseignement peuvent tenir compte des exigences de l'enseignement dans son ensemble et la Cour refuse de se substituer aux instances nationales pour dire la meilleure politique. Elle veut seulement examiner si, en invoquant le contrat, les services de l'enseignement ont méconnu la liberté de religion. Elle constate que l'absence du vendredi a pu parfois être autorisée, parfois créer de graves difficultés et ne pas l'être. Elle conclut que, compte tenu des exigences du système éducatif, décentralisé, complexe et à l'époque dépourvu de directives générales face à «l'afflux de musulmans, dans une période de transition [pour la société britannique]», ces services n'ont pas méconnu la liberté de religion en invoquant le contrat⁹⁸⁰. À dire vrai, la question juridique posée dans cette affaire ancienne mériterait d'être posée à nouveau, car la jurisprudence de la Cour a évolué sur l'appréhension de cette problématique⁹⁸¹.

leur auteur le risque d'être décapité. Les seules raisons valables sont d'être une femme, un enfant, un voyageur, un esclave ou un malade» (§ 19).

⁹⁷⁷ CommEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 12 mars 1981, 8160/78, § 8-10 *en droit*; GOY, 179.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, § 13-14.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, § 15-16.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, § 18-23.

⁹⁸¹ Cf. *infra* Chap. 5, II, A, 2, a.

Si les parties incorporent au contrat individuel de travail des clauses régissant l'exercice de la liberté religieuse au travail, telles que le port de signes religieux, l'aménagement du temps de travail pour les prières ou les congés réservés aux fêtes religieuses, celles-ci demeurent des points secondaires mais deviennent des éléments contractuellement obligatoires pour l'employeur⁹⁸². Une directive générale ou autre règlement d'entreprise cèdera alors le pas face à la clause *individuellement* négociée en vertu du principe *pacta sunt servanda*, cela afin d'éviter que l'employeur ne dé fasse le fruit d'une convention *bilatéralement* arrêtée par une instruction *unilatéralement* édictée⁹⁸³.

2. La religion érigée en point subjectivement essentiel

Les clauses subjectivement essentielles sont donc des éléments secondaires qu'il ne serait pas en soi indispensables de régler, mais que les parties ou l'une d'elles ont d'emblée considérés comme une condition de leur accord; la partie qui considère qu'un élément secondaire est subjectivement essentiel doit le faire savoir à l'autre lors de la négociation, au plus tard au moment où le contrat est conclu⁹⁸⁴.

Dans les années 1970, la célèbre affaire française *Cours Sainte Marthe* avait beaucoup occupé la doctrine et semé la division au sein même de la Cour de cassation. Une école catholique privée avait licencié une institutrice coupable de s'être remariée. L'institutrice obtint gain de cause en chambre mixte, laquelle considérait que l'atteinte à la liberté de mariage par un employeur se limitait aux «cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent *impérieusement* [nous soulignons]»⁹⁸⁵, mais pas devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui admit que les convictions religieuses de la salariée sont un élément de l'accord des volontés «qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, [mais qui] avait été incorporée volontairement dans le contrat de travail dont il était devenu partie essentielle et déterminante»⁹⁸⁶. Ultérieurement, la Cour de cassation répéta que *sauf clause expresse*, les convictions religieuses n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail⁹⁸⁷.

⁹⁸² CAMASTRAL, 101.

⁹⁸³ BRÜHWILER, art. 321d N4a; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321d N38; VISCHER/MÜLLER, § 13 N4 s. Dans les rapports de travail de droit public fédéral, si la religion est érigée en point essentiel du contrat – même si cette hypothèse est théorique en Suisse –, elle devra être intégrée par écrit au contrat de travail, sous peine d'inexistence du rapport de travail, la forme écrite étant constitutive en droit de la fonction publique fédérale, *cf.*, en droit de la fonction publique fédérale, BPG-HELBLING, art. 8 LPers N36 s. et 95. Les seuls éléments essentiels en droit de la fonction publique fédérale sont énumérées à l'art. 25 al. 2 OPers, mais cette liste est minimale («au moins»), ce qui laisse la possibilité théorique – mais hypothétique l'avons-nous vu – d'y intégrer d'autres clauses.

⁹⁸⁴ ATF 135 III 295, c. 3.2.

⁹⁸⁵ Cass., 17 octobre 1975, 72-40.239.

⁹⁸⁶ Cass., 19 mai 1978, n° 76-41211, et le commentaire de SUPLOT, Religion au travail, 1032.

⁹⁸⁷ Cass., 24 mars 1998, n° 95-44.738.

Cet arrêt met en exergue l'érection de la *religion* en point subjectivement essentiel dans les entreprises de tendance religieuse pour les missions de promotion ou de représentation de la doctrine promue.

3. *La religion comme point objectivement essentiel?*

Les points objectivement essentiels (*objektiv wesentlichen Vertragspunkte*) sont les éléments constitutifs formant le noyau du contrat et permettant de l'identifier comme un tout cohérent⁹⁸⁸. Dans la mesure où ils se rapportent, pour les contrats nommés, aux éléments caractéristiques de la définition légale typique du contrat en cause – pour le contrat de travail, un travailleur s'engageant pour une certaine durée à fournir une prestation de service rémunérée au service d'un employeur –, la *religion* n'est jamais qu'un point secondaire – potentiellement érigé au rang de *subjectivement* essentiel – du contrat de travail⁹⁸⁹, puisqu'elle gravitera autour de la prestation de travail, qui est l'élément objectivement essentiel d'un rapport de travail. Autrement dit, la religion sera toujours un élément accessoire – fût-il contractualisé comme élément obligatoire – du rapport de travail.

C. Limites juridiques à la négociation sur les clauses religieuses

Le contrat individuel de travail permet d'aménager individuellement l'exercice de la liberté religieuse⁹⁹⁰, bien que cela soit rare en raison du déséquilibre des forces ainsi que de la tendance à la standardisation des contrats de travail⁹⁹¹.

Plusieurs normes et principes généraux vont cependant restreindre la marge de négociation des parties dans les pourparlers sur les questions religieuses, afin d'éviter que la liberté contractuelle conférée aux parties ne s'abîme sur les droits de la personnalité du travailleur. En effet, il existe un lien étroit entre la protection de la personnalité en droit civil et en droit constitutionnel (liberté personnelle et droit au respect de la sphère privée); la première est l'expression *horizontale* de la protection accordée *verticalement* par le droit constitutionnel⁹⁹². L'atteinte à la personnalité du travailleur peut être *extrinsèque* (1) ou *intrinsèque* à celui-ci (2) ou provenir de l'*objet du contrat* lui-même (3).

1. *Atteinte de tiers*

Contrairement à l'art. 27 CC qui vise à protéger la personne contre elle-même (protection *interne*), l'art. 28 CC évoque l'atteinte à la personnalité émanant de tiers (protection *externe*)⁹⁹³.

⁹⁸⁸ ATF 97 II 53, c. 3, JdT 1972 I 52; CR CO I-MORIN, art. 2 N 2 ss.

⁹⁸⁹ VION, N 574 ss.

⁹⁹⁰ GREMPER, 59.

⁹⁹¹ BÜCHLER, 441.

⁹⁹² CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20 CO N 12.

⁹⁹³ CR CC I-JEANDIN, art. 28 N 1.

Le principe de non-discrimination est une limitation de la liberté contractuelle de choisir son partenaire contractuel. Faute d'un fondement explicite de l'interdiction de la discrimination dans les relations entre particuliers, l'art. 28 CC constitue de l'avis de la doctrine la disposition la plus à même de protéger les individus contre la discrimination religieuse dans leurs relations privées, qui relève dans le même temps ses limites interprétatives dans ce but⁹⁹⁴.

Le critère religieux dans la différenciation d'avantages ou de droits accordés aux travailleurs est inadmissible, à tout le moins pour tout ce qui est clairement intégré à la jurisprudence originelle sur l'égalité de traitement en droit du travail, soit les prestations discrétionnaires de l'employeur de nature *salariale*, ainsi que plus généralement les situations réglées *collectivement*⁹⁹⁵. Au niveau de la loi sur l'égalité entre les sexes, la jurisprudence admet pourtant que des motifs de préoccupation sociale autorisent l'employeur à justifier des différences de traitement dans certains droits et avantages accordés aux travailleurs, tels que l'octroi d'une semaine de vacances supplémentaire aux travailleurs ayant des enfants en âge de scolarité⁹⁹⁶.

Peut-il en aller de même pour la religion, en tant que certaines personnes accordent plus ou moins d'importance au respect des dogmes religieux ? La religion n'étant pas un critère de nature sociale comme peut l'être la situation familiale d'un salarié en charge d'enfants, on imagine mal comment la religion peut objectivement justifier une différence salariale⁹⁹⁷, mais les travailleurs aux besoins religieux particuliers peuvent, s'ils négocient, intégrer dans leur contrat des clauses portant sur l'aménagement de pratiques religieuses (horaires et congés adaptés aux fêtes et rites et religieux, ornements religieux sur le lieu de travail, etc.), dans la mesure où la jurisprudence laisse encore une place à la force de négociation individuelle et à la possibilité pour l'employeur de favoriser quelques employés minoritaires⁹⁹⁸.

⁹⁹⁴ Tarkan GÖKSU, «Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes», *RSJ* 2002 89-101; KLEBER, 210 s.; NAGUIB, Verweigerung, 1005 ss; Kurt PÄRLI, «Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis», *DTA* 2005 225-235, voit l'art. 328 CO comme le réceptacle idoine pour transposer et donner corps à l'art. 28 CC en droit du travail. Pour l'instauration d'une loi générale anti-discriminatoire avec les facilitations procédurales sur le modèle de la LEg: CAPLAZI/NAGUIB, *passim*.

⁹⁹⁵ De cet avis RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, 308.

⁹⁹⁶ Proposé par WYLER, Commentaire LEg, art. 6 N 31. Le TF souligne toutefois qu'il faut se montrer très prudent lorsque les motifs invoqués pour expliquer une différence de traitement se rapportent à des circonstances extérieures à la personne du travailleur ou à l'activité du travailleur, ATF 130 III 145, c. 5.2.

⁹⁹⁷ Dans le même sens, les conclusions de l'avocat général Michal Bobek dans l'affaire de la CJUE *Cresco Investigation* du 22 janvier 2019, C-193/17, § 68: «En principe, le niveau de rémunération et la confession ne sont pas liés».

⁹⁹⁸ CAMASTRAL, 73.

Mais si l'employeur règle collectivement les droits et avantages en relation avec les pratiques religieuses, par exemple dans un règlement d'entreprise, il doit loger tous ses travailleurs à la même enseigne.

En droit de la fonction publique, la différenciation entre travailleurs dans les avantages accordés vis-à-vis de l'exercice de la liberté religieuse est réduite à sa portion congrue par l'obligation pour l'employeur de respecter le principe de l'égalité de traitement⁹⁹⁹. Le droit de la fonction publique fédérale interdit d'ailleurs expressément la prise en compte de la religion comme critère de la fixation du salaire, qualifié de critère «extra-professionnel» (art. 16 OPers)¹⁰⁰⁰.

À l'exception de la discrimination, l'art. 28 CC n'est pas d'une grande aide pour protéger le travailleur dans la phase précontractuelle des rapports de travail, dans la mesure où les atteintes à sa liberté religieuse seront examinées sous l'angle de l'engagement excessif en raison de l'absence de subordination à ce stade juridique de la relation; les clauses étant – en droit, mais pas en fait – négociées, la validité du consentement qui rendrait licite l'atteinte à la personnalité s'examine donc surtout à l'aune de l'art. 27 CC¹⁰⁰¹.

2. *Engagement excessif*

L'art. 27 al. 2 CC, qui empêche tout individu d'aliéner sa liberté ou de s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs, constitue une limite à la liberté contractuelle entre les parties au rapport de travail en empêchant le travailleur de restreindre dans une mesure excessive sa propre liberté personnelle¹⁰⁰².

La protection de la personnalité du travailleur, dont nous avons mise au jour l'avancée protéiforme et irrévocable dans sa constitutionnalisation matérielle, protège aussi différents aspects de la liberté du travailleur contre ses propres engagements. Le risque d'un abus de la liberté contractuelle est grand dans une économie caractérisée par d'importantes inégalités et des situations de déséquilibre structurel entre les parties contractantes¹⁰⁰³.

L'interdiction des engagements excessifs vise ainsi à empêcher l'excès de l'atteinte à la liberté, dans des situations où la victime a donné son consentement à cette at-

⁹⁹⁹ DONATSCH, N 25-29.

¹⁰⁰⁰ Cette norme s'applique à l'entretien annuel d'évaluation de l'agent public (art. 4 al. 3 LPers et 15 ss OPers) mais la règle qu'elle contient à propos du critère religieux est applicable par analogie dans la formation du rapport de travail.

¹⁰⁰¹ BSK ZGB I-MEILI, art. 28 N 48.

¹⁰⁰² ATF 138 III 322, c. 4.3.1-4.3.2; WYLER/HEINZER, 157 s.; WITZIG, Droit du travail, N 1226; AUBERT, Études, 19.

¹⁰⁰³ SCHÖNLE, 76 s.

teinte¹⁰⁰⁴. La pondération des intérêts de l'un et de l'autre tiendra compte de la *nature* du bien atteint – la liberté religieuse est un bien primordial¹⁰⁰⁵ –, de la *gravité* de l'atteinte aux libertés d'autrui, de la *durée* de l'atteinte et des *conséquences* que l'atteinte peut avoir pour la victime¹⁰⁰⁶.

La clause stipulant une renonciation aux croyances religieuses ou une conversion religieuse contreviendrait à l'interdiction de l'engagement excessif, car elle porterait atteinte au noyau intangible de la liberté religieuse¹⁰⁰⁷. Cela rappelle un peu la manière de l'Église du XVII^e siècle qui, pour accorder son absolution, ne demandait plus seulement la *contrition*, c'est-à-dire l'extériorité des paroles rituellement dites, toujours suspectes de relever d'une mécanique insincère, mais l'*attrition*, c'est-à-dire la présence en le confessé d'un authentique amour de Dieu d'où les paroles doivent procéder, en d'autres termes d'une disposition «intérieure»¹⁰⁰⁸. L'assurance obtenue par l'employeur à l'entretien d'embauche que le travailleur n'exercera pas sa liberté religieuse au travail est également nulle et non avenue car absolue¹⁰⁰⁹.

Dans une entreprise de tendance religieuse, la clause stipulant une interdiction de se marier pour un prêtre ou d'intenter une action en divorce pour obtenir un poste exigeant le célibat serait également contraire à l'art. 27 al. 2 CC car elle contrevient à la liberté du mariage, droit *inamissible*¹⁰¹⁰.

Les collaborateurs d'un journal prônant clairement certaines idées religieuses peuvent être obligés d'écrire des articles les défendant. L'engagement dans une entreprise de tendance peut obliger plus généralement le travailleur à se comporter d'une manière conforme à la doctrine promue par son employeur, sa liberté étant sauvegardée dans

¹⁰⁰⁴ Lire la thèse d'Alain THÉVENAZ, *La protection contre soi-même. Étude de l'art. 27 al. 2 CC*, Berne, Stämpfli, 1997.

¹⁰⁰⁵ CR CC I-MARCHAND, art. 27 N 14 et 38.

¹⁰⁰⁶ ATF 102 II 211, c. 6.

¹⁰⁰⁷ Dans ce sens, BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 17; KARLEN, *Religionsfreiheit*, 436; CAMASTRAL, 129, 134, 137; BK-KRAMER, art. 19/20 CO N 214. Eugen HUBER donnait déjà cet exemple pour le réprover sous l'angle du droit de la personnalité, in *Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale*, CN, séance du 7 juin 1905, 462.

¹⁰⁰⁸ Jean DELUMEAU, *L'aveu et le pardon: Les difficultés de la confession (XIII^e-XVIII^e siècle)*, Paris, Fayard, 1990.

¹⁰⁰⁹ GLOOR, *Kopftuch*, 10; HOEVELS, 52; R. ADAM, 1377. Cas de figure à distinguer de la simple absence d'exercice de la liberté religieuse par le travailleur, GREMPER, 66.

¹⁰¹⁰ Dans ce sens BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, art. 19/20 N 44; CR CC I-MARCHAND, art. 27 N 37; BUCHER, N 411; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 660a. En revanche, dans un vieil arrêt, le TF a jugé que l'exclusion d'un membre d'une société coopérative catholique de secours mutuels en raison de son mariage avec une femme divorcée en vertu des statuts prévoyant pour motif d'exclusion l'outrage public à la religion et à l'Église n'était pas contraire à l'art. 27 CC, ATF 44 II 77, c. 2. La liberté du mariage du recourant débouté, garantie par le droit civil, est intacte en ce qu'il a tout loisir de quitter la société religieuse qui interdit certains actes proscrits par ses préceptes.

tous les cas par la possibilité de part et d'autre de rompre en tout temps le rapport de travail¹⁰¹¹.

3. *Impossibilité du contrat*

L'objet de l'obligation est la prestation promise par le débiteur et doit notamment être *possible* (art. 19 et 20 al. 1 CO). L'*impossibilité* de l'objet du contrat est admise lorsqu'elle existe au moment de la conclusion du contrat (impossibilité initiale) et présente de surcroît un caractère objectif et durable. Le caractère objectif implique que l'accomplissement de la prestation se révèle impossible quel que soit le débiteur, sur la base des faits ou du droit¹⁰¹². La condition de l'objet *possible* implique notamment que les objectifs fixés au contrat soient non seulement humainement réalisables, mais encore dans une mesure qui respecte la personnalité du travailleur¹⁰¹³. L'impossibilité d'effectuer une prestation pour des raisons juridiques se distingue à dire vrai difficilement de l'illicéité, puisque la prestation pourrait être à la fois impossible et contraire à la personnalité du travailleur, donc illicite¹⁰¹⁴.

Si l'impossibilité n'est que *subjective* – prestation impossible lors de la conclusion du contrat pour une raison inhérente à la personne du travailleur –, alors le contrat est valable tant qu'il n'est pas invalidé en vertu des vices du consentement (art. 23 ss CO)¹⁰¹⁵. Dans l'arrêt du chauffeur roumain, le tribunal conclut à une impossibilité subjective initiale d'exécuter son contrat de travail. Qui plus est, cette impossibilité s'est réalisée dans la sphère du travailleur et s'avérait fautive, en raison de la violation par ce dernier de son devoir de révélation spontanée. Il ne pouvait en conséquence réclamer le salaire pour la durée de la mission¹⁰¹⁶.

III. La religion lors de l'engagement – ou du refus d'embauche

Avant que le rapport de travail ne vive son cours sous la férule de la subordination du travailleur à l'autorité de l'employeur, il faut s'assurer que les parties ont manifesté leur volonté réciproque et concordante de s'engager dans un rapport de travail confor-

¹⁰¹¹ THÉVENAZ, N 283.

¹⁰¹² ATF 96 II 18, c. 2, JdT 1971 I 354.

¹⁰¹³ WITZIG, Droit du travail, N 408.

¹⁰¹⁴ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, art. 19/20 CO N 76.

¹⁰¹⁵ WYLER/HEINZER, 272 s., citent l'exemple du travailleur n'ayant pas la formation suffisante pour le poste auquel il est engagé. Apparemment *contra* BK-KRAMER, art. 19/20 CO N 254, qui assimile à une impossibilité objective la situation d'un débiteur dont les prestations promises sont hautement personnalisées (*höchstpersönliche Leistungen*) se retrouve incapable d'honorer sa part du contrat.

¹⁰¹⁶ TPH/GE 17 juillet 1986, c. 10-11, JAR 1989 158. Tel serait aussi le cas du contrat de travail engageant un boucher de confession musulmane, juive ou chrétienne adventiste du septième jour qui refuserait tout contact avec de la viande porcine, rendant l'objet de la prestation *subjectivement* impossible à exécuter, cf. Cass., 24 mars 1998, n° 95-44.738.

mément à l'ordre juridique. Ainsi, l'*échec des pourparlers* et l'absence de rapport de travail qui s'en suit en raison d'aspects religieux présente des conséquences juridiques pouvant s'avérer fâcheuses (A). Comme les deux faces d'une même pièce, l'*engagement* – synonyme d'*embauche* – peut également être vicié à cause d'éléments liés à la religion (B).

A. Refus d'embauche fondé sur la religion du candidat

De la liberté contractuelle découle certes la liberté de ne pas contracter. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'un refus d'embauche fondé sur les croyances religieuses d'un candidat reste sans conséquence juridique. La phase précontractuelle engendre déjà des *devoirs* – découlant de la bonne foi dans les affaires – pour les parties en pourparlers (1), dont la violation peut entraîner l'allocation de *dommages-intérêts* voire d'une indemnité pour *tort moral* (2). En revanche, l'édification jurisprudentielle d'une *obligation de contracter*, bâtie sur des fondations doctrinales diverses et variées, n'emporte pas conviction dans les rapports de travail, ces derniers se fondant sur la confiance censée régner entre les cocontractants (3). Les *difficultés probatoires* ne devront en tout état de cause pas être négligées par le travailleur soulevant une discrimination religieuse à l'embauche (4).

1. Responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*)

Dès lors que deux partenaires sont entrés en pourparlers¹⁰¹⁷, c'est-à-dire qu'ils se sont livrés à des négociations en vue de la conclusion d'un contrat de travail, une relation juridique se crée déjà entre eux, qui leur impose des devoirs réciproques, en particulier celui de négocier sérieusement et conformément à leurs véritables intentions¹⁰¹⁸. La partie qui ne respecte pas ces obligations répond non seulement lorsqu'elle a fait preuve d'astuce au cours des pourparlers, mais déjà lorsque son attitude a été de quelque manière fautive, qu'il s'agisse de dol ou de négligence, dans les limites tout au moins de la responsabilité qu'elle encourt sous l'empire du contrat envisagé par les parties¹⁰¹⁹.

Ainsi, il est contraire à la bonne foi de donner sans réserve son accord de principe à la conclusion d'un contrat formel et de refuser *in extremis*, sans raison, de le traduire dans la forme requise¹⁰²⁰. L'abandon des pourparlers après avoir simplement eu vent de la religion du candidat éclate comme un motif futile de refus de contracter, susceptible d'engager la responsabilité précontractuelle de l'employeur, sauf hypothèse où la

¹⁰¹⁷ Sur l'existence de pourparlers, cf. KUONEN, N 742 ss.

¹⁰¹⁸ ATF 121 III 350, c. 6c, JdT 1996 I 187; TF 6 juin 2011, 4A_202/2011, c. 2.2.

¹⁰¹⁹ ATF 101 Ib 422, c. 4b; TF 14 janvier 2011, 4A_615/2010, c. 4.1.1.

¹⁰²⁰ TF 4 septembre 2019, 4A_55/2019, c. 2.2.1; TF 17 novembre 2005, 4C.247/2005, c. 3.1.

religion est un point essentiel du contrat de travail¹⁰²¹. Cette institution prétorienne s'appliquant réciproquement, un mensonge du candidat à l'embauche à une question légitime de l'employeur sur ses croyances ou pratiques religieuses peut même engager sa responsabilité précontractuelle¹⁰²².

La responsabilité précontractuelle peut également être invoquée en droit de la fonction publique, lorsque l'État cause un dommage au candidat à l'embauche par un comportement contraire à la bonne foi¹⁰²³.

2. *Indemnités pour dommages-intérêts et tort moral*

Seule la discrimination fondée sur le sexe offre un moyen d'action spécifique en droit suisse. Lorsqu'elle porte sur un refus d'embauche, la personne lésée peut prétendre à une indemnité d'au maximum trois mois de salaire (art. 5 al. 2 et 4 LEg). En cas de discrimination religieuse, le candidat malheureux n'a pas la possibilité de remettre en cause le choix de l'employeur, mais peut se prévaloir d'une atteinte illicite à sa personnalité pour prétendre à l'allocation de dommages-intérêts et à une indemnité pour tort moral, ce tant en *droit privé* (a) qu'en *droit public* (b).

a. *Droit privé*

Tant la *culpa in contrahendo* que la responsabilité découlant d'une violation de la protection de la personnalité du travailleur (art. 28 CC et 328 CO) sont susceptibles de faire naître une obligation de payer des dommages-intérêts en cas de refus d'embauche fondé sur la religion du candidat évincé causant un dommage (art. 41 ss et 97 ss CO)¹⁰²⁴. Il appartiendra alors à ce dernier de prouver le lien de causalité entre le refus d'embauche injustement motivé par la religion et le dommage subi¹⁰²⁵. Quant à la faute, il nous semble possible de déduire de la constatation d'un cas de discrimination en raison de la religion du candidat que le refus de conclure constitue simultanément un comportement fautif¹⁰²⁶.

Pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'employeur ne lui ait pas donné satisfaction autrement, le travailleur peut aussi prétendre au paiement d'une indemnité pour tort moral (art. 49 CO). La jurisprudence exige cependant une atteinte

¹⁰²¹ Dans ce sens, Arbeitsgericht ZH 13 janvier 2006, c. 5.2, JAR 2007 2009. On pourrait rattacher cette attitude à une violation du «devoir de ne pas rompre les pourparlers» selon la classification de KUONEN, N 1487.

¹⁰²² BRÜHWILER, art. 320 CO N 8.

¹⁰²³ KNAPP, 187 s.; BPG-HELBLING, art. 8 LPers N 52, et les réf. citées.

¹⁰²⁴ Explicitement en raison de la religion du candidat BÜCHLER, 435. En général, TF 14 janvier 1992, c. 1a, SJ 1993 351; DUNAND, Commentaire du contrat, art. 328 CO N 86; CR CO I-WERRO/PERRITAZ, art. 41 CO N 83; WYLER/HEINZER, 84, qui refusent cependant d'appliquer l'art. 328 CO dans les rapports précontractuels.

¹⁰²⁵ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 810.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, N 817 ss.

objectivement grave dans ses intérêts personnels ainsi qu'une souffrance subjective ayant entraîné une diminution de son bien-être¹⁰²⁷.

Des indemnités pour tort moral au stade de la création du rapport de travail ont déjà été octroyées par les tribunaux, dans la mesure où la jurisprudence reconnaît une application de la protection de la personnalité du travailleur dans les rapports précontractuels. En 2005, le Tribunal des prud'hommes de Lausanne a considéré que le refus d'engager une aide-infirmière en raison de sa couleur de peau – mais c'eût pu être en raison de sa religion¹⁰²⁸ – dans un EMS fondait, sur la base de l'art. 328 CO, une indemnité pour tort moral de 5000 francs – équivalant à un mois de salaire – du fait que le refus d'embauche fondé sur la couleur de peau était blessant et gravement dépréciatif de la personnalité de la candidate à l'embauche¹⁰²⁹. L'année suivante, l'Arbeitsgericht de Zurich a condamné, cette fois sur la base de la *culpa in contrahendo*, une entreprise de nettoyage ayant refusé d'engager une nettoyeuse au motif qu'elle était originaire des Balkans – en amalgamant cette origine ethnique avec le port du voile islamique de façon dépréciative – au paiement d'une indemnité de 5000 francs aussi¹⁰³⁰. Où l'on voit de nouveau que la discrimination raciale et ethnique entretient des liaisons intimes avec la discrimination religieuse.

b. Droit public

Au plan fédéral, un candidat évincé n'a pas le droit de se voir notifier une décision de non-nomination, soit une décision en constatation négative de droit au sens de l'art. 5 al. 1 let. b PA afin de recourir ensuite contre celle-ci (cf. art. 34 al. 3 LPers entré en vigueur le 1^{er} juillet 2013 qui exclut expressément ce droit)¹⁰³¹. De ce point de vue, la législation suisse n'offre pour ainsi dire aucune protection, ce droit étant strictement cantonné à la discrimination à l'embauche fondée sur le sexe, l'art. 13 al. 2 LEg disposant en termes clairs que le refus d'embauche constitue une *décision*, ouvrant la voie à la prétention en indemnité¹⁰³².

Certains auteurs préconisent de suivre l'approche du gouvernement argovien reconnaissant au candidat évincé un intérêt digne de protection à ce que la procédure de sélection se déroule de manière conforme au droit; il peut dès lors exiger l'annulation de la nomination et l'organisation d'une nouvelle procédure de sélection¹⁰³³. D'autres

¹⁰²⁷ TF 31 août 2007, 4A_123/2007, c. 7.2; TF 9 juillet 2007, 4A_128/2007, c. 2.3.

¹⁰²⁸ En vertu de l'analogie autorisée entre discrimination *raciale*, *ethnique* et *religieuse*, cf. démonstration effectuée *supra* Chap. 4, I, C, 2, a.

¹⁰²⁹ TPH Lausanne 1^{er} juin 2005, JAR 2006 531.

¹⁰³⁰ ArbG ZH 13 janvier 2006, c. 5.8, JAR 2007 2009.

¹⁰³¹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 575. Alors que le TAF l'avait reconnu dans un arrêt de principe A-2757 du 12 octobre 2010 publié aux ATAF 2010/53.

¹⁰³² Cette disposition rend attaquable le refus d'embauche, indépendamment du fait que l'engagement soit fondé sur une décision ou un contrat, DUNAND, *Discrimination*, 60.

¹⁰³³ Décision du gouvernement argovien du 18 mai 1992, ZBI 1993 15. Dans ce sens BOILLET, 303, et les réf. citées.

s'appuient sur la «théorie des deux niveaux» pour démontrer la nature décisionnelle du refus prononcé par l'autorité d'engagement et suggérer un tel contrôle juridictionnel¹⁰³⁴.

Au niveau cantonal, si l'on considère que le candidat dont l'offre de services est écartée est atteint dans ses intérêts personnels, la décision de refus d'embauche devrait pouvoir faire l'objet d'un contrôle en application de l'art. 29a Cst.¹⁰³⁵ Un éventuel contrôle judiciaire ultérieur par le Tribunal fédéral du jugement cantonal dépendra en premier lieu de la nature pécuniaire ou non de la contestation. Selon l'art. 83 let. g de loi sur le Tribunal fédéral, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions en matière de rapports de travail de droit public qui concernent une contestation non pécuniaire, sauf si elles touchent à la question de l'égalité des sexes. Si la contestation est pécuniaire, la valeur litigieuse de 15000 francs doit être atteinte sauf si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 1 let. b et al. 2 LTF). Le refus d'embauche peut être traité comme une contestation pécuniaire dès lors que le candidat perd l'opportunité de recevoir un salaire futur¹⁰³⁶.

Hormis quelques législations cantonales exigeant la présence d'un comportement fautif, la législation fédérale et la majorité des législations cantonales prévoient une responsabilité objective de l'État¹⁰³⁷. La constatation de la responsabilité de l'État suppose ainsi la présence d'un dommage, d'un acte illicite et d'un lien de causalité naturel et adéquat¹⁰³⁸. En présence d'un dommage, pouvant résulter d'un refus d'embauche fondé sur la religion du candidat, il appartiendra au candidat évincé de prouver le lien de causalité entre le comportement discriminatoire et le dommage subi – la non-embauche en l'occurrence –, la condition de l'illicéité étant *ipso facto* réalisée s'il prouve la discrimination fondée sur sa religion. Et quoi qu'il en soit, la réparation sera uniquement pécuniaire.

3. *Obligation de contracter?*

Sous l'influence de la doctrine, la jurisprudence a progressivement reconnu qu'outre les bases légales expresses, généralement de droit public – telles que le service universel de la poste prévue aux art. 2 ss LPO¹⁰³⁹ –, qui prévoient une obligation de contracter (*Kontrahierungszwang*), une telle obligation peut découler, dans des cas exceptionnels, de l'application des principes généraux du droit privé¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁴ Sur cette notion et sa réceptivité dans la pratique administrative suisse, cf. ROSELLO, N 339 ss.

¹⁰³⁵ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 576; plus réservé HOFMANN, 120 s.

¹⁰³⁶ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 577, et les réf. citées.

¹⁰³⁷ Cf. p.ex. art. 3 al. 1 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (LRCF; RS 170.32).

¹⁰³⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2129.

¹⁰³⁹ Loi fédérale sur la poste du 17 décembre 2010 (LPO; RS 783.0).

¹⁰⁴⁰ ATF 129 III 35, c. 6.1-6.3, JdT 2003 I 127.

Dans son arrêt de principe, le Tribunal fédéral a posé les conditions cumulatives suivantes pour qu'une telle obligation s'applique: l'offre de conclure a été faite de manière générale et publique (1); elle ne concerne que des biens ou des services qui relèvent d'un besoin courant, c'est-à-dire les biens et services accessibles aujourd'hui à pratiquement tout le monde et utilisés au quotidien (2); la personne intéressée à la conclusion du contrat ne dispose pas, en raison de la position dominante de l'entrepreneur sur le marché, d'autres moyens envisageables de satisfaire sa demande en biens ou en services – condition admise lorsqu'un seul entrepreneur est suffisamment accessible ou lorsque tous ceux qui entrent en ligne de compte refusent également de conclure un contrat avec la personne intéressée (3); enfin, l'entrepreneur n'est pas en mesure d'indiquer des motifs objectivement justifiés pour fonder son refus de contracter (4)¹⁰⁴¹.

Le contrat de travail ne fait pas partie des contrats visés par cette théorie et n'en réalise manifestement pas les conditions, en particulier la troisième; le rapport d'emploi ne peut ainsi être créé en vertu de ce principe général lorsque l'employeur éconduit un candidat à l'embauche à cause de ses croyances religieuses, de l'avis général de la doctrine travailliste¹⁰⁴².

Une partie minoritaire de la doctrine – non-travailliste – a pourtant redoublé d'inventivité pour river l'obligation de contracter à des institutions juridiques existantes, de l'atteinte aux bonnes mœurs (cf. art. 41 al. 2 CO)¹⁰⁴³ à la protection des droits de la personnalité (cf. art. 28 CC)¹⁰⁴⁴ en passant par le principe de la confiance¹⁰⁴⁵, dans l'idée de faire appliquer ces théories dans les rapports de travail, sans convaincre cependant, le rapport de *travail* étant d'abord et avant tout un rapport de *confiance*. Celui-ci en est même son fondement; obliger l'employeur à accepter dans ses rangs un travailleur indésiré, fût-ce pour ses croyances religieuses, caresse certes un idéal de justice louable, néanmoins contre-productif et voué à l'échec puisqu'à défaut de confiance, l'employeur exercera son droit formateur de résilier le contrat de travail à la première occasion venue, malgré le risque hypothétique d'une condamnation en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif, difficile à prouver pour le travailleur et généralement supportable pour l'employeur d'un point de vue financier¹⁰⁴⁶. L'obligation de

¹⁰⁴¹ ATF 129 III 35, c. 6.3, JdT 2003 I 127.

¹⁰⁴² Dans le même sens à propos de l'affaire du TPH Lausanne, WYLER/HEINZER, 84; VISCHER/MÜLLER, § 9 N 26; cf. aussi dans le même sens BÜCHLER, 435; CAMASTRAL, 194 s.

¹⁰⁴³ GÖKSU, Kontrahierungspflicht, 46 ss.

¹⁰⁴⁴ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 660, lorsque le motif de refus est lié à la race du candidat.

¹⁰⁴⁵ ARNET, 313 ss.

¹⁰⁴⁶ Pour une analyse économique du droit à ce sujet, lire Claudine DESRIEUX/Romain ESPINOSA, «La barémisation des indemnités pour licenciement abusif: quelques éléments d'analyse empirique», *Revue économique* 2020 527-556.

contracter à la suite d'un refus d'embauche lié aux croyances religieuses du travailleur apparaîtrait de la sorte comme une coquille vide, et la jurisprudence s'y est jusqu'ici refusée à raison¹⁰⁴⁷.

4. *De la difficulté à prouver le refus d'embauche fondé sur la religion du candidat*

Surtout, il sera souvent difficile pour le candidat évincé de prouver que le rejet de sa postulation est motivé par la religion¹⁰⁴⁸. En effet, l'observation de la casuistique montre la difficulté de démêler dans les critères de choix avancés par l'employeur ce qui a été déterminant dans la décision d'engagement, d'autant plus que la description des qualités requises laisse à l'auteur de la décision d'engagement un grand éventail de possibilités dans la sélection des motifs¹⁰⁴⁹. L'employeur peut aussi ne pas avouer les motifs véridiques du refus d'embauche¹⁰⁵⁰.

Pourtant, la lutte contre les discriminations passe souvent par un *allègement*, voire un *renversement*, du fardeau de la preuve. Il s'agit véritablement du «nerf de la guerre» au plan civil¹⁰⁵¹.

Seules la loi sur l'égalité pour les handicapés et la loi sur l'égalité entre les sexes obligent l'employeur en Suisse de donner les motifs d'un refus d'embauche, et dans un périmètre limité: tout refus d'embauche d'une personne handicapée qui a des raisons de penser que sa candidature n'a pas été retenue à cause de son handicap peut exiger de l'employeur *public fédéral* qu'il indique par écrit les motifs pour lesquels la candidature a été écartée (art. 14 OHand), tandis que la loi sur l'égalité entre femmes et hommes impose à l'employeur *privé* de motiver sa décision de refus d'embauche lorsque le postulant l'exige (art. 8 al. 1 LEg)¹⁰⁵².

La religion n'étant pas un critère discriminatoire ayant fait l'objet d'une attention spécifique du législateur, il sera d'autant plus difficile pour le candidat éconduit de prouver à satisfaction de droit la discrimination à son endroit, le droit privé du travail n'imposant pas d'obligation de motivation à l'employeur à la suite d'un refus d'embauche ou rejet de candidature. Et contrairement au droit européen, même la discrimination sexuelle à l'embauche ne donne pas lieu à l'allègement du fardeau de la preuve instituée par l'art. 6 LEg qui permet d'ordinaire, lorsque la discrimination est rendue vraisemblable par la personne qui s'en prévaut, de renverser le fardeau de la preuve sur les

¹⁰⁴⁷ TPH Lausanne 1^{er} juin 2005, c. Bg, JAR 2006 531; l'Arbeitsgericht de Zurich laisse la question ouverte dans son jugement du 13 juin 2006, c. 5.8, JAR 2007 509.

¹⁰⁴⁸ TAMARA KURT, 157.

¹⁰⁴⁹ Même à l'autorité publique, MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 578.

¹⁰⁵⁰ DUNAND, Discrimination, 50.

¹⁰⁵¹ MARTENET, Protection, 456.

¹⁰⁵² DUNAND, commentaire LEg, art. 8 N 12 ss.

épaules de l'employeur, qui aura alors la charge de fournir la preuve complète de l'absence de différence de traitement ou du caractère objectivement justifié de celle-ci¹⁰⁵³.

Revenons un dernier instant à l'affaire *Lombardi Vallauri c. Italie*, où a été reconnue la violation de la liberté d'expression et religieuse d'un professeur éconduit d'un concours organisé par une université confessionnelle. Dès lors que le droit interne italien reconnaissait un droit de participer au concours organisé par l'université, ce droit revêtait un « caractère civil » au sens de l'art. 6 § 1 CEDH et s'accompagnait des garanties procédurales telles que l'équité procédurale et le droit d'accès à un tribunal¹⁰⁵⁴, en l'espèce violées lorsque les juges nationaux ont refusé d'examiner le fait que le conseil de faculté n'avait indiqué au requérant ni en quoi les opinions qu'ils exprimait avaient été jugées « hétérodoxes », ni quel était le lien entre ces opinions et son activité d'enseignement, ni encore l'impossibilité pour le requérant de se défendre dans le cadre d'un débat réellement contradictoire¹⁰⁵⁵. Il faut cependant rappeler le statut de personne morale de droit public de l'université confessionnelle en question, qui empêche d'inférer de cet arrêt un effet horizontal direct dans les rapports de travail prenant leur cours d'une entreprise de tendance religieuse de droit privé.

Dans un arrêt moins célèbre, la Cour aussi reconnu la violation de l'art. 6 § 1 CEDH dans une affaire concernant un requérant ayant postulé dans la fonction publique en Irlande du Nord et ayant été évincé officiellement pour des raisons de sécurité, alors que ce dernier invoquait une discrimination religieuse à l'embauche en raison de sa confession catholique¹⁰⁵⁶. Après avoir rappelé qu'il n'existe pas de droit d'occuper un poste dans l'administration, la Cour fait pièce aux arguments de l'État défendeur selon lequel le motif de « sécurité nationale », sans indices probants dans le sens que le requérant représentait effectivement un danger pour la sécurité nationale, est suffisant pour barrer l'accès à un tribunal satisfaisant les garanties de procédure instituées par l'art. 6 § 1 CEDH¹⁰⁵⁷.

B. Nullité de l'engagement à cause d'éléments religieux

Lorsqu'un élément lié à la religion *vicie* le contrat de travail **(1)** ou qu'une *condition* contractuelle est *boîteuse* **(2)**, le contrat de travail est frappé de nullité. En présence de stipulations contractuelles discriminatoires fondées sur la religion du travailleur, il se justifie, conformément à la maxime *favor negotii* et dans toute la mesure du possible,

¹⁰⁵³ L'embauche ayant été exclue de la liste exhaustive de l'art. 6 LEg. Cf. LEMPEN, L'effet, 88. En droit européen, voir CJUE 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07, § 29 ss.

¹⁰⁵⁴ Sur la notion de « droits et obligations de caractère civil » en lien avec les prétentions des fonctionnaires, cf. les principes développés in CourEDH, arrêt *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* (GC) du 19 avril 2007, Rec. 2007-II, § 62.

¹⁰⁵⁵ CourEDH, arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie* du 20 octobre 2009, 39128/05, § 59 ss.

¹⁰⁵⁶ CourEDH, arrêt *Devlin c. Royaume-Uni* du 30 octobre 2001, 29545/95.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, § 29 ss.

de renoncer à la sanction de la nullité totale et de recourir à la nullité partielle, *simple* ou *modifiée* (cf. art. 20 al. 2 CO)¹⁰⁵⁸. Le juge doit alors, en fonction des circonstances, respectivement choisir entre la suppression des clauses discriminatoires ou leur remplacement par de nouvelles clauses conformes au principe de non-discrimination. La clause contractuelle stipulant un salaire moins élevé pour les travailleurs ayant certaines croyances religieuses sera modifiée¹⁰⁵⁹, tandis que celle refusant indûment certains droits ou avantages aux membres de certaines religions particulières sera nulle et non avenue.

1. *Contrat de travail ou décision d'engagement vicié*

Le contrat de travail – ou, plus marginalement, la décision d'engagement – peut être, à cause d'un élément de nature religieuse, frappé d'une nullité par son *objet* (a) ou par l'intégrité défailante du *consentement* d'une des parties au rapport de travail (b).

a. *Vice de l'objet*

Lorsque le contenu est illicite, impossible ou contraire aux mœurs – hypothèses examinées plus haut¹⁰⁶⁰ –, la conséquence est qu'il est frappé de nullité *absolue*¹⁰⁶¹. La sanction d'une restriction excessive à la liberté au sens de l'art. 27 al. 2 CC est la nullité *relative*, qui n'est pas examinée d'office; au surplus, seule la partie lésée peut invoquer cette disposition¹⁰⁶². Le contrat de travail de droit public ne déroge pas à ces règles générales; s'il viole, par son contenu, des dispositions de droit impératif, et que la balance des intérêts donne l'application correcte du droit objectif gagnante face à l'intérêt à la protection de la confiance du citoyen – ici le candidat à l'embauche –, la sanction est la nullité. Le vice doit revêtir une certaine gravité, le principe *pacta sunt servanda* commandant de respecter une convention, fût-elle frappée d'une illicéité lorsque le vice ne révèle qu'une simple insuffisance¹⁰⁶³.

b. *Vice du consentement*

Il ne suffit pas encore que le contractant ait une volonté; celle-ci ne doit pas non plus être viciée. Le contrat de travail, comme tout autre contrat, peut être invalidé pour une *erreur*, un *dol* ou une *crainte fondée* (art. 23 à 31 CO). Le régime d'invalidation pour défaut d'intégrité du consentement est toutefois d'une telle rigueur qu'il sera difficile pour les parties au rapport de travail de s'en départir à cause de la religion.

¹⁰⁵⁸ Dans le même sens en ce qui concerne la discrimination raciale, GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 775 ss.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, N 781.

¹⁰⁶⁰ Cf. *supra* Chap. 4, II, C, 2.

¹⁰⁶¹ ATF 97 II 108, 115, JdT 1972 I 648 (rés.).

¹⁰⁶² ATF 129 III 209, JdT 2003 I 623; ATF 106 II 369, c. 4.

¹⁰⁶³ ATF 105 Ia 207, c. 2b, JdT 1981 I 486; BPG-HELBLING, art. 6 LPers N 45. Voir, en droit de la fonction publique, TAF 17 décembre 2007, A-2583/2007, c. 5.6 et TAF 29 juillet 2010, A-6800/2009, c. 4.3.

L'*erreur* se définit comme la représentation d'un fait qui ne correspond pas à la réalité ou, pour citer l'élégante définition de Savigny, comme «cet état intellectuel où l'idée de la réalité est obscurcie et cachée par une idée fausse»¹⁰⁶⁴. L'erreur doit de surcroît être *essentielle* (art. 23 CO): sont essentielles les erreurs de *déclaration* (*error in negotio, in persona, in objecto, in quantitate*, respectivement énumérées à l'art. 24 al. 1 ch. 1 à 3 CO) et de *base* (art. 24 al. 1 ch. 4 CO)¹⁰⁶⁵.

D'une grande improbabilité mais théoriquement envisageable serait le cas d'un travailleur engagé dans une entreprise de tendance religieuse pour promouvoir la doctrine à laquelle il adhère, mais se voit finalement exécuter un travail qui n'a rien à voir avec la proclamation de la mission religieuse pour laquelle il a postulé: le travailleur serait alors en droit d'invalider le contrat pour erreur essentielle, son cahier des charges étant *substantiellement* différent de celui qu'il était convaincu d'avoir¹⁰⁶⁶.

Il y a *dol* (art. 28 CO) lorsqu'une partie induit l'autre à contracter soit en créant, soit en exploitant l'erreur qui motive celle-ci à conclure le contrat¹⁰⁶⁷. Le comportement dolosif¹⁰⁶⁸ se distingue de l'erreur en ce qu'il présuppose une intention délibérée de tromper son partenaire contractuel pour l'amener à conclure. L'erreur causée par le *dol* doit avoir entraîné la conclusion du contrat, c'est-à-dire qu'un lien de causalité doit exister et être prouvé par la partie qui s'en prévaut¹⁰⁶⁹. En relation avec les questions posées durant l'entretien d'embauche, y a *dol* par commission s'il y a eu question légitime suivie d'un mensonge et *dol* par omission s'il y eu violation du devoir de révélation spontanée¹⁰⁷⁰. Un candidat à l'embauche qui sait d'avance ou peut raisonnablement considérer qu'il ne sera pas apte à effectuer son travail en raison d'un conflit de conscience prévisible pourra ainsi se voir invalider son contrat¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁴ Dès lors, poursuit-il, «si une erreur est la cause déterminante de la volonté, la pensée de l'agent n'étant pas conforme à la réalité des choses, sa déclaration n'est pas plus efficace que celle d'un impubère ou d'un aliéné», VON SAVIGNY, § 114 s.

¹⁰⁶⁵ CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, art. 23/24 N 4.

¹⁰⁶⁶ CHAIX, 199; PELLEGRINI, 100; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, art. 320 N 30. Dans un arrêt du 20 janvier 1992, l'Appelationsgericht de Bâle-Ville a admis qu'une employée puisse invalider pour *dol*, voire pour lésion, un contrat de travail qui devait conduire à une formation d'assistante dentaire et qui s'était révélé ne contenir que des activités de pure routine, SAZ (Schweizerische Arbeitgeber Zeitung) 1993 799.

¹⁰⁶⁷ CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, art. 28 N 1.

¹⁰⁶⁸ VON SAVIGNY définissait le *dolus* comme une «violence immorale de cette bonne foi sur laquelle reposent toutes les transactions sociales» (§ 115).

¹⁰⁶⁹ TF 4 mars 2015, 4A_527/2014, c. 3.2.2: la preuve du comportement dolosif fait cependant présumer l'existence d'un tel lien, si bien qu'il appartient à l'auteur du *dol* d'apporter la contre-preuve que la victime aurait conclu le contrat même sans la tromperie.

¹⁰⁷⁰ ATF 132 II 161, c. 4.2, RDAF 2007 I 567 (rés.); TF 19 juillet 2016, 4A_23/2016, c. 4; TAF A-668/2020 du 23 novembre 2020, c. 5.3.1.

¹⁰⁷¹ CAMASTRAL, 123 s. Lorsqu'un employeur découvre qu'il a engagé un travailleur sur la base d'un faux certificat de travail, attribuant à ce dernier des qualités exceptionnelles autoproclamées, l'employeur est légitimé à invalider le contrat (ATF 132 III 242, JdT 2006 I 49). Les prin-

Si l'employeur omet de questionner le travailleur sur un fait que celui-ci n'était pas tenu de révéler mais qui constitue un élément essentiel du contrat, l'employeur est certes habilité à invalider le contrat pour vice du consentement, mais sa responsabilité – dédommagement portant sur l'intérêt négatif – pourra être engagée en vertu de l'art. 26 CO si l'erreur provient de sa propre faute¹⁰⁷². On pourrait considérer comme une telle faute le fait que l'Église réformée n'ait pas questionné le candidat au poste de pasteur sur sa formation théologique et ses expériences précédentes, candidat qui s'avère finalement inapte au travail en question car dépourvu de formation pastorale adéquate, fait qui empêche assurément l'exécution du travail alors qu'il incombait à l'employeur de poser ces questions¹⁰⁷³. En d'autres termes, si l'employeur de tendance omet de poser les questions adéquates, le travailleur n'a pas à les révéler spontanément. Si le cocontractant, ici le travailleur, connaissait ou aurait dû connaître la méprise de l'*errans*, la loi considère que sa mauvaise foi l'empêche à son tour de se prévaloir d'une quelconque responsabilité précontractuelle de l'autre partie¹⁰⁷⁴.

En revanche, le fait que le travailleur ait omis de mentionner durant l'entretien qu'il comptait porter des signes religieux au travail ou s'absenter de temps à autre pour des fêtes religieuses qui ne sont pas des jours fériés officiels ne fonde pas le droit pour l'employeur de se prévaloir d'une erreur ou d'un dol, ces faits n'étant pas essentiels à l'exécution du travail en question, mais relevant de la politique et de l'organisation internes de l'entreprise.

Le contrat de travail de droit public peut également être invalidé en raison d'un vice du consentement par une application analogique de la partie générale du code des obligations¹⁰⁷⁵, l'application analogique des art. 23 ss CO étant un principe général reconnu en matière de contrats de droit administratif¹⁰⁷⁶. Mais le recours à l'institution de l'in-

cipaux cas d'application ont trait aux qualités et qualifications professionnelles du travailleur. Ainsi un employeur exploitait une entreprise de location et de montage d'échafaudages est légitimé à invalider ou à licencier, *avec effet immédiat*, le contrat de travail d'un manœuvre qui a faussement prétendu, lors de la signature du contrat, qu'il n'avait pas le vertige (TC/FR 25 juin 1993, RFJ 1994 67), de même qu'une banque peut se prévaloir d'un juste motif de licenciement à l'encontre d'un employé engagé comme « *Senior Private Banker* » et membre de la direction, qui a omis, lors de l'entretien d'embauche, de révéler qu'il était au chômage (TF 14 février 2011, 4A_569/2010, c. 2.5). Sur le concours entre l'invalidation pour dol ou erreur essentielle et licenciement avec effet immédiat, cf. CHAIX, 205 s. L'absence d'une qualité essentielle du travailleur attendue par l'employeur pour un poste de promotion religieuse ou spirituelle est de nature à permettre l'invalidation du contrat (BK-REHBINDER/STÖKCLI, art. 320 N 31; CHAIX, 195).

¹⁰⁷² CHAIX, 204.

¹⁰⁷³ Dans le même sens TAF A-668/2020 du 23 novembre 2020, c. 5.3.1; CHAIX, 198. Cf. aussi BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 24 N 25.

¹⁰⁷⁴ CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, art. 26 N 4 s.

¹⁰⁷⁵ ATF 132 II 161, c. 3.1, RDAF 2007 I 567 (rés.); TAF 8 décembre 2011, A-8761/2010, c. 7.5.1; BPG-HELBLING, art. 6 LPers N 28 et 34 N 21.

¹⁰⁷⁶ Principe affirmé dans l'ATF 105 Ia 207, c. 2c, JdT 1981 I 486; ROSELLO, N 283.

validation du contrat pour défaut d'intégrité du consentement est soumis à une rigueur équivalente à celle prévalant en droit privé, sinon plus grande.

Si l'engagement se fait par une décision de droit public, celle-ci doit respecter les normes juridiques des plus variées, allant du respect de la procédure à celui du droit matériel¹⁰⁷⁷. L'illégalité matérielle d'une décision crée, lorsqu'elle n'est pas insignifiante, un motif d'*annulabilité*. C'est également le cas lorsqu'un vice de la volonté du côté du fonctionnaire qui a engagé le travailleur entraîne une irrégularité matérielle, ou que la décision n'eût été prise sans la volonté faillie. Si le vice de la volonté se trouve du côté du travailleur tel que l'accord n'eût pas été donné, l'effet est que la condition ne s'est pas valablement réalisée et la décision s'éteint en conséquence : l'administré doit invoquer le vice dans un délai qui varie selon les circonstances et compte tenu de la bonne foi¹⁰⁷⁸.

La sanction de la *nullité* est réduite à la portion congrue des décisions violant un droit inaliénable ou imprescriptible, tel que la liberté religieuse négative en contraignant le recourant de renoncer à ses croyances religieuses pour son engagement ou en assortissant l'engagement de conditions contraires à l'interdiction de l'engagement excessif, par exemple la renonciation par avance d'exercer sa liberté religieuse au travail¹⁰⁷⁹.

2. *Clause religieuse conditionnant l'engagement du travailleur*

Comme tout contrat, le contrat de travail peut être conditionnel, lorsque l'existence de l'obligation qui en forme l'objet est subordonnée à l'arrivée d'un événement incertain. Il ne produit alors d'effets qu'à compter du moment où la condition s'accomplit, si les parties n'ont pas manifesté une intention contraire (art. 151 CO). Il est par exemple possible de soumettre le contrat de travail à la condition suspensive que la personne embauchée présente les garanties nécessaires à l'exercice de son activité (pour le gérant de banque, art. 3 al. 2 let. c et d de la loi sur les banques)¹⁰⁸⁰.

L'interdiction de l'illicéité et de la contrariété aux mœurs s'applique non seulement à l'objet du contrat, mais aussi à l'objet de toute condition qui serait stipulée entre les parties¹⁰⁸¹. En effet, lorsque la condition stipulée a pour objet de provoquer soit un acte, soit une omission illicite ou contraire aux mœurs, l'obligation qui en dépend est nulle et de nul effet (art. 157 CO). La clause stipulant l'engagement du travailleur à condition qu'il renonce à ses croyances religieuses ou qu'il se convertisse «de son plein gré» tomberait sous le couperet de la nullité, contrevenant au volet négatif de la liberté de conscience et de croyance, insusceptible de limitation avons-nous vu (*cf.*

¹⁰⁷⁷ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. II, 357.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, 375.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, 376 s.

¹⁰⁸⁰ RS 952.0; WITZIG, Droit du travail, N 416.

¹⁰⁸¹ WITZIG, Droit du travail, N 410.

art. 27 CC)¹⁰⁸². En revanche, un employeur de tendance religieuse qui conditionnerait l'engagement d'un travailleur à la sortie d'une association religieuse incompatible avec l'orientation religieuse du nouvel employeur est parfaitement licite, car l'on touche ici au for *externe* de la liberté religieuse.

Et que penser d'un engagement conditionné à la renonciation de porter un signe religieux ostentatoire dans une entreprise à but lucratif? Un engagement subordonné au retrait d'un signe religieux visible constitue une discrimination à l'embauche fondée sur la religion du candidat, à moins qu'une telle clause d'engagement ne se fonde sur les motifs approuvés par la jurisprudence que nous étudierons ultérieurement (santé et sécurité au travail, politique de neutralité convictionnelle objective et légitime, laïcité dans la fonction publique)¹⁰⁸³. Si la clause conditionnelle est illicite ou contraire aux mœurs, la convention est alors elle-même frappée de nullité, fût-elle juridiquement régulière, l'ordre juridique sanctionnant l'incitation à la commission d'un acte illicite ou contraire aux mœurs que représente la condition – *potestative* en l'occurrence – réprimée, sauf si les parties auraient maintenu l'acte sans la condition (principe de la volonté hypothétique des parties)¹⁰⁸⁴.

Les effets de la nullité ne sauraient toutefois être aveugles à la réalité des faits qui se sont déroulés sur la base de la croyance des parties en l'existence du contrat nul. En droit du travail, le travailleur ne peut pas restituer le travail déjà fourni à l'employeur en vertu d'un contrat nul (nullité *ex tunc*). C'est ainsi que la loi institue une *lex specialis* par rapport à l'art. 20 CO en instituant une fiction de validité du contrat de travail nul jusqu'à l'invocation de sa nullité (*ex nunc*) (art. 320 al. 3 CO)¹⁰⁸⁵.

Synthèse du Chapitre 4

Avant le rapport d'emploi, il y a des limitations de plus en plus nombreuses de la liberté contractuelle dans le dessein de protéger la partie faible contre le risque de

¹⁰⁸² Cf. *supra* Chap. 4, II, C, 2.

¹⁰⁸³ Dans ce sens CJUE 13 octobre 2022, *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)*, C-344/20, à propos d'une femme de religion musulmane portant le foulard islamique qui s'est vu rejeter sa candidature spontanée à un stage dans une société gérant des logements sociaux qui applique une politique de neutralité religieuse, philosophique et politique, jugée licite par la CJUE; en France cf. Défenseur des droits, décision n° 2018-289 du 7 décembre 2018, à propos d'une candidate à l'embauche à qui il est proposé d'être engagée à condition qu'elle retire son foulard islamique dans la mesure où il existe une clause de neutralité dans l'entreprise, laquelle était cependant excessive car s'appliquant à tous les salariés et non aux seuls salariés en contact avec la clientèle.

¹⁰⁸⁴ Dit autrement, l'art. 157 CO élargit la portée de l'art. 20 CO, CR CO I-PICHONNAZ, art. 157 N 2 et 9; TF 10 janvier 2011, 4D_122/2010, c. 2.3.

¹⁰⁸⁵ Cette fiction est subordonnée à la bonne foi du travailleur, présumée par le droit (art. 3 al. 1 CC) (cf. ATF 132 III 242, c. 4.2.5, JdT 2006 I 49).

discrimination religieuse dans l'accès au marché du travail, lieu où l'individu garantit sa subsistance. Pourtant, le droit suisse accuse un certain retard en la matière au regard de son engagement pris en ratifiant la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. La comparaison avec le droit français illustre l'orientation civiliste du droit suisse, qui semble plus attaché à la liberté (économique et d'expression) en considérant l'infraction pénale de la discrimination religieuse comme une parole tenue en public et enfreignant la paix publique là où le droit français est davantage sensible à l'égalité (comme condition nécessaire de la dignité) **(I.A)**.

Nous avons ensuite vu que l'offre d'emploi pouvait être discriminatoire en elle-même, en excluant du cercle des candidatures les personnes avec des croyances religieuses particulières. À cet égard, l'exclusion d'une personne quant à la possibilité de postuler pour un emploi public est une décision susceptible de recours dans la fonction publique de la Confédération et dans certains régimes cantonaux. En droit privé en revanche, le droit suisse fait montre d'une faiblesse en comparaison avec le droit européen, lequel est sensiblement plus protecteur. En droit suisse, même si une discrimination religieuse est établie, il n'y a pas de sanction prévue pour une offre d'emploi discriminant les membres d'une religion particulière en l'absence de plaignant. En outre, la liberté religieuse ne garantit pas le droit d'occuper un poste dans une Église d'après la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme. Enfin, bien que les positions théologiques varient d'une religion à l'autre, et même d'un courant à l'autre au sein des religions, l'accès des femmes au prêche et à la prêtrise est encore largement réprouvé dans les religions pratiquées en Occident; l'État doit jouer à ce titre un rôle incitatif en vue d'une réflexion critique des communautés religieuses sur cette question, sans toutefois porter un jugement sur la dogmatique des communautés religieuses pour contraindre ces dernières d'accorder un accès plus large aux prêches et ministères des femmes **(I.B)**.

La discrimination religieuse lors du recrutement peut être directe ou indirecte. La discrimination est directe lorsqu'une mesure ou une pratique traite moins favorablement une personne qu'une autre placée dans une situation comparable en se fondant ouvertement sur le critère de la religion. Une exception existe lorsque la religion constitue une exigence professionnelle essentielle au poste à pourvoir, laquelle peut concerner les entreprises en général ou être propre aux entreprises de tendance, mais doit dans tous les cas être scrupuleusement justifiée et proportionnée pour ne pas apparaître *suspecte* **(I.C)**.

Après la première sélection d'un certain nombre de candidats, la phase d'embauche se caractérise généralement par un entretien, durant lequel des questions sur les croyances et pratiques religieuses du candidat peuvent être posées. Les questions religieuses à l'entretien peuvent entrer en collision avec la protection de la personnalité

du travailleur, laquelle s'applique déjà pendant les pourparlers précontractuels. Les seules prises de renseignement et questions admissibles de la part d'un employeur en relation avec les croyances et pratiques religieuses sont celles qui portent sur l'aptitude du travailleur à exercer l'emploi. Le travailleur doit répondre la vérité à une question légitime, mais a le droit de mentir à des questions illicites, le candidat étant placé contre son gré dans un état de nécessité. Le candidat à l'embauche doit renseigner l'employeur sur tout élément susceptible d'affecter sa capacité de travail, ce devoir s'étendant aux faits qui rendent son engagement (absolument) inadéquat et ceux qui excluent ou empêchent très sérieusement l'exécution correcte du contrat **(II.A)**.

Ensuite, la prise en considération des convictions et des pratiques religieuses paraît de prime abord étrangère à la conclusion du contrat de travail. Bien qu'elle reste habituellement en dehors des rapports de travail, la religion peut pourtant devenir un élément important de l'accord des volontés. Si les parties incorporent au contrat individuel de travail des clauses régissant l'exercice de la liberté religieuse au travail, celles-ci demeurent des points secondaires mais deviennent des éléments contractuellement obligatoires pour l'employeur. La religion peut aussi être érigée en point subjectivement essentiel dans les entreprises de tendance religieuse pour les missions de promotion ou de représentation de la doctrine promue. Dans la mesure où la religion n'est pas un élément constitutif typique du contrat de travail, elle sera toujours un élément accessoire – fût-il contractualisé comme élément obligatoire – du rapport de travail et jamais un point objectivement essentiel **(II.B)**.

Si le contrat individuel de travail permet d'aménager individuellement l'exercice de la liberté religieuse, plusieurs normes et principes généraux vont cependant restreindre la marge de négociation des parties dans les pourparlers sur les questions religieuses, afin d'éviter que la liberté contractuelle conférée aux parties ne s'abîme sur les droits de la personnalité du travailleur, l'atteinte à la personnalité du travailleur pouvant être *extrinsèque* ou *intrinsèque* à ce dernier ou provenir de l'*objet du contrat* lui-même **(II.C)**.

L'échec des pourparlers et l'absence de rapport de travail qui s'en suit en raison d'aspects religieux présente plusieurs conséquences juridiques, de même que l'engagement – synonyme d'embauche – peut également être vicié à cause d'éléments liés à la religion. Nonobstant la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la phase précontractuelle engendre déjà des devoirs pour les parties en pourparlers, dont la violation peut entraîner l'allocation de dommages-intérêts voire d'une indemnité pour tort moral. Les difficultés probatoires ne doivent pas non plus être négligées par le travailleur soulevant une discrimination religieuse à l'embauche **(III.A)**. Lorsqu'un élément lié à la religion *vicie* le contrat de travail ou qu'une *condition* contractuelle est boiteuse, le contrat de travail est frappé de nullité – *ex nunc* et non *ex tunc* pour les rapports de travail. En cas de nullité d'une clause contractuelle relative à la religion, le

le juge doit, en fonction des circonstances, respectivement choisir entre la suppression des clauses discriminatoires ou leur remplacement par de nouvelles clauses conformes au principe de non-discrimination **(III.B)**.

Chapitre 5 : La religion pendant les rapports de travail

«Alors que dans le contrat civil la volonté s’engage, dans la relation de travail elle se soumet. Si l’engagement manifeste la liberté, la soumission la nie». Cette contradiction entre autonomie de la volonté et subordination de la volonté aboutit, si l’on exagère le trait, à ce que le salarié, en tant que sujet de droit, disparaît de l’horizon du droit civil lorsqu’il rentre dans l’entreprise pour laisser place à un sujet tout court, soumis au pouvoir de normalisation du chef d’entreprise¹⁰⁸⁶. La subordination caractérise ainsi le *statut* du travailleur, «dont le déclenchement sera l’effet de la survenance d’un acte condition qui n’est autre que l’embauchage. L’embauchage est donc le ressort essentiel du pseudo contrat de travail»¹⁰⁸⁷.

Cet embauchage du travailleur a une conséquence certaine sur sa liberté personnelle qui se voit restreinte à bien des égards¹⁰⁸⁸, car l’employeur jouit désormais d’un pouvoir normatif sur les travailleurs, par sa supériorité hiérarchique, juridique et économique. Cette subordination mérite d’être rappelée en l’abord de ce chapitre en tant qu’elle est le marqueur juridique central de la liberté religieuse dans les rapports de travail. À commencer par la question de la *variation* des pratiques religieuses au cours du rapport de travail, ou lorsque celles-ci n’ont pas été abordées préalablement, qui sera tranchée *de jure* et *de facto* en première approximation par l’employeur (I).

À y regarder de plus près, l’on se rendra rapidement compte que l’état de subordination du travailleur marque de son sceau toutes les problématiques liées à la religion durant les rapports de travail, des pratiques religieuses *pendant* le travail (II) et *en dehors* de celui-ci (III), en passant par le *refus d’exécution du travail pour des motifs religieux* (IV), le *port de signes religieux* au travail (V) ainsi que les *relations professionnelles* elles-mêmes (VI).

¹⁰⁸⁶ SUPIOT, Pourquoi un droit du travail?, 488.

¹⁰⁸⁷ SCELLE, 173.

¹⁰⁸⁸ BÜCHLER, 430.

I. Variation des pratiques religieuses *au cours* du rapport de travail

Les possibilités d'individualisation contractuelle ne sont pas limitées par un *numerus clausus*. Ainsi les parties peuvent-elles *a priori* contractuellement prévoir comment elles comptent régir les pratiques religieuses au travail¹⁰⁸⁹. Sauf qu'il est pratiquement impossible de régir exhaustivement par des clauses contractuelles toutes les questions qui se poseront pour les relations à venir, certaines n'ayant pas été envisagées avant la création du rapport d'emploi, d'autres ne se manifestant qu'à la suite d'un changement de circonstances, telles qu'une conversion religieuse d'un travailleur ou d'un changement de la politique de l'entreprise sur le port de signes religieux.

Si l'ensemble des tâches et conditions était précisément défini *ab initio* par le contrat, il n'existerait plus aucune place pour que s'épanouisse le pouvoir de direction de l'employeur¹⁰⁹⁰. Au contraire, l'on se rend vite compte que le lien de subordination est fondamentalement incompatible avec l'exigence d'une détermination précise de l'obligation du salarié: «Le droit de direction permet à l'employeur d'utiliser la force de travail du salarié au mieux des intérêts de l'entreprise. [...] L'obligation du salarié comporte en général une large indétermination. [...] Dans les autres contrats, le créancier fixe seulement, d'accord avec le débiteur, l'objet de l'obligation. Dans le contrat de travail, l'employeur acquiert un droit de direction continue sur l'activité du salarié pendant le cours du contrat»¹⁰⁹¹. Les règles supplétives de la loi, «censées donner un régime objectif qui devrait correspondre, dans l'esprit du législateur, des juges et des auteurs, à une répartition équitable des intérêts dans un contrat présentant une typicité suffisante»¹⁰⁹², ne sont d'aucune utilité pour notre problématique, comme un indice avoué que la religion ne fait pas couramment l'objet d'une clause typique dans les contrats de travail.

Qu'advient-il alors du rapport de travail lorsque le travailleur se convertit à une religion lui commandant de nouvelles pratiques religieuses – beaucoup de décisions émanent de ce cas de figure¹⁰⁹³ –, lorsqu'il décide de modifier simplement ses pratiques religieuses sans pour autant adopter une nouvelle religion, ou lorsque l'employeur souhaite changer sa politique sur les manifestations d'expression religieuse dans l'entreprise?

¹⁰⁸⁹ TERCIER/PICHONNAZ, N 514 ss; TERCIER/BIERI/CARRON, N 15; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 920.

¹⁰⁹⁰ WITZIG, Droit du travail, N 132.

¹⁰⁹¹ DURAND/JAUSSAUD, N 352.

¹⁰⁹² TERCIER/BIERI/CARRON, N 40.

¹⁰⁹³ En Suisse, voir l'enquête menée sur des femmes se convertissant à l'islam, avec l'adoption de nouvelles pratiques religieuses au travail, BLEISCH, spéc. 197 ss.

Pour y répondre, il faut d'aborder asséner que juridiquement, le rapport de travail est le lieu de l'*impossible*, puisque le travailleur, pour «louer» sa force de travail à l'employeur, est censé fictivement détacher son corps du reste de son être pour mettre à disposition d'autrui ses facultés physiques et intellectuelles. Ensuite car, tout autant *contrat* (on s'engage à faire quelque chose) que *communauté* (on travaille ensemble au quotidien et sur l'employeur pèse une *Fürsorgepflicht* lui imposant de tenir compte de certains facteurs de la personnalité du travailleur, notamment familiale, sociale et économique), il commande de réconcilier deux traditions européennes antagonistes : la tradition contractuelle romaniste et la tradition communautaire germaniste, que le droit suisse combine astucieusement. Enfin, et surtout, car il commande de conjuguer le *pouvoir unilatéral de direction reconnu à l'employeur* et la *liberté du travailleur*, dont le consentement est requis (l'esclavage ayant été aboli). Cette troisième contradiction signe le passage d'une *égalité* entre les contractants dans la phase précontractuelle – quoique factice, l'avons-nous vu au chapitre précédent – à une *subordination* consacrée par le droit *durant* le rapport de travail (A).

La *modification du rapport de travail* se trouve au cœur de ces contradictions. C'est au sein de cette triple antinomie juridique que s'analyse la modification du rapport de travail par suite de pratiques religieuses nouvelles ou modifiées. On ne s'étonnera dès lors guère qu'elle suscite tant d'interrogations dans la pratique, que son régime soit si mal déterminé par la jurisprudence et sa structure si difficilement systématisée par la doctrine (B)¹⁰⁹⁴.

A. De l'«égalité» des cocontractants à la *subordination* du travailleur

Au caractère partiellement fictif du consentement du travailleur à l'acte d'embauche relevé dans la **Première partie** fit place la fiction du consentement du travailleur aux conditions qui gouverneront l'exécution de son travail, pétri d'apories (2), bien qu'on assène que les contrats ont force obligatoire, qu'ils «tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits», dispose même le Code civil français (1)¹⁰⁹⁵. Il paraît alors nécessaire de trouver comment concilier *inamovibilité* incertaine du contrat et *mutabilité* certaine des volontés (ce que certains ont appelé le «*ius varandi*»), «le dynamisme de l'entreprise suppos[ant] une relative plasticité de la main-d'œuvre»¹⁰⁹⁶.

1. *Pacta sunt servanda*: encore une fiction en droit du travail ?

On ne conclut pas un contrat dans le seul but de le modifier ensuite. L'adage latin «*pacta sunt servanda*», qui rayonne en droit des obligations autant qu'en droit international public, traduit en ce sens le principe de la force obligatoire des conventions.

¹⁰⁹⁴ WITZIG, Modification, 1.

¹⁰⁹⁵ Art. 1103, tel que modifié par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2.

¹⁰⁹⁶ LOCHAK, 23.

Même si les formules sacramentelles qu'utilisaient les premiers Romains pour solenniser leurs pactes ne sont plus de rigueur, nous voyons toujours dans le contrat, dans sa force obligatoire, une valeur cruciale. Pour autant, la vie économique n'est pas immuable et il serait déraisonnable de s'arc-bouter sur un dogme d'intangibilité, alors que les temps changent, les caractères changent, les humeurs changent, les croyances et les pratiques religieuses des travailleurs changent.

Bien que nécessaire, l'adage serait même, à en croire selon certains sociologues du droit, davantage le signe d'une influence morale que la traduction juridique d'une donnée psychologique fondamentale. Si le contractant est lié, c'est parce qu'il l'a voulu, dit-on. «Mais sa volonté ne change-t-elle pas avec le cours du temps et l'humeur des saisons? Il y a une certaine sincérité dans la psychologie du changement et de la rupture, parce que, d'une volonté ancienne, l'individu fait appel à une volonté nouvelle, à une conscience qui n'a pu rester immuable, ou, plus largement, à un contexte qui a suivi un cours irréversible, si puissant que puisse être le pouvoir d'anticiper à l'aide d'une volonté qui cherche à nier ses infirmités»¹⁰⁹⁷.

D'autres esprits ont également tôt fait de remarquer qu'il y avait une contradiction entre le point de départ de la doctrine individualiste et l'auto-dépendance des individus liés pour l'avenir par le contrat et par la loi. En effet, il y a cette affirmation originaire que la volonté humaine est le seul fondement de la règle sociale. Et la volonté humaine, si on l'envisage dans sa réalité psychologique, n'est-elle pas par nature changeante et instable? «En prétendant fixer l'avenir par le contrat [...], l'individualisme méconnaît le mouvement de la vie. Or, c'est en vain que l'homme voudrait se révolter contre le mouvement; le mouvement est indomptable»¹⁰⁹⁸.

La modification du rapport de travail doit donc tenir compte de cette impérieuse conciliation entre le respect de la parole donnée et la possibilité de modifier le rapport de travail, dans le donné *asymétrique* entre le travailleur et l'employeur¹⁰⁹⁹. En *ultima ratio*, n'oublions pas que chaque partie possède également la faculté de rompre purement et simplement le rapport de travail, d'un commun accord, ou unilatéralement, par le licenciement pour l'employeur et la démission pour le travailleur. Un auteur qualifie cette faculté comme la «modification *suprême*, celle qui résout la relation et l'anéantit»¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁷ TERRÉ, 87.

¹⁰⁹⁸ MORIN, Révolte des faits, 131.

¹⁰⁹⁹ Le droit du travail est symptomatique de la difficulté de cette conciliation irénique, puisque l'employeur fait en quelque sorte la pluie et le beau temps pour rester dans la métaphore des saisons, en imposant le plus souvent au travailleur sa volonté actualisée (sur le congé-modification, cf. *infra* Chap. 5, I, B, 1, b).

¹¹⁰⁰ WITZIG, Modification, 3.

2. *Les apories du consentement au travail*

Pour être conscient de l'hésitation devant laquelle se trouve un travailleur désireux de modifier ses pratiques religieuses, telles qu'arborer un signe religieux ou prier au travail, il est nécessaire de comprendre l'acte du consentement du salarié en droit du travail et les apories qui l'accompagnent. Dans les domaines où l'inégalité des parties est flagrante, singulièrement en droit du travail, le consentement a toujours été considéré avec circonspection en raison de l'état de dépendance et d'infériorité du salarié.

Les sciences sociales ont montré comment les salariés font de plus en plus face à des «prescriptions de toute puissance», qui pourtant les acceptent en majorité, voire les défendent. Des explications sémantiques, psychosociales et sociales ont été avancées pour comprendre cette adhésion «volontaire» à la prescription. Hypothèses sémantiques d'abord, parce que les prescriptions sont toujours plus abstraites voire éthérées dans leur formulation, déconnectées des réalités et ceintes d'une telle généricité (le langage managérial use et abuse de termes tels que «dynamiser», «décloisonner», «*benchmarker*» ou encore l'immonde «re-engineerer») qu'elles constituent une violence symbolique contre le salarié qui voudrait contester la directive, puisqu'il doit d'abord passer le barrage de la langue et ensuite trouver un interlocuteur pertinent pour discuter de la norme¹¹⁰¹. Psychosociales ensuite, parce que les individus peuvent avoir tendance à s'engouffrer dans l'idéal organisationnel proposé par l'entreprise par l'effet d'une sorte d'*emprise organisationnelle* qui les amène à fusionner leur Moi idéal avec le Moi idéal de l'entreprise¹¹⁰². Sociales enfin, car le non-respect de la norme et de la prescription est de plus en plus assorti de dispositifs de contrôles et de sanctions, par le déploiement de méthodes sophistiquées visant à tracer l'action et à constituer des preuves formelles, mobilisables à tout instant en cas de mise en cause (judiciaire ou non) de l'organisation ou de ses membres.

De façon générale, c'est une idéalisation de la norme prescrite par l'entreprise et une normalisation de l'idéal qui rendent conjointement une contestation de plus en plus difficile de la prescription, et corollairement un consentement faussé, contraint du salarié pris en tenaille¹¹⁰³.

D'aucuns évoquent, à propos de ces apories, une «implication contrainte», une «coopération forcée» ou encore une «coercition coopération», autant de concepts oxymoriques qui révèlent en creux la «servitude volontaire» dans laquelle se met le

¹¹⁰¹ Jean-Pierre LE GOFF, *Les illusions du management. Pour le retour du bon sens*, Paris, La Découverte, 2003.

¹¹⁰² Eugène ENRIQUEZ, *Les jeux du pouvoir et de désir dans l'entreprise*, Desclée de Brouwer, 2000.

¹¹⁰³ DUJARIER, 103 ss, et les nombreuses réf. citées.

travailleur en contrepartie de l'accès à l'emploi¹¹⁰⁴. Le *consentement au travail* est peut-être le plus mou des concepts utilisés pour débattre de l'engagement des salariés mais c'est justement sa polysémie qui permet d'ouvrir le débat sur les autres concepts utilisés. Les salariés «obtempèrent probablement plus qu'ils ne consentent»¹¹⁰⁵. Ces quelques propos liminaires mettent en relief la matrice conceptuelle du consentement du salarié en droit du travail et ouvrent la voie à l'analyse proprement juridique de celui-ci.

Un salarié qui accepte une modification de son contrat de travail qui lui est défavorable le fait certes de son gré, consciemment, et il n'y a donc notamment ni erreur ni dol. Mais ce ne peut être de gaieté de cœur qu'il accepte un tel sacrifice, et on peut raisonnablement penser qu'il ne l'aurait pas fait s'il avait eu le choix.

L'exemple du règlement d'entreprise est le plus éloquent pour illustrer les apories du consentement en droit du travail : le règlement est-il sciemment et librement accepté par le travailleur ? À dire vrai, le consentement du travailleur au règlement d'entreprise ne l'est vraisemblablement que par recours à une pure fiction juridique qui reconnaît les besoins de la pratique, car dans la plupart des cas, le travailleur n'a pas même lu le règlement avant son entrée en fonction¹¹⁰⁶.

B. La modification du rapport de travail relative aux pratiques religieuses

Pour connaître et comprendre les règles juridiques qui président à la modification du rapport de travail, il faut avoir à l'esprit la double caractéristique fondamentale de ce rapport : *relation contractuelle*, qui suppose une égalité horizontale (l'employeur et le travailleur donnent leur consentement à égalité dans le contrat), et *relation de subordination*, qui suppose une inégalité verticale (l'employeur peut donner des ordres au travailleur qui doit y obéir). L'existence de cette double relation implique l'existence d'un double domaine : le domaine du *contrat de travail* qui regroupe tous les éléments qui ont été déterminants pour la conclusion du rapport de travail, qui ont déterminé leur consentement respectif à entrer dans une relation de travail commune **(1)**, et le domaine des *conditions de travail*, qui regroupe tous les éléments qui sont décidés par l'employeur seul dans le cadre de son pouvoir de direction **(2)**¹¹⁰⁷. Le *droit de la fonction publique*, quant à lui, mérite place à part parce que l'État a la particularité d'être à la fois *garant* du contrat et *partie* à celui-ci **(3)**.

¹¹⁰⁴ Référence au célèbre réquisitoire d'Étienne de LA BOÉTIE contre l'absolutisme et souvent faite par les sociologues du travail, Jean-Claude DURAND, *La chaîne invisible*, Paris, Le Seuil, 2004.

¹¹⁰⁵ LINHART, *Subordination au travail*, 239.

¹¹⁰⁶ Sur les conditions générales des plateformes numériques qui «salariant» des travailleurs, cf. *infra* Chap. 8, II, A, 2.

¹¹⁰⁷ WITZIG, *Modification*, 3 s.

1. La religion comme élément contractualisé du rapport de travail

La religion peut, l'avons-nous vu, devenir un élément contractuel obligatoire du contrat, secondaire ou subjectivement essentiel¹¹⁰⁸. Le régime irénique pour modifier un élément contractualisé est l'*accord mutuel* entre les parties au rapport de travail. En respectant le parallélisme des formes, la modification du rapport de travail ressemble à s'y méprendre, dans son processus, à la conclusion du contrat de travail **(a)**. Mais, expression de l'inégalité verticale du rapport de travail, l'employeur peut aussi « passer en force » si le travailleur ne souhaite guère modifier les pratiques religieuses contractualisées lors de l'embauchage, par le ministère du *congé-modification* **(b)**.

a. Par accord mutuel : le contrat modificatif

En principe, la modification du contrat de travail n'est subordonnée à l'observation d'aucune forme particulière, dans la mesure où elle n'est qu'une modalité particulière de la formation du contrat qui obéit aux mêmes règles (art. 12 CO)¹¹⁰⁹. Sa contractualisation peut ainsi s'opérer de deux manières : le *contrat (i)* est pour ainsi dire la voie naturelle, mais pas la seule ; la contractualisation peut aussi intervenir de manière *tacite (ii)*¹¹¹⁰.

(i) Par accord exprès

Le droit de l'employeur de donner des directives en vertu de l'art. 321d CO est, sous réserve des limites déjà étudiées, dispositif (art. 361 et 362 CO *a contrario*). On peut dès lors imaginer que les parties conviennent contractuellement de supprimer ou de limiter les directives de l'employeur sur l'exercice de la liberté religieuse¹¹¹¹. Cela signifie que plus les précisions contractuelles relatives à l'exercice de la liberté religieuse sont nombreuses, plus les droits de l'employeur de modification unilatérale s'amenuisent.

L'employeur peut aussi s'engager *unilatéralement* à ne pas modifier des éléments du rapport de travail. Cet engagement ne peut lui-même être modifié, par conséquent, qu'en respectant le régime des modifications des éléments contractuels du rapport de travail¹¹¹². À l'inverse, le droit institué de modification unilatérale d'un élément contractuel du rapport de travail qui serait consacré par une clause du contrat au bénéfice de l'employeur peut se heurter à la protection de la personnalité du travailleur et à l'interdiction de l'abus manifeste d'un droit, tant dans le contenu de la modification que dans sa manière¹¹¹³.

¹¹⁰⁸ Cf. *supra* Chap. 4, II, B.

¹¹⁰⁹ TF 7 juillet 2022, 4A_126/2022, c. 3.1.1.

¹¹¹⁰ WITZIG, Modification, 58 ; Gewerbliches Schiedsgericht BS, 15 septembre 1988, JAR 1990 132.

¹¹¹¹ WITZIG, Modification, 85.

¹¹¹² PORTMANN/WILDHABER, N 588.

¹¹¹³ WITZIG, Modification, 126 ss.

L'offre modificative contraire aux normes impératives interdisant la discrimination, fondée par hypothèse sur la religion (art. 8 al. 2 Cst.) revêt une nature à la fois abusive et discriminatoire, de sorte que le salarié ayant accepté une telle offre peut faire valoir la nullité de l'avenant au contrat et se prévaloir des anciennes conditions de travail (avec effet *ex tunc*) en tout temps, sous réserve de l'abus de droit¹¹¹⁴.

(ii) Par accord tacite

La contractualisation peut aussi résulter du comportement adopté par les parties, soit par accord tacite¹¹¹⁵. Toutefois, lorsque l'employeur se contente de tolérer un certain comportement du travailleur, il ne faut pas automatiquement en conclure qu'un processus de contractualisation est advenu¹¹¹⁶. Par exemple, si l'employeur tolère quelques fois que le travailleur prie pendant les heures de travail, ce dernier ne peut pas en tirer automatiquement un droit acquis à prier à sa guise durant le temps de travail. Ici comme à chaque fois en matière de contrat, il convient de déterminer et d'interpréter la volonté des parties. Dans le doute, on optera généralement pour un maintien de la situation d'origine, sauf si l'employeur a toléré les nouvelles conditions de manière flagrante et sur une durée telle que la confiance du salarié pouvait légitimement naître en faveur d'une contractualisation de la nouvelle situation¹¹¹⁷. La contractualisation tacite est à rapprocher de l'*usage*¹¹¹⁸ qui, comme pour les gratifications versées trois ans d'affilée sans réserve – ou avec une réserve vide de sens sur une plus longue durée –, permet d'inférer un droit du travailleur de porter des signes religieux qui n'ont pas soulevé d'objection de l'employeur, même en violation des directives¹¹¹⁹.

En revanche, lorsque la modification est *défavorable* au travailleur, l'acceptation tacite par le travailleur n'est admise par la jurisprudence que dans des situations exceptionnelles, le juge devant faire preuve de retenue¹¹²⁰. D'après le Tribunal fédéral, lorsque l'employeur réduit unilatéralement le salaire, le seul fait que l'intéressé continue son travail sans formuler nulle objection ne saurait être interprété, selon les règles de la bonne foi, comme une acceptation tacite de cette réduction. Ce n'est que s'il continue à travailler de nombreux mois sans protester que, selon les circonstances, son comportement pourra être considéré comme l'expression d'un consentement¹¹²¹. Au vu de la

¹¹¹⁴ LEMPEN, Modification, 123.

¹¹¹⁵ TF 26 novembre 2010, 4A_443/2010, c. 10.1.3; TF 8 mai 2007, 4A_23/2007, c. 4.3.

¹¹¹⁶ ZK-STAEHELIN, art. 321d N 14.

¹¹¹⁷ Dans ce sens TF 21 octobre 2003, 4C.173/2003, c. 4.2; WITZIG, Modification, 84; ETEMI, N 159.

¹¹¹⁸ Cf. Gabriel AUBERT, «L'usage en droit du travail», *DTA* 2001 95-102.

¹¹¹⁹ TF 4 février 2019, 4A_430/2018, c. 5.2.1; TF 10 octobre 2018, 4A_78/2018, c. 4.3.2.1; TF 5 septembre 2018, 4A_513/2017, c. 5.3.1.

¹¹²⁰ ATF 109 II 237, JdT 1984 I 158, c. 2b; TF 21 mai 2003, 4C.62/2003, c. 3.2.

¹¹²¹ TF 23 juin 2017, 4A_216/2017, c. 5.2; TF 27 juin 2000, 4C.22/2000., c. 3c; TF 19 avril 2002, 4C.27/2002, c. 2.

position de faiblesse – économique, sociale et juridique – du travailleur, il sera peu enclin à ne pas suivre la nouvelle règle modifiée, de crainte de représailles; à suivre la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui valide un système de modification unilatérale du contrat de travail, le travailleur se trouve dans l’alternative vicieuse «se soumettre ou se démettre»¹¹²². Raison pour laquelle une partie de la doctrine critique¹¹²³ – et même certains tribunaux cantonaux¹¹²⁴ –, parfois avec une certaine véhémence, le système de l’acceptation tacite en défaveur du travailleur.

b. Sans le consentement du travailleur: le congé-modification

Le droit de l’employeur de donner des instructions ne peut pas élargir le cadre des obligations résultant du contrat de travail, ni modifier unilatéralement ces dernières¹¹²⁵. Si une instruction de l’employeur outrepassé ce cadre, elle ne constitue plus une directive au sens de l’art. 321d CO, mais doit être considérée comme une offre de l’employeur de modifier le contrat de travail, laquelle doit nécessairement obtenir l’assentiment du travailleur¹¹²⁶. En pratique, la doctrine soulève la distinction parfois délicate entre la directive et la modification du contrat, «parce que les éléments essentiels de la relation de travail ont pu évoluer sans que les parties aient formellement mis à jour le contrat initial»¹¹²⁷.

Si le travailleur ne donne pas son assentiment à une modification qui péjore ses conditions de travail, l’employeur recourra au *congé-modification* (*Änderungskündigung*) pour modifier unilatéralement le rapport de travail, c’est-à-dire que le travailleur se verra signifier une résiliation du contrat de travail accompagnée d’une offre de conclure un nouveau contrat à des conditions moins favorables¹¹²⁸. Le congé et la proposition ne sont pas nécessairement simultanés, mais le congé est destiné à exercer une forme d’incitation à accepter le nouveau contrat¹¹²⁹.

Les conditions de son utilisation ne sont pas insurmontables à réaliser pour l’employeur: il existe une licéité de principe qui est renversée si l’employeur en abuse pour punir le travailleur, s’il ne respecte pas le délai de congé applicable à la relation de travail ou s’il y a une absence de justification matérielle ou économique¹¹³⁰. En

¹¹²² BSK ORI-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321d N 5.

¹¹²³ WITZIG, Modification, 143 ss; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 320 N 16; GLOOR, Congé-modification, 252.

¹¹²⁴ TC GE 22 octobre 2002, JAR 2003 201; réticent TC GE 20 janvier 1997, JAR 1998 134.

¹¹²⁵ TF 5 septembre 2006, 4C.186/2006, c. 2.3.

¹¹²⁶ DUNAND, Commentaire du contrat de travail, art. 321d N 22.

¹¹²⁷ *Ibid.*, art. 321d N 21.

¹¹²⁸ À ce sujet, lire la thèse de JOERIN.

¹¹²⁹ ATF 123 III 246, JdT 1998 I 300; TF 22 novembre 2002, 4C.209/2002, c. 2.1; TF 2 août 2007, 4A_192/2007, c. 4.

¹¹³⁰ Cf. TF 20 mars 2019, 4A_166/2018, c. 3.2: «Un congé donné pour le motif que le travailleur n’a pas accepté une modification du contrat (congé-modification au sens large) n’est pas abusif

plus des critères *extrinsèques* à l'entreprise (tels que la conjoncture économique ou l'évolution du marché) et *intrinsèques* à l'entreprise (tels que la rentabilité ou la productivité), une partie de la doctrine a mis en avant le *critère inhérent à la personne du travailleur*, qui peut justifier un congé-modification lorsque ses compétences ou sa personnalité l'empêchent par suite de certaines circonstances d'exécuter totalement ou partiellement son travail, pensons au cas du boucher refusant d'un coup d'exécuter sa prestation à la suite d'une conversion religieuse qui l'empêcherait d'entrer en contact avec de la viande et qui justifierait une réaffectation dans l'entreprise¹¹³¹.

Dans tous les cas, la cause inhérente à la personne du travailleur doit avoir une incidence négative sur le travail dans l'entreprise, ce qui signifie que le congé-modification proposé à un travailleur ayant décidé de porter un signe religieux visible dans une entreprise avec un règlement muet sur ce sujet, à un poste qui n'implique pas de contact avec des clients, est à notre sens dépourvu de justification et abusif¹¹³².

Il arrive aussi qu'un congé-modification repose sur plusieurs motifs, dont certains sont admissibles, comme ceux économiques, et d'autres sont abusifs et discriminatoires, à l'instar de la religion. Lorsque le motif abusif a joué un rôle déterminant dans la décision de licencier, le congé-modification doit être qualifié d'abusif et discriminatoire¹¹³³.

À la lecture de certaines décisions, on sent globalement la volonté de juger la validité d'un congé-modification en équité¹¹³⁴. Mais de manière générale, on peut dire que lorsque la modification proposée sous la menace de licenciement n'est pas totalement déraisonnable, disproportionnée et qu'elle ne vise pas à «jouer un mauvais tour» au travailleur, le congé-modification ne sera pas abusif¹¹³⁵. Ce qui fait dire à un auteur que la «situation actuelle de la Suisse n'est pas satisfaisante. Les congés-modification abusifs sont nombreux. Dans la plupart des cas l'offre modificative y contenue est acceptée, fût-elle abusive. À ce jour, le contrôle judiciaire du phénomène ne s'exerce qu'une fois les rapports de travail terminés à l'initiative de l'employeur», et de proposer *de lege ferenda* un contrôle *pendente contractu*, à l'instar de ce qui se fait en droit du bail (*cf.* art. 270b CO)¹¹³⁶.

en tant que tel. Il peut l'être dans des circonstances particulières, si l'employeur a proposé des modifications appelées à entrer en vigueur avant l'expiration du délai de résiliation, s'il utilise la résiliation comme moyen de pression pour imposer au travailleur une modification injustifiée ou encore si le congé est donné parce que l'employé refuse de conclure un nouveau contrat qui viole la loi, la convention collective ou le contrat-type applicables».

¹¹³¹ JOERIN, 99 s.; GLOOR, Congé-modification, 258.

¹¹³² WALLNER, 175.

¹¹³³ LEMPEN, Modification, 125 s., et les réf. citées.

¹¹³⁴ ArbG ZH 25 janvier 2011, JAR 2012 574.

¹¹³⁵ Expression utilisée dans TF, 3 juin 2013, 4A_748/2012, c. 2.3.

¹¹³⁶ GLOOR, Congé-modification, 267 s.

2. *La religion comme condition de travail*

Dans la grande majorité des cas, les modalités d'exercice de la religion dans les rapports de travail ne sont pas abordées par le contrat de travail. En tant qu'éléments accessoires de la relation et non-contractualisées relèvent-elles dès lors du domaine des *conditions de travail*, soumises au pouvoir de direction de l'employeur qui peut édicter des directives individuelles ou générales s'adressant à tous les travailleurs ou à une catégorie déterminée d'entre eux, par exemple sur les congés pour cause religieuse, les rites religieux exercés durant le temps de travail, le port de signes religieux ou l'interdiction de tout prosélytisme religieux¹¹³⁷.

L'employeur jouit d'une grande latitude pour émettre des instructions relatives à l'organisation du travail et au comportement du travailleur. Dans les entreprises de tendance religieuse, le travailleur est réputé avoir accepté dès son engagement de se soumettre à un certain code de conduite ; pour que le consentement du travailleur soit réel, il faut néanmoins que la tendance de l'entreprise soit clairement énoncée et reconnaissable dès les pourparlers et il peut être utile de détailler – par exemple *via* une clause contractuelle ou dans le règlement d'entreprise – le contenu exact de ce qu'implique la tendance de l'entreprise sur la façon d'exécuter le travail et le comportement du travailleur (tenue vestimentaire, abstention de la critique, promotion active de certaines valeurs, etc.)¹¹³⁸.

Le régime des modifications des conditions de travail est celui de la *liberté de modification*¹¹³⁹. Si aucune modalité de mise en œuvre n'est prévue (délai de prévenance, convocation à un entretien, envoi d'une lettre recommandée, droit de consultation), la modification est toujours valable et en principe non abusive. Toutefois, sauf motif impératif, un délai de prévenance est bienvenue avant de faire entrer en vigueur la modification décidée¹¹⁴⁰. La seule limite pertinente pour nous relève de l'abus de droit, l'employeur ne pouvant faire un usage manifestement abusif de son pouvoir de direction en modifiant intempestivement une directive ou lorsque la modification procède de la volonté de nuire à certains travailleurs, à charge pour le travailleur de prouver la mauvaise foi de l'employeur¹¹⁴¹. À l'inverse, s'il n'y a point de volonté de nuire, et même si elles ne sont pas justifiées par un motif objectif, le travailleur est tenu de les observer, sauf à être sanctionné¹¹⁴².

La question se pose de savoir si la modification du règlement du personnel (au sens de directives générales s'appliquant à tous les travailleurs) relève du domaine du contrat

¹¹³⁷ ETEMI, N 21.

¹¹³⁸ WITZIG, Modification, 59 s.

¹¹³⁹ *Ibid.*, 95.

¹¹⁴⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 321d N 7.

¹¹⁴¹ RUDOLPH, 4. Sur les problèmes induits par le fardeau de la preuve, JOERIN, 105 ss.

¹¹⁴² WITZIG, Modification, 99.

ou des conditions de travail. Witzig s'interroge sur sa nature en envisageant l'alternative suivante : ou bien c'est une sorte d'«annexe contractuelle» à laquelle les salariés seraient censés avoir tacitement consenti lors de l'embauchage, autorisant l'employeur à le modifier à sa guise ; ou bien ce serait un élément contractuel du rapport de travail, dont la conséquence serait qu'il ne pourrait plus être modifié qu'en conformité avec le régime de modification des éléments contractuels du rapport de travail¹¹⁴³. Selon lui, il faut lui reconnaître une nature contractuelle à propos de toutes les clauses portant sur des éléments relevant des éléments contractuels du rapport de travail et une nature non contractuelle pour les éléments ressortissant au domaine des conditions de travail qui n'ont pas été contractualisées¹¹⁴⁴. Pour les pratiques religieuses contractualisées, les principes s'appliquant à la modification tacite en défaveur du travailleur s'appliquent dès lors peu ou prou de la même façon à une modification du règlement d'entreprise¹¹⁴⁵.

D'aucuns ont mis en évidence un délitement du principe du consentement du travailleur en présence d'une clause dite «de variation» en vertu de laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier à sa guise le lieu ou l'horaire de travail, voire la rémunération du travailleur : le salarié ne doit pas davantage pouvoir consentir en blanc à la modification de son contrat de travail ; l'unilatéralisme de l'employeur n'est possible que pour ce qui relève de son pouvoir de direction et il ne peut se dispenser du consentement du salarié, directement ou indirectement, lorsqu'il s'agit de modifier le contrat de travail¹¹⁴⁶.

Dans un arrêt de 1990, le Tribunal du district d'Arbon dans le canton de Thurgovie a considéré que la directive générale et orale interdisant le port du voile islamique au travail n'était pas valable face à une salariée licenciée pour l'avoir porté car il ne s'agissait justement que d'une directive orale, qu'elle n'était pas en vigueur au moment de l'embauche de la salariée, qu'elle ne s'inscrivait dans aucun but objectif et raisonnable pour l'entreprise («*im Rahmen der betriebliche Bedürfnisse*»), ce qui était pourtant nécessaire au vu de l'importance de la liberté religieuse, qu'elle était par conséquent illégale et que la salariée n'avait pas à s'y conformer. Le tribunal tempère en disant qu'il en serait allé différemment si elle avait été intégrée contractuellement¹¹⁴⁷, ce qui concorde avec une évolution doctrinale, plus récente que l'arrêt, conseillant d'être plus sévère avec le mode de communication lorsque la directive touche les droits fondamentaux du salarié¹¹⁴⁸.

¹¹⁴³ WITZIG, Modification, 86 ; dans ce sens TPH GE 8 mars 1993, JAR 1994 123 ; SENTI, 1084.

¹¹⁴⁴ À l'instar de SENTI, 1086.

¹¹⁴⁵ BRÜHWILER, art. 320 CO N 10c.

¹¹⁴⁶ FABRE-MAGNAN, Consentement, 467, qui analyse les dérives jurisprudentielles dans ce sens.

¹¹⁴⁷ BezG Arbon (TG), 17 décembre 1990, c. 4b, JAR 1991 254, RSJ 1991 176.

¹¹⁴⁸ Cf. ETEMI, N 49 ss, spéc. 54, et les réf. citées.

Il ne faut pas non plus sous-estimer le potentiel discriminatoire des offres de réaffectation à des postes en *back office* – sans contact avec la clientèle – en raison du refus d’ôter un foulard islamique (cacher le voile), où il est nécessaire dans ce cas de figure d’examiner si l’assignation à un autre poste repose sur des motifs objectifs non discriminatoires, ce qui implique d’examiner les motifs admis par la jurisprudence pour limiter le port de signes religieux dans l’entreprise¹¹⁴⁹.

3. *Droit de la fonction publique: l’État à la fois garant et partie au contrat*

D’une manière générale, le lien contractuel est un lien abstrait qui permet des choses concrètes. Mais « la liberté contractuelle [...] n’est pas concevable sans une foi partagée dans un Tiers garant des conventions »¹¹⁵⁰. Autrement dit, un contrat n’a d’existence que protégée que par un Tiers garant: d’abord les dieux, puis le roi et enfin l’État dans nos systèmes occidentaux laïques. Or cette exigence structurale risque de contrarier les accords conclus par les personnes publiques, car l’État est à la fois contractant et garant. Il aura naturellement tendance à éviter la relation contractuelle de ses stipulations pour préférer loger ses droits et obligations dans l’édiction d’actes administratifs unilatéraux¹¹⁵¹. La tendance à attribuer au contrat une qualité de source autonome et principale du rapport de travail liant le fonctionnaire à l’État est en ce sens paradoxale, puisque la théorie contractualiste, fondée sur l’égalité des droits des cocontractants, s’adresse originellement aux personnes privées.

À dire vrai, l’observation de la pratique montre que le régime de la modification des rapports de travail n’est pas tellement différent en présence de l’État-employeur. Dans les rapports de travail régis par le droit public, nous l’avons dit, ce n’est que lorsqu’un consensus entre les parties n’est pas trouvé que l’employeur peut ensuite faire usage de son pouvoir de modifier unilatéralement la situation juridique du travailleur en rendant une décision (*Verfügung*), susceptible de recours (*cf.* art. 34 al. 1 LPers)¹¹⁵².

La forme est en revanche plus exigeante qu’en droit privé, ceci dans le but d’assurer une plus grande sécurité juridique aux agents publics. La modification du contrat de travail doit par exemple se faire par la forme écrite, prescrit le droit fédéral de la fonction publique (art. 13 LPers et 30 OPers): « C’est seulement dans les cas où il apparaît que les rapports juridiques ne peuvent pas être fixés d’un commun accord que la voie de la décision souveraine et unilatérale selon la PA intervient »¹¹⁵³.

La religion n’étant quasiment jamais un élément contractualisé d’un rapport de travail de droit public, l’État-employeur utilisera son droit de donner des instructions

¹¹⁴⁹ LEMPEN, Modification, 133.

¹¹⁵⁰ SUPLOT, *Homo juridicus*, 157.

¹¹⁵¹ TAILLEFAIT, 768.

¹¹⁵² *Cf. supra* Chap. 3, I, B, 1.

¹¹⁵³ FF 1999 II 1421, 1451.

(art. 321d CO à titre de droit supplétif ou par analogie) pour aménager les pratiques religieuses dans la fonction publique¹¹⁵⁴. En cas de contestation à ce sujet, l'agent public soulèvera une atteinte à la liberté religieuse pour faire recours contre une telle directive, si elle affecte sa situation juridique selon l'échelle graduée déjà examinée¹¹⁵⁵. La notion d'«acte interne», en droit de la fonction publique, recouvre la même idée – et produit les mêmes effets juridiques, à savoir l'absence de contrôle judiciaire – que celle, en droit privé, de «conditions de travail modifiables par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction». Dans les deux cas, ni la fonction, ni la rémunération n'étant touchées, il relève de l'essence même de la relation de subordination que l'employeur puisse modifier le contenu de la prestation à fournir¹¹⁵⁶. Le Tribunal fédéral a cependant confirmé que l'acte individuel (*Einzelakt*) sur le port de signes religieux dans la fonction publique est une décision susceptible de recours¹¹⁵⁷.

Dans la fonction publique, il sied encore de dire qu'il n'existe pas de droit au maintien des conditions d'engagement telles qu'elles existaient au moment de l'embauche; une évolution de celles-ci suit les modifications que le législateur apporte au statut du personnel, sous réserve de la protection des droits acquis, lesquels constituent l'exception¹¹⁵⁸. Par exemple, le peuple genevois a approuvé en 2019 l'adoption de la loi sur la laïcité de l'État qui interdit aux agents de l'État l'expression de leur appartenance religieuse par des propos ou des signes extérieurs, ce qui a pu changer les conditions de travail pour un certain nombre de fonctionnaires genevois qui jusqu'ici étaient autorisés par leur hiérarchie à porter des signes religieux visibles¹¹⁵⁹. À l'inverse, la Loi sur la laïcité de l'État du Québec consacre un droit acquis aux fonctionnaires déjà en poste avant la présentation du projet de loi (soit le 27 mars 2019), qui pourront continuer de porter des signes religieux – même s'ils n'en portaient pas jusque-là –, aussi longtemps qu'ils occupent la même fonction et qu'ils travaillent pour la même organisation¹¹⁶⁰.

Si la décision prise dans un rapport de travail de droit public est viciée, par hypothèse parce qu'elle viole la liberté religieuse de l'agent public, elle sera alors révoquée aux conditions générales fixées par la jurisprudence¹¹⁶¹; une décision administrative qui n'est pas ou qui n'est plus conforme au droit en vigueur n'est pas, nécessairement et

¹¹⁵⁴ BPG-HELBLING, art. 8 LPers N 105.

¹¹⁵⁵ Cf. *supra* Chap 3, I, B, 4.

¹¹⁵⁶ Aurélien WITZIG, «Note dans le commentaire d'arrêt du TF 6 juillet 2021, 8D_8/2020», *Newsletter DroitDuTravail.ch*, août 2021.

¹¹⁵⁷ TF 11 mars 2019, 2C_546/2018, c. 1.1.3 (l'espèce concernait un recours abstrait cependant).

¹¹⁵⁸ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 566 s.

¹¹⁵⁹ Art. 3 al. 5 de la loi sur la laïcité de l'État, entrée en vigueur le 9 mars 2019 (RS/GE A 2 75), ATF 148 I 160 ainsi qu'*infra* Chap. 5, V, C, 1.

¹¹⁶⁰ Clause dite d'antériorité ou du «grand-père», art. 31 de la Loi sur la laïcité de l'État, RLRQ, c. L-0.3 et *infra* Chap. 7, II, B, 3, c.

¹¹⁶¹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 566.

de ce seul fait, révocable. Il convient au contraire de mettre en balance d'une part l'intérêt qui s'attache à une application sans faille du droit objectif, d'autre part les exigences de la sécurité du droit. Ce sont, en principe, ces dernières qui l'emportent lorsque la décision en question a créé un droit subjectif au profit de l'administré, ou lorsque celui-ci a déjà fait usage d'une autorisation qui lui avait été délivrée, ou encore lorsque la décision est intervenue au terme d'une procédure au cours de laquelle les divers intérêts en présence ont fait l'objet d'un examen approfondi. Il ne s'agit toutefois pas d'une règle absolue. Une révocation peut en effet intervenir – moyennant juste réparation – même dans l'une des trois hypothèses précitées lorsqu'un intérêt public particulièrement important le commande. À l'inverse, les exigences de la sécurité du droit peuvent être prioritaires même lorsqu'aucune de ces trois hypothèses n'est réalisée¹¹⁶².

4. *Les principes généraux du droit privé inadéquats au droit du travail*

Jusqu'ici observons-nous que les outils institués par le droit du travail donnent la primauté à la volonté de l'employeur. Quittons alors un instant le domaine spécifique du droit du travail pour chercher en droit privé des principes généraux qui ne subordonnent pas le travailleur à la « toute-puissance » normative de l'employeur. Car après tout, les dispositions régissant le contrat de travail sont principalement contenues dans le Titre dixième du code des obligations, lui-même constituant le livre cinquième du code civil, et la jurisprudence rendue en droit du travail emprunte beaucoup au droit commun des contrats et, plus généralement, au droit des obligations¹¹⁶³.

Que nous offre ce dernier ? Il suffit, pour s'en rendre compte, de dresser la liste des diverses échappatoires mises en places par le droit privé, et de constater que les deux principes qui sourdent fréquemment de la doctrine, le recours à la *volonté hypothétique des parties en cas de lacune contractuelle* sur les pratiques religieuses d'une part (1), *l'adaptation du contrat par la théorie de l'imprévision* en cas de conversion religieuse d'autre part (2), ne siéent pas, ou très mal, aux mécanismes prévalant en droit du travail.

a. *Lacune du contrat sur les pratiques religieuses : complètement par la volonté hypothétique des parties*

Le contrat de travail sera le plus souvent muet sur la place accordée aux pratiques religieuses au travail. Lorsqu'en cours d'exécution du contrat, un contrat de travail se révèle lacunaire, parce que les parties se trouvent confrontées à un problème qu'elles n'avaient pas envisagé lors des pourparlers, le juge doit combler cette lacune comme l'auraient fait des partenaires « raisonnables » : il doit rechercher la *volonté hypothétique*

¹¹⁶² ATF 107 Ia 193, c. 3e; ATF 103 Ib 241, c. 3b; ATF 105 Ia 207, c. 2b, JdT 1981 I 486; ATF 103 Ia 505, c. 4a, JdT 1979 I 364.

¹¹⁶³ DOĞAN YENİSEY, 18 ss.

tique des parties et déterminer ce qu'elles seraient convenues selon les règles de la bonne foi, en prenant appui sur le standard d'un partenaire raisonnable et sur l'essence et le but de la convention des parties¹¹⁶⁴.

L'expérience n'a pas exactement confirmé cette vue. Il y a certes des volontés implicites en ce sens que des stipulations peuvent entraîner des conséquences nécessaires que les parties sont réputées avoir voulues, bien qu'elles n'aient pas eu conscience de la portée de leur accord; mais souvent la difficulté imprévue ne peut être résolue par la déduction d'une telle conséquence. Comme l'a bien dit Batiffol, «la prétendue recherche de l'intention implicite des parties, dont se colorent toujours les motifs des arrêts, est un leurre, car si lesdites parties avaient eu une intention à ce sujet elles l'auraient exprimé devant l'incertitude de la solution. Et comme il y en a au moins deux possibles, que chacun des contractants invoque respectivement parce qu'elle lui est avantageuse, nul ne peut dire [...] lequel des deux l'aurait emporté si l'opposition de leurs intérêts leur était apparue. À moins de présumer que c'est la partie économiquement la plus forte qui aurait imposé son choix à l'autre [...]», ce qui conduit à toujours donner préséance à la volonté de l'employeur.

«En réalité, les tribunaux recherchent quelle est la solution raisonnable du différend, étant donné les stipulations existantes. Les Anglais appellent très justement cette opération *<construction>*. Il ne s'agit plus de retrouver une volonté inexistante, mais de dire le juste et le raisonnable étant donné la situation créée. Autrement dit on retrouve l'idée que les parties ont consenti à se placer dans une situation, dont elles ont sans doute déterminé elles-mêmes un certain nombre de traits, mais la suite leur échappe: du fait qu'elles ont entrepris une certaine activité, l'objectivité des conséquences sera appréciée par le juge, qui leur imposera des obligations auxquelles elles n'avaient certainement pas pensé»¹¹⁶⁵. Les Allemands parlent dans la même veine d'interprétation «complétante» (*ergänzende Auslegung*). C'est en définitive plus la recherche d'une solution *juste* que la solution *hypothétiquement voulue par les parties* qui préside à l'opération intellectuelle du juge dans cette situation.

Le complètement du contrat par suite d'une lacune sur les pratiques religieuses qui se manifeste après la conclusion du contrat, dès lors qu'elle nécessite une saisine judiciaire, est tout à fait théorique. Dans les faits, c'est le pouvoir de direction de l'employeur qui imposera sa solution, puisque si le contrat n'a rien prévu quant aux pratiques religieuses au travail, c'est qu'elles n'étaient pas un élément contractualisé du rapport de travail, et qu'elles sont donc soumises au régime de la modification des conditions de travail examinée plus haut¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁴ ATF 132 V 278, c. 4.3; ATF 133 III 421, c. 4.1; TF 9 novembre 2011, 4A_356/2011, c. 7.1.

¹¹⁶⁵ BATIFFOL, 17 s.

¹¹⁶⁶ Cf. *supra* Chap. 5, I, B, 2.

b. L'adaptation du rapport de travail à un changement de pratiques religieuses

La *théorie de l'imprévision*, autrement appelée *clausula rebus sic stantibus* ou *hardship*, est une institution particulière du droit des obligations qui pose la question de l'*adaptation* du contrat par le juge à la suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants : littéralement, elle signifie que tout contrat de durée est censé n'être conclu que sous la condition selon laquelle son maintien est subordonné à la persistance de la situation factuelle qui existait au moment de sa conclusion, de telle sorte que l'alteration *grave* de cet état de fait justifie la caducité ou l'adaptation de l'accord originaire¹¹⁶⁷.

Cette théorie, qui s'est progressivement arrimée sur l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) puis la bonne foi en affaires (art. 2 al. 1 CC)¹¹⁶⁸, exige d'une part des circonstances *nouvelles, inévitables et imprévisibles*, d'autre part une *charge excessive* pour le débiteur¹¹⁶⁹. Le droit suisse la consacre expressément à l'art. 373 al. 2 CO pour le contrat d'entreprise. La jurisprudence a vu dans cette consécration particulière l'expression d'un principe général selon lequel le juge peut modifier ou anéantir un contrat lorsque, du fait de circonstances postérieures à la conclusion du contrat et imprévisibles, se produit une disproportion manifeste entre prestation et contre-prestation qui rend abusive la prétention de l'autre partie¹¹⁷⁰. La disproportion ne doit pas être le résultat d'une faute imputable à celui qui s'en prévaut¹¹⁷¹.

L'adaptation du contrat par le juge en vertu de cette théorie n'est donc possible que si l'on se trouve en principe dans le cas d'un contrat de durée déterminée de longue durée, que la durée du contrat restant à courir soit longue et que l'employeur se prévale de circonstances tout à fait extraordinaires, face auxquelles il n'a aucun moyen de résister et qui étaient impossibles à prévoir lors de la conclusion du rapport de travail¹¹⁷².

La théorie de l'imprévision n'autorise pas l'employeur à demander une modification unilatérale d'une clause contractuelle simplement lorsque l'on peut considérer que cette modification peut être raisonnablement imposée au salarié. Une telle possibilité ne paraît pas rigoureuse juridiquement. Pourtant, cette voie est empruntée, observe la doctrine, par un certain nombre de juges, alors que les conditions de cette théorie sont

¹¹⁶⁷ Entrée « Théorie de l'imprévision », *Vocabulaire juridique* de CORNU.

¹¹⁶⁸ Comp. ATF 97 II 390, c. 6, JdT 1973 I 80 et ATF 127 III 300, JdT 2001 I 239.

¹¹⁶⁹ PICHONNAZ, 26 ss. Dans une perspective comparatiste, cf. Peter JUNG, « L'interprétation supplétive et la théorie de l'imprévision – le nouveau droit français à la lumière des droits allemand et suisse », in Mariola Lemonnier/Reiner Schulze/Dagmara Skupień (édit.), *La réforme du droit des contrats en France – réflexions de juristes européens*, Łódź, 79-114.

¹¹⁷⁰ ATF 97 II 390, c. 7 (arrêt inaugural); ATF 100 II 345, c. 2b, JdT 1975 I 614; ATF 127 III 300, c. 5; TF 29 mars 2009, 4A_595/2008.

¹¹⁷¹ ATF 113 II 513, c. 3b, JdT 1989 I 10.

¹¹⁷² WITZIG, Modification, 168; TF 24 mai 2006, 4C.61/2006, c. 3.3: refuse de l'appliquer à un contrat de dix-huit mois.

strictes et doivent être respectées sous peine de réduire encore le principe de force obligatoire des contrats¹¹⁷³.

En pratique, comme pour le complètement du contrat en cas de lacune de ce dernier, la théorie de l'imprévision suppose de saisir le juge, qui va décider du nouveau contenu contractuel qui doit venir remplacer l'ancien. Non seulement son application est rarissime en droit du travail¹¹⁷⁴, mais elle n'a pas vocation à s'appliquer aux éléments accessoires du rapport de travail, tels que les pratiques religieuses, fussent-elles contractualisées, car ces dernières n'en demeurent pas moins des éléments adventistes que l'on voit mal bouleverser fondamentalement l'équilibre des prestations entre les parties au rapport de travail.

Cette théorie n'autorise pas plus le salarié à exiger une modification de l'horaire de travail à la suite de sa conversion religieuse qui l'empêche de travailler le vendredi après le coucher du soleil, même si des aménagements sont théoriquement possibles, alors qu'il avait initialement signé sans réserves un contrat de travail qui stipulait un horaire s'achevant à 18h39 pour le poste du soir¹¹⁷⁵.

En conclusion, les principes généraux du droit civil siéent mal au droit du travail, frappé de cette double nature contractuelle-égalitaire et communautaire-inégalitaire le rendant peu adapté à ces solutions qui ne peuvent fonctionner qu'en présence d'une égalité sinon économique, au moins juridique entre les contractants : le droit civil est « inapte à faire la théorie du pouvoir dans l'entreprise »¹¹⁷⁶. Car « en pensant la société comme une collection d'individus, la vision dominante de l'économie appréhende l'entreprise comme un individu-entreprise négociant avec un individu-salarié. L'asymétrie fondamentale entre le salarié et l'employeur qui se traduit par un rapport de subordination est occultée. C'est justement parce que le salarié n'est plus un sujet de droit au sein de l'entreprise tel que peut le concevoir le code civil que le droit du travail vient y remédier »¹¹⁷⁷.

II. Rites religieux *au* travail

L'entreprise n'est ni le domaine privé, ni une place publique¹¹⁷⁸. Le travailleur ne fait point déréliction de ses droits fondamentaux en s'engageant dans un rapport de tra-

¹¹⁷³ WITZIG, Modification, 168, qui cite ArbG ZH 18 août 2000, JAR 2002 165.

¹¹⁷⁴ Elle s'applique surtout à la rétribution des heures supplémentaires excédant notablement ce qui était convenu, cf. TF 4 février 2020, 4A_485/2019, c. 6.2.2.2-6.2.2.3. En droit de la fonction publique, cf. ROSELLO, N 381, et les réf. citées.

¹¹⁷⁵ CommEDH, décision *Konttinen c. Finlande* du 3 décembre 1996, 24949/94.

¹¹⁷⁶ LYON-CAEN, Principes généraux, 240.

¹¹⁷⁷ FRÉTEL, II.

¹¹⁷⁸ Elle se situe quelque part entre les deux à dire vrai, cf. *infra* Chap. 5, III, A, 1.

vail¹¹⁷⁹. Il y conserve une sphère d'autonomie qui peut se manifester durant les pauses et les congés, intervalles temporels durant lesquels le salarié est libre de vaquer à toute autre occupation tant qu'elle n'entre pas en contradiction avec son devoir de fidélité – le caractère rémunéré ou non du temps de pause n'entrant pas en ligne de compte à ce niveau¹¹⁸⁰. Mais en s'y engageant, le travailleur voit sa liberté religieuse drastiquement limitée en raison des contraintes professionnelles qui pèsent sur lui : temps de loisir diminué, devoir de diligence et de fidélité durant les heures de travail (*cf.* art. 321a CO), préservation de la paix au travail, etc.¹¹⁸¹.

La liberté de *culte*, qui englobe tout acte d'adoration et de vénération religieuse, individuel (prière au lieu de travail dans l'intimité) ou collectif (messe dominicale à l'église, prière du vendredi à la mosquée), ainsi que le droit d'accomplir les *rites religieux* propres à la célébration du culte (rites périodiques tels que l'Aïd el-Kebir aussi appelé Aïd el-Adha pour les musulmans, rites de passage comme le baptême chez les chrétiens ou la Bar-Mitsvah chez les juifs, rites alimentaires ou encore rites procesuels comme les ablutions précédant les prières en islam) est garantie par la liberté religieuse¹¹⁸² et est particulièrement susceptible d'entrer en collision avec deux types de contraintes inhérentes au rapport de travail : les contraintes *temporelles* (**A**) et *spatiales* (**B**).

Pour les pratiquants, la liberté de culte jouit d'une importance capitale¹¹⁸³. Dans certaines religions plus que d'autres le culte prescrit un certain nombre de rites qu'il est impérieux d'accomplir sous peine de sanctions plus ou moins sévères. Mêmement, au sein d'une religion, son observance varie d'un courant à l'autre et d'un croyant à l'autre. Le Conseil d'État français a reconnu, sans l'expliciter, le caractère *spécifique* de la liberté de culte¹¹⁸⁴, à l'aune de la cohésion sociale à laquelle elle participe et d'un « besoin profond des personnes humaines qui transcende les besoins matériels et ordinaires de type classique »¹¹⁸⁵.

¹¹⁷⁹ FABRE, 87 ; RAY, Libertés, 130.

¹¹⁸⁰ GREMPER, 84.

¹¹⁸¹ HÄNER, 397 ; GREMPER, 85.

¹¹⁸² CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N76 ; OTTENBERG, 93 ss. Voir ATF 129 I 74, c. 4.1, RDAF 2004 I 638.

¹¹⁸³ CourEDH, arrêts *Manoussakis et autres c. Grèce* du 26 septembre 1996, 18748/91, *Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et autres c. Turquie* du 24 mai 2016, 36915/10 et 8606/13, § 89 (accent sur l'importance et la valeur sacrée des cérémonies religieuses lorsqu'elles sont célébrées par des ministres du culte), *Vincent c. France* du 24 octobre 2006, 6253/03, § 134 ss, *Poltoratski c. Ukraine* du 29 avril 2003, Rec. 2003-V, § 166 et *Igors Dmitrijevs c. Lettonie* du 30 novembre 2006, 61638/00.

¹¹⁸⁴ CE, Ord., 18 mai 2020, n° 440366, § 32.

¹¹⁸⁵ Note relative à l'ordonnance du Conseil d'État du 18 mai 2020, n° 440366, de Thierry RAMBAUD, « Crise sanitaire et liberté de culte », *AJDA* 2020 1734-1440.

A. Rites religieux et *temps de travail*

Certains rites religieux tels que la prière prennent généralement place *pendant le temps de travail* et nécessitent en conséquence un aménagement de l'horaire de travail (1) tandis que d'autres rites tels que le pèlerinage et la participation à des fêtes religieuses requièrent au contraire une *absence du travail* par une prise de congé pour les accomplir (2).

1. Prière et horaire de travail

La question de la prière au travail comporte un intérêt pratique surtout pour les travailleurs musulmans. En effet, les cinq prières quotidiennes constituent le second des cinq piliers de l'islam (*salat*) et représentent en ce sens une obligation primordiale pour tout musulman ayant atteint la puberté¹¹⁸⁶.

La prière en islam est en effet plus susceptible d'entrer en collision avec l'horaire de travail, attendu que plusieurs des cinq prières quotidiennes peuvent avoir lieu durant un horaire de travail diurne classique (en particulier Salat Dhuhur, la prière de midi, Salat Asr, la prière de l'après-midi et Salat Maghrib, la prière juste après le coucher du soleil¹¹⁸⁷), que les heures de prière varient localement et au cours de l'année (car calquées sur le mouvement diurne), que dans le même temps les heures de prière doivent être ponctuellement respectées, qu'elle est précédée d'ablutions, qu'elle implique un espace délimité – par exemple par un tapis de prière qui marque l'usage religieux de cet espace –, qu'elle s'effectue dans l'intimité, qu'elle implique la prononciation de paroles à voix haute et qu'elle peut durer un certain temps (la prière de midi et celle de l'après-midi sont plus longues que celles de l'aube et du crépuscule par exemple et peuvent durer jusqu'à trente minutes)¹¹⁸⁸.

En bref, l'emprise de la prière en islam sur le temps est plus grande que la prière dans le christianisme, laquelle est moins codifiée, peut se faire seul, en tout temps et en tout lieu, sans objets de culte et s'avère généralement assez courte en comparaison avec la prière musulmane.

Seuls des motifs inévitables peuvent retarder une prière dans l'islam, et elle doit dans certains cas être rattrapée dès que possible¹¹⁸⁹, ce qui peut poser problème dans certaines professions dont le travail ne peut être interrompue entre deux intervalles de durée plus ou moins longue (chauffeurs poids lourds, de bus ou de trams, pilotes ...). Pour ces travailleurs, la pleine et entière satisfaction de leurs rites cultuels ne sera pas tou-

¹¹⁸⁶ Guy MONNOT, «*Ṣalāt*», *Encyclopédie de l'Islam*, t. VIII, Brill, 1995, 925-934.

¹¹⁸⁷ BÜCHLER, 431 et 441.

¹¹⁸⁸ Paul BALLANFAT, «*Prière canonique*», in Mohammad Ali Amir-Moezzi (édit.), *Dictionnaire du Coran*, Paris, Robert Laffont, 2007, 690-693 ; BÜCHLER, 431.

¹¹⁸⁹ BÜCHLER, 442.

jours possible, sauf à interrompre le travail sans droit¹¹⁹⁰. Le travailleur désireux d'exercer sa liberté de culte souhaitera donc naturellement arranger ses horaires en fonction de ses prières. Il pourra en tout cas prier pendant les pauses. Il n'existe cependant aucun droit du travailleur à ce que l'établissement des heures de travail et de repos tienne compte de ses besoins religieux ; la prise en compte des souhaits du travailleur pour la fixation des heures de travail de repos n'est accordée que pour les travailleurs ayant des *responsabilités familiales* au sens de l'art. 36 al. 1 LTr. Du reste, l'établissement, la gestion et la modification des horaires et des pauses de travail ressortit au domaine des conditions de travail fixées unilatéralement par l'employeur (art. 321d CO)¹¹⁹¹. En droit de la fonction publique, l'établissement de l'horaire de travail peut même découler d'un acte général et abstrait de nature réglementaire, ce qui compliquera sensiblement la contestation de l'horaire.

Le changement unilatéral de l'horaire de travail, alors qu'il était *contractuellement* convenu, est lui illicite car il faut dans ce cas recourir au congé-modification¹¹⁹². La pratique d'horaires réguliers durant une longue période peut aussi leur conférer une nature contractuelle. En pareil cas, une modification des horaires pratiqués nécessitera non seulement de consulter au préalable le personnel concerné mais aussi d'obtenir son accord¹¹⁹³.

Reprenant les principes développés pour la modification des conditions de travail dans le cas spécifique de l'horaire de travail, une partie de la doctrine récente s'amoncele dans une position convergente invitant l'employeur à scrupuleusement tenir compte de la vie *personnelle, familiale et sociale* du travailleur. Certains auteurs considèrent en effet ces éléments comme contractualisés par nature afin de protéger ces trois attributs de la personnalité du travailleur et éviter un abus dans les modifications du rapport travail¹¹⁹⁴. Si l'on suit ce mouvement doctrinal, la question de l'horaire de travail prend alors une acuité particulière dans notre contexte, puisque l'employeur désireux de modifier un horaire qui autorisait jusque-là un salarié à se conformer à ses heures de prières ou à s'absenter pour participer à une prière religieuse dans un lieu de culte et qui s'en trouverait empêché par cette modification devrait alors obtenir l'assentiment du travailleur ou, s'il ne l'obtient pas, recourir au congé-modification¹¹⁹⁵. Mais cette «contractualisation par nature» de certains éléments qui font partie intégrante de la personnalité du salarié ne repose sur aucun fondement juridique et risque de surcroît

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, 442, qui précise qu'une instruction interdisant *totalem* la prière au travail sans fondement objectif et raisonnable serait dépourvue de licéité.

¹¹⁹¹ CARRUZZO, art. 321d N 1 ; LEMPEN, Modification, 131.

¹¹⁹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321d N 3.

¹¹⁹³ LEMPEN, Modification, 131.

¹¹⁹⁴ WITZIG, Modification, 100 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 321d N 7.

¹¹⁹⁵ Voir en ce sens Gewerbliches Schiedsgericht BS, 15 septembre 1988, JAR 1990 132 ; WITZIG, Subordination, 62.

de créer un brouillage entre les éléments contractuels du rapport de travail et les conditions de travail résultant du pouvoir de subordination du salarié.

Pour protéger le travailleur d'un changement abusif ou intempestif de l'horaire de travail, nous proposons plutôt de systématiser le critère de *l'effet perturbateur de la modification sur le travailleur*, en portant l'attention sur les bouleversements qui peuvent être occasionnés sur sa vie privée, familiale ou sociale, critère déjà utilisé par le Tribunal fédéral à propos de la modification du lieu de travail¹¹⁹⁶. Cela veut dire que si la modification de l'horaire de travail a pour effet qu'un salarié se voit restreindre sa liberté de culte, l'examen juridique du changement d'horaire serait d'une plus grande sévérité en cas de contestation judiciaire, et il conviendrait alors de vérifier que le changement est justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché¹¹⁹⁷. Cet angle d'attaque nous paraît plus convaincant car il repose sur une jurisprudence existante, bien qu'erratique. Mais les auteurs qui évoquent cette approche relèvent dans le même temps les limites et le caractère secondaire de celle-ci, l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur ayant presque systématiquement pour effet une perturbation sur la vie du travailleur, sans que cet exercice ne soit nécessairement constitutif d'un abus de droit¹¹⁹⁸.

Le travailleur souhaitant un aménagement individualisé de l'horaire de travail ne doit de son côté pas perdre de vue que les directives organisationnelles de l'employeur, typiquement l'établissement de l'horaire de travail, ont aussi pour but d'assurer une égalité de traitement entre travailleurs et, *in fine*, le «travailler ensemble» (*Zusammenarbeiten*)¹¹⁹⁹. L'octroi de privilèges à certains salariés ou groupes de salariés doit ainsi être mis en balance avec le souci d'un traitement équitable des demandes d'adaptation de l'horaire (qui peuvent survenir de premier chef pour des motifs d'ordre familial) afin d'assurer une certaine cohésion entre les différentes demandes.

Mais si la prise en compte de tels souhaits est possible sans que cela n'entraîne d'inconvénients en termes de temps de travail pour les travailleurs qui n'ont pas demandé un tel aménagement, l'employeur devrait y accéder compte tenu de la possibilité d'épanouissement de la personnalité du travailleur que lui offre l'exercice de son culte¹²⁰⁰.

Ainsi la Cour de justice de Genève a jugé que la mise en place d'un horaire continu de 9h à 17h au lieu d'un horaire découpé (9h-18h avec une pause de 12h30 à 13h30) pour les salariés musulmans observant le Ramadan dans la succursale genevoise d'une

¹¹⁹⁶ TF 2 juillet 2002, 4C.115/2002, c. 2.3.

¹¹⁹⁷ Exactement dans ce sens à propos d'une modification de l'horaire de travail qui aurait un effet sur les droits fondamentaux du salarié, FABRE, 91 s.

¹¹⁹⁸ DOĞAN YENİSEY, 100 s. et 111.

¹¹⁹⁹ À ce propos, STAMM, 99.

¹²⁰⁰ BÜCHLER, 442; PAHUD DE MORTANGES/SÜESS, 134.

compagnie nationale d'aviation d'un pays d'obédience musulmane ne violait pas l'égalité de traitement entre les employés dans la mesure où les travailleurs effectuaient une journée de travail de 8 heures. Dans cette mesure, l'organisation d'un temps de travail différent pour permettre aux collaborateurs musulmans, ne prenant pas de pause à midi en raison du jeun, de quitter exceptionnellement le travail plus tôt le soir, est une différence de traitement opérée sur un motif justifié, dit le tribunal, de telle sorte qu'on ne saurait retenir une discrimination et, partant, une atteinte aux droits de la personnalité de la salariée qui se plaignait de discrimination religieuse à son encontre¹²⁰¹.

Quant à la rémunération du temps de pause durant lequel le travailleur exerce la prière, il ne l'est pas, sauf lorsque le travailleur n'est pas autorisé à quitter sa place de travail, auquel cas la pause compte alors comme temps de travail (*cf.* art. 15 al. 2 LTr¹²⁰²). Les parties peuvent convenir que le travailleur interrompra son travail pour prier et récupérera le temps de travail consacré à la prière en fin de journée ou à un autre moment dans la semaine.

2. Absence du travail pour accomplir des rites religieux

Le travailleur peut vouloir s'absenter du travail pour bénéficier du *repos hebdomadaire* prescrit par sa religion **(a)**, pour *participer aux fêtes religieuses* **(b)**, pour effectuer un *pèlerinage* religieux **(c)** ou pour *accomplir des charges religieuses* **(d)**.

a. Congé hebdomadaire et repos dominical

L'instauration en Europe du dimanche en tant que jour chômé trouve historiquement ses racines dans le christianisme, qui le sanctifie comme jour de culte et de repos¹²⁰³. En Suisse, le jour de repos hebdomadaire consacré par la loi est donc, à l'instar des autres pays occidentaux, le dimanche (*cf.* art. 329 al. 1 CO et 18 al. 1 LTr)¹²⁰⁴. Il a eu pour objectif originaire de permettre aux salariés de participer au culte dominical sans qu'il n'en résulte un conflit avec l'horaire de travail – la dérogation à l'interdiction du travail dominical étant soumise à des restrictions (art. 19 LTr) –, même si le maintien de ces dispositions remplit moins une fonction religieuse que séculière et sociale à no-

¹²⁰¹ Cour de justice GE 28 septembre 2006, CAPH/200/2006, c. 5a. Cet horaire a fait place à un autre horaire aménagé et continu de 9h à 16h30, qui lui «pouvait poser quelques problèmes au regard de l'égalité de traitement entre les parties, les employés musulmans bénéficiant alors d'un horaire de travail de 7 heures 30 au lieu de 8 heures», mais il a été abandonné après quelques jours.

¹²⁰² Qui prescrit des pauses d'au moins un quart d'heure, une demi-heure et une heure si la journée de travail dure respectivement plus de cinq heures et demie, sept heures et neuf heures.

¹²⁰³ Daniel PERRON, *Histoire du repos dominical, Un jour pour faire société*, Paris, L'Harmattan, 2010.

¹²⁰⁴ L'instauration du repos dominical et des jours fériés est même expressément consacrée par la Constitution allemande (art. 140 GG *cum* art. 139 WRV) et il y eut des discussions infructueuses en Suisse pour le faire, KARLEN, *Religionsfreiheit*, 342.

tre époque (régénération corporelle et psychique des travailleurs, temps de loisir et de communication sociale commun à toute la société)¹²⁰⁵.

Il est difficile voire impossible pour les États d’instaurer une législation garantissant aux membres de chaque communauté religieuse un droit absolu d’imposer un jour particulier comme leur jour saint, notamment dans les relations de travail. Le découpage différencié de la semaine de travail en fonction de chaque minorité religieuse doit être examiné au regard de la nécessité d’une certaine uniformité tenant à des raisons intrinsèques à l’entreprise (rationalisation de l’organisation de travail) et extrinsèques à celle-ci (intérêt public d’un ordre social unifié sur le plan calendaire)¹²⁰⁶.

Le congé dominical constitue un désavantage de fait pour deux minorités religieuses au moins : les musulmans et les juifs. Pour les musulmans, la prière du vendredi (*salāt al-jum’ah*) est la seule qui doive obligatoirement s’effectuer en communauté ; elle a lieu juste après midi et rassemble les hommes dans la mosquée, ce qui nécessite de s’absenter du travail pour la respecter¹²⁰⁷. L’absence à la prière du vendredi n’est possible que pour des motifs impérieux, ce qui a posé la question de l’impossibilité professionnelle comme motif excusable¹²⁰⁸.

Pour les juifs, le *shabbat* proscrie toute espèce de « travail » du vendredi au coucher du soleil au samedi à l’apparition des étoiles¹²⁰⁹. Il existe certes des exceptions prévues par la loi juive elle-même, telles que le principe du sauvetage de la vie (*piqouah nefech*) selon laquelle un juif a non seulement le droit, mais le devoir de transgresser toute règle religieuse pouvant compromettre le sauvetage de cette vie, exception pouvant s’appliquer aux médecins, infirmiers et secouristes, mais sa portée dans un contexte professionnel est somme toute limitée¹²¹⁰.

¹²⁰⁵ FF 1960 II 885, 995 ss ; ATF 116 Ib 270, c. 4a ; STÖCKLI/SOLTERMANN (trad. fr. Dominique GÜEX), Commentaire LTr, art. 18 N 1 ; GREMPER, 131 ; KARLEN, Religionsfreiheit, 342. Lire Hilmar GORDON, *Die Sonn- und Feiertagsgesetzgebung nach schweizerischem Recht*, Zurich, Druck von Emil Rüegg, 1917.

¹²⁰⁶ CommEDH, décision *Konttinen c. Finlande* du 3 décembre 1996, 24949/94, 74 et 76, qui rejette le grief soulevé par le requérant d’une discrimination en ce que les chemins de fer finlandais auraient respecté le droit de ses collègues d’observer le sabbat le dimanche mais ne lui ont pas reconnu le droit de l’observer le samedi ; dans un sens similaire CommEDH, décision *Stedman c. Royaume-Uni* du 9 avril 1997, 29107/95, 109.

¹²⁰⁷ Coran, sourate 62 (Al-Jumua/le vendredi), verset 9.

¹²⁰⁸ BÜCHLER, 431. Dans la décision *X. c. Royaume-Uni* du 12 mars 1981, 8160/78, la Commission des droits de l’homme précisa qu’était contesté le point de savoir si l’islam exigeait du requérant qu’il participât aux prières du vendredi à la mosquée les jours de classe, dit autrement si le travail constituait une exception admise par la religion musulmane, sans prendre position – à juste titre (ch. 6 *en droit*).

¹²⁰⁹ Un traité talmudique tout entier a été consacré à l’étude de ce qui constitue ou non une violation du sabbat, avec des actions prohibées réparties sous trente-neuf rubriques, COHEN, 285 ss.

¹²¹⁰ HANSEL, 71 ss.

Le découpage de la semaine en Occident a déjà donné lieu à des contentieux au travail en rapport avec l'exercice de rites religieux. Cette restriction de la liberté religieuse pour certaines minorités religieuses a été justifiée d'une part par l'intérêt public d'avoir un ordre social unifié sur le plan calendaire¹²¹¹, d'autre part par le fait que le repos dominical tient plus aujourd'hui à des raisons séculières et sociales que proprement religieuses, et ce sens qu'il profite à tous les travailleurs au lieu des seuls salariés chrétiens, peu nombreux à aller à la messe au demeurant¹²¹².

Mais cette restriction est-elle seulement reconnue en droit ? L'ancienne Commission des droits de l'homme considéra que ne relève même pas de la protection de l'art. 9 CEDH la révocation d'un agent de l'État qui partait du travail plus tôt que ce que son contrat – qu'il avait signé sans émettre de réserves – stipulait 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 (*sabbat*)¹²¹³; il en a été de même pour une salariée du secteur privé licenciée à la suite de son refus de travailler par roulement le dimanche au prétexte que sa foi chrétienne la consacrait ce jour-là aux activités non professionnelles, familiales et religieuses¹²¹⁴. Dans ces deux affaires, la Commission a considéré que les mesures prises à l'encontre des salariés par les autorités n'étaient pas motivées par leurs convictions religieuses mais justifiées par les obligations contractuelles spécifiques liant les intéressés à leurs employeurs respectifs et que la liberté religieuse s'exprimait en démissionnant.

Dans la même veine, dans le cas d'un instituteur musulman qui ne pouvait pas se rendre à la mosquée pour la prière du vendredi en raison des cours qu'il devait dispenser, la Commission des droits de l'homme conclut qu'il n'y avait eu aucune atteinte dans la liberté religieuse du requérant, compte tenu des exigences de l'enseignement et du fait qu'il s'était lui-même, en signant ce contrat de travail, mis dans l'incapacité d'assister aux prières du vendredi, et qu'il lui suffisait de démissionner s'il estimait que ses obligations pédagogiques entraient en conflit avec ses devoirs religieux¹²¹⁵.

¹²¹¹ HAFNER/GREMELSPACHER, 90.

¹²¹² KARLEN, Religionsfreiheit, 342 s. La Cour suprême des États-Unis a jugé dans un sens similaire des affaires qui concernaient des juifs orthodoxes qui souhaitaient ouvrir leurs commerces le dimanche au lieu du samedi afin de respecter shabbat, cf. SCOTUS, *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961) et *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 420 (1961).

¹²¹³ CommEDH, décision *Konttinen c. Finlande* du 3 décembre 1996, 24949/94: le requérant, travaillant pour les chemins de fer finlandais, devint membre de l'Église adventiste du septième jour en cours d'emploi et respectait sabbat, de sorte qu'il ne travaillait plus le vendredi après le coucher du soleil, alors que son contrat stipulait que la journée de travail se terminait le 18 h 39. Après plusieurs avertissements, il fut révoqué.

¹²¹⁴ CommEDH, décision *Stedman c. Royaume-Uni* du 9 avril 1997, 29107/95.

¹²¹⁵ CommEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 12 mars 1981, 8160/78.

Tandis que la diversité religieuse est désormais affirmée, cette approche restrictive a été poursuivie par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire d'un avocat en Italie, de confession juive, qui participa en sa qualité de représentant d'un des plaignants à une audience devant un juge des investigations préliminaires relative à la production d'un moyen de preuve. Le juge titulaire étant empêché, son remplaçant invita les parties à choisir la date de renvoi de l'audience parmi deux possibilités. Le requérant fit valoir que les deux dates correspondaient à des fêtes religieuses juives (Yom Kippour et Souccot) et affirma son impossibilité d'être présent à l'audience de renvoi en raison de ses obligations religieuses. La date d'audience fut fixée pour l'une de ces deux dates et l'intéressé s'en plaignit, en vain. La Cour a conclu, par *quatre voix contre trois*, à une non-violation de la liberté religieuse car elle n'était pas persuadée que la fixation de l'audience litigieuse le jour d'une fête juive, ainsi que le refus de la reporter à une autre date, puissent s'analyser en une restriction au droit du requérant à exercer librement son culte¹²¹⁶. Même à supposer l'existence d'une ingérence, poursuit la Cour, celle-ci se justifiait par la protection des droits et libertés d'autrui, et en particulier le droit des justiciables de bénéficier d'un bon fonctionnement de l'administration de la justice et le respect du principe du délai raisonnable de la procédure¹²¹⁷.

Où l'on voit que la jurisprudence de Strasbourg considère avec une constance éprouvée que l'impossibilité, pour les minorités religieuses, d'assister à des fêtes religieuses ou d'accomplir des devoirs religieux prenant place sur des segments du calendrier officiel qui ne correspondent pas aux fêtes religieuses de la majorité de la population n'est pas considérée comme une ingérence dans leur liberté religieuse lorsque cette impossibilité naît d'une inconciliation avec des obligations professionnelles qu'ils ont initialement acceptées. Or les trois juges minoritaires de l'affaire *Francesco Sessa c. Italie* ont tenu à exprimer une opinion dissidente commune pour manifester leur désaccord avec le raisonnement de la majorité. Selon ces derniers, il y a bien une ingérence dans la liberté religieuse du requérant, dès lors que la présence de l'avocat requérant n'était pas nécessaire à l'audience, mais facultative, et qu'il appartenait à ce dernier et à lui seul, en fonction des intérêts de son client, d'utiliser ou non cette faculté qui lui est reconnue par le droit interne, sans que les autorités ne puissent s'immiscer dans l'exercice des droits de la défense ni présumer l'absence de nécessité de sa participation¹²¹⁸. Dans un second temps, les trois juges dissidents critiquent l'exa-

¹²¹⁶ CourEDH, arrêt *Francesco Sessa c. Italie* du 3 avril 2012, Rec. 2012-III. La Cour cite notamment le code de procédure pénale d'où il ressort que le renvoi d'une audience portant sur la production immédiate d'un moyen de preuve ne se justifie qu'en cas d'absence du ministère public et du conseil du prévenu, la présence à l'audience du conseil n'étant que facultative (§ 36).

¹²¹⁷ *Ibid.*, § 38.

¹²¹⁸ Opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Popović et Keller, § 6 de l'opinion séparée.

men du rapport de proportionnalité qui a été fait par la majorité pour juger de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique; cette question sera examinée plus tard, puisqu'elle fait appel aux *accommodements raisonnables*¹²¹⁹.

Sur le plan de l'égalité de traitement, nous avons vu qu'il n'y a violation du principe de l'égalité de traitement en droit du travail que si l'employeur accorde un privilège à une majorité d'employés, et non s'il ne privilégie qu'une minorité d'entre eux¹²²⁰. Même en présence d'une violation du principe de l'égalité de traitement, on ne pourrait pas en déduire un *droit de principe* au même exercice du droit: le travailleur de confession musulmane ne pourrait pas exiger de s'absenter le vendredi en début d'après-midi contre l'avis de son employeur au motif que ce dernier accorde un droit d'absence similaire à des collègues de même confession que lui ou d'autres confessions, d'autant plus qu'il y a lieu de tenir compte des contingences de l'organisation de l'entreprise qui peuvent justifier d'accorder ce privilège à certains et pas à d'autres en fonction de la nature du travail et des exigences respectives des postes qu'occupent les salariés¹²²¹.

Dans la mesure du possible pour la planification du travail, l'employeur devrait néanmoins s'escrimer d'accéder aux demandes des travailleurs membres de religions minoritaires pour l'établissement de l'horaire hebdomadaire de travail et les autres congés (cf. art. 329 al. 4 CO)¹²²². Certains employeurs conviennent des aménagements du temps de travail pour permettre à leurs salariés de confession adventiste, juive ou musulmane de respecter certains rites qui ne concordent pas avec les jours chômés de la semaine. L'art. 20a al. 3 LTr prévoit que le travailleur qui en fait la demande doit se voir accorder, si possible, le temps nécessaire pour assister à une fête religieuse. Historiquement, cette règle était destinée à permettre aux travailleurs devant travailler le dimanche d'assister à l'office religieux¹²²³. Actuellement, en tant que consécration de la liberté religieuse, la disposition doit être comprise plus largement, et la mention «si possible» figurant dans le texte légal doit être interprétée restrictivement¹²²⁴. Il peut à ce titre être invoqué par le travailleur musulman souhaitant assister à la prière du vendredi à la mosquée¹²²⁵.

L'absence prévisible, répétée et de courte durée, par exemple pour la prière du vendredi après-midi à la mosquée, ne donne pas droit au salaire en vertu de l'art. 324a

¹²¹⁹ Cf. *infra* Chap. 7.

¹²²⁰ Voir à ce titre, en France, Halde, Délibération n°2007-301 du 13 novembre 2007.

¹²²¹ CAMASTRAL, 73. Une telle réclamation étant formulée de bonne foi, le licenciement du travailleur serait en revanche abusif sur la base de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

¹²²² KARLEN, Religionsfreiheit, 442.

¹²²³ FF 1930 I 503; WYLER/HEINZER, 482.

¹²²⁴ WYLER/HEINZER, 482; PORTMANN/PETROVIC (trad. fr. Pierre SIEGENTHALER), Commentaire LTr, art. 20a N 37.

¹²²⁵ KuKo ArG-ZUBER, art. 20a LTr N 36.

CO car ce n'est pas un empêchement de travailler, et il faudra trouver une solution conventionnelle entre les parties, comme faire du vendredi un jour de congé hebdomadaire (*cf.* art. 329 al. 1 et 2 CO) ou prolonger la pause de midi pour la rattraper plus tard ; à ce défaut, le travailleur s'absentant du travail contre l'avis de son employeur ou sans l'en avertir n'est pas dans une situation d'empêchement de travailler, mais dans celle d'une violation de son devoir de fidélité qui peut justifier un licenciement ordinaire voire avec effet immédiat¹²²⁶. Il en va de même pour le salarié juif qui refuse de fournir son travail durant shabbat.

b. Jours fériés du calendrier chrétien et autres fêtes religieuses

Selon l'art. 20a al. 1 LTr, le jour de la fête nationale (1^{er} août) est assimilé au dimanche. Au surplus, les cantons peuvent y assimiler huit autres jours fériés par an au plus et les fixer différemment selon les régions. Comme pour le congé dominical, ces jours fériés avaient à l'époque une justification religieuse. Selon l'art. 14 de l'ancienne loi fédérale sur le travail dans les fabriques du 23 mars 1877, les huit jours fériés en cause ne pouvaient être imposés qu'aux travailleurs de la confession concernée, avec l'interdiction de prononcer des amendes en cas de refus de travailler durant d'autres jours de fêtes religieuses¹²²⁷. Chemin faisant, la sécularisation a transformé la fonction de ces jours fériés en les étendant à toute la classe salariée.

En marge des jours fériés légaux, l'art. 20a al. 2 LTr autorise le travailleur à interrompre son travail à l'occasion des fêtes religieuses autres que celles qui sont assimilées à des jours fériés par les cantons, à condition qu'il en avise son employeur au plus tard *trois jours* à l'avance, ceci dans le but de lui permettre d'organiser en conséquence le travail¹²²⁸. Cette règle est un relais législatif explicite de la liberté religieuse destiné en particulier aux travailleurs membres de religions minoritaires¹²²⁹. Au rang des fêtes non reconnues par les cantons, on trouve par exemple les fêtes religieuses des religions chrétiennes minoritaires dans le canton en question et des autres religions¹²³⁰.

En considération de l'obligation de l'employeur de respecter la personnalité du travailleur (art. 328 CO), le refus d'un congé demandé pour une fête religieuse doit être justifié par des impératifs supérieurs à l'intérêt du travailleur au respect de sa liberté de religion ; le refus devra être exceptionnel, se fonder sur la bonne marche de l'entreprise ou du service et faire l'objet d'une motivation exempte de toute considération discriminatoire¹²³¹.

¹²²⁶ Cour de justice GE 28 septembre 2006, CAPH/200/2006, c. 5b ; CAMASTRAL, 109.

¹²²⁷ PORTMANN/PETROVIC (trad. fr. Pierre SIEGENTHALER), Commentaire LTr, art. 20a N 1.

¹²²⁸ ZK-STAEHELIN, art. 321a N 10 ; BRÜHWILER, art. 321a N 2b.

¹²²⁹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 142 ; KuKo ArG-ZUBER, art. 20a LTr N 31.

¹²³⁰ PORTMANN/PETROVIC (trad. fr. SIEGENTHALER), Commentaire LTr, art. 20a N 30. Il s'agit p.ex. des fêtes religieuses protestantes dans les religions cantons catholiques ou l'inverse, le Noël des chrétiens orthodoxes, etc.

¹²³¹ WYLER/HEINZER, 482, avis que nous partageons. *Cf.*, en France, Défenseur des droits, décisions n^{os} MLD-2014-061 du 29 juillet 2014 (refus d'accorder à un fonctionnaire une autorisa-

Dans l'administration publique suisse, où l'art. 20a al. 2 LTr ne s'applique pas (art. 2 al. 1 let. a LTr), il n'existe en principe pas de dispositions prévoyant spécifiquement un droit de congé pour participer à des fêtes religieuses mais uniquement des dispositions légales prévoyant la possibilité de demander des congés, lesquelles doivent être interprétées à l'aune des art. 20a al. 2 LTr et 328 CO¹²³². En France, la stricte laïcité s'appliquant aux agents publics n'empêche nullement certains aménagements du temps de travail au nom de la liberté religieuse, dans la mesure où ils sont compatibles avec le bon fonctionnement du service¹²³³. La règle a été ancrée dans une circulaire¹²³⁴ tandis qu'une autre circulaire, régulièrement mise à jour, fixe la liste, non exhaustive cependant, des fêtes religieuses pour lesquelles des agents peuvent solliciter une autorisation d'absence¹²³⁵.

Dans l'islam, les deux fêtes authentiquement sacrées sont l'Aïd al-Fitr, qui fête la rupture du jeûne du mois de ramadan et la fête du sacrifice (l'Aïd al-Adha ou l'Aïd el-Kebir) et durent entre trois et quatre jours, mais il existe d'autres fêtes¹²³⁶. Le judaïsme connaît de très nombreuses fêtes, marquées par le repos, la recherche de la nourriture et de la boisson, la prière et l'étude. La plupart sont d'origine biblique et « sont liées soit à un fait historique, soit à un principe cosmique »¹²³⁷.

tion d'absence pour participer aux célébrations des fêtes de Yom Kippour et du Rosh Hashana sans justification concrète d'une contradiction de l'absence avec l'intérêt du service), 2017-066 du 14 décembre 2017 et 2019-077 du 9 mai 2019.

¹²³² Dans la fonction publique fédérale, l'art. 68 OPers dispose que les employés qui veulent interrompre leur travail sont tenus de demander un congé payé, partiellement payé ou non payé en motivant leur demande auprès de l'autorité compétente, laquelle doit examiner la demande en tenant compte des raisons invoquées et de sa situation professionnelle (cf. aussi art. 40 O-OPers). Cf. aussi art. 37 al. 1 let. a RPAC/GE qui dispose ce qui suit: « Si la bonne marche du service le permet, un congé extraordinaire sans traitement peut être accordé d'une durée de 1 à 5 jours par année civile, par la supérieure hiérarchique ou le supérieur hiérarchique du membre du personnel ».

¹²³³ CE, Ordonnance du 16 février 2004, *M. B.*, n° 264314: gardien d'immeuble de l'Office municipal d'habitations à loyer modéré de Saint-Dizier qui sollicita l'autorisation de s'absenter tous les vendredis de 14 heures à 15 heures pour se rendre à la mosquée, demande rejetée car incompatible avec les besoins du service public.

¹²³⁴ Circulaire n° 5209/SG du 13 avril 2007 relative à la charte de laïcité dans les services publics qui dispose que les agents publics « bénéficient d'autorisations d'absence pour participer à une fête religieuse dès lors qu'elles sont compatibles avec les nécessités du fonctionnement normal du service ».

¹²³⁵ Dans sa dernière version, Circulaire du 10 février 2012 relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différentes confessions.

¹²³⁶ BÜCHLER, 432.

¹²³⁷ Mais c'est *Kippūr* qui a éclipsé toutes les autres fêtes, qui consiste en un jeûne de vingt-quatre heures et une journée entière de prière en la synagogue, Gérard NAHON, « JUIVES FÊTES », *Encyclopædia Universalis*, consulté le 27 janvier 2023.

Les travailleurs de toute minorité religieuse ont droit de faire une telle demande de congé¹²³⁸, mais pour en bénéficier, il faut rendre vraisemblable son appartenance à telle communauté religieuse. Dans une affaire ayant occupé la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions macédoniennes avaient reconnu que la loi garantissait aux citoyens de confession musulmane le droit au congé payé les jours de leurs fêtes religieuses ; cependant, dans le cas particulier du requérant, la sincérité de son appartenance confessionnelle déclarée était douteuse puisqu'il ne connaissait pas les postulats fondamentaux de l'islam et qu'auparavant, il avait toujours célébré les fêtes chrétiennes, qu'il venait d'un milieu familial chrétien et que son mode de vie supputait une foi chrétienne. Les tribunaux avaient donc conclu que le requérant s'était proclamé musulman dans le seul but de pouvoir bénéficier de jours de congé supplémentaires. La Cour indique qu'il n'est pas contraire à l'art. 9 CEDH de faire peser sur l'intéressé la charge de fournir une justification *minimale* de l'authenticité de sa croyance, en particulier dans le contexte du droit du travail, lorsque la loi instaure un privilège ou une exemption spéciale pour les membres d'une communauté religieuse, et qu'en l'espèce aucun indice extérieur n'allait dans le sens d'une appartenance à la religion musulmane¹²³⁹.

Si la prise du congé pour des motifs religieux ne permet plus la satisfaction de la tâche du travailleur prévue par son contrat de travail, parce que celle-ci est trop fréquente ou trop longue, l'employeur peut réduire le temps de travail¹²⁴⁰. Si l'absence répétée et prolongée diminue objectivement et drastiquement l'aptitude du travailleur à exécuter correctement son travail, l'employeur est fondé, si aucune solution n'est trouvée entre les parties pour concilier les besoins du travailleur et les exigences de l'employeur, à résilier le contrat de travail¹²⁴¹.

¹²³⁸ Cf., en France, Défenseur des droits, décision n° MLD-2014-15 du 3 mars 2014 (refus d'accorder un congé le Vendredi saint non pas en raison des nécessités du service mais de la nature de la fête religieuse, le supérieur hiérarchique ayant pris en compte que le Vendredi saint n'était férié qu'en Alsace Moselle et qu'il fallait limiter les autorisations d'absence aux fêtes religieuses principales, ce qui se cantonnait au Lundi de Pâques pour la période des fêtes de Pâques pour les chrétiens, en méconnaissance de la jurisprudence du Conseil d'État, 12 février 1997, *M^{lle} Genny*, n° 125893 et CE, 3 juin 1988, *M^{me} Barsaq-Adde*, n° 67791).

¹²³⁹ CourEDH, arrêt *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* du 13 avril 2006, 55170/00, spéc. § 37 ss. Cf. récemment CourEDH, arrêts *Neagu c. Roumanie*, 21969/15 et *Saran c. Roumanie*, 65993/16, du 10 novembre 2020 (l'arrêt du ministère de la justice qui oblige de fournir une preuve par un document provenant du nouveau culte une conversion religieuse en cours de détention afin de bénéficier de régimes alimentaires aménagés excède le niveau de justification qui peut être exigé concernant une croyance authentique) ; CourEDH, arrêt *Dyagilev c. Russie* du 10 mars 2020, 49972/16.

¹²⁴⁰ GREMPER, 131.

¹²⁴¹ Cf., en France, Défenseur des droits, décisions n°s MLD-2013-186 du 3 octobre 2013 (réclamant de confession juive dont la période d'essai a été rompue en raison du trop grand nombre de fêtes religieuses à respecter) et MLD-2014-199 du 17 décembre 2014 (refus systématique

S'agissant de la rémunération des jours fériés enfin, seul le 1^{er} août l'est obligatoirement (art. 110 al. 3 Cst.). Pour les jours fériés cantonaux, le salaire n'est pas dû mais pour les travailleurs payés au mois, il est généralement admis que, sauf convention contraire, les jours fériés intervenant durant une période de décompte ne justifient aucune réduction; ces jours fériés ne donnent lieu à aucune compensation ni récupération ultérieure¹²⁴².

Les congés accordés à l'occasion de fêtes religieuses autres que les jours fériés institués par le droit fédéral et cantonal peuvent être compensés sur demande de l'employeur dans un délai convenable (art. 11 LTr)¹²⁴³. En revanche ils ne donnent pas lieu à une rémunération s'ils ne sont pas compensés; la rémunération du temps de ces fêtes ou célébrations religieuses est réglée par accord de droit privé, de droit collectif ou par usage¹²⁴⁴. Avant d'évoquer une différence de traitement avec les jours fériés officiels des cantons et de la Confédération, qui eux sont rémunérés, gardons à l'esprit que tout le monde bénéficie des jours fériés officiels qui de nos jours servent plus à la détente qu'à la commémoration d'évènements religieux¹²⁴⁵, et que ces congés accordés à l'occasion des jours fériés propres à la religion de chacun viennent *en supplément* des jours fériés instaurés par le droit fédéral et cantonal¹²⁴⁶.

Est différente la situation où la législation nationale accorde un jour férié supplémentaire *rémunéré* aux membres de certaines communautés religieuses, en leur accordant une indemnité *complémentaire* à leur rémunération ordinaire s'ils travaillent néanmoins ce jour-là. Saisie d'un litige entre un salarié et son employeur privé, l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême d'Autriche) sursit à statuer en posant plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne sur la conformité d'une telle législation nationale avec le principe de non-discrimination en raison de la religion et les conséquences, en cas de constatation de non-conformité de la législation nationale, dans un rapport de travail de droit privé¹²⁴⁷.

des candidatures de personnes de confession juive dans une entreprise de prêt-à-porter en raison des évènements religieux dont le shabbat qui empêcheraient de travailler).

¹²⁴² WYLER/HEINZER, 480 s.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 329 N 14; ATF 136 I 290, c. 2.3.3.

¹²⁴³ WYLER/HEINZER, 482.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, 481; CEROTTINI, Commentaire du contrat de travail, art. 329 N 21; WITZIG, Droit du travail, N 1168; KuKo ArG-ZUBER, art. 20a LTr N 33.

¹²⁴⁵ CEROTTINI, 52.

¹²⁴⁶ La Commission des droits de l'homme a eu l'occasion de dire que dans la plupart des pays, seules les fêtes religieuses de la majorité de la population sont déclarées jours fériés, en citant l'exemple des fêtes protestantes qui ne sont pas toujours fériées en pays catholique et inversement, et qu'il n'y avait pas matière à violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 9 CEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 12 mars 1981, 8160/78, ch. 28 s. *en droit*.

¹²⁴⁷ CJUE 22 janvier 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17.

La Cour de justice commence par rappeler que la neutralité de l'Union à l'égard de l'organisation par les États membres de leurs rapports avec les Églises et les communautés religieuses n'a pas pour conséquence qu'une différence de traitement contenue dans une législation nationale prévoyant l'octroi à certains travailleurs d'un jour férié destiné à permettre la célébration d'une fête religieuse soit exclue du champ d'application de la directive 2000/78 et que la conformité qu'une telle différence de traitement avec cette directive échappe à un contrôle juridictionnel effectif¹²⁴⁸.

La loi autrichienne querellée définit treize jours fériés payés profitant à toute la population, et institue en plus le Vendredi saint au bénéfice des seuls membres de quatre Églises¹²⁴⁹. Si un membre de ces Églises travaille néanmoins durant cette journée, il a droit à une compensation supplémentaire qui correspond à la rémunération correspondant au travail accompli. Un salarié d'une agence de détectives privés, qui n'est membre d'aucune des Églises visées par la loi et qui estime avoir été privé de manière discriminatoire de l'indemnité de jour férié pour le travail qu'il a effectué le jour du Vendredi saint, attaque son employeur en justice.

D'abord, en reconnaissant le droit à un jour férié supplémentaire et une indemnité qui n'est due qu'aux travailleurs qui exercent leur activité professionnelle le Vendredi saint et qui sont membres de l'une des Églises visées, la législation en cause institue une différence de traitement directement fondée sur l'appartenance des travailleurs à une religion déterminée¹²⁵⁰.

Le gouvernement autrichien explique que le Vendredi saint est le jour de la fête religieuse la plus importante pour les membres des quatre Églises bénéficiaires et que l'objectif de la législation nationale en cause est de permettre à ces personnes de participer à des célébrations religieuses ce jour-là de manière à respecter leur liberté religieuse, objectif prévu par l'art. 2 § 5 de la directive pour justifier la discrimination directe. La Cour refuse cependant de considérer qu'une telle mesure est nécessaire à la préservation des droits et des libertés d'autrui, car la possibilité pour les travailleurs qui n'appartiennent pas aux Églises visées par la loi autrichienne de célébrer une fête religieuse ne coïncidant pas avec l'un des autres jours fériés institués par le droit autrichien est prise en compte en droit autrichien, non pas par l'octroi d'un jour férié supplémentaire, mais principalement au moyen d'un «devoir de sollicitude»¹²⁵¹ des employeurs à l'égard de leurs salariés, qui permet à ces derniers d'obtenir, le cas

¹²⁴⁸ *Ibid.*, § 29-34.

¹²⁴⁹ Églises protestantes des confessions d'Augsbourg et helvétique, Église vieille-catholique et Église évangélique méthodiste.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, § 39-40.

¹²⁵¹ Conclusions de l'avocat général Michal Bobek, § 98 s. Il dit même, avec une pointe de cynisme assumée, qu'une telle réglementation pourrait constituer une incitation économique à ne *pas* utiliser ce jour pour pratiquer son culte (§ 69).

échéant, le droit de d'absenter de leur travail pour la durée nécessaire à l'accomplissement de certains rites religieux, mais jamais le double du salaire s'ils décident malgré tout de travailler¹²⁵².

Partant, tant que l'État membre n'a pas modifié sa législation afin de rétablir l'égalité de traitement, un employeur privé a l'obligation d'accorder également à ses autres travailleurs le droit à un jour férié le Vendredi saint, pour autant que ces derniers ont au préalable demandé à cet employeur de ne pas devoir travailler ce jour-là, et par voie de conséquence, de reconnaître à ces travailleurs le droit à une indemnité complémentaire à la rémunération perçue pour les prestations accomplies durant cette journée, lorsque ledit employeur a refusé de faire droit à une telle demande¹²⁵³.

c. Pèlerinage

Un pèlerinage est un voyage individuel ou collectif effectué dans un lieu saint à des fins religieuses et dans un esprit de dévotion, institué par nombre de religions dans des lieux et pour des durées variables.

Dans le christianisme, la plupart des pèlerinages ne sont plus le fait de fervents pratiquants menant une démarche religieuse rigoureuse, mais sont utilisés pour obtenir une faveur divine (pèlerinage *propitiatoire*), remercier d'une grâce obtenue (pèlerinage *gratulaire*), ou faire du tourisme religieux au cours de vacances thématiques. Dans la religion musulmane en revanche, le pèlerinage à la Mecque (*hajj*) conserve toute son importance puisque que tout musulman doit l'accomplir une fois dans sa vie, pourvu qu'il en ait les moyens physiques et financiers¹²⁵⁴. À l'instar de la prière, la question jouit d'une acuité particulière en droit du travail car pour un travailleur de confession musulmane vivant en Suisse le voyage dure environ trois semaines au total¹²⁵⁵.

Le travailleur peut effectuer son pèlerinage pendant ses vacances, pour lesquels il a droit à son salaire en vertu de l'art. 329d al. 1 CO. À préciser que les dates sont fixées par l'employeur en tenant compte des désirs du travailleur, dans une mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise (art. 329c al. 2 CO). Selon la doctrine, eu égard au devoir de protection de la personnalité du travailleur, l'employeur doit répondre, dans la mesure du possible, favorablement aux souhaits du travailleur, en particulier lorsqu'il fait état d'impératifs familiaux¹²⁵⁶. Vu l'importance que peut représenter un pèlerinage pour les croyants, le refus de l'employeur d'accorder des vacances aux da-

¹²⁵² CJUE 22 janvier 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17, § 60.

¹²⁵³ *Ibid.*, § 70-89.

¹²⁵⁴ Sylvia CHIFFOLEAU, *Le voyage à la Mecque. Un pèlerinage en terre d'Islam*, Paris, Belin, 2015.

¹²⁵⁵ BÜCHLER, 432.

¹²⁵⁶ WYLER/HEINZER, 497 s.; CEROTTINI, 218 s.

tes souhaitées par le travailleur doit se justifier par une réelle impossibilité de les concilier avec la bonne marche de l'entreprise.

S'il ne veut effectuer son pèlerinage sur son droit aux vacances, parce que celles-ci sont trop courtes pour le pèlerinage prévu ou parce qu'il souhaite effectuer une retraite spirituelle, un congé sans solde est toujours possible par accord de droit privé à la libre faculté des deux parties¹²⁵⁷. On trouve également des exemples de congé sans solde légaux en droit de la fonction publique¹²⁵⁸.

En tout état de cause, ni les pèlerinages ni la participation à des fêtes religieuses ne constituent un empêchement non fautif de travailler, car il s'agit d'une absence planifiée et non d'un empêchement¹²⁵⁹.

Si le travailleur est en congé ou en vacances, il ne peut par définition être sollicité par l'employeur, car il est en « temps libre »¹²⁶⁰. En cas d'extrême urgence, le devoir de fidélité peut commander au travailleur d'interrompre ses vacances en réintégrant sa place de travail dans les meilleurs délais, à la triple condition que la pérennité de l'entreprise soit gravement menacée, que la présence du travailleur au sein de l'entreprise apparaisse comme absolument indispensable et que le travailleur soit naturellement joignable¹²⁶¹. Compte tenu de l'atteinte à la sphère privée et à la liberté religieuse du travailleur, la balance des intérêts penche du côté du droit de ne pas répondre présent à la sollicitation lorsque le salarié est en pèlerinage ou lorsqu'il participe ou assiste à une fête religieuse importante pour lui. C'est également le cas pour un congé hebdomadaire si ce jour coïncide avec un jour où le salarié ne peut absolument pas travailler en vertu de sa religion, tel que shabbat pour les juifs¹²⁶².

d. Accomplissement de charges religieuses en dehors du travail

Les congés usuels (cf. art. 329 al. 3 CO), également appelés congés extraordinaires, constituent une interruption de travail, accordée en principe à la survenance d'évènements exceptionnels personnels et familiaux (mariage, déménagement, décès, visite d'un membre de la famille gravement malade ...) ainsi qu'en présence d'obligations

¹²⁵⁷ Lire Patricia DIETSCHY-MARTENET, «Le congé non payé en droit du travail et des assurances sociales», *RSAS* 2019 181-188.

¹²⁵⁸ En droit de la fonction publique genevoise, un congé extraordinaire, sans traitement, n'excédant pas trois mois peut être accordé (art. 36 RPAC/GE; RS/GE B 5 05.01), tout comme un congé sabbatique d'un an (art. 37), «si la bonne marche du service le permet». Cf. aussi art. 34 O-OPers en droit fédéral.

¹²⁵⁹ GREMPER, 138 s.; BSK ORI-PORTMANN/RUDOLPH, art. 324a N 49, précisent à juste titre que les jours fériés et les jours de congé hebdomadaire ne constituent pas des empêchements non fautifs de travailler.

¹²⁶⁰ CEROTTINI, 47 (et 50 s.), définit le *temps libre* comme «toute période qui se situe en dehors du temps de travail».

¹²⁶¹ *Ibid.*, 249 s., et les réf. citées.

¹²⁶² À propos des fonctionnaires dans cette situation, GREMPER, 132.

personnelles urgentes ou ne pouvant être réglées en dehors des heures de bureau (certaines consultations médicales, devoirs politiques ou *religieux*)¹²⁶³. Ce congé est destiné à permettre le règlement d'affaires personnelles qui ne peuvent être différées ou l'exercice d'un devoir religieux à un moment donné. L'on pense au travailleur appelé à assurer des charges ecclésiastiques à côté de son contrat de travail, officiant par exemple comme aumônier de temps à autre en parallèle à son activité salariée.

Sans que la question n'ait fait l'objet d'un examen systématique et approfondi par la doctrine, certains auteurs disent que les fêtes religieuses au sens de l'art. 20a al. 2 LTr sont des congés usuels au sens de l'art. 329 al. 3 CO¹²⁶⁴. Il n'est pas certain que ce soit le cas, dans la mesure où les cas de figure évoqués par la doctrine ou tranchés par les tribunaux s'agissant des congés usuels recouvrent des événements soit exceptionnels, soit urgents, et généralement de courte durée. Ils devraient être dissociés de la prise de congés pour interrompre le travail à l'occasion de fêtes religieuses, car ces derniers ne sont ni exceptionnels, ni imprévisibles, ni destinés à accomplir une obligation personnelle urgente. Qui plus est, elles peuvent durer un certain temps¹²⁶⁵ et sont de surcroît déjà réglées à l'art. 20a al. 2 LTr¹²⁶⁶.

De plus, rien n'est prévu dans la loi pour la rémunération des congés usuels; cela dépend essentiellement d'accords individuels, de conventions collectives de travail ou de règlements d'entreprise¹²⁶⁷. Pour les travailleurs payés au mois, à défaut d'accord contraire, il existerait un usage général voulant que les congés usuels ne justifient pas une réduction du salaire, à tout le moins lorsque le congé est de courte durée – n'excédant pas quelques jours –, tandis que pour les travailleurs payés à l'heure en revanche, il n'existerait aucun usage qui commanderait de manière générale que les congés

¹²⁶³ CEROTTINI, 57, a proposé la définition reprise par la suite par la doctrine romande.

¹²⁶⁴ P.ex. CEROTTINI, 57, qui précise dans le même temps que ces congés ne devraient pas excéder deux à trois jours d'affilée et qu'il est « souvent impossible de prévoir à l'avance la survenance d'un événement donnant droit à ce genre de congé, ou du moins de connaître avec précision sa date [...] », ce qui ne nous paraît pas correspondre avec la réalité des congés pris pour les fêtes religieuses accordées en vertu de l'art. 20a al. 2 LTr. Pour la prière du vendredi dans l'islam, BÜCHLER, 443 s., reconnaît qu'elle n'entre pas dans les congés « usuels » de l'art. 329 al. 3 CO, mais que cela pourrait changer avec le temps.

¹²⁶⁵ Pensons par exemple à *Souccot* (« la Fête des Tabernacles ») qui enjoint aux juifs de vivre huit jours durant dans une cabane de branchages, Gérard NAHON, « JUIVES FÊTES », *Encyclopædia Universalis*, consulté le 27 janvier 2023. Voir Lévitique, 23 : 42 (Bible Segond 21) : « Vous habiterez pendant 7 jours sous des tentes. Tous les Israélites de naissance habiteront sous des tentes afin que vos descendants sachent que j'ai fait habiter les Israélites sous des tentes après les avoir fait sortir d'Égypte. Je suis l'Éternel, votre Dieu ».

¹²⁶⁶ Même pour les travailleurs qui ne sont pas soumis à la loi sur le travail, l'art. 328 CO leur permet de demander un congé pour les fêtes religieuses, ainsi que le disent WYLER/HEINZER, 482 s.; BÜCHLER, 445.

¹²⁶⁷ WITZIG, Droit du travail, N 1171.

usuels soient payés¹²⁶⁸. Or nous avons vu que les jours fériés autres que ceux institués par le droit cantonal n'étaient pas rémunérés selon un consensus doctrinal établi. Notre position a ainsi le double avantage de distinguer plus clairement les éventualités couvertes respectivement par l'art. 329 al. 3 CO et l'art. 20a al. 2 LTr et de lever le doute sur la rémunération des congés accordés en vertu de l'art. 20a al. 2 LTr.

B. Rites religieux et *lieu* de travail

Au sein du *lieu* de travail discerne-t-on la catégorie plus spécifique de la *place* de travail – généralement le bureau occupé au quotidien par le travailleur –, qui peut faire l'objet d'ornementations religieuses et culturelles (1). D'autres aspects de la liberté religieuse au travail impliquent même un aménagement spécifique du lieu de travail: il s'agit d'une part des menus conformes aux prescriptions religieuses de certains salariés (2), d'autre part de l'aménagement d'espaces de prières (3). L'employeur a-t-il l'obligation d'accéder à de telles demandes en mettant en place des menus adaptés et une salle de prière?

1. Objets de culte et décoration religieuse à la place de travail

De façon générale, l'aménagement de la place *individuelle* de travail – lorsqu'il en existe une – fait partie des conditions de travail que l'employeur peut aménager et modifier unilatéralement¹²⁶⁹. Dans un arrêt de 2002, le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'il n'existait aucun droit pour le travailleur de réclamer un bureau individuel si l'employeur ne lui a donné aucune garantie à cet effet¹²⁷⁰.

Cependant, la place individuelle de travail ou son espace exclusif (casier, box, etc.) représente en quelque sorte une parcelle d'intimité à son lieu de travail, qui peut être librement orné d'objets de culte (tels qu'un tapis de prière), de dévotion culturelle (chapelets, statuettes) ou de décoration religieuse (crucifix décoratif), car ces objets ne jouent pas dans ce contexte un rôle différent d'une photo de famille ou de tout autre objet symbolique qui génère apaisement, sérénité et assurance pour le salarié; l'employeur ne doit pas se montrer chicanier à l'égard du salarié en refusant de tels objets décoratifs¹²⁷¹.

¹²⁶⁸ La plupart des autres auteurs sont muets sur cette question ou bien renvoient à la quaternité *accord individuel, convention collective de travail, contrat-type de travail et usage*. WYLER/HEINZER, 484, plaident la rémunération de ces congés usuels. *Contra* CEROTTINI, Commentaire du contrat de travail, art. 329 N 24, qui mentionne le problème de cette rémunération pour les congés qui excèdent quelques jours sans explicitement fermer la porte à la rémunération des congés de courte durée; dans un sens similaire CR CO I-DIETSCHY-MARTENET, art. 329 N 10; plus restrictifs BSK ORI-PORTMANN/RUDOLPH, art. 329 N 19.

¹²⁶⁹ WITZIG, Modification, 78; ZK-STAEHELIN, art. 321d N 14.

¹²⁷⁰ TF 29 octobre 2002, 4C.229/2002, à propos du licenciement d'un travailleur qui refusait obstinément le passage d'un bureau individuel à une nouvelle organisation qui impliquait des bureaux en tandem.

¹²⁷¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321d N 3.

Il faut simplement réserver l'exception d'une gêne sérieuse et objective occasionnée par un tel ornement (statuette cultuelle à la taille déraisonnable, affichage ostentatoire d'un message religieux à caractère prosélyte, décoration religieuse d'un poste de travail en contact direct avec la clientèle, en contradiction avec une politique de neutralité légitime ou encore objet de culte potentiellement dangereux)¹²⁷².

2. Prescriptions religieuses alimentaires et cantine d'entreprise

L'observation de préceptes alimentaires dictés par une religion ou un système philosophique constitue une « pratique » protégée par la liberté religieuse¹²⁷³. La plupart des religions prescrivent des usages spécifiques à l'alimentation de leurs fidèles, principalement pour des raisons spirituelles mais aussi diététiques et symboliques.

Cela se traduit soit par l'*obligation* de consommer soit par l'*interdiction* de consommer, dans des formes qui peuvent être permanentes (le *halal* pour les musulmans, la *cacherout* pour les juifs, l'*ahimsa* dans les religions indiennes de l'hindouisme, du bouddhisme, du sikhisme et du jaïnisme qui introduit le végétarisme comme norme dans l'alimentation) ou temporaires (un certain nombre d'Églises chrétiennes préconisent par exemple de ne pas manger de la viande ni de laitages le vendredi).

Cependant, la diversification des menus dans la restauration collective (établissements scolaires, pénitentiaires, hospitaliers, d'entreprise) s'est largement démocratisée pour des raisons principalement sanitaires (allergies, carences, privilégier des aliments sains ou encore éviter des zoonoses), écologiques (réduire l'impact environnemental) et éthiques (végétarisme, véganisme), secondairement religieuses dans l'idée de restaurer tous les administrés indépendamment de leurs croyances.

Il existe des aménagements au sein de l'administration pénitentiaire qui ont pour but d'accommoder les prescriptions religieuses des détenus issus des religions minoritaires pour contrebalancer la restriction générale de leur état juridique en tant que détenus¹²⁷⁴. En droit privé, la création du rapport de droit est « libre », et les parties sont

¹²⁷² Tel que le *kirpan*, une arme symbolique s'apparentant à un poignard portée par certains sikhs, que nous examinons *infra* Chap. 5, V, B, 2. Voir aussi CommEDH, décision X. c. *Royaume-Uni* du 18 mai 1976, 6886/75, qui légitime l'interception par les autorités pénitentiaires d'un ouvrage qui, bien que de caractère religieux ou philosophique, contient un chapitre consacré aux arts martiaux, interception nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui.

¹²⁷³ CourEDH, arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* (GC) du 27 juin 2000, Rec. 2000-VII, § 73; TF 16 août 2013, 2C_1174/2012, c. 2.2; OTTENBERG, 99.

¹²⁷⁴ ATF 129 I 74, c. 4.2, RDAF 2004 I 638. La CourEDH a aussi reconnu le droit d'avoir des menus alimentaires qui respectent leurs prescriptions religieuses s'il n'en résulte pas une gêne excessive pour le fonctionnement de la prison ou une baisse de qualité des repas servis aux autres détenus, cf. arrêts *Erlich et Kastro c. Roumanie* du 9 juin 2020, 23735/16 et 23740/16 (détenus juifs qui ont demandé et obtenu des repas respectant les règles de la *cacherout*, qui exige notamment une cuisine et des ustensiles séparés), et *Jakóbski c. Pologne* du 7 décembre 2010, 18429/06 (détenu bouddhiste qui s'est borné à demander un régime sans produits carnés); en

censées être égales, c'est pourquoi il n'existe aucune obligation de tels accommodements pour les employeurs.

En ce sens, bien que le travailleur ne soit pas juridiquement fondé à exiger de l'employeur qu'il prenne des mesures positives pour accommoder ses prescriptions religieuses alimentaires¹²⁷⁵, nous sommes favorables à des menus suffisamment diversifiés (principalement des substituts au porc et à la viande), dans les possibilités raisonnables de l'entreprise en fonction de ses moyens et de sa taille, car répondant à des besoins variés, qui ne sont pas exclusivement religieux et, lorsque c'est le cas, permettent d'accueillir la plupart des religions minoritaires présentes en Suisse¹²⁷⁶.

En revanche, nous ne sommes pas en faveur d'accueil pour respecter les obligations alimentaires (en Suisse, ces demandes proviennent principalement des juifs et des musulmans) qui impliquent de faire appel à des filières spécifiques, imposent une organisation technique des cuisines différente et coûtent un prix élevé¹²⁷⁷.

En outre, les travailleurs dont la religion interdit la consommation de certains aliments courants ou traditionnels en Suisse (par exemple l'alcool ou la viande de porc) ne peuvent être contraints de les consommer¹²⁷⁸. L'employeur doit permettre aux travailleurs concernés de ramener leur propre manger¹²⁷⁹.

France, CE 10 février 2016, *M. A. B.*, n° 385929, Rec.; en doctrine KARLEN, Religionsfreiheit, 179.

¹²⁷⁵ Dans la majorité des cas, ce sont des chartes et des instruments de droit souple qui prévoient de tels repas dans les cantines d'établissements publics ou d'entreprises privées. En France, le Conseil d'État a récemment jugé qu'il n'existe, pour les collectivités territoriales, ni d'obligation ni d'interdiction de proposer aux élèves des menus de substitution, c'est-à-dire des repas différenciés leur permettant de ne pas consommer des aliments proscrits par leurs convictions religieuses, ceci au nom de la laïcité, étant rappelé que la fréquentation de la restauration scolaire demeure facultative, CE, 11 décembre 2020, *commune de Chalon-sur-Saône*, n° 426483, Rec.

¹²⁷⁶ Dans le même sens, Commission Stasi, 64; BÜCHLER, 447. Lire récemment TF 9 février 2022, 2C_495/2021, arrêt dans lequel le TF rejette le recours d'une patiente (sous identité masculine au moment des faits) hospitalisée en psychiatrie au CHUV ayant recouru au motif que le CHUV aurait refusé de constater son droit à obtenir des «repas véganes équilibrés», violant ce faisant sa «liberté de conscience» et causant une «discrimination eu égard à sa liberté de conscience», en raison de l'absence de telle décision de la part du CHUV, lequel avait répondu à la requérante que sa demande serait transmise au responsable de son unité de soin et que celui-ci la contacterait pour trouver une solution.

¹²⁷⁷ Et qui sont parfois réclamés pour satisfaire des prescriptions interdites par la loi, cf. art. 21 al. 1 LPA qui interdit l'abattage rituel mais art. 14 al. 1 LPA qui autorise l'importation de viande cachet et halal, CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 63; TF 16 août 2013, 2C_1174/2012, c. 2.2.

¹²⁷⁸ SCHATZ, 23; BÜCHLER, 446 s. Cf. art. 6 al. 2^{bis} LTr, disposant que «l'employeur veille également à ce que le travailleur ne soit pas obligé de consommer des boissons alcooliques [...] dans l'exercice de son activité professionnelle».

¹²⁷⁹ ZK-STAEHELIN, art. 321a N 21.

Il faut réserver le cas particulier où la consommation de certains aliments ou boissons fait partie intégrante du métier, tel que le sommelier devant déguster les vins proposés par le restaurant. Le salarié qui refuse de consommer des aliments ou boissons qui font partie intégrante de son cahier des charges se met dans une position de refus d'exécution injustifié dans la mesure où le conflit de conscience était prévisible¹²⁸⁰.

Il sied néanmoins de strictement limiter cette hypothèse aux cas qui exigent objectivement de consommer ou manier de tels produits. Ainsi, s'il est justifié de demander à un animateur de centres de vacances et de loisirs de participer aux repas avec les enfants et de goûter des aliments, il ne peut à notre sens lui être imposé un régime alimentaire en partageant les repas avec les enfants dans des conditions strictement identiques, cette mesure pouvant entraîner un désavantage particulier pour des personnes désireuses de consommer ou de ne pas consommer certains aliments en raison de leurs convictions religieuses ou de leur état de santé¹²⁸¹.

3. *Espaces de prières*

Dans les années 1970 en France, la demande d'ouvertures de salles de prières dans l'industrie automobile, où la main-d'œuvre étrangère constituait plus de la moitié des effectifs, était encouragée par le patronat qui y voyait un moyen d'assurer la paix sociale face aux grèves¹²⁸².

Pour la prière en islam, le musulman peut s'acquitter de son devoir de prière partout, à condition que le sol du lieu de prière ne soit pas souillé. Il doit effectuer ses ablutions avant la prière et avoir la possibilité d'interrompre le travail le temps de la prière¹²⁸³. Dans la mesure où un lieu spécifique n'est pas requis pour la prière, une brève utilisation de l'espace individuel de travail pour effectuer la prière en toute intimité ne devrait pas être refusée par l'employeur sous prétexte d'une utilisation contraire à la finalité d'un bureau ou de tout autre espace de travail individuel, sous réserve de gêne sérieuse et objective occasionnée par la prière, par exemple en cas de bureau partagé avec d'autres collègues, de travail dans un lieu public ou exposé de façon visible aux collègues ou clients de l'entreprise¹²⁸⁴.

¹²⁸⁰ À ce sujet, cf. *infra* Chap. 5, IV, B.

¹²⁸¹ Cas s'étant présenté par-devant la Halde, Délibérations n^{os} 2008-10 et 2008-11 du 14 janvier 2008.

¹²⁸² Patrick WEIL, *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration de 1938 à nos jours*, Paris, Gallimard, 2004, cité par Benoît BRÉVILLE, « Islamophobie ou xénophobie? », *Manière de voir*, n^o 152, avril-mai 2017, 85-89.

¹²⁸³ BÜCHLER, 431.

¹²⁸⁴ Dans le même sens BÜCHLER, 441 s. Nous traitons ici la question sous l'angle de la pure contrainte spatiale que représente le rapport de travail, la question de l'horaire de travail et du paiement du salaire pendant la prière étant traitée *supra* Chap. 5, II, A, 1. Dans un contexte différent mais allant dans le sens de notre argument consistant à autoriser une prière dans un lieu de travail intime, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu naguère la violation

La liberté religieuse comportant une dimension collective, il est loisible à certains travailleurs voulant prier ensemble au travail d'invoquer collectivement la liberté religieuse, en demandant l'aménagement d'une salle de prières¹²⁸⁵. Cette revendication sera généralement issue de travailleurs musulmans, la prière devant de coutume s'effectuer dans un espace préalablement délimité qui le transforme ce faisant en sanctuaire¹²⁸⁶.

Mais comme pour la demande portant sur des menus adaptés aux prescriptions religieuses de certains travailleurs, l'employeur est libre et non obligé d'y accéder, même si certains auteurs considèrent «souhaitable» un tel aménagement¹²⁸⁷. En effet, s'agissant des demandes religieuses qui impliquent une action de l'employeur, c'est à ce dernier que revient le choix d'aménager ou non, au bénéfice de son pouvoir d'organiser l'exécution et les conditions de travail, une salle de prière permettant à un groupe de salariés de se conformer à leurs obligations culturelles.

L'aménagement d'une salle de prière ne répond pas à un besoin qui soit en relation avec l'exécution du travail, contrairement à des menus alimentaires diversifiés qui sustentent au moins les travailleurs et satisfont en ce sens un besoin physiologique nécessaire pour exécuter correctement le travail, qui plus est dans une cafétéria qui rassemble tous les salariés indistinctement. Dans l'idée d'assurer le bien-être du plus grand nombre dans le collectif du travail, nous sommes donc plus favorables à l'aménagement de menus respectant les différentes croyances religieuses des travailleurs qu'à l'aménagement des salles de prière ne profitant souvent qu'à une portion congrue des salariés d'une entreprise¹²⁸⁸.

Plus généralement, les prétentions exigeant des *prestations positives* de la part de l'employeur ne sont pas consacrées par le droit positif suisse, la jurisprudence du Tribunal fédéral ou celle de la Cour européenne des droits de l'homme. D'autres ordres

de la liberté religieuse d'un détenu musulman pratiquant qui avait reçu un avertissement pour s'être à deux reprises livré à la prière pendant la nuit, alors qu'un «sommeil ininterrompu» était prescrit pour tous les détenus. L'unique raison de la sanction infligée était l'incompatibilité formelle de ses actes avec les règles fixant l'emploi du temps à l'intérieur de la prison et la volonté des autorités d'obtenir le respect total et inconditionnel de ces règles par chaque prisonnier. Ce devoir, d'importance cruciale pour le requérant, ne menaçait nullement l'ordre et la sécurité au sein de la prison; il n'utilisait aucun objet dangereux ni ne cherchait à prier au sein d'un groupe de détenus. En outre, ses rites n'ont pas perturbé les détenus ni les gardiens de prison, car il a accompli le *salat* pendant qu'il était à l'isolement, sans bruit, de sorte que la Cour ne peut accepter une approche aussi *formaliste* qui méconnaît la situation individuelle du requérant et ne tient pas compte de l'obligation de ménager un juste équilibre entre des intérêts publics et privés concurrents, CourEDH, arrêt *Korostelev c. Russie* du 12 mai 2020, 29290/10.

¹²⁸⁵ KRAUS, 76; GOY, 171; VISCHER, Religionsfreiheit, 577; SAHLFELD, 156; KARLEN, Religionsfreiheit, 236 s.

¹²⁸⁶ DE VITRAY-MEYEROVITCH, 61.

¹²⁸⁷ SCHATZ, 23: «*ein besonderer Raum dafür [pour prier] wäre wünschenswert*».

¹²⁸⁸ Mais le droit positif suisse ne reconnaît ni l'un ni l'autre.

juridiques occidentaux octroient de tels droits aux travailleurs, par exemple le Canada qui a consacré la figure des accommodements raisonnables¹²⁸⁹.

III. Pratiques religieuses *en dehors* du travail

Nous venons de voir quel était le domaine d'autonomie propre au travailleur pour exercer sa liberté de religion *au* travail. Il sied maintenant de voir dans quelle mesure l'employeur, dans une logique tout héritée du paternalisme patronal et du christianisme social, peut dicter au salarié son comportement religieux hors des murs de l'entreprise.

Il convient pour ce faire de souligner en l'abord de cette section l'irruption des droits fondamentaux au sein de ce que d'aucuns ont appelé l'« *espace social* » (A), qui donnera la mesure du devoir de loyauté que peut exiger l'employeur de son salarié, selon qu'il s'agit d'une entreprise de tendance où il existe un « *devoir de loyauté* » destiné à sauvegarder la crédibilité de l'entreprise (B) ou de la fonction publique, caractérisée par le « *devoir de réserve* » du fonctionnaire censé préserver l'intégrité de l'appareil étatique (C).

A. Irruption des droits fondamentaux au sein de l'« *espace social* »

Le droit du travail consacre certes des droits et libertés spécifiques au travailleur : droit de participer à certaines décisions, droit à la négociation collective, droit de grève, liberté syndicale, etc. Mais il assure également la protection des droits fondamentaux que l'ordre juridique attribue à tout individu en tant que tel : droit au respect de la sphère privée, liberté religieuse, liberté d'expression, etc. La reconnaissance des droits fondamentaux garantit une sphère d'autodétermination à chaque salarié en lui offrant un moyen de protection contre les décisions de l'employeur qui s'aventureraient au-delà de ce que le lien de subordination peut autoriser¹²⁹⁰.

Mais alors, si les droits fondamentaux bénéficiant à tout individu s'appliquent pour partie en droit du travail en se superposant aux droits spécifiques des travailleurs, le *domaine du travail* est-il à classer dans la sphère publique ou privée (1) ? La réponse, quelque part à mi-chemin entre les deux, fera écho à une autre tension, intrinsèque cette fois à la *personne du travailleur*, entre sa vie professionnelle et sa vie personnelle (2), ce qui nous amènera à examiner plus avant la question spécifique de l'admissibilité des directives de l'employeur qui portent sur la « *vie religieuse* » du salarié (3).

¹²⁸⁹ Cf. *infra* Chap. 7, où nous examinerons le potentiel de pénétration de cette approche dans les ordres juridiques continentaux.

¹²⁹⁰ FABRE, 87.

1. *Le travail en tension entre les sphères publique et privée*

Le travail relève-t-il de la sphère publique ou privée ? Passons par une analogie picturale pour illustrer la problématique : Daniel Arasse, en analysant les scènes de genre intérieures de Vermeer (illustre peintre hollandais du XVII^e siècle), a mis en lumière le trait d'originalité suivant : dans celles-ci (*L'Astronome*, *La Laitière* ou *La Liseuse* pour ne citer que trois exemples fameux), Vermeer peint le dedans du dedans ; il y a souvent des fenêtres, et elles sont ouvertes, mais sans que l'extérieur ne soit visible pour l'œil du spectateur. Elles sont ouvertes de telle sorte qu'il y a l'extérieur mais qu'on ne le verra jamais. On est dans la maison, l'extérieur est évoqué quoique exclu, il y a un obstacle visuel entre le personnage et le spectateur. Donc, affirme-t-il, « la problématique ou la tension de Vermeer [est] entre l'intimité et le privé. À l'intérieur du monde privé »¹²⁹¹.

D'une façon analogue, le domaine du travail se situe lui aussi en tension deux sphères, entre l'intérieur de l'entreprise ou de l'atelier et l'extérieur de ceux-ci. La question qui sourd naturellement est de se demander quelle sphère s'insurge dans l'autre : est-ce l'extérieur qui fait irruption dans le domaine privé du travail, ou est-ce une incursion de la sphère privée dans le domaine public que constitue le domaine du travail ?

Disons-le sans fard, c'est en vain que l'on tentera de chercher une réponse définitive ou recueillant même quelque unanimité dans la doctrine, d'autant qu'il y a aujourd'hui une interpénétration accrue des sphères publique et privée qui nécessite une nouvelle grille de lectures des rapports juridiques¹²⁹². En effet, la délimitation du domaine privé n'est pas uniforme dans l'ordre juridique, variant sensiblement dans les différents segments de celui-ci¹²⁹³. Dans une perspective spatiale, le domaine privé inclut en principe tout ce qui survient dans des endroits ou espaces clos, protégés des regards de ceux qui se trouvent à l'extérieur, comprenant en premier lieu la sphère domestique (intérieur d'une maison ou d'un appartement, jardin privé)¹²⁹⁴.

Quant au domaine du travail, la réponse sera différente circonstances en fonction du lieu et du type de travail ; ainsi en va-t-il différemment du réceptionniste d'un hôtel, du comptable travaillant dans un bureau individuel et qui n'a pas de contacts avec des clients ou encore d'un éboueur qui passera le plus clair de son temps de travail sur la

¹²⁹¹ ARASSE, 210.

¹²⁹² DUBOIS, 183.

¹²⁹³ En droit pénal suisse, les art. 179 ss CP punissent les infractions contre les domaines « secret » et « privé » (cf. art. 186 CP qui punit la violation de domicile, dont les locaux d'une entreprise peuvent faire partie selon l'ATF 108 IV 33, c. 5a, JdT 1983 IV 76), tandis que le droit civil de la personnalité (cf. art. 28 CC) se réfère quant à lui à la théorie des trois sphères (intime, privée et publique), avec des recouvrements plus ou moins larges entre le droit pénal et le droit civil.

¹²⁹⁴ ATF 137 I 327, c. 6.1, JdT 2012 I 125. Les parties communes d'un immeuble (buanderie et cage d'escalier) en font également partie, TF 9 mars 2012, 8C_829/2011, c. 8.4.

chaussée publique¹²⁹⁵. Le Conseil fédéral, dans son Message relatif la loi fédérale sur l'interdiction de se dissimuler le visage, inclut sans hésiter dans l'espace privé les bureaux non accessibles au public dans des entreprises ou les espaces de bâtiments administratifs qui ne sont pas accessibles au public, même si on peut voir de l'extérieur les salariés, car il s'agit alors de locaux à *usage privé*¹²⁹⁶.

2. La «vie professionnelle» et la «vie personnelle» du travailleur

À la dichotomie entre sphères privée et publique, extrinsèque au travailleur, en fait écho une autre, celle entre la «vie professionnelle» et la «vie personnelle», intrinsèque au travailleur. Au cours de ces dernières décennies s'est fait voir un mélange progressif mais inéluctable entre ces deux facettes.

La jurisprudence française s'est engagée ces dernières années dans une «opération de police du vocabulaire» visant à définir la «vie personnelle» par opposition à la «vie professionnelle». Consacrant une sphère d'autonomie au salarié afin de borner l'exercice du pouvoir de l'employeur, cette technique consistant à distinguer la «vie professionnelle» du travailleur de sa «vie personnelle» repose sur l'idée que la subordination doit avoir pour seul objet l'accomplissement du travail et ne peut pas porter sur des éléments qui lui sont extérieurs.

Pour identifier la dimension «extra-professionnelle» du salarié, la Cour de cassation française s'est d'abord référée à la notion de «vie privée» du travailleur¹²⁹⁷ (c'est la terminologie adoptée par la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse), avant de l'élargir à la «vie personnelle», qui présente l'avantage de viser l'ensemble des actes, paroles, comportements privés *et publics* du salarié qui sont sans rapport avec l'exécution du contrat de travail ou la vie de l'entreprise¹²⁹⁸.

Selon Supiot, semblable terminologie est caractéristique d'une conception purement abstraite du travail, qui refoule toute prise en considération de la personne du travail : le refoulement de la dimension personnelle du travail, trop évidente, peut conduire à occulter l'identité propre du travailleur, et à lui en imposer une autre pour les besoins de la cause (un prénom différent pour un téléphoniste marketing qui serait ainsi plus

¹²⁹⁵ CR Cst.-ZANDIRAD, art. 10a N 18.

¹²⁹⁶ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'interdiction de se dissimuler le visage du 12 octobre 2022 (FF 2022 2668), 25; dans le même sens WITZIG, Droit du travail, N 1694.

¹²⁹⁷ Cass., 22 janvier 1992, n° 90-42.517.

¹²⁹⁸ Cass., 14 mai 1997, n° 94-45.473 (surveillant d'immeuble, lui-même locataire dans sa résidence, pris de querelle pendant un congé de maladie avec un autre locataire pour un problème de voisinage); Cass., 16 décembre 1997, n° 95-41.326 (clerc de notaire licencié à la suite de la publication, dans la presse locale, de sa condamnation pour aide à séjour irrégulier d'un étranger, puis relaxé par la cour d'appel); Cass., 10 mars 1998, n° 95-42.715 (infraction pénale commise en dehors de l'entreprise).

«proche» des gens à appeler par exemple). Or le travailleur ne peut pas totalement faire abstraction de ses opinions ni de sa vie personnelle au travail, ce qui inclut ses croyances religieuses. Le simulacre de personnalisation renforce alors la dépossession de soi inhérente au salariat: la «vie personnelle» est radicalement évacuée de la vie professionnelle¹²⁹⁹.

En effet, le rapport de travail moderne est avant tout considéré dans sa dimension contractuelle, comme un échange de prestations de nature patrimoniale (*Leistungsaustausch*), lequel ne s'imisce pas dans la vie privée du prestataire – le travailleur¹³⁰⁰. Cette conception est cependant partielle – et partiale, puisque toute conception du droit du travail est marquée d'une certaine idéologie –, le rapport de travail étant à dire vrai un rapport de droit «total», qui saisit la personne du travailleur dans toutes ses facettes, où l'on retrouve la dimension de communauté héritée de la conception allemande du rapport de travail (*Gemeinschaftsverhältnis*)¹³⁰¹.

La vie personnelle et la vie professionnelle ne constituent donc pas des sphères parfaitement étanches¹³⁰². D'une part, le travailleur conserve une sphère d'autonomie – certes amoindrie – qui s'impose à l'employeur même durant le temps et au lieu de travail, comme nous l'avons vu avec les rites religieux exercés au travail¹³⁰³. D'autre part, si l'employeur ne peut pas licencier un salarié pour un motif tiré de sa vie privée, il en va différemment s'il démontre que ce dernier a, par son comportement, créé «un trouble caractérisé» au sein de l'entreprise.

Comme nous allons le systématiser ultérieurement, cette solution a ceci d'original qu'elle repose sur l'*intérêt de l'entreprise*¹³⁰⁴. Preuve s'il en est que l'explicitation de cette notion est d'importance primordiale pour comprendre comment les tribunaux, dans un nombre croissant d'ordres juridiques européens, raisonnent pour tenter de concilier au mieux les droits et libertés des salariés et de l'employeur¹³⁰⁵.

3. Directives de l'employeur sur la «vie religieuse» du travailleur

En dehors de son travail, le travailleur est en principe libre et l'employeur ne peut donner des instructions relatives à la conduite à adopter¹³⁰⁶. Selon les termes du Tribunal fédéral, la protection de la personnalité comprend le droit pour le travailleur de ne pas

¹²⁹⁹ SUPIOT, Nouveaux visages, 133, qui concède que la distinction avait au moins le mérite de ne pas nier que le travail est une des formes de la vie des personnes, que le droit du travail relève autant du droit des personnes que du droit des obligations.

¹³⁰⁰ CAMASTRAL, 93.

¹³⁰¹ GREMPER, 81.

¹³⁰² FABRE, 132.

¹³⁰³ Cf. *supra* Chap. 5, II, A.

¹³⁰⁴ FABRE, 133.

¹³⁰⁵ En ce sens GUIOMARD, Droits fondamentaux, 63.

¹³⁰⁶ DANTHE, N 26; ETEMI, N 42.

subir d'atteinte dans sa sphère privée (*cf.* art. 13 Cst. et 8 CEDH), qui englobe d'une part la *vie intime*, c'est-à-dire les faits et gestes que chacun veut garder pour soi-même, d'autre part la *vie privée*, c'est-à-dire les événements que chacun choisit de partager avec un cercle plus ou moins étroit de personnes, qu'ils soient ou non en relation avec la vie professionnelle¹³⁰⁷.

La portée de l'art. 8 CEDH en matière de droit du travail est à ce propos croissante, puisqu'elle protège de plus en plus le travailleur contre les ingérences des employeurs privés. La Cour européenne des droits de l'homme, dans sa riche jurisprudence, a mis en exergue les interactions nombreuses entre vie privée et sphère professionnelle: «La vie professionnelle fait partie partie de cette zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut dans certaines circonstances relever de la «vie privée»»¹³⁰⁸.

L'admissibilité des instructions spécifiques de l'employeur qui concernent la vie extra-professionnelle du salarié (*ausserdienstliche Weisungen*) est sujette à débat dans la doctrine¹³⁰⁹. La protection de la personnalité limite les directives que l'employeur peut édicter, qui doivent être en rapport objectif avec les besoins de l'entreprise et se fonder uniquement sur les exigences du travail à effectuer¹³¹⁰. Les limites aux instructions de l'employeur s'appliquent avec d'autant plus de sévérité que la fonctionnalité de ces instructions avec l'exécution du travail est plus ténue¹³¹¹. L'employeur doit en outre «avoir des égards pour les travailleurs et tenir compte des contraintes de leur vie privée dans la mesure du possible»¹³¹².

De façon générale le travailleur, dans sa vie privée, doit seulement d'abstenir d'entraver *activement* les buts de l'entreprise (*Unternehmensziele*)¹³¹³. Il s'agit essentiellement d'un devoir d'*abstention*, consistant, dans le domaine de la liberté de religion, à ne pas adopter un comportement actif propre à endommager la réputation, le but ou la crédibilité de l'employeur¹³¹⁴. L'enseignant d'une école confessionnelle catholique ne

¹³⁰⁷ TF 30 juin 2008, 2C_103/2008, c. 6.2; WITZIG, Droit du travail, N 1625 s.; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 N 2 s.

¹³⁰⁸ Voir l'«affaire phare» *Denisov c. Ukraine* (GC) du 25 septembre 2018, 76639/11, § 95-117 et sa typologie des affaires relatives à des litiges professionnels influant sur la «vie privée».

¹³⁰⁹ STAMM, 35 et 85, et les réf. citées. Dans l'arrêt *Vogt c. Allemagne* (GC) du 16 septembre 1995, 17851/91, § 59, la Cour EDH critique, sous l'angle des art. 10 et 11 CEDH, l'obligation de loyauté politique spécifique des fonctionnaires allemands en ce que cette obligation, qui doit toujours être remplie quel que soit le contexte, ne permet pas de distinction entre activité professionnelle et vie privée.

¹³¹⁰ TF 30 juin 2008, 2C_103/2008, c. 6.2; ETEMI, N 42.

¹³¹¹ STAMM, 85; DANTHE, N 27 s.

¹³¹² BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 N 3.

¹³¹³ ATF 140 V 521, c. 7.2.1; WITZIG, Droit du travail, N 1239. La manifestation légale la plus saillante est ancrée à l'art. 321a al. 3 CO, qui interdit tout travail concurrent à l'employeur.

¹³¹⁴ CAMASTRAL, 96.

pourrait ainsi pas travailler dans le même temps pour une école confessionnelle « concurrente » d'une autre obédience religieuse.

Deux exceptions étendent le devoir de fidélité en dehors de l'entreprise. La première concerne les entreprises de tendance que nous examinerons ci-après. La seconde concerne les travailleurs occupant une fonction dirigeante ou représentative de l'entreprise, qui se doivent d'avoir un comportement qui n'entre pas en contradiction avec les objectifs et les valeurs promues de l'entreprise¹³¹⁵. La distinction entre vie privée et vie professionnelle est encore plus poreuse pour ces travailleurs, et indépendamment de toute directive, il appartient aux cadres de ne pas s'exposer à une certaine médiatisation dont l'effet, en termes d'image, pourrait se révéler négatif pour l'entreprise¹³¹⁶.

L'on peut imaginer le cas où un tel salarié serait averti voire licencié pour avoir fait partie d'une association religieuse radicale ou d'une secte reconnue comme extrémiste ou dangereuse, ou encore pour avoir proféré publiquement – sur les réseaux sociaux ou d'une manière ayant rencontré quelque écho d'une certaine ampleur – des propos religieux propres à endommager la réputation de l'entreprise.

B. Entreprise de tendance : « devoir de loyauté » ou de la crédibilité de l'employeur

Le devoir de fidélité est étendu en droit suisse du travail. Cela est dû à un particularisme germanique: la prégnance du *Treudienstvertrag*, qui unissait durant la période médiévale les personnes par des liens personnels d'un genre particulier¹³¹⁷. La conception du monde (*Weltanschauung*) des entreprises de tendance les autorise à imposer à leurs travailleurs des exigences accrues en matière de devoir de fidélité, une marge d'action pour exiger d'eux des comportements – ou l'absence de comportements – spécifiques, bien que leurs droits fondamentaux ne soient pas annihilés pour autant¹³¹⁸.

Après avoir mis en exergue le critère principal que constitue la fonction occupée par le salarié pour déterminer sa loyauté exigible (1), nous verrons comment ce *critérium* in-

¹³¹⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321a N 7; ZK-STAEHELIN, art. 321a N 28; PORTMANN/WILDHABER, N 371; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321a N 5.

¹³¹⁶ GREMPER, 91; CAMASTRAL, 81. Voir à ce sujet HUTTERLI, 34, et plus récemment MICHEL, 290 s.

¹³¹⁷ WITZIG, Droit du travail, N 1239, et la réf. citée.

¹³¹⁸ Principe formulé dans l'arrêt de principe ATF 130 III 699, c. 4; TF 9C_301/2008, c. 4.1; CR CO I-WITZIG, art. 321a N 18; CISMAS, 141: « *By associating with a church, individuals accept certain restrictions in conformity with the requirements of the church, but they do not relinquish their human rights.* »; DANTHE, N 35.

flue sur sa vie privée (2), sur sa liberté d'expression religieuse (3) et sur sa liberté d'association, notamment dans sa composante syndicale (4).

1. *Obligation de loyauté variable en fonction du poste occupé*

À titre liminaire, il sied de différencier *grosso modo* deux types d'emplois : les travailleurs dont la *nature de leurs activités* ou le *contexte dans lequel elles sont exercées* font de la religion une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du but de l'entreprise¹³¹⁹. Il est aisément compréhensible qu'une Église n'engage que des employés ecclésiastiques qui correspondent et se conforment à la doctrine de l'Église en question, car ces derniers sont au cœur de la réalisation, de la défense et de la promotion de la tendance de l'entreprise ; il est par conséquent juste que leur position leur interdise d'exprimer publiquement des opinions contraires à celles de l'entreprise, et même que leur éthique privée corresponde dans certaines limites à celle véhiculée par leur employeur¹³²⁰.

Pour cette catégorie de travailleurs, il est légitime pour l'entreprise de vérifier, au moment de leur recrutement, non pas si leurs convictions sont identiques mais au moins correspondants avec celles portées par l'entreprise : «Le salarié conserve une zone individuelle d'autonomie et nul ne peut lui demander d'adhérer dans le fond de son être aux doctrines de son employeur»¹³²¹.

La seconde catégorie concerne tous les autres travailleurs, soit ceux qui occupent un emploi *subalterne* ou une fonction *intendante*, autrement dit dont le cahier des charges ne s'inscrit pas dans un *lien étroit* avec la mission ou l'orientation religieuse de l'employeur (cuisine, nettoyage, assistance administrative, secrétariat ou accueil dans un centre de conférences appartenant à une Église¹³²², etc.) : ceux-ci sont soumis à une obligation de bonne foi et de loyauté envers l'organisation qui les emploie mais l'étendue de la loyauté attendue est substantiellement plus faible, de telle sorte que l'em-

¹³¹⁹ Nous reprenons ici les deux critères alternatifs prévus par l'art. 4 § 2 directive 2000/78/CE, non par simple commodité, mais car ils codifient avec justesse les exigences implicitement posées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui nous paraissent au demeurant transposables en droit suisse, malgré l'absence de casuistique développée.

¹³²⁰ GREMPER, 96 ; SWEENEY, 320 ; GALLOIS, 340 ; GARDES, 100 ; GAUDU, Religion, 67.

¹³²¹ Philippe WAQUET, «Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance», *Gazette du Palais* 1996 1427-1432.

¹³²² TF 29 mars 2005, C 274/04, c. 2.4 et CourEDH, décision *Dautaj c. Suisse* du 20 septembre 2007, 32166/05, à propos d'un chômeur sanctionné pour avoir refusé le travail que les autorités de placement lui ont procuré dans un centre de conférences et de séminaires appartenant à l'Église protestante des cantons de Berne, du Jura et de Soleure. Après un jour de travail, le requérant refusa d'y retourner en faisant valoir une «atmosphère fanatiquement religieuse, raciste et xénophobe», sans apporter la moindre preuve. La Cour note de surcroît qu'il n'était que réceptionniste à l'accueil, et que les convictions religieuses de son employeur n'avaient ainsi aucun lien avec son travail et que ce dernier n'exigeait pas que le requérant abandonnât ses propres convictions religieuses.

ployeur peut exiger d'eux de ne pas *publiquement* agir en contrariété de l'éthique de l'entreprise mais pas d'agir activement en faveur de la promotion de la tendance religieuse, ni même de feindre de partager *intimement* la conviction de l'organisation¹³²³. Ainsi pour ces salariés-là, des directives expresses seront nécessaires pour préciser l'étendue des devoirs et comportements prohibés.

La distinction entre les deux catégories de salariés tient à ce que l'employeur peut attendre des premiers un comportement actif d'engagement en faveur de la tendance portée par l'entreprise, alors qu'il ne peut valablement exiger des salariés de la seconde catégorie qu'une abstention : ne pas contrevenir publiquement à la tendance en cause¹³²⁴.

Une fois n'est pas coutume, une réponse *in abstracto* selon la position du travailleur n'est ni possible ni souhaitable ; le contexte factuel et attentif du cas d'espèce seul permet de déterminer l'étendue des droits fondamentaux du travailleur, même si certains critères peuvent guider le juge, comme l'intensité de la proximité avec la mission spécifique de l'entreprise de tendance et le risque de perte de crédibilité pour l'employeur en cas de violation par le travailleur de son devoir de loyauté¹³²⁵. L'on peut résumer que l'Église est en droit d'attendre de ses employés subalternes une loyauté accrue, et de ses ministres du culte une loyauté d'airain¹³²⁶.

2. *Vie privée du travailleur d'une entreprise de tendance*

Si des instructions concernant la vie privée des travailleurs sont en principe illicites, l'employeur de tendance a le droit – découlant de l'art. 321*d* CO – de donner au travailleur des instructions de nature à influencer sur sa conduite privée en dehors du temps de travail¹³²⁷. Par comportements privés, on entend plus globalement les activités *sociales, familiales, politiques* ou *religieuses* des salariés.

Concrètement, le salarié d'une entreprise de tendance n'est pas obligé de défendre la doctrine de son employeur religieux en dehors du travail, mais il ne doit en tout cas pas aller à son encontre ; le travailleur doit ainsi éviter un comportement, dans sa vie privée, qui pourrait nuire à l'image véhiculée par l'entreprise¹³²⁸. Le devoir de fidélité

¹³²³ SWEENEY, 321 ; GREMPER, 97 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321*a* N5 ; CAMASTRAL, 86.

¹³²⁴ Dans le même sens SUBILIA/DUC, art. 321*d* N 14.

¹³²⁵ CourEDH, arrêt *Fernández Martínez c. Espagne* (GC) du 12 juin 2014, Rec. 2014-II, § 131-132 ; CJUE 11 septembre 2018, *IR c. JQ*, C-68/17 ; OVERBEEKE, 378 s.

¹³²⁶ PORTMANN/WILDHABER, N 371.

¹³²⁷ ATF 130 III 699, c. 4 ; confirmé dans TF 2 juillet 2008, 9C_301/2008, c. 4.1.

¹³²⁸ WITZIG, Droit du travail, N 1242 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321*a* N3 ; ZK-STAEHELIN, art. 321*a* N29, qui relève que si un secrétaire de parti politique ne peut exprimer publiquement des opinions politiques manifestement en opposition aux valeurs politiques de son employeur, il conserve le droit d'exprimer un avis divergent de son employeur sur des points particuliers, soulignant par là que la liberté d'expression s'en trouve réduite mais pas anéantie.

peut même impliquer de poursuivre dans une certaine mesure le but de l'employeur à l'extérieur du travail en étant «exemplaire»¹³²⁹.

On s'en laisserait accroire qu'il s'agit essentiellement d'une obligation passive d'abstention du travailleur, car l'exemplarité attendue de sa part, le contraignant à renoncer à certains comportements, peut ainsi rapidement se transformer en mode de vie actif. Un employé de la Croix-Bleue pourrait par exemple se voir interdire de boire dans un lieu public en compagnie d'autres personnes¹³³⁰.

En France, la jurisprudence fut d'abord incarnée par la validation du licenciement d'une enseignante d'un établissement scolaire privé et catholique qui s'était remariée après son divorce, méconnaissant en cela la doctrine de l'Église en la matière, la Cour de cassation indiquant que «dans des circonstances très exceptionnelles, les convictions du salarié peuvent être prises en compte lors de la conclusion du contrat de travail»¹³³¹. Elle a réitéré sa position en 1986 à propos d'une maître-assistante d'histoire de l'Église moderne et contemporaine dans une faculté libre de théologie protestante¹³³², puis a par la suite assoupli sa jurisprudence en faveur du salarié, considérant que «le licenciement doit être fondé sur une cause objective 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* [nous soulignons] au sein de cette dernière» en jugeant abusif le licenciement d'un aide-sacristain employé par une paroisse catholique en raison de la découverte de son homosexualité. L'employeur en cause, l'association Fraternité Saint-Pie X, arguait que l'homosexualité est condamnée depuis toujours par l'Église catholique, que la méconnaissance délibérée par le salarié de ses obligations existait indépendamment du scandale qu'un tel comportement était susceptible de provoquer et qu'il importait peu de savoir si comportement n'avait été connu que d'un petit nombre de fidèles et n'avait été révélé à l'employeur que par des indiscretions. La Cour de cassation a jugé au contraire que les mœurs du salarié n'avaient causé trouble caractérisé au sein de l'entreprise et que le licenciement était dès lors abusif¹³³³.

¹³²⁹ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321a N 10. Certains auteurs réservent ce devoir de fidélité accru aux travailleurs d'entreprises de tendance qui ont une fonction promotionnelle ou représentative, BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 321a N 4. La question se juge en réalité au cas par cas.

¹³³⁰ SUBILIA/DUC, art. 321a N 9 et art. 321d N 14.

¹³³¹ Cass., 19 mai 1978, n° 76-41211.

¹³³² Cass., 20 novembre 1986, n° 84-43.243.

¹³³³ Cass., 17 avril 1991, n° 90-42.636. Le critère du «trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise» n'est pas systématisé dans la jurisprudence suisse, et à dire juste, la question est encore un chemin inexploré dans la doctrine suisse, à défaut de casuistique consistante, SUBILIA/DUC, art. 321d CO N 14; ZK-STAEHELIN, art. 321d N 11; BRÜHWILER, art. 321a N 2a; GREMPER, 83; KARLEN, Religionsfreiheit, 442.

De l'avis des commentateurs, cet assouplissement jurisprudentiel est notablement plus conforme à la position récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question¹³³⁴. Le simple constat de la contrariété de l'action du salarié avec la conviction portée par l'entreprise ne suffit pas – ou plus, pour être plus exact – à justifier un licenciement¹³³⁵. Les tribunaux doivent désormais examiner en quoi la violation de l'éthique religieuse porte atteinte à la crédibilité de l'employeur et dans quelle étendue¹³³⁶. Outre le niveau hiérarchique du poste occupé, plus la tendance de l'entreprise religieuse se manifeste vers l'extérieur et est reconnaissable par les tiers, plus le devoir de fidélité du travailleur rayonnera sur ses agissements privés¹³³⁷.

La casuistique est particulièrement riche en Allemagne, où pour la seule Église protestante, l'on compterait environ 525 000 travailleurs salariés dans les institutions diaconales, ainsi qu'environ 750 000 personnes travaillant dans les institutions catholiques, ce qui en fait parmi les principaux employeurs du pays¹³³⁸. Les travailleurs des institutions catholiques doivent notamment respecter le *Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse* adoptée par l'association des diocèses d'Allemagne le 27 avril 2015, véritable constitution du droit du travail de l'Église catholique composé de dix articles, détaillant notamment l'étendue du devoir de loyauté, variable selon la religion du salarié (le *Grundordnung* distingue entre les travailleurs catholiques, chrétiens non catholiques et non chrétiens), sa mission (loyauté étendue en cas de *missio canonica*, de tâches pastorales ou catéchétiques) et sa position (cadre ou subalterne) (*cf.* art. 4 GrO) et listant les actes et comportements constituant une violation du devoir de loyauté (*cf.* art. 5 GrO). Cette explicitation ne confère pas pour autant un blanc-seing à l'Église-employeur pour licencier à son bon vouloir ses salariés dépourvus de la piété exigée, comme l'atteste la riche jurisprudence du Tribunal fédéral du travail¹³³⁹.

¹³³⁴ BRICE-DELAJOUX, 59 nbp 9.

¹³³⁵ Philippe WAQUET, «Le trouble objectif dans l'entreprise»: une notion à redéfinir», *Revue de droit du travail* 2006 304-310.

¹³³⁶ *Cf.* BAG 8 septembre 2011, 2 AZR 543/10, à propos d'un médecin-chef d'un hôpital catholique licencié pour avoir conclu un mariage ne respectant pas la foi catholique.

¹³³⁷ CAMASTRAL, 86.

¹³³⁸ <https://www.diakonie.de/fileadmin/user_upload/Diakonie/PDFs/Ueber_Uns_PDF/2018-05_Diakonie_En-bref.pdf> (consulté le 26 avril 2023) et <<https://www.dbk.de/themen/kirche-staat-und-recht/kirchliches-arbeitsrecht/grundordnung>> (consulté le 26 avril 2023).

¹³³⁹ Le Bundesarbeitsgericht (BAG 8 septembre 2011, 2 AZR 543/10) a ainsi jugé abusif le licenciement d'un médecin-chef d'un hôpital catholique en raison d'un mariage invalide au regard de la foi et de l'ordre juridique catholique – remariage après un divorce non valablement dissous au regard du droit canonique et qui viole de surcroît le principe d'indissolubilité du mariage (Can. 1085 § 1 et 2 CIC) acte constituant une violation grave du devoir de loyauté et sanctionné en principe du licenciement. Le tribunal a considéré qu'un médecin-chef était un cadre soumis au devoir de loyauté accru exigible de cette catégorie des travailleurs des institutions catholiques, étant le supérieur hiérarchique de nombreux collaborateurs et incarnant particulièrement l'éthique de l'Église catholique, tant à l'égard des patients que de leurs familles et du

Deux arrêts rendus le même jour par la Cour de Strasbourg permettent de mieux cerner la limite du devoir de loyauté qui peut être exigé dans une entreprise de tendance : dans l'affaire *Obst*, le requérant, directeur pour l'Europe au département des relations publiques de l'Église mormone, fut licencié sans préavis pour adultère, ce qui constituait une violation formelle de l'une des clauses de son contrat de travail. L'intéressé, pour avoir grandi au sein de l'Église mormone, était ou devait être conscient, lors de la signature du contrat de travail et notamment de l'importance que revêtait la fidélité maritale pour son employeur et de l'incompatibilité de la relation extraconjugale qu'il avait choisi d'établir avec les obligations de loyauté accrues qu'il avait contractées envers l'Église mormone. 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, surtout au vu de sa position hiérarchique¹³⁴⁰.

Dans l'arrêt *Schiith*, rendu le même jour, le requérant, organiste et chef de chœur dans une paroisse catholique, fut licencié avec préavis, également pour adultère. La Cour est parvenue à la conclusion inverse notamment car la cour d'appel du travail n'a pas examiné la question de la proximité de l'activité du requérant avec la mission de proclamation de l'Église, mais qu'elle semble avoir repris, sans procéder à d'autres vérifications, l'opinion de l'Église employeur sur ce point. Or, dès lors qu'il s'agissait d'un licenciement intervenu à la suite d'une décision du requérant concernant sa vie privée et familiale, protégée par la Convention, la Cour considère qu'un examen plus circons-

public, ce qui justifie l'attente particulièrement exigeante que peut avoir l'employeur de tendance pour son personnel de direction (§ 37, qui cite aussi l'art. 4 § 2 Directive 2000/78/CE). Est intéressant dans cette affaire l'argument du traitement inégal invoqué par le salarié, qui citait d'autres médecins-chefs divorcés ou remariés et qui n'ont pas été licenciés, argument objecté par l'employeur par le fait qu'ils étaient dans une situation particulière, soient parce qu'ils n'étaient pas catholiques et donc pas soumis au même devoir de loyauté dans l'accomplissement de leur travail. Nonobstant la gravité indéniable du manquement à la loyauté du salarié, le tribunal cite en faveur de ce dernier le fait que l'employeur avait employé à plusieurs des médecins-chefs remariés après leur divorce, ce qui veut dire l'éthique promue par l'employeur n'est pas obligatoirement menacée par ce fait, d'autant moins que l'employeur connaissait et acceptait depuis un certain temps la situation maritale du salarié, ce qui montre qu'elle ne considère pas elle-même sa crédibilité ébranlée à chaque manquement de loyauté mais qu'elle se permet tout à fait de faire la distinction, peut-être au vu des mérites marqués par le demandeur auprès des patients, ainsi que le souhait du travailleur de vivre avec son épouse actuelle dans un mariage conforme au droit civil, protégé par les droits fondamentaux, ce qui ne constitue pas pour autant une attitude de refus ou même d'indifférence à la foi catholique, le requérant ne s'étant à aucun moment prononcé contre la doctrine morale de l'Église catholique ni mis en doute sa validité, s'évertuant à légaliser son mariage au regard du droit canonique. Partant, le maintien de l'emploi n'était pas intolérable pour l'Église et le licenciement est socialement injustifié.

¹³⁴⁰ CourEDH, arrêt *Obst c. Allemagne* du 23 septembre 2010, 425/03, § 51.

tancié s'imposait lors de la mise en balance des droits et intérêts concurrents, or la nature du poste de l'intéressé n'a pas suffisamment été prise en compte¹³⁴¹.

S'agissant particulièrement des *professeurs de religion*, il n'est pas déraisonnable, pour une Église ou une communauté religieuse, d'exiger d'eux une loyauté particulière à son égard, dans la mesure où ils peuvent être considérés comme ses représentants. L'existence d'une divergence entre les idées qui doivent être enseignées et les convictions personnelles d'un professeur peut poser un problème de crédibilité lorsque cet enseignant milite activement et publiquement contre les idées en question. En effet, il est raisonnable d'admettre que, pour être crédible, l'enseignement de la religion doit être donné par une personne dont le mode de vie et les déclarations publiques ne sont pas en contradiction flagrante avec la religion en question, dès lors surtout que celle-ci prétend régir la vie privée et les convictions personnelles de ses adeptes¹³⁴².

Ainsi a été jugé conforme à l'art. 8 CEDH le non-renouvellement du contrat de travail d'un prêtre catholique réduit à l'état laïc, dispensé du célibat par le Saint-Siège et marié, employé auparavant comme professeur de religion et de morale catholiques dans un lycée public ; cette décision avait été fondée sur une note de l'évêché local dont il ressortait que la publicité donnée par la presse à sa situation familiale et à son appartenance au « Mouvement pro-célibat optionnel » des prêtres avait produit un « scandale », au sens du droit canonique. La Cour a reconnu, d'une part, qu'une mesure moins restrictive n'aurait certainement pas eu la même efficacité quant à la préservation de la crédibilité de l'Église catholique, et, d'autre part, les conséquences pour le requérant du non-renouvellement de son contrat ne semblaient pas avoir été excessives dans les circonstances de la cause, eu égard en particulier au fait qu'il s'était lui-même placé, sciemment, dans une situation totalement contraire aux préceptes de l'Église¹³⁴³.

La directive 2000/78/CE réserve explicitement à l'art. 4 § 3 le droit pour les Églises et les autres « organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions » de requérir des personnes travaillant pour elles une « attitude bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation ». Les principes développés par la Cour européenne des droits de l'homme sont largement transposables à la Cour de justice de l'Union européenne, qui ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirme que la juridiction nationale saisie doit s'assurer que, au regard de la nature des activités professionnelles concernées ou du contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justi-

¹³⁴¹ CourEDH, arrêt *Schiith c. Allemagne* du 23 septembre 2010, Rec. 2010-V, § 69.

¹³⁴² CourEDH, arrêt *Fernández Martínez c. Espagne* (GC) du 12 juin 2014, Rec. 2014-II, § 137 s. Principe confirmé dans l'arrêt *Travaš c. Croatie*, du 4 octobre 2016, 75581/13, aux circonstances tout à fait similaires.

¹³⁴³ *Ibid.*, § 146.

fiée eu égard à l'éthique en question¹³⁴⁴. Le licenciement d'un médecin-chef catholique par un hôpital catholique en raison de son remariage après un divorce constitue une discrimination interdite fondée sur la religion lorsque des postes similaires ont été confiés à des employés qui n'étaient pas de confession catholique et qui n'étaient ainsi pas tenus à la même exigence d'attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'Église, ce qui indique que l'adhésion à la conception du mariage prônée par l'Église catholique n'apparaît pas nécessaire pour l'affirmation de l'éthique de l'employeur en raison de l'importance des activités professionnelles exercées par le salarié, à savoir la fourniture, dans le milieu hospitalier, de conseils et de soins médicaux ainsi que la gestion du service de médecine interne dont il était le chef¹³⁴⁵.

En Suisse, l'arrêt le plus retentissant – et à dire vrai le seul pour le moment – concerne un juriste salarié dans un syndicat, licencié après que son employeur a appris qu'il était l'un des responsables pour la Suisse d'une Église/secte très opposée aux systèmes communistes et collectivistes et favorable aux idées capitalistes. Le syndicat entretenait des rapports étroits avec le parti socialiste et les juges ont estimé que l'employeur pouvait de ce fait légitimement s'opposer à ce que ses collaborateurs, « notamment ses secrétaires syndicaux ou ses juristes occupant des postes relativement élevés au sein de la hiérarchie », entretiennent des liens étroits avec des partis politiques réputés de droite ou une Église/secte se situant de côté-là du spectre politique¹³⁴⁶. À l'avenir, il est probable que le Tribunal fédéral se réfère aux raisonnements menés par la Cour de Strasbourg et la Cour de justice de l'UE.

3. Liberté d'expression et image de l'employeur de tendance

La liberté d'expression (art. 10 CEDH et 16 Cst.), à l'instar des autres droits fondamentaux, vaut en droit du travail sous réserve de restrictions justifiées par les devoirs professionnels du travailleur. La Cour de Cassation française a ainsi affirmé à plusieurs reprises que « sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression »¹³⁴⁷. Une interdiction générale d'exprimer une opinion ou de prendre position personnellement ne peut être admise que dans des circonstances dûment justifiées¹³⁴⁸.

L'étendue de la liberté d'expression dépend de plusieurs facteurs, parmi lesquels l'audience de l'opinion émise (cantonée à l'interne de l'entreprise ou dépassant les frontières de l'entreprise), le support médiatique utilisé pour l'exprimer et bien entendu le contenu du propos. Il peut s'agir d'un propos de portée générale qui ne concerne pas directement l'employeur, par exemple sur la situation politique, sociale ou religieuse à

¹³⁴⁴ CJUE 11 septembre 2018, *IR c. JQ*, C-68/17, § 55.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, § 58-60.

¹³⁴⁶ ATF 130 III 699, c. 4.1-4.2.

¹³⁴⁷ P.ex. récemment Cass., 29 juin 2022, n° 20-16.060.

¹³⁴⁸ CAMASTRAL, 88.

un moment donné, ou bien un propos qui touche spécifiquement l'entreprise, comme une critique de la politique ou de la doctrine religieuse de l'entreprise, qui doit en tout état de cause reposer sur des arguments et ne pas être diffamatoire ni polémique **(a)**¹³⁴⁹.

Le raisonnement est similaire pour les fonctionnaires qui ont une relative liberté pour aborder les sujets généraux de société mais sont soumis à un devoir de réserve sur les affaires de leur service¹³⁵⁰, ce qui inclut ici les ministres de culte d'Églises nationales telles qu'il en existe principalement dans les pays scandinaves **(b)**.

a. Dans les entreprises de tendance

Dans les entreprises de tendance religieuse, les prises de position publiques allant à l'encontre des principes fondamentaux de la foi et de la doctrine promues sont des violations du devoir de fidélité qui peuvent entraîner un licenciement¹³⁵¹. La position du salarié dans l'entreprise est un critère déterminant : les travailleurs occupant des fonctions dirigeantes ou représentatives ne peuvent pas, même par des propos généraux qui ne concernent pas directement leur entreprise, porter atteinte à la crédibilité et à la réputation de celle-ci¹³⁵². Si la position officielle d'une Église est de s'opposer au mariage homosexuel, le curé d'une paroisse qui contredit publiquement son employeur religieux pourrait légitimement faire face à des sanctions de ce dernier, le bien-fondé de ses propos n'entrant pas en ligne de compte ici.

Dans le seul arrêt suisse en la matière, le cas était « facile » car le travailleur occupait une fonction relativement élevée dans la hiérarchie, était juriste à temps plein et responsable de l'Église/secte litigieuse. Il eût été intéressant de voir comment se serait positionné le Tribunal fédéral si le travailleur n'occupait qu'un poste subalterne dans le syndicat, si le taux d'activité était à temps partiel ou s'il était simplement membre de l'Église/secte litigieuse sans responsabilité. Selon nous, le licenciement aurait été abusif dans le cas où l'exercice de la liberté religieuse ne se traduit pas par la participation active à des associations sectaires ou communautés religieuses ou par un dégât d'image concret sur l'entreprise¹³⁵³. S'agit-il vraiment d'une violation du devoir de fidélité accru lorsqu'un secrétaire d'une maison d'édition catholique questionne l'infaillibilité pontificale¹³⁵⁴ ou lorsque l'employé d'une librairie catholique met en doute la virginité de la Mère Marie¹³⁵⁵ ?

¹³⁴⁹ CAMASTRAL, 89 ss.; CR CO I-WITZIG, art. 321a N 17.

¹³⁵⁰ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 604.

¹³⁵¹ Cf. p.ex. art. 5 (2) I. a) GrO, qui considère comme une violation du devoir de loyauté toute prise de position publique contre des principes fondamentaux de l'Église catholique (citant en exemples la propagande en faveur de l'avortement ou de la xénophobie).

¹³⁵² CAMASTRAL, 90; BSK ORI-PORTMANN/RUDOLPH, art. 321a N 5.

¹³⁵³ Rejoignant dans ce sens KOLLER, Rechtsprechung, 331.

¹³⁵⁴ Exemples cités par BRÜHWILER, art. 336 N 3.

¹³⁵⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 336 N 4.

la Commission des droits de l'homme a déclaré irrecevable la requête émanant d'un médecin employé par un hôpital catholique allemand et licencié pour avoir signé une lettre ouverte publiée dans la presse et exprimant une opinion sur l'avortement opposée à la position de l'Église catholique. Tout en considérant que le requérant n'avait pas renoncé à sa liberté d'expression du seul fait d'avoir accepté un emploi dans un hôpital catholique, la Commission a relevé qu'il avait librement accepté un devoir de loyauté envers l'Église, ce qui avait limité jusqu'à un certain point sa liberté d'expression. En l'occurrence, il n'était pas déraisonnable de considérer que le poste de médecin dans un hôpital catholique se rapportait à l'exercice de l'une des missions essentielles de l'Église, et que l'obligation de s'abstenir de faire des déclarations sur l'avortement contraires à la position de l'Église n'était pas excessive vu l'importance capitale qu'elle accordait à ce problème¹³⁵⁶.

La balance des intérêts généralement en faveur de l'employeur est cependant compréhensible: si la préférence était accordée aux salariés plutôt qu'à l'employeur, les communautés religieuses devraient accepter que leur enseignement ou doctrine fût «dilué» ou «dévoté» par leurs propres salariés et que leur tendance ne fût, à terme, plus reconnaissable de l'extérieur, puisque n'importe lequel de ceux-ci pourrait défendre n'importe quelle opinion sans que les communautés religieuses ne pussent exercer une quelconque influence¹³⁵⁷.

b. Cas particulier des Églises d'État

L'ancienne Commission puis la Cour européenne des droits de l'homme ont eu maintes occasions de dire que la liberté religieuse ne fait pas naître l'obligation pour les États membres d'assurer que les Églises relevant de leur juridiction accordent à leurs prêtres et ministres du culte le droit de défendre leurs conceptions religieuses particulières ou dissidentes dans l'Église où ils exercent leurs fonctions; l'État ne saurait obliger une organisation religieuse à admettre ou exclure un de ses employés ecclésiastiques ou à lui confier quelque responsabilité religieuse. La liberté religieuse de l'employé ecclésiastique en désaccord avec son employeur est sauvegardée par la possibilité, toujours intacte, de quitter sa fonction ministérielle¹³⁵⁸.

¹³⁵⁶ CommEDH, décision *Rommelfanger c. République fédérale d'Allemagne* du 6 septembre 1989, 12242/86.

¹³⁵⁷ OTTENBERG, 132, en résumant la dizaine de décisions de l'ancienne Commission des droits de l'homme confrontée à ces litiges et citées dans la note de bas de page suivante.

¹³⁵⁸ Lire CommEDH, décisions *Williamson c. Royaume-Uni* du 17 mai 1995, 27008/95 (le requérant, prêtre de l'Église d'Angleterre, s'opposait à la décision du Synode général de cette Église d'ordonner des femmes); *Karlsson c. Suède* du 8 septembre 1988, 12356/86, 178 (requérant déclaré inapte au poste de pasteur car, opposé à l'ordination des femmes, il ne s'était pas déclaré prêt à coopérer avec une ministre de sexe féminin) et *Spetz et autres c. Suède* du 12 octobre 1994, 20402/92; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 497; OTTENBERG, 131.

Le raisonnement qui précède s'applique *a fortiori* aux employés ecclésiastiques d'Églises d'État, qui ont des obligations mixtes envers l'Église et l'État. Ainsi la Commission des droits de l'homme a déclaré irrecevable la requête d'un curé de paroisse norvégien qui protesta contre l'adoption d'une loi autorisant plus largement l'interruption volontaire de grossesse. Conséquent avec ses opinions, il ne s'acquitta plus des devoirs qu'il estimait relever de la partie étatique de sa charge de curé : il ne célébra plus les mariages, n'examina plus si les futurs époux remplissaient les conditions requises ni ne s'occupait de conciliation matrimoniale, tout comme il refusa de tenir le registre des naissances, de recevoir le courrier administratif que lui adressait le ministre et de percevoir le salaire versé par le gouvernement. Il se considérait cependant toujours comme le véritable pasteur de la paroisse, tenant cette charge de l'Église officielle et il continua dès lors à s'acquitter des fonctions qu'il considérait comme relevant de la partie ecclésiastique de sa charge. Le Ministère du culte et de l'éducation le releva de ses fonctions après une conciliation infructueuse. Le curé soutint que son licenciement constituait une violation de sa liberté religieuse car il fut décidé contre le désir des membres de sa paroisse et contre l'avis de l'évêque, et les obligations à l'égard de l'Église étaient bien plus importantes selon lui que ses «devoirs assez secondaires vis-à-vis de l'État»¹³⁵⁹.

La Commission estime que dans un système d'Églises d'État, un ministre du culte d'une Église d'État a une liberté religieuse limitée par ses obligations administratives vis-à-vis de l'État. Fort de ses obligations mixtes à l'égard de l'Église envers qui il a souscrit à des obligations *religieuses* et à l'égard de l'État envers qui il a des charges *administratives* particulières, il est libre de quitter l'office pour sauvegarder sa liberté religieuse dans l'hypothèse où les exigences imposées par l'État entre en conflit avec ses croyances. Elle rappelle également que le requérant a conservé les droits pastoraux découlant de son ordination, ce qui l'autorise à exercer des fonctions religieuses. Ce ne sont en définitive pas directement ses idées qui ont conduit à son licenciement mais son refus corollaire de s'acquitter de fonctions qui étaient des obligations administratives à sa charge¹³⁶⁰.

Elle a déclaré irrecevable dans le même sens la requête d'un pasteur de l'Église nationale luthérienne danoise révoqué par le Ministre des Cultes danois pour avoir subordonné le baptême des enfants à la condition que leurs parents suivent cinq leçons d'enseignement religieux, condition supplémentaire non imposée par l'Église nationale et contraire aux directives de celle-ci¹³⁶¹.

¹³⁵⁹ CommEDH, décision *Knudsen c. Norvège* du 8 mars 1985, 11045/84.

¹³⁶⁰ *Ibid.*; GOY, 180.

¹³⁶¹ CommEDH, décision *X. c. Danemark* du 8 mars 1976, 7374/76.

4. Liberté religieuse associative et syndicats religieux

La liberté d'association donne à toute personne le droit de créer ou d'adhérer à une association et de participer à ses activités (art. 23 al. 2 Cst. et 11 CEDH). Un aspect particulier de cette liberté est le volet syndical consacré à l'art. 28 Cst., qui donne au travailleur le droit de contribuer à la création d'un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant et de participer à son activité (droit également garanti par l'art. 11 CEDH)¹³⁶².

Le devoir de fidélité peut empiéter sur la liberté d'association des travailleurs des entreprises de tendance, exigeant par exemple des enseignants d'une école confessionnelle d'appartenir à la communauté religieuse de l'employeur¹³⁶³. Une directive d'une Église ou communauté religieuse qui interdit aux employés, même de rang subalterne, d'appartenir à une autre communauté religieuse se justifie par la volonté de garantir la crédibilité de l'employeur, agissant ici comme une sorte de clause de non-concurrence durant les rapports de travail¹³⁶⁴.

L'autonomie des cultes leur donne aussi le droit d'avoir leur propre opinion sur les activités collectives de leurs membres qui pourraient menacer leur autonomie et cette opinion doit en principe être respectée par les autorités nationales. Pour autant, il ne suffit pas à une organisation religieuse d'alléguer l'existence d'une atteinte réelle ou potentielle à son autonomie pour rendre conforme aux exigences de l'art. 11 CEDH toute ingérence dans le droit à la liberté syndicale de ses membres. Il lui faut en plus démontrer, à la lumière des circonstances du cas d'espèce, que le risque invoqué est réel et sérieux, que l'ingérence litigieuse dans la liberté d'association ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'écarter et qu'elle ne sert pas non plus un but étranger à l'exercice de l'autonomie de l'organisation religieuse¹³⁶⁵.

¹³⁶² Le droit constitutionnel suisse consacre ainsi la liberté syndicale, qui produit un effet horizontal dès lors qu'elle fait partie des droits de la personnalité, WITZIG, Droit du travail, N 1926; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 356a N 2 et SUBILIA/DUC, art. 356a N 6.

¹³⁶³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321a N 5.

¹³⁶⁴ Voir CourEDH, arrêt *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, à propos d'une éducatrice d'une garderie d'enfants tenue par l'Église protestante d'Allemagne, licenciée sans préavis au motif qu'elle était en même temps membre active d'une communauté appelée «Église universelle/Fraternité de l'humanité» dont l'enseignement était considéré par l'Église protestante comme absolument incompatible avec le sien. En l'occurrence, les juridictions internes s'étaient livrées à un examen approfondi des circonstances de l'affaire, parvenant à une mise en balance circonstanciée des intérêts divergents en jeu, et il n'était nullement déraisonnable que l'intérêt de la requérante d'être maintenue dans son poste devait céder devant celui de l'Église protestante de rester crédible aux yeux du public et des parents des enfants fréquentant le jardin d'enfants, et d'éviter tout risque d'influence sur des enfants par une éducatrice membre d'une confession en contradiction avec les préceptes de l'Église en question; STAMM, 85.

¹³⁶⁵ CourEDH, arrêt *Sindicatul «Păstorul cel Bun» c. Roumanie* (GC) du 9 juillet 2013, Rec. 2013-V, § 159.

Dans une affaire jugée en Grande Chambre, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la non-violation de la liberté syndicale dans le cas du refus des autorités roumaines de reconnaître et d'enregistrer un syndicat créé par un groupe de prêtres et d'employés laïcs de l'Église orthodoxe roumaine, et ce, en raison de l'absence d'accord et de bénédiction de leur archevêque. Ce refus se fondait sur le Statut canonique de l'Église qui était approuvé par un arrêté du Gouvernement et faisait partie du droit interne. La Cour a estimé que nonobstant les particularités de leur situation et de leur mission spirituelle, les membres du clergé de l'Église orthodoxe roumaine accomplissaient leur mission dans le cadre d'une «relation de travail»; ils pouvaient donc se prévaloir en principe de la liberté syndicale au sens de l'art. 11, d'autant plus que les juridictions roumaines avaient déjà expressément reconnu aux membres du clergé et aux employés laïcs de l'Église orthodoxe le droit de se syndiquer.

En revanche, la Cour a jugé que l'ingérence litigieuse pouvait passer pour proportionnée aux buts légitimes recherchés et donc conforme aux exigences de l'art. 11 § 2 de la Convention. En refusant d'enregistrer le syndicat requérant, l'État s'était simplement abstenu de s'impliquer dans l'organisation et le fonctionnement autonomes de l'Église orthodoxe roumaine, respectant ainsi son obligation de neutralité. En effet, la demande d'enregistrement du syndicat ne répondait pas aux exigences du Statut de l'Église car ses membres n'avaient pas respecté la procédure spéciale prévue pour la création d'une telle association. Au demeurant, rien n'empêchait les membres du syndicat requérant de jouir de leur droit garanti par l'art. 11 CEDH en fondant une association dont les objectifs seraient compatibles avec le Statut de l'Église et qui ne remettrait pas en question la structure hiérarchique traditionnelle de l'Église et la manière dont les décisions y sont prises¹³⁶⁶.

C. Fonction publique : «devoir de réserve» ou de la préservation de l'intégrité de l'appareil étatique

Le devoir de réserve est considéré comme une des caractéristiques principales de la fonction publique¹³⁶⁷. Après avoir rappelé la nature de ce *devoir de réserve* qui incombe au fonctionnaire **(1)**, nous verrons comment il se traduit sur sa *vie privée religieuse et celle de sa famille* **(2)**, sur les *opinions religieuses* qu'il exprime dans un cadre privé **(3)** et sur son *affiliation à des associations ou communautés religieuses* **(4)**.

¹³⁶⁶ *Ibid.* Cette question ne fait pas l'objet d'un consensus, et les juges minoritaires ont tenu à exprimer une position dissidente commune. En Allemagne, la *Grundordnung des kirchlichen Dienstes* reconnaît expressément aux travailleurs de l'Église catholique la liberté syndicale (art. 6 GrO).

¹³⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2037; GREMPER, 116. En des termes similaires Cour-EDH, arrêt *Heinisch c. Allemagne* du 21 juillet 2011, 28274/08, § 64, qui reconnaît que «ce devoir de loyauté peut être plus accentué pour les fonctionnaires et les employés de la fonction publique que pour les salariés travaillant sous le régime du droit privé [...]».

1. Devoir de réserve de l'agent public

Le devoir de réserve exprime l'appartenance à l'État, détenteur du pouvoir de la puissance publique, et la participation à sa mission publique¹³⁶⁸. Il désigne, en plus du devoir de fidélité ordinaire inhérent à toute relation de travail, l'obligation supplémentaire d'accomplir tout acte de nature à servir les intérêts généraux défendus par l'État¹³⁶⁹. Il implique que dans l'accomplissement de sa tâche, l'agent public défende les intérêts de la collectivité au-delà de sa prestation de travail proprement dite; dans son aspect négatif, il oblige les agents publics de s'abstenir de tout acte qui pourrait porter préjudice à l'État (la doctrine alémanique évoque une *Doppelte Loyalität*)¹³⁷⁰. Aussi bien dans l'exercice de ses tâches qu'au dehors, il doit se montrer digne de la considération et de la confiance que sa fonction officielle exige et doit avoir un comportement tel que la population puisse avoir confiance dans l'appareil étatique à qui est confiée la gestion des affaires publiques¹³⁷¹.

L'étendue de ce devoir de réserve est plus ou moins strict selon la nature et le rang du poste occupé¹³⁷². Dans la pratique, le devoir de fidélité étendu s'applique surtout aux fonctionnaires qui exercent des fonctions officielles, de représentation ou qui sont détenteurs de la force publique¹³⁷³. Ainsi les devoirs déontologiques d'un haut fonctionnaire représentant l'État peuvent empiéter sur sa vie privée, lorsque par son comportement le fonctionnaire porte atteinte à l'image ou à la réputation de l'institution qu'il représente¹³⁷⁴.

Force est de constater que ce devoir de réserve est une notion juridique indéterminée évoluant fortement dans le temps en fonction des valeurs attribuées aux fonctionnaires¹³⁷⁵, mais qui se traduit de façon constante par un pouvoir d'instruction et de

¹³⁶⁸ ATF 123 I 296, c. 3; DEBET, 245; GREMPER, 67; TANQUEREL, Administration centrale, 25; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321a N 5.

¹³⁶⁹ Cf. art. 20 al. 1 LPers en droit de la fonction publique fédérale. Devoir rappelé récemment dans TF 21 décembre 2020, 8C_626/2020, c. 5.2; TF 29 janvier 2019, 8C_252/2018, c. 5.2. Voir aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2037 s.; DUBEY/ZUFFEREY, N 1562.

¹³⁷⁰ ATF 136 I 332, c. 3.2.1, JdT 2011 I 43; TF 21 décembre 2020, 8C_626/2020, c. 5.2; TAF 14 juin 2011, A-4659/2010, c. 6.4; BPG-HELBLING, art. 20 LPers N 51; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 600.

¹³⁷¹ TF 19 mai 2022, 8C_612/2021, c. 6.2.2; ATF 136 I 332, JdT 2011 I 43; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 601.

¹³⁷² ATF 140 V 521, c. 7.2.1; DUBEY/ZUFFEREY, N 1586.

¹³⁷³ GREMPER, 119.

¹³⁷⁴ CourEDH, arrêts *Sodan c. Turquie* du 2 février 2016, 18650/05, § 42 et *Özpinar c. Turquie* du 19 octobre 2010, 20999/04, § 71; HÄNNI/SCHNEIDER, 154.

¹³⁷⁵ «Toute norme juridique doit s'interpréter en fonction des jugements de valeur – de niveau supérieur – de la Constitution», comme aime à le rappeler le TF (ATF 116 Ia 359, c. 5c, JdT 1992 I 106). L'ancienne doctrine considérait que ce devoir de réserve limitait également l'exercice des droits fondamentaux du fonctionnaire dans sa vie privée, cf. RICHNER, 105 ss, ainsi que NEUENSCHWANDER, 9 s., 19, 23. Sur la précision de la base légale nécessaire à la détermination du niveau de fidélité attendu de l'agent public, DONATSCH, N 30.

contrôle accru des services supérieurs sur leurs subordonnés et sur l'exigence de l'agent public se comporter de sorte que la population puisse avoir entière confiance en la capacité de l'administration à gérer les affaires publiques; il dénote en ce sens une fonction limitative des droits fondamentaux dans l'idée de préserver l'intégrité de l'appareil étatique¹³⁷⁶. De nos jours, les auteurs considèrent que le fonctionnaire doit toujours respecter ce devoir dans sa vie privée, mais uniquement lorsque l'activité professionnelle l'exige et la restriction doit alors se limiter au strict nécessaire¹³⁷⁷.

Dans ce sillage, la doctrine publiciste a remarqué que l'orientation prise par l'administration vers la prestation à des clients-usagers et une plus grande flexibilisation des agents publics a conduit à un certain «relâchement» du devoir de fidélité des agents publics en vue de l'aplanir à un niveau proche de celui des travailleurs du secteur privé¹³⁷⁸.

La prémisse d'une jouissance «naturellement» limitée des libertés fondamentales par l'agent public est donc battue en brèche dans la doctrine. D'une part parce que le devoir de fidélité accru peut exister aussi en droit privé du travail – notamment dans les entreprises de tendance –, d'autre part car ce devoir est extrêmement variable à raison de la fonction assumée et de la mission publique poursuivie. La dépolitisation de la fonction publique amène à se demander finalement s'il existe encore une différence fondamentale de nature avec le devoir de loyauté régnant dans les entreprises de droit privé¹³⁷⁹.

2. Vie religieuse privée de l'agent de l'État – et de sa famille

Un État démocratique est en droit d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils soient loyaux envers les principes constitutionnels sur lesquels il s'appuie, telles que la *laïcité*¹³⁸⁰. Cela peut impliquer, dans certaines circonstances, que les exigences propres à la fonction publique puissent requérir la prise en compte des constats opérés au cours d'enquêtes de sécurité révélant des croyances ou pratiques religieuses privées pouvant entrer en contrariété avec la neutralité de l'État¹³⁸¹.

¹³⁷⁶ ATF 136 I 332, c. 3.2.1, JdT 2011 I 43; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 591; RICHLI, 25 ss; HÄNNI/SCHNEIDER, 152 s.; KARLEN, Verwaltungsrecht, 345; VERNIORY/WAELTI, 811 s., pour un comparatif des définitions doctrinales. Lire aussi Arnaud BONTEMPS/Grégory RZEPSKI, «Devoir de réserve, un effet d'intimidation», *Le Monde diplomatique*, novembre 2020.

¹³⁷⁷ GREMPER, 118; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2040; HÄNNI/SCHNEIDER, 162; VERNIORY/WAELTI, 812. Cf. récemment TF 29 janvier 2019, 8C_252/2018, c. 5.2; TF 26 juin 2014, 8C_146/2014, c. 5.5, les deux à propos de policiers.

¹³⁷⁸ POLEDNA, 225; BPG-HELBLING, art. 20 LPers N 9.

¹³⁷⁹ MAHON, Fonctionnaires, 42 s. et 63-66, et les réf. citées. Une auteure a carrément dit de l'État qu'il était un employeur «de tendance démocratique», SCHIBLI, 107, et les réf. citées; JAAG, 599 s., qui met sur un pied d'égalité le devoir de fidélité du travailleur privé et public.

¹³⁸⁰ CourEDH, décision *Kurtulumu c. Turquie* du 24 janvier 2006, 65500/01, 8; ATF 123 I 296; VERNIORY/WAELTI, 813; COSSALI SAUVAIN, 24.

¹³⁸¹ CourEDH, arrêts *Sodan c. Turquie* du 2 février 2016, 18650/05, § 52 et *Yilmaz c. Turquie* du 4 juin 2019, 36607/06, § 47.

En Europe, la problématique concerne surtout la Turquie, dont le principe de laïcité, pilier de la démocratie turque telle que conçue par Mustafa Kemal Atatürk et consacrée par la Constitution de la République turque, a opté pour une vision confinant les religions à la sphère privée et est protégé avec véhémence pour garantir la prospérité du régime démocratique¹³⁸².

Parfois, cela conduisit à des excès de zèle consistant à traquer les pratiques religieuses privées de nombre de fonctionnaires et à les considérer hâtivement comme des signes d'intégrisme religieux susceptibles de nuire à la laïcité turque. En particulier, des mesures drastiques ont été prises au sein de l'armée pour empêcher «le noyautage par des ultrareligieux» et les pratiques contraires à la loi sur les tenues vestimentaires et «donnant à la Turquie une image archaïque», qui ont donné lieu à une kyrielle d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant systématiquement rejeté les griefs des recourants au nom de la «discipline militaire», syntagme synonyme de restriction majeure aux libertés fondamentales et d'examen de fond très limité de la Cour de Strasbourg¹³⁸³.

Le raisonnement est différent s'agissant des autres agents de l'État, qui ne sont pas soumis à une telle discipline. À ce titre l'affaire *Sodan c. Turquie* est riche d'enseignements. En juin 1998, un inspecteur général du corps préfectoral fut chargé d'enquêter sur le comportement général d'un adjoint au préfet d'Ankara sur la base, notamment, de deux circulaires relatives au séparatisme et à l'intégrisme au sein du corps préfectoral. Le rapport de l'inspecteur fit état de ce que les convictions religieuses du requérant étaient bien connues et de ce que son épouse portait le voile. Se fondant notamment sur une décision du Conseil national de sécurité visant entre autres les activités fondamentalistes, il proposait de le muter dans un autre département ou à un poste de l'ad-

¹³⁸² Dans l'arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, Rec. 2003-II, § 125 s., la CourEDH relate le souci de la Cour constitutionnelle turque de dissoudre un parti politique qui prônait l'établissement d'un système multijuridique, qui avait déjà été instauré par le régime théocratique islamique sous l'Empire ottoman avant la fondation de la République.

¹³⁸³ Voir CourEDH, décisions *Sukiüt c. Turquie* du 11 septembre 2007, 59773/00, *Tepeli et autres c. Turquie* du 11 septembre 2001, 31876/96, *Yanasik c. Turquie* du 6 janvier 1993, 14524/89, *Özcan c. Turquie* du 9 juillet 2002, 39337/98, *Genel c. Turquie* du 9 octobre 2001, 36200/97, *Soysever c. Turquie* du 3 octobre 2002, 39826/98, *Sert c. Turquie* du 8 juillet 2004, 47491/99, *Acarca c. Turquie* du 3 octobre 2002, 45823/99 et *Çinar c. Turquie* du 9 juillet 2002, 39334/98, pour des militaires ayant décidé de leur plein gré d'embrasser une carrière militaire, lesquels doivent consentir à des limitations de leur liberté religieuse plus grandes que celles pouvant être imposées pour des civils et qui sont inhérentes au système d'une discipline militaire stricte, laquelle, confirme la Cour, peut interdire des comportements qui vont à l'encontre de la nécessité de l'ordre disciplinaire de l'armée, notamment l'adhésion à des mouvances fondamentalistes islamiques qui ont pour but ou plan d'action d'assumer la prééminence des règles religieuses, portant atteinte à la discipline militaire et à la laïcité; SUDRE, N 527.

ministration centrale n'impliquant aucune fonction de représentation. En juillet 1998, le requérant fut muté comme adjoint du préfet dans une ville de moindre importance¹³⁸⁴.

La question au cœur de l'affaire était de savoir si le requérant a été muté uniquement en raison de ses qualifications et des exigences du poste, comme le soutient le Gouvernement, ou plutôt, comme l'affirme le requérant, en raison de ses convictions religieuses et de sa vie privée. À titre liminaire, il faut noter que l'enquête interne diligentée au sujet du requérant a été ordonnée sur le fondement d'une décision qui ne traite nullement de la capacité des hauts fonctionnaires à incarner l'autorité et à être entreprenants dans l'exercice des missions qui leur incombent. Elle concerne seulement la place de la religion dans la société et au sein des institutions ainsi que des tenues vestimentaires. Par ailleurs, si le rapport d'inspection mentionne effectivement certains traits de caractère du requérant, il accorde une place considérable à ses convictions religieuses et à la circonstance que son épouse portait un voile. Si la mutation du requérant était exclusivement ou principalement fondée sur ses compétences, il serait difficile de comprendre la raison pour laquelle une importance si particulière a été accordée par les autorités à ses convictions religieuses, à la tenue de son épouse et, plus généralement, à la décision du Conseil national de sécurité.

Compte tenu des circonstances de l'espèce dans leur globalité, la Cour a considéré qu'il existait un lien de causalité manifeste entre la vie privée et les convictions du requérant d'un côté, et sa mutation de l'autre, et que la mutation du requérant constituait une sorte de sanction déguisée, constituant donc une ingérence dans sa vie privée. De l'aveu même du rapport d'inspection, le requérant était impartial dans l'exercice de ses fonctions et aucune activité relevant de l'intégrisme religieux n'avait été constatée. En ce qui concerne le port du voile par l'épouse du requérant, le souci de préserver la neutralité du service public ne pouvait justifier l'entrée en compte, dans la décision de muter le requérant, de cette circonstance, élément qui relevait de la vie privée des intéressés et ne faisait par ailleurs l'objet d'aucune réglementation. La Cour a ainsi conclu à la violation du droit au respect de la vie privée lu à la lumière de la liberté de conscience et de croyance¹³⁸⁵.

Le rapport fustigeant les croyances et pratiques religieuses du requérant disait que son mode de vie ne coïncidait pas avec « la personnalité moderne, *aturquiste* [nous soulignons] et entreprenante que l'on attend d'un membre du corps préfectoral » et qu'un membre du corps préfectoral se devait d'être « un citoyen modèle ayant une apparence et des opinions modernes » ; où l'on voit que l'objectif n'était pas toujours de traquer

¹³⁸⁴ CourEDH, arrêt *Sodan c. Turquie*, du 2 février 2016, 18650/05.

¹³⁸⁵ Compte tenu des circonstances de l'espèce et de la formulation des griefs, la Cour a estimé que les doléances du requérant devaient être examinées sur le terrain de l'art. 8 CEDH, lu toutefois à la lumière de l'art. 9 CEDH (*ibid.*, § 30).

les intégristes religieux mais de donner une image « moderne » des institutions étatiques¹³⁸⁶.

Dernièrement, la Cour a de nouveau conclu à la violation du droit au respect de la vie privée dans l'affaire *Yilmaz c. Turquie*, dans laquelle un enseignant en culture religieuse, déjà employé par le service public de l'éducation, passa avec succès un concours qui devait lui permettre d'être affecté à l'étranger. Cependant, la note établie à l'issue de l'enquête prévue par la directive sur la sécurité indiqua que son épouse portait le voile islamique en dehors du travail et qu'il y avait séparation des hommes et des femmes au domicile du couple (« *haremlük-seramlük* »). Sur cette base, la commission d'évaluation du ministère s'opposa à ce que le requérant fût nommé à l'étranger. La Cour réaffirme ne pas comprendre en quoi le port du voile par l'épouse d'un fonctionnaire et la manière dont il se comporte à son domicile pourrait porter atteinte aux impératifs d'intérêt public ou aux nécessités des services d'enseignement et d'éducation¹³⁸⁷.

La marge d'appréciation nationale est, une fois n'est pas coutume, déterminante dans l'admissibilité de la restriction apportée à la liberté religieuse de l'agent de l'État dans ce contexte. Dans la même veine, la Cour de Strasbourg a adoubié une modification constitutionnelle hongroise qui interdisait aux policiers de s'affilier à un parti politique et de se livrer à des activités politiques au motif que l'objectif de dépolitisation de la police revêtu une importance historique particulière en Hongrie en raison de l'expérience que ce pays a d'un régime totalitaire qui dépendait dans une large mesure de l'engagement direct de sa police aux côtés du parti au pouvoir, et que cette mesure pouvait passer pour nécessaire dans les pays de l'Europe ayant connu une longue histoire de parti unique au pouvoir qui instrumentalisait la police¹³⁸⁸.

3. *Opinions religieuses exprimées dans le cadre privé*

En Suisse, le risque d'érosion du principe de laïcité est historiquement moins présent qu'en Turquie, et la Cour serait davantage sévère dans l'examen d'une restriction à la liberté religieuse des agents de l'État s'agissant de leur vie privée et leurs activités religieuses ou politiques annexes. De manière générale, hors le motif sécuritaire, les opinions religieuses exprimées en dehors du service par un agent étatique ne peuvent être prises en compte par l'État-employeur, sous peine de constituer une discrimination religieuse¹³⁸⁹.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, respectivement § 10 et 15.

¹³⁸⁷ CourEDH, arrêt *Yilmaz c. Turquie* du 4 juin 2019, 36607/06, § 47.

¹³⁸⁸ CourEDH, arrêt *Rekvényi c. Hongrie (GC)* du 20 mai 1999, Rec. 1999-III, § 41.

¹³⁸⁹ En France, la jurisprudence administrative a clairement affirmé ce principe, CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*; CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*; CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*; Halde, Délibérations n^{os} 2007-309 et 2007-310 du 17 décembre 2007.

En revanche, nonobstant l'absence de condamnation pénale, l'État est aussi en droit de résilier les rapports de service d'un fonctionnaire exprimant, *dans le cadre privé*, des opinions incitant à la haine religieuse ou la discrimination envers certains groupes religieux de la population¹³⁹⁰.

Une juge russe a été révoquée à bon droit pour avoir exprimé ses convictions religieuses dans l'exercice de ses fonctions judiciaires à des fins de prosélytisme. La requérante, membre de l'Église de la Foi vivante¹³⁹¹ était juge à une cour de district. Les témoignages et les plaintes ont permis de constater qu'elle avait notamment recruté des collègues de la même confession religieuse, avait prié en public lors d'audiences, promis à certaines parties une issue favorable à leur affaire si elles rejoignaient sa communauté religieuse et publiquement critiqué la moralité de certaines parties, ce qui contrevenait crassement à la protection des droits d'autrui et à l'image d'impartialité qu'un juge doit donner au public. La Cour de Strasbourg eut le souci de préciser que sa déstitution était uniquement justifiée par le fait qu'elle se servait de sa position au sein de la magistrature pour promouvoir les intérêts de sa communauté religieuse et non au fait qu'elle ait exprimé ses idées dans la sphère privée¹³⁹².

4. *Liberté religieuse associative du fonctionnaire*

Il est vrai que d'un point de vue historique, la liberté d'association, principalement dans sa composante syndicale, n'est pas toujours allée de soi pour les fonctionnaires¹³⁹³. Des activités qui allaient à l'encontre des valeurs fondamentales établies par la Constitution n'étaient pas considérées comme compatibles avec l'exercice d'une fonction au sein de l'administration publique, même si elles n'avaient pas lieu en

¹³⁹⁰ TF 25 juin 2018, 8C_740/2017, à propos de la révocation d'un policier genevois en raison de ses prises de position privées sur les réseaux sociaux en lien avec le nazisme, et ce malgré, et cet élément est intéressant, l'ordonnance de non-entrée en matière rendue par le ministère public. Le policier avait notamment écrit des messages allusifs à l'anniversaire et à la mort d'Adolf Hitler (« Joyeux anniversaire Tonton » ; « Tu as quitté ton enveloppe charnelle, mais tu es là – pas loin. Reviens, le monde n'a jamais eu autant besoin de toi »). Voir aussi TF 16 août 2022, 8C_17/2022, à propos de la résiliation tenue pour licite des rapports de service d'un fonctionnaire de la police internationale de Genève pour s'être rendu coupable de discrimination raciale par des publications litigieuses postées sur Facebook. Si nous avons pris le soin de mentionner qu'il s'agissait dans ces deux dernières affaires de policiers, c'est parce qu'en tant que détenteurs de la force publique, ils sont soumis à un devoir de réserve plus exigeant encore que celui qui caractérise les agents de l'État, ainsi que l'atteste la directive départementale sur le devoir de réserve dans l'usage des réseaux sociaux à laquelle étaient soumis les deux policiers dans les affaires citées. De façon plus générale, les agents de l'État ne doivent commettre aucun délit pénal dénotant une attitude incompatible avec la fonction publique, c'est-à-dire susceptible de saper la confiance du public dans les organes de l'État et la gestion des affaires publiques (voir TF 19 mai 2022, 8C_612/2021, c. 6.2.2-6.3).

¹³⁹¹ Qui appartient à l'Union russe des Églises chrétiennes évangéliques.

¹³⁹² CourEDH, décision *Pitkevich c. Russie* du 8 février 2001, 47936/99.

¹³⁹³ HÄNER, 396.

public et si le collaborateur n'avait que des tâches subalternes¹³⁹⁴. La nouvelle loi sur le personnel de la Confédération a adopté une approche plus souple en limitant cette liberté aux cas où les limitations sont absolument nécessaires pour l'accomplissement du travail auprès de la Confédération¹³⁹⁵.

Aujourd'hui, pour préserver l'intégrité de l'appareil étatique, un agent public peut se voir interdire d'adhérer à une communauté religieuse qui userait de moyens violents ou illégaux pour accomplir sa finalité, ou dont les objectifs et les activités sont incompatibles avec l'activité professionnelle du fonctionnaire¹³⁹⁶. Mais, comme nous le verrons, cette notion de danger pour l'État est ceinte d'une grande appréciation politique **(a)**, sans évoquer le domaine de la «sécurité nationale» dont le syntagme résonne comme un quasi renoncement à la liberté religieuse associative du fonctionnaire **(b)**, tout comme la notion d'«extrémisme violent», interprétée largement **(c)**.

a. Un «danger pour l'intégrité étatique» ceint d'une grande appréciation politique

Le potentiel danger que représente l'appartenance à une organisation religieuse pour l'intégrité étatique est empreinte d'une appréciation politique à un temps donné en fonction d'un contexte donné. Il a été jugé que le fait d'appartenir au mouvement d'extrême gauche «Jeunesse progressiste» peut justifier la résiliation des rapports de travail d'une télégraphiste de l'ancienne PTT (Postes, téléphones, télégraphes) de la Confédération, lorsque ce mouvement est surveillé par la police fédérale et que l'activité de l'agent public au sein de l'association présente des risques accrus de violation du secret de fonc-

¹³⁹⁴ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 606, qui relate que l'ancien statut du personnel fédéral contenait à son art. 13 al. 2 une interdiction pour les collaborateurs d'appartenir à des associations illicites et une obligation de s'abstenir d'adhérer à des associations licites dont les buts ne seraient pas conciliables avec leurs tâches étatiques. Selon cette règle, l'appartenance du collaborateur à des groupements politiques extrémistes ou à d'autres associations similaires devait faire l'objet d'un examen par le Conseil fédéral, même s'il ne s'agissait pas d'un groupement ou d'une association considérés par le Conseil fédéral comme illicite et de nature à porter atteinte à la sûreté de l'État (cf. Message du CF du 18 juillet 1924, 76).

¹³⁹⁵ Dans ce sens, l'art. 24 al. 2 let. b LPers n'autorise la Confédération à imposer au personnel des obligations allant au-delà du contrat de travail que si la sécurité de l'État, la sauvegarde d'intérêts importants commandés par les relations extérieures ou la garantie de l'approvisionnement du pays en biens et services vitaux l'exigent, FF 1999 II 1421, 1444 s.

¹³⁹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2049; DUBEY/ZUFFEREY, N 1587; CourEDH, arrêts *Vogt c. Allemagne* (GC) du 16 septembre 1995, 17851/91, § 60 et *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie* (n° 2) du 31 mai 2007, 26740/02, § 55. Dans certains contextes particuliers, la CourEDH a même considéré qu'un État pouvait interdire aux hauts fonctionnaires de l'administration locale certaines formes d'activités politiques susceptibles de compromettre leur impartialité. OTTENBERG, 161. L'on peut se demander si un agent de l'État peut être sanctionné pour être membre d'un parti politique dissous après avoir prôné l'instauration de la *charia*, jugée incompatible avec la démocratie et l'ordre public européen par la CourEDH, arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, Rec. 2003-II, § 123.

tion¹³⁹⁷. Il faut noter que cet arrêt a été rendu en pleine guerre froide et concernait « une association d'extrémistes de gauche d'orientation pro-chinoise » [sic].

Dans l'affaire *Leander c. Suède*, toujours pendant la guerre froide, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la non-violation de l'art. 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) dans le cas d'un charpentier travaillant comme remplaçant au musée naval de Karlskrona, près d'une zone militaire sécurisée d'accès restreint. À l'issue d'un contrôle, le commandant en chef de la marine décida de ne pas le recruter car il avait été membre du parti communiste et d'un syndicat. La Cour admet s'être retranchée derrière la marge d'appréciation nationale « de grande ampleur » pour juger que le Gouvernement suédois était en l'espèce fondé à considérer que l'intérêt de la sécurité nationale l'emportait sur l'intérêt individuel du requérant¹³⁹⁸.

Des mesures prises par le passé contre les adhérents de mouvements communistes ou trotskistes ne seraient plus admises aujourd'hui¹³⁹⁹. La prudence impose donc à l'employeur de ne pas verser dans une appréciation politique cristallisant la situation à la suite d'un événement particulier. En France, la logique sécuritaire poursuivie au nom de la lutte contre le terrorisme et l'islamisme radical après la vague d'attentats en 2015 et la proclamation de l'état d'urgence s'est accompagnée d'un discours appelant à bâtir une « société de vigilance », ce qui a pu instaurer un climat de méfiance à l'égard de personnes suspectées, en raison de leur appartenance religieuse vraie ou supposée, d'entretenir d'une manière ou d'une autre des accointances avec le terrorisme islamiste, lesquelles personnes ont en fait les frais en perdant leur travail¹⁴⁰⁰.

¹³⁹⁷ ATF 99 Ib 129, c. 6c. La condition du danger n'était pas réalisée dans une autre affaire, plus ancienne mais restée célèbre : pour avoir signé, en 1940, l'« appel des 200 », qui demandait au Conseil fédéral de prendre toutes sortes de mesures de nature fasciste afin de rendre la Suisse plus « sympathique » au régime nazi, un archiviste cantonal fut licencié pour justes motifs en 1945 (ATF 75 II 329).

¹³⁹⁸ CourEDH, arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, 9248/81, § 59 et 67. Cf. encore CourEDH, arrêt *Naidin c. Roumanie* du 21 octobre 2014, 38162/07, dans lequel la Cour justifie la différence de traitement opérée par le droit roumain entre le passé des personnes souhaitant intégrer la fonction publique durant la période communiste, à propos d'un ancien informateur de la police politique souhaitant occuper un emploi impliquant une parcelle de la souveraineté de l'État, ce dernier étant en l'espèce soucieux de bâtir une fonction publique démocratique à l'abri des dérives du passé. Voir aussi, en France, Halde, Délibération n° 2007-123 du 14 mai 2007.

¹³⁹⁹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 606. Voir CourEDH, arrêt *Vogt c. Allemagne* (GC) du 16 septembre 1995, 17851/91 (fonctionnaire révoquée pour son engagement au sein du Parti communiste allemand ; conclusion de violation des art. 10 et 11 CEDH par dix voix contre neuf).

¹⁴⁰⁰ Le Défenseur des droits a été saisi par une jeune fille d'origine algérienne et supposée – à tort – de confession musulmane dont le stage au sein d'une crèche confessionnelle juive a été interrompue à la suite du plan Vigipirate – outil central du dispositif français contre le terrorisme, la directrice de la crèche ayant reconnu que son attitude pouvait paraître disproportionnée et qu'elle a agi sous la pression du personnel et des parents qui étaient inquiets (décision n° 2018-012 du 15 février 2018) ; il a aussi été saisi par une salariée musulmane d'une société de ges-

C'est pourquoi la «préservation de l'intégrité étatique» ne doit être interprétée qu'avec une grande sévérité, sous peine de voir des motifs suffisamment larges pour permettre à l'État-employeur de bâtir sans trop de difficultés des argumentaires peu susceptibles d'être rejetés par un juge¹⁴⁰¹.

b. «Sécurité nationale» : syntagme synonyme de quasi renoncement à la liberté religieuse associative

Dans l'affaire d'un magistrat militaire turc mis à la retraite d'office pour opinions intégristes illégales, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé qu'en embrassant une carrière militaire, le requérant se pliait de son plein gré au système de disciplinaire militaire qui implique par nature des limitations plus étendues à sa liberté religieuse. Mais l'arrêté du Conseil supérieur militaire qui le mit à la retraite d'office ne se fondait pas sur ses convictions religieuses ou la manière dont il remplissait ses devoirs religieux – il avait pu s'acquitter de ses obligations religieuses, telles que les cinq prières quotidiennes, l'observation du jeûne du ramadan et se rendre aux prières du vendredi à la mosquée –, mais sur son comportement et ses agissements qui portaient atteinte selon l'État turc à la discipline militaire et au principe de laïcité, le dossier ayant apparemment démontré que le colonel appartenait *de facto* à l'ordre du Suleymanisme et participait de façon active aux activités de cette communauté connue comme ayant des tendances fondamentalistes illégales. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu d'ingérence dans le droit garanti par l'art. 9 CEDH¹⁴⁰².

Dans une affaire suisse ayant rencontré un certain écho médiatique, un officier de l'armée à la protection d'ouvrages a fait l'objet d'un contrôle de sécurité qui a révélé d'une part une condamnation pénale pour possession et consommation de marijuana,

tion en lien avec la police aux frontières licenciée à la suite d'une perquisition administrative de son domicile ayant révélé la possession d'ouvrages religieux et de ses prétendues fréquentations avec des personnes de la mouvance salafistes, le tout un mois après les attentats du 13 novembre 2015 et l'instauration de l'état d'urgence (2017-313 du 21 décembre 2017); enfin par un assistant d'éducation intervenant en lycée et accusé, sans éléments objectifs tendant à prouver un quelconque radicalisme religieux, de ne plus faire la bise à ses collègues femmes, d'«évoluer avec 2 ou 3 téléphones dans la cour» ou encore de «parler Arabe [*sic*] avec des élèves» (2019-119 du 27 mai 2019). Lire, pour la situation suisse, Erwin TANNER, «Les musulman(e)s – un problème pour la sécurité intérieure de l'Etat suisse?», *PJA* 2004 962-968.

¹⁴⁰¹ Lire à ce propos Dominique PINSOLLE, «Dissoudre pour mieux régner», *Le Monde diplomatique*, mars 2021. Dans le contexte professionnel mais hors rapport salarié, le TF a jugé que le retrait d'autorisation d'exploiter une agence de sécurité privée en raison de l'appartenance du recourant et certains de ses collaborateurs à une secte potentiellement dangereuse était conforme au droit, l'intérêt public à supprimer un risque élevé d'atteintes graves à l'ordre et à la sécurité publics l'emportant sur l'intérêt privé de l'exploitant à exercer son activité et à sa liberté religieuse (TF 2 septembre 1997, RDAF 1998 I 162, et la décision d'irrecevabilité correspondante de la CommEDH, *C.R. c. Suisse* du 14 octobre 1999, 40130/98).

¹⁴⁰² CourEDH, arrêt *Kalaç c. Turquie* du 1^{er} juillet 1997, Rec. 1997-IV, § 25, 30 et 31. Le requérant lui aurait apporté son aide juridique, participé à des réunions de formation et est intervenu plusieurs fois dans les nominations de militaires membres de la secte.

d'autre part un penchant pour l'islam radical, émettant une « décision négative sur le risque » et recommandant de lui retirer l'accès à des informations confidentielles et secrètes, de lui retirer son arme militaire et de ne pas le maintenir comme officier de protection d'ouvrages au sein de l'armée suisse. Plus précisément, il a exposé dans divers médias ses idées de « converti » sur l'islam, notamment en publiant un essai sur l'athéisme (intitulé « *Wurzeln des Atheismus* »), a déclaré lors d'un entretien être un extrémiste idéologique, revendiquait avec insistance la vérité universelle de l'islam, entraînant d'après l'autorité une tendance à la discrimination des personnes ayant une autre foi ou une pratique divergente de l'islam. Les explications concernant la lapidation ainsi que le fait de frapper symboliquement la femme montreraient en outre que le recourant ne se distancie pas des actes de violence en tant que punition. Cet extrémisme progressif et rapide depuis sa conversion a mis en exergue un manque de fiabilité et de confiance, représentant un risque sécuritaire et justifiant la décision au regard des accès et informations dont jouit le recourant, d'après le Tribunal administratif fédéral¹⁴⁰³.

Sur les griefs de violation de la liberté religieuse et de discrimination religieuse, le Tribunal administratif fédéral dit, dans un considérant à la tonalité parfois surprenante, que la décision négative sur le risque n'est pas liée à ses convictions religieuses mais à son manque d'intégrité, de fiabilité et de confiance, à la probabilité d'une radicalisation croissante de ses convictions et de son comportement ainsi qu'à sa tendance à la dépendance. L'autorité intimée a précisé à cet égard que ses arguments ne se fondaient en rien sur l'appartenance du recourant à l'islam, mais sur la manière dont il pratiquait sa foi, en ajoutant que les sources de risques sécuritaires identifiées existent indépendamment de sa vision concrète de la religion¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰³ TAF 27 avril 2011, A-6275/2010, c. 8.2, qui admet le recours uniquement sur la question des recommandations autres que le risque sécuritaire (notamment le retrait de l'arme, la fonction militaire occupée par le recourant et l'arrêt de la formation continue), l'autorité intimée ayant outrepassé ses compétences. Le TAF explique que contrairement à la version du recourant, l'autorité n'a pas déduit le manque de fiabilité et de confiance uniquement de la consommation de drogue antérieure, mais de l'ensemble des circonstances et surtout de ses tendances qualifiées d'extrémistes. Dans la mesure où le recourant fait valoir qu'il suit impérativement les lois suisses depuis sa conversion à l'islam, il ne peut rien en déduire en sa faveur, puisque l'autorité a démontré de manière compréhensible que l'obligation religieuse de se comporter conformément à la loi ne diminue pas le risque d'une future infraction à la loi, notamment à la lumière de la radicalisation croissante de son comportement. Étant donné que le recourant a déjà évolué sur le terrain de l'illégalité par le passé dans le cadre de sa consommation de stupéfiants, il ne peut être exclu qu'il se laisse à nouveau entraîner dans des actes illégaux (c. 10.1).

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, c. 10.4.3. Nous ne comprenons pas pourquoi le Tribunal administratif fédéral s'est contorsionné en empruntant des sentiers tantôt théoriques – notamment en voulant absolument découpler la personne du recourant de ses croyances d'une part, ses croyances de ses pratiques d'autre part – tantôt contradictoires – en disant que l'appartenance religieuse n'est pas pertinente alors que le rapport querellé met essentiellement en cause ses penchants extrémistes à la suite de sa conversion à l'islam.

La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevables deux requêtes concernant le retrait des habilitations de sécurité de deux fonctionnaires au service de l'immigration du Bureau de l'Intérieur (*Home Office*) du gouvernement britannique, l'un identifié comme étant étroitement associé à un réseau de personnes soupçonnées d'être des extrémistes islamistes soutenant l'insurrection pendant la guerre d'Irak, l'autre au motif que des membres de sa famille étaient soupçonnés d'avoir fomenté un attentat terroriste et que cela risquait de l'exposer à une influence indue¹⁴⁰⁵.

Il ressort ainsi de la jurisprudence que les contractuels militaires et les civils ayant accès à des sites ou informations sensibles sont les salariés les plus exposés à des mesures disciplinaires de droit du travail ou à des licenciements en cas d'affiliations à des mouvements, groupuscules ou communautés religieuses jugées extrémistes et incompatibles avec la loyauté attendue de la part de personnes qui engagent la crédibilité de l'armée en général et la fiabilité d'un détenteur de secrets militaires. Le domaine sensible de l'armée et de la sécurité nationale entraîne une péjoration sensible des droits procéduraux et fondamentaux des militaires, les tribunaux faisant preuve de grande retenue dans l'appréciation juridique et factuelle.

c. «Extrémisme religieux»: une définition vaste mais pas illimitée

Quant à l'étendue de ce qui est entendu comme un «extrémisme religieux» incompatible avec le devoir de fidélité d'un officier militaire, l'arrêt du Tribunal administratif fédéral fournit des éléments intéressants: la juridiction approuve l'argumentaire du recourant qui fait valoir qu'en vertu de la loi fédérale qui a fondé le contrôle de sécurité dont il a fait l'objet¹⁴⁰⁶, seuls les dangers liés au «terrorisme», au «service de renseignement prohibé», à l'«extrémisme violent [nous soulignons]» et à la «violence lors de manifestations sportives» étaient cités (*cf.* art. 2 al. 1), et non l'extrémisme *idéologique* invoqué par l'autorité, interprétation confortée par la jurisprudence allant dans le même sens¹⁴⁰⁷.

Or le recourant n'a jamais été violent jusqu'à présent et le contrôle de sécurité n'a pas mis en évidence un tel risque futur. Mais le Tribunal administratif fédéral dit dans un second temps que cette liste n'est qu'exemplative et qu'il n'est pas exclu qu'un extrémisme idéologique puisse également représenter un risque pour la sécurité. La justifi-

¹⁴⁰⁵ CourEDH, décision *Gulamhussein et Tariq c. Royaume-Uni* du 3 avril 2018, 46538/11 et 3960/12, qui n'a qu'examiné le grief du droit à un procès équitable, les requérants n'ayant pas invoqué l'art. 9 CEDH dans leurs requêtes à la CourEDH, alors que le second requérant (M. Tariq) soutenait devant le juge national que le département de l'Intérieur s'était fondé sur des présomptions stéréotypées selon lesquelles lui-même, les musulmans et les personnes d'origine pakistanaise pouvaient être exposés à une influence indue.

¹⁴⁰⁶ Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997 (LMSI; RS 120).

¹⁴⁰⁷ TAF 27 avril 2011, A-6275/2010, c. 3, qui renvoie à TAF 29 novembre 2010, A-103/2010, c. 3 et TAF 19 octobre 2010, A-527/2010 du 19 octobre 2010, c. 4.

cation se trouve dans la difficulté pratique à délimiter clairement les deux formes d'extrémisme, qui ont tendance à se recouper et à s'influencer mutuellement, ainsi que dans le caractère préventif de l'art. 2 al. 1 LMSI qui ne peut se concevoir que dans l'hypothèse d'un extrémisme violent¹⁴⁰⁸.

L'imminence et la concrétude du danger, ainsi que l'illégalité des moyens utilisés et la propension à la violence inhérente à l'idéologie en cause doivent être les critères d'appréciation déterminants. Cependant, la seule proximité ou appartenance d'un fonctionnaire à un mouvement religieux ne saurait constituer un motif suffisant en soi pour prendre à son encontre une mesure défavorable, dès lors qu'il n'a pas été clairement démontré, soit qu'il n'agissait pas de manière impartiale ou recevait des instructions des membres dudit mouvement, soit que le mouvement en question représentait véritablement un danger pour la sécurité nationale¹⁴⁰⁹.

La jurisprudence actuelle permet d'inférer, par analogie avec les arrêts rendus à propos d'organisations politiques¹⁴¹⁰, que la renonciation d'appartenance à une telle association ne pourrait être exigée d'un agent public que lorsque l'exécution des tâches étatiques et la confiance des citoyens dans l'État sont *concrètement* en danger, ce qui suppose que l'intégrité de l'appareil étatique puisse être dévoyée par l'agent public¹⁴¹¹. Ce devoir de réserve vis-à-vis de son appartenance à une certaine organisation religieuse s'apprécie donc aussi en fonction de ses responsabilités assumées, de sa position hiérarchique et de la mission étatique qu'il a la charge d'accomplir¹⁴¹².

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, c. 10.2.

¹⁴⁰⁹ CourEDH, arrêt *Sodan c. Turquie*, du 2 février 2016, 18650/05, § 54; HÄNER, 414, et les réf. citées. Dans l'ATF 99 Ib 129 précité, l'association dont faisait partie la télégraphiste était surveillée par la police fédérale et il y avait un risque « très élevé » qu'elle fût tentée de signaler cette surveillance à ses camarades politiques en violant ce faisant son obligation de garder le secret (cf. art. 321a CO). Ce risque était de nature à rompre la relation de confiance censée régner dans tout rapport de travail et le licenciement n'apparaissait par conséquent pas arbitraire.

¹⁴¹⁰ Ou la jurisprudence du TF sur l'obligation de résidence du fonctionnaire, qui admettait dans un premier temps avec une grande facilité l'obligation de résidence imposée aux fonctionnaires, dans le but de créer des « liens entre d'une part le fonctionnaire, et d'autre part la population et la collectivité, de façon à ce que le fonctionnaire puisse avoir connaissance des problèmes de cette collectivité non seulement dans le cadre de son travail mais aussi à titre privé » – et aussi pour attirer de nouveaux contribuables –, avant d'évoluer sous l'effet du principe de la proportionnalité en exigeant des « besoins de service ou des relations particulières avec la population » pour limiter leur liberté d'établissement (cf. art. 24 Cst.), citations extraites de l'ATF 128 I 280, c. 4.2, JdT 2004 I 2.

¹⁴¹¹ ATF 120 Ia 203, c. 3a, JdT 1996 I 622; ATF 99 Ib 129, c. 6c; HÄNER, 412 ss; GREMPER, 221.

¹⁴¹² Selon la formule du Tribunal fédéral in ATF 120 Ia 203, c. 3b, JdT 1996 I 622. C'était un des critères mis en exergue par le TF dans l'ATF 99 Ib 129, c. 6c; Cour de justice GE 6 février 2018, ATA/105/2018, c. 8, à propos de la liberté d'expression d'un policier; CourEDH, arrêt *Vogt c. Allemagne* (GC) du 16 septembre 1995, 17851/91, § 59. Dans un sens rejoignant le nôtre, Manfred REHBINDER, « Arbeitsrechtliche Schranken der politischen Betätigung von Medienschaffenden », *RSJ* 1978 133 ss.

En cas de condamnation pour participation ou soutien à une organisation terroriste d'idéologie religieuse (cf. art. 260^{ter} CP)¹⁴¹³, la réponse est assez évidente pour justifier un licenciement immédiat de n'importe quel fonctionnaire, même avec une fonction subalterne.

Violo en revanche la liberté personnelle et le droit au respect de la vie privée de l'agent public le traitement systématique, par la Direction cantonale de l'instruction publique, de données personnelles relatives à l'appartenance de certains enseignants à l'association «Verein für Psychologische Menschenkenntnis», une association à but spirituel, car il n'a pas été prouvé que l'appartenance à cette association aurait eu une influence déterminante (contenu de l'enseignement, fautes professionnelles, etc.) sur le travail de l'enseignant¹⁴¹⁴. À notre avis, ce raisonnement est applicable par analogie aux données religieuses.

Plus controversé fut le cas commenté dans les années 1990 du recteur et enseignant de musique à l'école cantonale de Zoug, membre de l'Église universelle – qualifiée dans certains pays de secte –, lequel, peu après avoir manifesté devant un tribunal à l'occasion d'une procédure pénale ouverte contre un membre important de l'Église, fut licencié avec effet immédiat de son poste de recteur par le Conseil d'État zougais en raison des professions de foi de l'Église que les membres doivent réaffirmer chaque année par leur signature¹⁴¹⁵. La continuation des rapports était soumise à une déclaration écrite de sortie de l'Église par l'enseignant, ce qu'il refusa, tout en distanciant à plusieurs reprises des déclarations racistes et antisémites des dirigeants de l'Église. Deux avis de droit, rédigés par d'éminents constitutionnalistes, ont abouti à des conclusions opposées sur la proportionnalité du licenciement au regard de la liberté religieuse de l'enseignant, et le Conseil d'État renonça à résilier son contrat de travail d'enseignant de musique¹⁴¹⁶.

¹⁴¹³ Telle qu'Al-Qaïda (TF 16 novembre 2002, 1A.194/2002) ou l'organisation État islamique (ATF 142 IV 175, c.5.8 et TF 5 décembre 2016, 1B_412/2016, c.3.4). voir aussi LF du 12 décembre 2014 interdisant les groupes Al-Qaïda et État islamique et les organisations appartenues (RS 122), ainsi qu'AJIL/LUBISHTANI, N 43 ss.

¹⁴¹⁴ ATF 122 I 360, JdT 1998 I 203; DUBEY/ZUFFEREY, N 1582.

¹⁴¹⁵ HÄNNI, 110. Voir, pour les faits, NZZ du 13 septembre 1996 (p. 14), «Zuger Rektor als Mitglied der Universalen Kirche», du 18 septembre 1996 (p. 14), «Wirbel um die Universale Kirche in Zug. Zuerst Anhörung vor einem Entscheid im Fall Iten» et 22 janvier 1997 (p. 14), «Weiteres Gutachten im Zuger Sektenkonflikt. Kündigungsentscheid der Regierung Ende Februar».

¹⁴¹⁶ Tobias JAAG/Helen KELLER, «Rechtsgutachten zur Frage der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von X.Y. vom 19. Dezember 1996» (pour qui l'intérêt public primait la liberté religieuse de l'enseignant); *contra* Jörg Paul MÜLLER/Markus SCHEFER, «Verfassungsrechtliches Gutachten zur Zulässigkeit einer Kündigung von X.Y.s Anstellung als Musiklehrer an der Kantonschule Zug vom 22. Januar 1997» (selon lesquels le licenciement était disproportionné).

Au niveau européen, la Cour de Strasbourg a conclu à la violation de la liberté religieuse dans le cas d'une fonctionnaire, responsable de la piscine d'une école professionnelle publique en Bulgarie, licenciée à cause de son appartenance à une communauté évangélique protestante (« Verbe de Vie »), et ce, dans le contexte général d'une campagne politico-médiatique déclenchée contre cette communauté. La communauté en question agissait dans la clandestinité car les autorités avaient refusé de procéder à son enregistrement. Les réunions des membres étaient régulièrement interrompues par la police et elle faisait l'objet d'une contre-propagande dans les médias, qui appelaient au licenciement de ses membres, notamment de l'intéressée, qu'ils avaient nommé désignée. Elle subit des pressions destinées à la contraindre à démissionner ou à renoncer à sa foi. Même si le licenciement se fondait formellement sur une modification des critères de qualification pour son poste et sur l'introduction de nouveaux critères auxquels la requérante ne répondait pas (notamment l'exigence d'un diplôme universitaire tout en maintenant pour l'essentiel les attributions et les responsabilités initialement prévues), l'analyse des faits de l'affaire dans leur globalité a amené la Cour européenne des droits de l'homme à conclure que la vraie raison de cette mesure était bel et bien l'appartenance religieuse de l'employée¹⁴¹⁷.

Ce cas est intéressant car il montre que dans un cas avéré d'intolérance religieuse, de la part des médias comme des autorités, l'artifice juridique consistant à licencier sur un motif qui formellement n'a rien à voir avec les croyances religieuses et l'appartenance religieuse d'un fonctionnaire ne tient pas face à la causalité plausible des événements. L'argument du gouvernement selon lequel la requérante aurait fait acte de prosélytisme à l'école, causant une brèche au système laïc bulgare, n'a été étayé d'aucune preuve selon la Cour¹⁴¹⁸.

En définitive, la Cour se montre très protectrice et interventionniste lorsque le licenciement d'un agent de l'État est causé par son *unique* appartenance à une communauté religieuse, qui plus est dans un contexte notoire de persécution religieuse envers une communauté « non traditionnelle »¹⁴¹⁹.

IV. Conflit de conscience et refus d'exécuter le travail

La conscience et le droit ont tous deux pour caractéristique fondamentale de constituer des systèmes normatifs. Mais une antinomie radicale les sépare aussi. L'une prescrit des normes « à usage interne », elle est destinée à s'auto-gouverner ; l'autre édicte des

¹⁴¹⁷ CourEDH, arrêt *Ivanova c. Bulgarie* du 12 avril 2007, 52435/99.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, § 82 s.

¹⁴¹⁹ Cette intolérance a été relevée par des rapports cités aux § 65-67.

normes «à usage externe», il vise à contraindre autrui. À l'autonomie fondamentale de l'un, s'oppose l'hétéronomie de l'autre¹⁴²⁰. Un combat se livre parfois entre ces deux systèmes normatifs, lorsque, entrant en concurrence, la conscience et le droit prétendent tous deux à l'hégémonie¹⁴²¹.

En droit, la problématique évoquée du conflit entre la loi civile, commune à tous, et la loi religieuse ou de conscience, propre à chacun, a trouvé un écho particulier dans le domaine du travail, où certaines convictions du salarié peuvent entrer en collision avec l'obligation d'exécuter le travail (*cf.* art. 321 CO), sans laquelle le rapport de travail perd toute substance. La jurisprudence sur l'objection de conscience, née du refus du *service militaire*¹⁴²², a aussi trouvé application en matière *fiscale*¹⁴²³, dans le milieu *scolaire*¹⁴²⁴ et dans le domaine *civil*¹⁴²⁵. Dans le domaine du *travail*, l'équation est sensiblement différente: l'obligation d'exécution du travail naît d'un rapport de droit volontaire, mais elle peut se révéler incompatible avec la conscience du travailleur en raison de ses convictions religieuses, éthiques ou philosophiques si la valeur qu'il ac-

¹⁴²⁰ LASZLO-FENOUILLET, 9.

¹⁴²¹ Vincente FORTIER, «Normativité juridique vs. Normativité religieuse: l'office du juge pour arbitrer les conflits», *Revue du droit des religions* 2016 103-116.

¹⁴²² Dans un premier temps, l'ancienne Commission des droits de l'homme jugeait constamment irrecevables les requêtes qui excipaient d'un conflit de conscience pour ne pas effectuer le service militaire au motif que chaque État contractant pouvait décider ou non de reconnaître ce droit, se fondant sur l'art. 4 § 3 let. b CEDH excluant de la définition du travail forcé «tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire». Prenant en compte la reconnaissance progressive de l'objection de conscience dans la majorité des États du continent et conformément à la théorie de l'«instrument vivant», la Cour reconnut l'objection de conscience comme partie intégrante de la liberté de conscience et de croyance lorsque l'opposition au service militaire est «motivée par un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir dans l'armée et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, *de nature religieuse ou autre* [nous soulignons]», avec l'obligation corollaire de prévoir un service civil de remplacement. L'objection de conscience a été reconnue pour la première fois dans l'affaire *Bayatyan c. Arménie* (GC) du 7 juillet 2011, Rec. 2011-IV, § 110, qui ne reconnaissait jusqu'alors aucune forme d'objection de conscience – religieuse en l'occurrence. Voir aussi CourEDH, arrêt *Papavasilikis c. Grèce* du 15 septembre 2016, 66899/14, § 50-66, sur l'obligation positive qui pèse sur les autorités d'offrir au requérant une procédure effective et accessible qui lui eût permis de faire établir s'il avait ou non le droit de bénéficier du statut d'objecteur de conscience, ainsi que l'arrêt *Mushfig Mammadov et autres c. Azerbaïdjan* du 17 octobre 2019, 14604/08 et 3 autres. Voir en Suisse la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le service civil (LSC; RS 824.0).

¹⁴²³ CommEDH, décision *C. c. Royaume-Uni* du 15 décembre 1983, 10358/83 (refus d'un quaker de payer des impôts dont une partie était affectée à l'acquisition d'armements militaires; requête irrecevable).

¹⁴²⁴ CourEDH, arrêts *Valsamis c. Grèce*, 21787/93 et *Efstratiou c. Grèce*, 24095/94 du 18 décembre 1996.

¹⁴²⁵ CommEDH, décision *Mignot c. France* du 21 octobre 1998, 37489/97.

corde à celles-ci est supérieure à celle qu'il attribue à son devoir de fournir son travail¹⁴²⁶.

Basiquement, le problème d'un travailleur qui refuserait d'exécuter le travail pour lequel il a été engagé se règle en se référant au principe « *pacta sunt servanda* » qui traduit la force obligatoire du contrat : celui qui conclut de son plein gré un contrat de travail qui le met en conflit avec sa conscience ou l'oblige à adopter un certain comportement avec lequel il ne se sent pas en accord doit tout de même exécuter son obligation contractuelle en vertu du principe de la bonne foi¹⁴²⁷.

Mais l'affaire se révèle plus complexe, les différents *motifs* générant – et contrecarrant – le conflit de conscience du travailleur s'avérant plus ou moins dignes de protection juridique (A), laquelle protection dépend également de la *prévisibilité* du conflit survenant (B), mais entraînant dans tous les cas diverses *conséquences* pour les droits et obligations du travailleur (C).

A. Motifs générant – et contrecarrant – le conflit de conscience

Le conflit de conscience survient le plus souvent – mais pas toujours – dans des métiers susceptibles de mettre en opposition l'obligation d'effectuer son travail et la conscience de celui qui l'accomplit, conflit généré par des motifs qui peuvent être aussi *religieux, éthiques, politiques* que *philosophiques*. Ainsi plus la source du conflit est proche du domaine d'activités en question, plus le conflit est plausible¹⁴²⁸.

Ainsi en va-t-il de l'imprimeur qui se voit demandé d'imprimer des textes au contenu extrémiste¹⁴²⁹, du pharmacien qui doit prescrire des pilules abortives, ou encore le médecin qui doit pratiquer un avortement¹⁴³⁰.

Avant de passer en revue les principaux cas de figure, la condition *sine qua non* pour invoquer un conflit de conscience est que la conviction générant celui-ci atteigne un « certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance », ce qui n'a pas été le cas dans l'affaire *Blumberg c. Allemagne*, où un médecin d'un service médical fournissant des expertises à des compagnies d'assurance maladie a été licencié pour avoir

¹⁴²⁶ En droit canadien et québécois, lire Henri BRUN, « Un aspect crucial mais délicat des libertés de conscience et de religion des articles 2 et 3 des Chartes canadienne et québécoise : l'objection de conscience », *Les Cahiers de droit* 1987 (28) 185-205.

¹⁴²⁷ Dans ce sens GREMPER, 140; KARLEN, Religionsfreiheit, 438.

¹⁴²⁸ GLOOR, Conflit de conscience, 287.

¹⁴²⁹ La Cour fédérale allemande du travail a admis l'impossibilité éthique dans le cas d'un imprimeur salarié qui refuse d'imprimer de la littérature militaire en arguant de son impossibilité éthique de le faire en raison de ses convictions, en procédant à une pesée des intérêts entre le droit à la liberté de croyance et de conscience et le devoir de fidélité de l'employé, PICHONNAZ, N 630, qui cite BAGE 47 363 (spéc. 373 ss).

¹⁴³⁰ GREMPER, 140.

refusé de procéder à un examen médical d'une apprentie en vue de son embauche dans l'une des sociétés clientes. Le requérant refusa de s'exécuter en invoquant un «risque de parti pris» étant donné qu'il serait peut-être amené à travailler avec cette personne à l'avenir, mais n'a pas expliqué en quoi consistait le «dilemme moral» qui se posait à lui. Dans ces conditions, la Cour conclut que le refus du requérant de faire son travail n'a pas constitué l'expression d'un avis cohérent sur une question fondamentale, et que son grief tiré de l'art. 9 CEDH était manifestement mal fondé¹⁴³¹.

1. Protection de la santé et accès aux soins thérapeutiques

À propos de deux requêtes concernant des sages-femmes qui n'avaient pas été embauchées en raison de leur refus, pour des raisons religieuses, de prendre part à des avortements, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le refus des deux requérantes de participer à des avortements pour des raisons de foi religieuse s'analysait certes en une manifestation de la liberté religieuse, mais qu'un employé est tenu, en droit suédois – il en va de même en droit suisse – d'accomplir toutes les tâches professionnelles qui lui sont confiées et que l'ingérence poursuivait le but légitime de *protection de la santé des femmes souhaitant avorter*, droit reconnu en Suède. La Suède, offrant des services d'avortement sur tout son territoire, a dès lors une obligation positive d'organiser son système de santé de façon à garantir que l'exercice effectif de la liberté de conscience des professionnels de santé dans le contexte professionnel ne fasse pas obstacle à la fourniture de ces services. L'obligation faite à toutes les sages-femmes d'effectuer toutes les tâches inhérentes aux postes vacants n'est pas disproportionnée ni injustifiée. En l'espèce, les requérantes ont volontairement choisi de devenir sages-femmes et de se porter candidates à des postes vacants sachant que cela impliquerait de participer à des avortements¹⁴³².

Dans le même sens concernant deux pharmaciens qui ont refusé de délivrer à plusieurs femmes des pilules contraceptives qui leur avaient été prescrites par leurs médecins en arguant de leurs convictions religieuses, la Cour de Strasbourg a considéré que dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient *uniquement* sur prescription médicale et *obligatoirement* dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples façons hors de la sphère professionnelle¹⁴³³. Même si cette affaire concernait des pharmaciens associés et donc en dehors d'un rapport de travail salarié, elle est pertinente car la Cour dit en filigrane que s'il n'y a pas d'autres moyens d'accéder à ce produit, qui

¹⁴³¹ CourEDH, décision *Blumberg c. Allemagne* du 18 mars 2008, 14618/03.

¹⁴³² En outre, les requérantes ne sont pas restées sans travail du fait des refus, elles ont pu continuer à travailler comme infirmières dans un autre hôpital, où elles avaient un poste, CourEDH, décisions *Grimmark c. Suède*, 43726/17 et *Steen c. Suède*, 18724/05, du 11 février 2020.

¹⁴³³ CourEDH, décision *Pichon et Sajous c. France* du 2 octobre 2001, Rec. 2001-X.

ne peut de surcroît être délivré que sur prescription d'un médecin, qui peut s'avérer absolument vital dans certains cas et que la liberté religieuse peut s'exercer d'autres manières dans un autre contexte que professionnel, il n'y a pas d'interférence avec l'art. 9 CEDH.

En d'autres termes, l'*absence* d'alternatives pour les femmes jouissant d'un droit à obtenir sur prescription des pilules contraceptives face à l'*existence* d'alternatives permettant aux pharmaciens d'exercer leur liberté de religion dans un contexte autre que professionnel a amené la Cour à déclarer irrecevable le grief sous l'angle de l'art. 9 CEDH, raisonnement qui amène, au moins implicitement, à établir une certaine hiérarchie entre ces droits concurrents en fonction respectivement de l'existence ou de l'absence d'alternatives¹⁴³⁴.

La « clause de conscience », qui permet d'invoquer un cas de conscience pour refuser d'exécuter une tâche liée à son contrat de travail, concerne principalement les professions de la santé (médecins, pharmaciens, infirmiers, sages-femmes et maïeuticiens) et a été diversement reçue dans les ordres juridiques nationaux, avec des débats plus ou moins récurrents quant à leur légitimité, mais la tendance semble être l'obligation d'accéder aux demandes thérapeutiques prévues lorsqu'il existe un danger grave et imminent pour le patient et un devoir d'information de l'objecteur dans les autres cas afin que le patient puisse obtenir, par d'autres professionnels de la santé, les soins que l'objecteur n'est pas disposé à lui fournir¹⁴³⁵.

2. *Politique de prestations de services sans discrimination*

L'*égalité* constitue le motif le plus souvent admis par la jurisprudence pour justifier une atteinte à la liberté religieuse dans le contexte de l'exécution du travail¹⁴³⁶. Cette

¹⁴³⁴ *Ibid.*, 2-3, la Cour précise que l'officine des requérants était la seule pharmacie locale et que le droit interne ménageait des exceptions pour les produits abortifs (mais pas contraceptifs) et que le tribunal de première instance avait considéré que « la référence à des principes d'ordre éthique ou religieux ne saurait constituer un motif légitime de refus de vente de produit contraceptifs ».

¹⁴³⁵ Charihane BENHIDA/Claire GAUDILLÈRE/Anne-Laure POURQUIER/Yaminah ABADOU/Élodie COUTAREL, « La clause de conscience », *Droit Déontologie & Soins* 2011 164-166. Selon MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, vol. III, 604, qui cite le cas d'un médecin dans une division gynécologique d'un hôpital public qui refuserait de pratiquer des interruptions lé-gales de grossesse pour des raisons de conscience, celui-ci violerait assurément une obligation résultant de son cahier des charges, mais, pour des motifs excusables qui justifient un déplacement et non une mesure disciplinaire. Étant donné la protection juridique accordée aux fonctionnaires et la valeur accordée au débat critique dans ce genre de situations, un aménagement raisonnable devrait être privilégié avant de songer à la rupture des rapports de travail; GLOOR, *Conflit de conscience*, 289; cf. art. 84 de la loi sur la santé genevoise du 7 avril 2006 (RS/GE K 1.03).

¹⁴³⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 29 N 78 ss et exemples cités; SGK BV-CAVELTI/KLEY, art. 15 Cst. N 30. Pour une approche générale sur la question, cf. Céline MARTIN, *Grundrechtskollisionen*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2007.

protection pourrait servir à poser des limites face à certaines pratiques religieuses contraires aux droits fondamentaux ou à la démocratie, comme les hommes qui invoqueraient leurs croyances religieuses pour refuser de travailler avec des femmes ou sous leurs ordres, ce qui contreviendrait à l'égalité des sexes, valeur fondamentale de l'ordre public européen¹⁴³⁷.

Deux des quatre affaires traitées dans l'arrêt *Eweida* illustrent ce motif. La quatrième espèce concernait un employé d'une société privée de conseil en sexothérapie et relations conjugales, M. McFarlane, qui se plaignait d'avoir été licencié pour avoir refusé de conseiller des couples homosexuels en raison de ses croyances chrétiennes, convaincu que la Bible considère les activités homosexuelles comme un péché et qu'il ne doit rien faire qui cautionnerait directement celles-ci. Son employeur, qui s'est fixé une politique d'égalité des chances, lui dit qu'il ne serait pas possible de filtrer les clients de manière à ce qu'il n'ait pas à pratiquer de thérapie psychosexuelle avec les couples lesbiens, homosexuels et bisexuels¹⁴³⁸.

La Cour admet dans un premier temps que l'objection du requérant est directement motivée par ses convictions chrétiennes orthodoxes en matière de mariage et de relations sexuelles, et qu'il incombe à l'État une obligation positive de reconnaître les droits garantis par la liberté de religion. Puis elle dit que le requérant s'était inscrit de son plein gré aux programmes de formation d'enseignement supérieur de conseil en thérapie psychosexuelle proposés par son employeur, en sachant que celui-ci appliquait une politique d'égalité des chances et que le filtrage des clients ne serait pas possible, formulant ici le critère de la prévisibilité du conflit de conscience. Surtout, la Cour estime que l'élément prépondérant dans le ménagement des intérêts concurrents de l'espèce est que l'action de l'employeur visait à garantir la mise en œuvre d'une *politique de prestation de services sans discrimination*, réduisant à néant les griefs du requérant tirés de l'art. 9 CEDH, seul et combiné avec l'art. 14 CEDH¹⁴³⁹.

La troisième espèce de l'affaire *Eweida* concernait M^{me} Ladele, officière d'état civil pour les naissances, décès et mariages. À la suite d'un changement de loi, l'autorité locale décida d'affecter tous les officiers d'état civil à l'enregistrement des unions civiles notamment de personnes du même sexe, sans qu'elle n'en eût l'obligation, là où d'autres collectivités territoriales procéderaient différemment en permettant aux officiers d'état civil opposés pour des raisons religieuses sincères à la formation des unions civiles de ne pas être affectés à l'enregistrement de celles-ci. La requérante, de confession chrétienne, estime que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme pour la vie et croit sincèrement que l'union civile homosexuelle est contraire à la loi

¹⁴³⁷ SWEENEY, 313.

¹⁴³⁸ CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 31-39 (faits) et 73-74 (thèse du requérant).

¹⁴³⁹ *Ibid.*, § 107-110.

de Dieu. Au départ, la requérante était autorisée à s'arranger informellement avec ses collègues pour se répartir les tâches de manière à ce qu'elle n'eût pas à conduire de cérémonies d'union civile. Puis, à la suite de plaintes de ses collègues, elle fut priée de confirmer qu'elle célébrerait dorénavant les unions civiles, ce qu'elle refusa, perdant finalement son travail¹⁴⁴⁰.

Là aussi, la Cour commence par reconnaître d'emblée que son refus d'exécuter la tâche contraire à sa vision orthodoxe du mariage est directement motivé par ses convictions religieuses. Cela étant, la politique des autorités locales visait à garantir les droits des personnes homosexuelles, également protégés par la Convention; en l'espèce, au-delà de la simple question de commodité et d'efficacité, son refus contrevenait au principe primordial d'être «un employeur et une autorité publique entièrement attaché à la défense de l'égalité des chances et exigeant de chacun de ses employés qu'il agisse d'une manière n'opérant aucune discrimination à l'encontre d'autrui». La Cour admet ensuite prendre en compte le besoin de reconnaissance juridique et de protection des couples homosexuels, même si les pratiques continuent à évoluer en la matière en Europe¹⁴⁴¹.

Deux éléments différencient ces deux espèces de l'arrêt *Eweida*, ce qui explique sans doute que le constat de non-violation fut unanime dans la première affaire analysée (M. McFarlane) mais pas dans la seconde (M^{me} Ladele, avec cinq voix en faveur de l'absence de violation contre deux). La première différence est que dans la seconde affaire, la requérante exerçait ses fonctions d'officier d'état civil affecté à l'enregistrement des mariages avant la réforme législative autorisant la formation d'unions civiles et que les bases mêmes de sa mission s'en étaient trouvées altérées, ce que la Cour reconnaît au demeurant, mais sans accorder aucun poids à cet élément dans la pesée des intérêts¹⁴⁴². Si nous approuvons le résultat, cet élément eût mérité une étape supplémentaire dans le raisonnement tenu par la Cour¹⁴⁴³.

Deuxièmement, M^{me} Ladele était employée dans la fonction publique. Les deux juges minoritaires ont tenu à exprimer leur opinion dissidente commune en estimant que le point nodal de l'affaire n'était pas la légitimité – incontestée et incontestable – du but poursuivi par l'arrondissement local, à savoir offrir une égalité des chances et de services à tous sans discrimination, mais bien le caractère disproportionné de l'atteinte, car

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, § 23-30 (faits) et 70-72 (thèse de la requérante).

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, § 102-106.

¹⁴⁴² *Ibid.*, § 72 et 106.

¹⁴⁴³ Voir p.ex. la Loi sur la laïcité de l'État du Québec, qui interdit le port de signes religieux dans l'exercice de leurs fonctions à certaines catégories de fonctionnaires, mais qui ne s'applique pas aux fonctionnaires déjà avant la présentation du projet de loi (art. 31), clause dite d'antériorité ou du «grand-père».

il eût été possible, sans porter préjudice à l'ensemble des services offerts par l'employeur, d'accommoder la conscience de la requérante en ne l'affectant pas à cette tâche – qu'elle ne pouvait soupçonner devoir effectuer un jour au moment de son engagement –, comme le montre ce qu'ont fait d'autres autorités locales qui permirent aux officiers d'état civil opposés pour des raisons religieuses sincères à la formation des unions civiles de ne pas être affectés à l'enregistrement de celles-ci¹⁴⁴⁴.

Si l'on regrette le laconisme de la motivation de l'arrêt sur ce point, il faut prendre en compte la dimension symbolique d'une telle exemption. Le fait, pour l'autorité publique, d'accorder à un fonctionnaire un droit de ne pas célébrer certaines unions, par dérogation aux obligations attachées à sa fonction, peut apparaître pour le citoyen comme revenant, symboliquement, à admettre que celles-ci sont moins légitimes que les autres, ce qui affaiblit d'une certaine manière le droit en principe reconnu aux homosexuels¹⁴⁴⁵.

3. *Bon fonctionnement du service*

Le facteur de la Poste qui refuse à répétées reprises de distribuer certains imprimés publicitaires en raison de leur caractère érotique ou religieux, au motif que cela contrevient à ses convictions religieuses et morales, viole son devoir de fidélité, a jugé le Tribunal administratif fédéral. Ce dernier commença l'analyse en rappelant que la Poste avait non seulement l'autorisation, mais l'obligation d'acheminer les envois que le recourant a refusé de distribuer – qui avaient un caractère érotique mais pas pornographique, ce que le recourant a admis –, seuls les envois au contenu illicite étant exclus du transport¹⁴⁴⁶.

Le postier exigeait qu'un travail de substitution lui fût trouvé pour éviter qu'il ne fût pris en étau entre son obligation d'exécuter le travail et ses convictions religieuses. Son employeur refusa, arguant que pour des raisons tant d'ordre organisationnel que d'égalité de traitement entre les salariés, il n'était pas possible d'organiser la distribution de façon à ce que le recourant n'eût pas à distribuer des envois à caractère érotique¹⁴⁴⁷.

Sur le grief tiré de la violation de la liberté religieuse, la juridiction le rejette d'emblée considérant que les droits des fonctionnaires de l'administration publique peuvent être

¹⁴⁴⁴ Opinion en partie dissidente commune aux Juges VUČINIĆ et DE GAETANO à l'arrêt *Eweida*, qui dénoncent une ligne doctrinaire tendant vers « un «politiquement correct» obsessif » (§ 7). L'expression «aménagement raisonnable» n'est pas citée *expressis verbis* mais est citée l'obligation pour l'État de respecter la liberté de conscience de l'individu tant positivement («en prenant toute mesure raisonnable et appropriée pour protéger les droits de l'objecteur de conscience») que négativement («en s'abstenant de toute action qui sanctionnerait l'objecteur ou opérerait une discrimination à son encontre») (§ 3).

¹⁴⁴⁵ Dans ce sens RINGELHEIM, Adapter l'entreprise, 79.

¹⁴⁴⁶ TAF 14 juin 2011, A-4659/2010, c. 6.2.1, qui renvoie à l'ATF 129 III 35, c. 6.4, JdT 2003 I 126.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, c. 6.2.2.

restreints sur la base du devoir de fidélité pour autant que cela soit justifié dans les faits par l'intérêt au *bon fonctionnement de l'administration* et soit proportionné au but visé, ce qui est le cas en l'espèce, puisqu'il n'était pas possible d'organiser le courrier de façon à accommoder les croyances du recourant¹⁴⁴⁸.

4. Cérémonie et décoration religieuses au travail

La question s'est posée en France de savoir si des personnes publiques, en l'occurrence des communes, pouvaient installer des crèches au regard du principe de la laïcité et de la neutralité des agents publics. Le Conseil d'État, après avoir rappelé la portée de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État et son art. 28 qui interdit d'élever ou d'apposer des emblèmes ou signes religieux sur les emplacements publics, a relevé qu'une crèche peut avoir plusieurs significations : elle présente un caractère religieux mais elle est également un élément des décorations et illustrations qui accompagnent traditionnellement les fêtes de fin d'année, sans signification religieuse particulière. Il juge ainsi que l'installation temporaire d'une crèche de Noël par une personne publique dans un emplacement public est légale si elle présente un caractère culturel, artistique ou festif, mais illégale si elle exprime la reconnaissance d'un culte ou marque une préférence religieuse¹⁴⁴⁹. Afin de déterminer son caractère, le Conseil d'État juge qu'il convient de tenir compte du contexte de l'installation, qui doit être dépourvu de tout élément de prosélytisme, des conditions particulières de l'installation et de l'existence ou de l'absence d'usages locaux et, enfin, du lieu de l'installation¹⁴⁵⁰.

Ainsi, de simples décorations de Noël ou de Pâques dans l'entreprise pendant les périodes de fêtes, pour autant qu'elles ne revêtent pas le caractère d'une préférence d'une opinion religieuse et ne mettent pas une pression sur les salariés pour qu'ils renoncent à leurs convictions religieuses, ne justifient aucunement un refus de venir au travail car leur caractère décoratif, culturel et artistique est prépondérant¹⁴⁵¹. En revan-

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, c. 6.4, citant l'ATF 136 I 332, c. 3.2 et 3.2.1, SJ 2011 I 120.

¹⁴⁴⁹ CE, Ass., 9 novembre 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 et *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223, Rec.

¹⁴⁵⁰ En ce qui concerne ce dernier élément, le Conseil d'État précise qu'il y a lieu de distinguer les bâtiments publics qui sont le siège d'une collectivité publique ou d'un service public et les autres emplacements publics. La décision juge ainsi que dans l'enceinte des bâtiments publics, sièges d'une collectivité publique ou d'un service public, l'installation d'une crèche par une personne publique n'est en principe pas conforme au principe de neutralité, sauf si des circonstances particulières permettent de lui reconnaître un caractère culturel, artistique ou festif. En revanche, dans les autres emplacements publics, en raison du caractère festif des installations liées aux fêtes de fin d'année, l'installation d'une crèche par une personne publique ne méconnaît pas le principe de neutralité, sauf si elle constitue un acte de prosélytisme ou de revendication d'une opinion religieuse.

¹⁴⁵¹ Par analogie avec l'arrêt du TF du 11 avril 2012, 2C_724/2011, c. 3.1-3.2 rendu en matière scolaire à propos de chants chrétiens et de visites de lieux de culte qui ne sont pas nécessaire-

che, si l'employeur organise une cérémonie religieuse, les salariés ont évidemment le droit d'être dispensés d'y assister, car l'inverse reviendrait à bafouer leur liberté religieuse négative, absolue l'avons-nous vu (*cf.* art. 15 al. 4 Cst.)¹⁴⁵².

5. Refus de la visite médicale et de la vaccination

Le refus opposé par un salarié de subir une visite médicale prévue par la loi, une convention collective de travail ou un contrat individuel de travail lorsqu'elle est justifiée dans le cadre de la prévention des accidents et maladies professionnels, motivé par ses convictions religieuses, constitue un motif de licenciement¹⁴⁵³.

Certains actes médicaux, tels que la vaccination ou les transfusions sanguines, peuvent entrer en collision avec la liberté de conscience et de croyance. Cependant, la protection des droits fondamentaux d'autrui justifie sans contredit une restriction à la liberté de conscience et de croyance lorsqu'est en jeu l'intégrité ou la vie d'autrui¹⁴⁵⁴.

Une vaccination imposée par l'employeur à un salarié peut être analysée comme une ingérence à la liberté religieuse à condition que le refus soit motivé *principalement* et de façon *constante* – du début à la fin de la procédure – par des croyances religieuses atteignant un «degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance», et non par l'invocation pêle-mêle de considérations liées à la santé et à des convenances personnelles, conformément à la récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁵⁵.

ment des actes religieux s'ils ne sont pas faits de manière excessive et prosélyte; plus circonspects CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 103.

¹⁴⁵² Voir CourEDH, arrêt *Perovy c. Russie* du 20 octobre 2020, 47429/09, § 70-77, à propos d'un jeune élève de sept ans qui avait assisté à une courte cérémonie religieuse – en l'occurrence, une bénédiction célébrée par un prêtre orthodoxe russe à l'occasion de la rentrée scolaire –, sans que ses parents, membres d'une autre confession religieuse, en fussent avertis. La Cour a relevé qu'il s'agissait là d'un incident isolé sans but prosélyte; que l'assistance de l'enfant à la cérémonie avait été purement passive, en simple spectateur; qu'il n'avait pas été contraint à accomplir des gestes d'adoration; surtout que les autorités nationales avaient réagi avec diligence aux plaintes de ses parents en infligeant une sanction disciplinaire au directeur de l'école et en prenant des mesures pour empêcher la répétition de ce genre d'incident, disant là qu'il s'agissait bien d'une ingérence inadmissible – mais de peu de gravité – dans la liberté religieuse. Les trois juges minoritaires ont conclu à la violation de la liberté de religion dans leur opinion dissidente commune; LARRALDE, 743; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 41; KARLEN, Religionsfreiheit, 219 s.

¹⁴⁵³ En France, Cass., 29 mai 1986, n° 83-45.409.

¹⁴⁵⁴ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 152. Les autorités médicales peuvent passer outre le refus de certains groupes religieux – tels que les Témoins de Jéhovah – de transfuser du sang pour des raisons religieuses, lorsque cet acte est nécessaire pour sauver la vie ou garantir l'intégrité corporelle d'un enfant. Voir aussi à ce sujet GONIN, Liberté religieuse, 120.

¹⁴⁵⁵ CourEDH, arrêt *Vavříčka et autres c. République tchèque* (GC) du 8 avril 2021, 47621/13 et 5 autres, § 330-338, dans lequel la Cour déclare le grief des requérants fondé sur l'art. 9 CEDH irrecevable pour incompatibilité *ratione materiae* avec cette disposition parce que les requérants n'ont justement pas démontré que leur avis critique sur la vaccination avait atteint un tel

Le Tribunal administratif fédéral a considéré que le licenciement de quatre militaires du Commandement des forces spéciales ayant refusé le vaccin contre le Covid-19 était justifié par la mission des forces spéciales qui est d'assurer, en Suisse et à l'étranger, des interventions dans une situation de danger extrême avec une disponibilité opérationnelle immédiate, ainsi que par l'intérêt public d'éviter toute propagation de maladies infectieuses entre les membres du commando et entre les militaires et la population civile. En refusant de se faire vacciner sans motif médical valable, les militaires se sont mis délibérément en situation de ne plus pouvoir exécuter leurs obligations professionnelles¹⁴⁵⁶.

Les militaires licenciés ont invoqué deux griefs: la liberté personnelle et le droit au respect de l'intégrité physique d'une part, et la liberté de conscience et de croyance d'autre part. Le Tribunal administratif fédéral a jugé l'affaire sous l'angle de la liberté personnelle, arrêtant que les «convictions personnelles» des recourants ne sont pas suffisantes en tant que telles pour être protégées par la liberté de conscience et de croyance laquelle, en tant que *lex specialis*, bénéficie d'une protection juridique renforcée par rapport à la liberté personnelle qui est subsidiaire. Il serait cependant parvenu à une conclusion similaire dans le cas d'espèce sous l'angle de la liberté de conscience et de croyance, ce qu'il dit d'ailleurs en creux puisqu'il affirme dans un premier temps que dans certaines circonstances, une obligation vaccinale peut entrer en contradiction avec la liberté de conscience et de croyance, «si [le] discours est cohérent et crédible», pour finalement laisser ouverte la question de savoir si le refus catégorique de toute vaccination constitue «une conviction suffisamment crédible et cohérente pour être protégée par l'art. 15 al. 1 Cst., les conditions d'une éventuelle restriction étant en tout état de cause satisfaites»¹⁴⁵⁷.

Il faut néanmoins considérer qu'en l'espèce les intérêts de l'employeur étaient indiscutablement supérieurs à celui des salariés car la vaccination, intervenant dans un rapport de travail de droit public, s'appuyait sur plusieurs bases légales prévoyant la possibilité d'effectuer des actes médicaux sur les militaires – à plus forte raison encore s'ils sont membres des forces spéciales –¹⁴⁵⁸, sur des intérêts publics de sécurité nationale et de santé publique reconnus par l'ordre juridique et était

degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour constituer une conviction entraînant l'application des garanties de l'art.9 CEDH. Voir, plus anciennement, CommEDH, décision *Boffa et autres c. Saint-Marin* du 15 janvier 1998, 26536/95, où la question était brièvement abordée.

¹⁴⁵⁶ TAF 26 avril 2022, arrêts A-4619/2021, A-4705/2021, A-4723/2021 et A-5017/2021.

¹⁴⁵⁷ TAF 26 avril 2022, arrêts A-4705/2021 et A-4723/2021, c. 6.2.2 et 6.2.7.

¹⁴⁵⁸ Notamment l'ordonnance concernant les mesures à prendre par l'armée contre les épidémies et épizooties du 25 octobre 1995 (RS 510.35).

proportionnée. De façon plus générale, la réponse judiciaire à un salarié licencié pour avoir refusé de se faire vacciner en raison de ses croyances religieuses est bien plus délicate et reposera essentiellement sur la question de savoir si la vaccination était fondée sur un intérêt légitime de l'employeur – tel que la protection des collègues, des clients ou usagers – et nécessaire pour y parvenir – ce qui dépendra du virus en question, du vaccin choisi par l'employeur et de l'existence d'alternatives moins incisives.

6. *Serment professionnel*

Une affaire française est particulièrement illustrative du conflit entre l'interdit de conscience (ici dicté par la religion de l'intéressée) et le caractère obligatoire du prononcé d'un verbe (jurer) lors d'une prestation de serment : une salariée de la Régie autonome des transports parisiens (RATP) avait refusé de prononcer la formule « je jure » à son assermentation, car sa pratique religieuse lui interdisait de jurer. La salariée avait proposé une formule alternative (« je m'engage »), conformément à sa religion chrétienne, refusée par le président du tribunal de grande instance. Faute d'assermentation, l'employeur, ne pouvant l'employer, la licencie pour faute grave.

La Cour d'appel a considéré le licenciement justifié, l'employeur n'ayant pas à « entrer dans le débat de savoir si la formule que proposait la salariée en remplacement de celle qu'entendait lui imposer le juge pour recevoir son assermentation aurait dû, au regard d'une certaine jurisprudence européenne ou des principes généraux du droit, être acceptée par celui-ci ». La Cour de cassation casse la décision de la Cour d'appel, car la loi sur la police des chemins de fer autorise les agents à choisir une formule conforme à leur pratique religieuse. Il s'ensuit que la salariée n'avait commis aucune faute en proposant une formule conforme en usage dans sa religion et que le licenciement prononcé en raison de ses convictions religieuses était nul. Alors même que c'est le président du tribunal de grande instance qui a refusé la formule alternative, l'employeur est condamné, car son licenciement repose de manière ultime sur la prise en considération de la pratique religieuse de la salariée et l'a forcée à révéler sa religion¹⁴⁵⁹.

Cette solution correspond à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence dénote, nonobstant la marge d'appréciation nationale, l'obligation de prévoir un serment alternatif pour les personnes qui ne sont pas membres de la

¹⁴⁵⁹ Cass., 1^{er} février 2017, n° 16-10.459. Isabelle DESBARATS, « Les services publics face aux religions. À propos du refus de jurer d'un agent de la RATP », *Revue de droit du travail* 2017 332; Jean-Guy HUGLO/Raphaël WEISSMANN, « Le serment des agents de surveillance de la RATP et le principe de laïcité », *Droit social* 2017 215-220; Jean MOULY, « Un nouvel exemple de licenciement discriminatoire : le refus de prestation de serment pour motif religieux », *Recueil Dalloz* 2017 550-555.

croissance majoritaire au nom de la liberté de conscience et de croyance¹⁴⁶⁰. Cet arrêt de la Cour de cassation vient ainsi confirmer une solution ancienne qui ne s'était pas encore appliquée au serment *professionnel*.

Le Conseil d'État français a rappelé avant cette affaire que « l'assermentation traduit seulement leur engagement [aux agents] à remplir loyalement leurs fonctions et à observer leurs devoirs »¹⁴⁶¹. Le serment pose les contours d'une déontologie professionnelle qui dicte à la personne sa conduite à venir. Il est une obligation légale dans divers cas, notamment pour celui qui doit remplir à l'avenir certaines fonctions ; refuser l'assermentation peut empêcher l'individu qui s'y soustrait d'accéder à ces fonctions. Toutefois, il importe de distinguer entre le lexique de la promesse qui diffère d'un corps professionnel à l'autre et le contenu de l'engagement, les termes mêmes de l'engagement à venir qui, bien qu'adaptés à chaque profession, exige globalement de l'individu des devoirs moraux similaires (loyauté, probité, intégrité, fidélité...). En d'autres termes, à la variabilité de la formulation du serment (« je promets », « je jure », « je fais le serment », « je m'engage solennellement ») s'oppose une intangibilité de fond relative au contenu des devoirs exigés dans le serment. Il convient donc de distinguer la forme de la substance du serment. Car ce qui importe, « c'est l'engagement public de se comporter de manière exemplaire, cet engagement d'ordre moral étant reçu, le cas échéant, par Dieu et pris, dans tous les cas, envers les hommes »¹⁴⁶².

Initialement, l'engagement requis de la personne par la voie du serment était un acte d'essence religieuse. Progressivement, avec l'avènement de la liberté de conscience, s'est répandue l'idée que chacun a le droit de prêter serment suivant les exigences de son culte¹⁴⁶³.

Cependant, lorsque l'on rapproche cet arrêt de l'affaire *Alexandridis c. Grèce*, on peut tout de même s'interroger sur la position de la Cour de cassation, qui risque d'être en porte-à-faux avec la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'affaire *Alexandridis*, la Cour devait répondre à la question de savoir si la manière dont la prestation de serment s'était déroulée devant le tribunal de première instance avait obligé le requérant à révéler ses convictions religieuses, et rappelle que :

La liberté de manifester ses convictions religieuses comporte aussi un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de faire état de sa confession ou de

¹⁴⁶⁰ Cf. arrêts *Dimitras et autres c. Grèce* du 3 juin 2013, 3237/07 et 3 autres (parties à une procédure pénale obligées de révéler leurs convictions religieuses « non-orthodoxes » lors de la prestation de serment devant des instances judiciaires ; violation) et *Buscarini et autres c. Saint-Marin* (GC) du 18 février 1999, Rec. 1999-I (obligation pour les députés parlementaires de prêter serment sur les Évangiles ; violation).

¹⁴⁶¹ CE, 8 octobre 2008, n° 303937, *Synd. Nat. Personnels de santé (SYNAPSE)*.

¹⁴⁶² FORTIER, Jurer, *passim*.

¹⁴⁶³ Lire Raymond VERDIER (édit.), *Le serment*, Paris, CNRS, 1991.

ses convictions religieuses et de ne pas être contraint d'adopter un comportement duquel on pourrait déduire qu'il a – ou n'a pas – de telles convictions. Il n'est pas loisible aux autorités étatiques de s'immiscer dans la liberté de conscience d'une personne en s'enquérant de ses convictions religieuses ou en l'obligeant à les manifester, et spécialement à le faire, notamment à l'occasion d'une prestation de serment, pour pouvoir exercer certaines fonctions¹⁴⁶⁴.

La solution adoptée par la Cour de cassation ne conduit-elle pas l'intéressée à faire état de sa religion pour bénéficier de la faculté qu'elle lui offre, ce qui, au passage revient à reconnaître implicitement, mais en toute logique, la nature religieuse du serment, se demande une auteure? Expurger les serments de toute formule juratoire, comme cela a été fait pour toute référence divine, serait une voie possible¹⁴⁶⁵.

7. Jeûne religieux et incapacité de travail

Nombre de religions prévoient des jeûnes, mais seules quelques-unes d'entre elles prescrivent des jeûnes impératifs consistant en une privation *complète* de nourriture et de boisson sur un laps de temps suffisamment long pour affecter la capacité de travail du salarié. En effet, les jeûnes dans le judaïsme (*ta'anit*) sont nombreux et signifient une abstention complète de nourriture et de boissons – eau comprise – mais de courte durée (entre quelques heures et une journée complète)¹⁴⁶⁶ tandis que le carême catholique préconise prière, pénitence et aumône sans privation totale de nourriture; plus généralement chez les chrétiens, sous l'influence de la mondialisation et «dans une culture marquée par la recherche du bien-être matériel, [...] de nos jours, la pratique de jeûne semble avoir perdu un peu de sa valeur spirituelle»¹⁴⁶⁷.

La réflexion se tourne instinctivement vers le jeûne dans l'islam (*saoum*) qui constitue le quatrième pilier de l'islam et dont le plus important et le seul qui est obligatoire, le jeûne du ramadan, prescrit l'interdiction absolue de manger ou de boire de l'aube au coucher du soleil pendant le neuvième mois du calendrier hégirien¹⁴⁶⁸.

Plusieurs auteurs français ont mentionné nombre d'entreprises, notamment dans le bâtiment ou dans le sport professionnel, qui entreprenaient des accommodements particuliers pendant les périodes de ramadan en faveur de leurs salariés de confession musulmane, sans que de tels aménagements ne suscitent contestation et contentieux¹⁴⁶⁹. La question est de savoir si durant le ramadan, le salarié physiquement réduit au point qu'il ne peut exécuter son travail efficacement ou sans risque de danger pour lui-

¹⁴⁶⁴ CourEDH, arrêt *Alexandridis c. Grèce* du 21 février 2008, 19516/06, § 38.

¹⁴⁶⁵ FORTIER, Jurer, 180.

¹⁴⁶⁶ Georges VAJDA, «Jeûne musulman et jeûne juif», *Hebrew Union College Annual* 1937 367-385.

¹⁴⁶⁷ Discours prononcé par le pape Benoît XVI pour le Carême 2009 le 11 décembre 2008.

¹⁴⁶⁸ Akram BELKAID, «Ramadan», *OrientXXI*, 6 juin 2016.

¹⁴⁶⁹ SWEENEY, 288.

même, ses collègues ou les tiers – typiquement l’ouvrier sur le chantier devant s’hydrater en permanence – se trouve en situation d’incapacité de travail durant laquelle il peut prétendre au paiement de son salaire si l’employeur refuse un aménagement de l’horaire de travail ?

Des normes protégeant spécifiquement la santé du travailleur existent certes et commandent à l’employeur de prendre toutes les mesures appropriées destinées à prévenir les accidents en tenant compte des prescriptions en vigueur (*cf.* art. 328 CO, 6 LTr et 82 LAA)¹⁴⁷⁰. Si la privation de nourriture et de boissons au travail est susceptible de constituer un risque pour la santé ou la sécurité du travailleur, des collègues ou des tiers, l’employeur a l’obligation d’intervenir.

Mais comme pour les aménagements pris par l’employeur pour les menus alimentaires et les espaces de prière, l’employeur n’a aucune obligation en vertu de ces dispositions d’aménager le travail pour le travailleur manuel ou le sportif professionnel pratiquant le jeûne religieux, car c’est le salarié qui se met volontairement dans cette situation, même si l’aménagement des heures de travail doit être privilégiée si l’employeur dispose raisonnablement de cette possibilité d’accommodement¹⁴⁷¹. À ce défaut, il reste encore la possibilité aux parties de stipuler la prise de vacances ou d’un congé sans solde pour le mois du ramadan¹⁴⁷².

B. Prévisibilité du conflit de conscience

Si, lors de la phase précontractuelle, le futur salarié n’a pas révélé spontanément le conflit de conscience qui aurait pu survenir au vu de son cahier des charges alors qu’il était manifestement prévisible, il viole son devoir de révélation spontanée et ne pourra se prévaloir d’un conflit de conscience, car son attitude sera contraire à la bonne foi¹⁴⁷³.

Le meilleur exemple du conflit de conscience prévisible nous provient probablement de la Cour de cassation française, qui valida le licenciement d’un boucher, qui après deux ans de service au rayon boucherie d’un magasin d’alimentation de détail, s’avisa qu’il était en contact avec de la viande de porc et qu’estimant que cette situation n’était pas compatible avec sa confession musulmane, demanda sa mutation dans un autre service, ce que l’employeur refusa, avant de le licencier à la suite de sa cessation de travail. La Cour de cassation jugea que les convictions religieuses d’un salarié,

¹⁴⁷⁰ TF 5 juin 2019, 4A_611/2018, c. 3.2.1 ; WYLER/HEINZER, 405. Voir aussi l’ordonnance sur la prévention des accidents du 19 décembre 1983 (OPA ; RS 832.30), d’importance cruciale, qui contient des prescriptions sur la sécurité au travail applicables à toutes les entreprises dont les travailleurs exécutent des travaux en Suisse (art. 1^{er}).

¹⁴⁷¹ Dans ce sens BÜCHLER, 444, ainsi que PAHUD DE MORTANGES/SÜESS, 134.

¹⁴⁷² BÜCHLER, 444.

¹⁴⁷³ CAMASTRAL, 122.

«sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public»¹⁴⁷⁴.

Le travailleur en proie à un conflit de conscience prévisible ne pourra exciper de sa liberté de conscience et de croyance pour se soustraire à l'exécution de son contrat sous peine de violer son devoir de fidélité et de diligence, sauf accord des parties ou directive de l'employeur contraire à ce sujet, rare en pratique, même si l'on peut imaginer qu'une directive expresse de l'employeur prévoit des solutions dans un tel cas de figure, comme une tâche alternative ou la substitution du travailleur par un autre dans des circonstances où l'on peut s'attendre à un tel conflit de conscience.

Il convient en outre de ne pas se montrer trop sévère avec l'exigence de prévisibilité pour le travailleur, car il s'agit de l'exercice d'un droit fondamental qui fait partie des aspects de sa personnalité devant être protégée par l'employeur¹⁴⁷⁵. Surtout, il peut arriver que le conflit de conscience survienne dans un cas imprévisible, car sortant de l'activité ordinaire du travailleur engagé, ou suite à une évolution des convictions du travailleur. Un auteur cite en exemple le cas d'un docker amené à charger des armes sur un navire et d'un monteur en image et son confronté à des prises de vue pédopornographiques¹⁴⁷⁶. Ces deux exemples traitent en réalité de situations «faciles» où le refus est légitime voire nécessaire pour ne pas se rendre auteur ou complice d'une infraction pénale.

Cependant, un collaborateur employé dans une imprimerie «classique» ne doit pas non plus s'attendre à devoir soudainement imprimer quotidiennement ou principalement des produits pornographiques. Son refus d'exécuter de tels travaux d'impression en raison de ses convictions religieuses ne constituerait pas une violation de son contrat de travail dans ce cas de figure, car non seulement il ne pouvait raisonnablement pas s'y attendre, mais cela modifie substantiellement son cahier des charges¹⁴⁷⁷. La condition d'imprévisibilité est aussi réalisée pour le cas d'un rédacteur d'un journal ecclésiastique qui déclarait, en invoquant ses convictions religieuses, qu'une nouvelle ligne éditoriale adoptée par la direction paroissiale lui rendait impossible la poursuite de sa collaboration avec le journal¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁴ Cass., 24 mars 1998, n° 95-44738. Dans le même registre, l'on peut encore citer le serveur dans un bar qui refuse de manipuler de l'alcool en raison de sa religion ou le sapeur-pompier sikh qui refuse d'ôter son turban pendant les interventions de lutte contre les incendies.

¹⁴⁷⁵ CAMASTRAL, 108.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, 119.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, 119.

¹⁴⁷⁸ KARLEN, Religionsfreiheit, 438. Le droit français a posé légalement une clause de conscience pour les journalistes permettant une rupture du contrat de travail, sans préavis, lorsque survient «un changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique» (art. 7112-5 du Code du travail).

En revanche, le tribunal de district de Bülach dans le canton de Zurich a jugé qu'il n'était pas contraire à la protection de la personnalité du travailleur de demander à une vendeuse de kiosque de vendre des revues érotiques et des cartes postales de femmes à demi-nues. Le licenciement prononcé n'est pas abusif, car elle était au courant qu'elle vendrait ce type de produits lors de son entretien d'embauche¹⁴⁷⁹. L'information lors de l'entretien d'embauche fut d'une importance cruciale dans cet arrêt, car elle a permis de cerner le cahier des charges et les prestations qui étaient prévisibles. Même sans cette information, le licenciement n'aurait pas été nécessairement abusif si l'on admet que la vente de tels catalogues est prévisible en tant que kiosquière.

Dans le cas analogue du postier qui refusait de distribuer des imprimés à caractère érotique, le salarié avait soulevé l'argument que la distribution de tels imprimés ne faisait pas partie de son cahier des charges lors de son engagement, argument rejeté par le Tribunal administratif fédéral, selon lequel cette évolution «ne modifie pas fondamentalement la substance des prestations» dues par le salarié, «tenu à une certaine flexibilité», laquelle est «tout à fait usuelle et admissible»¹⁴⁸⁰.

Dans le domaine des entreprises de tendance, la sévérité est de rigueur car l'on peut raisonnablement considérer que le travailleur sait généralement où il met les pieds, et qu'en cas de refus d'exécuter le travail contractuellement convenu, l'employeur peut licencier le travailleur sans trop de ménagement¹⁴⁸¹.

C. Conséquences juridiques sous l'angle du droit du travail suisse

L'exécution forcée de la prestation de travail n'est pas possible, car cela reviendrait à admettre le travail forcé et violerait la personnalité du travailleur¹⁴⁸². En revanche, le travailleur qui refuse d'exécuter sa prestation en raison d'un conflit de conscience s'expose à une batterie de conséquences en droit du travail: la première question consiste à se demander si le conflit de conscience est un cas particulier d'*impossibilité* (1), ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une *empêchement non fautif de travailler* (2), dont la réponse engage éventuellement la *responsabilité civile du travailleur* pour le dom-

¹⁴⁷⁹ BezG Bülach 22 décembre 1994.

¹⁴⁸⁰ TAF 14 juin 2011, A-4659/2011, c. 6.2.1.

¹⁴⁸¹ STAMM, 81, qui tempère cependant son raisonnement en admettant le licenciement d'un salarié d'une entreprise de tendance seulement lorsque l'entreprise ne jouit pas d'un monopole et que, dans le cas d'une profession ouverte au conflit de conscience (telle que médecin, pharmacien, imprimeur), la porte soit ouverte à un employeur alternatif plus ou moins neutre d'un point de vue éthique ou religieux. Sauf qu'en pratique, ce sont plutôt des salariés travaillant dans des entreprises publiques ou privées sans tendance qui invoquent leur foi religieuse ou leur conscience pour refuser d'exécuter certaines tâches qu'elles ne seraient pas obligées d'exécuter dans une entreprise correspondant à leur tendance personnelle; GLOOR, Conflit de conscience, 292.

¹⁴⁸² KARLEN, Religionsfreiheit, 439; CAMASTRAL, 125.

mage causé (3) et, enfin, de savoir si l'employeur doit trouver un *travail de substitution* au travailleur en proie à un conflit de conscience (4).

1. Impossibilité de la fourniture du travail (art. 119 CO)

Le droit au salaire sans fourniture du travail renvoie au cœur de la dimension patrimoniale du contrat de travail, plus précisément à son caractéristique synallagmatique: en vertu du système d'allocation des risques prévu par le droit des obligations suisse, le créancier supporte le risque de la prestation (*res perit creditori*) (cf. art. 119 al. 1 CO) et le débiteur le risque de la contre-prestation (cf. art. 119 al. 2 CO), ce qui signifie que l'employeur ne peut exiger l'action en exécution du travail en cas d'impossibilité et qu'à défaut de fourniture du travail, l'employeur est libéré de sa contre-prestation qui consiste à payer le salaire, ainsi que le rappelle le dicton «pas de travail, pas de salaire»¹⁴⁸³.

Pour compenser la subordination juridique et la dépendance économique du salarié envers son employeur, le droit suisse du travail déroge, dans une perspective sociale, à la répartition des risques prévue par l'art. 119 al. 1 et 2 CO en prévoyant l'obligation pour l'employeur de verser le salaire durant un temps limité en cas d'empêchement de travailler non fautif du travailleur.

À dire vrai, dès lors qu'une disposition spéciale existe (cf. art. 324a CO), la question s'examine uniquement sous l'angle de celle-ci et il n'y a aucun intérêt à subsumer ce cas de figure sous la notion d'impossibilité, ce d'autant que cela ne correspond pas à la volonté historique du législateur¹⁴⁸⁴. De surcroît, le Tribunal fédéral a souligné dans un arrêt que l'élément déterminant de l'art. 324a CO est son *but social*; la disposition institue en ce sens un régime particulier reposant sur une politique différente de celle de l'impossibilité classique¹⁴⁸⁵.

2. Empêchement non fautif du travailleur (art. 324a CO)

La question est donc à examiner sous le seul angle de l'art. 324a CO, qui consacre un droit au salaire pendant un temps limité «si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne» (al. 1). Le travailleur doit amener la preuve que le travail est impossible (*umöglich*) ou déraisonnablement exigible (*unzumutbar*)¹⁴⁸⁶ pour une cause *subjective*. Selon la jurisprudence et la doc-

¹⁴⁸³ TERCIER/PICHONNAZ, N 1582. GLOOR, Conflit de conscience, 295.

¹⁴⁸⁴ PICHONNAZ, N 384 s. Toujours selon cet auteur, l'incapacité d'agir d'une partie n'est pas une impossibilité au sens de l'art. 119 CO, car l'impossibilité doit avoir trait à l'objet de la prestation, et cela même si l'obligation est *éminemment* personnelle (*intuitu personae*), ce qui n'est pas forcément le cas du contrat de travail, qui prévoit une obligation *simplement* personnelle (cf. art. 321 CO). Ainsi, même si l'on voulait admettre un cas d'impossibilité en cas de conflit de conscience, il s'agirait le plus souvent tout au plus d'un cas d'exorbitance, non soumis à l'art. 119 CO (N 1288); GLOOR, Conflit de conscience, 295.

¹⁴⁸⁵ ATF 122 III 268, c. 3a)aa), JdT 1997 I 336.

¹⁴⁸⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 324a N 2; ZK-STAEHELIN, art. 324a N 3.

trine, cette dernière condition signifie que la cause est inhérente à la personne du travailleur ou est liée *a minima* à ses caractéristiques personnelles, par opposition à une cause *objective* qui touche un grand nombre de personnes (tremblement de terre, guerre, etc.)¹⁴⁸⁷.

L'absence de faute est une condition *sine qua non* à la naissance du droit du travailleur de réclamer le salaire en cas d'empêchement de travailler. Le législateur a voulu éviter que l'employeur ne dût prendre à sa charge les conséquences d'une incapacité que le salarié a lui-même provoquée par son imprudence. À plus forte raison, un empêchement volontaire de travailler n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 324a CO, mais doit être pris sur les vacances ou un congé non payé convenu avec l'employeur. Il en est ainsi d'une opération esthétique volontaire sans indication médicale¹⁴⁸⁸. La notion de faute dans ce contexte est cependant plus exigeante qu'en droit civil pour tenir compte du but social de la norme¹⁴⁸⁹, et il faut dans cette perspective prendre en compte l'intérêt du travailleur à l'exercice de ses droits constitutionnels¹⁴⁹⁰.

C'est sur cette condition que bute l'empêchement lié au conflit de conscience du travailleur, car l'on pourrait se dire que le travailleur refuse *volontairement* d'exécuter le travail (la doctrine alémanique parle de *Selbstverschulden*). C'est pourquoi les auteurs ayant étudié la question considèrent généralement que le conflit de conscience n'est pas un empêchement de travailler¹⁴⁹¹. L'affaiblissement physique provoqué par un jeûne religieux n'est pas non plus un empêchement non fautif de travailleur en raison de l'absence du caractère *non fautif* de l'empêchement¹⁴⁹².

¹⁴⁸⁷ WYLER/HEINZER, 279.

¹⁴⁸⁸ WYLER/HEINZER, 299; CR CO I-PERRENOUD, art. 324a N 27.

¹⁴⁸⁹ Est considéré comme faute tout manquement à la diligence requise d'un salarié, dans sa vie professionnelle ou privée, qui entraîne l'empêchement. Une faute intentionnelle entraîne une suppression du salaire, une négligence provoque une suppression ou une réduction du salaire selon l'intensité de la faute et une faute légère demeure sans incidence sur le droit au salaire, WYLER/HEINZER, 299; CR CO I-PERRENOUD, art. 324a N 49.

¹⁴⁹⁰ Notamment les activités sportives que sa liberté personnelle empêche de lui interdire, même dangereuses (ski, escalade à la montagne, plongée sous-marine), ATF 141 V 37, c. 4; ATF 122 III 268, c. 3a)aa), JdT 1997 I 336; WITZIG, Droit du travail, N 1449; WYLER/HEINZER, 299, sous réserve des activités téméraires ou qui violent les règles de sécurité (skieur s'engageant dans un ski hors-piste au mépris des signaux interdisant le passage et indiquant un fort risque d'avalanche).

¹⁴⁹¹ GLOOR, Conflit de conscience, 295. Plus nuancés GREMPEN, 143 et CAMASTRAL, 108 s et 120 s., qui se réfèrent au critère de la prévisibilité pour admettre ou non l'empêchement non fautif de travailler déclenchant l'obligation de payer le salaire.

¹⁴⁹² La solution pourrait aussi provenir d'une interprétation des textes islamiques eux-mêmes, des interprétations modernistes ayant tenté de déclarer le travail comme « guerre sainte » contre la faim et la pauvreté, afin d'accorder des aménagements pour un jeûne facilité aux travailleurs, ce d'autant plus qu'en temps de guerre le jeûne ne doit pas être observé (SCHIMMEL, 34). Si tel est le cas, l'employeur n'a pas à alléger le travail du salarié, puisque la religion islamique prévoit déjà une telle règle pour cette catégorie de travailleurs et constitue un argument supplé-

Le Tribunal fédéral n'a été confronté qu'indirectement à ce cas de figure : il a considéré que l'accomplissement d'une mesure d'astreinte au travail pour objection de conscience constituait bel et bien un empêchement de travailler non fautif au sens de l'art. 324a al. 1 CO. Bien que l'objection de conscience ne prît pas directement place dans l'exécution du travail, le Tribunal fédéral a jugé que l'obligation légale de fournir un travail d'intérêt général à la suite d'une condamnation par la justice militaire pour refus de continuer à servir dans l'armée doit être considérée comme non fautive, bien qu'elle ait été assumée « volontairement »¹⁴⁹³. Mais il s'agissait d'obligations légales, hypothèse expressément prévue à l'art. 324a CO, de sorte que cet arrêt n'est pas d'une grande aide pour déterminer si le conflit de conscience peut être qualifié d'empêchement non fautif de travailler¹⁴⁹⁴.

3. Responsabilité civile du travailleur (art. 97 et 321e CO)

Si le travailleur s'engage dans un rapport dont il sait ou peut tenir pour prévisible que certaines tâches qu'il sera amené à exécuter sont susceptibles de générer un conflit de conscience, il ne pourra pas justifier son refus d'exécution, alors constitutif d'une violation de l'obligation de diligence et de fidélité et d'une inexécution qui entraîne l'obligation de réparer l'éventuel dommage causé à l'employeur (cf. art. 97 et 321e CO)¹⁴⁹⁵.

Il faut néanmoins reconnaître que comme nous l'avons déjà dit, la prévisibilité d'un futur conflit de conscience lié à la relation de travail est difficile à juger et qu'il faut évaluer au cas par cas. En tout état de cause, compte tenu des facteurs d'atténuation consacrés au second alinéa de l'art. 321e CO et de la jurisprudence y afférente, la sanction en dommages-intérêts devrait cependant être réduite à la portion congrue du montant du dommage causé même lorsque le conflit de conscience était plus ou moins prévisible, la situation révélant un dilemme cornélien moralement éprouvant pour le salarié¹⁴⁹⁶.

mentaire pour nier tout droit subjectif à un aménagement particulier dans ce contexte. Voir dans le même sens SCHATZ, 23 : « *Im Fastenmonat Ramadan gibt es für Arbeiter mit starker körperlicher Beanspruchung eine Erleichterung vom Fasten* ». Mais d'après d'autres avis des différentes écoles de la tradition islamique, qui semblent majoritaires, le travail n'entre pas dans la liste des motifs d'exemption du jeûne selon BÜCHLER, 431 nbp 19, qui cite Laleh BAKHTIAR, *Encyclopedia of Islamic Law. A Compendium of the Major Schools*, Chicago, ABC International Group, 1996.

¹⁴⁹³ ATF 122 III 268, c. 3b)bb), JdT 1997 I 336.

¹⁴⁹⁴ Ainsi que le relève GLOOR, Conflit de conscience, 295, qui range le conflit de conscience à l'art. 324a CO uniquement dans l'hypothèse où il trouve son origine dans une instruction de l'employeur et que la « violence » est telle que le travailleur en tombe malade.

¹⁴⁹⁵ GREMPER, 141 ; KARLEN, Religionsfreiheit, 438 ; CAMASTRAL, 108 s.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, 144.

4. Travail de substitution

L'on peut enfin se demander si l'employeur ne devrait pas rechercher une solution alternative dans un tel cas de figure, en modifiant le cahier des charges du travailleur objectant d'un conflit de conscience ou en lui substituant un autre travailleur pour ces tâches-là, ce qui revient à admettre un aménagement raisonnable.

Pour y répondre, il convient d'abord de déterminer si le refus d'exécuter le travail est durable au sens où le conflit de conscience se rapporte au cœur de la prestation de travail contractuellement prévue dans le cahier des charges ou s'il se limite à une tâche annexe ou ponctuelle. Dans le premier cas, il n'est raisonnablement plus possible de poursuivre le rapport de travail, qui devient une «coquille vide»; le contrat de travail sera résilié par l'une des parties sans abus de droit¹⁴⁹⁷.

Dans le second cas, la doctrine propose de trouver une solution alternative dans les limites raisonnables de l'exploitation après une pesée des intérêts entre celui du salarié d'exercer sa liberté de conscience et de croyance, favorisé par le devoir de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur notamment sur le plan des libertés fondamentales¹⁴⁹⁸, et celui de l'employeur de ne pas prendre des mesures coûteuses et compliquées sur le plan organisationnel. La pesée des intérêts dépendra de la tâche que le travailleur refuse d'accomplir, de l'importance de celle-ci dans le cadre contractuel, du motif sous-tendant le conflit de conscience, du caractère permanent ou ponctuel du refus d'exécution, enfin des possibilités raisonnables d'un travail de substitution¹⁴⁹⁹.

Par exemple, si plusieurs pharmaciens de garde travaillent toujours simultanément, et que l'un d'eux refuse de prescrire une pilule abortive, il faudrait lui autoriser cet privilège lorsque son collègue est présent¹⁵⁰⁰. En revanche, si le travailleur refuse un changement d'affectation à un poste pour lequel le conflit de conscience disparaît, il perd toute prétention salariale et viole son devoir de fidélité¹⁵⁰¹.

M. McFarlane, quatrième requérant de l'affaire *Eweida* citée ci-dessus, avait proposé à son employeur de le dispenser de conseiller des couples homosexuels, ce que l'employeur refusa parce qu'il était «totalement contraire à la déontologie interne d'accepter une situation dans laquelle un conseiller pourrait refuser de s'occuper de certains clients car il désapprouve leur conduite», qui aurait conduit à renier les principes fondamentaux de l'entreprise, argument approuvé par les juridictions

¹⁴⁹⁷ GREMPEN, 142: «[...] *das Arbeitsverhältnis praktisch als <leere Hülse> aufrecht zu erhalten*»; GLOOR, Conflit de conscience, 297.

¹⁴⁹⁸ GREMPEN, 142.

¹⁴⁹⁹ CAMASTRAL, 126; GLOOR, Conflit de conscience, 297.

¹⁵⁰⁰ STAMM, 81.

¹⁵⁰¹ CR CO I-PERRENOUD, art. 324a N 29.

internes¹⁵⁰². En d'autres termes, il n'existe aucune obligation d'accommodement de la part de l'employeur si un tel accommodement revient à agir en contrariété avec les valeurs affichées par l'entreprise qui sont d'offrir des prestations de manière non-discriminatoire.

V. Port de signes religieux au travail

S'il est une question qui cristallise toute l'attention juridique sur la problématique de la religion au travail, c'est celle, parfois caricaturée, du port de signes religieux au travail. La réglementation concernant le port de vêtements ou de symboles à caractère religieux sur le lieu de travail est disparate d'un pays à l'autre, mais nulle part en Europe ne trouve-t-on de réglementation générale et détaillée sur le port des signes religieux sur le lieu de travail¹⁵⁰³.

Les signes d'appartenance religieuse tels que le port du voile musulman – qu'il s'agisse du *hijab* ou du voile intégral (*burqa*, *niqab*) –, de la kippa juive, du turban sikh, de l'habit des nonnes ou moines chrétiens, du pendentif de croix ainsi que toute autre marque visible avec une connotation religieuse (tatouages¹⁵⁰⁴, piercings, bijoux) sont couverts par la liberté de religion¹⁵⁰⁵. Quantitativement, la question concernera certaines religions plus que d'autres, car chaque religion comporte ses symboles. Les chrétiens et les musulmans occupent logiquement la majorité des arrêts, puisqu'ils représentent les deux religions comptant le plus de croyants en Suisse et en Europe.

Le caractère impératif varie premièrement d'une religion et d'un symbole religieux à l'autre: un certain nombre de femmes musulmanes portent le voile, bien que la question de l'obligation religieuse de porter le voile fasse l'objet d'intenses débats parmi les islamologues¹⁵⁰⁶, tandis qu'aucune prescription religieuse chrétienne ne commande impérativement de porter des signes religieux.

¹⁵⁰² CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 39.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, § 47, et pour une brève analyse en droit des États-Unis, *cf.* § 48.

¹⁵⁰⁴ TF 2 juillet 2008, 9C_301/2008, c. 2, dans lequel le TF dit que le *svastika* est sans conteste un symbole sacré du jainisme, comme s'en prévalait le requérant.

¹⁵⁰⁵ ATF 134 I 56, c. 4.3, JdT 2009 I 229; ATF 123 I 296, c. 2b/aa; CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 89; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 77.

¹⁵⁰⁶ Il n'est de toute façon pas nécessaire que le signe religieux en cause soit impératif en vertu d'une prescription religieuse établie pour être protégé par la liberté religieuse, conformément à l'approche subjective vue *supra* Chap. 2, II, C, car l'on protégerait davantage les religions énonçant des règles précises à respecter ou nécessitant l'unanimité des autorités ou des croyants pour être considérées obligatoires. *Cf.* à cet égard BezG Arbon (TG), 17 décembre 1990, c. 4a, JAR 1991 254, RSJ 1991 176.

Le *degré d'ostentation* ensuite diffère d'un signe religieux à un autre : le pendentif de croix, qui est le symbole religieux chrétien le plus fréquent dans les arrêts rendus en la matière – qui relève de nos jours plus d'un bijou porté à la fois pour des raisons d'esthétique et culturelles¹⁵⁰⁷ – peut être dissimulé facilement sous un vêtement, ce qui n'est pas le cas du turban sikh par exemple.

Le *cercle des personnes* arborant des signes religieux enfin est propre à chaque religion. Le port du voile dans la religion musulmane concerne toutes les femmes pubères, alors que la soutane chrétienne n'est portée que par les clercs, tout comme la tunique qui ne concerne que les moniales, peu nombreuses à être liées par un contrat de travail au demeurant puisqu'elles quittent le plus souvent la vie en société pour vivre une vie de prière et de contemplation dans les monastères et couvents.

La question qui sourd immédiatement est de savoir si l'employeur peut, par le biais de directives générales ou spécifiques, limiter ou interdire le port de signes religieux, question qui laisse une partie de la doctrine pantoise¹⁵⁰⁸. Pour ce faire, il est utile de rappeler les conditions auxquelles l'employeur peut émettre des *directives sur l'apparence du travailleur en général (A)*, avant de nous attarder sur les motifs admis en droit pour restreindre les signes religieux au travail, lesquels sont la protection de l'hygiène, de la santé ou de la sécurité, valables dans tous les rapports de travail **(B)**, la neutralité religieuse de l'État, spécifique à la fonction publique **(C)** et, dans une moindre mesure, la politique de neutralité religieuse en vogue dans le secteur privé **(D)**.

A. Les directives sur l'apparence du travailleur en général

L'apparence des travailleurs fait partie de leur personnalité¹⁵⁰⁹. L'employeur peut édicter des directives relatives aux vêtements et plus généralement à l'apparence extérieure des travailleurs (bijoux, coupe de cheveux, accessoires)¹⁵¹⁰. Mais celles-ci doivent être objectivement fondées sur les exigences du travail à effectuer, limitées au strict nécessaire et proportionnées au but recherché **(1)**¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁷ Ce qui ne signifie absolument pas que ce ne soit pas couvert par la liberté religieuse, comme le répète la CourEDH dans l'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 64.

¹⁵⁰⁸ Le Bezirksgericht d'Arbon (TG), 17 décembre 1990, c. 3b, JAR 1991 254, RSJ 1991 176, a laissé ouverte la question de l'admissibilité d'une telle directive générale; BRÜHWILER, art. 328 CO N 11, pointe du doigt les contours brumeux des limites du droit de l'employeur de donner des directives en relation avec le port de signes religieux: «*Noch wenig geklärt ist, ob der Arbeitgeber das Tragen religiöser Kleidung verbieten darf, insb. eines Kopftuchs.*»; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 328 N 14, ne sont pas plus loquaces: «*Noch ungenügend geklärt ist die Frage, ob bzw. in welchen Fällen der Arbeitgeber das Tragen religiöser Kleidung untersagen kann, insbesondere eines Kopftuchs.*».

¹⁵⁰⁹ DUNAND, Commentaire du contrat de travail, art. 321d N 26.

¹⁵¹⁰ PORTMANN/WILDHABER, N 570.

¹⁵¹¹ DANTHE, N 23. En France, la Cour de cassation a rejeté le 28 mai 2003 le pourvoi (n° 02-40.273) d'un agent technique qui venait au travail en bermuda en opposition ouverte avec ses

Autoriser un travailleur à revêtir les signes religieux de son choix sans en faire de même pour son collègue se trouvant dans une situation similaire pose un problème en matière d'égalité de traitement et constituera généralement une atteinte à la personnalité du travailleur (2). Enfin, en relation avec cette dernière question, l'on peut souligner d'emblée le risque de discrimination multiple qui intervient lorsqu'un salarié peut être discriminé à la fois sur le plan religieux et sur un autre motif, problème qui touche essentiellement les travailleuses de confession musulmane désirant porter le voile au travail (3).

1. *Une justification objective, limitée au strict nécessaire et proportionnée au but recherché*

Lorsqu'il est légitimé à édicter de telles directives, l'employeur doit tenir compte de son devoir de protection, au vu de la constitutionnalisation croissante de la protection de la personnalité du travailleur¹⁵¹². Une consigne générale interdisant toute ostentation religieuse est inadmissible lorsqu'elle est édictée sans se fonder sur une raison objective ou sur les exigences de l'exécution du travail¹⁵¹³. L'employeur ne peut pas fixer des règles intrusives dans l'intimité des travailleurs ou carrément chicanières, telles qu'une directive vestimentaire qui «interdit tatouage et piercing même s'ils sont invisibles», car l'apparence professionnelle n'est pas mise en cause¹⁵¹⁴.

Le port de certains signes ou vêtements peut également se justifier selon des usages, motif qui se recoupe en partie avec l'image de l'entreprise. Une banque peut exiger de ses employés de guichet qu'ils portent une cravate, car cet accessoire est considéré comme une marque de sérieux dans le secteur bancaire, de même qu'une directive générale sur le port d'un uniforme est justifiée lorsque cet uniforme est d'usage dans tel secteur d'activités¹⁵¹⁵. Un restaurant gastronomique peut exiger de ses serveurs qu'ils couvrent leurs tatouages¹⁵¹⁶ ou qu'ils se rasent de près, même si le port d'une barbe est commandé par une prescription religieuse.

supérieurs hiérarchiques qui lui demandaient de porter un pantalon. La Cour de cassation en profite pour dire que liberté vestimentaire n'entraîne pas dans la catégorie des libertés fondamentales.

¹⁵¹² BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321a N 34.

¹⁵¹³ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 N 5, qui semblent cumuler les deux critères («sauf si elle est fondée sur des raisons objectives *et* [nous soulignons] liées à l'exécution du travail et de ses exigences»).

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, art. 328 CO N 4.

¹⁵¹⁵ BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321a N 33. À noter que les usages changent avec le temps (lire p.ex. «Les employés peuvent laisser tomber la cravate chez UBS», *RTS Info*, 1^{er} septembre 2020).

¹⁵¹⁶ CR CO I-WITZIG, art. 321d N 17. Par analogie TF 2 juillet 2008, 9C_301/2008, c. 5.2, rendu en droit des assurances sociales. Sur les tatouages et les piercings, lire PÄRLI, *Tattoos, passim*.

Une boutique de mode féminine peut légitimement adopter une politique commerciale qui consiste à interdire à une vendeuse de porter un vêtement religieux qui la recouvre de la tête aux pieds dans la mesure où la politique de l'entreprise est que les salariés reflètent l'image véhiculée par la boutique en raison de leur rôle de conseil à la clientèle¹⁵¹⁷.

2. *Primauté de l'interdiction de la discrimination sur la liberté contractuelle*

Les instructions vestimentaires discriminatoires en fonction de la religion des salariés sont strictement prohibées¹⁵¹⁸. L'arrêt du Tribunal du district d'Arbon en Thurgovie a traité de la question de l'égalité de traitement, en niant que l'employeur fût juridiquement fondé à licencier une de ses salariées portant le voile au travail tandis qu'il en autorisait deux autres à le porter, au motif que ces dernières fussent « méritantes » (« *verdiente Mitarbeiterinnen* ») et avaient plus d'ancienneté. Lorsqu'il s'agit de permettre l'exercice de la liberté de religion, il n'est pas licite de faire des distinctions sur la base de l'*ancienneté* (la qualité du travail ne pouvait pas être en cause, puisque l'employeur était manifestement satisfait de la travailleuse; d'ailleurs, une telle justification ne serait pas non plus valable selon le tribunal)¹⁵¹⁹.

Le tribunal dit qu'il en serait allé autrement si la directive unilatérale avait été contractuellement intégrée¹⁵²⁰. La question prend ainsi un tour sensiblement différent lorsqu'un travailleur négocie un tel avantage dans son contrat de travail lors des pourparlers, et qu'un de ses collègues soulève par la suite une différence de traitement. Dans le cas d'espèce, la différence de traitement était injustifiée au regard du droit de l'employeur d'émettre une directive unilatérale interdisant le port du voile dans son entreprise, mais le tribunal a laissé la question ouverte de savoir si d'autres motifs pouvaient justifier une différence de traitement, tels que le fait d'avoir incorporé dans certains contrats lors des pourparlers le droit exprès de porter des signes religieux.

À notre sens, instituer une différence de traitement, fût-ce par voie contractuelle, sur le droit de porter des signes religieux n'est plus admissible au regard des derniers développements jurisprudentiels¹⁵²¹. Une telle inégalité de traitement serait susceptible de susciter des jalousies entre salariés et de porter atteinte à la paix du travail dans l'entreprise¹⁵²².

¹⁵¹⁷ La Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a jugé dans ce sens-là le 9 septembre 1997, étant précisé que la salariée ne portait pas ce type de tenue lors de son entretien d'embauche, Halde, Délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009.

¹⁵¹⁸ ETEMI, N 711; LEMPEN, Religion, 52 ss; PÄRLI, Tattoos, 36.

¹⁵¹⁹ BezG Arbon (TG), 17 décembre 1990, c. 3b, JAR 1991 254, RSJ 1991 176.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, c. E. 4.b.

¹⁵²¹ L'on peut réserver l'exception de l'interdiction du voile intégral uniquement, compte tenu de l'arrêt de la Cour EDH, *S.A.S. c. France* (GC) du 1^{er} juillet 2014 et de l'ATF 144 I 281, JdT 2019 I 71, qui justifient l'interdiction par des motifs de bien-vivre ensemble.

¹⁵²² CAMASTRAL, 73; JU-TRAV 1991/23. STAEHELIN, Gleichbehandlung, 66 ss, donne l'exemple d'une interdiction de ne pas verser une gratification à un travailleur parce qu'il est

En revanche, il reste selon nous possible de traiter différemment des demandes d'aménagements religieux (l'on songe aux rites alimentaires, culturels ou à l'aménagement des horaires de travail), à condition que la différence de traitement se fonde là aussi sur des raisons véritablement objectives et raisonnables et non sur une meilleure négociation du salarié avec l'employeur, dans le sens où chaque aménagement a un effet qui lui est propre sur l'organisation du travail et peut demander un effort différent de l'employeur.

3. *Le voile islamique ou la problématique de la discrimination multiple et intersectionnelle*

Les prescriptions islamiques en matière vestimentaire ne touchant que les femmes, les travailleuses de confession musulmane portant ou voulant porter le voile au travail risquent de subir une discrimination multiple (*Mehrfachdiskriminierung*) par l'addition de plusieurs caractéristiques qui les exposent à un traitement discriminatoire, en l'occurrence en raison du *genre* et de la *religion*¹⁵²³. Il peut aussi arriver que ces différentes caractéristiques se «conjuguent» en agissant simultanément et de manière inséparable et accroissent de la sorte le risque de discrimination; l'on parle de discrimination intersectionnelle¹⁵²⁴.

Comme en témoignent les différents arrêts rendus en matière de signes religieux au travail, les salariées musulmanes sont effectivement particulièrement vulnérables à de telles formes de discrimination¹⁵²⁵. L'égalité entre les sexes en droit du travail est un principe cardinal de notre ordre juridique et il sied de déterminer si la loi sur l'égalité entre les sexes est susceptible d'être cette fois-ci mobilisée dans cette potentielle discrimination multiple¹⁵²⁶.

La loi sur l'égalité (LEg) exécute le mandat constitutionnel figurant à l'art. 8 al. 3 Cst. pour réaliser l'égalité en droit *et* en fait entre les femmes et les hommes, notamment dans les rapports de travail, qu'ils soient régis par le droit privé ou le droit public – fédéral, cantonal ou communal – (art. 2 LEg). La LEg interdit la discrimination se-

affilié à un parti de la gauche radicale, mais admet la différence de traitement dans les avantages et prestations discrétionnaires sur la base des performances du travailleur ou de son ancienneté.

¹⁵²³ Voir à ce sujet JOLLER, 120 s.; DUBEY, Droits II, N 3268; voir aussi TAMARA KURT, 162 ss. Pour un ouvrage général sur la question, cf. KLEBER, spéc. 28 ss pour la notion de discrimination multiple.

¹⁵²⁴ Voir en premier lieu les travaux de Sandra FREDMAN, *Intersectional Discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, Directorate Justice and Consumers, Office des publications de l'Union européenne, 2016.

¹⁵²⁵ RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, 308 et LEMPEN, Religion, 39 s.

¹⁵²⁶ C'est le cas pour LEMPEN si l'interdiction des couvre-chefs entraîne une atteinte particulière, par exemple, pour les employées portant un foulard islamique, et que l'employeur ne parvient à justifier objectivement cette mesure (Religion, 56).

xuelle (art. 3 LEg). Bénéficiant notamment d'un allègement du fardeau de la preuve, les femmes discriminées en raison du port du voile auraient intérêt à tenter de ramener la discrimination également au critère du sexe¹⁵²⁷.

Nonobstant l'existence de la LEg, la protection du droit suisse contre la discrimination dans les relations entre particuliers est ponctuelle, qu'il s'agisse des domaines couverts, des critères protégés ou des destinataires de l'interdiction; sans surprise, le droit suisse n'a institué aucun régime de lutte contre la discrimination multiple et se contente d'une compréhension unidimensionnelle de la discrimination. Les quelques protections spéciales adoptées par le législateur contre la discrimination ne sont pas nécessairement favorables à la prise en compte des discriminations multiples ou intersectionnelles.

Le Tribunal fédéral n'a, à notre regret, jamais employé non plus la notion de discrimination multiple ou intersectionnelle, son approche consistant à examiner *successivement* les différents critères de discrimination¹⁵²⁸. Dans une affaire ayant trait à un refus de naturalisation à une femme musulmane portant le voile, tout en reconnaissant que le grief de discrimination s'examinait au regard de l'art. 8 al. 2 *et* al. 3 Cst., il s'est contenté de justifier le refus de naturalisation en raison de son manque d'intégration avéré, alors qu'il eût été intéressant d'avoir une analyse combinée de ces deux critères d'appréciation et leur poids respectif dans l'analyse de la justification, les standards de justification étant déjà élevés à l'art. 8 al. 2 Cst., encore plus à l'art. 8 al. 3 Cst.¹⁵²⁹ Dans une affaire ultérieure aux circonstances similaires, il s'est placé uniquement sur le terrain de l'art. 8 al. 2 Cst. en portant son attention sur la discrimination fondée sur la religion, tandis qu'il reconnaît que ce motif de refus créé un empêchement spécifique pour les femmes musulmanes portant le voile¹⁵³⁰.

Cette question a aussi occupé le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, dans le cadre d'une communication déposée par une enseignante turque, révoquée de la fonction publique pour avoir porté le voile islamique en contrariété avec le règlement relatif à l'apparence vestimentaire, affirmant que la Turquie aurait violé son droit au travail ainsi que le droit à l'égalité de traitement entre les sexes, dans la mesure où il s'agit d'un article vestimentaire uniquement porté par les femmes, et qu'elle n'aurait pas été punie si elle avait un homme avec les mêmes idées. Le comité n'a hélas pas examiné la question au fond, la communication étant irrecevable pour non-épuisement des recours internes¹⁵³¹.

¹⁵²⁷ KLEBER, 218.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, 179 s.

¹⁵²⁹ ATF 132 I 167, c. 3, JdT 2008 I 271; KLEBER, 179 ss.

¹⁵³⁰ ATF 134 I 49, c. 3.2, JdT 2009 I 223.

¹⁵³¹ CEDAW, Décision du 27 janvier 2006 concernant la Communication n° 8/2005 du 20 août 2004.

Cette même focalisation se trouve dans les débats législatifs relatifs aux lois interdisant le port de signes religieux. Le Tribunal fédéral a débouté les requérants qui attaquaient la loi sur la laïcité de l'État de Genève en soulevant le grief de la discrimination contre les musulmans et les croyants en général, car rien n'indiquait que la disposition litigieuse sur la neutralité religieuse des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions était spécifiquement dirigée contre la religion musulmane ou contre les croyants¹⁵³². La Cour de justice de Genève soulignait du reste que les travaux parlementaires mentionnaient plusieurs signes religieux extérieurs de plusieurs religions, et que le fait que certaines religions prescrivent le port de signes plus visibles que d'autres ou rendent obligatoire le port de certains attributs vestimentaires à leurs fidèles ne permettait en rien de conclure à l'existence d'une discrimination¹⁵³³. Cet argument a également été soulevé dans le cadre de la contestation judiciaire relative à la Loi sur la laïcité de l'État du Québec¹⁵³⁴.

L'adoption du règlement qui interdit tout port de signes religieux dans les tribunaux de Bâle-Ville pour les juges et greffiers a été motivée par la candidature d'une jeune juriste à un stage au tribunal et qui portait un voile musulman sur sa photo de candidature¹⁵³⁵. Un auteur a mis en évidence le déchaînement sémantique auquel se livrent certains juges canadiens et européens confrontés au voile islamique, mettant en relief le corps de la femme musulmane comme la « frontière corporelle de l'Occident »¹⁵³⁶.

B. Protection de l'hygiène, de la santé et de la sécurité – Motif de restriction incontesté dans tous les rapports de travail

La santé et la sécurité publiques constituent ensemble un motif de restriction à la liberté de porter des signes religieux reconnu de longue date par la jurisprudence, en général (1) comme dans les rapports de travail (2)¹⁵³⁷.

¹⁵³² ATF 148 I 160, c. 8.2.

¹⁵³³ Cour de justice GE 21 novembre 2019, ACST/35/2019, c. 12)c.

¹⁵³⁴ Cf. *supra* Chap. 7, II, B, 3, c.

¹⁵³⁵ JOLLER, 116. L'arrêt du Tribunal fédéral et celui du Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne convergent tous deux vers une homogénéisation des solutions dans ce domaine, soit une interdiction générale et absolue des signes religieux dans les prétoires pour les membres de la justice, mais n'effleurent pas le problème de la discrimination multiple dans ces affaires (fondée sur la religion *et* le genre), signe d'un certain alignement des tribunaux en Europe continentale selon certains observateurs (VISCHER, *Justitias Entschleierung*, N 4 s. et 32).

¹⁵³⁶ BLANC, *passim*.

¹⁵³⁷ CourEDH, décision *Fränklin-Beentjes et CEFLU-Luz da Floresta c. Pays-Bas* du 6 mai 2014, 28167/07, § 47, à propos d'une association religieuse qui utilisait, pour ses rites, une décoction hallucinogène (l'ayahuasca, originaire d'Amérique du Sud) contenant des produits toxiques et saisis par la police car interdits par la loi pour des motifs de santé publique évidents.

1. En général

L'obligation faite à une personne de retirer son turban ou son voile respectivement lors de contrôles de sécurité aux aéroports ou dans une enceinte consulaire ne constitue pas une violation du droit à la liberté religieuse car la mesure est nécessaire à la sécurité publique¹⁵³⁸. L'obligation d'une photographie «tête nue» apposée sur un permis de conduire dans un but de contrôle d'identité du conducteur, qui constitue au demeurant une mesure ponctuelle, a également été considérée comme justifiée pour des raisons tenant à la sécurité publique¹⁵³⁹.

À l'instar des deux exemples venant d'être cités, le motif de sécurité publique a surtout occupé les tribunaux confrontés aux sikhs pratiquants. En effet, les sikhs qui respectent la règle des Cinq K (les cinq symboles extérieurs que les sikhs intégrant le *Khalsa* font vœu de porter et dont la lettre commence par K) arborent le *dastar*, le turban porté par les hommes permettant de tenir les longs cheveux du sikh, qu'il ne coupe jamais selon la règle du *Kesh*, par respect pour la perfection de la création de Dieu¹⁵⁴⁰.

Les soldats sikhs des troupes britanniques des deux guerres mondiales refusaient déjà de porter le casque. Certains pays occidentaux exemptent les sikhs de porter le casque à moto, notamment certaines provinces du Canada¹⁵⁴¹, mais pas la Suisse, où le Tribunal fédéral a été confronté à la question¹⁵⁴². Au Royaume-Uni, les salariés sikhs qui portent le turban sont exemptés du port de casque au travail en vertu de la loi, à l'exception d'une liste restreinte de situations où l'obligation de porter un casque se justifie pour répondre à un besoin urgent (services du feu, manifestations violentes ou autres situations dangereuses) ou pour prendre part à une opération militaire au service de Sa Majesté, mais ils doivent porter tous les autres éléments de sécurité au corps¹⁵⁴³.

¹⁵³⁸ CourEDH, respectivement décisions *Phull c. France* du 11 janvier 2005, 35753/03, Rec. 2005-I et *El Morsli c. France* du 4 mars 2008, 15585/06.

¹⁵³⁹ CourEDH, décision *Mann Singh c. France* du 11 novembre 2008, 24479/07.

¹⁵⁴⁰ *Brill's Encyclopedia of Sikhism*, vol. I, 2017.

¹⁵⁴¹ Art. 6 (2) b) du Règlement refondu de l'Ontario de 1990, Règlement 610, intitulé «Casques protecteurs»; art. 2 let. b du Règlement du Manitoba sur les normes et les exemptions relatives aux casques de protection, R.M. 167/2000; art. 1 let. a du Motorcycle Safety Helmet Exemption Regulation de Colombie-Britannique, B.C. Reg. 237/99.

¹⁵⁴² ATF 119 IV 260, c. 3b/bb, JdT 1994I 707, déjà cité. Voir aussi CommEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 12 juillet 1978, 7992/77, où la Commission juge que le port obligatoire d'un casque de protection est une mesure de sécurité nécessaire pour les motocyclistes, et que les sanctions infligées à un sikh pratiquant amendé à vingt reprises pour avoir omis de retirer son turban et de porter un casque ne constituent pas une violation de sa liberté religieuse.

¹⁵⁴³ Sections 11 et 12 de l'Employment Act 1989 tel qu'amendé par la Section 6 de la Deregulation Act 2015. Voir aussi The Personal Protective Equipment at Work (Amendment) Regulations 2022.

En plus du *dastar*, l'autre symbole entrant parfois en conflit avec les lois dans l'histoire récente pour des motifs de sécurité est le *kirpan*, une arme symbolique s'apparentant à un poignard, portée en toutes circonstances pour rappeler la lutte perpétuelle contre l'oppression et l'injustice¹⁵⁴⁴. Interdit dans de nombreux lieux car assimilé à une arme, la Cour suprême du Canada a conclu au contraire qu'en milieu scolaire, le port du kirpan par un élève ne pouvait faire l'objet d'une interdiction totale, dans la mesure où il était porté dans des conditions sécuritaires, c'est-à-dire enveloppé dans un étui cousu, l'étui étant lui-même porté sous les vêtements de façon à n'être pas accessible aux tiers¹⁵⁴⁵.

2. Dans les rapports de travail

Dans nos contrées continentales, en l'absence d'accommodements raisonnables, l'employeur peut interdire sans obstacle juridique le port du kirpan dans un souci évident de sécurité pour le salarié lui-même, les collègues et les tiers¹⁵⁴⁶.

En outre, l'exercice de certaines professions requiert le port d'équipements individuels de protection masquant complètement ou partiellement le visage pour des raisons de sécurité (ouvriers de chantier, soudeurs, forces de sécurité et pompiers), et empêche corollairement de porter des signes religieux couvrant le visage ou la tête, tel que le turban sikh. Il ne fait aucun doute dans ces cas-là que le motif de santé et de sécurité prime la liberté religieuse, puisque c'est même une obligation de l'employeur que d'édicter de telles directives sous peine d'engager sa responsabilité pour n'avoir pas suffisamment protégé la santé du travailleur (cf. art. 328 CO, 6 LTr et 82 LAA)¹⁵⁴⁷.

Dans une des espèces de l'affaire *Eweida* était contestée l'interdiction faite à une infirmière gériatrique, M^{me} Chaplin, de porter visiblement une croix en pendentif au travail. La Cour de Strasbourg, après avoir relevé l'importance qu'elle accordait à la possibilité de témoigner de sa foi chrétienne en portant une croix chrétienne de manière visible au travail, conclut en substance que le risque qu'un patient perturbé s'empare

¹⁵⁴⁴ La Cour suprême de cassation italienne a décidé en mai 2017 de l'interdire dans les lieux publics (n. 24084) : « *La società multiethnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali configgenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto di armi e di oggetti atti ad offendere* » (c. 2.3), qu'on peut traduire par « La société multiethnique est une nécessité, mais elle ne peut pas conduire à la formation d'archipels culturels qui diffèrent en fonction des groupes ethniques qui la composent, car cela est contraire au tissu culturel et juridique unique de notre pays, qui identifie la sécurité publique comme un bien à protéger et, à cette fin, interdit le port d'armes et d'objets offensifs » (libre traduction).

¹⁵⁴⁵ Cour suprême du Canada, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

¹⁵⁴⁶ TF 2 juillet 2008, 9C_301/2008, c. 4.1.

¹⁵⁴⁷ CR Cst.-ZANDIRAD, art. 10a N 48 ; STAMM, 30 et 33 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 CO N 5.

du pendentif, tire celui-ci et se blesse lui-même ou l'intéressée ou que la croix pende et entre par exemple en contact avec une plaie ouverte constitue une ingérence justifiée dans la liberté religieuse de l'infirmière dans un souci de santé et de sécurité des patients en milieu hospitalier¹⁵⁴⁸.

La marge de manœuvre des employeurs en matière de réglementation de port de signes religieux dans le domaine des établissements de santé pour des motifs de sécurité et de santé est plus grande que partout ailleurs, car les responsables hospitaliers sont mieux placés pour prendre des décisions concernant la sécurité dans leur établissement que le juge¹⁵⁴⁹.

Ce motif de restriction est certes solide, mais il doit tout de même être objectivement justifié pour limiter le port de signes religieux au travail¹⁵⁵⁰. En 2016, le Tribunal régional de Berne-Mittelland a jugé abusif le licenciement d'une salariée d'une blanchisserie, qui lavait notamment le linge d'hôpital, parce qu'elle décida, contre l'avis de son supérieur qui invoquait un motif de sécurité et d'hygiène, de porter le voile islamique au travail alors qu'elle avait travaillé quelques années sans le faire¹⁵⁵¹. La salariée licenciée avait proposé de porter un « sous-voile » (« *Unterkopftuch* », qui permet de serrer le voile et de protéger les cheveux) ou de laver quotidiennement son voile, ou de porter un voile à usage unique (« *Einwegkopftuch* »), mais l'employeur s'est montré inflexible et a rejeté toutes les propositions de compromis au nom de l'hygiène comme partie intégrante de la sécurité au travail.

Dans l'analyse de la cause, le tribunal cite notamment une décision du Tribunal du travail de Hambourg, qui a considéré que l'ordre donné à un travailleur portant un turban de porter une casquette en papier plié à la place du turban était inadmissible, car le port du turban ne contrevenait pas aux règles d'hygiène. Aucune directive n'existait à propos des couvre-chefs et l'employeur n'a pas su expliquer en quoi l'aménagement proposé par la salariée – port d'un voile à usage unique ou lavé quotidiennement et protégeant les cheveux – convenait aux prescriptions d'hygiène, en conséquence de quoi la directive d'interdiction du port du voile n'était pas nécessaire et ne se fondait sur aucun motif objectif; le licenciement a ainsi été considéré comme abusif¹⁵⁵². En revanche, des motifs d'hygiène peuvent objectivement justifier de se tailler la barbe ou de se couvrir les cheveux longs dans certains secteurs, tels que la restauration.

¹⁵⁴⁸ CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 18-22 (faits), 67-69 (thèse de la requérante) et 96-101 (appréciation en droit).

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, § 99, et confirmé dans l'arrêt *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015, Rec. 2015-VIII, § 65.

¹⁵⁵⁰ RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, 316.

¹⁵⁵¹ RegG Bern-Mittelland 8 septembre 2016, CIV 16 1317 P57/BLM.

¹⁵⁵² *Ibid.*, c. IV.C.2.b.

En droit européen, la directive 2000/78/CE pose quant à elle l'exception de la « protection de la santé » (art. 2 § 5), qui n'est pas réduite à la santé publique ni à la santé des tiers. Autrement dit, la protection de sa propre santé pourrait être opposée à un salarié qui voudrait extérioriser ses convictions religieuses par des symboles. Il est alors envisageable d'interdire, à titre préventif, le port du voile musulman si celui-ci risque d'être pris dans des « machines dangereuses ou se trouve proche de flammes et qu'un risque important de combustion existe »¹⁵⁵³.

C. La laïcité – Motif de restriction suprême dans la fonction publique ?

La laïcité peut être perçue comme le motif de restriction ultime à la liberté de revêtir des signes religieux visibles dans la fonction publique, mais il n'est pas un blanc-seing laissé à l'État pour châtrer toute expression religieuse des *fonctionnaires* (1). Plus précisément, le principe de laïcité se module en fonction du contexte dans lequel il s'applique (à l'école (2), dans les tribunaux (3) ou à l'hôpital (4)), et met au jour la *considérable marge d'appréciation* laissée par la Cour européenne des droits de l'homme en fonction du *régime laïque en vigueur* dans tel État ou État fédéré (5).

1. Pour les agents de l'État en général

De la neutralité religieuse de l'État sourd une obligation corollaire de neutralité de l'agent public dans l'exercice de ses tâches, notamment dans l'expression extérieure de sa foi par le port de signes religieux¹⁵⁵⁴. Car un fonctionnaire ne fait pas que « gagner sa vie », mais a l'insigne mission de participer au service public. Sa tâche est donc intrinsèquement liée *au* politique – comme substantif masculin désignant ce qui a trait à la conduite des affaires de l'État. En tant que son comportement est directement imputable à l'État, il ne peut pas agir en contradiction avec la non-identification de l'État à une religion, et doit en quelque sorte personnifier l'État et incarner les valeurs dont il fait la promotion¹⁵⁵⁵.

Il est important de rappeler liminairement que ces restrictions découlent du statut spécifique d'« agent public », qui se distingue d'une part des simples citoyens, « qui ne sont aucunement des représentants de l'État dans l'exercice d'une fonction publique » et qui ne sont pas « soumis, en raison d'un statut officiel à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses »¹⁵⁵⁶, d'autre part des élus

¹⁵⁵³ SWEENEY, 313, qui réserve l'hypothèse d'un voile ignifugé...

¹⁵⁵⁴ PAGNERRE, Neutralité, 881 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2048.

¹⁵⁵⁵ CourEDH, arrêt *Sodan c. Turquie*, du 2 février 2016, 18650/05, § 52 ; MACLURE/TAYLOR, 57.

¹⁵⁵⁶ CourEDH, arrêt *Ahmet Arslan et autres c. Turquie* du 23 février 2010, 41135/98, § 48-49. Il est intéressant de noter dans cet arrêt que la Cour fait de la distinction entre les lieux publics ouverts à tous et les établissements publics (comme les écoles et les tribunaux) dans lesquels l'obligation de neutralité peut primer la liberté religieuse un argument supplémentaire pour réprover l'interdiction de la tenue vestimentaire des requérants composée dans l'espèce d'un

du peuple siégeant dans un parlement cantonal ou communal – et probablement fédéral –, en tant qu'ils sont censés représenter par leur mandat électif différents courants d'opinions, y compris religieuses, qui se retrouvent dans la société, et qu'ils ont de ce fait vocation à représenter non pas l'État mais la société et son pluralisme¹⁵⁵⁷.

À l'inverse, la même interdiction est justifiée pour les membres du Conseil d'État, d'un exécutif communal ainsi qu'aux magistrats du pouvoir judiciaire et de la Cour des comptes, car ils sont amenés à assumer les plus hautes fonctions *exécutives* et *judiciaires* de l'État et, bien qu'élus par le corps électoral, sont dans une situation *semblable* aux autres agents de l'État en raison de leur relation avec l'État, même si la justification eût mérité de plus amples développements par le Tribunal fédéral¹⁵⁵⁸.

La laïcité concerne le principe d'unification des hommes au sein de l'État. Elle suppose une distinction de droit entre la vie privée de l'homme comme tel, et sa dimension publique de *citoyen* : c'est en tant qu'homme privé, dans sa vie personnelle, que l'homme adopte une conviction religieuse, qu'il peut bien sûr partager avec d'autres ; mais de cela, la puissance publique n'a pas à s'inquiéter tant que l'expression des convictions reste compatible avec autrui. Le problème est qu'un dédoublement aussi net n'est pas aisé à réaliser dans une conception du droit soucieuse de l'autonomie de l'*individu*, valable également au travail, lorsque la netteté de la démarcation entre sphère privée et sphère publique est brouillée¹⁵⁵⁹.

À Genève, la loi sur la laïcité de l'État, que le peuple genevoise a plébiscitée à 55 % le 10 février 2019 par référendum, a fait l'objet d'une véritable saga politico-juridique

turban, d'un « salvar » (saroual) et d'une tunique, tous de couleur noire, et munis d'un bâton (le mouvement religieux était qualifié de « curiosité » par les autorités, § 49-51), tandis qu'à propos du voile intégral (burqa et niqab), la Cour a adoubié une interdiction de vaste portée dans tout l'espace public en se fondant sur la protection des droits d'autrui et non sur le principe de laïcité pour admettre la « conventionnalité » de l'interdiction générale dans l'arrêt *S.A.S. c. France* (GC) du 1^{er} juillet 2014, confirmé dans les arrêts ultérieurs *Belcacemi et Oussar c. Belgique* et *Dakir c. Belgique* du 11 juillet 2017, en se prévalant du fait qu'un habit qui dissimule entièrement le visage ne peut être comparé au foulard islamique (CourEDH, *Lachiri c. Belgique* du 18 septembre 2018, 3413/09, § 39). Le TF permet également une interdiction de vaste portée du voile intégral dans l'espace public, ATF 144 I 281, c. 5-7, JdT 2019 I 71 (interdiction tessonnoise de se dissimuler le visage sur la voie publique, que le TF n'a cependant pas examinée sous l'angle de la liberté religieuse, à défaut d'avoir été invoquée par les recourants). Le Comité des droits de l'homme de l'ONU s'est inscrit totalement en faux contre la position de la CourEDH sur cette question (Constatations du 17 juillet 2018, CCPR/C/123/D/2747/2016) Cf. aussi SUDRE, N 528.

¹⁵⁵⁷ C'est ce qu'a prononcé la Cour de justice de Genève dans son arrêt du 21 novembre 2019, ACST/35/2019, c. 11)c, qui précise au demeurant, bien que cela ne soit pas déterminant pour la disposition querellée de la loi genevoise sur la laïcité, qu'aucun canton suisse ne comporte une telle règle pour les membres de son parlement ou de ses organes délibératifs.

¹⁵⁵⁸ ATF 148 I 160, c. 7.9.1-7.9.2 ; Cour de justice GE 21 novembre 2019, ACST/35/2019, c. 11)b.

¹⁵⁵⁹ PENA-RUIZ, 12.

quant à la licéité de l'interdiction qu'elle fait aux agents de l'État de signaler leur appartenance religieuse par des propos ou des signes extérieurs dans le cadre de leurs fonctions lorsqu'ils sont en contact avec le public (art. 3 al. 5). Dans le cadre d'un recours abstrait portant sur la loi, la Cour de justice de Genève a d'abord considéré qu'une telle mesure visait à éviter de donner l'apparence d'être guidé par des convictions religieuses dans l'exercice de ses fonctions, ni de prendre en compte une conception religieuse au détriment d'une autre dans une société pluraliste, ce qui permet d'atteindre le but visé et s'avère proportionnée dès que la portée de la disposition querellée est limitée aux seuls propos et signes *extérieurs* et lorsque l'agent de l'État est en *contact avec le public*¹⁵⁶⁰.

L'affaire est montée jusqu'au Tribunal fédéral, qui a jugé que cette limitation de la liberté religieuse est une concrétisation du principe de la laïcité de l'État de Genève pleinement conforme aux droits fondamentaux, et confirme que préserver le respect de toutes les croyances religieuses et orientations spirituelles des destinataires des services publics en évitant toute *apparence* de prévention dans son comportement professionnel constitue un intérêt public¹⁵⁶¹. Cela signifie *a contrario* que le même agent de l'État peut librement revêtir des symboles religieux visibles durant son temps libre – car il troque la casquette de fonctionnaire contre celle de citoyen lambda – ou même dans l'exercice de ses fonctions lorsqu'il n'est pas en contact avec le public¹⁵⁶².

Il s'agit donc principalement d'une question d'apparence, ce qui ne signifie pas que le fonctionnaire doive renoncer à ses croyances, ni qu'aucun aménagement religieux n'est possible pour d'autres aspects de la liberté de religion tels qu'un congé pour des motifs religieux¹⁵⁶³. Comme tout être humain, un fonctionnaire, même sans s'en rendre compte, prend des décisions sur la base – aussi – de ses idées, de sa conscience et de son vécu personnel, ce qui peut comprendre également sa vision philosophique ou religieuse du monde¹⁵⁶⁴. Une sanction disciplinaire infligée à un magistrat ou à un enseignant qui indiquerait simplement à quelle confession il appartient, ou utilisant une

¹⁵⁶⁰ Cour de justice GE 21 novembre 2019, ACST/35/2019, c. 11)b, en s'appuyant sur l'arrêt du TF du 11 mars 2019, 2C_546/2018, c. 4.6. Sur la question de savoir si le simple port de signes religieux crée une apparence de prévention, le droit canadien, qui ne l'entend pas ainsi, sera un point de comparaison intéressant, cf. *infra* Chap. 7, II, B, 3, a.

¹⁵⁶¹ La CourEDH estime que ce type d'ingérences est à ranger dans la catégorie de la «protection des droits et libertés d'autrui», cf. p.ex. arrêt *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015, Rec. 2015-VIII, § 53.

¹⁵⁶² ATF 148 I 160, c. 7.10.3.1-7.10.3.2; Cour de justice GE dans son arrêt du 21 novembre 2019, ACST/35/2019, c. 8)b.

¹⁵⁶³ ATF 123 I 296 c. 4b)cc). La laïcité française est notablement plus stricte concernant le droit pour les agents publics de manifester leur croyances religieuses dans l'exercice de leurs fonctions, cf. CourEDH, *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015, Rec. 2015-VIII, § 21-31, qui retrace les grandes lignes historiques et juridiques de la laïcité française.

¹⁵⁶⁴ ATF 148 I 160, c. 7.9.1.

expression usuelle de la langue française impliquant une référence à une croyance, serait *a priori* disproportionnée¹⁵⁶⁵.

2. Dans l'enseignement

À l'école publique, le fondement de la neutralité religieuse de l'État autorise certaines restrictions au port de signes religieux par les *enseignants (a)*¹⁵⁶⁶. La Constitution fédérale ne prescrit ni ne prohibe certains modèles particuliers d'enseignement privé, mais la création d'écoles privées, notamment confessionnelles, est garantie par le droit¹⁵⁶⁷. Mais compte tenu de l'art. 62 al. 2 Cst., qui place sous le patronage de l'État l'«enseignement de base», un enseignant d'une école privée peut-il arborer des signes religieux visibles (*b*), là où ne vaut pas le fondement de la neutralité religieuse¹⁵⁶⁸ ?

a. Dans l'enseignement public

Il est inévitable que les convictions d'un enseignant exercent une certaine influence dans des matières déterminées de l'enseignement (histoire, géographie ...), sur la manière d'éduquer les élèves et sur son comportement en général, mais il doit veiller à ne pas devenir prosélyte ou sortir de la liberté d'enseignement qui lui est accordée¹⁵⁶⁹. Par exemple, un enseignant d'une école secondaire publique (non confessionnelle), ayant fait l'objet d'avertissements de la part du directeur de l'établissement pour avoir

¹⁵⁶⁵ Cour de justice GE 21 novembre 2019, ACST/35/2019, c. 11)b.

¹⁵⁶⁶ Les élèves, au contraire des enseignants, ne sont nullement tenus à un devoir de neutralité religieuse, ATF 142 I 49, JdT 2016 I 67, c. 9.2. Ailleurs en Europe la question a fait l'objet de décisions contradictoires qui ont cependant mis en évidence la mansuétude de la CourEDH à l'égard des États interdisant le port de symboles religieux par des élèves, compte tenu de l'absence de consensus en Europe sur la question, cf. affaires *Leyla ahin c. Turquie* (GC) du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI (étudiante universitaire), *Köse et 93 autres c. Turquie* (déc.) du 24 janvier 2006, Rec. 2006-II (élèves d'établissements secondaires publics à vocation religieuse), *Dogru c. France*, 27058/05 et *Kervanci c. France*, 31645/04, du 4 décembre 2008 (élèves d'un collège public) et *Aktas c. France* (déc.), 43563/08, *Bayrak c. France* (déc.), 14308/08, *Gamaleddyn c. France* (déc.), 18527/08, *Ghazal c. France* (déc.), 29134/08, *Ranjit Singh c. France* (déc.), 27561/08 et *Jasvir Singh c. France* (déc.), 25463/08, du 30 juin 2009 (élèves d'un établissement scolaire public).

¹⁵⁶⁷ D'après la jurisprudence, ce droit est protégé par la liberté économique (ATF 128 I 19, c. 4c) aa), RDAF 2003 I 613). Il ressort aussi des travaux préparatoires que la Constitution fédérale s'oppose à l'idée d'un monopole étatique dans le domaine scolaire (FF 1997 I 1, 281). D'après HÖRDEGEN, 205 et 208, il s'agit d'un droit constitutionnel non écrit. Plusieurs constitutions cantonales garantissent ce droit (cf. p.ex. art. 199 Cst.-GE). Il peut également être déduit des art. 13 al. 3 et 4 du Pacte ONU I et de l'art. 29 al. 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107).

¹⁵⁶⁸ KARLEN, Religionsfreiheit, 402.

¹⁵⁶⁹ ATF 116 Ia 252, c. 6b, JdT 1992 I 5 («l'enseignement peut être fondé sur des bases chrétiennes dans la mesure où un tel fondement constitue un simple rappel des valeurs de la civilisation dans laquelle nous vivons»). Plus récemment TC JU 7 mars 2008, c. 3, RDAF 2009 I 188 (cours d'histoire des religions, avec un accent particulier sur l'histoire du christianisme; norme scolaire jugée conforme au droit supérieur, car l'importance particulière accordée au christianisme portait sur son histoire et non sur la religion chrétienne en tant que telle).

prodigué un enseignement religieux pendant ses heures de cours, organisé des réunions d'évangélisation dans les locaux scolaires et porté sur ses vêtements et sa serviette des affichettes auto-collantes portant des slogans religieux ou opposés à l'avortement, et qui refuse de modifier son comportement, peut être licencié sans que cet acte ne soit constitutif d'une violation de sa liberté d'expression¹⁵⁷⁰.

En bref, les enseignants doivent s'évertuer à observer dans la forme une grande discrétion dans l'expression de leurs croyances, quoiqu'il soit impossible de s'en affranchir complètement¹⁵⁷¹. En effet, l'exigence de neutralité à l'école ne permet pas de disqualifier des maîtres ayant des convictions religieuses, ni même d'attendre d'eux qu'ils renient leur confession au point qu'elle ne soit plus reconnaissable¹⁵⁷².

L'arrêt le plus célèbre en Suisse sur ce sujet, qui sert toujours de référence, concerne une décision d'interdire le port du voile islamique à une enseignante de l'école publique genevoise (M^{me} Dahlab), approuvée par le Tribunal fédéral puis par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁷³. Les intérêts publics reconnus par le Tribunal fédéral dans cette affaire ont été la liberté religieuse des élèves et de leurs parents, plus précisément leurs sentiments religieux, et surtout la neutralité confessionnelle de l'école, qui a pour mission de protéger cette liberté religieuse et indirectement d'assurer la paix religieuse¹⁵⁷⁴. Plus précisément, la neutralité confessionnelle tend à éviter que l'école ne devienne un lieu d'affrontements entre tenants de convictions religieuses différentes, et le maître est le garant de cette paix religieuse en le domaine de l'enseignement.

Le Tribunal fédéral, avec l'approbation de la Cour européenne des droits de l'homme, a soulevé en dernier lieu, comme intérêt public supplémentaire, l'égalité entre les sexes, estimant que «force est de constater que le port du foulard est difficilement conciliable avec le principe de l'égalité de traitement des sexes», et la Cour de Strasbourg de river le clou en ajoutant que le port du voile «semble être imposé aux femmes par une prescription coranique [...] difficile [à] concilier 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»¹⁵⁷⁵. Cette jurisprudence conduit *nolens volens* à porter une appréciation sur une religion. Le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme seraient sans doute mieux inspirés de s'en tenir au prin-

¹⁵⁷⁰ CommEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 1^{er} mars 1979, 8010/77.

¹⁵⁷¹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 102.

¹⁵⁷² ATF 123 I 296 c. 4b)bb), et les réf. citées.

¹⁵⁷³ ATF 123 I 296, c. 4, et CourEDH, décision *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, Rec. 2001-V; pour des considérations générales cf. BELLANGER, Enseignement, 160.

¹⁵⁷⁴ ATF 123 I 296, c. 4a.

¹⁵⁷⁵ ATF 123 I 296, c. 4b)cc; CourEDH, décision *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, Rec. 2001-V, ch. 1 *en droit*. Voir aussi CourEDH, arrêt *Leyla ahin c. Turquie* (GC) du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI, § 111.

cipe de laïcité ainsi qu'à l'obligation de l'État de préserver la paix religieuse, et de déterminer si l'un ou l'autre suffit à justifier les atteintes portées à la liberté religieuse¹⁵⁷⁶.

L'âge des enfants est un critère important dans le domaine de l'enseignement public. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral avait déjà relevé que la protection de l'enfant était d'autant plus importante que celui-ci était jeune et influençable¹⁵⁷⁷. Dans l'affaire *Dahlab*, la requérante enseignait dans une classe d'enfants entre quatre et huit ans. La Cour européenne des droits de l'homme a souligné que la fonctionnaire s'adressait «à de jeunes enfants particulièrement influençables [...] se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions» (ch. 1 *en droit*), élément que le Tribunal fédéral avait aussi relevé, ajoutant que, en principe, plus les degrés d'enseignement sont élevés, plus les limites posées au comportement orienté de l'enseignant doivent être élargies, car les élèves plus âgés disposent normalement d'une plus grande capacité de discernement en matière spirituelle et sont, sur les plans intellectuels et personnels, plus indépendants de leur maître. Le danger d'influence par le maître doit de même être relativisé dans la mesure où les élèves sont soumis à d'autres courants provenant de l'environnement, de camarades, d'autres professeurs et de leurs parents¹⁵⁷⁸.

Pourtant, dans une affaire turque, État caractérisé par une laïcité stricte, la Cour a considéré que l'interdiction faite à une professeure d'une université publique de porter le voile islamique pouvait se justifier par les impératifs liés aux principes de neutralité de la fonction publique, en particulier de l'enseignement public, et de laïcité, compte tenu de l'ample marge d'appréciation nationale en la matière¹⁵⁷⁹. La professeure requérante avait certes invoqué l'art. 9 CEDH en lien avec l'art. 14 CEDH mais ne fondait hélas pas sa plainte pour discrimination sur le critère du sexe. Compte tenu des développements récents quant à la problématique de la discrimination multiple et in-

¹⁵⁷⁶ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N122; dans le même sens, voir l'opinion dissidente de la juge Tulkens faisant suite à l'arrêt *Leyla ahin c. Turquie* (GC) du 10 novembre 2005, Rec. 2005-XI, ch. 12: «Il n'appartient pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, sur une religion et une pratique religieuse, tout comme il ne lui appartient pas d'interpréter, de manière générale et abstraite, le sens du port du foulard ni d'imposer son point de vue à la requérante. Celle-ci – qui est une jeune femme adulte et universitaire – a fait valoir qu'elle portait librement le foulard et rien ne contredit cette affirmation. A cet égard, je vois mal comment le principe d'égalité entre les sexes peut justifier l'interdiction faite à une femme d'adopter un comportement auquel, sans que la preuve contraire ait été apportée, elle consent librement».

¹⁵⁷⁷ TF 28 avril 2003, 2P.296/2002, c. 5.2.2.

¹⁵⁷⁸ ATF 123 I 296, c. 4b/bb.

¹⁵⁷⁹ CourEDH, décision *Kurtulumu c. Turquie* du 24 janvier 2006, 65500/01, 7-8: bien que l'affaire turque se distinguât de l'affaire suisse en ce qu'il s'agissait d'une enseignante à l'université, au contact d'étudiants moins susceptibles d'être influencés par l'image que leur renvoie leur professeur, la Cour conclut *in fine* que ces «différences de réglementation entre les Etats peuvent ainsi passer pour entrer dans la marge d'appréciation en la matière».

tersectionnelle, il serait intéressant de voir comment ce cas serait jugé aujourd’hui dans des circonstances similaires.

Un autre argument du Tribunal fédéral, celui-ci plus discutable, est de faire dépendre l’admissibilité de la restriction du «degré de visibilité» et de la «force d’évocation» du signe religieux¹⁵⁸⁰. Si le premier critère est à la rigueur défendable lorsque le symbole est complètement invisible – et dans ce cas insusceptible de limitation –, le second est ambivalent et l’on risque de dériver sur la pente glissante de la discrimination religieuse lorsqu’il faudra comparer les «forces d’évocation» respectives de la pléiade des signes religieux rencontrés au quotidien.

Si l’on revient à la condition de la base légale pour restreindre la liberté religieuse d’un individu, du point de vue du droit du travail, l’interdiction faite à une enseignante de porter le voile n’a pas reçu une réponse très claire du Tribunal fédéral quant à la qualification de l’atteinte, mais la doctrine semble d’avis qu’il s’agit d’une atteinte grave, nécessitant par conséquent une base légale formelle¹⁵⁸¹.

L’exigence de la densité normative suffisante trouve un écho particulier lorsque l’atteinte à la liberté religieuse est prévue par une base légale comportant une notion juridique indéterminée; ainsi en va-t-il des dispositions cantonales prévoyant que «l’enseignement public est fondé sur la neutralité confessionnelle» et que «l’État est laïque»¹⁵⁸². Les dispositions légales formelles genevoises disposant que «l’enseignement public garantit le respect des convictions politiques et religieuses des élèves et des parents»¹⁵⁸³ et que «les fonctionnaires doivent être laïques et respecter la laïcité»¹⁵⁸⁴ furent jugées suffisantes par le Tribunal fédéral pour justifier l’interdiction du port du voile islamique par une enseignante de l’école publique, en prenant le soin de préciser que le canton de Genève connaît un régime de séparation stricte entre l’Église et l’État et a inscrit la laïcité dans sa constitution cantonale¹⁵⁸⁵. Or seuls les

¹⁵⁸⁰ ATF 123 I 296, c. 4b/bb. Le TF qualifie de «fort» le foulard islamique porté par la recourante, de même que la soutane et la kippa. Le Tribunal constitutionnel fédéral d’Allemagne applique également ce critère comme indice du degré de concrétude du danger posé à la paix scolaire et à la neutralité religieuse de l’État dans l’arrêt des enseignants interdits de revêtir des symboles religieux à l’école publique, BVerfG 27 janvier 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 (BVerfGE 138, 296), § 113.

¹⁵⁸¹ ATF 123 I 296, c. 2; dans ce sens BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, art. 15 Cst. N 82; JOL-LER, 123, que nous rejoignons.

¹⁵⁸² CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 149; EPINEY/MOSTERS/GROSS, 134 s.

¹⁵⁸³ Art. 11 de la loi genevoise sur l’instruction publique du 17 septembre 2015 (LIP; RS/GE C 1 10 6), correspondant peu ou prou à l’art. 6 de l’ancienne loi sur l’instruction publique du 6 novembre 1940.

¹⁵⁸⁴ Art. 123 al. 3 et 4 LIP/GE, correspondant peu ou prou à l’art. 120 al. 2 de l’ancienne LIP/GE.

¹⁵⁸⁵ ATF 123 I 296 c. 3. À noter que cette affaire a été jugée avant l’entrée en vigueur de la loi sur la laïcité de l’État entrée en vigueur le 9 mars 2019 (RS/GE A 2 75), qui interdit à son art. 3 al. 5 aux agents de l’État l’expression de leur appartenance religieuse par des propos ou des signes extérieurs lorsqu’il sont en contact avec le public, rapprochant la laïcité genevoise du modèle

cantons de Genève et Neuchâtel connaissent un tel régime de laïcité, ce qui signifie que d'autres cantons voulant interdire le port de signes religieux par leurs agents seraient sans doute avisés de se fonder sur une base légale plus précise¹⁵⁸⁶.

La neutralité confessionnelle des écoles publiques n'empêche pas non plus l'enseignement *facultatif* de la religion dispensé par des ecclésiastiques ni l'enseignement *ordinaire* par des membres d'une congrégation religieuse¹⁵⁸⁷, bien que la question de l'habillement religieux de ces enseignants ponctuels n'ait pas été explicitement tranchée, avec des avis doctrinaux divergents¹⁵⁸⁸.

b. Dans l'enseignement privé

La question de savoir si les écoles privées sont délégataires de tâches étatiques et doivent, cas échéant, respecter les droits fondamentaux en vertu de l'art. 35 al. 2 Cst. est ardemment débattue dans la doctrine¹⁵⁸⁹. Si on y répond par l'affirmative, les enseignants devraient en toute logique respecter la neutralité religieuse, puisqu'elle découle de la liberté religieuse qui bénéficie aux élèves et aux parents.

L'État est tenu de contrôler que les écoles privées respectent les exigences en matière d'école obligatoire imposées à l'art. 62 al. 2 Cst¹⁵⁹⁰. Les conditions imposées par les cantons aux écoles privées concernent surtout les exigences de l'enseignement (sa conformité avec l'objectif éducatif de l'école publique, sa qualité et l'adhésion aux valeurs humanistes et démocratiques de l'école publique, les qualifications professionnelles pédagogiques du corps enseignant)¹⁵⁹¹, mais n'imposent pas la neutralité religieuse dans la forme et le contenu de l'enseignement, y compris dans l'apparence extérieure des enseignants¹⁵⁹².

français sur ce point. Cf. art. 3 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (RS 131.234).

¹⁵⁸⁶ Du même avis, TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES, 1423.

¹⁵⁸⁷ ATF 116 Ia 252, c. 6b, JdT 1992 I 5. Voir TF 24 février 2015, 8C_574/2014, pour une enseignante de religion catholique et d'«éthique, religion et communauté» à l'école en Valais qui, après sa sortie de l'Église catholique pour des motifs de conscience, s'est vu retirer son enseignement confessionnel par la direction de l'école, sans que le cours «éthique, religion et communauté» qu'elle dispensait ne fût affecté. Le TF n'a cependant pas examiné le fond de l'affaire.

¹⁵⁸⁸ TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES, 1418, considèrent que l'arrêt admet implicitement que les ecclésiastiques peuvent arborer des vêtements et symboles religieux pendant ces cours. *Contra* KARLEN, Religionsfreiheit, 390, selon lequel il est problématique que les membres de congrégation religieuse dispensent ces cours parés de leur habit religieux devant des élèves influençables en raison du risque, même implicite, d'endoctrinement, ajoutant que le problème disparaît dans l'enseignement supérieur (à relever que cet avis a été donné avant l'arrêt du TF cité dans la note précédente). Voir aussi POTTMEYER, spéc. 8.

¹⁵⁸⁹ STÖCKLI/PIOLINO, 51 s., et les réf. citées; MCGREGOR, 232 s.

¹⁵⁹⁰ CR Cst.-JEANNERAT/MATTHEY, art. 62 N 21.

¹⁵⁹¹ Cf. TF 28 avril 2003, 2P.296/2002 (révocation d'une école privée exploitée par le mouvement de la scientologie) et TF 18 octobre 2016, 2C_807/2015 (refus d'ouvrir une école musulmane).

¹⁵⁹² Dans le canton de Genève par exemple, l'art. 11 de la loi sur l'instruction publique du 17 septembre 2015 (RS/GE C 1 10), sous Chapitre III intitulée «Finalités et objectifs de l'école

À supposer même que tel soit le cas pour les écoles rentrant dans le champ de l'« enseignement de base » au sens de l'art. 62 al. 2 Cst. (qui comprend la scolarité obligatoire, primaire et secondaire, ainsi que l'enseignement post-obligatoire suivi dans les gymnases, les lycées, les écoles de commerces et les écoles normales mais pas l'enseignement supérieur ni la formation professionnelle¹⁵⁹³), les écoles privées peuvent définir des priorités religieuses dans leur enseignement, ce qui implique une liberté d'organisation et de structure (lieu de culte dans l'établissement, fermeture lors des jours de fête de la religion de l'établissement), comprenant aussi l'autorisation donnée aux enseignants de revêtir des signes religieux¹⁵⁹⁴. Il serait contradictoire en effet de consacrer la liberté d'orientation religieuse d'une école confessionnelle et d'y faire appliquer pourtant la neutralité religieuse qui s'impose à l'enseignement public, d'autant plus que la liberté de religion des parents et des élèves ne vient pas dans ce cas de figure s'opposer à la liberté de l'enseignant de porter des signes religieux.

Il est intéressant de noter que l'un des arguments de M^{me} Dahlab dans l'affaire de l'école publique genevoise portait précisément sur l'absence d'alternative lui permettant d'exercer sa profession en dehors de la sphère publique. La requérante avait relevé que les écoles privées, peu nombreuses dans le canton de Genève, étaient toutes dépendantes d'autorités religieuses différentes de la sienne, de sorte qu'elles lui étaient inaccessibles¹⁵⁹⁵. L'intéressée n'avait donc pas d'autre choix que d'exercer son métier au sein de l'école publique, ce qui signifie, à suivre son raisonnement, que la création d'écoles islamiques pourrait ainsi répondre à un besoin d'enseignantes musulmanes souhaitant poursuivre leur activité professionnelle tout en vivant de leur foi par le port du voile¹⁵⁹⁶.

publique [nous soulignons]», garantit dans l'enseignement *public* [nous soulignons] le respect des convictions politiques et religieuses des élèves et des parents, l'interdiction de toute forme de propagande politique et religieuse auprès des élèves et interdit aux enseignants de porter des signes extérieurs ostensibles révélant une appartenance à un mouvement politique ou religieux. *A contrario* rien n'est prévu pour les enseignants des écoles privées, qui ne sont pas soumis à de telles restrictions dans le cadre de la loi, à tout le moins en vertu d'une interprétation littérale et systématique.

¹⁵⁹³ CR Cst.-JEANNERAT/MATTHEY, art. 62 N 2.

¹⁵⁹⁴ Dans ce sens STÖCKLI/PIOLINO, 51 s. ; KARLEN, Religionsfreiheit, 403, si toutes les autres conditions, notamment les qualifications professionnelles des enseignants, sont remplies ; apparemment MCGREGOR, 230 et 235. En France, cf. CE, 20 juillet 1990, *Association familiale de l'externat Saint-Joseph*, n° 85429.

¹⁵⁹⁵ CourEDH, décision *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, Rec. 2001-V, ch. 1 *en droit*.

¹⁵⁹⁶ MCGREGOR, 224 s. La création d'écoles confessionnelles musulmanes semble, d'après certains rapports, être en partie motivée par la prohibition du voile dans les établissements scolaires par les enseignantes et la jurisprudence rendue à ce sujet, INSTITUT D'ÉTUDES DE L'ISLAM ET DES SOCIÉTÉS DU MONDE MUSULMAN (IISMM), ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES EN SCIENCES SOCIALES (EHESS), *Programme de recherche: L'enseignement de l'Islam dans les écoles coraniques, les institutions de formation islamique et les écoles privées*, juillet 2010, 43 s.

3. À l'hôpital

À l'hôpital plus encore qu'à l'école, la mesure de restriction se justifie d'autant plus que le fonctionnaire est face à une personne physiquement et/ou psychologiquement vulnérable et dans une situation de dépendance, spécialement en droit d'attendre de la part du fonctionnaire qui lui prodigue ses soins une impartialité infaillible¹⁵⁹⁷.

Ainsi, il peut être demandé à une assistante sociale dans le service psychiatrique d'un hôpital public d'ôter son voile en vertu du principe de laïcité, cela dans le but de garantir l'apparence d'impartialité du traitement prodigué au patient, car dans cet esprit, la neutralité du service public hospitalier peut être considérée comme liée à l'attitude de ses agents de garantir l'apparence de l'égalité de traitement dans les soins prodigués aux malades¹⁵⁹⁸. Précisons que cet arrêt concernait la France, où règne une stricte application de la laïcité dans tous les services publics et avec une rigueur particulière dans les services publics dont les usagers sont dans un état de fragilité ou de dépendance¹⁵⁹⁹.

Plus que la laïcité, ce sont surtout les motifs de santé et de sécurité publique qui sont aptes à justifier l'interdiction de porter des signes religieux en milieu hospitalier. C'est pourquoi – bien que la deuxième requérante dans l'affaire *Eweida* (M^{me} Chaplin) était employée par un hôpital public – le raisonnement de la Cour s'applique à tout établissement hospitalier, quel que soit son statut juridique.

4. Dans les salles d'audience des tribunaux

La question spécifique du port de signes religieux dans une salle d'audience a récemment fait l'objet d'une jurisprudence ciblée. En Suisse, le Tribunal fédéral a jugé la licéité d'une modification du Règlement du personnel des tribunaux de Bâle-Ville qui interdit aux présidents, juges et greffiers d'arborer des signes religieux visibles lors des débats et de la notification des prononcés en présence des parties ou du public, première norme de ce genre en Suisse¹⁶⁰⁰. Saisi d'un recours abstrait, le Tribunal fédéral a d'abord examiné la condition de la base légale en jugeant qu'il s'agissait d'une atteinte *légère* à la liberté religieuse attendu que cette restriction s'applique dans une situation strictement définie dans le temps et dans son objet (débats et notifi-

¹⁵⁹⁷ HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, 239 s.

¹⁵⁹⁸ CourEDH, arrêt *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015, Rec. 2015-VIII, § 30 et 64.

¹⁵⁹⁹ Tribunal administratif de Paris, 17 octobre 2002, *Mme X*. (qui a donné lieu à l'arrêt *Ebrahimian c. France*). Voir aussi Cour administrative d'appel de Lyon, 27 novembre 2003, *M^{lle} Ben Abdallah* (contrôleuse du travail refusant de retirer son foulard).

¹⁶⁰⁰ Il s'agit en l'occurrence du nouveau § 8a du Personalreglement der Gerichte du 15 mai 2017 (RS/BS 154.112). L'arrêt a donné lieu à d'intenses discussions doctrinales sur la limitation croissante des signes religieux dans l'enceinte judiciaire, lire notamment JOLLER ; ALBRECHT et VISCHER, *Justitias Entschleierung*.

cation orale des prononcés en présence des parties ou du public¹⁶⁰¹), que la conséquence est ainsi limitée sur la vie quotidienne des destinataires de la norme, que les collaborateurs du pouvoir judiciaire peuvent être appelés dans une bien plus large mesure que les élèves à faire face à une situation de conflit découlant des exigences de leurs activités professionnelles d'une part, et de leurs convictions religieuses d'autre part, que travailler dans un tribunal exige jusqu'à un certain degré la capacité de maintenir une distance intérieure par rapport à ses convictions personnelles et qu'enfin l'exercice d'une fonction de président, juge ou greffier au tribunal est volontaire et qu'un large champ d'activités est ouvert aux personnes ayant une formation juridique contrairement aux élèves de l'école obligatoire ou des détenus en prison qui sont soumis de force à un rapport de droit spécial¹⁶⁰².

Le Tribunal fédéral examine ensuite deux intérêts publics poursuivis par la norme : la neutralité confessionnelle de l'État, qui vise à empêcher que les parties à une procédure judiciaire aient l'impression que les juges et greffiers se laissent guider par leurs convictions religieuses dans le jugement de leurs affaires, ce qui constitue un intérêt public légitime, même si le fait de ne pas porter de signes religieux visibles ne garantit nullement que les membres du tribunal sont pleinement conscients des conséquences de leurs convictions religieuses dans leur raisonnement, ainsi que le droit individuel à être jugé par un tribunal indépendant et impartial (art. 30 al. 1 Cst.), impartialité devant

¹⁶⁰¹ Cela est vrai d'un point de vue temporel, le président, juge ou greffier demeurant libre de porter des signes religieux pendant l'étude des dossiers, la rédaction des décisions et durant les autres activités sur son lieu de travail, mais d'un point de vue symbolique, la tenue des débats publics constitue le cœur de l'office judiciaire.

¹⁶⁰² TF 11 mars 2019, 2C_546/2018, c. 4.3.3. Par voie de conséquence, le Tribunal fédéral conclut que la base légale est conforme à l'art. 36 al. 1 Cst. quand bien même n'est-elle pas de rang formel, puisqu'elle découle d'une loi au sens formel du Grand Conseil de Bâle-Ville qui exige des membres des tribunaux de se présenter en audience en tenue «correcte» («*gebührender Kleidung*») et délègue ainsi la compétence au conseil de la magistrature («*Gerichtsrat*») d'édicter des normes en matière de tenue vestimentaire (c. 4.4.1-4.4.2). On peut critiquer le raisonnement du Tribunal fédéral sur ce point, dans la mesure où l'obligation faite aux juges et greffiers d'adopter une tenue vestimentaire appropriée que l'on retrouve dans la plupart des lois fait appel au caractère auguste de la fonction et invite à ne pas porter atteinte au respect de la justice. Or l'esprit de cette injonction ne fait aucunement référence à l'aspect religieux de l'habillement, un symbole religieux ne portant pas nécessairement atteinte au respect de la justice, contrairement à une tenue indécente ou désinvolte. Mais ces normes vestimentaires peuvent aussi avoir pour fonction de faire passer la personnalité du juge à l'arrière-plan et de mettre en valeur l'institution de la justice en tant que telle. Dans cette veine l'obligation de porter la robe en audience ou une tenue spécifique, telle un «vêtement noir ou foncé» (cf. Règlement vaudois sur le port de la robe judiciaire du 14 décembre 2004 [RS/VD 173.01.7]) est déjà plus appropriée pour constituer une norme de délégation dans le but d'interdire l'arborescence de signes religieux par les juges et greffiers ; mais une loi au sens formel eût été nécessaire dans tous les cas selon nous au vu de l'effet de l'interdiction qu'elle énonce sur les juges et greffiers (dans ce sens également JOLLER, 123 s. et ALBRECHT, N 18).

également être garantie du point de vue philosophique et religieux¹⁶⁰³. À la toute fin de son considérant et sans le développer, le Tribunal fédéral parachute la protection des droits fondamentaux d'autrui, interprétée par les commentateurs comme la liberté religieuse négative des parties qui ne sauraient être contraints de voir les membres du tribunal qui vont juger leur cause arborer des signes religieux¹⁶⁰⁴.

Enfin, la restriction est proportionnée car strictement limitée quant à son champ d'application temporel, personnel (présidents, juges et greffiers) et matériel (port de signes religieux visibles)¹⁶⁰⁵.

Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision dans un autre contexte, ajoutant que l'interdiction faite aux magistrats de porter des signes religieux extérieurs en contact avec le public visait à renforcer la confiance des justiciables dans l'indépendance des juges (*cf.* art. 30 al. 1 Cst.)¹⁶⁰⁶.

Cet arrêt fait écho à une série d'arrêts rendus par le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne sur des problématiques quasi identiques : en 2016, une ancienne stagiaire du Tribunal administratif d'Augsburg (Verwaltungsgericht Augsburg) avait ouvert action avec succès en première instance contre le fait que sa présence sur le banc des juges (au-dessus duquel était suspendue une croix, comme c'est encore le cas dans certaines régions d'Allemagne et de Suisse) lui avait été refusée en raison de son voile ; le recours a été confirmé en dernière instance en raison de l'absence de base légale formelle¹⁶⁰⁷. Ce jugement a produit l'effet inverse de ce qui était reproché par la recourante, de nombreux Länder ayant ensuite ancré cette interdiction de revêtir des signes religieux pour les membres du tribunal dans une loi au sens formel¹⁶⁰⁸. La question est revenue sur le devant de la scène en 2020, toujours dans le cas d'une stagiaire de religion musulmane qui s'est vu interdire de porter le voile durant les audiences publiques et qui a recouru jusqu'au Tribunal constitutionnel fédéral, lequel s'est longuement penché sur la question dans un arrêt publié au recueil officiel¹⁶⁰⁹.

Tout d'abord, la Cour constitutionnelle fédérale allemande considère grave l'atteinte faite à la recourante dans sa liberté religieuse, le tribunal tenant compte, comme dans ses jugements antérieurs sur le voile islamique, du fait que ce vêtement n'est pas un simple signe – en citant en exemple le pendentif de croix chrétienne – mais l'accomplissement d'un devoir religieux obligatoire pour les femmes qui l'invoquent, qui n'a pas d'équivalent dans le christianisme. En outre, la cour note que le stage qu'effectuait

¹⁶⁰³ *Ibid.*, c. 4.5.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, c. 4.5 *in fine*. Critiques sur ce point ALBRECHT, N 32 s. ; plus nuancée JOLLER, 133.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*, c. 4.6.

¹⁶⁰⁶ ATF 148 I 160, c. 7.9.1 ; Cour de justice GE 21 novembre 2019, ACST/35/2019, c. 9)b et 11)b.

¹⁶⁰⁷ BVerwG 2 C 5.19, arrêt du 12 novembre 2020.

¹⁶⁰⁸ VISCHER, *Justitias Entschleierung*, N 13.

¹⁶⁰⁹ BVerfG 14 janvier 2020, 2 BvR 1333/17 (BVerfGE 153, 1).

la recourante est une condition nécessaire pour passer le second examen d'État en droit (*Zweites Staatsexamen*)¹⁶¹⁰.

Quant aux motifs d'intérêt public, le tribunal allemand confirme que la neutralité religieuse et philosophique de l'État, le bon fonctionnement du système judiciaire et plus marginalement la liberté religieuse négative des parties peuvent légitimement conduire le législateur à adopter une telle restriction de la liberté religieuse. S'agissant de la neutralité, le tribunal rappelle, en se référant à ses arrêts sur le port du voile par les enseignants de l'école publique – où des interdictions strictes ont été jugées contraires aux droits fondamentaux¹⁶¹¹ –, que l'État ne doit pas se voir imputer chaque exercice des droits fondamentaux «privés» de ses agents, mais qu'il y a davantage de raisons de le faire lorsque l'État exerce une influence particulière sur l'aspect extérieur d'un acte officiel. La situation dans une salle d'audience se distingue ainsi de l'école par la formalisation de l'apparence extérieure se créant par les costumes officiels des juges (ce que les Allemands appellent l'*Amtstracht*) et d'autres traditions dans le déroulement de la procédure. Dans ce contexte, contrairement à l'école qui doit prôner l'ouverture et le pluralisme, le port du voile peut être considéré comme une atteinte à la neutralité de l'État; ceux qui veulent endosser la fonction de rendre la justice doivent accepter ces rites qui ont pour but de maintenir une neutralité dans l'apparence extérieure des juges qui s'effacent devant l'institution qu'ils représentent¹⁶¹².

Concernant le bon fonctionnement de l'administration de la justice, la juridiction reconnaît qu'il incombe à l'État d'optimiser la confiance des justiciables dans la justice. Bien que l'appartenance religieuse de l'agent de l'État ne puisse en soi fonder un doute légitime quant à l'exercice conforme de ses fonctions officielles, l'interdiction d'expressions religieuses dans la salle d'audience, en tant que prise de distance par rapport aux convictions individuelles, peut constituer un moyen légitime de promouvoir cette confiance, à condition que l'interdiction s'étende sans distinction à toutes les formes d'expression¹⁶¹³.

Enfin, la liberté religieuse négative peut être affectée de manière problématique par la confrontation avec les pratiques religieuses d'autrui lorsque l'État génère inévitablement cette exposition, en particulier lorsqu'une telle exposition est générée par le personnel judiciaire dans un contexte d'un acte souverain de l'État (la justice)¹⁶¹⁴.

Dans la pesée des intérêts qui s'en suit, la Cour constitutionnelle fédérale allemande rappelle que la compétence primaire pour la mise en balance de droits constitutionnels concurrents appartient au législateur, en tenant compte de l'exigence de tolérance, et

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, § 103.

¹⁶¹¹ BVerfG 27 janvier 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 (BVerfGE 138, 296) et 24 septembre 2003, 2 BvR 1436/02 (BVerfGE 108, 282).

¹⁶¹² BVerfG 14 janvier 2020, 2 BvR 1333/17 (BVerfGE 153, 1), § 87-90.

¹⁶¹³ *Ibid.*, § 91 s.

¹⁶¹⁴ Alors que le pluralisme et la tolérance s'exercent dans le contexte de l'école, *ibid.*, § 93-95.

rappelle que celui-ci, dans la formation de sa volonté politique, doit trouver un compromis raisonnable pour tout le monde, le Tribunal constitutionnel fédéral n'intervenant qu'en second lieu pour rechercher la *concordance pratique*. En faveur de la courante, le tribunal tient compte de la signification essentielle du voile islamique dans son identité; en faveur de l'interdiction invoque-t-il l'étroite limitation matérielle et temporelle de l'ingérence. *In casu*, aucun des deux intérêts en conflit ne l'emporte au point de justifier une intervention de la Cour constitutionnelle fédérale: l'équilibre institué par le législateur doit ainsi être respecté¹⁶¹⁵.

Bien que convergents vers un même résultat, le raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande présente des divergences avec celui du Tribunal fédéral suisse¹⁶¹⁶. Dans un premier temps les deux arrêts divergent sur la gravité de l'atteinte, légère selon notre Tribunal fédéral, grave selon le Tribunal fédéral constitutionnel allemand. Une observation attentive de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral semble révéler un dénominateur commun dans l'approche sur cette question: le Tribunal fédéral évacue toujours, et assez rapidement, le grief de la discrimination entre les membres des différentes religions, considérant qu'une réglementation neutre concerne indifféremment ou presque toutes les religions indépendamment de la signification et l'importance qu'ils revêtent¹⁶¹⁷; c'est pourquoi à notre avis il se refuse de distinguer entre les différents signes religieux des différentes religions dans une étape supplémentaire, là où le Tribunal constitutionnel allemand distingue entre les signes considérés par leurs porteurs – ou une partie d'entre eux – comme obligatoires, tels que le voile musulman, et des signes portés à titre esthétique comme le pendentif de croix, ce qui permet d'inférer une gravité supérieure de l'atteinte dans certains cas¹⁶¹⁸.

Dans un second temps, si les deux juridictions recourent principalement au devoir de neutralité de l'État pour justifier l'interdiction, la Cour constitutionnelle fédérale allemande fait pièce au motif d'impartialité des juges, considérant, après analyse minutieuse de la doctrine¹⁶¹⁹, que le port de signes religieux n'est pas en soi de nature à

¹⁶¹⁵ *Ibid.*, § 101-106.

¹⁶¹⁶ De façon générale, le raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande est bien plus développé que celui du Tribunal fédéral suisse, qui n'endosse pas véritablement le rôle d'une cour constitutionnelle, lire à ce sujet Alessandro BRENCI, *De la question juridique de principe. La traduction de l'autorité judiciaire suprême; le reflet des hésitations sur la nature du Tribunal fédéral*, Zurich, Schulthess, 2015.

¹⁶¹⁷ P.ex. ATF 148 I 160, c. 8.

¹⁶¹⁸ VISCHER, *Justitias Entschleierung*, N 33 s., critique avec véhémence le TF sur ce point, considérant au surplus qu'il est contradictoire avec le raisonnement tenu dans l'ATF 142 I 49, c. 7.2 où il tenait pour grave l'ingérence faite à une écolière de ne pas porter le voile en classe. Ce refus de distinguer met au jour selon lui une vision christiano-centrée des juridictions européennes sur les signes religieux.

¹⁶¹⁹ Ute SACKSOFSKY, «Gegen ein Kopftuchverbot für Richterinnen», *djbZ* 2018 8-10; Anna Katharina MANGOLD, «Für sichtbare demokratische Vielfalt in deutschen Gerichten!», *djbZ* 2018 10-12; Nahed SAMOUR, «Die erkennbare Muslimin als Richterin: Das Recht auf Sicht-

susciter une apparence de partialité des juges – à l’instar de l’affiliation politique d’un juge –, la capacité de rendre un jugement impartial étant garantie par la procédure de sélection et de formation des juges – qui leur apprend à se détacher de leurs convictions personnelles –, avec la possibilité garantie de récuser un juge en cas de doute sur son impartialité dans chaque affaire¹⁶²⁰. Sur le devoir de neutralité lui-même, l’argumentaire de la Cour constitutionnelle fédérale allemande est également plus développé et convaincant, l’«*Amstricht*» n’étant pas courant dans la culture judiciaire helvétique, qui met en avant au contraire le côté presque milicien de la fonction de juge, la formation juridique n’étant même pas une condition d’éligibilité pour devenir juge au Tribunal fédéral¹⁶²¹.

5. *Synthèse : régime de laïcité en vigueur et marge d’appréciation nationale*

Quel que soit le régime juridique en vigueur, la réponse sera fonction de l’ensemble des circonstances, notamment le destinataire du service public (enseignant face à de jeunes élèves ou étudiants universitaires, réceptionniste face à de simples quidams se présentant au guichet de l’administration ou juge face à des parties dans une procédure judiciaire), le niveau de responsabilité de l’agent (subalterne ou représentant de l’État, exerçant ou non des prérogatives publiques)¹⁶²², le degré d’ostentation en cause (niqab qui voile intégralement le visage ou pendentif que l’on peut soustraire à la vue d’autrui, même s’il faut demeurer prudent avec ce critère)¹⁶²³.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme laisse une large place à la marge d’appréciation nationale sur l’interdiction du port de signes religieux par des agents de l’État, se rangeant pieusement derrière l’argumentaire développé par les juridictions de dernière instance des États membres pour justifier la restriction apportée à la liberté religieuse du fonctionnaire¹⁶²⁴.

Certains voient dans cette jurisprudence un glissement vers la promotion du modèle de «neutralité-laïcité» qui a cours dans des pays tels que la France, la Turquie ou le canton de Genève¹⁶²⁵. À notre sens, la jurisprudence strasbourgeoise laisse au contraire la porte ouverte à des solutions différentes pour les États – ou États fédérés

barkeit in der Öffentlichkeit, auch in der Justiz», *djBZ* 2018 12-15; Mehrdad PAYANDEH, «Das Kopftuch der Richterin aus verfassungsrechtlicher Perspektive», *DÖV* 2018 482-488.

¹⁶²⁰ BVerfG 14 janvier 2020, 2 BvR 1333/17 (BVerfGE 153, 1), § 96-99.

¹⁶²¹ Cf. art. 143 Cst. *cum* 5 al. 2 LTF, ce dernier disposant que «quiconque a le droit de vote en matière fédérale est éligible [au Tribunal fédéral]».

¹⁶²² Voir GREMPER, 92-94; COSSALI SAUVAIN, 26.

¹⁶²³ MACLURE/TAYLOR, 56 ss.

¹⁶²⁴ SUDRE, N 528; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 77; GONIN, Les droits de l’homme en pratique, 120 s.; DEBET, 231; pour une critique de l’approche de la Cour de Strasbourg, cf. notamment RINGELHEIM, Droit et religion, 536 ss.

¹⁶²⁵ SUDRE, N 528. Lire à cet égard FLAUSS, spéc. 105.

tels que les cantons suisses – qui ne sont pas proprement laïques¹⁶²⁶. En Suisse, dans la mesure où chaque canton réglemente ses rapports avec les communautés religieuses, il résulte de ce fédéralisme vingt-six «laïcités» différentes, qui reflètent chacune leur histoire respective¹⁶²⁷.

Dans l'arrêt sur la loi genevoise sur la laïcité de l'État, le Tribunal fédéral souligne à de nombreuses reprises que c'est à la lumière de la spécificité genevoise – qui, vu son histoire et sa proximité avec la France, a choisi de mettre en œuvre la neutralité religieuse de l'État par la voie de la laïcité – qu'il convient d'examiner la loi querellée. L'arrêt *Dahlab* du Tribunal fédéral qui adoube l'interdiction pour une enseignante de l'école publique genevoise de porter le voile islamique ne saurait pour cette raison être extrapolée à toute la Suisse et le Tribunal fédéral pourrait se montrer plus sévère envers une loi similaire adoptée par un canton qui n'est pas proprement laïque mais qui connaît au contraire une neutralité confessionnelle relative¹⁶²⁸.

Effectivement en France, l'obligation de neutralité religieuse est particulièrement stricte et ne dépend pas – sauf dans la prise en compte de la sanction – de la nature et du degré ostentatoire du signe religieux, de la nature des fonctions confiées à l'agent ainsi que l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique, soit de fonctions de représentant. Le Conseil d'État s'est prononcé il y a fort longtemps sur la justification des limitations apportées à la manifestation des croyances religieuses des agents de l'État dans l'exercice de leurs fonctions dans le domaine de l'enseignement, même lorsqu'ils ne sont pas en charge de fonctions d'enseignement, comme les membres de jurys ou les surveillants d'examens¹⁶²⁹.

En Allemagne au contraire, le Tribunal constitutionnel fédéral a récemment considéré, dans une jurisprudence devenue constante par la suite, qu'une interdiction générale d'exprimer ses opinions religieuses, par son apparence extérieure ou son comportement, par le personnel éducatif dans les écoles publiques édictée par une loi d'un Land était disproportionnée et donc contraire à la Loi fondamentale allemande, sauf si l'interdiction représente un danger suffisamment concret pour la neutralité de l'État

¹⁶²⁶ GARLICKI/JANKOWSKA-GILBERG, 133 s.

¹⁶²⁷ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 72 N 18; EPINEY/MOSTERS/GROSS, 129.

¹⁶²⁸ ATF 148 I 160, c. 5 *i.f.*, 7.4, 7.10.3.1. *i.f* et 7.10.3.2.

¹⁶²⁹ CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, n° 91.406, Rec. p. 463; CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, n° 98.284, Rec. p. 247. Voir surtout CE, Avis du 3 mai 2000, *M^{lle} Marteaux*, n° 217017, concernant la décision d'un recteur d'académie de mettre fin aux fonctions d'une surveillante de collège qui portait un foulard islamique. Aux questions posées, Le Conseil d'État affirma que le principe de neutralité s'applique sans distinguer selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement. Voir aussi le dossier thématique du Conseil d'État intitulé «Le juge administratif et l'expression des convictions religieuses» publié sur son site Internet en novembre 2014. Ainsi, les juges du Palais-Royal réfutent la thèse d'un particularisme attaché au milieu scolaire; au sein des services étatiques, il n'y a pas lieu d'isoler le service de l'enseignement public, ARMAND, 446.

ou la paix scolaire, ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁶³⁰. La cour constitutionnelle s'est notamment référée à la neutralité confessionnelle de l'État allemand, caractérisée par son ouverture à la diversité religieuse et non par sa stricte séparation avec les religions, pour aboutir à cette conclusion¹⁶³¹.

En résumé, la Cour européenne des droits de l'homme tente d'appliquer des raisonnements nuancés qui, jusqu'ici, dénotent une certaine mansuétude ne faisant finalement que concorder avec l'ample marge d'appréciation nationale de rigueur en la matière¹⁶³², car «il ne faut pas [...] attribuer à la Cour le rôle d'*ingénieur social* [nous soulignons]. Son rôle se limite à vérifier si la marge d'appréciation n'a pas été outrepassée»¹⁶³³.

Les limites de cette ample marge d'appréciation nationale ont toujours été débattues. À quel niveau s'étend le contrôle européen? Au sujet de la laïcité comme motif de restriction au port de signes religieux pour les fonctionnaires justement, les opinions séparées aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont légion, certains juges minoritaires s'inquiétant de ce que le «*principe abstrait de laïcité*» devienne en lui-même et par lui-même un «*besoin social impérieux*» qui, au nom d'une «*tradition constitutionnelle*», se sacralise et mette automatiquement en échec l'examen de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶³⁴. La question est particulièrement pertinente pour le contexte suisse, car le Tribunal fédéral n'a encore jamais eu l'occasion d'examiner l'étendue exacte de la marge d'appréciation cantonale sur un tel sujet.

Le risque est alors que toute mesure prise au nom du principe de laïcité et qui n'exécède pas la marge d'appréciation d'un État – elle-même très large car ce sont des choix de société qui se trouvent en cause et il existe une diversité des approches nationales quant à la question – soit compatible avec la Convention¹⁶³⁵. Une des dimensions de la tension manifeste entre le rôle subsidiaire de la Cour et son rôle de supervision quant à la laïcité au travail se situe dans le rattachement, toujours plus ténu, du principe de laïcité aux motifs exhaustivement énumérés de restriction mentionnés à

¹⁶³⁰ BVerfG 27 janvier 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1881/10 (BVerfGE 138, 296). Voir aussi antérieurement BVerfG 24 septembre 2003, 2 BvR 1436/02 (BVerfGE 108, 282). Depuis cet arrêt, cf. BAG 27 août 2020, 8 AZR 61/19, où le Tribunal fédéral du travail condamne le Land de Berlin qui invoquait la loi berlinoise sur la neutralité qui interdisait aux enseignants de revêtir des symboles religieux durant l'accomplissement de leurs fonctions face à une candidate à un poste d'enseignant qui portait le voile à l'entretien à payer une indemnité à cette dernière au motif que cette disposition ne peut s'appliquer en l'absence d'un danger concret pour la neutralité de l'État ou la paix scolaire.

¹⁶³¹ BVerfG 27 janvier 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1881/10 (BVerfGE 138, 296), § 110 s.

¹⁶³² DEBET, 245 s.; BRICE-DELAJOUX, 61; OTTENBERG, 164 s.

¹⁶³³ LEMMENS, 145 s.

¹⁶³⁴ Opinion séparée dissidente du Juge DE GAETANO à l'arrêt de la CourEDH, *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015, Rec. 2015-VIII.

¹⁶³⁵ BOSSET, *Mainstreaming*, 198.

l'art. 9 § 2 CEDH. L'élasticité du motif de «protection des droits et libertés d'autrui» n'est pas infinie et ne doit pas dispenser d'un examen de la proportionnalité de la mesure de restriction, en particulier lorsque se trouve en jeu une interdiction générale qui porte atteinte aux droits d'un individu, «tout en ayant potentiellement des répercussions sur les possibilités d'emploi de toute une communauté [religieuse]»¹⁶³⁶.

D. Interdiction des signes religieux dans l'entreprise privée

En contrepoint des rappels réguliers de la Cour de Strasbourg sur le caractère *exhaustif* des motifs de restriction énumérés à l'art. 9 § 2 CEDH¹⁶³⁷ émerge une palanquée de nouveaux motifs – ou qui n'étaient pas invoqués jusqu'alors – de la bouche des employeurs privés pour restreindre la liberté de religion des travailleurs : les *souhaits de la clientèle* (1), la *projection d'une image commerciale* (2) ou encore la *prévention des conflits sociaux* (3.b). En examinant successivement ces nouveaux argumentaires, nous verrons quelle traduction juridique les tribunaux ont en fait pour les arrimer à la nomenclature prétendument exhaustive des intérêts publics consacrés par la Constitution fédérale et la Convention européenne des droits de l'homme. Pour différentes raisons, la jurisprudence a opté pour une véritable politique de neutralité *convictionnelle* et non une simple neutralité *religieuse* (4), choix qui fait intervenir des discussions juridiques telles que la frontière poreuse qui existe entre la discrimination directe et indirecte (5) et les facettes positive et négative de la liberté de religion supposément égales (6).

1. *Souhaits de la clientèle – Un paravent commode mais insuffisant*

Tout commence, si l'on peut dire, le 14 mars 2017, lorsque la Cour de justice de l'Union européenne rend deux arrêts, à la suite de questions préjudicielles posées par les juridictions belges et françaises portant sur l'interprétation de l'art. 4 § 1 Directive 2000/78/CE à propos de l'interdiction de signes religieux dans l'entreprise¹⁶³⁸. Dans l'affaire belge, la question porte directement sur la validité d'une obligation de neutralité posée par l'employeur dans l'entreprise au regard de la non-discrimination en raison de la religion. Dans l'affaire française, la Cour de cassation pose la question plus précise de savoir si la demande d'un client pour que la salariée mise à disposition auprès de lui retire son voile constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante¹⁶³⁹.

¹⁶³⁶ Opinion séparée dissidente de la Juge O'LEARY à l'arrêt de la CourEDH, *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015, Rec. 2015-VIII; dans le même sens à propos de la disposition du Règlement du personnel des tribunaux de Bâle-Ville, JOLLER, 116 et 134.

¹⁶³⁷ CourEDH, arrêts *Nolan et K.* du 12 février 2009, 2512/04, § 73 et *Svyato-Mykhaylivska Parafiya* du 14 juin 2007, 77703/01, § 114 et 132; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 153.

¹⁶³⁸ Respectivement CJUE 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15, et *Bougnou et ADDH c. Micropole SA*, C-188/15.

¹⁶³⁹ Cass., 9 avril 2015, n° 13-19.855.

Ces deux arrêts ont donné lieu à d'abondantes discussions doctrinales car ils ont posé ensemble, en Europe, les premiers jalons d'une politique juridiquement valable de neutralité religieuse dans l'entreprise privée, à partir duquel les arrêts suivants ont poursuivi l'édification¹⁶⁴⁰.

D'abord, la Cour de justice de l'Union européenne insiste particulièrement sur un point : ce n'est pas le motif (en l'occurrence la religion) sur lequel est fondée la différence de traitement mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle et déterminante, et ce n'est que dans des conditions très limitées qu'une telle caractéristique peut constituer une exigence professionnelle et déterminante¹⁶⁴¹. Ensuite, la Cour écarte assez rapidement dans ces deux arrêts la qualification de discrimination directe pour les politiques de neutralité en entreprise pour privilégier un contrôle sur le fondement de la discrimination indirecte¹⁶⁴².

Dans l'affaire française, la société Micropole arguait que c'est un client qui exigeait que la salariée mise à disposition retirât son voile. La question était alors de savoir si une telle exigence de la clientèle, extérieure aux motifs de l'employeur qui jusque-là avait toléré le port du voile, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. La Cour de justice répond rapidement par la négative à cette question, car «la notion d'«exigence professionnelle essentielle et déterminante» [...] renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client»¹⁶⁴³. L'avocate générale Shaperston avait justement souligné qu'il n'était nullement établi que le port du voile empêchait la salariée d'accomplir normalement ses fonctions de conseil informatique. En effet, rien dans la nature de l'activité de l'ingénieure d'études n'exigeait objectivement que ses tâches fussent accomplies tête nue¹⁶⁴⁴.

La Cour de cassation prit acte de cet arrêt, disant que la gêne ou la sensibilité de la clientèle d'une société prétendument éprouvée à la seule vue d'un signe d'appartenance religieuse ne constitue pas un critère opérant ni légitime justifiant de faire pré-

¹⁶⁴⁰ Cf. p.ex. Jean MOULY, «Le voile dans l'entreprise : nouveaux rebondissements sous l'angle de la discrimination», *Recueil Dalloz* 2015 1132; Michel MINÉ, «Liberté d'expression religieuse versus lois du Marché», *Revue de droit du travail* 2015 405-408.

¹⁶⁴¹ CJUE 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH c. Micropole SA*, C-188/15, § 36 et 38; CJUE 13 septembre 2011, *Prigge e.a.*, C-447/09, Rec. 2011 I-8003, § 35.

¹⁶⁴² CJUE, *Bouagnaoui*, § 32 et *Achbita*, § 34.

¹⁶⁴³ CJUE, *Bouagnaoui*, § 40.

¹⁶⁴⁴ Conclusions générales de l'avocate générale M^{me} Shaperston, § 102.

valoir des intérêts économiques ou commerciaux sur la liberté fondamentale du salarié¹⁶⁴⁵.

En d'autres termes, la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante » est inopérante pour servir de bouclier et permettre la conservation et la propagation des stéréotypes de la clientèle et offrir un paravent commode à l'employeur, quitte à ce que ce dernier subisse les conséquences de la politique de lutte contre les discriminations sur le plan économique, avec la perte d'un client¹⁶⁴⁶. La solution aboutit à imputer à l'employeur une véritable « obligation de résistance » face au client, l'obligant, à la lecture de cet arrêt, à sacrifier ses intérêts économiques sur l'autel de la liberté de religion de ses salariés¹⁶⁴⁷.

Les juges devraient rejeter également la qualification d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes si la neutralité est exigée par les collègues du salarié portant un signe religieux. Le stéréotype qu'il s'agit de combattre est le même qu'il provienne des collègues ou de la clientèle; dans les deux cas il est question de vivre ensemble dans l'entreprise et d'intégration dans l'équipe de travail¹⁶⁴⁸. Effectivement, la protection de la personnalité du travailleur, devoir cardinal de l'employeur, déploie des effets tant à l'égard des collègues que des tiers au rapport de travail (clients, usagers et fournisseurs)¹⁶⁴⁹. En revanche, lorsque survient ou risque concrètement de survenir un conflit social en raison de frictions religieuses ou politiques entre les salariés, l'employeur peut, en vertu de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne, édicter une politique de neutralité religieuse¹⁶⁵⁰.

En Suisse, le Tribunal fédéral a effleuré la question, sans s'y attarder cependant car elle n'était pas directement posée, de savoir si la crainte de réactions négatives de la part de clients peut justifier une interdiction de porter des signes religieux au travail, tout en soulignant les controverses doctrinales à ce sujet¹⁶⁵¹. Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral affirme cependant qu'il n'est pas possible, dans la vie économique, de ne « collaborer qu'avec des individus qui conviennent personnellement »¹⁶⁵². Bien que le Tribunal fédéral n'ait jamais tranché la question en jeu, nous réfutons pour notre part l'argument de la crainte hypothétique d'une diminution du chiffre d'affaires

¹⁶⁴⁵ Cass., 22 novembre 2017, n° 13-19.855.

¹⁶⁴⁶ SWEENEY, 316; CJUE 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07, § 21 ss. Voir aussi, en France, Défenseur des droits, décision n° 2020-214 du 9 décembre 2020.

¹⁶⁴⁷ Jean MOULY, « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée: le recul de la protection contre les discriminations », *Recueil Dalloz* 2017 947-952.

¹⁶⁴⁸ SWEENEY, 317.

¹⁶⁴⁹ GREMPER, 112; WYLER/HEINZER, 396.

¹⁶⁵⁰ Cf. *infra* Chap. 5, V, D, 3, b.

¹⁶⁵¹ TF 2 juillet 2008, 9C_301/2008, c. 4.1.

¹⁶⁵² TF 31 janvier 2006, 4C.431/2005, c. 3.

généérée par le port de signes religieux par des salariés pour justifier une telle interdiction¹⁶⁵³.

2. *Projection d'une image commerciale – Nouveau fourre-tout ?*

À côté des souhaits de la clientèle, la projection de l'image commerciale est apparue comme le nouveau fourre-tout invoqué par les employeurs privés afin de justifier une interdiction des signes religieux dans l'entreprise, cependant que la Cour de justice de l'UE **(a)** puis la Cour européenne des droits de l'homme **(b)** ont tôt fait de fixer des contours précis à respecter. La jurisprudence suisse se caractérise quant à elle par l'absence de casuistique sur cette question **(c)**.

a. *Cour de justice de l'Union européenne : l'affaire Achbita c. G4S Secure Solutions*

Dans l'affaire belge en revanche, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que la liberté d'entreprise (*cf.* art. 16 CDFUE), dont on sait qu'elle a une vision extensive, comprend le souhait de l'employeur d'instaurer une politique de neutralité afin d'afficher une certaine image à l'égard de ses clients et peut ainsi lui permettre de restreindre la manifestation des convictions de ses salariés, tant que cela s'exprime par une clause suffisamment générale au sein d'une note ou d'un règlement interne¹⁶⁵⁴.

La Cour se fonde sur deux arguments pour affirmer que la politique de neutralité n'est pas discriminatoire. Le premier argument repose sur une analyse de l'économie de la disposition incriminée : le règlement intérieur ne vise pas seulement les convictions religieuses, mais interdit tout signe visible de convictions *politiques, philosophiques* ou *religieuses* et interdit indifféremment toute manifestation de telles convictions¹⁶⁵⁵. La règle, étant des plus générales, ne visant pas spécifiquement la religion, encore moins une religion en particulier, ne crée pas de différence de traitement entre les salariés. L'uniformité de la règle emporte, partant, une absence de traitement favorable ou défavorable de certains salariés. Le second argument repose sur l'*application* de la disposition à la salariée concernée. La Cour confirme qu'« il ne ressort pas des éléments du dossier dont dispose la Cour que l'application de la règle interne en cause au principal à Mme Achbita ait été différente de l'application de cette règle à tout autre travailleur »¹⁶⁵⁶.

L'argument des juges européens suggère en creux que viser le port de tout signe visible de convictions ne constitue pas une discrimination directement fondée sur la reli-

¹⁶⁵³ Contrairement à ce qu'a pu sembler dire l'Arbeitsgericht de Zurich dans son arrêt du 13 janvier 2006, JAR 2007 509, à notre sens obsolète attendu les développements fulgurants sur la question.

¹⁶⁵⁴ CJUE 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/1, § 38.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, § 30.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, § 31.

gion, tous les types de convictions étant mis sur le même plan¹⁶⁵⁷. Dans le même temps, il ne faut pas négliger la mise en œuvre d'une telle politique de neutralité, qui derrière son apparence de neutralité peut loger une discrimination indirecte, voire directe. Le texte est donc aussi important que son application concrète. La Cour de justice a subtilement évincé la qualification de la discrimination directe pour ménager une marge de manœuvre au profit des entreprises désireuses d'instaurer une politique de neutralité religieuse, tout en précisant, en trois étapes, les conditions pour justifier une inégalité de traitement dans l'hypothèse où une politique de neutralité religieuse serait indirectement discriminatoire par son application.

Tout d'abord, l'employeur doit poursuivre un *objectif légitime*, ce qui est le cas de la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients – tant publics que privés –, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse¹⁶⁵⁸. La Cour considère ainsi que la volonté d'une entreprise d'afficher une politique de neutralité n'est légitime que si elle est menée à l'égard des clients. Dès lors, la Cour ne considère une politique de neutralité légitime qu'à la condition de poursuivre un objectif *commercial* et non une politique de *police* des salariés. La politique de neutralité doit alors être une modalité d'une politique à destination des clients et non des salariés. Cette distinction peut cependant se révéler « factice » car si une politique de neutralité peut faire partie de l'image de marque d'une entreprise, elle est simultanément une politique d'entreprise interne et, de ce fait, n'a pas nécessairement à être connue des personnes extérieures, dont la clientèle¹⁶⁵⁹.

Les juges européens en viennent alors à considérer que la politique de neutralité ne peut être imposée qu'aux seuls salariés en contact avec la clientèle, c'est-à-dire ceux susceptibles de porter l'image de l'entreprise à l'extérieur. Les salariés qui ne sont jamais en contact avec la clientèle n'ont pas alors à être soumis à la neutralité. En définitive, la Cour de justice ne valide pas tant une politique de neutralité qu'une politique d'*affichage* de neutralité. Dans l'affaire *Achbita*, la Cour de justice adopte ainsi une position médiane qui, sans remettre en cause la possibilité de politique interne de neutralité religieuse, n'en autorise pas pour autant une politique par trop générale.

La Cour invite dans un second temps à apprécier le caractère approprié de la règle d'interdiction du port de signes visibles, soit son aptitude à poursuivre l'objectif de la politique de neutralité, à condition qu'elle soit « poursuivie de manière cohérente et systématique », c'est-à-dire de manière indifférenciée à l'égard des membres de son personnel en contact avec ses clients¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁷ SWEENEY, 302; nous verrons un peu plus loin que la Cour a répondu explicitement à cette question, cf. *infra* Chap. 5, V, D, 4.

¹⁶⁵⁸ CJUE 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15, § 37 s.

¹⁶⁵⁹ SWEENEY, 307.

¹⁶⁶⁰ CJUE 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15, § 40.

Enfin, il y a lieu de s'assurer du caractère nécessaire de l'interdiction en cause, en vérifiant qu'elle se limite au strict nécessaire. Pour ce faire, les juges ne doivent pas considérer l'acte de licenciement contre la salariée qui se plaint de discrimination de manière isolée pour juger de la proportionnalité de la sanction, mais doit prendre en considération l'ensemble des décisions prises en la matière, en particulier les sanctions ou abstentions dans l'exercice du pouvoir disciplinaire¹⁶⁶¹.

b. Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire phare Eweida

Du côté de la Cour européenne des droits de l'homme, ce motif, qui ne se déduit à première vue d'aucun but légitime cité à l'art. 9 § 2 CEDH, a également été consacré dans l'affaire phare *Eweida*, mais avec un résultat différent. M^{me} Eweida, chrétienne copte pratiquante, était agent d'enregistrement de British Airways, une société privée. Le 20 septembre 2006, son employeur la renvoya chez elle parce qu'elle refusait de dissimuler sa croix en pendentif qu'elle tenait à porter de façon visible, en violation du code vestimentaire de l'entreprise. On lui proposa peu après un poste administratif pour lequel le port de l'uniforme n'était pas nécessaire le temps de la procédure et pour un salaire identique. Cependant, M^{me} Eweida choisit de décliner cette offre et de rester à son domicile sans salaire jusqu'à ce que British Airways modifia ses règles vestimentaires et l'autorisa à exhiber sa croix¹⁶⁶².

Nonobstant la prise en compte de ces éléments, qui ont atténué la portée de l'ingérence subie par la requérante, et l'ample marge d'appréciation des instances nationales en matière de proportionnalité des mesures prises par une société privée à l'égard de son employé, la Cour conclut qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé en l'espèce. Face à la volonté qu'avait l'employeur de projeter une certaine commerciale, but assurément légitime aux yeux de la Cour, la volonté de la requérante de manifester sa conviction religieuse devait primer, car il s'agit d'un droit fondamental essentiel pour celui qui l'invoque et nécessaire pour une société démocratique saine, tolérante et plurielle. La Cour précise que la croix était discrète et ne pouvait nuire à son apparence professionnelle; rien ne prouvait de surcroît que le port par les employés d'autres vêtements religieux qui étaient autorisés, tels que le turban ou le *hijab*, eût nui à la marque ou à l'image de British Airways. Enfin, le fait que l'employeur a pu modifier son code vestimentaire pour permettre le port visible de pièces symboliques de joaillerie religieuse montre que l'ancienne interdiction n'était pas d'une importance cruciale¹⁶⁶³.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, § 42 s.

¹⁶⁶² CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 9-17 (faits) et 64-66 (thèse de la requérante).

¹⁶⁶³ *Ibid.*, § 89-95 (appréciation en droit).

Ce motif, rattaché implicitement dans l'arrêt à la protection des droits et libertés d'autrui, représente un motif de restriction subsidiaire, de l'aveu même de la Cour de Strasbourg qui admet, dans ce même arrêt à propos d'une autre requérante, une hiérarchie entre la qualité des motifs qui restreignent le port de signes religieux au travail, le motif de sécurité et de santé au travail étant «*de nature* [nous soulignons] plus importante»¹⁶⁶⁴. C'est probablement ce point qui a été déterminant, puisque la Convention européenne des droits de l'homme, à l'inverse de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne consacre pas la liberté d'entreprise. L'autre motif déterminant est l'absence d'atteinte réelle aux intérêts de British Airways aux dires de la Cour, dès lors que dans d'autres affaires, la simple offre faite à un salarié de travailler ailleurs dans l'entreprise pour accommoder sa liberté religieuse, qui plus est avec un salaire identique, aurait suffi à conclure à la non-violation de l'art. 9 CEDH¹⁶⁶⁵.

Aucun arrêt ultérieur n'est venu confirmer ou infirmer la force de la «projection d'une image commerciale» depuis l'arrêt *Eweida*. L'on peut cependant affirmer avec certitude que, comme en droit européen, le motif de l'image commerciale ne fonctionne qu'avec les salariés qui portent ou diffusent cette image, et non avec les salariés qui ne sont pas en contact avec les clients et autres tiers¹⁶⁶⁶. Cette limitation est logique, car si l'on considère que cette politique de neutralité a pour objectif d'assurer une certaine image commerciale de l'entreprise, il est naturel de ne pas étendre l'interdiction du port de signes religieux à l'ensemble des salariés de l'entreprise, au risque de perdre le caractère proportionné de la mesure¹⁶⁶⁷.

c. Tribunal fédéral et cours cantonales: absence de jurisprudence consistante

Il n'existe pas d'arrêt rendu par le Tribunal fédéral en matière de port de signes religieux au travail dans le secteur privé fondé sur ce motif. Seul un arrêt de première instance et ancien nous donne quelques indications. En 1990, le Tribunal de district d'Arbon, en Thurgovie, a jugé abusif le licenciement d'une salariée parce qu'elle refusait d'ôter le voile au travail. L'employeur, qui fabrique de produits électroménagers, a embauché une ouvrière de montage qui, après huit ans de relations contractuelles, commença à venir voilée au travail. Après une discussion infructueuse puis un avertissement, l'employeur licencia la salariée qui refusait de l'ôter¹⁶⁶⁸. À l'appui de sa décision, l'employeur invoqua entre autres motifs la bonne collaboration au sein de l'entreprise (*Zusammenarbeit im Betrieb*) et l'existence d'une directive générale *orale*

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, § 99.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, § 95.

¹⁶⁶⁶ Voir, en France, Halde, Délibération n° 2006-126 du 19 juin 2006, § 19 s., à propos d'une préparatrice de commande licenciée pour avoir refusé de retirer son foulard au motif de l'image de l'entreprise que l'employeur souhaite voir véhiculée, alors que qu'elle n'avait aucune relation régulière avec des clients extérieurs.

¹⁶⁶⁷ PARENT/FLEURY, 13.

¹⁶⁶⁸ BezG Arbon (TG), 17 décembre 1990, JAR 1991 254, RSJ 1991 176.

qui interdisait le port du voile dans le but de présenter aux tiers, lors des visites de l'entreprise, une image «suisse et non islamique». Le tribunal laisse la question ouverte de savoir si l'intérêt de l'employeur à ce que le personnel apparaisse sous une «image suisse» puisse constituer un intérêt légitime en général, mais dit qu'en l'espèce celui-ci ne reposait sur aucun motif objectif ou concret¹⁶⁶⁹.

Au vu de l'absence d'arrêts en la matière, il n'est pas possible d'y inférer une ligne jurisprudentielle suisse qui donnerait quelque consistance au motif de la projection de l'image commerciale; les contours jurisprudentiels sont ici à chercher du côté de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, mais aussi chez nos voisins ainsi que dans les autres ordres juridiques occidentaux¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, c. 4d; BÜCHLER, 451.

¹⁶⁷⁰ Voir BVerfG 30 juillet 2003, 1 BvR 792/03, § 2, à propos d'une vendeuse qui, en raison d'une évolution dans ses convictions religieuses, ne souhaitait plus se montrer dans l'espace public sans voile, y compris dans le cadre de son activité professionnelle dans un grand magasin. L'employeur la licencia, considérant que dans le rayon parfumerie, une vendeuse portant le voile n'était pas acceptable attendu le style «soigné et discret» de l'établissement. Le tribunal énonce quelques exigences que l'employeur doit remplir pour interdire le port du voile par ses employés: l'employeur peut émettre des directives sur l'exécution du travail et se prévaloir à ce titre de la liberté d'entreprise (art. 12 § 1 GG) mais l'interdiction de porter le voile au travail est une atteinte à la liberté religieuse de la salariée qui doit être prise en compte pour juger de la licéité d'une telle directive (§ 6-7). Pour en juger, l'employeur doit concrètement exposer les risques d'une atteinte à sa liberté d'entreprise; la tenue vestimentaire de la salariée, inhabituelle jusqu'alors pour le grand magasin, et le caractère ostensible du voile, de même que son association à la religion islamique, ne sont pas des éléments suffisamment concrets compte tenu de la valeur élevée de la liberté religieuse (§ 8). L'employeur reprochait au Tribunal fédéral du travail d'avoir méconnu sa liberté contractuelle, sa liberté professionnelle (*Berufsfreiheit*) et l'autonomie privée qui règne dans les relations de droit privé pour résilier le contrat de travail d'une vendeuse en contact intensif avec la clientèle, même en raison du port du voile islamique (§ 11). Le Tribunal constitutionnel fédéral dit une chose intéressante, à savoir que la liberté d'entreprise garantie par l'art. 12 § 1 GG protège également l'intérêt du travailleur à conserver sa place de travail (§ 16 et BVerfGE 97, 169 (175 s.)). Lorsque des droits fondamentaux sont en collision dans les relations de droit privé, il incombe aux tribunaux d'accorder cette protection des droits fondamentaux face à la violation par des acteurs de droit privé par la mise en balance des positions des droits fondamentaux concurrents dans chaque cas concret. En revanche, il n'appartient pas au Tribunal constitutionnel fédéral de contrôler la manière dont les tribunaux accordent la protection sur la base de l'application et l'interprétation du droit ordinaire en détail (§ 17). En l'espèce, le Tribunal fédéral du travail n'a pas méconnu la signification et la portée du droit fondamental de l'employeur recourant, son appréciation s'étant fondée sur des éléments déterminants et plausibles (§ 21). En l'occurrence, il a fondé le résultat de sa mise en balance essentiellement sur le fait que le recourant n'a pas exposé de manière suffisamment plausible les perturbations de l'exploitation ou les inconvénients économiques. À cet égard, l'employeur ne pouvait invoquer les usages de la branche, ce d'autant moins que la salariée pouvait être employée comme vendeuse dans d'autres départements de manière moins exposée. En droit canadien, *cf. infra* Chap. 7.

3. Une politique de neutralité religieuse subordonnée à un « besoin véritable »

Il est intéressant de constater que l'approche des deux arrêts de la CJUE semble plus restrictive que celle du législateur français dans le nouvel art. L1321-2-1 du Code du travail, introduit par la loi du 8 août 2016 (dite loi El Khomri)¹⁶⁷¹ – soit avant les deux arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne en 2017 –, selon lequel :

Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux *ou* [nous soulignons] par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché.

En se référant au bon fonctionnement de l'entreprise, la loi française permet d'imposer la neutralité à tous les salariés de l'entreprise et non aux seuls salariés en contact avec la clientèle. Ainsi, une entreprise française qui appliquerait une politique de neutralité à l'ensemble de ses salariés en vertu de cette disposition pourrait se mettre en porte-à-faux avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de discrimination indirecte¹⁶⁷². À la suite de ces arrêts « pionniers », la Cour de cassation française a donc dû préciser les conditions d'interdiction des signes religieux, afin d'éviter que l'employeur ne restreigne indûment la liberté de religion en milieu de travail¹⁶⁷³.

Dans la foulée, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de poursuivre l'élaboration de sa jurisprudence relative aux politiques de neutralité religieuse dans l'entreprise privée. Le 15 juillet 2021, en composition de grande chambre, la Cour rendit un arrêt dans deux affaires jointes : le premier litige concernait une société exploi-

¹⁶⁷¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (JORF n° 0184 du 9 août 2016).

¹⁶⁷² C'est ce qui est arrivé dans Défenseur des droits, Décision n° 2018-130 du 11 mai 2018, où la clause de neutralité interdisait à *tous* les salariés le port de signes ostentatoires témoignant de leur appartenance à une religion ou autre croyance, à un ordre politique ou une ethnie, sans que cela ne soit objectivement justifié (règlement à l'amiable trouvé en l'espèce).

¹⁶⁷³ Cass., 8 juillet 2020, n° 18-23.743, où l'employeur, à défaut de clause de neutralité figurant dans le règlement intérieur ou dans une note de service, n'a pas su démontrer en quoi le port d'une barbe pouvant être connotée de façon religieuse constituait un risque de sécurité pour les clients et donc une exigence professionnelle et déterminante ; Cass., 14 avril 2021, n° 19-24.079, où, comme dans l'affaire précédente, dans la mesure où il n'existait aucune clause de neutralité écrite, l'employeur devait justifier d'une exigence professionnelle et déterminante pour interdire une salariée de porter un foulard islamique, ce qu'il n'a pas su faire s'agissant d'une vendeuse d'un commerce de détail, d'où il ressort que le licenciement était discriminatoire. Lire aussi Défenseur des droits, décision n° 2018-289 du 7 décembre 2018, à propos d'une candidate à l'embauche à qui il est proposé de l'engager à condition qu'elle retire son foulard islamique dans la mesure où il existe une clause de neutralité dans l'entreprise, laquelle était cependant excessive car s'appliquant à tous les salariés et non aux seuls salariés en contact avec la clientèle.

tant un grand nombre de crèches à travers l'Allemagne, crèches se voulant neutres à l'égard des partis politiques et des confessions. Or une éducatrice salariée, après deux ans de service, décida de porter le foulard islamique sur son lieu de travail ; après un avertissement, elle fut renvoyée chez elle et suspendue provisoirement **(a)**.

Le second litige se rapport à une conseillère de vente et caissière qui se mit à porter un foulard islamique après douze années de service. Elle fut enjointe par l'employeur de se présenter sur son lieu de travail sans signes ostentatoires et de grande taille d'expression d'une quelconque conviction religieuse, politique ou philosophique. En effet, une directive interne visait à maintenir la neutralité au sein de l'entreprise et, ainsi, à prévenir les conflits entre employés, tels que ceux qui s'étaient déjà manifestés précédemment en raison des différentes religions et cultures présentes au sein de l'entreprise **(b)**¹⁶⁷⁴.

a. Les attentes légitimes des clients ou des usagers

Se prononçant sur le premier litige, la Cour confirme sa jurisprudence initiale, à savoir que l'interdiction de porter toute forme visible d'expression des convictions politiques, philosophiques ou religieuses sur le lieu de travail peut être justifiée par le besoin de l'employeur de se présenter de manière neutre à l'égard des clients. Mais elle ajouta des conditions supplémentaires pour légitimer une telle politique. La volonté de l'employeur d'afficher, dans ses relations avec les clients, une politique de neutralité convictionnelle peut constituer un objectif légitime (reconnue par l'art. 16 CDFUE), mais la Cour précise, et c'est un apport inédit, que cette simple volonté ne suffit pas, comme telle, à justifier de manière objective une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou les convictions, le caractère objectif d'une telle justification ne pouvant être identifié qu'en présence d'un « besoin véritable » de l'employeur qui lui incombe de démontrer¹⁶⁷⁵.

À ce titre, il peut, en premier lieu, *notamment* être tenu compte des droits et les attentes légitimes des clients ou des usagers. Il en est ainsi, dans le domaine spécifique de l'enseignement, du souhait des parents de voir leurs enfants encadrés par des personnes ne manifestant pas leur religion ou leurs convictions lorsqu'elles sont en contact avec les enfants dans le but de « garantir le développement libre et personnel des enfants en ce qui concerne la religion, la croyance et la politique » (ainsi que le prévoient les instructions de service adoptées par WABE)¹⁶⁷⁶.

En second lieu, en vue d'apprécier l'existence d'un tel besoin véritable, il est *particulièrement* pertinent que l'employeur apporte la preuve que, en l'absence d'une telle

¹⁶⁷⁴ CJUE 15 juillet 2021, *Wabe et MH Müller Handel*, C-804/18 et C-341/19.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, § 63 s.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, § 65 s., ce qui n'est pas le cas, rappelle la Cour, d'une réaction face à des exigences discriminatoires de la part des clients.

politique de neutralité, il serait porté atteinte à sa liberté d'entreprise, en ce que, compte tenu de la nature de ses activités ou du contexte dans lequel celles-ci s'inscrivent (examen *in concreto*), il subirait des « conséquences défavorables », sans développer plus avant ce qu'elle entend par là¹⁶⁷⁷.

b. La prévention des conflits sociaux

La Cour précise, avec le second litige, sa jurisprudence sur un autre point : une politique de neutralité religieuse ne peut être justifiée que si elle couvre « toute forme visible d'expression » sans distinguer entre les signes visibles. En effet, une interdiction limitée aux « signes ostentatoires de grande taille » est susceptible d'affecter plus gravement les personnes adhérant à des courants religieux, philosophiques et non confessionnels qui prévoient le port d'un vêtement ou d'un signe ostensible de grande taille, tel qu'un couvre-chef. Ainsi, lorsque le critère du port de signes ostentatoires de grande taille est indissociablement lié à une ou plusieurs religions ou convictions déterminées, l'interdiction de porter ces signes sur la base d'un tel critère aura pour conséquence une discrimination des travailleurs sur la base de leur religion ou convictions, ce qui équivaut à une discrimination qui ne peut être justifiée¹⁶⁷⁸.

L'employeur souhaitait *in casu* instituer une politique de neutralité afin d'éviter des conflits sociaux au sein de l'entreprise, en particulier compte tenu de l'existence de tensions survenues par le passé en relation avec des convictions politiques, religieuses ou philosophiques. La Cour reconnaît qu'un tel objectif est légitime et peut relever d'un besoin véritable de l'employeur, mais la mesure en cause n'est pas apte à poursuivre l'objectif et remet ainsi en cause la cohérence même de la politique de neutralité¹⁶⁷⁹.

La Cour durcit sa jurisprudence initiale en ajoutant une condition (« répondre à un besoin véritable ») tout en élargissant les motifs légitimes d'une politique de neutralité convictionnelle à la prévention des conflits sociaux¹⁶⁸⁰. Ainsi, la justification de l'interdiction des signes religieux visibles ne passe plus obligatoirement par la relation *externe* de l'employeur (les clients ou usagers), mais peut désormais se fonder sur un rapport *interne* à celui-ci : les salariés entre eux. Ce qui ne change pas, c'est que c'est chez autrui, non en lui-même, que l'employeur doit aller chercher cette justification de la limitation aux droits fondamentaux du travailleur car, dans les deux cas, l'employeur ne prend pas parti : soit la nature de ses activités et son contexte lui imposent une telle limitation sous peine de conséquences *économiques* défavorables, soit les

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, § 67.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, § 73 s.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, § 75 ss.

¹⁶⁸⁰ Fait intéressant, ce motif avait déjà été proposé par la Commission Stasi, 62.

droits fondamentaux soulevés par les salariés risquent de s'entrechoquer et dériver en conflit *social* qu'il doit prévenir.

Cet arrêt fait en quelque sorte la conjonction entre sa propre jurisprudence originelle, assez favorable à l'employeur (arrêts *Achbita* et *Bougnaoui*), et les exigences plus strictes posées par la jurisprudence *Eweida* de la Cour européenne des droits de l'homme. Bien que la Suisse ne soit soumise ni à la directive 2000/78 ni à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il n'en demeure pas moins que dans un contexte d'interpénétration des ordres juridiques suisse et européen, il devient de plus en plus difficile de rester indifférent aux évolutions juridiques qui ont cours de l'autre côté des frontières, d'autant plus que des problèmes analogues se posent ici¹⁶⁸¹.

Il en résulte qu'un employeur privé suisse inspiré par ce mouvement de neutralité convictionnelle serait bien avisé de respecter les conditions suivantes: faire figurer dans le contrat ou un règlement interne une clause de neutralité, laquelle doit viser indistinctement tous les signes religieux, philosophiques et *spirituels*¹⁶⁸² visibles, se limiter aux seuls salariés en contact avec les clients ou usagers¹⁶⁸³, répondre à un besoin véritable – à charge pour l'employeur de le démontrer – et dont la mise en œuvre doit se faire de manière cohérente et systématique.

4. *Politique de neutralité religieuse ou convictionnelle ?*

Nous avons vu que la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'une politique de neutralité convictionnelle n'est pas discriminatoire, car elle vise tous les types de convictions (religieuses, politiques et philosophiques). Cela implique-t-il qu'une politique de neutralité qui ne viserait que certaines convictions (religieuses par exemple), à l'exclusion des autres, ne serait pas valable ?

Ce qui pose corollairement la question de la hiérarchie entre les convictions religieuses, politiques et philosophiques. De deux choses l'une: soit l'on considère que ce n'est pas le cas, alors toutes les convictions doivent être logées à la même enseigne. Ce serait une politique du tout ou rien, regrettable car elle châtrerait toute liberté d'expression dans l'entreprise se manifestant par le port de signes convictionnels extérieurs. Cette solution rappelle l'expression proverbiale selon laquelle «le remède est pire que le mal»; autrement dit, la solution à l'individualisme – qui mène parfois au communautarisme – dans l'entreprise passerait par le renoncement quasi total à la liberté d'expression, de conscience et de religion sur le lieu de travail.

¹⁶⁸¹ Aurélien WITZIG, «La CJUE face au foulard islamique, Commentaire de l'arrêt *Wabe* et *MH Müller Handels* du 15 juillet 2021», *Newsletter DroitDuTravail.ch*, juillet 2021.

¹⁶⁸² Voir la section suivante.

¹⁶⁸³ Ou, si elle s'applique à tout salarié en vue de prévenir des conflits sociaux au sein de l'entreprise, relever d'un besoin véritable tel que l'existence de tensions survenues par le passé, à charge pour l'employeur de démontrer celui-ci.

L'autre branche de l'alternative est de faire une exception pour certains types de convictions, avec les difficultés corollaires de justifier leur différenciation juridique et de fixer des frontières qui ne soient pas trop poreuses, voie qui nous paraît tout autant dangereuse en ce qu'elle établirait une hiérarchie entre les types de convictions (religieuses, philosophiques ou spirituelles) pour des raisons injustifiables en terre laïque, comme nous l'exposerons plus tard¹⁶⁸⁴.

La Cour de justice a répondu à cette question le 13 octobre 2022, à propos d'une requérante, de confession musulmane et portant le foulard islamique, qui avait adressé une candidature spontanée à une entreprise en vue d'y effectuer un stage non rémunéré. Après un premier entretien avec des responsables, ces derniers ont émis un avis positif à sa candidature et lui ont demandé si elle acceptait de se conformer à la règle de neutralité, ce qu'elle a refusé. La règle inscrite au règlement de travail de l'entreprise stipule que «[I]es travailleurs s'engagent à respecter la politique de neutralité stricte qui prévaut au sein de l'entreprise» et qu'ils «veilleront dès lors à ne manifester en aucune manière, ni en paroles, ni de manière vestimentaire, ni d'aucune autre manière, leurs convictions religieuses, philosophiques ou politiques, qu'elles qu'elles soient»¹⁶⁸⁵.

La Cour rappelle d'abord que l'art. 1^{er} de la directive 2000/78 fixe le cadre de la lutte contre la discrimination dans l'emploi et le travail fondé sur une série de critères, dont «la religion ou les convictions». La juridiction de renvoi demande si ces deux termes («la religion» et «les convictions») constituent un seul et unique motif de discrimination ou si, à l'inverse, ces termes visent des motifs de discrimination distincts. En vue d'y répondre, elle relève la formulation similaire aux art. 19 TFUE et 21 CDFUE pour conclure, d'une part que les termes «religion» et «convictions» s'analysent comme les deux facettes d'un même et unique motif de discrimination, d'autre part que ce motif est à distinguer du motif tiré des «opinions politiques ou [de] toute autre opinion» cité à l'art. 21 TFUE et couvre dès lors tant les convictions *religieuses* que *philosophiques* ou *spirituelles*¹⁶⁸⁶.

S'agissant de l'expression «quelles qu'elles soient» employées en ce qui concerne les convictions évoquées dans le règlement de travail, la Cour rappelle que la protection contre la discrimination garantie dans la directive 2000/78 ne couvre que les motifs qui sont exhaustivement mentionnés à l'art. 1^{er} de la directive, de telle sorte que cette dernière ne couvre ni les convictions *politiques* – qui ont subitement disparu au profit des convictions «spirituelles» – ou *syndicales* ni les convictions *artistiques*, *sportives*, *esthétiques* ou *autres*¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁴ Cf. *infra* Chap. 7, IV, C, 1, b et c.

¹⁶⁸⁵ CJUE 13 octobre 2022, *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)*, C-344/20, § 14 ss.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, § 24-27.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, § 28.

Étant donné que «la religion et les convictions» constituent un motif de discrimination unique, une interprétation consistant à scinder en plusieurs motifs ce syntagme remettrait en cause le texte, le contexte et la finalité de ce motif d'après la Cour. En effet, une approche segmentée de ce motif aurait pour conséquence de créer des sous-groupes de travailleurs et de porter atteinte au cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail mis en place par cette directive¹⁶⁸⁸.

5. *Entre discriminations directe et indirecte*

On a pu lire çà et là qu'afin de préserver la possibilité de politique de neutralité dans l'entreprise, la Cour de justice de l'Union européenne a stratégiquement évincé la qualification de discrimination directe pour autoriser les politiques de neutralité convictionnelle, lesquelles n'auraient pas survécu sur le terrain de la discrimination directe¹⁶⁸⁹.

Sauf que la frontière entre la discrimination directe et la discrimination indirecte n'est pas toujours très nette. Ainsi lorsque des normes ou des décisions sont basées sur des stéréotypes ou des standards d'un groupe social dominant, elles discriminent en principe d'autres personnes issues de minorités, et le débat existe dans la doctrine quant à savoir si la discrimination est directe ou indirecte dans ces cas-là¹⁶⁹⁰. La discrimination indirecte permet de vérifier si, sous couvert d'un critère de distinction non discriminatoire, celui-ci n'a pas des effets équivalents à une discrimination directe. En matière de religion, il s'agit de rechercher si une politique de neutralité n'aboutit pas, en fait, à désavantager en particulier les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données¹⁶⁹¹. La discrimination indirecte peut résulter soit du critère lui-même, susceptible d'avoir des effets équivalents à une discrimination directe, comme le critère de la résidence avec la non-discrimination en raison de la nationalité, soit de l'effet de la mise en œuvre du critère discriminatoire.

Sauf qu'il est parfois délicat de déterminer à partir de quel seuil précis une mesure neutre en apparence aboutit à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données. À partir de combien de salariés d'une certaine religion et empêchés de revêtir des signes religieux peut-on parler de désavantage «particulier»? Et quid si des salariés membres de différentes confessions sont interdits de revêtir de tels signes, mais dans des proportions sensiblement différentes en fonction de la mesure en cause?

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, § 54 s., contrairement à l'avis de l'avocate générale M^{me} Laila Medina sur ce point (§ 52-54).

¹⁶⁸⁹ En soutien à cette position, Jean-Louis BIANCO/Nicolas CADÈNE/Cyril WOLMARK, «Peut-on concevoir la neutralité dans l'entreprise?», *Revue de droit du travail* 2017 235-241; SWEENEY, 305.

¹⁶⁹⁰ CR Cst.-MARTENET, art. 8 N 61, et les réf. citées.

¹⁶⁹¹ CJUE 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15, § 34.

Si l'on considère que la grande majorité des arrêts concerne de nos jours les salariées voulant porter le voile islamique au travail, toute politique de neutralité convictionnelle sera implaçable, puisqu'elle sera indirectement discriminatoire à leur endroit. À dire vrai, la distinction entre la discrimination directe et indirecte est souvent poreuse, et il existe vraisemblablement des zones floues qui donnent une marge de manœuvre au juge pour qualifier la discrimination¹⁶⁹². La Cour a déjà admis qu'une «différence de traitement fondée sur l'état de mariage des travailleurs et non expressément sur leur orientation sexuelle reste une discrimination directe, dès lors que, le mariage étant réservé aux personnes de sexe différent, les travailleurs homosexuels sont dans l'impossibilité de remplir la condition nécessaire pour obtenir l'avantage revendiqué»¹⁶⁹³.

Affirmer dans l'affaire *Achbita* qu'il n'y a pas d'application particulière faite à cette dernière est discutable. L'employeur, conscient qu'une règle non écrite n'était sans doute pas assez solide pour la licencier, décida de formaliser cette modification dans le règlement intérieur, adoptée par le comité d'entreprise deux semaines après que M^{me} Achbita fit savoir à ses supérieurs qu'elle avait désormais l'intention de porter le foulard islamique pendant les heures de travail. Dès lors, l'inscription noir sur blanc de la règle semble avoir été édictée dans le but immédiat de contraindre la salariée à retirer son voile, sous peine de licenciement¹⁶⁹⁴. Un auteur, que nous rejoignons dans sa perplexité, s'interroge à ce propos : «Ne doit-on pas considérer que la discrimination directe est constituée si l'exigence de neutralité s'explique uniquement par la volonté d'empêcher le port de signes religieux ?»¹⁶⁹⁵.

Dans l'affaire *Wabe* en revanche, la politique de neutralité fut adoptée plusieurs mois avant que la salariée ne revînt au travail vêtue d'un foulard et l'employeur a prouvé qu'il avait déjà obtenu d'une employée portant un pendentif en forme de croix qu'elle le retirât¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹² Raison pour laquelle la Cour suprême du Canada a opté pour une méthode unifiée à la place de la méthode conventionnelle qui consistait jusqu' alors à classer la discrimination dans la catégorie de la discrimination «directe» ou dans celle de la discrimination «par suite d'un effet préjudiciable», *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C. G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3, 4.

¹⁶⁹³ CJUE 12 décembre 2013, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, § 44.

¹⁶⁹⁴ La temporalité des événements est assez suspecte si l'on se réfère aux § 11 à 15 de l'arrêt, CJUE 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15.

¹⁶⁹⁵ Bernard BOSSU, «L'interdiction du port du foulard islamique dans l'entreprise privée: entre discrimination directe et indirecte», *La Semaine juridique. Social* 4 avril 2017 19-27.

¹⁶⁹⁶ CJUE 15 juillet 2021, *Wabe et MH Müller Handel*, C-804/18 et C-341/19, § 54.

6. *Entre libertés positive et négative*

Le choix du comparateur est également décisif. La comparaison opérée par les juges européens se fait entre les types de convictions et non entre les salariés qui manifestent leurs convictions et ceux qui s'abstiennent de le faire. Si cette dernière méthode de comparaison avait été retenue, les requérantes de ces différentes religions sont moins bien traitées qu'une personne qui n'exhibe pas ses convictions dans l'entreprise. De fait, une politique de neutralité religieuse va interdire l'expression des seuls pratiquants d'une religion, soit tous ceux qui exercent de *façon positive* leur liberté de religion.

Ce faisant, une telle politique ferait la part belle à ceux qui exercent de *manière négative* leur liberté, les agnostiques, les incroyants, les athées et les « laïcards » – qualification péjorative désignant les laïcs pourvus d'une vision offensive de la laïcité et voulant empêcher toute manifestation de religiosité en dehors de la sphère privée et des lieux de culte¹⁶⁹⁷. Une politique de neutralité favoriserait ainsi ceux qui ne veulent pas entendre parler de religion au travail, favorisant la liberté religieuse négative de ces derniers, contrevenant au principe selon lequel la liberté religieuse positive et négative sont les deux faces d'une même pièce et doivent être protégées de manière égale¹⁶⁹⁸.

La Cour précise, dans ce qui apparaît comme la dernière pièce du puzzle qui manquait à l'édifice de la politique de neutralité convictionnelle, que la prohibition de la discrimination n'est pas limitée aux seules différences de traitement existant entre des personnes adhérant à une religion ou à des convictions données et celles qui n'adhèrent pas à une religion ou à des convictions données. En d'autres termes, l'existence d'un critère unique englobant la religion ou les convictions ne fait pas obstacle aux comparaisons entre les travailleurs animés de convictions religieuses et ceux animés de convictions spirituelles ou philosophiques, ni encore à celles entre travailleurs animés de convictions religieuses différentes¹⁶⁹⁹.

L'objectif poursuivi par la directive 2000/78 ne limite pas le cercle des personnes par rapport auxquelles une comparaison peut être effectuée en vue d'identifier une « discrimination fondée sur la religion ou les convictions » à celles n'adhérant pas à une certaine religion ou à des convictions données. Ainsi, la directive a pour objet de lutter contre toutes les formes de discrimination fondées sur la religion ou les convictions, étant entendu qu'une discrimination fondée sur la religion ou les convictions ne peut être constatée *que* lorsque le traitement moins favorable ou le désavantage particulier en cause est subi en fonction de la religion ou des convictions¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁷ SWEENEY, 303.

¹⁶⁹⁸ Cf. CourEDH, arrêt *Alexandridis c. Grèce* du 21 février 2008, 19516/06, § 32 et 38.

¹⁶⁹⁹ CJUE 13 octobre 2022, *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)*, C-344/20, § 59.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, § 60 s.

Pour parvenir à une telle conclusion, l’avocate générale explique que la Cour a estimé dans un premier temps que l’appréciation de l’existence d’une discrimination fondée sur la religion ou les convictions dans le cas d’une politique de neutralité interne, devait reposer sur une comparaison au sein d’un même groupe; autrement dit, il y a lieu de ne pas limiter le cercle des personnes par rapport auxquelles une comparaison peut être effectuée à celles n’adhérant pas à une certaine religion ou à des convictions données¹⁷⁰¹.

Dans un second temps, en ce qui concerne la définition dudit cercle de référence à des fins de comparaison, la Cour l’a défini en estimant qu’il ne comprenait pas seulement les employés professant une religion ou des convictions religieuses, mais également les employés manifestant des convictions philosophiques ou spirituelles¹⁷⁰². En outre, la Cour est partie du principe que «chaque personne est susceptible d’avoir soit une religion soit des convictions», ce qui signifie en pratique que l’ensemble des employés de l’entreprise sont inclus dans le groupe de comparaison de référence, ce qui permet de conclure qu’une règle de neutralité interne, pour autant qu’elle soit appliquée de manière générale et indifférenciée, n’instaure pas une différence de traitement fondée sur un critère indissociablement lié à la religion ou aux convictions¹⁷⁰³.

En conclusion, les arrêts *G4S Secure Solutions*, *Wabe* et *S.C.R.L.* témoignent d’une approche résolue de la Cour en ce qui concerne l’appréciation de l’existence d’une discrimination fondée sur la religion ou les convictions dans le cadre de l’examen d’une règle de neutralité interne, en excluant la discrimination directe en ce qui concerne une règle de neutralité convictionnelle objectivement justifiée, tout en ménageant une marge d’appréciation laissée aux juridictions nationales pour apprécier l’existence d’une discrimination indirecte dans l’application d’une telle règle¹⁷⁰⁴.

Il est aussi utile de rappeler tout de même ici que le processus de laïcisation n’a rien d’antireligieux. La laïcité considère simplement la diversité des options spirituelles et des convictions philosophiques dans son ampleur véritable, en plaçant à côté des religions, les figures athée et agnostique de la conviction. C’est qu’elle assurait non la seule liberté de *religion*, mais la liberté de *conscience*, liberté la plus générale, qui englobe les convictions religieuses, spirituelles et philosophiques – mais pas politiques, qui ressortissent à un autre domaine de pensée, d’où leur éviction soudaine par la Cour dans son dernier arrêt. L’on peut objecter que les incroyants n’ont rien à manifester, et leur liberté est celle du silence, là où celle des croyants est la manifestation de leurs

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, § 48 des conclusions générales; CJUE 15 juillet 2021, *Wabe* et *MH Müller Handel*, C-804/18 et C-341/1, § 49 s.

¹⁷⁰² CJUE 15 juillet 2021, *Wabe* et *MH Müller Handel*, C-804/18 et C-341/1, § 47.

¹⁷⁰³ *Ibid.*, § 52.

¹⁷⁰⁴ CJUE 13 octobre 2022, *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)*, C-344/20, § 51 des conclusions générales.

croyances, comme le rappelle Pena-Ruiz¹⁷⁰⁵. Même au sein des salariés croyants, la liberté individuelle de porter des signes religieux favorisera la portion des salariés qui portent des signes religieux visibles.

VI. Religion et relations professionnelles

Au sommet des éléments qui comptent le plus pour les travailleurs suisses se trouve le fait d'avoir de bonnes relations avec ses collègues et ses supérieurs¹⁷⁰⁶. L'enjeu de protection est capital, car il faut dire que «le travail cristallise un ensemble de mécanismes et de rapports sociaux particulièrement propices à la manifestation du sentiment d'injustice»¹⁷⁰⁷.

L'Institut Montaigne a montré dans son «Baromètre du fait religieux en entreprise» que la discrimination religieuse au travail concernait les pratiquants de toutes les religions, que le dévoilement de ses convictions ou de ses pratiques religieuses représentait un risque pour la personne et que les interactions professionnelles (échanges professionnels, réunions de travail, moments de socialisation) constituaient le principal vecteur de discrimination religieuse au travail, d'où la nécessité d'explicitier les ressorts juridiques de cette question¹⁷⁰⁸.

L'*expression de foi* au travail est possible et même bienvenue en tant que le travail représente un lieu de socialisation entre personnes (1), tant qu'elle ne dérive pas au «*harcèlement religieux*» ou à l'extrémisme religieux (2), auquel cas l'employeur peut et doit prendre des mesures afin protéger la personnalité des travailleurs dénigrés¹⁷⁰⁹.

A. Expression de foi au travail

L'expression de foi et la diffusion de propos religieux sont au carrefour de la liberté religieuse (art. 15 Cst. et 9 CEDH) et de la liberté d'expression (art. 16 Cst. et 10 CEDH). Le discours à connotation religieuse immédiat – c'est-à-dire sans support médiatique – est plutôt analysé sous l'angle de la liberté religieuse, tandis que la Cour européenne des droits de l'homme choisit généralement l'examen sous l'angle de la liberté d'expression dès lors que la diffusion du discours religieux se fait par l'intermé-

¹⁷⁰⁵ PENA-RUIZ, 145 s.

¹⁷⁰⁶ Enquête réalisée par THE BOSTON CONSULTING GROUP, «Swiss Workers: Going Where Life is Good», 6 octobre 2014.

¹⁷⁰⁷ DUBET, 15.

¹⁷⁰⁸ INSTITUT MONTAIGNE/HONORÉ, 24 ss.

¹⁷⁰⁹ SUDRE, N 527.

diaire d'un média (presse, radio, télévision, etc.)¹⁷¹⁰. La *discussion religieuse* au travail est ainsi tolérée (1), pourvu qu'elle ne vienne pas aux *propos extrémistes* susceptibles de perturber la paix du travail (2) ou au *prosélytisme de mauvais aloi* (2).

1. *Discussion religieuse tolérée*

Tant les salariés du secteur privé que de la fonction publique jouissent de la possibilité d'exprimer librement leurs opinions, en participant notamment à la vie de l'entreprise¹⁷¹¹. Le droit à la liberté d'expression dans l'entreprise, découlant des droits de la personnalité, joue un rôle toujours plus important puisque le citoyen n'abandonne pas ses vêtements de citoyen en franchissant le pas de l'entreprise, or il est très souvent violé¹⁷¹².

Ce droit vaut aussi longtemps que le travailleur ne contrevient pas à son devoir de fidélité par son usage abusif de la liberté d'expression religieuse, la limite étant fonction du poste occupé, du niveau hiérarchique, de la visibilité de la fonction, du domaine d'activité et de la nature de l'entreprise (la jurisprudence est plus sévère pour les fonctionnaires)¹⁷¹³.

L'employeur ne serait en revanche pas en droit d'édicter un règlement intérieur qui prohibe de manière généralisée les discussions religieuses au travail, car cette interdiction ne poursuit aucun objectif légitime de l'entreprise ou, si elle poursuit un objectif de discipline et de bon ordre, serait excessive¹⁷¹⁴. Un employeur peut en revanche restreindre voire interdire la diffusion au travail de messages comportant une connotation religieuse lorsqu'ils peuvent être préjudiciables pour la réputation de l'entreprise ou

¹⁷¹⁰ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 73 (critiques sur cette approche car le canal de transmission ne devrait pas être décisif); CourEDH, arrêt *Murphy c. Irlande* du 10 juillet 2003, Rec. 2003-IX.

¹⁷¹¹ CourEDH, arrêt *Ahmed et autres c. Royaume-Uni* du 2 septembre 1998, 22954/93; ROSELLO, N 221.

¹⁷¹² Voir l'abondante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à ce propos, p.ex. arrêts *Guja c. République de Moldova* *Melike c. Turquie* du 15 juin 2021, 35786/19 (violation), *Marunić c. Croatie* du 28 mars 2017, 51706/11 (violation) ou *Matalas c. Grèce* du 25 mars 2021, 1864/18 (violation). Sur les lanceurs d'alerte, voir *Guja c. Moldova* (GC) du 12 février 2008, Rec. 2008-II (violation), *Guja c. République de Moldova (n° 2)* du 27 février 2018, 1085/10 (violation), *Mattúz c. Hongrie* du 21 octobre 2014, 73571/10 (violation), *Herbai c. Hongrie* du 5 novembre 2019, 11608/15, (violation), *Heinisch c. Allemagne* du 21 juillet 2011, 28274/08 (infirmière licenciée pour dépôt d'une plainte pénale dénonçant des carences dans les soins administrés par son employeur; violation) et *Halet c. Luxembourg* (GC) du 11 mars 2021, 21884/18 (condamnation pénale du requérant dans le cadre de l'affaire dite des «Luxleaks» pour avoir divulgué des documents fiscaux des clients de son employeur; violation).

¹⁷¹³ CourEDH, arrêt *De Diego Nafra c. Espagne* du 14 mars 2002, 46833/99, § 37; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 328 N 14; ROSELLO, N 221.

¹⁷¹⁴ En France, cela a été jugé exactement dans ce sens par le Conseil d'État, 25 janvier 1989, *Société SITA*, n° 64296.

constituent un sujet sensible dans l'entreprise, par exemple pour une entreprise de sécurité¹⁷¹⁵.

Le Tribunal fédéral a jugé qu'un correcteur de la *Tribune de Genève* qui avait ajouté au bas d'un communiqué de presse une adjonction exprimant un avis politique personnel et dont il pensait ou pouvait sérieusement penser qu'elle serait retranscrite dans le texte imprimé a gravement violé son devoir de fidélité au point de constituer un juste motif de licenciement avec effet immédiat¹⁷¹⁶. Un employeur peut avoir intérêt à ce que ses salariés n'expriment pas publiquement des opinions religieuses de nature à décrédibiliser son image ou porter atteinte à sa réputation¹⁷¹⁷.

2. *Propos religieux extrémistes*

L'expression de propos religieux est cependant prohibée lorsqu'elle se réclame d'idéaux religieux faisant la promotion d'un extrémisme sortant du cadre d'une société démocratique, mais l'analyse combine alors souvent les art. 9, 10 et 11 CEDH en privilégiant, selon le contexte, l'un de ceux-ci à titre principal¹⁷¹⁸.

Les restrictions à la liberté d'expression des fonctionnaires au travail sont plus ou moins admises en raison de la «nature du message, des personnes qui communiquent ce message et du lieu dans lequel il est diffusé»¹⁷¹⁹. De façon générale, la liberté d'expression du fonctionnaire s'arrête lorsque la manifestation d'opinion est de nature à nuire au bon fonctionnement de l'administration, ce qui suppose une réserve dans les propos tenus à l'égard des supérieurs, des subordonnés, du public et de l'État en général¹⁷²⁰.

Une mesure disciplinaire doit être prise contre un enseignant de l'école publique genevoise et directeur général du Centre islamique de Genève qui, dans le quotidien *Le Monde* et sur le site internet du Centre islamique, explique et justifie la peine de lapidation prononcée en vertu de la sharia comme une sanction divine légitime, même si elle est difficilement applicable et a une valeur principalement dissuasive. Son propos tend, dans la perception que peut raisonnablement donner le lecteur moyen, à minimi-

¹⁷¹⁵ Cf. Cass., 1^{er} juillet 2015, n° 14-13.871, à propos de la diffusion par un salarié, dans une entreprise de sécurité «laïque», du message suivant par le téléphone de l'entreprise: «Salam aleikoum. Message très important. La société israélienne ISLA DELICE a été condamnée pour ... avoir vendu de la viande de porc sous le label hala. Faites passer le message et boycottez ces produits, c'est notre devoir de musulmans. Tbarakallahoufikoum [*sic*]».

¹⁷¹⁶ ATF 108 II 444, c. 2.

¹⁷¹⁷ CAMASTRAL, 91.

¹⁷¹⁸ CourEDH, décision *Kalifatstaat c. Allemagne* du 11 décembre 2006, 13828/04; CourEDH, arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* (GC) du 13 février 2003, Rec. 2003-II, § 137.

¹⁷¹⁹ ROSELLO, N 222; MAHON/MATTHEY, 209.

¹⁷²⁰ ATF 108 Ia 172, c. 4b)aa), JdT 1984 I 258; ROSELLO, N 229. Cf. ATF 136 I 332, c. 3.2, SJ 2011 I 120.

ser la cruauté de la lapidation dans une mesure qui remet en cause l'interdiction des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants (*cf.* art. 3 CEDH et 10 al. 3 Cst.), et défend d'autres valeurs gravement incompatibles avec la démocratie, la laïcité et l'égalité.

Même si des idées offensantes ou choquantes doivent avoir leur place dans un débat objectif, elles ne doivent pas être avancées par un enseignant de l'État lorsqu'elles contreviennent aux objectifs de l'école publique que l'enseignant doit poursuivre en vertu de la loi, qui viole ce faisant son devoir de loyauté. De plus, le recourant ne pouvait pas ignorer que, compte tenu de sa notoriété, ses propos relatés dans un grand quotidien français largement distribué en Suisse ne passeraient pas inaperçus au sein de la population genevoise. Quant à la version plus radicale de ses propos publiée sur le site internet du Centre islamique, elle est accessible à tout un chacun¹⁷²¹.

Le renvoi a par contre été considéré comme injustifié car ne respectant pas le principe de la proportionnalité, une procédure disciplinaire eût été apte à atteindre le but visé en étant moins incisive¹⁷²². L'autorité juridictionnelle dit à propos des enseignants qu'ils peuvent, par leurs propos, «exercer une influence sur la population et sur la perception qu'aura cette dernière de l'État», d'où la casuistique fournie à propos des limitations plus strictes de la liberté de religion et d'expression du corps enseignant de l'État¹⁷²³.

3. Prosélytisme «de mauvais aloi»

Hormis la limite générale du devoir de fidélité, la discussion de nature religieuse au travail est parfaitement admissible; la liberté religieuse comprend même le droit de chercher à convaincre son prochain. Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme indiquent que le «prosélytisme»¹⁷²⁴ est protégé par la liberté religieuse (*cf.* art. 15 al. 2 Cst. qui le garantit expressément)¹⁷²⁵. La

¹⁷²¹ Commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique du 15 mars 2004, A/370/2003, c. 11c. Voir le commentaire de Bernhard SCHMITHÜSEN, *ZBl* 2004 663-670, qui regrette l'assimilation faite entre liberté religieuse et liberté d'expression dans une perspective individualiste, alors que le motif de la paix religieuse eût suffi sous l'angle de la pure liberté religieuse pour justifier la révocation; DUBEY/ZUFFEREY, N 1584.

¹⁷²² Commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique du 15 mars 2004, A/370/2003, c. 14b, qui relève l'absence d'avertissements préalables.

¹⁷²³ *Ibid.*, c. 11b.

¹⁷²⁴ Sur cette notion, lire Alain GARAY, «Liberté religieuse et le prosélytisme: l'expérience européenne», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1994 7-29 et plus récemment Xavier SOUVIGNET, «Prosélytisme et Cour européenne des droits de l'homme, prosélytisme de la Cour européenne des droits de l'homme?», *Société, droit et religion* 2017 53-70.

¹⁷²⁵ ATF 135 I 79, c. 5.1, JdT 2009 I 343; ATF 118 Ia 46, c. 4c, JdT 1994 I 79; CourEDH, arrêts *Larissis et autres c. Grèce* du 24 février 1998, Rec. 1998-I, § 45 et *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A n° 260-A, § 31 (violation de l'art. 9 CEDH pour l'arrestation et la condamnation pénale d'un Témoin de Jéhovah pour s'être rendu au domicile de la femme du

liberté religieuse ne saurait en effet conférer le droit de ne pas être confronté à la manifestation des convictions religieuses d'autrui (pas d'interdiction du blasphème ni au contraire d'obligation de discrétion)¹⁷²⁶.

Cependant, le droit de convaincre son prochain, s'il se fait trop insistant, est alors susceptible de porter atteinte à la sphère privée d'autrui, voire à la liberté religieuse elle-même. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le prosélytisme «de mauvais aloi», tel qu'une activité offrant des avantages matériels ou sociaux ou l'exercice d'une pression abusive en vue d'obtenir des adhésions à une Église ou à une communauté religieuse, ne bénéficie pas de la protection de la liberté religieuse¹⁷²⁷.

Ce prosélytisme abusif peut avoir lieu au *sein de l'entreprise*, entre des salariés de même niveau ou entre des supérieurs hiérarchiques et des subordonnés (a), comme il peut avoir lieu entre des *salariés et des tiers à l'entreprise* (b).

a. *Prosélytisme au sein de l'entreprise*

Le prosélytisme peut être tant le fait de l'employeur envers ses subordonnés (i) que d'un salarié envers ses collègues (ii). Dans le premier cas, il s'agit de protéger la liberté de conscience et de religion des salariés face à un détenteur de l'autorité devant assurer la paix au travail tandis que dans le second, il est question de la limite séparant l'usage admissible de la liberté d'expression religieuse de la violation du devoir de fidélité.

(i) Prosélytisme d'un employeur envers ses subordonnés

Dans l'affaire *Larissis et autres c. Grèce*, où des officiers de l'armée de l'air avaient été condamnés par les juridictions militaires pour prosélytisme tant envers les soldats qui leur étaient subordonnés qu'envers plusieurs civils, la Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position nuancée. D'un côté, elle a jugé que la condamnation des requérants pour prosélytisme envers les *civils* sur lesquels ils n'avaient exercé

chantre de l'Église orthodoxe locale et pour avoir entamé avec celle-ci une discussion de nature religieuse; la Cour relève que la dame était adulte et dotée d'expérience et de capacités intellectuelles et l'a laissé entrer chez elle).

¹⁷²⁶ CourEDH, arrêt *Perovy c. Russie* du 20 octobre 2020, 47429/09, § 73; ATF 142 I 49, c. 10.1, JdT 2016 I 67; ATF 135 I 79, c. 7.2, JdT 2009 I 343; TF 14 février 2013, 2C_897/2012, c. 4.3; TF 11 avril 2012, 2C_724/2011, c. 3.1; DUBÉY, Droits II, N 2019.

¹⁷²⁷ CourEDH, arrêts *Larissis et autres c. Grèce* du 24 février 1998, Rec. 1998-I, § 45 et *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, série A n° 260-A, § 48. Voir aussi GRABENWARTER/PABEL, 373, N 128; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 328 N 6; BRÜHWILER, art. 328 N 11; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321a N 4. La jurisprudence n'a pas encore tranché, de manière parfaitement claire, la question de savoir si l'art. 9 CEDH ne s'applique pas dans un tel cas ou si la liberté religieuse peut être valablement restreinte conformément au second alinéa de cet article. À notre sens, cette dernière solution doit être privilégiée, CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 70. Les remarques qui précèdent valent aussi pour l'art. 15 al. 2 Cst.

aucune pression ni contrainte n'était pas nécessaire dans une société démocratique et violait par là-même l'art. 9 CEDH.

De l'autre, s'agissant des tentatives de convertir les *soldats*, la Cour a jugé que la condamnation litigieuse n'enfreignait pas l'art. 9 CEDH; la structure hiérarchique qui constitue une caractéristique de la condition militaire pouvait donner une certaine coloration à tout aspect des relations entre membres des forces armées, de sorte qu'un subordonné avait du mal à repousser un supérieur qui l'abordait ou à se soustraire à une conversation engagée par celui-ci. En effet, ce qui, en milieu civil, pourrait passer pour un échange inoffensif d'idées que le destinataire est libre d'accepter ou de rejeter peut, dans le cadre de la vie militaire, être perçu comme une forme de harcèlement ou comme l'exercice de pressions de mauvais aloi par un abus de pouvoir. Les mesures prises à l'encontre des officiers se justifiaient par la nécessité de protéger le prestige et le bon fonctionnement des forces armées et de mettre les soldats à l'abri d'une coercition idéologique.

Enfin, dit la Cour, même si toutes les discussions entre individus de grades inégaux sur la religion ou d'autres questions délicates ne tomberont pas nécessairement dans cette catégorie, il reste que, si les circonstances l'exigent, les États peuvent être fondés à prendre des mesures particulières pour protéger les droits et libertés des subordonnés dans les forces armées¹⁷²⁸.

Selon nous, la motivation développée dans cet arrêt s'applique *mutatis mutandis* au droit du travail – qu'il s'agisse du secteur privé ou de la fonction publique –, qui connaît également une structure hiérarchique, une subordination du travailleur à l'autorité de l'employeur et une relation de dépendance du premier au second sur les plans économique et juridique. L'employeur prosélyte ou qui exprime des positions religieuses tranchées et qui intimide, exerce des pressions ou un chantage sur les salariés qui ne seraient pas d'accord ou sensibles avec ses vues se rend coupable de violation de la personnalité du travailleur (art. 328 CO)¹⁷²⁹. Le domaine du travail serait, pour donner une idée du degré de prosélytisme admis d'un supérieur envers ses subordonnés, quelque part à mi-chemin entre le domaine civil qui autorise plutôt largement le prosélytisme et le domaine militaire qui le cadre sévèrement, quoique plus proche du second.

À la suite des arrêts *Kokkinakis* et *Larissis et autres c. Grèce*, les tribunaux de Grèce ont effectué un revirement de jurisprudence, et ce problème n'a semble-t-il pas été soulevé ailleurs sur le continent¹⁷³⁰.

¹⁷²⁸ CourEDH, arrêt *Larissis et autres c. Grèce* du 24 février 1998, Rec. 1998-I, § 51.

¹⁷²⁹ CAMASTRAL, 53.

¹⁷³⁰ OTTENBERG, 86-87, qui approuve le jugement de la CourEDH dans l'affaire *Larissis et autres c. Grèce* dans son ensemble et la limitation du prosélytisme d'un membre des forces ar-

(ii) Prosélytisme entre collègues

Même sans directives particulières, le salarié ne doit pas, en vertu de son devoir de fidélité, causer des troubles à la paix du travail en faisant du prosélytisme, en exerçant des pressions ou des actes d'agression à l'égard de ses collègues¹⁷³¹. Un animateur d'un centre de loisir viole son devoir de fidélité en distribuant des bibles et des prospectus religieux aux enfants¹⁷³², de même qu'un salarié qui multiplie les « digressions ostentatoires orales sur la religion » en dépassant le cadre normal de la liberté d'expression et gênant sérieusement la paix du travail¹⁷³³.

Au sein des entreprises de tendance religieuse, la propagation de convictions religieuses et philosophiques contraires à la foi et à la doctrine promues, notamment la promotion de convictions religieuses « concurrentes » ou non conformes à la position de l'employeur, dans le cadre du service, est une violation grave du devoir de fidélité¹⁷³⁴.

Hors entreprises de tendance, la première difficulté est de délimiter l'acte de prosélytisme en entreprise entre salariés. La proposition doctrinale invitant à distinguer entre les « symboles essentiellement passifs » des actes de prosélytisme est peu opérante¹⁷³⁵ : un salarié qui dépose sur son bureau des prospectus à caractère religieux en vue de les distribuer à ses collègues commet-il du prosélytisme si aucun salarié ne décide de s'en saisir ? La jurisprudence analyse plutôt l'éventuelle pression, voire violence exercée sur les autres salariés en vue d'obtenir leur adhésion¹⁷³⁶. La pression n'est cependant pas caractérisée si, devant le refus du salarié de s'intéresser au fait religieux, la personne qui avait la volonté de conversion renonce à son entreprise¹⁷³⁷.

La seconde difficulté est la charge probatoire renforcée qui pèse sur l'employeur au moment de la sanction. Ainsi en France, il a été jugé que le licenciement d'une salariée, motivé notamment par des actes de prosélytisme, était dépourvu de cause réelle et sérieuse dès lors qu'il ne pouvait être prouvé que la remise d'une Bible à un autre salarié avait été réalisée au temps et au lieu de travail, tout comme le juge invite à la prudence lorsque les

mées. Lire Halde, Délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009, qui cite une décision rendue par la Cour d'appel de Versailles le 22 mars 2001, admettant que les salariés pouvaient faire valoir leur droit d'expression pour protéger leur liberté de conscience face à un « prosélytisme insidieux » de l'employeur. En l'espèce, les séminaires de l'entreprise organisés par une association prosélyte dirigée par l'épouse de l'employeur étaient l'occasion d'une auto-culpabilisation publique des salariés relevant de la manipulation psychologique.

¹⁷³¹ PAHUD DE MORTANGES/SÜESS, 135 ; Halde, Délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009.

¹⁷³² Halde, Délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009, qui cite une décision de la Cour d'appel de Toulouse du 9 juin 1997.

¹⁷³³ Halde, Délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009, qui cite un arrêt de la Cour d'appel de Basse-Terre du 6 novembre 2006 et de la Cour d'appel de Rouen du 25 mars 1997.

¹⁷³⁴ Cf. p.ex. art. 5 (2) 1. d) GrO, qui tient ce comportement pour une violation du devoir de fidélité.

¹⁷³⁵ Claire BRISSEAU, « La religion du salarié », *Droit social* 2008 969-980.

¹⁷³⁶ CASADO, 42, et arrêts cités.

¹⁷³⁷ Idem.

témoignages ne précisent ni la date le lieu où les faits de prosélytisme se seraient déroulés¹⁷³⁸. Le doute quant à la matérialité des faits doit profiter au salarié. Les juges se sont surtout limités à la sanction des cas les plus manifestes. Ainsi il a été jugé que «le développement de pratiques rituelles de plus en plus ostensibles au sein de l'entreprise [et] la remise par sa supérieure hiérarchique de notes relatives à la manière de procéder à différents rituels, de même que ses incitations à lire des ouvrages de physique quantique, à s'appliquer des huiles essentielles dans le bureau commun et à participer à des réunions organisées au domicile de [la salariée], afin de sensibiliser sa collaboratrice, mais également son conjoint, au Biodynamisme» permettent de caractériser de tels actes¹⁷³⁹.

b. Prosélytisme à l'extérieur de l'entreprise

Dans la fonction publique, l'exigence de neutralité religieuse conduit *a fortiori* à prohiber le prosélytisme de la part d'un agent durant son service, comme la distribution aux usagers d'imprimés à caractère religieux¹⁷⁴⁰ et la manifestation de son appartenance à une religion en faisant apparaître son adresse électronique professionnelle sur le site Internet d'une association culturelle ou en utilisant les moyens de communication fournis par le service pour faire la promotion de cette association¹⁷⁴¹.

Dans le secteur privé, un employeur peut légitimement interdire à ses salariés d'utiliser les infrastructures physiques ou virtuelles de l'entreprise pour faire la promotion d'un message religieux, le principe étant l'interdiction de l'utilisation privée des outils de communication informatique¹⁷⁴².

B. «Harcèlement religieux» et dérives radicales

Le travailleur doit s'abstenir de se comporter agressivement envers ses collègues, physiquement ou verbalement, par exemple en *injuriant* ou en *dénigrant* les *croyances religieuses de ses collègues* (1), ce d'autant plus que l'employeur a l'obligation de protéger la personnalité de ses travailleurs en veillant à une ambiance de travail qui soit supportable à défaut d'être agréable¹⁷⁴³. La même obligation vaut pour un supérieur hiérarchique envers ses subordonnés¹⁷⁴⁴.

¹⁷³⁸ Cour d'appel Toulouse, 7 avril 2010, RG 09/01633 et Cour d'appel Douai, 31 mai 2016, RG 14/03708, cité par CASADO, 43.

¹⁷³⁹ Cour d'appel Douai, 30 septembre 2015, RG 14/02982, cité par CASADO, 44.

¹⁷⁴⁰ CE, 19 février 2009, *M. B.*, n° 311633 (guichetier de La Poste qui distribuait ses imprimés aux usagers).

¹⁷⁴¹ CE, 15 octobre 2003, *O.*, n° 244428, *Rec. Lebon* (agent faisant usage de son adresse électronique professionnelle à des fins personnelles d'échanges entrepris en sa qualité de membre de l'«Association pour l'unification du christianisme mondial»).

¹⁷⁴² WYLER/HEINZER, 112 s., et les réf. citées.

¹⁷⁴³ SUBILIA/DUC, art. 321d N 10. Cf. ATF 127 III 351, c. 4; OGER ZH 6 mars 2020, JAR 2021 655; Cour EDH, arrêt *Špadijer c. Monténégro* du 9 novembre 2021, 31549/18.

¹⁷⁴⁴ Voir récemment TF 1^{er} décembre 2020, 4A_326/2020, à propos d'un supérieur hiérarchique qui a manqué de respect envers un travailleur, s'est exprimé de manière grossière et vulgaire

Dans l'autre, des *dérives religieuses au travail* sont également observées çà et là, lesquelles peuvent parfois, lorsqu'elles s'insinuent insidieusement sans réaction de l'employeur, conduire à exclure les travailleurs qui ne font pas partie d'un groupe religieux déterminé, phénomène répréhensible en droit du travail (2).

Rappelons au demeurant que l'obligation de diligence et de fidélité du travailleur comprend l'obligation pour ce dernier d'adopter une attitude propre à garantir la paix du travail dans l'entreprise dans les relations avec ses collègues et ses supérieurs en respectant la personnalité de ces derniers (art. 321a CO)¹⁷⁴⁵. Certains auteurs mettent en particulier garde contre le risque de *mobbing* dans une entreprise pour un travailleur issu d'une religion minoritaire¹⁷⁴⁶.

1. *Dénigrement ou hostilité envers avec la religion du travailleur*

Si la liberté religieuse comprend le droit au respect de ses convictions et la protection des sentiments religieux, celui-ci peut toutefois entrer en conflit avec la liberté d'expression qui implique un droit – nécessaire – de critiquer des pratiques et des dogmes religieux¹⁷⁴⁷. D'après la jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'homme, ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion, qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi¹⁷⁴⁸.

Toutefois, la manière dont les *croyances* et doctrines religieuses font l'objet d'une opposition ou d'une dénégation est une question qui peut engager la responsabilité de l'État, notamment celle d'assurer à ceux qui professent ces croyances et doctrines la paisible jouissance du droit garanti par l'art. 9 CEDH, car dans des cas extrêmes le recours à des méthodes particulières d'opposition à des croyances religieuses ou de dénégation de celles-ci peut aboutir à dissuader ceux qui les ont d'exercer leur liberté de les avoir et de les exprimer (*cf.* art. 261 CP)¹⁷⁴⁹.

Le droit pénal réprime aussi la critique haineuse d'un *groupe religieux* (art. 261^{bis} CP)¹⁷⁵⁰. L'État doit protéger la liberté religieuse et la paix publique en interdisant et

envers lui et l'a stigmatisé devant un apprenti et un concierge-assistant en le rabaisant dans sa considération et son honneur professionnel.

¹⁷⁴⁵ WYLER/HEINZER, 117; CAMASTRAL, 83 s.; PORTMANN/WILDHABER, N 364.

¹⁷⁴⁶ RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, 318.

¹⁷⁴⁷ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 144; ATF 120 Ia 220, c. 3c, JdT 1996 IV 84.

¹⁷⁴⁸ CourEDH, décision *Dubowska et Skup c. Pologne* du 18 avril 1997, 33490/96 et 34055/96.

¹⁷⁴⁹ CourEDH, arrêt *Otto-Preminger Institut c. Autriche* du 20 septembre 1994, série A n° 295-A, § 47.

¹⁷⁵⁰ Voir, par analogie, CourEDH, arrêts *Féret c. Belgique* du 16 juillet 2009, 15615/07, § 64 et 73 et *Soulas et autres c. France* du 10 juillet 2008, 15948/03.

en sanctionnant pénalement l'incitation à la haine ou à la discrimination envers toute personne ou tout groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse, la propagation d'idéologies visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une religion et le rabaissement d'une façon contraire à la dignité humaine d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur religion¹⁷⁵¹. Pour déclencher l'application de l'art. 261^{bis} CP, nous avons déjà relevé que le droit suisse ne réprime les propos haineux ou discriminatoires que s'ils sont tenus «en public», car le Tribunal fédéral a adopté une interprétation systématique de la loi et souligne que le classement de la discrimination raciale dans les infractions contre la paix publique doit précisément impliquer que cette discrimination ait représenté une menace pour la paix publique¹⁷⁵².

Or l'on a vu que le travail constituait un lieu privé ou public en fonction des circonstances¹⁷⁵³. Le Tribunal fédéral a de son côté opéré un revirement de jurisprudence sur la définition de l'expression «en public»: il juge désormais et en toute matière que sont prononcées «en public» les allégations qui n'interviennent pas dans un «cadre privé», ce dernier regroupant le cercle familial ou amical et l'environnement de relations personnelles ou empreintes d'une confiance particulière. Savoir si cette condition est remplie doit se juger *in concreto*, le nombre de personnes présentes jouant un rôle sans être le seul critère¹⁷⁵⁴.

Pour avoir une idée plus précise de ce que recouvre cette expression en matière de relations de travail, il faut se référer à la décision antérieure d'une juridiction cantonale qui avait estimé pouvoir condamner une personne qui avait tenu des propos racistes sur son lieu de travail dès lors que ces propos n'avaient pas été proférés uniquement devant les collègues de travail mais également devant un «tiers indéterminé», en l'espèce un chauffeur¹⁷⁵⁵. Ainsi, on peut considérer que des propos discriminatoires sur l'appartenance religieuse tenus par un employeur envers un salarié ne seraient considérés comme des propos «publics», et donc susceptibles d'incrimination, que si un «tiers indéterminé» assistait à la scène¹⁷⁵⁶.

Le fait de divulguer les croyances religieuses d'un travailleur sur les réseaux sociaux ou même sur le lieu de travail peut, en fonction des circonstances, être considéré comme une atteinte à la personnalité du travailleur¹⁷⁵⁷. Émise dans des locaux

¹⁷⁵¹ Voir ATF 126 IV 20, c. 1d; ATF 124 IV 121.

¹⁷⁵² WITZIG, Droit du travail, N 1694.

¹⁷⁵³ Cf. *supra* Chap. 5, III, A, 1.

¹⁷⁵⁴ ATF 130 IV 111, c. 5.2.2, JdT 2005 IV 292.

¹⁷⁵⁵ Ordonnance de condamnation du 26 septembre 2002 du Bezirksstatthalteramtes d'Arlesheim (canton de Bâle-Campagne), 010 01 3956, cité par WITZIG, Droit du travail, N 1694.

¹⁷⁵⁶ NAGUIB/ZANNOL, 176.

¹⁷⁵⁷ WYLER/HEINZER, 118.

ouverts au public, à un moment où la clientèle est susceptible d'être importante, devant d'autres travailleurs, la référence aux croyances religieuses d'un salarié par un supérieur hiérarchique peut être de nature à être ressentie de manière importune ou embarrassante lorsqu'il est raisonnablement attendu, selon les circonstances, que l'intéressé ne souhaite pas voir divulguées ses croyances, encore moins dans un lieu en présence de collègues ou de clients¹⁷⁵⁸. En effet, le droit de taire ses convictions religieuses ou son appartenance religieuse est garanti par la liberté religieuse¹⁷⁵⁹.

Sur le plan pénal, lorsqu'ils ont à connaître de discriminations en matière de relations de travail, les juges renvoient souvent les plaignants aux dispositions pénales protégeant l'*honneur personnel*, soient l'injure (art. 177 CP), la diffamation (art. 173 CP) et la calomnie (art. 174 CP)¹⁷⁶⁰. Des accusations abusives de prosélytisme et de circoncisions rituelles proférées à l'encontre d'un chirurgien hospitalier par des infirmiers du bloc opératoire peuvent constituer de telles infractions pénales, en plus de créer un environnement de travail hostile, dégradant, offensant et susceptible d'engager la responsabilité de l'employeur s'il n'agit pas pour mettre fin au harcèlement discriminatoire¹⁷⁶¹.

Sur le plan civil, le dénigrement ou le harcèlement d'un travailleur en raison de ses croyances religieuses est une atteinte à sa personnalité¹⁷⁶². Si le travailleur est continuellement discriminé en raison de sa religion au point de rendre le travail insupportable, il peut refuser d'exécuter le travail tout en ayant droit à son salaire, car il s'agit d'une violation permanente de la protection de sa personnalité qui constitue un cas de demeure fautive de l'employeur (*cf.* art. 324 CO)¹⁷⁶³.

¹⁷⁵⁸ TC VD 6 mai 2020, c. 4, JAR 2021 595, dans une affaire concernant la référence à l'orientation sexuelle d'un employé de tea-room par la supérieure hiérarchique aux alentours de midi (soit à un moment où il pouvait y avoir beaucoup de clients), le Tribunal cantonal vaudois a précisé que l'atmosphère de travail n'était pas un motif pertinent, ni même le fait qu'il s'agissait d'une plaisanterie un peu lourde, sans qu'une volonté subjective de rabaisser ne fût établie.

¹⁷⁵⁹ CourEDH, arrêt *Alexandridis c. Grèce* du 21 février 2008, 19516/06, § 38 (avocat obligé de révéler qu'il n'était pas chrétien orthodoxe lors de la prestation de serment); CR Cst.-MARTE-NET/ZANDIRAD, art. 15 N 75.

¹⁷⁶⁰ TF 1^{er} novembre 2010, 6B_361/2010, c. 4.4.2; TF 29 décembre 2011, 6B_647/2011, c. 2.5; WITZIG, Droit du travail, N 1693.

¹⁷⁶¹ Voir, pour ce cas, Halde, Délibération n° 2009-125 du 2 mars 2009.

¹⁷⁶² BÜCHLER, 439.

¹⁷⁶³ Dans ce sens WITZIG, Droit du travail, N 1697. Voir, en France, Halde, Délibération n° 2005-92 du 9 janvier 2006; Défenseur des droits, décision n°s MLD-2012-53 du 26 mars 2012, MLD-2015-122 du 5 mai 2015 et MLD-2016-168 du 13 juillet 2016 (allégation par un sergent de l'armée de harcèlement moral fondé sur son origine et ses convictions religieuses à la suite d'un oubli d'un livre de prières dans une salle commune, qui lui a valu d'être accusé de faire du prosélytisme religieux).

Dans une affaire saint-galloise, un peintre en bâtiment de confession juive fut licencié après s'être plaint auprès de son employeur que son supérieur hiérarchique qualifiait de «juifs» («*Juden*») les défauts de peinture résultant de son travail. Le tribunal a considéré que l'employeur avait failli à protéger la personnalité de son salarié face à l'attitude de son supérieur hiérarchique qui affublait les imperfections de son travail de l'adjectif «juif» en référence à sa confession, tout en relevant les usages de la branche du bâtiment qui faisaient montre d'un certain jargon rustre. L'employeur, averti de la plainte du salarié dénigré, n'avait pas réagi autrement que par le licenciement de ce dernier, alors qu'il aurait dû au contraire émettre une directive interdisant l'usage de ce terme dans ce contexte¹⁷⁶⁴.

2. *Dérives religieuses radicales au travail*

Dans quelques cas, somme toute très rares, un communautarisme religieux est susceptible de naître au travail et de dériver vers des comportements inacceptables envers des collègues qui ne sont pas coreligionnaires et compromettre gravement les bonnes relations au travail.

Un exemple éloquent, bien que le phénomène ne soit pas propre à une religion en particulier, est celui de la trentaine de bagagistes français de l'Aéroport de Genève s'étant vus retirer leurs badges de sécurité permettant d'accéder aux pistes aéroportuaires en raison de soupçons de radicalisme islamiste, et même de bagagistes fichés «S» en France (pour «sûreté de l'État»)¹⁷⁶⁵. Cet exemple est pertinent pour notre étude car des salariés décrivaient comment le radicalisme religieux influençait l'exécution et l'atmosphère de travail, en racontant notamment comment des insultes étaient proférées pour avoir sorti des déjeuners «transgressifs», des journées ponctuées par les prières de certains, notamment dans la soute d'un avion, parfois sans avertir la hiérarchie et effectuées au local commun de pause qui était confisqué durant ce laps de temps, la fermeture d'une salle de prière non autorisée, et une exclusion des collègues qui ne sont pas coreligionnaires et un refus d'adresser la parole aux femmes¹⁷⁶⁶.

En France, la Commission Stasi a mis en exergue la différence entre des aménagements volontaires afin d'accommoder certains besoins religieux, tels que l'organisation spécifique du temps de travail pour tenir compte des heures de prière, du ramadan ou des menus de la restauration collective, dans la mesure où elles ne font nullement obstacle à la bonne marche de l'entreprise, et les revendications qui dépassent les limites du «vivre ensemble», citant des responsables d'entreprises devant faire face à des

¹⁷⁶⁴ BezG SG 8 novembre 1999, JAR 2000 178.

¹⁷⁶⁵ Laure LUGON ZUGRAVU/Olivier FRANCEY, «Une trentaine d'employés interdits de tarmac à Cointrin», *Le Temps*, 8 janvier 2016.

¹⁷⁶⁶ Laure LUGON, «Aéroport de Genève: ce malaise islamiste qui étreint Cointrin» et «À Genève, un ex-bagagiste raconte ses craintes», *Le Temps*, respectivement 27 janvier et 2 février 2016.

salariés refusant de serrer la main de leurs collègues, d'autres qui ne reconnaissent pas l'autorité de cadres lorsqu'il s'agit de femmes, etc., ce qui fragilise la concorde existant dans l'entreprise entre les salariés aux différentes convictions¹⁷⁶⁷.

De tels actes mettent gravement en danger la paix du travail, constituent un trouble au bon fonctionnement d'une entreprise et représentent une violation grave de l'obligation de fidélité du travailleur. En particulier, refuser de travailler avec ou sous les ordres d'une femme constitue une violation du devoir de diligence et de fidélité (art. 321a CO) et une atteinte à sa personnalité (art. 328 CO) qui peut constituer une forme de harcèlement sexuel (art. 4 LEg), ce qui appelle une intervention impérative de l'employeur, ce dernier devant s'assurer qu'un travailleur respecte la personnalité de tous ses collègues et sanctionner les manquements à cette obligation¹⁷⁶⁸. S'il ne fait pas ce qui est raisonnablement exigible de sa part, il devra répondre du dommage causé au travailleur, potentiellement sur la base de la loi sur l'égalité si le harcèlement est de nature sexuelle (art. 5 al. 3 LEg)¹⁷⁶⁹.

Synthèse du Chapitre 5

Au cours des rapports de travail, nous avons d'abord observé que nonobstant le classement du contrat de travail dans le code des obligations, les principes généraux du droit civil siéent mal au droit du travail, frappé de cette double nature contractuelle-égalitaire et communautaire-inégalitaire le rendant peu adapté aux solutions civilistes qui ne peuvent fonctionner qu'en présence d'une égalité sinon économique, au moins juridique entre les contractants, tandis qu'en droit du travail, c'est le pouvoir de direction unilatérale reconnue à l'employeur qui aura le plus souvent le fin de mot de l'histoire en cas de divergences d'opinions entre le salarié et le patron sur des questions liées à la religion (**I.B**), en raison de la subordination du travailleur à l'autorité de l'employeur (**I.A**).

Cette subordination a bien fait d'être rappelée en l'abord de ce chapitre en tant qu'elle est le marqueur juridique central de la liberté religieuse dans les rapports de travail. Vis-à-vis des rites religieux au travail, quoique le travailleur ne fasse point déréliction de ses droits fondamentaux en s'engageant dans un rapport de travail et y conserve une sphère d'autonomie qui peut se manifester durant les pauses, les congés et à sa

¹⁷⁶⁷ Commission Stasi, 44.

¹⁷⁶⁸ Si le devoir de l'employeur de protéger la personnalité de ses travailleurs s'étend aux actes *provenant* de tiers, l'inverse n'est pas vrai, en ce sens qu'il ne s'étend pas aux comportements des salariés *envers* les tiers ; un salarié qui ferait du prosélytisme religieux envers les clients ou qui refuserait de serrer la main d'une cliente dans une relation d'affaires négociée au nom de son employeur se verrait tout bonnement averti ou licencié pour violation de son devoir de diligence et de fidélité.

¹⁷⁶⁹ BÜCHLER, 439.

place de travail, le travailleur voit sa liberté religieuse drastiquement limitée en raison des contraintes professionnelles qui pèsent sur lui (temps de loisir diminué, devoir de diligence et de fidélité durant les heures de travail, préservation de la paix au travail, etc.). Vu l'importance capitale que joue la liberté de culte pour les croyants, le droit du travail tente d'opérer des arbitrages parfois imaginatifs entre contraintes professionnelles temporelles et spatiales propres à l'organisation du travail décidée par l'employeur et rites religieux des salariés. Certains rites religieux tels que la prière prennent ainsi place pendant le temps de travail et nécessitent en conséquence un aménagement de l'horaire de travail tandis que d'autres rites tels que le pèlerinage et la participation à des fêtes religieuses requièrent au contraire une absence du travail par une prise de congé pour les accomplir (II.A). Une seconde catégorie de rites se rapportent au lieu de travail, qui peut largement faire l'objet d'ornementations religieuses et culturelles individuelles, et impliquent parfois un aménagement spécifique du lieu de travail, lesquels ne sont en règle générale pas exigibles de l'employeur, le droit suisse du travail ne connaissant pas la notion d'aménagement raisonnable ou de droit à une prestation positive (II.B).

S'agissant des pratiques religieuses en dehors du travail, la liberté de religion des salariés est logiquement plus étendue, bien qu'elle ne soit pas illimitée. Nous avons pu mettre en évidence l'irruption des droits fondamentaux au sein de ce que d'aucuns ont appelé l'«espace social» du travail, situé entre le domaine public et le domaine privé (III.A), qui donne la mesure générale du devoir de loyauté que peut exiger l'employeur de son salarié, selon qu'il s'agit plus spécifiquement d'une entreprise de tendance où il existe un «devoir de loyauté» destiné à sauvegarder la crédibilité de l'entreprise (III.B) ou de la fonction publique, caractérisée par le «devoir de réserve» du fonctionnaire censé préserver l'intégrité de l'appareil étatique (III.C).

Quant au conflit de conscience au travail, l'on pouvait croire que basiquement, le problème d'un travailleur qui refuserait d'exécuter le travail pour lequel il a été engagé se réglait en se référant au principe «*pacta sunt servanda*» qui traduit la force obligatoire du contrat : celui qui conclut de son plein gré un contrat de travail qui le met en conflit avec sa conscience ou l'oblige à adopter un certain comportement avec lequel il ne se sent pas en accord doit tout de même exécuter son obligation contractuelle en vertu du principe de la bonne foi. Mais l'affaire s'est révélée plus complexe, les différents motifs générant – et contrecarrant – le conflit de conscience du travailleur s'avérant plus ou moins dignes de protection juridique (IV.A), laquelle protection dépend également de la *prévisibilité* du conflit survenant (IV.B), et entraînant dans tous les cas diverses conséquences pour les droits et obligations du travailleur en fonction des cas considérés selon la typologie que nous avons établie (IV.C).

Concernant le port de signes religieux au travail, nous avons tout d'abord rappelé que l'apparence des travailleurs fait partie de leur personnalité; l'employeur peut édicter

des directives relatives aux vêtements et plus généralement à l'apparence extérieure des travailleurs mais celles-ci doivent être objectivement fondées sur les exigences du travail à effectuer, limitées au strict nécessaire, proportionnées au but recherché et éviter tout soupçon de discrimination (**V.A**). L'hygiène, la santé et la sécurité publiques constituent ensemble un motif de restriction à la liberté de porter des signes religieux reconnu de longue date par la jurisprudence dans les rapports de travail, qu'ils soient de droit public ou de droit privé (**V.B**). La laïcité constitue le motif de restriction ultime à la liberté de revêtir des signes religieux visibles dans la fonction publique, mais il n'est pas un blanc-seing laissé à l'État pour châtrer toute expression religieuse des fonctionnaires. Plus précisément, le principe de laïcité se module en fonction du contexte dans lequel il s'applique (à l'école, dans les tribunaux ou à l'hôpital), et met au jour la considérable marge d'appréciation laissée par la Cour européenne des droits de l'homme en fonction du régime laïque en vigueur dans tel État ou État fédéré (**V.C**). Dans les entreprises privées, l'évolution la plus significative sur le continent est la reconnaissance juridique de la légitimité des politiques de neutralité non pas religieuse, mais *convictionnelle* (recouvrant les convictions religieuses, philosophiques et spirituelles), reconnaissance dont on a pu mettre en évidence la filiation avec le principe de neutralité religieuse – et non de laïcité – qui règne sans contredit dans la fonction publique. Si les employeurs ont d'abord motivé leur démarche par une volonté de projeter une *image commerciale* vis-à-vis de la clientèle, un élargissement à d'autres motifs s'est donné à voir par la suite pour légitimer une telle politique, tels que la prévention des conflits sociaux à l'*interne* de l'entreprise, obligeant la Cour de justice de l'Union européenne à jouer les équilibristes pour fixer les conditions de validité de ces politiques, avec un certain tâtonnement. Où l'on se situe face à un élan inédit d'entremêlements de motifs économiques, sociaux et politiques invoqués par les employeurs privés dans les nouvelles justifications à la limitation de l'expression religieuse au travail (**V.D**).

Enfin, la problématique de la religion au travail a son lot d'influences sur les relations professionnelles, lesquelles sont au sommet des éléments qui comptent le plus pour les travailleurs suisses. L'expression de foi au travail est possible et même bienvenue en tant que le travail représente un lieu de socialisation entre personnes (**VI.A**), tant qu'elle ne dérive pas au « harcèlement religieux » ou à l'extrémisme religieux, auquel cas l'employeur peut et doit prendre des mesures afin protéger la personnalité des travailleurs dénigrés (**VI.B**).

Chapitre 6: La religion à la fin et après les rapports de travail

La rupture du rapport de travail pour des motifs tenant à la religion fait l'objet d'une évolution juridique qu'il sied d'analyser avec soin, dans la mesure où la liberté de résilier, principe fondamental du droit du travail suisse, s'est confrontée à une jurisprudence – suisse et européenne – plus protectrice du salarié compte tenu de la valeur axiologique croissante accordée à la liberté de religion et aux droits fondamentaux en général dans les rapports de droit privé (I).

À l'extinction du rapport de travail subsistent aussi quelques *devoirs post-contractuels* en relation avec les données personnelles portant sur la religion, tels que la mention de la religion et des pratiques religieuses dans l'établissement du certificat de travail que tout employeur doit établir, les informations que l'employeur est en droit de communiquer en lien avec les croyances et pratiques religieuses de son ancien salarié ainsi que le devoir respectif du salarié et de l'employeur de ne pas se nuire de façon déloyale après les rapports de travail (II).

Enfin, la contestation judiciaire d'un licenciement ne va pas de soi pour les travailleurs ecclésiastiques. La relation juridique qui lie le salarié ecclésiastique à son employeur revêt une double nature *spirituelle* et *professionnelle*, et si on peut la présumer préservée du conflit prud'homal, elle n'échappe en réalité pas à la *juridicisation* et à la *judiciarisation* de notre temps¹⁷⁷⁰, l'importance croissante du juridique constituant inéluctablement «un des événements marquants de la vie de toutes les sociétés démocratiques ces dernières années»¹⁷⁷¹. Si l'on en suit la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et du Tribunal fédéral, la relation de travail ne saurait être «cléricalisée» au point d'être totalement soustraite du droit civil¹⁷⁷², mais cette affirmation aura le mé-

¹⁷⁷⁰ Lire p.ex. Jérôme PÉLISSE, «Judiciarisation ou juridicisation? Usages et réappropriations du droit dans les conflits de travail», *Politix* 2009 73-96.

¹⁷⁷¹ Antoine GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2000.

¹⁷⁷² WILLMANN, 153 s.

rite d'être nuancée dans la tension qui se manifeste entre les *tribunaux ecclésiastiques* et les *tribunaux étatiques* concernant l'invocation de prétentions patrimoniales par des salariés ecclésiastiques (III).

I. Licenciement fondé sur des motifs religieux

Un principe fondamental de l'ordre juridique suisse est la liberté contractuelle qui comprend la liberté de résilier, y compris dans le domaine du droit du travail, la résiliation abusive étant l'exception¹⁷⁷³. Il n'est dès lors pas étonnant que la Suisse n'ait pas ratifié la Convention OIT n° 158 sur le licenciement qui dispose qu'un «travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise», créant ce faisant une nécessité de justification comme condition de tout licenciement¹⁷⁷⁴.

Il sied à cet égard de nuancer cette liberté de résiliation à double titre en droit suisse : d'abord, si le caractère abusif d'un congé n'est reconnu que restrictivement par la jurisprudence, cela vaut en matière de licenciement dit «ordinaire», c'est-à-dire respectant le délai légal ou contractuel applicable au rapport de travail (art. 336 CO), mais pas pour le licenciement dit avec effet immédiat, qui met fin en droit et en fait au rapport de travail immédiatement et nécessite un *juste motif* (art. 337 CO), qui est admis à titre exceptionnel et fait l'objet d'un contrôle notablement plus sévère des tribunaux¹⁷⁷⁵.

En second lieu, la liberté de résilier prévaut surtout dans les rapports de travail de droit privé, tandis que dans la fonction publique, les travailleurs jouissent d'une protection accrue contre la rupture du rapport de travail unilatérale par l'employeur qui doit justifier de «motifs objectivement suffisants» (cf. art. 10 al. 3 LPers)¹⁷⁷⁶. Si le licenciement est abusif (dans le cas d'un licenciement ordinaire) ou sans juste motif (dans le cas d'un licenciement avec effet immédiat), le travailleur peut réclamer une indemnité qui tiendra compte de toutes les circonstances et peut s'élever jusqu'à six mois de salaire (art. 336a et 337c al. 3 CO)¹⁷⁷⁷.

Le licenciement ne doit pas s'interpréter *stricto sensu*, la Cour de Strasbourg ayant reconnu qu'une ingérence dans l'exercice des droits protégés par la liberté religieuse

¹⁷⁷³ TF 10 octobre 2018, 4A_78/2018, c. 3.1.1; TF 20 août 2018, 4A_375/2018, c. 2.1; TF 25 juillet 2018, 4A_485/2017, c. 3.1; WYLER/HEINZER, 782.

¹⁷⁷⁴ Art. 4 de dite Convention, adoptée le 22 juin 1982.

¹⁷⁷⁵ WITZIG, Droit du travail, N 854; CAMASTRAL, 184, pour l'hypothèse de l'exercice d'un droit fondamental.

¹⁷⁷⁶ WITZIG, Droit du travail, N 735. Lire à ce sujet WYLER/BRIGUET, *passim*.

¹⁷⁷⁷ BÜCHLER, 450.

pouvait prendre tant la forme d'un «licenciement [que d'un] non-renouvellement de contrat de travail [de durée déterminée]¹⁷⁷⁸. Autrement dit, toute fin de rapport de travail imposée au travailleur pour des motifs inhérents à ses croyances ou pratiques religieuses peut s'analyser comme une atteinte à la liberté religieuse.

Deux hypothèses, que l'on retrouve peu ou prou dans la jurisprudence strasbourgeoise, nous intéressent particulièrement: le licenciement fondé sur la *religion* du travailleur en tant que raison inhérente à sa personnalité (**A**) et celui fondé sur l'*exercice de sa liberté religieuse* en tant qu'exercice d'un droit constitutionnel (**B**). L'observation de la jurisprudence tant du Tribunal fédéral que de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne montrera que l'on est passé de l'*alternative «démission ou soumission» au droit de contester le licenciement* (**C**), mettant au jour la protection croissante accordée à la liberté religieuse à la fin des rapports de travail.

A. Congé fondé sur les *croyances religieuses* du travailleur

Le droit suisse qualifie d'abusif le congé donné par une partie au rapport de travail pour une *raison inhérente à la personnalité de l'autre partie*, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail¹⁷⁷⁹ ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 let. a CO). Cette hypothèse concerne essentiellement le *congé discriminatoire fondé sur la religion du salarié* (**1**), plus marginalement le *licenciement-fusible fondé de la religion* (**2**) et la *clause résolutoire fondée sur la religion* (**3**).

1. *Congé discriminatoire fondé sur la religion*

Cette disposition vise en d'autres termes le congé discriminatoire fondé sur la *religion* du travailleur, ici entendue comme ses croyances religieuses, dit autrement comme caractéristique de sa personnalité et indépendamment de tout exercice de sa liberté religieuse¹⁷⁸⁰. Un licenciement motivé par la conversion religieuse d'un salarié qui déplairait à l'employeur serait bien évidemment abusif, car il s'agirait d'un congé fondé sur des motifs de pure convenance personnelle représentant une violation crasse de la per-

¹⁷⁷⁸ CourEDH, arrêts *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015, Rec. 2015-VIII et *Ivanova c. Bulgarie* du 12 avril 2007, 52435/99, § 84.

¹⁷⁷⁹ La formulation de cette première branche de l'alternative est maladroitement rédigée: l'idée est en réalité que la caractéristique inhérente à la personnalité empêcherait le travailleur d'exécuter le contrat de travail (WITZIG, Droit du travail, N 750).

¹⁷⁸⁰ ATF 130 III 699, c. 4.1; Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail» et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le CO, FF 1984 II 574, 622 s.

sonnalité du salarié ainsi qu'une discrimination en raison des croyances religieuses¹⁷⁸¹.

Il faut réserver le cas où la nouvelle appartenance religieuse du salarié s'avère incompatible avec l'éthique promue par l'employeur de tendance religieuse. Ce motif justificatif concernera surtout les travailleurs qui promeuvent ou représentent la tendance de leur employeur religieux, notamment si leurs croyances religieuses ont été prises en compte pour la décision d'embauche car représentant un point central de l'image de l'entreprise¹⁷⁸².

L'autre exception est celle où une conversion religieuse s'accompagnerait de nouvelles pratiques religieuses incompatibles avec l'exécution du travail (par exemple un sommelier qui se convertirait à une religion prohibant tout contact avec l'alcool et refusant dorénavant de goûter le vin) ou posant des complications insurmontables dans l'organisation du travail (travailleur converti au judaïsme et respectant *shabbat* en étant salarié dans un commerce ouvert tous les samedis sans possibilité raisonnable d'aménagement de l'horaire de travail), mais l'on passe alors dans l'hypothèse du congé fondé sur les pratiques religieuses du travailleur.

2. *Licenciement-fusible fondé sur la religion*

Dans l'affaire saint-galloise du supérieur hiérarchique qui qualifiait de « juifs » (« *Juden* ») les défauts de peinture commis par son subordonné de religion juive, le tribunal de district a jugé abusif le licenciement du travailleur qui faisait valoir de bonne foi une prétention résultant du contrat de travail, en l'occurrence la cessation de l'usage de ce terme dénigrant dans un contexte professionnel, sur la base de l'art. 336 al. 1 let. d CO, qui qualifie le congé d'abusif lorsque le travailleur fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail, même si elles sont infondées, ce qui comprend le droit de ne pas être discriminé par des collègues, tiers ou supérieurs en raison de ses croyances ou pratiques religieuses¹⁷⁸³.

Où l'on voit que l'employeur a la responsabilité d'éviter que règne une atmosphère de travail caractérisée par des attaques sur la religion des travailleurs; il doit réagir face à une telle situation en prenant des mesures contre les auteurs d'un tel comportement, et

¹⁷⁸¹ CAMASTRAL, 170. Voir aussi TF 29 octobre 2014, 8C_111/2014, c. 6, où la recourante, secrétaire dans un service de l'État de Neuchâtel, allègue l'art. 15 Cst. et fait valoir qu'elle est victime d'une discrimination confessionnelle dès lors que ses problèmes relationnels au travail seraient survenus à la suite de l'annonce de sa conversion à la religion musulmane. Le TF rejette ce grief, à l'évidence mal fondé, car aucun indice dans ce sens ne ressort du dossier. En France, cf. pour ce cas de figure CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, n° 91.406, *Rec.*

¹⁷⁸² BÜCHLER, 448; CAMASTRAL, 166.

¹⁷⁸³ BezG SG 8 novembre 1999, JAR 2000 178, c. 2.

ne peut pas se contenter de licencier les salariés victimes de ces attaques – ce que la jurisprudence appelle un licenciement-fusible¹⁷⁸⁴.

3. *Clause résolutoire fondée sur la religion*

Dans le chapitre consacré à la religion dans la phase précontractuelle nous avons vu qu'il était possible, sous certaines strictes limites, d'instituer une condition suspensive à l'engagement du travailleur, par exemple à la sortie d'une association religieuse aux idées incompatibles avec celles du nouvel employeur¹⁷⁸⁵. Examinons maintenant ce qu'il en est au temps du licenciement. Conformément au droit des obligations, un contrat de travail peut être, en principe, résilié par la survenance d'une condition *résolutoire* qui, affectant une convention dont l'exécution est continue, produira ses effets – en principe – sans rétroactivité¹⁷⁸⁶.

Si l'on reprend l'exemple de l'employeur de tendance souhaitant s'assurer que son prêtre respecte le célibat consacré, la velléité de stipuler une condition *résolutoire* (en vertu de l'art. 154 CO) qui résoudrait le contrat de travail en cas de mariage du travailleur pastoral serait condamnée à la nullité par la préséance de la liberté de se marier, droit *inamissible*. Seul le recours à l'instrument du licenciement, qui constitue l'exercice d'un droit formateur, en arguant d'une violation de son devoir de fidélité particulier (art. 321a CO), sera juridiquement convenable pour produire le résultat désiré.

La question des clauses de «célibat contractuel» a fait l'objet de décisions contradictoires en France, en Allemagne et en Belgique. La «clause de célibat» dans le contrat de travail d'une hôtesse de l'air a été jugée contraire au droit en Allemagne et en France¹⁷⁸⁷. En Belgique, une institutrice d'établissement d'enseignement confessionnel qui, divorcée, s'était remariée, avait été licenciée sans respect de préavis, ayant été signifié à l'intéressée que «le contrat était annulé par le fait d'une condition résolutoire»¹⁷⁸⁸. Deux thèses s'opposaient alors : d'une part celle de l'employée qui soutint que ladite clause est contraire à l'ordre public et à la Convention européenne des droits de l'homme, d'autre part celle qui consista à faire valoir que cette clause avait été librement consentie. Le jugement rendu par le tribunal du travail de Liège a décidé que cette clause était illicite¹⁷⁸⁹, mais la cour du travail a jugé l'affaire dans le sens contraire en appel, mettant l'accent sur la liberté contractuelle des parties et la crédibilité des employeurs de tendance religieuse, disant notamment «qu'aucune institution

¹⁷⁸⁴ ATF 131 III 535; TF 28 avril 2017, 4A_485/2016, c. 2.2.1; WYLER/HEINZER, 819 s.

¹⁷⁸⁵ Cf. *supra* Chap. 4, III, B, 2.

¹⁷⁸⁶ PATTE, 562. Pour un exemple en droit du travail, cf. TF 17 novembre 2016, 4A_297/2016, c. 4.2.

¹⁷⁸⁷ BK-KRAMER, art. 19/20 CO N214, et les réf. citées (Cour d'Appel de Paris, 30 avril 1963, Dalloz 1963 428 [note ROUAST]).

¹⁷⁸⁸ PATTE, 563.

¹⁷⁸⁹ Trav. Liège, 15 juin 1973, cité par PATTE, 563 nbp 139.

qui défend un projet religieux, moral ou politique ne saurait admettre en son sein des personnes qui ne respectent pas les règles établies par cette institution»¹⁷⁹⁰.

Les mentalités ayant évolué, la Convention OIT n° 158 sur le licenciement – qui n’a pas été ratifiée par la Suisse – exclut l’état matrimonial comme motif valable de licenciement (art. 5 let. d). Nonobstant cette absence de ratification par la Suisse, attendu l’évolution des mœurs et des conceptions sociales (notamment la banalisation du divorce), l’importance croissante accordée aux droits au respect de la vie privée et du mariage (cf. respectivement art. 8 et 12 CEDH) et du fait qu’une compagnie aérienne n’est pas une entreprise de tendance, un licenciement fondé sur une telle clause de célibat serait abusif en droit suisse.

Dans le cas d’un salarié d’une entreprise de tendance religieuse qui serait licencié pour avoir divorcé et violé ce faisant le principe d’indissolubilité consacré par la doctrine catholique, le caractère éventuellement abusif du licenciement dépendrait des circonstances concrètes telles que la position du salarié dans l’entreprise, le dégât d’image concret causé par une telle violation du devoir de fidélité, les précédents licenciements prononcés dans l’entreprise fondés sur ce même motif ou encore l’ancienneté du travailleur¹⁷⁹¹.

B. Congé fondé sur les pratiques religieuses du travailleur

Le congé est également abusif lorsqu’il est donné en raison de l’exercice par le travailleur d’un droit constitutionnel, tel que la liberté religieuse, à moins que, comme l’hypothèse précédente, l’exercice de ce droit ne viole une obligation résultant du contrat de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l’entreprise (art. 336 al. 1 let. b CO)¹⁷⁹². Ainsi le licenciement fondé sur le port de signes religieux par un salarié appartient à cette catégorie¹⁷⁹³.

La réserve contenue à l’art. 336 al. 1 let. b CO *in fine*, identique à celle de la lettre *a*, s’appliquera, comme pour cette dernière, principalement dans les entreprises de tendance. L’exercice de la liberté religieuse du travailleur se confronte souvent avec des droits fondamentaux dont l’employeur de tendance religieuse est titulaire. En vertu du devoir de loyauté accru des salariés des *Tendenzbetriebe*, le congé donné par l’employeur en raison de l’exercice par le travailleur d’une liberté fondamentale ne serait pas abusif si l’exercice de ce droit viole ledit devoir de loyauté accru¹⁷⁹⁴. Ainsi un em-

¹⁷⁹⁰ Cour Trav. Liège, 27 juin 1974, cité par PATTE, 564 nbp 140 et KARLEN, Religionsfreiheit, 321.

¹⁷⁹¹ Voir, pour ce cas en droit allemand, BAG, 8 septembre 2011, 2 AZR 543/10, à propos d’un médecin-chef d’un hôpital catholique.

¹⁷⁹² TF 22 avril 2002, 4C.72/2002, c. 2a et doctrine citée.

¹⁷⁹³ RegG Bern-Mittelland 8 septembre 2016, CIV 16 1317 P57/BLM; BezG Arbon (TG), 17 décembre 1990, c. 3b, JAR 1991 254, RSJ 1991 176, c. 4.a.

¹⁷⁹⁴ CR CO I-WITZIG, art. 321a N 18; CAMASTRAL, 53; WYLER/HEINZER, 794.

ployeur de tendance serait légitimé à se séparer d'un travailleur qui afficherait publiquement des convictions religieuses diamétralement opposées à celles de l'entreprise¹⁷⁹⁵.

Les exceptions légitimant le licenciement sont également valables dans les entreprises à but lucratif. Un salarié qui prierait pendant ses heures de travail devant ses collègues ou les clients contre la directive expresse de l'employeur violerait son devoir de fidélité et porterait atteinte, dans les cas les plus graves, à la paix du travail¹⁷⁹⁶.

Mais la distinction n'est pas toujours claire avec la lettre *a*. Une situation peut relever des deux lettres simultanément¹⁷⁹⁷. Dans le cas du postier refusant de distribuer des envois à caractère érotique en raison de ses convictions religieuses et en ne se conformant pas aux instructions et mises en garde de son employeur, le Tribunal administratif fédéral jugea que le comportement du salarié avait nui au bon fonctionnement du service, et que le licenciement ne pouvait manifestement pas être abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO et de l'art. 336 al. 1 let. b CO, sans distinguer les deux lettres¹⁷⁹⁸. *L'appartenance à une association religieuse* pose le mieux la question de la délimitation entre les deux lettres (1).

Le conflit de conscience pose aussi des questions particulières au stade de la rupture du rapport de travail, dans la mesure où l'obligation de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur comprend jusqu'à un certain point l'obligation de lui trouver un travail de substitution avant de recourir au licenciement (2).

Enfin, l'examen attentif de la jurisprudence rendue en matière de licenciement pour des motifs religieux conduit à l'observation suivant laquelle l'égalité de traitement est moins pregnante au stade du licenciement que durant les rapports de travail, cet instrument constituant l'acte formateur par excellence de l'employeur, lequel bénéficie d'un pouvoir d'appréciation élevé pour juger du maintien ou de la rupture du rapport de confiance indispensable à la poursuite des rapports de travail (3).

1. *Appartenance à un mouvement religieux*

Le licenciement du travailleur fondé sur l'appartenance religieuse de ce dernier à un mouvement religieux ou à une organisation religieuse s'analyse sous l'angle de l'art. 336 al. 1 let. b CO en tant qu'il s'agit de l'exercice de la liberté religieuse associative (art. 15 et 23 Cst. ; 9 et 11 CEDH), ainsi que l'ont considéré les juges cantonaux, dans un raisonnement que le Tribunal fédéral a tenu pour conforme au droit fédéral,

¹⁷⁹⁵ WITZIG, Droit du travail, N 764 ; SUBILIA/DUC, art. 336 N 24.

¹⁷⁹⁶ BÜCHLER, 448.

¹⁷⁹⁷ CAMASTRAL, 170, qui tient pour critère de distinction le bien « actif » de l'art. 336 al. 1 let. b CO.

¹⁷⁹⁸ TAF 14 juin 2011, A-4659/2010, c. 6.3.

pour le cas d'un juriste d'un syndicat licencié pour avoir été membre et responsable d'une Église/secte aux idées de droite¹⁷⁹⁹.

Le licenciement d'un chauffeur d'une société privée transportant des personnes handicapées, en majorité d'origine asiatique, en raison de son appartenance à un parti d'extrême droite (le *British National Party*) qui, à l'époque des faits, n'était ouvert qu'aux ressortissants britanniques de race blanche, est une violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Le requérant fit l'objet d'une procédure de licenciement sommaire au motif qu'il aurait pu « provoquer des sentiments d'angoisse chez les passagers ». La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation de la liberté d'association lue à la lumière de la liberté d'expression en estimant au vu de l'importance des partis politiques pour le bon fonctionnement de la démocratie qu'un système juridique qui permet de licencier un salarié uniquement en raison de son appartenance à un parti politique est potentiellement générateur d'abus et donc intrinsèquement déficient¹⁸⁰⁰.

Dans cette affaire, le droit anglais en vigueur au moment des faits ne permettait d'introduire une plainte pour licenciement abusif durant la première année des rapports de travail que si le licenciement était motivé par une discrimination fondée sur les critères de *grossesse*, *race*, *sexe* ou *religion*, considérés comme des éléments d'identité indétachables du travailleur. Le licenciement aurait été à plus forte raison abusif s'il avait été licencié en raison de son appartenance à une religion ou même à une association religieuse – à tout le moins qui ne soit pas connue pour mener des activités illégales¹⁸⁰¹ –, en tant que le critère de la *religion* fait l'objet d'un traitement juridique renforcé en comparaison avec les opinions politiques. Il en serait allé différemment s'il s'agissait d'un poste « qualifié » au sein d'une entreprise de tendance religieuse (*Tendenzträger*), l'employeur étant alors fondé à restreindre la liberté d'association pour des raisons de crédibilité, ainsi que dans la fonction publique afin de préserver la neutralité des agents de l'État aux yeux du public¹⁸⁰².

2. *Conflit de conscience*

En cas de conflit de conscience face à l'exécution du travail, lorsque le refus était prévisible dès l'embauche et que le salarié a menti ou caché des informations essentielles qui auraient vraisemblablement conduit l'employeur à ne pas l'embaucher, ce dernier est fondé à le licencier ordinairement lorsqu'un tel conflit de conscience intervient, voire avec effet immédiat dans les cas où le rapport de confiance est ébranlé¹⁸⁰³.

¹⁷⁹⁹ ATF 130 III 699, c. 4.2.

¹⁸⁰⁰ CourEDH, arrêt *Redfearn c. Royaume-Uni* du 6 novembre 2012, 47335/06.

¹⁸⁰¹ C'est un des critères mis en exergue par la Cour dans l'arrêt, § 47.

¹⁸⁰² *Ibid.*, § 44.

¹⁸⁰³ CAMASTRAL, 125; PAHUD DE MORTANGES/SÜESS, 136.

C'est également le cas si l'inaptitude est durable et liée au cœur de la prestation attendue par le salarié, par exemple pour le sommelier converti à l'islam qui refuse de manipuler de l'alcool; le licenciement affleure dans ce cas de figure comme la conséquence naturelle de l'état atonique des rapports de travail qui ne peuvent être poursuivis, quand bien même l'on ne peut blâmer le salarié qui s'est converti ou qui ne pouvait pour d'autres raisons anticiper de manière raisonnable ce conflit de conscience¹⁸⁰⁴. Il peut y avoir une violation du devoir de fidélité ou de diligence sans qu'il y ait nécessairement une volonté de nuire.

En revanche, nous sommes d'avis que le licenciement pourrait être abusif si le refus d'exécuter est exceptionnel et partiel, au sens où il se rapporte à une tâche accessoire, ponctuelle et que l'employeur est en mesure, face à un refus sincèrement motivé par des convictions religieuses ou philosophiques, de trouver une solution d'arrangement à peu de frais. Ainsi en irait-il du chrétien adventiste du septième jour qui ne peut travailler le samedi en vertu de sa religion, au bénéfice d'un contrat de travail excluant le travail le samedi et à qui l'employeur demanderait exceptionnellement de remplacer un collègue absent ce jour-là; le salarié pourrait légitimement refuser à notre sens sans risquer un licenciement.

Autrement dit, l'employeur ne doit pas avoir la gâchette facile en licenciant sans chercher d'autres solutions, compte tenu de la valeur axiologique croissante accordée à la liberté de conscience et de croyance¹⁸⁰⁵.

3. Une égalité de traitement moins pregnante

Pour ce qui n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence consacrant l'égalité de traitement et reste au bénéfice de la liberté contractuelle, la religion apparaîtra généralement comme un critère de licenciement discriminatoire. Certains auteurs proposent, pour déterminer si un critère de distinction ayant trait à des caractéristiques personnelles du travailleur présente un caractère discriminatoire, de se référer aux principes jurisprudentiels développés à propos de l'art. 336 al. 1 let. a CO¹⁸⁰⁶. Ce raisonnement nous semble judicieux comme porte d'entrée d'une réflexion plus affinée, puisque cette disposition prévoit aussi que des motifs justificatifs entrent en considération pour justifier un licenciement à l'apparence discriminatoire.

Ainsi, en matière de licenciement, droit formateur résolutoire par excellence en droit du travail, l'égalité de traitement y est moins pregnante, l'employeur conservant la la-

¹⁸⁰⁴ CAMASTRAL, 125.

¹⁸⁰⁵ KARLEN, Religionsfreiheit, 439, applique l'art. 337 CO en considérant qu'il s'agit d'un juste motif propre à rompre la confiance entre les parties tout en relevant que les vues religieuses ne changent pas comme l'on change de chemise (« *Es ist allerdings zu bedenken, dass man religiöse Ansichten nicht wie das Hemd wechselt* »), ce qui nous paraît légèrement contradictoire, mais met parfaitement en lumière l'hésitation dans ce cas épineux.

¹⁸⁰⁶ WYLER/HEINZER, 476 s.

titude lui seyant pour mettre fin au rapport de travail lorsqu'il estime la confiance rompue. En effet, l'égalité de traitement n'est pas un principe autonome en droit du travail, mais l'expression de l'obligation générale de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur¹⁸⁰⁷. Un travailleur licencié en raison d'un manquement à ses obligations professionnelles à cause de l'exercice de sa liberté religieuse ne pourra pas invoquer dans tous les cas un licenciement discriminatoire, si ce manquement n'était pas équivalent à celui provoqué par un de ses collègues ayant également fait usage de sa liberté religieuse sans avoir été licencié, car ce serait nier à l'employeur tout pouvoir d'appréciation dans l'exercice de son droit formateur¹⁸⁰⁸.

En revanche, aucune discrimination n'est admise dans le licenciement en fonction des différentes religions, à moins que cette différence de traitement ne se justifie par une raison objective: un symbole religieux *visible* (voile islamique, turban sikh, kippa juive ou pendentif de croix sur les vêtements) porté en contrariété avec les directives (par hypothèse licites) de l'employeur et ayant conduit au licenciement du travailleur n'est pas comparable à un signe religieux *invisible* porté par des collègues de religions différentes qui ont conservé leur travail¹⁸⁰⁹. À plus forte raison, le licenciement sera discriminatoire si l'employeur autorise certains salariés à revêtir un signe religieux sans accorder le droit de revêtir le même signe à d'autres salariés occupant les mêmes fonctions, comme l'a rappelé le Tribunal du district d'Arbon en Thurgovie, le «mérite» de certains salariés («*verdiente Mitarbeitererinnen*») et l'ancienneté ne constituant pas des motifs de distinction objectifs et légitimes¹⁸¹⁰.

C. De l'alternative « démission ou soumission » à l'obligation de reclasser le salarié

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la manifestation de la liberté religieuse dans l'entreprise a substantiellement évolué au fil des décennies en ce qu'elle est basiquement passée de l'alternative « démission ou soumission » au droit de manifester sa liberté de religion au travail, sous certaines restrictions¹⁸¹¹. Il

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*, 477.

¹⁸⁰⁸ Cf. TC/SG 8 avril 2008, JAR 2009 59, lequel arrêt déboute le travailleur licencié qui invoque une différence de traitement au motif que deux collègues fautifs n'avaient pas été licenciés pour des faits similaires.

¹⁸⁰⁹ Mais comme nous l'avons dit ailleurs, il convient de ne pas distinguer entre la force d'évocation et le degré de visibilité respectifs des différents signes religieux, mais de s'en tenir plutôt à une conception binaire visible-invisible du signe, sous peine pour l'employeur de se voir reprocher un exercice arbitraire du droit de résiliation.

¹⁸¹⁰ BezG Arbon (TG), 17 décembre 1990, c. 3b, JAR 1991 254, RSJ 1991 176.

¹⁸¹¹ Jean MOULY, «Licenciement et Convention européenne des droits de l'homme», in Laure Milano (édit.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Bruxelles, Nemesis/Anthemis, 2016, 83-104.

en est résulté un test de proportionnalité plus sévère pour l'employeur (1) ainsi qu'un effort de reclassement à coût nul (2).

1. Un test de proportionnalité plus sévère pour l'employeur

Une évolution sensible de la jurisprudence s'est donné à voir avec l'obligation progressive incombant aux juridictions internes, dans les affaires relatives à la religion au travail, d'un examen circonstancié des motifs ayant conduit au licenciement¹⁸¹². Alors que l'ancienne Commission des droits de l'homme considérait avec une constance éprouvée que «lorsque les obligations professionnelles d'un employé sont en conflit avec ses convictions religieuses, la possibilité de renoncer à son emploi est l'ultime garantie de son droit à la liberté de religion», la Cour dit, depuis l'affaire phare *Eweida*, que vu «l'importance que revêt la liberté de religion dans une société démocratique», plutôt que dire que la possibilité de changer d'emploi excluait toute ingérence, il valait mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'était examiné le caractère proportionné de la restriction¹⁸¹³.

L'employeur qui veut se séparer d'un salarié pour des motifs tenant à la religion ne peut plus se contenter que dire que les convictions ou pratiques religieuses du salarié sont incompatibles avec l'entreprise mais doit désormais démontrer de manière plausible et cohérente que le licenciement est motivé par des raisons objectives reconnues par le droit et proportionné au but recherché¹⁸¹⁴.

¹⁸¹² CourEDH, arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie* du 20 octobre 2009, 39128/05, § 54 (la Cour reproche aux juridictions internes de ne pas avoir examiné les raisons de la perte d'agrément du requérant).

¹⁸¹³ Comp. CommEDH, décisions *X. c. Royaume-Uni* du 12 mars 1981, 8160/78 (ch. 5 en droit: «le requérant avait la faculté de démissionner s'il estimait qu'à un moment quelconque, ses obligations pédagogiques entraient en conflit avec ses devoirs religieux»), *Knudsen c. Norvège* du 8 mars 1985, 11045/84 (p. 268: «Si les exigences de l'État se trouvent en conflit avec ses convictions, il a la liberté de renoncer à ses fonctions de pasteur au sein de l'Église officielle»), *Kontinen c. Finlande* du 3 décembre 1996, 24949/94 (p. 75: «après avoir constaté que ses horaires de travail étaient incompatibles avec ses convictions religieuses, le requérant était libre de quitter son emploi») et *Stedman c. Royaume-Uni* du 9 avril 1997, 29107/95 (p. 104: «Lorsque les obligations professionnelles d'un employé sont en conflit avec ses convictions religieuses, la possibilité de renoncer à son emploi est l'ultime garantie de son droit à la liberté de religion»), avec CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 83. On peut voir dans l'arrêt *Vogt c. Allemagne* (GC) du 26 septembre 1995, 17851/91, § 60, une évolution intermédiaire où la Cour prenait déjà en compte dans son examen de proportionnalité l'effet d'une révocation sur un fonctionnaire (sur sa réputation, la perte de ses moyens de subsistance et la possibilité de trouver un travail similaire à celui exercé jusqu'alors).

¹⁸¹⁴ Voir, en France, Halde, Délibération n° 2006-126 du 19 juin 2006 (salariée licenciée pour avoir refusé de retirer son foulard, cependant que l'employeur n'a pas respecté la procédure obligatoire pour une telle interdiction, l'a justifié de façon ambiguë et fluctuante et sans avoir prouvé qu'elle était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché).

Dans les Églises, la question se pose en termes à peine différents. La Cour de Strasbourg a longtemps considéré que la liberté religieuse ne garantit aucun droit à la dissidence à l'intérieur d'un organisme religieux ; en cas de désaccord doctrinal ou organisationnel entre une communauté religieuse et son salarié, la liberté de religion de ce dernier s'exerce par la faculté de quitter librement la communauté en question, ce qui tombe sous le sens dans la mesure où la dimension religieuse de l'office exercé est au moins aussi importante que sa dimension patrimoniale comme activité lucrative¹⁸¹⁵. En vertu de la jurisprudence de la Cour désormais fermement établie, les juridictions internes doivent aussi examiner avec « attention » et de manière « circonstanciée » les différents intérêts en présence lors de conflits entre travailleurs et employeurs à propos de questions religieuses¹⁸¹⁶.

2. *Le reclassement à coût nul*

En Allemagne, la Cour fédérale du travail a jugé que licencier un salarié de confession musulmane travaillant dans un supermarché au motif qu'il refusait d'être affecté au département des boissons pour ne pas avoir à manipuler de l'alcool était abusif lorsqu'il existait d'autres postes dans l'entreprise vers lesquels il aurait pu être transféré¹⁸¹⁷.

Les juges de la Cour de justice de l'Union européenne appellent aussi à un contrôle strict du caractère strictement nécessaire du licenciement pour atteindre le but poursuivi en se demandant si « tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à G4S [l'employeur], face à un tel refus [pour la salariée de retirer son voile], de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement »¹⁸¹⁸.

Autrement dit, la violation de la politique de neutralité religieuse dans l'entreprise par le salarié n'entraîne pas automatiquement justification du licenciement. L'employeur ne pourra procéder au licenciement que s'il n'est pas possible de reclasser le salarié sur un autre poste où il ne serait pas en contact visuel avec la clientèle¹⁸¹⁹. Cela implique, pour le salarié qui privilégie le maintien de son travail, une relégation de ses

¹⁸¹⁵ CourEDH, arrêts *Miroļubovs et autres c. Lettonie* du 15 septembre 2009, 798/05, § 80d et *Saint Synode de l'Eglise orthodoxe bulgare (métropolitaine Innocent) et autres c. Bulgarie* du 22 janvier 2009, 412/03 et 35677/04, § 137; CommEDH, décisions *Karlsson c. Suède* du 8 septembre 1988, 12356/86, 178 et *Williamson c. Royaume-Uni* du 17 mai 1995, 27008/95.

¹⁸¹⁶ CourEDH, arrêts *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, § 42 s., *Schüth c. Allemagne* du 23 septembre 2010, Rec. 2010-V, § 59 et *Obst c. Allemagne* du 23 septembre 2010, 425/03, § 45.

¹⁸¹⁷ BAG 24 février 2011, 2 AZR 636/09.

¹⁸¹⁸ CJUE 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15, § 43.

¹⁸¹⁹ Jean MOULY, « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *Recueil Dalloz* 2017 947-952.

convictions religieuses aux postes sans contact avec la clientèle¹⁸²⁰. Toutefois, l'obligation de l'employeur de rechercher une alternative, un reclassement, est immédiatement relativisée par la Cour de justice de l'Union européenne, car l'employeur ne doit pas subir une charge «supplémentaire», où l'on voit que le seuil est sensiblement plus bas que pour la doctrine de l'accommodement raisonnable qui se réfère à la charge «excessive» pour l'employeur.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne fait que transposer le principe de proportionnalité qui s'applique en matière de droits fondamentaux. Le refus de se conformer à une clause concernant uniquement les salariés en contact avec la clientèle ne devrait pas conduire à la perte de l'emploi, si un autre poste s'avère disponible sans contact visuel avec les clients. Plutôt que sanctionner le salarié de la plus sévère des manières pour avoir exprimé ses convictions religieuses, il suffit, si possible, de le sortir du champ d'application de la clause de neutralité¹⁸²¹.

Ces mesures de substitution avant de congédier le salarié ne sont-elles qu'une manifestation de la considération juridico-axiologique croissante accordée à la liberté religieuse qui traduit un réhaussement de l'examen de proportionnalité, ou contiennent-elles en germes les traces d'un accommodement raisonnable pour la religion au travail se rapprochant du droit nord-américain? À dire vrai, la portée de l'obligation pesant sur l'employeur reste floue, d'autant plus qu'elle apparaît limitée, la doctrine étant d'avis que l'employeur n'a pas l'obligation de créer un nouveau poste ni même d'aménager un poste existant¹⁸²².

Cette solution, ne faisant peser aucun coût supplémentaire sur l'employeur, peut se comprendre par le principe de proportionnalité qui s'applique en l'espèce: l'origine du problème réside dans le refus, par le salarié, de se conformer au règlement intérieur. Il peut alors sembler logique de ne pas faire peser de contrainte supplémentaire sur l'employeur, dès lors que le droit l'autorise à imposer cette neutralité dans son entreprise. Les juges n'ayant pas employé l'expression des «accommodements raisonnables», il semble qu'une théorie générale des accommodements raisonnables ait volontairement été écartée pour le moment¹⁸²³.

Une tendance générale qui se dessine est qu'un «accommodement raisonnable» avec les convictions et pratiques religieuses est imposé à l'employeur pour éviter un licenciement. Mais on est loin du véritable accommodement raisonnable dont la limite se

¹⁸²⁰ WOLMARK, 235.

¹⁸²¹ Dans le même sens PARENT/FLEURY, 17. Cette solution a été reprise par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 novembre 2017.

¹⁸²² *Ibid.*, 18.

¹⁸²³ Sophie ROBIN-OLIVIER, «Neutraliser la religion dans l'entreprise?», *Revue trimestrielle de droit européen* 2017 229-239, qui relève que les arrêts G4S et Bougnaoui font montrent d'une certaine réticence face au retour du religieux dans la société.

situé à la « contrainte excessive ». Nous verrons dans le **Chap. 7** si la distinction est plus une affaire de degré que de nature.

II. Données personnelles, religion et devoirs post-contractuels

Les devoirs à la fin des rapports de travail sont des instruments permettant aux parties d'assurer la poursuite de leur développement économique malgré la séparation. Trois devoirs en particulier nous intéressent : la mention des croyances ou pratiques religieuses sur le *certificat de travail* que l'employeur doit établir (**A**), la communication de la religion de l'ancien salarié en relation avec le *droit aux références* (**B**) et, enfin, l'*obligation de discrétion* du salarié qui perdure au-delà de la fin des rapports de travail et son pendant du côté de l'employeur, l'*atteinte à l'honneur professionnel* en relation avec les croyances ou activités religieuses du salarié (**C**). En droit du travail, la loi sur la protection des données et l'art. 328b CO agissent de concert pour protéger la personnalité du travailleur, protection qui s'étend après la fin des rapports de travail sans limitation temporelle¹⁸²⁴.

A. Mention de la religion sur le certificat de travail

Le travailleur est en droit de demander à son employeur un certificat de travail portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité et de son travail et sa conduite (art. 330a al. 1 CO). Le certificat de travail répond à une double finalité : il est destiné à favoriser l'avenir économique du travailleur, et doit à ce titre être rédigé de manière bienveillante ; d'autre part il doit donner à de futurs employeurs une image aussi fidèle que possible des activités et du comportement du travailleur, en étant complet et véridique¹⁸²⁵.

Tant dans la fonction publique que dans le secteur privé, l'appartenance à une religion de même que sa pratique privée ne peuvent être inscrites dans le dossier d'un travailleur¹⁸²⁶. Par analogie, ils ne peuvent l'être sur le certificat de travail, à moins que les opinions ou pratiques religieuses d'un ancien salarié ne trouvent une pertinence pour y figurer, ce qui n'est le cas que pour des postes religieux au sein d'entreprises de tendance, vantant par exemple telle qualité spirituelle ou érudition appréciée de l'ancien employeur dans le cadre de la mission qui lui fut confiée.

¹⁸²⁴ ATF 131 V 298, c. 6.1.

¹⁸²⁵ ATF 136 III 510, c. 4.1, JdT 2010 I 437 ; TF 13 septembre 2007, 4A_117/2007, c. 7.1.

¹⁸²⁶ MÉTILLE, 116 ss. En France, l'art. L137-2 de l'Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique en dispose expressément.

Dans une entreprise à but lucratif, les opinions et pratiques religieuses seront des informations exorbitantes d'un certificat de travail qui ne doivent pas y figurer par manque de pertinence¹⁸²⁷, sauf si elles ont eu une incidence significative sur la prestation de travail, telles que des interruptions de travail fréquentes et prolongées pour des motifs religieux au point qu'elles ont compromis la capacité du travailleur à assumer les tâches exercées ou si, au regard de la durée totale des rapports de travail, celles-ci présentent une importance considérable, en ce sens qu'à défaut de mention à ce sujet, le certificat donnerait une fausse impression quant à l'expérience acquise par le travailleur¹⁸²⁸. Mêmement, les pratiques religieuses incompatibles avec l'aptitude à travailler en équipe, telles que le refus de travailler avec des femmes, peuvent figurer sur le certificat de travail puisqu'elles indiquent la conduite du travailleur et sont importantes pour l'appréciation globale¹⁸²⁹.

Il en va enfin de même du refus affiché du travailleur d'effectuer certaines tâches qui constituaient le cœur de sa prestation de travail en raison d'un conflit de conscience; il faut y faire figurer le motif de la fin des rapports de travail s'il est nécessaire pour se faire une image d'ensemble du travailleur, ce qui serait le cas si les opinions ou pratiques religieuses ont constitué le motif du licenciement¹⁸³⁰.

B. Communication de la religion du travailleur par l'ancien employeur et droit aux références

En lien avec le certificat de travail, l'obligation de l'employeur d'accepter de servir de référence est subordonnée à une requête du travailleur, la protection de la personnalité et des données ne permettant pas à l'employeur de communiquer de telles informations à des tiers sans l'autorisation expresse du travailleur. L'autorisation de renseigner ne peut être limitée aux seuls aspects positifs de sorte qu'elle comporte le risque de permettre à l'employeur d'émettre des considérations négatives, lorsqu'elles sont justifiées au regard de l'image d'ensemble; une incertitude peut survenir quant à la portée du consentement (art. 4 al. 5 LPD), dans la mesure où le travailleur peut ne pas être conscient de certains aspects négatifs de la communication que son ex-employeur pourra être amené à transmettre¹⁸³¹.

S'agissant du périmètre des renseignements, en vertu de l'art. 328b CO, l'employeur n'est pas en droit de fournir des renseignements à un tiers allant au-delà du cadre du

¹⁸²⁷ MARTIN ANTIPAS, 19.

¹⁸²⁸ ATF 144 II 345, c. 5.2.1; TF 14 mai 2018, 4A_574/2017, c. 4; WYLER/HEINZER, 526; MARTIN ANTIPAS, 16.

¹⁸²⁹ MARTIN ANTIPAS, 19.

¹⁸³⁰ TF 5 septembre 2003, 4C.129/2003, c. 6.1; MARTIN ANTIPAS, 20 s., qui interprète restrictivement cette possibilité.

¹⁸³¹ WYLER/HEINZER, 467.

certificat de travail sans que le travailleur concerné en soit avisé et ait donné son accord¹⁸³². Il ne peut ainsi pas renseigner un potentiel employeur sur les croyances et pratiques religieuses d'un travailleur, même si elles ont causé des soucis à l'ancien employeur, puisque ces informations, qui plus est qualifiées de *données sensibles* par la loi sur la protection des données (art. 3 let. c ch. 1 LPD), sont exorbitantes des informations normalement contenues dans un certificat de travail. Il faut réserver le consentement *explicite* du travailleur (art. 4 al. 5 LPD) ou les informations concernant l'aptitude du travailleur à remplir son emploi dans une entreprise de tendance religieuse¹⁸³³.

La situation la plus délicate est celle d'un travailleur aux pratiques religieuses ayant sérieusement perturbé l'exécution du travail, égratiné l'image de l'entreprise ou ayant justifié son licenciement¹⁸³⁴. Dans ce cas, l'étendue des informations que l'ancien employeur peut fournir est difficile à juger. L'employeur ne peut pas fournir, de sa propre initiative, des renseignements faux ou attentatoires à l'honneur du travailleur en relation avec ses croyances religieuses et décourager de la sorte un employeur à engager le travailleur en question¹⁸³⁵; il ne devrait pas non plus donner des renseignements sur l'exercice de la liberté religieuse durant les rapports de travail qui défavorisent l'avenir économique du travailleur, en raison de l'extension du devoir de protéger la personnalité du travailleur après la rupture des rapports de travail¹⁸³⁶.

Mais il a son intérêt à fournir sa propre appréciation, afin de ne pas se voir reprocher des renseignements faussement élogieux, lesquels sont de nature à engager sa responsabilité délictuelle envers un futur employeur. Pour éviter d'être confronté à de telles difficultés, l'employeur doit être admis à se référer au contenu du certificat de travail émis, ni plus ni moins¹⁸³⁷. Le travailleur a en tout état de cause le droit de connaître le contenu des renseignements détenus par son ancien employeur et communiqués par ce dernier, *via* son droit d'accès consacré (art. 8 LPD)¹⁸³⁸.

C. Obligation de discrétion et atteinte à l'honneur professionnel

Le Tribunal fédéral a confirmé que le devoir de protection de la personnalité du travailleur perdurait, dans une certaine mesure, au-delà de la fin des rapports de tra-

¹⁸³² ArbG BE 16 août 1994, c. 8, JAR 1996 161; DUNAND/RAEDLER, Commentaire du contrat de travail, art. 328b N 121.

¹⁸³³ TF 25 août 2021, 4A_518/2020, c. 4.2.1; CR CO I-LEMPEN, art. 328b CO N 8 s.

¹⁸³⁴ CAMASTRAL, 205.

¹⁸³⁵ TF 31 août 2021, 4A_231/2021, c. 5.1.

¹⁸³⁶ CAMASTRAL, 205.

¹⁸³⁷ Dans ce sens WYLER/HEINZER, 467.

¹⁸³⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 320 N 7. Voir à ce sujet Marie MAJOR, «Le droit d'accès de l'employé à son dossier personnel», in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), *La protection des données dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2017, 287-307.

vail¹⁸³⁹. Dans cette perspective, l'employeur qui porte atteinte à l'honneur et à la réputation professionnelle d'un ancien travailleur en relation avec ses croyances ou pratiques religieuses viole ses obligations découlant de l'art. 328 CO et peut se voir condamné à verser une indemnité pour tort moral en vertu de l'art. 49 CO.

Ainsi un syndicat qui licencie – au demeurant à bon droit – un travailleur en raison de sa proximité avec une Église/secte d'idéologie capitaliste et évoque les raisons du licenciement devant l'ensemble des collaborateurs stigmatise le salarié licencié ; en invitant les collaborateurs à éviter dorénavant tout contact avec lui le syndicat l'a frappé d'ostracisme. De plus, le secrétaire général du syndicat avait convié à un journal l'historique détaillé des circonstances de la résiliation et présenté l'ancien salarié sous un jour très négatif, l'accusant de pratiquer de l'«entrisme» et d'avoir voulu infiltrer le syndicat, ce qui n'avait jamais été établi. Les juges ont estimé que cette seconde attaque portée inutilement à la personnalité du travailleur par voie de presse s'avérait particulièrement grave et avait nui à la considération professionnelle et sociale dont celui-ci bénéficiait auprès de ses anciens collègues¹⁸⁴⁰.

Dans cette affaire, si l'on excepte l'épisode de l'article de presse, l'on peut tout de même se demander si l'employeur n'avait pas des raisons d'agir ainsi, pouvant craindre une stratégie sournoise de prosélytisme vis-à-vis des autres employés au vu de la nature sectaire de l'organisation si l'on se réfère à l'état de fait retenu. Dans le déroulement imprévu des circonstances, l'employeur se devait d'agir rapidement après la découverte des faits ; il était légitime qu'il prenne des mesures destinées à éloigner le travailleur de l'entreprise et à en informer, dans un second temps, les autres collaborateurs. Rappelons qu'il s'agit d'une entreprise de tendance où un devoir de loyauté accru s'applique, que l'objectivité des faits n'a pas été contestée ni la licéité du licenciement, et qu'un mutisme de l'employeur aurait aussi pu entretenir une impression de manque de transparence et d'informations entraînant des rumeurs infondées à la suite de la libération de l'obligation de travailler du salarié licencié¹⁸⁴¹.

À défaut de jurisprudence contraire dans le domaine des entreprises de tendance, un employeur serait ainsi avisé de ne pas diffuser ou communiquer aux salariés de l'entreprise, et encore moins à l'extérieur de l'entreprise, les motifs du licenciement s'ils sont liés aux croyances ou pratiques religieuses du salarié licencié et que cette communication est inutile pour les autres salariés ou a pour objectif ou effet d'ostraciser ou d'endommager la réputation sociale ou professionnelle de l'ancien salarié.

Les critères à prendre en compte pour le droit à une indemnité pour tort moral sont que l'atteinte sérieuse portée à la personnalité de l'ancien travailleur dépasse la mesure des

¹⁸³⁹ ATF 130 III 699, c. 5.1.

¹⁸⁴⁰ ATF 130 III 699, c. 5.2.

¹⁸⁴¹ Dans ce sens DUNAND, ATF 130 III 699, 97-99.

désagréments inhérents à tout licenciement et qu'elle engendre une souffrance particulière chez la victime. Pour en juger, la véracité des informations communiquées au reste du personnel, à la presse ou au public, la façon dont cette communication a été entreprise, l'utilité des informations communiquées, la confidentialité de celles-ci ainsi que les conséquences concrètes sur l'honneur et la réputation professionnelle de l'ancien salarié sont les principaux critères d'appréciation des aspects respectivement objectifs et subjectifs du tort moral.

Par effet miroir, le travailleur est tenu d'observer son devoir de confidentialité même après la fin des rapports de travail, dans la mesure où la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur l'exige (art. 321a al. 4 *in fine* CO), cette obligation reposant sur le devoir général de fidélité du travailleur¹⁸⁴². L'ancien salarié qui s'estime avoir été victime ou témoin d'une discrimination ou stigmatisation religieuse de la part de son employeur peut dénoncer ces faits à la connaissance de tiers, au public ou aux médias mais devra prouver ces allégations afin de ne pas subir une action de l'ancien employeur pour le dommage causé par ses fausses allégations.

III. Les tribunaux étatiques face à la justice ecclésiastique

Dans certains États européens, il existe un quasi blanc-seing que laisse l'État aux juridictions ecclésiastiques pour régler le sort des prétentions fondées sur le « contrat de travail », ce qui met en lumière l'ambivalence des rapports entre ordre étatique et religieux à l'endroit des prétentions patrimoniales qui résultent de ces rapports relevant à la fois du spirituel et de l'économique. La variété observée dans la qualification de la relation juridique qui lie le travailleur ecclésiastique à l'Église (A) s'observe corollairement dans les voies de justice offertes au premier élève des prétentions patrimoniales face au second (B).

A. Nature et qualification juridique des rapports de travail dans les Églises

L'on pourrait légitimement se demander s'il est pertinent de parler de contrat de travail pour un « travailleur religieux » (quelle qu'en soit l'appellation particulière pour chaque religion, prêtre, pasteur, imam, rabbin ...), alors que ce dernier exerce à première vue une activité spirituelle qui ne relève point de l'économique ou du juridique; il n'y aurait *a priori* pas de traduction monétaire à ce type d'activités, la nature éminemment spirituelle du ministère religieux étant irréductible à une prestation au sens du droit du travail et partant incompatible avec l'existence d'un contrat de travail¹⁸⁴³.

¹⁸⁴² ATF 64 II 162, c. 8, JdT 1938 I 522.

¹⁸⁴³ WILLMANN, 136.

Et pourtant, le contentieux juridictionnel existe, le personnel religieux étant dans la réalité aussi engagé dans un rapport *juridique*.

En Europe, les modèles constitutionnels régissant les relations entre l'État et les cultes et, partant, la qualification juridique des relations entre une organisation religieuse et ses travailleurs ecclésiastiques sont extrêmement divers : certains pays ne définissent pas dans leur législation la nature de telles relations, laissant la discrétion de conclure un contrat de travail aux communautés religieuses qui n'usent généralement pas de cette possibilité ; d'autres ont choisi de soumettre au droit du travail de tels rapports tandis qu'enfin, les juridictions de certains États déterminent au cas par cas s'il existe ou non une relation assimilable à un contrat de travail en fonction du poste et de la communauté religieuse en question¹⁸⁴⁴.

Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme considère généralement les prêtres et autres employés religieux comme des travailleurs dès lors que les éléments classiques du contrat de travail sont réalisés en vertu du droit national¹⁸⁴⁵. Mais qu'elles soient organisées sous la forme d'une personne morale de droit privé ou reconnues de droit public, la Cour les voit comme des entreprises de tendance et focalise l'examen sous l'angle des obligations positives en vérifiant que l'État a correctement ménagé les intérêts divergents entre la liberté religieuse – mais aussi la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée et la liberté syndicale – des travailleurs et la liberté religieuse – souvent couplée à la liberté d'association – des employeurs¹⁸⁴⁶.

¹⁸⁴⁴ Pour la classification des États européens, CourEDH, arrêt *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie* (GC) du 9 juillet 2013, Rec. 2013-V, § 61.

¹⁸⁴⁵ CourEDH, arrêt *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie* (GC) du 9 juillet 2013, Rec. 2013-V, § 143 (« La Cour observe que les fonctions exercées par les membres du syndicat litigieux présentent de nombreux aspects caractéristiques d'une relation de travail. Ainsi, ils exercent leur activité sur la base d'une décision de l'évêque qui prononce leur nomination et précise leurs droits et leurs obligations. Sous la direction et la supervision de l'évêque, ils s'acquittent des tâches qui leur sont assignées, parmi lesquelles figurent, outre l'accomplissement des rites du culte et les contacts avec les fidèles, l'enseignement et la gestion du patrimoine de la paroisse, les membres du clergé étant responsables de la vente d'objets religieux [...] De plus, la loi nationale prévoit un nombre précis de postes ecclésiastiques et laïcs financés majoritairement par le budget de l'État et des collectivités locales, la rémunération des personnes occupant ces postes étant par ailleurs fixée par rapport à celle des fonctionnaires du ministère de l'Éducation nationale [...] L'Église orthodoxe roumaine paie des cotisations patronales sur les rémunérations versées aux membres de son clergé, et les prêtres s'acquittent de l'impôt sur le revenu, cotisent à la caisse nationale de sécurité sociale et bénéficient de l'ensemble des prestations sociales ouvertes aux salariés ordinaires, dont l'assurance santé, le versement d'une pension à partir de l'âge légal de départ à la retraite, ou encore l'assurance chômage. »); WILLMANN, 142 s.

¹⁸⁴⁶ Cf. *supra* Chap. 5, III, B.

Dans les systèmes où l'État et les Églises entretiennent d'étroites relations, les titulaires de charges ecclésiastiques tendent à avoir un statut juridique plus proches de celui des fonctionnaires que dans les systèmes proprement laïques où il est exclu que l'État salarie des responsables religieux¹⁸⁴⁷.

En France, si un pasteur ou un ministre du culte peut exercer son ministère sans qu'un contrat de travail soit nécessaire, cette possibilité n'exclut pas que, dans certains cas, une Église ou un culte puissent conclure formellement un contrat de travail avec ses ministres¹⁸⁴⁸. La Cour de cassation a jugé par exemple qu'une maître-assistante d'histoire de l'Église moderne et contemporaine à la faculté libre de théologie protestante de Montpellier, engagée par le conseil national de l'Église réformée de France, était liée par un contrat de travail dans la mesure où la consécration-ordination n'est pas une condition pour exercer l'enseignement de la théologie, qu'il s'ensuit que les fonctions de l'intéressée ne relève pas du ministère pastoral et que la subordination est attestée (intégration dans un service organisé par l'Église réformée de France, horaires de travail et programmes arrêtés par l'employeur, perception d'un salaire ...), contrat dont l'existence n'a pas été affectée par la consécration-ordination qu'elle avait reçue pendant son enseignement¹⁸⁴⁹.

En raison du fédéralisme suisse sur cette question (cf. art. 72 al. 1 Cst.), des différentes Églises présentes sur le territoire et de l'approche casuistique appliquée par les tribunaux, il n'est pas possible de qualifier abstraitement le rapport de droit qui lie une Église à ses «travailleurs». Dès lors qu'une Église est reconnue de droit public, le principe est qu'elle est soustraite au droit privé et c'est le droit public qui s'applique avec ses agents *pastoraux*, même s'il n'est pas à exclure des contrats de droit privé avec des employés *laïcs*¹⁸⁵⁰. Les agents pastoraux des communautés religieuses de

¹⁸⁴⁷ KARLEN, Religionsfreiheit, 320, qui rappelle que dans le canton de Vaud, les pasteurs de l'Église évangélique réformée étaient des fonctionnaires jusqu'en 1966. Pour la France, lire PENA-RUIZ, 155: «Le refus de salarier les responsables officiels du culte va de pair avec cette réassignation [découplage du religieux et du politique qui a pour condition et pour conséquence la privatisation de l'option religieuse, comme de l'option athée]. Un État républicain ne peut salarier que ses fonctionnaires, c'est-à-dire ceux qui sont en charge du bien commun et des services publics. Or tel n'est pas le cas des prêtres ou des autorités des diverses religions, qui n'ont de raison d'être que par rapport à une croyance privée. La décision de ne plus les payer est le corollaire de l'universalisme de principe de la puissance publique laïque: la religion n'est plus une affaire commune».

¹⁸⁴⁸ Le principe pour les pasteurs de l'Église protestantes est qu'ils ne concluent pas de contrat de travail pour l'exercice de leur ministère, Cass., 28 avril 2011, n° 09-72.721.

¹⁸⁴⁹ Cass., 20 novembre 1986, n° 84-43.243.

¹⁸⁵⁰ Pour un aperçu de la casuistique: ATF 127 I 128, JdT 2002 I 385 (pasteur de l'Église évangélique-réformée du canton d'Argovie); TF 22 février 2022, 8C_468/2021 (pasteur de l'Église évangélique réformée de Zurich); TF 9 septembre 2021, 8C_79/2021 et 7 septembre 2020, 8C_37/2020 (pasteur de l'Église évangélique réformée du canton de Vaud lié par un contrat de droit public); TF 12 août 2021, 8C_160/2021; TF 5 mai 2020, 8C_295/2019, c. 4.2 et 5.2 (concierge/sacristain de la Paroisse de Porrentruy de l'Église réformée évangélique du Jura lié

droit public n'en deviennent pas pour autant des fonctionnaires et sont soumis également au droit ecclésiastique de leur Église, notamment pour les voies de droit en cas de contestation¹⁸⁵¹.

Il est donc certes légitime pour l'Église de droit public d'embaucher des employés ecclésiastiques qui suivent la doctrine théologique de celle-ci, elles ont d'ailleurs une liberté quasi totale dans le choix de leurs ministres du culte, pour autant elle n'est pas autorisée à se soustraire aux règles minimales de protection en matière de droit du travail – sur le plan matériel¹⁸⁵² aussi bien que formel¹⁸⁵³ – pour congédier en toute discrétion ses employés, quand bien même ont-ils violé leur devoir de fidélité en ne respectant par les règles internes qui sont l'objet du droit à l'autodétermination¹⁸⁵⁴.

par un contrat de droit privé); TF 6 juillet 2016, 8C_817/2015, c. 4.3.1 (contrat de droit public avec une *animatrice jeunesse* au sein d'une paroisse de l'Église réformée évangélique du canton du Jura); TF 21 mars 2016, 4A_88/2016, c. 2.2. et 2.3 (prêtre dans les paroisses fribourgeoises; dans l'Église catholique romaine de Fribourg, les contrats de travail des prêtres ressortissent au droit public et ceux des agents laïcs au droit privé); TF 9 décembre 2015, 8C_559/2015; TF 19 mai 2014, 8C_849/2013; TF 11 octobre 2011, 4A_343/2011 (prêtre de ce qui ressort de l'arrêt comme la Fédération ecclésiastique catholique romaine du canton de Vaud); Kantonsgericht BL 5 septembre 2007, c. 6-7 (administrateur de paroisse de l'Église catholique romaine du canton de Bâle-Campagne lié par un contrat de droit public). Pour un aperçu des réglementations cantonales, cf. p.ex. art. 30 al. 1 de la loi sur les Églises nationales bernoises (LEgl; RS/BE 410.11) et art. 2 de l'ordonnance sur les rapports de travail des titulaires de poste d'ecclésiastique ou d'ecclésiastique auxiliaire du canton de Berne (OREA; RS/BE 414.311), qui soumettent les rapports de travail au droit public; § 4 du règlement du personnel de l'Église évangélique réformée de Lucerne du 12 décembre 2011, disposant que les collaborateurs sont engagés sur la base d'un contrat de travail de droit public, à l'exception des stagiaires, apprentis et personnes engagées pour une durée inférieure à six mois (art. 1 let. c de l'ordonnance du règlement du personnel); § 6 du règlement du personnel de l'Église catholique romaine de Zurich du 22 mars 2007, prévoyant que les contrats de travail conclus avec les paroisses catholiques de droit public sont régis par le droit public et les rapports de travail avec les Églises de droit privé soumis au droit privé. En doctrine, WITZIG, *Droit du travail*, N 2120; WYLER/BRIGUET, 6, selon qui les relations de travail entre les personnes morales auxquelles l'État accorde un statut de droit public par une loi spéciale et les agents pastoraux sont soumis au droit public.

¹⁸⁵¹ NAY, 114; GARDAZ, 142; dans le canton de Vaud, la loi précise que les employés ecclésiastiques et laïcs de l'Église évangélique réformée ont pour employeur cette dernière et non l'État (art. 10 al. 1 LEERV). En Allemagne, cf. OTTENBERG, 131.

¹⁸⁵² MÜLLER M., 121 s.

¹⁸⁵³ Kantonsgericht BL 5 septembre 2007, c. 8-9, pour le cas du licenciement d'un administrateur de paroisse de l'Église catholique romaine du canton de Bâle-Campagne, dont la relation de travail a été qualifiée de contrat de droit public, ce qui soumet l'employeur au respect de la procédure administrative exigeant le droit préalable d'être entendu avant de prononcer une telle mesure. Pour une analyse de cet arrêt, cf. STÖCKLI, *Entlassung*, 181. Cf. aussi TF 6 juillet 2016, 8C_817/2015, c. 4.3.1.

¹⁸⁵⁴ Kantonsgericht BL 5 septembre 2007, c. 6.6 et le commentaire de STÖCKLI, *Entlassung*, 187; MÜLLER M., 119 ss. la Commission d'experts de la Conférence des Évêques suisses «Église et État en Suisse» a publié un vade-mecum pour la collaboration de l'Église catholique avec les corporations de droit public ecclésiastique en Suisse en préconisant à ce sujet que «lors de la

En conclusion, la finalité spirituelle de la tâche ecclésiale – et plus généralement religieuse – ne préjuge en rien l’existence d’une finalité économique parallèle¹⁸⁵⁵, cette dernière s’examinant à la lumière des éléments factuels qui ont toujours guidé les tribunaux dans leur examen de qualification du contrat de travail.

B. Conflits de travail dans les Églises en Europe – un double ordre judiciaire ?

L’accès à la justice étatique en droit du travail revêt une importance cardinale du point de vue de la justice sociale. De nombreuses présomptions (sur le plan probatoire) et avantages procéduraux existent à l’avantage du travailleur dans le souci d’assurer l’effectivité d’une justice sociale. Le droit du travail signifiant essentiellement protection du travailleur, l’on comprend qu’il s’accommode malaisément de l’intervention d’une justice «privée»¹⁸⁵⁶.

De plus, lorsqu’un tribunal arbitral est institué, il doit, à l’instar d’un tribunal étatique, présenter des garanties suffisantes d’indépendance et d’impartialité, comme pour la justice étatique, afin d’assurer un semblant de justice¹⁸⁵⁷. En effet, les cautèles instituées par le législateur et le juge montrent que le contentieux du droit du travail répugne à se laisser «enserrer dans l’institution de justice privée qu’est l’arbitrage»¹⁸⁵⁸. Le législateur n’a pas voulu que le travailleur fût privé de son juge «naturel», ce qui explique l’apparition des juridictions spécialisées du travail un peu partout dans les ordres juridiques modernes, juridictions autonomes qui doivent interpréter la législation sociale dans l’esprit même qui l’a fait naître, leur jurisprudence devant présenter le

promulgation de règlements pour la nomination du personnel, il fa[ille] prendre en considération les normes canoniques et la responsabilité de l’évêque», décembre 2012, 9.

¹⁸⁵⁵ CourEDH, arrêt *Sindicatul «Păstorul cel Bun» c. Roumanie* (GC) du 9 juillet 2013, Rec. 2013-V, § 144 («Il peut donc être délicat de distinguer précisément les activités strictement religieuses des membres du clergé de leurs activités de nature plutôt économique.»).

¹⁸⁵⁶ Pourtant, l’arbitrage est de tout temps, et le droit du travail n’échappe pas à cette tendance moderne du recours à celui-ci. En Suisse, un conflit individuel de travail est arbitral à certaines conditions (WYLER/HEINZER, 1002 s.). La volonté des parties de renoncer aux tribunaux étatiques en faveur d’une juridiction arbitrale n’est pas admise à la légère par le Tribunal fédéral, qui a confirmé plusieurs fois sa jurisprudence en vertu de laquelle seules les créances qui relèvent de la libre disposition des parties peuvent être soumises à l’arbitrage (cf. art. 354 CPC et 341 al. 1 CO) (ATF 144 III 235, c. 2.3, JdT 2018 II 323; ATF 136 III 467, c. 4.5-4.6; TF 17 avril 2013, 4A_515/2012, c. 4.1). En ce qui concerne les situations internationales, l’arbitrabilité des conflits de travail est admise plus largement, le critère pertinent devenant la *nature patrimoniale de la cause* (cf. art. 177 LDIP), la question étant de savoir quels litiges découlent d’un conflit individuel de travail entrent dans cette catégorie; où l’on voit l’approche libérale primant le souci de maintenir un monopole de la justice étatique dans des causes où la protection sociale a été jugée moins prioritaire, les travailleurs étant généralement mieux armés dans ces causes pour réclamer leurs prétentions face à l’employeur, même si des limites et des débats existent également en arbitrage international (cf. WYLER/HEINZER, 1004 ss).

¹⁸⁵⁷ TF 10 juin 2010, 4A_458/2009, c. 3.1.

¹⁸⁵⁸ PATTE, 567.

double mérite de faire progresser le droit et de maintenir la paix sociale grâce à la confiance et au prestige qu'elles doivent acquérir¹⁸⁵⁹.

La problématique de l'accès à la justice pour les travailleurs ecclésiastiques se cantonne à dire vrai aux travailleurs ecclésiastiques des différentes branches du christianisme, chacune disposant d'un clergé qui leur est propre, mais ne concerne pas les imams et les rabbins, l'islam – en tout cas sunnite, très majoritairement présent dans les pays occidentaux – et le judaïsme étant dépourvus de hiérarchie cléricale centralisée et instituante. Il n'y a pas en islam de définition claire et univoque d'une sphère spirituelle distincte d'une sphère temporelle; il n'existe pas, dans la doctrine, d'institution unique comme une Église ayant le monopole du domaine religieux, ni de classes d'individus consacrés dédiés intégralement aux fonctions religieuses¹⁸⁶⁰.

Ce double ordre juridique (étatique et religieux) est particulièrement prégnant dans les conflits de travail intervenant au sein de l'Église catholique, laquelle est caractérisée comme nous l'avons vu par un système dualiste (canonique et étatique), fortement hiérarchisée et institutionnalisée. En Allemagne, l'art. 10 GrO garantit d'un côté le droit de voir sa cause jugée par un tribunal étatique dans la mesure où le rapport de travail relève du droit étatique, et institue de l'autre côté des tribunaux ecclésiastiques indépendants pour le règlement des différends d'ordre ecclésiastique qui ne peuvent être portés devant les tribunaux étatiques, ce qui ne pose par conséquent pas de problème d'accès à la justice¹⁸⁶¹. Le Bundesarbeitsgericht a eu l'occasion de répéter que si les Églises bénéficient comme tout employeur privé du droit à l'autodétermination, les relations de travail qu'elles entretiennent avec leurs salariés n'en sont pas moins soumises au droit étatique¹⁸⁶².

En Suisse aussi, de nombreuses Églises ont leurs propres juridictions, qui forment un ordre de juridiction quasi à part, avec un contrôle judiciaire souvent unique au niveau du Tribunal fédéral pour les prêtres soumis au droit public¹⁸⁶³. Pour les agents laïcs et

¹⁸⁵⁹ TROCLET, 23.

¹⁸⁶⁰ Marc GABORIEAU/Malika ZEGHAL, « Autorités religieuses en islam », *Archives de sciences sociales des religions*, 2004 (125) 5-21.

¹⁸⁶¹ Voir la *Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung* (KAGO) adoptée par l'assemblée générale de la Conférence épiscopale d'Allemagne le 25 février 2010, qui organise les tribunaux du travail ecclésiastiques, notamment § 2 (3) qui exclut la compétence des tribunaux ecclésiastiques pour les litiges découlant des rapports de travail. L'art. 137 al. 3 WRV consacre expressément le droit à l'autodétermination des communautés religieuses : « *Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde.* » ; SAHLFELD, 171.

¹⁸⁶² BAG 8 septembre 2011, 2 AZR 543/10, § 23, et les réf. citées.

¹⁸⁶³ TF 6 juillet 2016, 8C_817/2015, c. 2.3 (recours contre une décision de la Chambre des recours composée de trois membres élus par l'Assemblée de l'Église); TF 6 avril 2016, 8C_915/2015, c. 2 (recours contre une décision de la Commission de recours de l'Église évangélique du can-

pastoraux soumis à un contrat de droit privé en revanche, la voie civile doit leur être ouverte pour toute contestation relevant du droit du travail¹⁸⁶⁴.

Pour qu'un État satisfasse ses obligations positives, la Cour européenne des droits de l'homme, dans une jurisprudence devenue constante, dit qu'il est nécessaire pour l'État d'instituer un contrôle juridictionnel «adéquat» en garantissant à l'employé un droit d'accès aux tribunaux avec des garanties procédurales équitables, soit un droit d'être entendu et l'institution d'un tribunal indépendant et impartial¹⁸⁶⁵. En étudiant les dernières affaires portées par-devant la Cour de Strasbourg, l'on observe qu'elle ajoute à l'examen des garanties *formelles* l'obligation d'effectuer une balance des intérêts divergents et introduit ce faisant un contrôle *matériel* par la vérification d'une balance des intérêts «effective» et «circonstanciée» des intérêts à l'aune du principe de proportionnalité¹⁸⁶⁶. Cet équilibre entre l'autonomie des communautés religieuses et les droits fondamentaux des travailleurs n'est cependant «pas stabilisée et fera sans doute l'objet d'ajustements à l'avenir»¹⁸⁶⁷. La Cour de justice de l'Union européenne, dans ses derniers arrêts, ne dit pas autre chose¹⁸⁶⁸.

Sauf que ce droit d'accès qui donne droit à un contrôle juridictionnel effectif ne vaut que pour autant que la prétention patrimoniale d'un travailleur ecclésiastique relève d'un «droit» reconnu en droit interne, pour déclencher l'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH. Or c'est là que le bât blesse, Dans la plupart des cas opposant des ministres de culte au clergé, la Cour a conclu que le volet «civil» de l'art. 6 CEDH n'était pas applicable car il n'existait pas de «droit» qui soit reconnu en droit interne. Dans ces affaires, elle s'est bornée à vérifier si la mesure adoptée par les autorités ecclésiastiques et soumise au droit ecclésiastique pouvait se prêter à un contrôle par le juge national selon l'état du droit national et si cette situation était claire et établie. Dans les

ton de Thurgovie) et TF 29 janvier 2016, 8C_451/2015, c. 2 (recours contre une décision de la Commission de recours de l'Église catholique du canton de Zurich), qui considère dans ces trois arrêts que l'instance ecclésiastique doit être qualifiée de dernière instance cantonale au sens de l'art. 86 al. 2 LTF, ce qui ouvre la voie de recours au TF; WITZIG, Droit du travail, N 2120, pour qui un prêtre d'une Église reconnue par l'État doit toujours pouvoir soumettre sa cause au juge administratif.

¹⁸⁶⁴ TF 5 mai 2020, 8C_295/2019, c. 4.2 et 5.2.

¹⁸⁶⁵ CourEDH, arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie* du 20 octobre 2009, 39128/05, § 54; CommEDH, décision *Rommelfanger c. République fédérale d'Allemagne* du 6 septembre 1989, 12242/86; CISMAS, 131 ss.

¹⁸⁶⁶ CourEDH, arrêts *Sindicatul «Păstorul cel Bun» c. Roumanie* (GC) du 9 juillet 2013, Rec. 2013-V, § 159, *Schiith c. Allemagne* du 23 septembre 2010, Rec. 2010-V, § 67-69, *Obst c. Allemagne*, du 23 septembre 2010, 425/03, § 49, *Fernández Martínez c. Espagne* (GC) du 12 juin 2014, Rec. 2014-II, § 129 et encore *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 février 2011, 18136/02, § 45; CISMAS, 138 ss.

¹⁸⁶⁷ RINGELHEIM, Droit et religion, 558.

¹⁸⁶⁸ CJUE 11 septembre 2018, *IR c. JQ*, C-68/17 et CJUE 17 avril 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, C-414/16, § 55.

affaires où la Cour a conclu que la mesure ne pouvait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, elle a souscrit à la conclusion des juridictions nationales selon laquelle pareil contrôle empièterait sur l'autonomie de l'Église.

Ainsi l'ancienne Commission des droits de l'homme dénia le droit d'accès à un tribunal remplissant les conditions de l'art. 6 § 1 CEDH pour un pasteur de l'Église nationale du Danemark relevé de sa fonction publique au motif que cette disposition ne s'applique pas aux contestations sur des questions de foi ou de pratiques religieuses ni aux contestations sur l'accès à la fonction publique ou le licenciement de fonctionnaires¹⁸⁶⁹. La Cour a repris cette jurisprudence en déclarant irrecevable une requête émanant de deux anciens prêtres de l'Église tchèque hussite qui avaient été licenciés par une décision du conseil de leur diocèse et qui avaient saisi les tribunaux de plusieurs actions visant à obtenir la reconnaissance d'illégalité de la décision susmentionnée et le versement des arriérés de salaires. Elle a conclu que les procédures engagées par les requérants ne portaient pas sur un « droit » que l'on pouvait prétendre, de manière défendable, reconnu en droit interne, et que ce grief était dès lors incompatible *ratione materiae*¹⁸⁷⁰.

Plus récemment, dans un arrêt de Grande Chambre où chacun des sept juges minoritaires a tenu à exprimer sa dissidence, la Cour a confirmé son approche restrictive en niant l'existence d'un droit d'accès pour un pasteur de l'Église réformée de Hongrie à la suite de la révocation de son service. Compte tenu du cadre juridique et jurisprudentiel global établi en Hongrie, qui considère le service pastoral du requérant comme relevant du droit ecclésiastique et non du droit étatique, la Cour a conclu, en se fondant notamment sur sa marge d'appréciation limitée et implicitement sur l'absence de consensus européen sur cette question, à l'irrecevabilité de la requête¹⁸⁷¹.

Synthèse du Chapitre 6

À la fin des rapports de travail, l'employeur n'a pas – ou plus – carte blanche pour licencier un salarié aux convictions ou pratiques religieuses jugées incompatibles avec l'image, le bon fonctionnement ou la paix sociale dans l'entreprise. Le licenciement pour motif religieux peut être fondé tant sur la religion du travailleur en tant que raison inhérente à sa personnalité (**I.A**) que sur l'exercice de sa liberté religieuse en

¹⁸⁶⁹ CommEDH, décision *X. c. Danemark* du 8 mars 1976, 7374/76, 158.

¹⁸⁷⁰ CourEDH, arrêt *Dudová et Duda c. République tchèque* du 30 janvier 2001, 40224/98.

¹⁸⁷¹ CourEDH, arrêt *Károly Nagy c. Hongrie* (GC) du 14 septembre 2017, 56665/08, opinion dissidente du juge Pinto DE ALBUQUERQUE, § 19-21, qui remet en question cette absence implicite de consensus et fait un examen comparé des systèmes juridiques en Europe en matière de droit d'accès aux tribunaux pour les litiges concernant le clergé pour relever certes des différences considérables d'un État à l'autre et parfois au sein du même État, mais en parvenant à la conclusion qu'il existe un droit d'accès dans trente-deux des trente-neuf États étudiés.

tant qu'exercice d'un droit constitutionnel **(I.B)**. Dans les deux cas, l'observation de la jurisprudence tant du Tribunal fédéral que de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne montrera que l'on est passé de l'alternative «démission ou soumission» au droit de contester le licenciement par un test de proportionnalité plus sévère pour l'employeur ainsi qu'un effort de reclassement à coût nul, mettant au jour la protection croissante accordée à la liberté religieuse à la fin des rapports de travail **(I.C)**.

À l'extinction du rapport de travail subsistent aussi quelques devoirs post-contractuels en relation avec les données personnelles portant sur la religion, tels que la mention de la religion et des pratiques religieuses dans l'établissement du certificat de travail que tout employeur doit établir **(II.A)**, les informations que l'employeur est en droit de communiquer en lien avec les croyances et pratiques religieuses de son ancien salarié ainsi **(II.B)** que le devoir respectif du salarié et de l'employeur de ne pas se nuire de façon déloyale après les rapports de travail **(II.C)**.

Enfin, après les rapports de travail, la contestation judiciaire d'un licenciement ne va pas de soi pour les travailleurs ecclésiastiques car la relation juridique qui lie le salarié ecclésiastique à son employeur revêt une double nature spirituelle et professionnelle, et l'on a vu que si on la croyait préservée du conflit prud'homal, elle n'échappait en réalité pas à la juridicisation et à la judiciarisation de notre temps. La grande variété observée dans la qualification de la relation juridique qui lie le travailleur ecclésiastique à l'Église **(III.A)** s'observe corollairement dans les voies de justice offertes au premier élever des prétentions patrimoniales face au second, domaine dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme accorde une très grande liberté d'appréciation aux États européens, au mépris du droit fondamental d'accès à la justice civile selon certains auteurs **(III.B)**.

Troisième partie:

**Repenser la religion au travail – Droit comparé et
essai de prospective juridique**

Chapitre 7: Les « accommodements religieux » au travail : l'autre approche, venue d'outre-Atlantique

Dans la culture juridique continentale, il est admis que face aux revendications des salariés qui réclament le respect de leurs pratiques religieuses, il est généralement loisible à l'employeur d'accéder à celles-ci, sans jamais n'y être tenu.

Cette vision s'inscrit à rebours des *accommodements raisonnables* – encore méconnus des lexiques juridiques continentaux – qui prévalent aux États-Unis et au Canada, et commandant à l'employeur de modifier l'environnement de travail pour l'adapter à la situation de la personne discriminée. Pour étudier cette notion, le choix du droit canadien nous a paru d'une éclatante évidence car c'est au Canada que la notion d'accommodement raisonnable s'est le plus épanouie, d'autant plus qu'elle a été invoquée pour la première fois par la Cour suprême du Canada dans une affaire de religion au travail¹⁸⁷².

Il s'agira liminairement de situer les accommodements raisonnables dans le contexte canadien et québécois caractérisé par une duplicité antagonique entre le niveau fédéral et le niveau québécois (*common law* et droit civil, multiculturalisme et interculturelisme, neutralité religieuse et laïcité) (I). Puis, il conviendra d'étudier en profondeur la casuistique de l'accommodement raisonnable au travail fondé sur des motifs religieux, de sa genèse à ses perspectives futures en n'omettant pas de citer les principales critiques doctrinales formulées à son endroit (II).

L'observation de ce qui se fait au Canada et au Québec nous permettra de scruter les éventuelles traces d'accommodements raisonnables présentes en droit suisse et européen (III), dans l'objectif ultime de croiser le fer entre les conceptions nord-américaine et continentale sur la place de la religion au travail, afin d'étudier l'aptitude du

¹⁸⁷² *Comm. Ont. des Droits de la Personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

droit suisse et européen à recevoir la notion des accommodements raisonnables et à juger l'opportunité d'une telle consécration dans notre ordre juridique (IV).

I. Les accommodements raisonnables dans le contexte juridique du Canada et du Québec

Pour comprendre la notion d'accommodement raisonnable, il est nécessaire de la situer dans le contexte culturel et juridique canadien *et* québécois caractérisé par une identité canadienne plurielle (A) et au moins deux couples antagoniques : un multiculturalisme fédéral contre un interculturelisme québécois (B) et une neutralité religieuse de l'État canadien contre une laïcité de l'État québécois (C).

A. «L'identité canadienne» et sa culture juridique mixte

«L'identité canadienne» ou «les identités canadiennes»? Les Canadiens, il en retourne, n'ont jamais atteint même l'ombre d'un consensus sur une conception unifiée et unique de leur pays (1)¹⁸⁷³. Cette perspective plurielle sur ce qu'est «l'identité canadienne» a logiquement marqué de son empreinte la culture juridique canadienne (2).

1. *Le Canada, entre unité et pluralité d'identité(s)*

Contrairement à beaucoup de pays, notamment européens, où le groupe ethnique dominant correspond à l'identité nationale, le Canada était déjà habité par de nombreux peuples dits des «Premières Nations» lorsque des colons européens se sont aventurés sur le territoire. De ce fait, l'identité canadienne est plus difficile à cerner, si bien que certains placent l'interrogation de ce qu'être Canadien signifie (ses langues, valeurs, religions, ethnies) au cœur même de l'identité canadienne. La plupart des notions d'identité canadienne ont évolué entre les idées d'unité et de pluralité. Elles ont mis l'accent soit sur la vision d'un «seul» Canada, soit sur celle d'une nation composée de «nombreux» Canadas.

Par conséquent, la plupart des conceptions de l'identité canadienne ont alterné entre deux extrêmes : l'unité (soit un seul Canada uni) et la pluralité (nation fragmentée en plusieurs Canadas). Une vision postmoderniste, qui peut s'insérer entre les deux, a plutôt vu le Canada comme une construction à la fois unie et fragmentée, comme une communauté plus ou moins soudée caractérisée par ce que Charles Taylor appelle une «diversité profonde»¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁷³ Charles BLATTBERG, «Identité canadienne», *Encyclopédie canadienne*, version du 4 décembre 2019.

¹⁸⁷⁴ Lire Charles BLATTBERG, «On Charles Taylor's «Deep Diversity»», in Ursula Lehmkuhl/Elisabeth Tutschek (édit.), *150 Years of Canada. Grappling with Diversity since 1867*, Waxmann, 2020, 221-236; Mark REDHEAD, *Charles Taylor: Thinking and Living Deep Diversity*, Rowman & Littlefield Publishers, 2002.

L'approche pluraliste considère ainsi le compromis comme la meilleure réponse aux tensions nationales, régionales, ethniques, religieuses et politiques qui composent le Canada. La conception pluraliste de l'identité canadienne voit dans l'accommodement raisonnable le meilleur moyen d'apaiser les tensions citées qui caractérisent le Canada; Northrop Frye écrit que « le génie du compromis des Canadiens se reflète dans l'existence du Canada lui-même »¹⁸⁷⁵.

2. Une culture juridique reflétant cette pluralité

La présence antérieure des peuples autochtones, composés des « Premières Nations », des « Métis » et des « Inuits » sur le sol canadien a aussi marqué la culture juridique canadienne, caractérisée par plusieurs ordres juridiques dans un même État ainsi qu'une attention toute particulière pour le respect des droits des minorités¹⁸⁷⁶.

Quant au Canada moderne, il est fondé par les Canadiens anglais et les Canadiens français. Du biculturalisme canadien en est résulté un bijuridisme hérité des systèmes anglais et français que les explorateurs et colons ont importés au Canada aux XVII^e et XVIII^e siècle. Après la bataille de Québec en 1759, le Canada applique la *common law* sauf le Québec qui applique le droit civil, et les deux traditions interagissent au niveau fédéral dans un esprit de respect de cohérence pour assurer une harmonie entre elles¹⁸⁷⁷.

La Charte canadienne des droits et libertés, qui fait partie intégrante de la Constitution du Canada, ne forme pas un tout systématique, mais les droits qu'elle contient doivent plutôt conserver un équilibre entre eux, une attitude qui reflète également cet esprit de compromis¹⁸⁷⁸. Bien que louée par de nombreux intellectuels et juristes, elle a aussi été véhément critiquée pour avoir contribué à la fragmentation du pays, autant au niveau individuel que collectif, en encourageant un discours centré sur les droits, exprimés en des termes abstraits, et en minant la communauté politique canadienne en tant qu'il s'agirait d'un ultimement d'un document cosmopolite¹⁸⁷⁹.

L'art. 33 de la Charte – appelé couramment « clause nonobstant » ou « clause dérogaire » – permet au Parlement ou à une législature provinciale d'adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment de certaines dispositions de la Charte, dont la majorité des droits de la personne,

¹⁸⁷⁵ FRYE, 34: « *The Canadian genius for compromise is reflected in the existence of Canada itself* ».

¹⁸⁷⁶ Cf. art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, édictée comme l'Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, ch. 11 (R.-U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982; Patrick MACKLEM, « L'identité constitutionnelle des peuples autochtones au Canada: groupes à statut particulier ou acteurs fédéraux? », *R.J.T.* 2017 (51) 389-431.

¹⁸⁷⁷ Josée TOUCHETTE, « Le bijuridisme canadien: coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels », *Revue générale de droit* 2002 (32) 117-130.

¹⁸⁷⁸ Lire p.ex. *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569.

¹⁸⁷⁹ BLATTBERG, *Et si nous dansions?*, spéc. 121-127.

tels que la liberté de conscience et de religion. Cette clause, qui est valable pour une durée de cinq renouvelable indéfiniment, permet justement un certain pluralisme des valeurs ou une expression des identités constitutionnelles distinctes à l'intérieur de la fédération¹⁸⁸⁰. Pierre Elliott Trudeau, le Premier ministre à cette époque, s'y opposait féroce­ment, convaincu que cette clause affaiblirait la protection juridique des Canadiens¹⁸⁸¹, mais il était conscient de l'ombre que le rapatriement de la Constitution sans le Québec projetait sur sa grande réforme et tenta, sans succès, de rallier le Québec jusqu'au bout¹⁸⁸².

Le droit du travail n'échappe pas non plus à cette mixité juridique, puisqu'il est éclaté entre les entreprises de compétence fédérale régies par les lois fédérales et celles de compétence provinciale régies par le droit provincial¹⁸⁸³. Quant au contrat individuel de travail, il est régi en droit fédéral par le droit civil ou la *common law*, suivant les règles, principes et notions en vigueur dans la province au moment de l'application du texte du contrat¹⁸⁸⁴.

B. Multiculturalisme canadien et *interculturalisme* québécois

Le Canada est devenu le premier pays au monde à avoir adopté officiellement une politique de multiculturalisme, lancée en 1971 par Pierre-Elliott Trudeau dans le but de rassembler l'ensemble des Canadiens autour d'une politique capable de valoriser leurs différences¹⁸⁸⁵ (I). Perçu dès le début comme faisant partie d'un ensemble de princi-

¹⁸⁸⁰ NEWMAN, 209. L'art. 52 de la Charte québécoise prévoit une règle similaire. Cette clause est un compromis proposé par le ministre de la Justice Jean Chrétien aux provinces qui souhaitaient un droit de véto pour les modifications constitutionnelles pour parvenir à une entente générale.

¹⁸⁸¹ Pierre Elliott TRUDEAU, Mémoires politiques, 290-292, où il écrit avoir été forcé d'accepter un compromis «répugnant».

¹⁸⁸² En 1981, le Canada dispose de certains liens constitutionnels avec le Royaume-Uni : l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, en application depuis le 1^{er} juillet 1867, n'était encore qu'une loi du Parlement de Londres. Pierre Elliott Trudeau souhaitait achever l'indépendance constitutionnelle du Canada en rapatriant la Constitution canadienne du Royaume-Uni. Ce rapatriement était au centre d'une dispute importante opposant les premiers ministres provinciaux et Trudeau. Ce dernier entama des négociations avec ceux-ci et fit accepter son projet par neuf des dix premiers ministres provinciaux durant la nuit du 4 novembre 1981, à l'insu du premier ministre du Québec, René Levesque, qui dormait dans un autre hôtel. Cet événement est surnommé la «nuit des longs couteaux» au Québec (Robbert SHEPPARD, «Rapatriement de la Constitution», *Encyclopédie canadienne*, version du 4 mai 2020).

¹⁸⁸³ Lire *Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [2012] 2 R.C.S. 3.

¹⁸⁸⁴ Au Québec, le contrat individuel de travail est essentiellement régi par le Code civil du Québec, lire art. 2085 CCQ qui définit le contrat de travail comme «celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur».

¹⁸⁸⁵ Sabine CHOQUET, *Identité nationale et multiculturalisme. Deux notions antagonistes?*, Paris, Classiques Garnier, 2015.

pes et de mesures édictées par le gouvernement libéral de Pierre Elliot Trudeau pour banaliser l'identité nationale québécoise et occulter le caractère binational du Canada, le multiculturalisme la désamorcerait sur le plan politique en mettant la culture francophone sur un pied d'égalité avec toutes les autres cultures (2)¹⁸⁸⁶.

1. *La notion du multiculturalisme canadien*

En 1982, le multiculturalisme est même constitutionnalisé à l'art. 27 de la Charte canadienne des droits et libertés, disant que « toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens », mais sans que ne soit fixé à ce moment un quelconque cadre pour définir les politiques multiculturelles. C'est en 1985 que la Loi sur le multiculturalisme canadien précise son contenu : la politique fédérale en matière de multiculturalisme « se traduit par la liberté, pour tous ses membres, de maintenir, de valoriser et de partager leur patrimoine culturel, ainsi qu'à sensibiliser la population à ce fait » et consiste à « reconnaître que le fait que le multiculturalisme est une caractéristique fondamentale de l'identité et du patrimoine canadiens » (art. 3 (1) a) et b))¹⁸⁸⁷.

Ce multiculturalisme canadien est une version du multiculturalisme fondée sur la liberté individuelle qui permet à tous les individus d'être libres de choisir eux-mêmes si et comment ils expriment leur identité religieuse et ethnique ainsi que sur le respect que tous les groupes doivent avoir pour les valeurs libérales de base de droits de l'homme et de démocratie¹⁸⁸⁸.

Le multiculturalisme canadien a grandement évolué depuis son adoption en 1971. Il est passé d'une promotion financière du patrimoine culturel (multiculturalisme basé sur l'ethnie) à un multiculturalisme s'opposant au racisme et à la discrimination (notamment pour lutter contre le sous-emploi des « minorités visibles ») dans les années 1990. Il est intéressant de noter que plus qu'un élément de l'identité canadienne approuvée par une large majorité des Canadiens, le multiculturalisme était une stratégie politique utilisée pour éloigner le spectre d'une scission du Canada, la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (1963-1969) proposant à l'époque de reconnaître le Canada comme un pays bilingue et *biculturel* fondé sur la

¹⁸⁸⁶ WEINSTOCK, La « crise », 22 : « Car nos identités culturelles ne sauraient influencer la nature de la citoyenneté canadienne, entièrement construite autour des valeurs et des principes inscrits dans la nouvelle charte des droits et libertés, valeurs et principes qui sont pour leur part scrupuleusement neutres sur le plan culturel ».

¹⁸⁸⁷ L.R.C. (1985), ch. 24 (4^e suppl.).

¹⁸⁸⁸ Will KYMLICKA, « Tester les limites du multiculturalisme libéral ? Le cas des tribunaux religieux en droit familial », *Éthique publique* 2007 (9) 27-37, qui l'oppose au modèle traditionaliste du multiculturalisme fondé sur le principe du relativisme culturel, sans respect obligatoire des principes de liberté individuelle, de droits de l'homme et de démocratie.

contribution de deux peuples fondateurs égaux, les francophones et les anglophones, ce qui aurait nourri selon Pierre-Elliott Trudeau les aspirations des souverainistes québécois. Cette politique devait donc rassembler tous les citoyens, qu'ils soient francophones, anglophones *ou* issus de l'immigration¹⁸⁸⁹.

Pour les défenseurs des politiques multiculturelles, la reconnaissance de la différence et les adaptations qui sont consenties aux minorités faciliteront le plus souvent, à moyen et à long terme, leur intégration harmonieuse, même si, à court terme, ces politiques ont pour effet de souligner certains traits et comportements particuliers de ces groupes.

La critique adressée à l'accommodement raisonnable porte également sur la philosophie politique qui le sous-tend, c'est-à-dire le multiculturalisme. Considérer que cette obligation d'accommodement raisonnable est fondée sur le multiculturalisme est certes un raccourci intellectuel dans la mesure où l'obligation d'accommodement raisonnable s'applique aux autres motifs de discrimination, tels le handicap et la sexe. Néanmoins, en matière de diversité religieuse, la doctrine présente généralement le multiculturalisme comme l'idéologie sous-tendant la pratique de l'accommodement raisonnable¹⁸⁹⁰.

D'après Maclure et Taylor, la justification de la norme d'accommodement raisonnable n'est pas sans rappeler celle qui se trouve au cœur du multiculturalisme. En effet, l'un des arguments centraux du multiculturalisme en tant que principe normatif et politique s'appuie sur le fait que certaines normes s'appliquant à tous les citoyens ne sont pas neutres ou impartiales d'un point de vue culturel ou religieux. L'obligation juridique d'accommoder vise en effet à mieux assurer l'égalité chez les individus appartenant à

¹⁸⁸⁹ Jack JEDWAB, «Multiculturalisme», *Encyclopédie canadienne*, 27 juin 2011 (version du 20 mars 2020).

¹⁸⁹⁰ BERNATCHEZ, 245. Dans l'arrêt *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, du 20 avril 2021, la Cour supérieure dit qu'il ne fait aucun doute que l'art. 27 de la Charte ne peut servir «que de façon interprétative» à l'égard des autres droits et libertés qu'elle garantit et non pour faire invalider une loi (§ 638). Interprétant l'arrêt de la Cour suprême *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, BLANC, 470, dit que la solution de la Cour suprême d'autoriser le port du niqab en audience criminelle est «très largement inspirée par la directive d'interprétation enchâssée à l'art. 27 de la Charte conduisant le juge à valoriser le multiculturalisme de la société canadienne». Dans ce même arrêt, l'opinion dissidente en faveur de l'interdiction totale du niqab devant les tribunaux dans le cadre d'un procès criminel dit que l'affaire illustre «les tensions et les changements que suscitent l'évolution rapide de la société canadienne contemporaine» (§ 59) et conduit à s'interroger sur le sens du multiculturalisme (§ 61). Selon ces mêmes juges dissidents, il n'est possible de penser la diversité qu'à partir d'un socle de valeurs communes. L'«arbre vivant» continue de croître, mais toujours à partir des mêmes racines desquelles procède l'histoire et la tradition anciennes de la Charte, avant d'écorder l'arbre puisqu'ils reconnaissent le multiculturalisme ancré à l'art. 27 tout en disant que l'acceptation de cette ouverture de la Constitution aux nouvelles différences qui apparaissent au Canada doit s'accompagner du maintien avec les racines de la société démocratique contemporaine canadienne (§ 72).

certaines catégories de citoyens, le plus souvent des minorités. Elle provient d'une constatation que des normes d'application générale légitimes peuvent, dans certaines circonstances, s'avérer discriminatoires à l'endroit de personnes possédant des caractéristiques physiques ou culturelles particulières, car ces normes sont pensées en fonction de la majorité¹⁸⁹¹.

2. *L'opposition par le Québec et la notion d'interculturalisme*

Le multiculturalisme canadien a beaucoup évolué avec les décennies, mais il est une constante qui n'a pas bougé d'un iota : son opposition de la part des nationalistes québécois. Certains imputent en effet la responsabilité de l'impasse constitutionnelle actuelle directement aux politiques de Pierre Elliott Trudeau qui, après la formulation de solutions aux questions fondamentales qui occupaient le Canada dans les années 1960, a fossilisé ses solutions telles que le bilinguisme officiel, le multiculturalisme (en rejetant le biculturalisme), la Charte canadienne et l'égalité des provinces dans la Constitution, ce qui a rendu extrêmement difficile de considérer ces questions par la suite, au point que de l'opinion des francophones, le Canada est, comme au début des années 1960, un « pays à refaire »¹⁸⁹².

Le constitutionnaliste José Woehrling a bien synthétisé les principales critiques qui sont généralement adressées au multiculturalisme et aux accommodements raisonnables : plusieurs – au Québec mais aussi dans le reste du Canada – pensent que la politique du multiculturalisme menacerait l'harmonie sociale, dans la mesure où sont favorisées la préservation et la transmission des cultures et des religions d'origine des minorités. En encourageant et valorisant l'appartenance à des sous-communautés, on risque de favoriser la ghéttoisation des minorités ; accentuer les différences peut empêcher les immigrants de s'intégrer, ce qui serait par ailleurs contraire à l'objectif de l'accommodement qui vise essentiellement l'intégration et l'inclusion. De plus, l'on craint les dangers que le multiculturalisme pourrait entraîner pour les droits individuels des membres des minorités enfermés dans certaines communautés où règnent parfois des pressions et des règles oppressives¹⁸⁹³.

En réponse au modèle du gouvernement fédéral et pour marquer son particularisme, le Québec a développé son propre modèle de vivre ensemble dans les années 1980, l'in-

¹⁸⁹¹ MACLURE/TAYLOR, 84 s.

¹⁸⁹² Kenneth MCROBERTS, *Un pays à refaire. L'échec des politiques constitutionnelles canadiennes*, Montréal, Boréal, 1999.

¹⁸⁹³ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 399-401. Pour d'autres critiques célèbres du multiculturalisme, Neil BISSOONDATH, *Le marché aux illusions : la méprise du multiculturalisme*, Montréal, Boréal, 1995. Will KYMLICKA s'est lui fait connaître comme grand défenseur du multiculturalisme en s'appuyant sur des données indiquant que le multiculturalisme ne cause aucun déclin du taux d'intégration des immigrants et qu'il n'existe aucune preuve qu'il favorise le cloisonnement ethnique, *La citoyenneté multiculturelle : une théorie libérale du droit des minorités*, 2001.

terculturalisme¹⁸⁹⁴. Sa philosophie repose sur l'idée selon laquelle l'égalité entre les cultures au Québec nécessite une francisation¹⁸⁹⁵ et une laïcisation de l'espace public. Le sociologue Gérard Bouchard en est l'un des grands penseurs : selon lui, l'interculturalisme vise l'intégration des groupes minoritaires au sein de la nation québécoise ; sans chercher à effacer les identités de chacun, ce modèle souhaite plutôt permettre une intégration sociale et économique *via* des échanges interculturels entre le groupe majoritaire et les communautés issues de la diversité¹⁸⁹⁶.

Dans le rapport Bouchard-Taylor, du nom des deux coprésidents mandatés par le premier ministre québécois Jean Charest pour examiner les questions liées aux accommodements raisonnables consentis sur des bases culturelles et religieuses au Québec, les deux auteurs concluent que l'approche interculturelle est privilégiée par la majorité des intervenants québécois qui se sont prononcés en commission, précisant que le multiculturalisme canadien est peu adapté à la réalité du Québec¹⁸⁹⁷.

Cependant, il n'existe à ce jour aucune loi officialisant l'interculturalisme, mais l'engouement pour celui-ci se confirme dans les politiques publiques au Québec, quoique de façon sinueuse et contestée, avec la Charte des valeurs québécoises (2013-2014), la Loi 62 sur le service à visage découvert (2017) et plus récemment la Loi sur la laïcité de l'État (2019)¹⁸⁹⁸.

Cette dissonance sur la politique d'intégration des minorités entre le multiculturalisme fédéral et l'interculturalisme québécois se répercute logiquement sur un autre terrain propre à configurer les modalités du vivre ensemble, notamment au travail, celui de la laïcité, qui illustre encore les tensions entourant l'héritage constitutionnel et politique de Pierre Elliott Trudeau¹⁸⁹⁹.

C. « Neutralité religieuse » canadienne et « laïcité » québécoise

À cette différence d'ampleur en fait écho une autre : la notion de laïcité en vigueur dans un pays influence considérablement la place de la religion dans la sphère publique. Cette balance entre religion et État est un élément d'identité de chaque société

¹⁸⁹⁴ C'est le gouvernement de René Lévesque qui jette les premières bases de l'interculturalisme en 1981 avec *Autant de façons d'être Québécois*.

¹⁸⁹⁵ Voir la Charte de la langue française (Loi 101 ; R.L.R.Q., chap. C-11), qui fait du français la – seule – langue officielle de l'État et des tribunaux québécois, ainsi que la langue normale et habituelle au travail, dans l'enseignement et dans les commerces.

¹⁸⁹⁶ Samuel PROULX-CHÉNARD, « Interculturalisme », *Encyclopédie canadienne*, version du 22 juin 2021.

¹⁸⁹⁷ Cité ici dans sa référence complète : Gérard BOUCHARD/Charles TAYLOR, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation, Rapport*, 2008. Ce rapport a été abondamment critiqué dans la doctrine juridique. Pour un aperçu, lire WEINSTOCK, *Réflexions critiques*, 93-112.

¹⁸⁹⁸ Cf. *infra* Chap. 7, II, B, 3, c.

¹⁸⁹⁹ KARAZIVAN/GAUDREAU-DESBIENS, 488.

et percole à travers toutes ses strates, la sphère professionnelle ne faisant pas exception à la règle. À ce niveau justement, le Québec présente une singularité : la province fait partie d'un pays anglo-saxon d'Amérique du Nord qui n'est pas à proprement parler laïque (1) mais elle se différencie du Canada anglophone par une proximité culturelle avec la France dont elle revendique en partie l'héritage laïque (2).

1. *Le Canada, un État confessionnellement neutre, mais pas « laïque »*

Le droit constitutionnel canadien ne connaissant le principe de laïcité telle qu'on l'entend en Europe, une grande prudence s'impose dans le recours au modèle français¹⁹⁰⁰. La laïcité au sens propre du terme ne fait pas partie de l'architecture constitutionnelle canadienne. Le Canada n'a jamais consacré la moindre trace de la laïcité dans un texte constitutionnel, bien que l'État respecte les fondements du principe de laïcité, si l'on choisit une définition plutôt large de la laïcité¹⁹⁰¹.

Ce modèle « libéral-pluraliste » de la laïcité ne cherche pas à refouler la religion dans la sphère privée pour permettre l'essor d'une identité civique commune, mais voit la laïcité comme un mode de gouvernance dont la fonction est de trouver l'équilibre optimal entre le respect de l'égalité morale et celui de la liberté de conscience des personnes, et « admettra la nécessité de recourir à des accommodements visant à rétablir l'équité ou à permettre l'exercice de la liberté de religion dans la mesure où le principe de l'égalité de respect n'est pas compromis »¹⁹⁰².

Si l'on se réfère à une définition exigeante de la laïcité en revanche, il existe tout au plus un principe de neutralité de l'État, qui découle de la liberté de conscience et de religion (garantie par l'art. 2a) de la Charte canadienne et l'art. 3 de la Charte québécoise)¹⁹⁰³ : « La liberté de religion impose une obligation de neutralité à l'État en matière religieuse qui l'empêche de privilégier ou de défavoriser une religion par rapport aux autres »¹⁹⁰⁴.

L'État ne doit pas s'ingérer dans le domaine de la religion et des croyances. L'État doit plutôt demeurer neutre à cet égard. Cette neutralité exige qu'il ne favorise ni ne défa-

¹⁹⁰⁰ Pierre BOSSET, « Laïcité et pluralisme religieux – Du bon et du mauvais usage de la perspective française dans le débat québécois », *Le Devoir*, 17 et 18 janvier 2004; BERNATCHEZ, 237.

¹⁹⁰¹ De cet avis David KOUSSENS, « Une mise en scène nationaliste de la laïcité en porte-à-faux avec la réalité des aménagements laïques canadiens : éléments du débat québécois », *R.D.U.S.* 2013 183-204. Les philosophes canadiens Jocelyn Maclure et Charles Taylor distinguent précisément à ce titre la « laïcité républicaine » qui serait celle en vigueur en France, et la « laïcité libérale-pluraliste » prévalant au Canada et qui permettrait des accommodements raisonnables.

¹⁹⁰² MACLURE/TAYLOR, 46 s. La conception libérale et pluraliste de la laïcité recoupe ce que Micheline MILOT appelle la « laïcité de reconnaissance », *Laïcité*, 65.

¹⁹⁰³ Pierre BOSSET, « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », *Bulletin d'histoire politique* 2005 (13) 79-95.

¹⁹⁰⁴ WOEHRLING, *L'obligation d'accommodement*, spéc. 370-375.

vorise aucune croyance, pas plus du reste que l'incroyance. Elle requiert de l'État qu'il s'abstienne de prendre position et évite ainsi d'adhérer à une croyance particulière¹⁹⁰⁵.

La Cour suprême eu l'occasion d'expliciter la notion de neutralité religieuse dans l'arrêt *Big M Drug Mart*: «Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La Charte protège les minorités religieuses contre la menace de «tyrannie de la majorité»¹⁹⁰⁶. De plus, la neutralité de l'État existe lorsque celui-ci ne favorise ni ne défavorise aucune conviction religieuse, ce qui implique le respect de toutes les positions à l'égard de la religion, en prenant compte des droits constitutionnels concurrents des personnes affectées¹⁹⁰⁷.

Si les contours de la neutralité religieuse de l'État canadien ne sont pas encore totalement fixés, l'on peut affirmer que, dans sa dimension négative, elle empêche l'État, premièrement, de vouloir régir la conduite des citoyens en fonction de normes religieuses, deuxièmement de promouvoir une conception du bien propre à une religion ou hostile à la religion; dans sa dimension positive elle reconnaît le fait religieux, ce que l'État peut faire en insérant dans la législation des exemptions destinées à maintenir l'exercice de la liberté de religion ou, dans ses actes administratifs, en ayant recours à des mesures d'accommodement raisonnable au bénéfice des personnes concernées¹⁹⁰⁸.

2. *Le Québec, un État proprement laïque ?*

La société québécoise s'est en fait fortement sécularisée à partir de la Révolution tranquille (années 1960), en se laïcisant et en se déconfessionnalisant (effacement du caractère religieux des institutions), mais la question de la laïcité ne s'en est pas pour autant trouvée résolue, loin s'en faut¹⁹⁰⁹. Le politique s'est saisi du rapport Bouchard-Taylor pour proposer d'institutionnaliser une laïcité de l'État québécois dans une pre-

¹⁹⁰⁵ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, § 72.

¹⁹⁰⁶ Idée exprimée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 337.

¹⁹⁰⁷ *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] R.C.S. 1 235.

¹⁹⁰⁸ Pierre BOSSET, «La neutralité de l'État en matière religieuse: méandres d'une notion», *R.J.T.* 2017 (51) 304-336, 319, et les arrêts cités.

¹⁹⁰⁹ Pour l'histoire des relations entre l'Église et le Québec sur le temps long, lire Marc CHEVRIER, et al., *La laïcité: le choix du Québec. Regards pluridisciplinaires sur la Loi sur la laïcité de l'État, Secrétariat à l'accès à l'information et à la réforme des institutions démocratiques*, Québec, 2021, ainsi que Guy DURAND, *Le Québec et la laïcité. Avancées et dérives*, Montréal, Éditions Varia, 2004. Depuis quelques années, la trêve entre le nationalisme québécois et le multiculturalisme semble progressivement s'estomper, que certains attribuent au contexte post-11 septembre 2001 qui contribua à fomenté une certaine méfiance à l'égard de la diversité religieuse ainsi qu'à la parution des travaux de la Commission Stasi qui susciterent un réel intérêt parmi les nationalistes civiques intéressés par l'application au Québec des principes et pratiques de la laïcité française, WEINSTOCK, La «crise», 22.

mière tentative avec la Charte des valeurs québécoise qui devait créer une société québécoise laïque¹⁹¹⁰, mais ce projet s'évanouit avec la victoire du Parti libéral aux élections du 7 avril 2014¹⁹¹¹.

La quête d'une laïcité québécoise s'inscrit dans la volonté de poursuivre la séparation progressive de la religion et de l'État, de répondre aux inquiétudes d'une partie de la population québécoise et de *confirmer* ultimement le statut laïque de la province¹⁹¹². Le sujet revient donc sur la table en 2017 avec l'adoption de la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État – dite Loi 62¹⁹¹³ – puis le 16 juin 2019 avec l'adoption de la Loi sur la laïcité de l'État – dite Loi 21¹⁹¹⁴ –, la première à proclamer que « L'État du Québec est laïque » (art. 1^{er}).

Les critiques ont fusé dès l'adoption de la loi, plusieurs observateurs – dont Charles Taylor – estimant que les exigences de la loi entraînent des effets exactement contraires à ses intentions, en nuisant au vivre ensemble par la stigmatisation de certains groupes religieux déjà marginalisés¹⁹¹⁵. Si l'idéal laïque fait l'objet d'un consensus plus ou moins large au Québec, ce sont ses modalités qui font débat, en particulier sa composante relative au port de signes religieux par les fonctionnaires.

Au Québec plus que partout en Europe sa légitimité est contestée, car si la majorité des Québécois adhèrent à la laïcité, c'est à la condition de s'entendre sur ce qu'elle signifie, avec le risque de perdre de vue ses exigences constitutives¹⁹¹⁶. D'où, au Canada, la prolifération d'expressions qui la déclinent afin de l'adapter à la société québécoise, comme en témoignent les notions de « laïcité plurielle », « laïcité ouverte » ou encore « laïcité délibérative », qui sont précisément usitées par des philosophes canadiens.

En effet, la première condition pour atteindre l'idéal laïque est de se mettre d'accord *via* un pacte civil rousseauiste – c'est-à-dire un consentement à vivre selon des règles communes approuvé par une majorité des membres d'une société – sur la démarcation

¹⁹¹⁰ Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement, qui sera formalisée dans la Loi 60 déposée à l'Assemblée nationale du Québec le 7 novembre 2013.

¹⁹¹¹ Jean-Philippe WARREN, « Laïcité au Québec », *Encyclopédie canadienne*, version du 20 avril 2021.

¹⁹¹² Pour une lecture mettant au jour la portée symbolique de la Loi 21, lire Phil LORD, « Quelle est à la réelle raison d'être de la Loi 21 ? », 2020 9 : 3 *Directions 1*.

¹⁹¹³ Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État et visant notamment à encadrer les demandes d'accommodement pour un motif religieux dans certains organismes, RLRQ, c. R-26.2.01.

¹⁹¹⁴ Loi sur la laïcité de l'État, RLRQ, c. L-0.3.

¹⁹¹⁵ P.ex. Marco BÉLAIR-CIRINO, « Projet de loi 21: « on encourage certains préjugés », selon Charles Taylor », *Le Devoir*, 7 mai 2019.

¹⁹¹⁶ PENA-RUIZ, 15.

entre ce qui est commun et ce qui relève de la liberté individuelle. Un tel partage vise la juste mesure du champ de la loi, et dans une société de type anglo-saxon où l'identité, notamment religieuse, a droit de cité pour s'afficher dans l'espace public, il appert tout logiquement que le port de signes religieux pour les agents de l'État constitue la pierre d'achoppement principale.

II. Les accommodements raisonnables pour des motifs religieux au travail

Le contexte juridique dans lequel s'inscrit l'obligation d'accommodement raisonnable étant désormais familié, il sied de regarder de plus près comment celle-ci est née (A), comment elle s'est appliquée au fil des années pour des motifs religieux au travail (B) et quelles sont les principales critiques doctrinales qui ont été exprimées à son endroit (C).

A. Genèse et contours de la notion

L'obligation d'accommodement raisonnable est une construction prétorienne d'origine américaine qui a été enchâssée en droit canadien dans l'affaire *Simpsons-Sears (O'Malley)* en 1985, par la voix du juge McIntyre qui l'a intégrée en l'absence de tout argument de texte (1). L'édification progressive de cette notion a posé différentes formes d'accommodement qui peuvent être mis en œuvre dans le contexte du travail (2) et a surtout insisté sur les limites à cette obligation d'accommodement (3).

1. Les premiers jalons posés par l'affaire Simpson-Sears

M^{me} O'Malley a été engagée en 1971 comme vendeuse de prêt-à-porter à temps plein. L'une des conditions d'embauche comme vendeur à plein temps était de travailler le vendredi soir, par rotation, et deux samedis sur trois, période la plus achalandée de la semaine. Quelques années après son embauche, la plaignante se convertit à l'Église adventiste du septième jour qui prescrit l'observance du sabbat s'étendant du vendredi au coucher du soleil au samedi au coucher du soleil. En conséquence, la plaignante ne pouvait plus, en vertu de sa nouvelle foi, travailler pour son employeur le samedi. Sa conversion a été tenue pour sincère, de même que la politique de l'ouverture le samedi était adoptée pour des raisons d'affaires légitimes et non par suite de quelque intention malicieuse envers la plaignante ou les adeptes de sa foi. La plaignante informa le directeur du personnel de l'intimée, qui l'a prévenue qu'elle devrait travailler le samedi son tour venu. À la suite de son refus, au cours de ce qui devait être sa dernière semaine, le directeur lui propose un emploi à temps partiel la semaine suivante. Elle qui ne voulait pas démissionner, accepta cette offre, au prix de la réduction par moitié de son salaire antérieur. Le directeur l'assura qu'il prendrait en considération sa candi-

dature pour tout poste pour lequel elle pourrait être qualifiée et qui répondrait à ses exigences religieuses.

Dans une telle situation, la Cour a constaté une forme indirecte de discrimination, découlant de l'« effet préjudiciable » de l'horaire de travail, même sans intention discriminatoire. L'existence de la discrimination indirecte étant ainsi établie aux yeux de la Cour, se posait la question de l'accommodement, la mesure ne pouvant simplement être supprimée : l'employeur devait-il aménager l'horaire de travail de cette vendeuse pour lui permettre de respecter ses obligations religieuses¹⁹¹⁷ ?

La Cour suprême y résume l'enjeu qui sous-tend l'espèce : dans sa volonté honnête de pratiquer sa religion, dans quelle mesure une employée peut-elle « forcer », pour citer les termes de la Cour, son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques ou à faire en sorte qu'elles soient respectées ? Jusqu'où, peut-on se demander, peut-on exiger la même chose de ses camarades de travail et, quant à cela, au public en général¹⁹¹⁸ ?

Dans cet arrêt *O'Malley* fondateur, le juge McIntyre déclare, contrairement aux avis de la Cour divisionnaire et de la Cour d'appel, que la solution d'une obligation d'accommodement se dégage bel et bien de l'objet et des dispositions générales du Code ontarien des droits de la personne. La Cour justifie ainsi le raisonnement :

Dans un cas de discrimination fondée sur la croyance et résultant de l'effet d'une condition ou d'une règle qui est raisonnablement liée à l'exécution des fonctions et qui n'est pas discriminatoire à première vue, un résultat différent s'ensuit. La règle ou la condition de travail n'est pas annulée, mais son effet sur le plaignant doit être étudié et si l'on veut mettre en application l'objet du *Code ontarien des droits de la personne* un accommodement quelconque s'impose de la part de l'employeur au profit du plaignant. Le Code doit être interprété et appliqué avec souplesse afin de protéger le droit de l'employé victime de discrimination ainsi que le droit de l'employeur à la gestion licite de ses affaires. Le Code n'a pas pour objet de conférer des droits à l'un en excluant les droits de l'autre. Les tribunaux américains ont remédié à ce problème avec ce qu'on a décrit comme une « obligation d'accommodement », en l'absence de contrainte excessive, de la part de l'employeur [...] ¹⁹¹⁹

Au Canada, d'après le Professeur Ratushny pour la commission d'enquête instituée dans cette affaire, cette obligation est « la norme très générale qui consiste à déterminer si l'employeur a agi raisonnablement en tentant de s'entendre avec l'employé, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et de la portée et des objets généraux du Code ». La norme du caractère raisonnable et l'obligation d'accommodement

¹⁹¹⁷ BOSSET, *Fondements*, 8 s.

¹⁹¹⁸ *Comm. Ont. des Droits de la Personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, § 21.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, § 20.

dont parle la jurisprudence américaine prévoient que, lorsqu'il est démontré qu'une condition de travail a causé de la discrimination, il incombe à l'employeur de tenter raisonnablement de faire en sorte que les besoins religieux de l'employé soient respectés à moins que cela ne lui cause une contrainte excessive dans la gestion de ses affaires¹⁹²⁰.

En l'espèce, la Cour dit que la plaignante est légalement autorisée à pratiquer sa religion et à ne pas être forcée à travailler le samedi contrairement à ses croyances religieuses. Puis elle rappelle la règle du fardeau de la preuve en matière civile, incombant au demandeur, soit celui réclamant l'exécution d'une obligation. Le plaignant doit ainsi faire preuve suffisante qu'il y a discrimination. Dans ce contexte, la preuve suffisante est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé. Lorsque l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, est démontrée et que la règle incriminée est raisonnablement liée à l'exercice des fonctions, comme en l'espèce, l'employeur est tenu non pas de la justifier, mais plutôt, et c'est là la différence fondamentale avec le droit suisse et européen, de démontrer qu'il a pris, en vue de s'entendre avec l'employé les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir une contrainte excessive :

Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger. Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres. Cela est particulièrement important lorsque des rapports spéciaux existent, en l'espèce les rapports entre employeur et employé. Dans le présent cas, conformément aux dispositions et à l'objet du *Code ontarien des droits de la personne*, le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnables¹⁹²¹.

Et de poursuivre qu'il est évident que c'est à l'employeur qu'incombe le fardeau de la preuve puisque c'est lui qui dispose de l'information nécessaire pour démontrer l'existence d'une contrainte excessive et que l'employé est rarement, sinon jamais, en mesure d'en démontrer l'absence¹⁹²².

En l'espèce, l'employeur intimé n'a produit aucune preuve de contrainte excessive subie. Sa première réaction, lorsque la plaignante lui a annoncé qu'elle ne pourrait plus

¹⁹²⁰ *Idem*.

¹⁹²¹ *Ibid.*, § 22.

¹⁹²² *Ibid.*, § 28.

travailler le samedi, a été de répondre qu'elle devrait démissionner. Puis il lui a offert, avant la fin de son emploi, un poste à temps partiel de sa propre initiative qu'elle a accepté. En outre, il a accepté d'examiner la candidature de M^{me} O'Malley pour tout autre poste qui deviendrait vacant, sauf que tous ceux dont a eu connaissance la plaignante exigeaient de travailler le samedi sauf un, pour lequel elle n'était pas qualifiée. Aucune preuve n'a été produite au sujet des problèmes qui auraient pu se poser si l'intimé avait pris d'autres mesures, des dépenses qu'il aurait fallu engager pour modifier le calendrier de travail à son avantage, ou des autres problèmes qui auraient pu surgir si d'autres mesures d'accommodement avaient été prises. En l'absence d'une telle preuve, la Cour a conclu à l'unanimité à l'accueil du pourvoi¹⁹²³. Ainsi naquit en droit canadien l'obligation de l'accommodement raisonnable.

Dans une décision postérieure, l'affaire *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, la Cour suprême a clairement réaffirmé que l'obligation raisonnable découle également du principe d'égalité prévu à l'art. 10 de la Charte québécoise, selon lequel il y a discrimination « lorsqu'une [...] distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre [le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne] »¹⁹²⁴. Dans cette affaire, la Cour est arrivée à la conclusion que le calendrier scolaire fixant l'horaire de travail des enseignants, qui faisait partie de la convention collective liant la commission scolaire intimée, dans la mesure où il ne prévoyait pas de congé payé le jour du *Yom Kippour*, avait un effet discriminatoire indirect à l'égard des enseignants de religion juive, ceux-ci devant prendre une journée de congé pour célébrer leur fête religieuse. Tenant compte du fait que la convention collective prévoyait en l'espèce la rémunération de l'enseignant qui s'absente pour diverses raisons et que dans le passé les absences rémunérées incluaient la célébration du *Yom Kippour*, la Cour a jugé que l'employeur n'avait pas réussi à faire la preuve que le fait d'accommoder les intéressés, en leur permettant de prendre un jour de congé payé pour célébrer le *Yom Kippour*, lui imposerait une contrainte excessive.

2. Les différentes formes d'accommodement raisonnable

L'obligation d'accommodement raisonnable s'étend à différents secteurs d'activités dans le domaine des biens et services. Ainsi il peut s'agir par exemple pour le propriétaire d'un hôtel, d'un restaurant ou d'un bar de permettre l'accès à une personne se déplaçant en fauteuil roulant ou accompagnée d'un chien guide; pour un tribunal de fournir à un justiciable sourd les services d'un interprète en langue des signes; ou

¹⁹²³ *Ibid.*, § 29.

¹⁹²⁴ [1994] 2 R.C.S. 525, 609.

pour une commission scolaire d'autoriser un élève à porter un vêtement requis par sa religion, tant que sont respectées les exigences normales de sécurité, etc.¹⁹²⁵

L'accommodement peut aussi consister à mettre à la disposition des intéressés des avantages particuliers. Par exemple, la pratique de servir le même menu, avec de la viande de porc, dans une prison ou dans un hôpital produit un effet discriminatoire sur les détenus ou les patients juifs et musulmans ; l'accommodement consistera à offrir des repas différents à ces personnes¹⁹²⁶.

L'idée d'un « traitement différentiel » rendu nécessaire par les exigences de l'égalité, idée qui sous-tend l'accommodement raisonnable, procède d'une conception de l'égalité qui tranche avec celle qui veut que l'égalité signifie un traitement identique. En ce sens, l'accommodement raisonnable est une construction intellectuelle, qui « fait aussi appel à l'imagination pratique, car une fois l'idée d'un traitement différentiel admise, il faut en tirer les conséquences concrètes. Ici, les juristes laissent places aux spécialistes de la gestion des ressources humaines, aux enseignants, aux intervenants de la santé ou encore aux administrateurs publics »¹⁹²⁷. Nous verrons dans un instant comment se traduit cette « imagination pratique » dans les rapports de travail pour les revendications religieuses.

3. *Tension entre l'obligation d'accommodement et l'obligation de neutralité*

Les normes d'une société ne sont pas déterminées qu'en fonction de principes de justice abstraits : elles le sont aussi en fonction de son inscription dans un contexte culturel propre (sa démographie, son histoire, etc.). C'est ainsi que les jours de travail et de repos et la majorité des jours fériés sont issus des traditions religieuses de la majorité de la population.

Une société ne peut pas inscrire cinquante jours fériés à son calendrier, et il est normal, ne serait-ce que pour des raisons pratiques de coordination de la vie socio-économique, que certaines normes s'enracinent dans les attributs et intérêts de la majorité. Il existe des normes qui ne peuvent tout simplement pas être culturellement neutres (telles que les langues ou le calendrier). Ces normes, parfaitement légitimes, font qu'elles favorisent indirectement la majorité, d'où la nécessité de mesures d'accommodement pour rétablir une certaine équité dans les termes de la coopération sociale¹⁹²⁸.

¹⁹²⁵ BERNATCHEZ, 257, et les arrêts cités. Entre 2012 et 2013, 48 % des demandes d'accommodement raisonnable au Québec étaient formulées en lien avec le handicap, 35 % en lien avec la religion, et 8 % pour un autre motif (grossesse et langue principalement), COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE DU QUÉBEC, « Des droits pour tous et toutes – Fiche n° 4. Les demandes d'accommodement raisonnable », 2013, 3.

¹⁹²⁶ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 336.

¹⁹²⁷ BOSSET, Fondements, 5.

¹⁹²⁸ MACLURE/TAYLOR, 86 s.

En ce sens, le respect du droit à l'égalité exige de prendre en compte les différences individuelles dans l'application d'une norme générale et, lorsque nécessaire, de la moduler et d'adopter un traitement différencié pour éviter que son application ne cause préjudice à un individu vu ses caractéristiques personnelles¹⁹²⁹.

Ainsi, la *Loi sur le dimanche* a été déclarée inopérante par la Cour suprême pour le motif qu'elle avait pour effet d'astreindre l'ensemble de la population « à un idéal secondaire chrétien »¹⁹³⁰. Les accommodements raisonnables procèdent donc d'une volonté d'assurer une égalité des chances au départ. Dans cet arrêt, la Cour suprême admet que bien que la loi soit plus laïque qu'elle ne l'était auparavant, son effet est toujours d'imposer aux minorités religieuses l'observance du sabbat chrétien.

L'année suivante, dans l'arrêt *Edwards Books*¹⁹³¹, la Cour suprême a réduit la portée de l'arrêt *Big M Drug Mart* en reconnaissant que les provinces peuvent établir des règles de repos dominical pour les travailleurs lorsqu'elles poursuivent un objectif laïque légitime, bien que le dimanche soit un jour de culte pour la plupart des Églises chrétiennes. On y contestait la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* de l'Ontario, qui prohibait l'ouverture des commerces le dimanche. Les exemptions prévues dans la loi visaient uniquement les commerces de petite taille fermant le samedi.

La Cour suprême commença par reconnaître l'objectif séculier de la loi – procurer un jour de repos hebdomadaire *commun à tous les travailleurs* – était valide. Cependant, ses effets restreignaient la liberté de religion de ceux qui observent le sabbat en leur imposant un fardeau financier supplémentaire puisqu'ils devaient fermer leur commerce un jour de plus que ceux qui observaient le dimanche comme jour religieux. Ensuite, tout en reconnaissant que le législateur ontarien était tenu d'accommoder, dans la mesure du possible, ceux dont la religion les obligeait à fermer un autre jour que le dimanche, le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain estimèrent que les exemptions déjà prévues dans la loi constituaient un accommodement suffisant et que l'addition d'exemptions supplémentaires mettrait en danger l'efficacité des mesures législatives en cause (le juge La Forest considérant quant à lui que la loi serait valide même sans aucune exemption). Au contraire, le juge Wilson a jugé que le législateur aurait dû accorder l'exemption à tous les commerçants qui ferment le samedi pour des raisons religieuses, quelle que soit la taille de leur commerce¹⁹³².

¹⁹²⁹ TRUDEAU, L'obligation d'accommodement en milieu de travail, 174.

¹⁹³⁰ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 337.

¹⁹³¹ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

¹⁹³² WOEHRLING, L'obligation d'accommodement, 376. La Cour suprême a renversé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario (arrêt *Videoflicks*), qui était arrivée à la conclusion que la loi restreignait la liberté de religion des propriétaires de commerce de foi juive qui ne pouvaient se prévaloir des exceptions prévues dans la loi et qui, pour se conformer sincèrement aux préceptes de leur religion, n'ouvraient pas leur commerce le samedi. La Cour d'appel avait donc jugé que la loi était inopérante en ce qui les concernait, ce qui revenait à accorder à ces person-

La plupart des auteurs s'accordent à analyser l'arrêt *Edwards Books* comme établissant que la liberté de religion entraîne une obligation d'accommodement raisonnable à la charge de l'État en faveur des personnes dont la liberté de religion est restreinte par les effets d'une loi dont l'objectif est séculier et valide¹⁹³³.

Mais cette obligation d'adaptation des normes pour tenir compte de certaines pratiques religieuses pose la question de l'antinomie qui peut survenir entre l'obligation de neutralité et l'obligation d'accommodement. Dans le cas de l'État, pareille adaptation des normes aux exigences d'une religion revient à faciliter, et donc à favoriser, l'exercice de celle-ci, ce qui peut logiquement être considéré comme contraire au principe de neutralité. Il existe ainsi une contradiction potentielle entre l'obligation d'accommodement et celle de neutralité.

À dire vrai, la réponse du droit canadien à cette apparente contradiction est que l'égalité «réelle» exige très souvent une différence de traitement et que, dans bien des cas, c'est l'identité de traitement qui entraîne l'inégalité lorsque la même règle est appliquée à la minorité et à la majorité. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, le juge en chef Dickson dit justement que «[l']égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment»¹⁹³⁴. Où l'on voit un accent mis sur la liberté de religion plutôt que sur la neutralité¹⁹³⁵.

L'accommodement raisonnable s'incarne donc comme un moyen de faire cesser le «contexte» discriminant, d'assurer une égalité «réelle» dans une conception matérielle et non formelle d'égalité et dans une situation concrète et individualisée de discrimination. Elle traduit une évolution de la pensée juridique qui, d'une conception formelle de l'égalité, l'envisage dorénavant de façon matérielle¹⁹³⁶.

Où l'on voit aussi que la doctrine de l'accommodement raisonnable sous-jacente à une conception matérielle de l'égalité a pour effet collatéral que le seuil d'identification d'une situation considérée comme discriminatoire est également plus bas en droit canadien. En droit suisse et européen, nous avons vu qu'une telle norme n'était pas nécessairement considérée comme discriminatoire du fait qu'elle se justifie de nos jours comme jour de repos devant bénéficier à toute la population laborieuse et que son esprit est dorénavant envisagé sous une forme laïque.

nes une exemption constitutionnelle à l'égard de l'application de la loi, dans la mesure où celle-ci violait leur liberté de religion.

¹⁹³³ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 377, et les réf. citées.

¹⁹³⁴ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 347.

¹⁹³⁵ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 380 ss.

¹⁹³⁶ La Cour a expressément rejeté la conception formelle de l'égalité dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

À l'inverse d'une conception continentale qui considère, dans le cadre d'une loi au champ d'application universel, l'accommodement religieux comme une entorse au principe d'égalité, le droit canadien ne voit pas cette adaptation de normes aux exigences d'une religion comme une telle entorse. Par contre, la portée d'une exemption libellée en termes neutres du point de vue de la religion peut entraîner d'autres difficultés et n'avoir pour effet que de déplacer le problème. Dans l'affaire *Edwards Books*, si l'on permet à tous les commerçants qui ont fermé le samedi d'ouvrir le dimanche, l'objectif d'assurer un repos hebdomadaire commun à tous les employés ne pourra plus être atteint de façon satisfaisante. C'est pourquoi le législateur ontarien avait originellement limité l'exemption sabbatique aux commerces inférieurs à une certaine taille. Cependant, cette limitation avait pour effet d'exclure les commerçants juifs ou adventistes propriétaires d'une entreprise dépassant les normes prévues, même s'ils avaient fermé leur commerce le samedi pour des raisons religieuses sincères. De façon paradoxale, la neutralité de l'exemption entraînait elle-même une discrimination, fondée sur la taille des commerces, à l'intérieur des groupes religieux pour lesquels cette exemption avait pourtant été conçue du départ¹⁹³⁷. Cette conséquence n'a pas empêché les juges majoritaires de considérer ce régime comme valide. Par contre, la juge Wilson, dissidente sur ce point, était d'avis qu'il y avait là une violation injustifiée du droit à l'égalité et de la liberté de religion¹⁹³⁸.

Le législateur ontarien a subséquemment modifié la loi pour supprimer la restriction relative à la taille des commerces et pour étendre l'exemption sabbatique à tous les commerces fermant un autre jour que le dimanche pour des raisons religieuses¹⁹³⁹. Sauf que cet élargissement de l'exemption initiale a eu pour effet qu'encore moins de travailleurs aient congé le même jour de la semaine. Le consentement à un premier accommodement à portée limitée pour empêcher une discrimination indirecte en a créé une autre fondée sur la taille du commerce avec le risque, si l'on veut les éliminer tour à tour, d'un entraînement vers un élargissement infini de l'accommodement qui finira par enlever sa raison d'être et son efficacité à la règle initiale¹⁹⁴⁰.

¹⁹³⁷ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 384.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, 808 s.

¹⁹³⁹ À la suite de l'arrêt de la Cour suprême, le législateur ontarien a, de sa propre initiative, modifié la loi pour étendre l'exemption sabbatique à tous les commerces, quelle que soit leur taille, fermant un autre jour que le dimanche pour des raisons religieuses, loi qui fut à nouveau contestée, mais déclarée valide cette fois par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Peel c. Great Atlantic* (1991), 44 O.A.C. 179 (CA). Lire sur cette dernière décision Ivan F. IVANKOVICH, «Case Comment: Peel v. Great Atlantic Pacific Co. of Canada et al.», *Alberta Law Review* 1991 (29) 724-738.

¹⁹⁴⁰ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 384.

B. Impact de l'obligation d'accommodement sur la religion au travail

Gilles Trudeau rappelle que c'est dans la réalité de la gestion quotidienne des milieux de travail qu'est tout d'abord apparue l'obligation d'accommodement et que son contenu fut élaboré. Ce faisant, elle a pénétré graduellement le droit du travail et a contribué à en bouleverser la physionomie (1)¹⁹⁴¹. Nous verrons comment cette «constitutionnalisation» du droit du travail canadien et québécois se manifeste à l'égard des accommodements pour des motifs religieux en droit privé (2) et public (3) du travail.

1. «Constitutionnalisation» du droit du travail canadien et québécois

Le droit à l'égalité et l'obligation d'accommodement qui en découle participent du mouvement plus large de la reconnaissance et de la protection des droits fondamentaux de la personne en droit canadien et québécois par l'effet des chartes; et contrairement à la Charte canadienne, la Charte québécoise s'applique elle autant au domaine public que privé et exige en principe que les employeurs justifient les atteintes à l'expression de convictions religieuses qui surviennent sur le lieu de travail¹⁹⁴².

Le phénomène de la *constitutionnalisation* du droit du travail, au centre duquel le droit à l'égalité et l'obligation d'accommodement s'inscrivent, en affecte considérablement le contenu même. Il en résulte un effet de «modernisation», qui se manifeste particulièrement sur la façon dont le droit du travail encadre l'exercice des prérogatives patronales. L'employeur ne peut dorénavant s'en prévaloir que de manière conforme à la protection des droits fondamentaux de ses salariés. C'est ainsi qu'il doit délaissier la logique d'égalité formelle, chère au droit du travail, engoncée dans cette matrice contractualiste, pour adhérer à la logique plus substantielle de l'égalité réelle, «qui répond nettement mieux aux impératifs de la diversité actuelle de la main-d'œuvre»¹⁹⁴³.

L'encadrement des prérogatives patronales doit ainsi se conjuguer ainsi avec la liberté fondamentale de conscience et de religion, dont la Cour suprême du Canada enseigne qu'elle comprend essentiellement «le droit de croire, de professer ouvertement ses

¹⁹⁴¹ TRUDEAU, L'obligation d'accommodement en milieu de travail, 171.

¹⁹⁴² En vertu de l'interprétation très large qu'on a faite de ses art. 54 et 55. Lire sur cette question Christian BRUNELLE/Michel COUTU/Gilles TRUDEAU, «La constitutionnalisation du droit du travail: un nouveau paradigme», *Les Cahiers de Droit* 2007 (48) 5-42.

¹⁹⁴³ TRUDEAU, L'obligation d'accommodement en milieu de travail, 182. En invoquant le droit à l'égalité reconnu par les lois propres aux droits de la personne, les tribunaux exigent aujourd'hui une grande rigueur de la part de l'employeur dans la conception et l'administration des tests de sélection afin que ceux-ci soient exempts de tout biais discriminatoire, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3. Le souci d'accommoder la diversité de la main-d'œuvre canadienne est une des raisons qui explique le développement fulgurant de l'obligation d'accommodement raisonnable dans le système juridique canadien, cf. *infra* Chap. 8, I, A, 2.

croyances et de les manifester», sans crainte de représailles, et le droit de ne pas être forcé «d'agir de manière contraire à ses croyances»¹⁹⁴⁴. S'agissant de sa portée, le droit à la liberté de religion incorpore aussi les manifestations d'incroyance¹⁹⁴⁵, ainsi que le refus d'observer les pratiques religieuses. Ce droit protège donc «également les intérêts des athées, des agnostiques, des sceptiques et des indifférents»¹⁹⁴⁶.

L'introduction de l'obligation de l'accommodement raisonnable, par les tribunaux, a considérablement changé la conception traditionnelle du droit du travail, notamment le droit de direction de l'employeur, la responsabilité des autres salariés ainsi que la façon dont la convention collective doit être appliquée et interprétée¹⁹⁴⁷.

Une discrimination fondée sur la religion vient compromettre l'exercice en pleine égalité de la liberté de religion de même que le droit à des conditions de travail exemptes de discrimination, et ce, en contravention tant de la Charte canadienne (*cf.* art. 2*a*) que de la Charte québécoise (*cf.* art. 3, 10 et 16).

2. *Portée matérielle des droits fondamentaux et signes religieux dans l'entreprise privée*

Avec le temps, cette création prétorienne est devenue un «précepte fondamental en droit du travail canadien, et plus particulièrement en droit du travail québécois»¹⁹⁴⁸. Son objectif principal est «d'empêcher que des personnes par ailleurs aptes ne soient injustement exclues, alors que les conditions de travail pourraient être adaptées sans créer de contrainte excessive»¹⁹⁴⁹. De la sorte, l'obligation d'accommodement impose à l'employeur un assouplissement de sa «norme d'emploi» – l'équivalent dans le lexique suisse d'une condition de travail – de manière à tenir compte des besoins particuliers du salarié lésé en raison de sa religion¹⁹⁵⁰.

Face aux allégations de discrimination qui pèsent contre lui et pour justifier une interdiction des signes religieux dans son entreprise, l'employeur devra recourir à la défense d'exigence professionnelle justifiée (EPJ), issue de l'arrêt *Meiori*¹⁹⁵¹ dans lequel

¹⁹⁴⁴ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, § 69; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, § 94 s.

¹⁹⁴⁵ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, § 65.

¹⁹⁴⁶ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, § 90.

¹⁹⁴⁷ RIVET, 376.

¹⁹⁴⁸ *Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité au travail) c. Caron*, [2018] 1 R.C.S. 35, § 22.

¹⁹⁴⁹ *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561, § 14.

¹⁹⁵⁰ WOEHRLING, L'obligation d'accommodement, 328 s.

¹⁹⁵¹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3, 32 s, 38. Lire à ce sujet Jean-Yves BRIÈRE/Jean-Pierre VILLAGGI, «L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme», in Barreau du

la Cour suprême ne fait plus la distinction entre les types de discrimination: qu'il s'agisse de discrimination indirecte ou directe n'importe plus, l'obligation d'accommodement raisonnable peut naître dans toutes les situations de discrimination, avec une triple obligation de l'employeur de démontrer:

- qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause **(a)**;
- qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail **(b)**;
- que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail **(c)**.

Au Québec, ce moyen de défense se rattache d'ailleurs à l'art. 20 de la Charte québécoise, disposant qu'une «distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire»¹⁹⁵².

Il convient de préciser que l'interprétation du moyen de défense portant sur l'exigence professionnelle justifiée est restrictive depuis l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, affaire dans laquelle il était question de l'obligation pour un employé de travailler les jours ouvrables, alors que sa religion ne lui permettait pas de travailler les jours saints et lors du sabbat, finalement congédié après qu'il ne s'est pas présenté à son travail le lundi suite au refus de sa demande de congé non payé pour le lundi de Pâques en raison des impératifs d'exploitation de l'entreprise. L'employeur l'avait préalablement informé des conséquences de son absence. La Cour suprême donna raison à l'employé en indiquant que l'employeur n'a pas démontré qu'il avait fait les efforts nécessaires pour accommoder celui-ci¹⁹⁵³.

a. La nécessité d'un objectif rationnel lié à l'exécution du travail

La première étape à franchir pour l'employeur qui doit justifier la norme contestée consiste à démontrer qu'il existe un but rationnel entre la norme d'emploi et l'exécution du travail en cause. Il s'agit d'amener l'employeur à justifier l'objet général de sa norme en lien avec les exigences objectives du travail à accomplir par ses employés.

Même si cette démarche s'applique sans égard à la forme de discrimination en cause, la justification à une discrimination directe sera infiniment plus complexe à justifier dans le cas des signes religieux¹⁹⁵⁴. En ce qui a trait à la discrimination indirecte, une norme adoptée pour des raisons d'affaires légitimes, s'appliquant uniformément à

Québec, *Développements récents en droit du travail 2000*, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2000, 219-249.

¹⁹⁵² *Gaz métropolitain inc. C. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, § 39-42.

¹⁹⁵³ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, 521.

¹⁹⁵⁴ PARENT/FLEURY, 14 s.

l'ensemble du personnel et ne faisant aucunement référence à la religion, pourra néanmoins avoir une incidence sur certaines pratiques religieuses, telles que le port de signes religieux.

Dans cette optique, l'employeur devra expliquer le caractère rationnel de sa norme. Par exemple, dans la récente affaire *Singh*, une règle rendant obligatoire le port du casque de sécurité pour tous les camionneurs circulant au Port de Montréal engendrait des répercussions non négligeables pour trois camionneurs de religion sikhe. En effet, ces derniers ne peuvent, d'après leurs croyances, porter un équipement de protection par-dessus leur turban, ce qui les empêche d'effectuer des livraisons à cet endroit. Compte tenu de la preuve administrée quant aux risques de blessure à la tête lors des opérations de chargement et déchargement des conteneurs, la Cour d'appel du Québec a décidé que cette norme, adoptée pour des raisons de santé et de sécurité au travail, possédait un lien rationnel évident avec la nature des tâches accomplies par les camionneurs¹⁹⁵⁵.

S'il n'arrive pas en revanche à apporter la preuve que la norme d'emploi qui entraîne une discrimination à cause d'un motif illicite n'est pas raisonnablement liée à l'exercice des fonctions, la sanction ne sera pas l'accommodement raisonnable, mais plutôt l'invalidation de la norme en cause¹⁹⁵⁶. Par exemple, une exigence de taille minimale pour devenir pilote d'avion s'applique de façon neutre à tous et ne comporte aucune discrimination visible fondée sur le sexe ou la race. À l'usage, il appert cependant qu'une telle exigence a pour effet d'écarter, de façon disproportionnée, «les femmes et les hommes de race orientale», qui sont en moyenne plus petits. Cette exigence n'étant pas essentielle à la sécurité des opérations aériennes, elle doit être invalidée¹⁹⁵⁷.

À l'heure actuelle, nonobstant l'absence de précédent significatif en la matière, il est totalement invraisemblable qu'une politique de neutralité religieuse de l'entreprise pour des raisons de paix sociale ou d'image commerciale soit perçue, par les tribunaux canadiens et québécois, comme étant en soi un objectif rationnel lié à l'exécution du travail¹⁹⁵⁸.

¹⁹⁵⁵ *Singh c. Montréal Gateway Terminals Partnership*, 2019 QCCA 1494, § 30, 32, 34 et 37. La Cour suprême a refusé d'entendre la cause dans son jugement du 30 avril 2020, *Lakhvinder Singh, et al.c. Société Terminaux Montréal Gateway, et al.*, No 38916.

¹⁹⁵⁶ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 342.

¹⁹⁵⁷ *Chapdelaine c. Air Canada*, (1987), 9 C.H.R.R., D/4449, 87 C.L.L.C. 17,037, cité par WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 342. Même conclusion dans l'affaire *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (C.C.D.P.)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, où la Cour suprême a jugé qu'une exigence professionnelle requérant la capacité de soulever un poids de trente kilogrammes était indirectement discriminatoire à l'égard des femmes et, en outre, n'était pas liée à l'emploi en cause.

¹⁹⁵⁸ Dans ce sens PARENT/FLEURY, 15.

Un employeur a tout de même invoqué une fois l'objectif d'assurer un milieu de travail neutre et respectueux, au soutien de la validité de son code vestimentaire prohibant les vêtements à caractère religieux. Plus précisément, cette interdiction était contestée par un salarié ayant été licencié pour s'être présenté au travail, à maintes reprises, vêtu d'un chandail arborant l'inscription «Dieu n'existe pas». L'arbitre de grief saisi du dossier convient que la liberté d'expression de ce salarié devait primer les contraintes négligeables et non significatives avancées par l'employeur, notamment l'inconfort pouvant être ressenti de la part de certains collègues et son désir de ne pas avoir à gérer les difficultés ou les débats suscités par ce genre de vêtements¹⁹⁵⁹.

b. La croyance sincère de la nécessité de la norme pour réaliser le but légitime lié au travail

La plupart des commentateurs ont souligné qu'il s'agit là d'un critère généralement peu exigeant pour l'employeur. Il lui suffit de prouver qu'il était de bonne foi lorsqu'il a établi la règle ou la politique en cause, c'est-à-dire qu'il n'avait pas l'intention d'écartier les membres de certains groupes religieux de l'accès aux emplois en question. Ceci revient à démontrer que la règle ou la politique existe pour atteindre des objectifs de rendement et d'économie, d'efficacité, de protection de la santé ou de la sécurité¹⁹⁶⁰.

c. La norme est raisonnablement nécessaire pour atteindre le but légitime

Lorsque l'employeur invoque la défense d'exigence professionnelle justifiée, il lui appartient, dans un troisième et dernier temps, de convaincre le tribunal que sa norme d'emploi est raisonnablement nécessaire pour atteindre le but légitime invoqué. C'est à cette étape que se déploie son obligation d'accommodement raisonnable, limitée à la contrainte excessive (*i*). Pour ce faire, il devra s'enquérir des besoins du salarié, pour ensuite explorer les divers aménagements possibles lui permettant par exemple de fournir sa prestation de travail tout en conservant ses signes religieux ou lui accorder des aménagements de l'horaire de travail (*ii*).

(i) Les limites ou le caractère «excessif» de la contrainte

L'obligation d'accommodement n'est pas absolue; elle est limitée au domaine du «raisonnable», ce qui signifie que l'obligation d'adapter l'environnement de travail pèse sur l'employeur tant qu'elle ne représente pas une contrainte excessive (*undue hardship*). Au travail, «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»¹⁹⁶¹.

¹⁹⁵⁹ *Syndicat des métallos, section locale 9414 et Transformateurs Delta inc.*, DTE 2009T-744, § 8, 15, 26, 47, 49 et s., cité par PARENT/FLEURY, 15 s.

¹⁹⁶⁰ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 343.

¹⁹⁶¹ *Comm. Ont. des Droits de la Personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, § 23.

Concernant la sévérité de la contrainte excessive, il faut souligner que les tribunaux canadiens ont clairement rejeté le critère du *minimis* retenu par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Hardison c. Trans World Airlines*, selon lequel il y a une contrainte excessive dès qu'une mesure d'accommodement entraîne des coûts plus que minimes pour l'employeur¹⁹⁶². Néanmoins, les employeurs américains ont pu être contraints, sur le fondement du Titre VII de la *Civil Rights Act*, d'accorder certains aménagements tels que des dérogations aux règles d'habillement, des changements d'horaire n'impliquant ni le paiement d'heures supplémentaires ni l'atteinte aux droits des autres employés ou des autorisations d'absence ponctuelles à l'occasion de fêtes religieuses¹⁹⁶³. Tout récemment, un employé des services postaux américains (USPS), de confession chrétienne, refusa de travailler le dimanche en raison de ses convictions religieuses. Bien qu'aucun de ses collègues n'accepta de le remplacer, l'employé précité continua à refuser de travailler, si bien que l'USPS le licencia. L'employé licencié intenta une action contre l'USPS en invoquant une violation du Titre VII de la *Civil Rights Act*, lequel interdit aux employeurs de discriminer les individus en fonction de leur religion. Selon lui, l'USPS aurait pu s'adapter à sa pratique du repos dominical sans que cela ne cause de «préjudice excessif». La Cour suprême, dans son arrêt du 29 juin 2023, estime qu'on ne peut plus simplement considérer qu'une «contrainte excessive» (*undue hardship*) revient à exiger d'un employeur qu'il supporte «plus que le coût minimum». Elle considère qu'il convient dorénavant de prendre en compte divers facteurs, soit notamment la nature, la taille et les coûts d'exploitation de l'entreprise de l'employeur, ainsi que les adaptations spécifiques en cause¹⁹⁶⁴. Cet arrêt marque ainsi un jalon important de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, laquelle se rapproche de la Cour suprême du Canada quant à l'interprétation de la notion de la «contrainte excessive» (*undue hardship*).

Sur ce point le droit canadien et québécois s'éloigne du droit américain – même si l'on voit l'évolution toute récente vers des exigences accrues envers l'employeur – et surtout de la jurisprudence européenne, puisque seule l'imagination des parties limite la recherche de solutions; en effet, l'obligation d'accommodement se veut une démarche individualisée qui s'oppose à toute règle rigide ou prédéterminée quant à la teneur des obligations patronales, là où la Cour de justice de l'Union européenne limite la recherche de l'aménagement raisonnable à un reclassement à coût nul pour l'employeur¹⁹⁶⁵.

Depuis l'affaire *O'Malley*, la Cour suprême a itérativement précisé la notion de «contrainte excessive». Christian Brunelle propose la catégorisation suivante des fac-

¹⁹⁶² SCOTUS, 432 U.S. 63 (1977), 84. Ce critère tranche avec celui adopté plus tard par l'Américain with Disabilities Act, adopté en 1990, lequel définit la contrainte excessive comme une «action exigeant une dépense ou une difficulté significative» (42 U.S.C. § 12111 (10)).

¹⁹⁶³ ROSENZWEIG, 2517 ss.

¹⁹⁶⁴ SCOTUS, *Groff v. DeJoy*, 600 U.S. 447 (2023).

¹⁹⁶⁵ PARENT/FLEURY, 20.

teurs actuellement pris en compte par la législation, la jurisprudence ou la doctrine, qui sont spécifiquement applicables au travail : (1^o) les *limites des ressources financières et matérielles* (le coût réel de l'accommodement demandé¹⁹⁶⁶, les sources extérieures de financement, la nature de l'entreprise soit sa taille, sa structure, etc., la conjoncture économique, la santé financière de l'entreprise), (2^o) l'*atteinte aux droits* (les conflits de droits, les risques pour la santé ou la sécurité du salarié, de ses collègues ou des tiers¹⁹⁶⁷, l'effet préjudiciable de l'accommodement pour les autres employés, la convention collective) et (3^o) le *bon fonctionnement de l'entreprise* (l'interchangeabilité relative des employés, l'adaptabilité des lieux, l'effet sur la productivité de l'entreprise, le nombre d'employés affectés par la mesure d'accommodement envisagé, la durée et l'étendue de l'accommodement)¹⁹⁶⁸.

En outre, il est entendu que de simples efforts négligeables ne suffisent pas pour remplir l'obligation d'accommodement et, en conséquence, ne peuvent équivaloir à une contrainte excessive. L'employeur doit prouver sur la base de faits, et non à partir de simples hypothèses ou de spéculations, le coût excessif ou les conséquences indésirables de l'accommodement. Ainsi, lorsque l'employeur auquel un employé réclame un congé pour des raisons religieuses refuse cet accommodement en disant craindre une avalanche de demandes semblables, il doit prouver que cet effet «boule de neige» s'est concrètement produit et il ne peut se contenter d'affirmer qu'il pourrait éventuellement se produire¹⁹⁶⁹.

Ainsi, si l'on reprend les différentes catégories de motifs permettant à l'employeur de soutenir l'existence d'une contrainte excessive, l'on ne doit pas attendre de l'employeur qu'il procède à une *modification fondamentale de l'organisation ou des conditions de travail* ni qu'il ne crée un poste taillé sur mesure aux besoins du salarié; le critère n'est donc pas «l'impossibilité pour un employeur de composer avec les caractéristiques d'un employé», comme l'a indiqué la Cour suprême face à une Cour d'appel un peu trop exigeante vis-à-vis de l'employeur¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁶⁶ Pour un exemple récent de l'utilisation de ce critère, voir *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650.

¹⁹⁶⁷ *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489, 521.

¹⁹⁶⁸ BRUNELLE, 251 s.; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, 521.

¹⁹⁶⁹ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 346, qui cite *Smart c. T. Eaton Ltée*, J.E. 93-446, où le Tribunal des droits de la personne du Québec a considéré que rien n'indiquait que l'employeur aurait reçu une avalanche de demandes semblables à celle de la demanderesse, qui refusait de travailler le dimanche pour des raisons religieuses. En fait, seulement trois autres employés (sur 1500) se sont plaints de l'exigence d'être disponibles pour travailler le dimanche.

¹⁹⁷⁰ *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561, § 16.

Si l'on reprend l'exemple de la sécurité et de la santé au travail, dans l'affaire précitée des camionneurs sikhs refusant de porter un casque protecteur, la Cour d'appel jugea qu'il n'existait pas d'autres moyens d'éviter de compromettre leur sécurité tout en permettant à l'entreprise de se conformer à ses obligations légales d'ordre public en matière de santé et de sécurité au travail¹⁹⁷¹.

D'autres motifs ont aussi été écartés par la jurisprudence: les simples inconvénients administratifs, les préférences discriminatoires de la clientèle ou encore la crainte de créer un précédent ou la menace d'être exposé à un recours civil ne sont pas pertinents dans le cadre de l'évaluation de la contrainte excessive¹⁹⁷². Pareillement, les craintes légitimes des autres salariés seront admises, tandis que seront dépourvues de tout fondement leurs «oppositions fondées sur des attitudes incompatibles avec les droits de la personne»¹⁹⁷³.

Comme en droit européen et suisse, il est juste qu'un employeur ne puisse pas justifier un acte discriminatoire au travail en s'appuyant sur les préjugés discriminatoires de ses clients ou de ses salariés, entre autres l'inconfort manifesté devant un voile, une kippa ou un crucifix, car admettre le contraire reviendrait à faire de l'entreprise une caisse de résonance de l'environnement discriminatoire ou attentatoire aux droits fondamentaux¹⁹⁷⁴. Dans ces circonstances, le fait qu'un salarié soit en contact avec la clientèle n'est plus déterminant et ne saurait être invoqué par l'employeur à titre de contrainte excessive¹⁹⁷⁵.

(ii) Différentes formes d'accommodements religieux

La Cour suprême du Canada cherche ce faisant à s'assurer que l'employeur déploie de véritables efforts dans la recherche d'une solution viable¹⁹⁷⁶. Mais l'obligation de négocier de bonne foi est réciproque dans la mesure où elle s'impose non seulement aux employeurs mais aussi aux demandeurs d'accommodement. Ces derniers doivent coopérer et accepter tout arrangement raisonnable proposé, même s'il n'est pas parfait¹⁹⁷⁷.

Cette démarche pourra se concrétiser par la réaffectation à un autre poste disponible compatible avec la situation du salarié, mais également par une large gamme d'autres

¹⁹⁷¹ *Singh c. Montréal Gateway Terminals Partnership*, 2019 QCCA 1494, § 38.

¹⁹⁷² *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 984; BOSSET, Réflexion, 10.

¹⁹⁷³ *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 988.

¹⁹⁷⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2314-4207 Québec inc. (Resto-bar Le Surf)*, 2007 QCTDP 9, § 36-40.

¹⁹⁷⁵ PARENT/FLEURY, 21.

¹⁹⁷⁶ COIQUAUD/MARTIN, 83; WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 344.

¹⁹⁷⁷ WOEHLING, L'obligation d'accommodement, 345.

mesures telles que la modification de l'horaire de travail, l'adaptation du poste de travail et même le réaménagement des tâches¹⁹⁷⁸.

Dans l'affaire *Pandori*, il s'agissait de deux plaintes conjointes relatives au port du *kirpan* par un professeur et par des élèves sikhs à l'école. Le professeur et les élèves se voyaient opposer une résolution de la Commission scolaire de Peel interdisant le port du *kirpan* dans l'enceinte de l'école. Une commission d'enquête établie en vertu du Code ontarien des droits de la personne est arrivée à la conclusion, au vu de la preuve fournie, que le port du *kirpan* devait être autorisé dans cette école, tant pour les élèves que pour les enseignants et les membres de l'administration, mais aux conditions qu'il soit d'une taille raisonnable, porté en dessous des habits de façon à être invisible et maintenu de façon assez ferme dans sa gaine pour être difficile, mais pas impossible, à en sortir¹⁹⁷⁹. Le commissaire a tenu compte du fait qu'on avait pu démontrer qu'il ne s'était jamais produit d'incident violent dans une école au Canada qui puisse être reliée au port du *kirpan*. Il a en outre souligné que d'autres commissions scolaires en Ontario et en Colombie-Britannique permettaient le port du *kirpan* dans leurs écoles¹⁹⁸⁰.

3. Dans la fonction publique : de la neutralité à la laïcité de l'État

D'un point de vue pratique, l'arrêt *Big M Drug Mart* a très clairement indiqué qu'aucune législation ne peut adopter une norme d'application générale qui aurait un objectif religieux, quel qu'il soit, sans violer le principe de la neutralité religieuse.

Toutefois, le principe de neutralité religieuse de l'État n'interdit pas nécessairement les actes religieux qui seraient posés par des fonctionnaires. En résumé, la principale distinction qu'il est possible de faire ressortir entre le régime juridique canadien et un régime juridique national plus strict en matière de séparation de l'Église et de l'État, comme le régime juridique français ou suisse, concerne principalement le droit de certains agents de l'État de manifester leurs convictions religieuses **(a)**.

À ce titre, il semble que le critère primordial à prendre en considération sera lié à la question suivante : la pratique, le signe ou le comportement religieux du fonctionnaire a-t-il pour effet « d'astreindre la population [ou une partie de celle-ci] à un idéal sectaire » quelconque¹⁹⁸¹ ? Dans les limites ainsi fixées, les agents de l'État bénéficient également d'accommodements raisonnables pour des motifs religieux **(b)**. Mais

¹⁹⁷⁸ PARENT/FLEURY, 20.

¹⁹⁷⁹ *Pandori c. Peel Board of Education*, (1990) 12 C.H.R.R. D/364 (Bd. Inq. Ont). La décision devait être confirmée par la Cour divisionnaire d'Ontario, *Peel Board of Education c. Ontario Human Rights Commission*, (1991) 3 O.R. (3d) 351.

¹⁹⁸⁰ Pour plus de détails, WOEHLING, La religion à l'école, 705.

¹⁹⁸¹ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, § 97.

c'était sans compter la récente Loi sur la laïcité de l'État du Québec qui rebat les cartes du droit des agents de l'État québécois de porter des signes religieux (c).

a. *Manifestations de convictions religieuses par les agents de l'État au Canada*

Au Canada, pour répondre en première approximation à la question qui vient d'être posée, il est considéré qu'un agent de l'État peut manifester ses convictions religieuses sur son lieu de travail depuis l'arrêt *Grant c. Canada (Procureur général)* rendu en 1994 par la Cour fédérale, qui concernait la contestation d'une mesure réglementaire permettant aux policiers sikhs de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) de remplacer le traditionnel feutre lié à l'uniforme par un turban aux couleurs de la police montée royale du Canada. Cette mesure était contestée par un groupe d'anciens policiers de la GRC, qui alléguaient que le fait de permettre le port d'un signe religieux visible par certains policiers du seul corps de police pancanadien avait notamment pour effet de porter atteinte à leur liberté de religion telle que protégée par la Charte canadienne. La Cour fédérale du Canada, dans un jugement qui fut par la suite confirmée en appel, rejeta la plainte du groupe d'anciens policiers et confirma la constitutionnalité de la disposition réglementaire fédérale en ces termes:

On ne m'a pas convaincue que les rapports entre un policier dont l'uniforme comporte un symbole de sa religion et un membre de la population portent atteinte à la liberté de religion de ce dernier. Ces rapports ne sont pas nécessairement de nature religieuse. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, la disposition législative avait pour effet d'astreindre les gens à l'observance religieuse du dimanche, soit à considérer ce jour comme un jour de repos. [...] Dans le cas des rapports entre un policier portant un turban et un membre de la population, je ne vois aucune contrainte ni coercition exercée sur ce dernier qui le forcerait à adopter ou à partager les croyances ou les pratiques religieuses du policier. La seule activité imposée à la personne qui traite avec un tel policier est de constater l'appartenance religieuse du policier. Je ne peux conclure qu'une telle constatation, même dans le contexte où le policier exerce ses pouvoirs relatifs à l'application de la loi, représente en soi une atteinte à la liberté de religion de la personne qui constate¹⁹⁸².

Le motif du jugement se trouve dans la distinction clairement établie par la Cour suprême du Canada entre la neutralité *institutionnelle* de l'État et les droits et obligations de ses *représentants* qui ne sont pas tenus à cette neutralité, du moins dans la même mesure que les institutions qu'ils servent:

¹⁹⁸² *Grant c. Canada (Procureur général)*, [1995] 1 C.F. (Cour fédérale) 158, 81 F.T.R. 195 § 84 (1^{re} instance); *Grant c. Canada (Procureur général)*, F.T.R. 239, 125 D.L.R. (4^e) 556 (Cour fédérale d'appel); la permission d'appeler à la Cour suprême du Canada fut rejetée, [1996] 1 R.C.S. 7, 130 D.L.R. Lire aussi Richard FOOT, «L'affaire Baltej Dhillon», *Encyclopédie canadienne*, version du 6 août 2019.

En n'exprimant aucune préférence, l'État s'assure de préserver un espace public neutre et sans discrimination à l'intérieur duquel tous bénéficient également d'une véritable liberté de croire ou ne pas croire, en ce que tous sont également valorisés. *Je précise qu'un espace public neutre ne signifie pas l'homogénéisation des acteurs privés qui s'y trouvent. La neutralité est celle des institutions et de l'État, non celle des individus [nous soulignons]*¹⁹⁸³.

Les agents de l'État apparaissent ainsi comme des « acteurs privés » dans l'espace public de l'État. Plus exactement, il est admis que les agents de l'État ont, lorsqu'ils sont en contact avec le public, une obligation de réserve en ce qui concerne la manifestation de leurs convictions religieuses personnelles, mais cette obligation de réserve n'est pas violée par l'unique manifestation de signes religieux visibles dans l'exercice de leurs fonctions¹⁹⁸⁴. La jurisprudence dominante en droit canadien réfute l'« amalgame » entre port de signes religieux visibles et prosélytisme, ce dernier se caractérisant par un comportement « actif » et concret d'un agent de l'État qui tenterait de transmettre sa foi à un collègue de travail ou à un usager du service public ; mais force est de constater le très faible nombre de litiges répertoriés qui impliquent des agents à qui l'on a reproché d'avoir violé leur obligation de neutralité religieuse sur le lieu de travail¹⁹⁸⁵.

À la différence de la neutralité prônée dans les fonctions publiques française, genevoise ou turque, la conception canadienne de la neutralité étatique « ne signifie pas l'homogénéisation des acteurs *privés* qui s'y trouvent »¹⁹⁸⁶. Cela implique que l'État « respecte les différences » et ne « cherche pas à les faire disparaître »¹⁹⁸⁷. Au contraire, la Cour suprême estime que la diffusion des signes religieux au sein d'une institution serait un moyen de promouvoir le multiculturalisme et la tolérance religieuse, qui constituent des valeurs cardinales de la société canadienne¹⁹⁸⁸.

b. Les accommodements religieux pour les agents de l'État québécois en vertu de la Loi sur la neutralité religieuse de l'État

Peu avant l'adoption de la Loi sur la laïcité de l'État, le Québec avait promulgué en 2017 la Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État (dite Loi 62), la-

¹⁹⁸³ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville de)*, [2015] 2 R.C.S. 3, § 74.

¹⁹⁸⁴ Voir notamment les arrêts *Marriage Commissioners Appointed Under the Marriage Act (Re)*, 2011 SKCA (Court of Appeal for Saskatchewan) 3, [2011] S.J. No. 3; *Kisilowsky c. Manitoba*, 2018 MBCA (Manitoba Court of Appeal) 10; *Commission régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; Bertrand LAVOIE, *La fonctionnaire et le hijab. Liberté de religion et laïcité dans les institutions publiques québécoises*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2018.

¹⁹⁸⁵ LAMPRON, 159.

¹⁹⁸⁶ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville de)*, [2015] 2 R.C.S. 3, § 74.

¹⁹⁸⁷ *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613, § 43.

¹⁹⁸⁸ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, § 71 et 76.

quelle consacre le devoir pour les membres du personnel des organismes publics « d'agir, dans l'exercice de leurs fonctions, de façon à ne pas favoriser ni défavoriser une personne en raison de l'appartenance ou non de cette dernière à une religion, ni en raison de leurs propres convictions ou croyances religieuses ou de celles d'une personne en autorité » (art. 4)¹⁹⁸⁹.

Le champ de cette loi est donc bien plus restreint que la Loi sur la laïcité de l'État qui sera promulgué deux ans plus tard car elle ne contient aucune disposition interdisant le port de signes religieux pour les fonctionnaires, sauf une obligation de fournir des services à visage découvert¹⁹⁹⁰, sous réserve de deux exceptions: l'art. 4 prévoit une première exception au devoir de neutralité religieuse pour les membres du personnel lorsqu'ils offrent un service d'animation spirituelle dans certains établissements d'enseignement ou des établissements de détention. L'art. 6 prévoit une seconde exception au devoir de neutralité religieuse pour le professionnel de la santé qui a le droit de refuser de recommander ou de fournir des services professionnels en raison de ses convictions personnelles, « tel que la loi le lui permet », faisant en particulier référence au droit pour le médecin ou tout professionnel de la santé de refuser d'administrer l'aide médicale pour mourir¹⁹⁹¹.

Cette loi accorde aussi un droit de demander un accommodement pour un motif religieux, mais l'organisme doit s'assurer (art. 11):

1. que la demande est sérieuse;
2. que l'accommodement demandé respecte le droit à l'égalité entre les femmes et les hommes ainsi que le droit de toute personne d'être traitée sans discrimination;
3. que l'accommodement demandé respecte le principe de la neutralité religieuse de l'État;
4. que l'accommodement est raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne doit imposer aucune contrainte excessive eu égard, entre autres, au respect des droits d'autrui, à la santé ou à la sécurité des personnes, au bon fonctionnement de l'organisme, ainsi qu'aux coûts qui s'y rattachent;
5. l'accommodement ne peut être accordé que si le demandeur a collaboré à la recherche d'une solution qui satisfait au caractère raisonnable¹⁹⁹².

¹⁹⁸⁹ Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État visant notamment à encadrer les demandes d'accommodements pour un motif religieux dans certains organismes, RLRQ, c. R-26.2.01.

¹⁹⁹⁰ L'application de cette disposition avait été suspendue jusqu'à une décision judiciaire – qui n'est jamais intervenue puisque la Loi 21 a abrogé l'art. 10 suspendu – qui devait examiner le bien-fondé d'une contestation de constitutionnalité de celle-ci, *National Council of Canadian Muslims (NCCM) v. Attorney General of Québec*, 2018 QCCS 2766.

¹⁹⁹¹ Art. 50 de la Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ, c. S-32.0001.

¹⁹⁹² Le ministre établit des lignes directrices portant sur le traitement d'une demande d'accommodement pour un motif religieux afin d'accompagner les organismes publics (art. 12), que l'on peut trouver sur le site du ministère de la justice du Québec.

L'art. 13 spécifie des conditions particulières de la demande d'accommodement pour un motif religieux qui implique une absence de travail, qu'on pourrait appliquer *mutatis mutandis* en droit suisse, où il doit être tenu compte de la fréquence et la durée des absences (1°), de la taille de l'unité administrative à laquelle appartient la personne qui fait la demande et la capacité d'adaptation de cette unité ainsi que l'interchangeabilité des effectifs de l'organisme (2°), des conséquences des absences sur l'exécution du travail de la personne faisant la demande et sur celle des autres membres du personnel de même que sur l'organisation des services (3°), de la contrepartie possible par la personne qui fait la demande, notamment la modification de son horaire de travail, l'accumulation ou l'utilisation de sa banque d'heures ou de jours de congé ou son engagement à reprendre les heures non travaillées (4°) et de l'équité au regard des conditions de travail des autres membres du personnel, notamment ce qui a trait au nombre de congés payés et à l'établissement des horaires de travail (5°).

C'est la première fois que la législation québécoise énonce de tels critères à considérer pour l'encadrement juridique des demandes d'accommodement, cette question ayant été auparavant laissée à la jurisprudence. Mais pour l'essentiel, cette loi vient reformuler et codifier des critères jurisprudentiels existants¹⁹⁹³.

c. Des accommodements religieux à l'interdiction de porter des signes religieux avec la Loi sur la laïcité de l'État du Québec

Des huit considérants composant le préambule de la loi, le plus éclairant sur la portée des changements apportés aux conditions de travail des agents de l'État en matière de liberté de religion est certainement le 6^e, se lisant comme suit :

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu d'établir un *devoir de réserve plus strict* [nous soulignons] en matière religieuse à l'égard des personnes exerçant certaines fonctions, se traduisant par l'interdiction pour ces personnes de porter un signe religieux dans l'exercice de leurs fonctions ;

La Loi sur la laïcité de l'État a repris la recommandation du rapport Bouchard-Taylor qui proposait comme point d'équilibre des différentes opinions dans la société québécoise l'interdiction du port de signes religieux aux seuls agents de l'État en position d'*autorité coercitive* (procureurs et magistrats de la Couronne, agents de la paix, gardiens de prison ainsi que le président et les vices-présidents de l'Assemblée nationale), mais la loi l'a étendue aux enseignants et directeurs d'établissement du réseau scolaire public au vu de l'autorité *morale* que détient l'enseignant¹⁹⁹⁴. Cet élargissement du

¹⁹⁹³ MONTPETIT/BERNATCHEZ, 37.

¹⁹⁹⁴ Pour la liste complète des fonctionnaires concernés, cf. Annexe II à la Loi sur la laïcité de l'État. Les auteurs du rapport avaient en quelque sorte coupé la poire en deux, rappelant que dans leur vision de la laïcité « ouverte », un agent de l'État devait être jugé à la lumière de ses actes (p. 150), mais reconnaissaient que pour une gamme restreinte de fonctions, une

champ d'application personnel a provoqué la forte désapprobation des deux commissaires qui évoqueront un projet radical et injustifié¹⁹⁹⁵, tandis le Parti québécois désirait inclure les enseignants des écoles privées financées par des fonds publics et les travailleurs des garderies¹⁹⁹⁶.

L'on constate désormais deux catégories de signes religieux visés par la Loi sur la laïcité, qui s'appliquent respectivement à deux groupes distincts d'agents de l'État: l'interdiction du port de *tout signe religieux* à certaines catégories d'agents détenteurs d'une « autorité » (art. 6), et une interdiction du port de *signes masquant le visage*, avec un périmètre beaucoup plus large puisqu'il concerne tous les agents de l'État québécois (art. 7 et 8)¹⁹⁹⁷. Du reste, la Loi sur la laïcité se contente de codifier des règles et des principes qui s'appliquaient déjà aux agents de l'État québécois¹⁹⁹⁸.

L'autre effet de cette loi pour la liberté religieuse des fonctionnaires est qu'elle paralyse logiquement tout accommodement, dérogation ou autre adaptation en ce qui a trait à l'interdiction de porter de signes religieux pour les fonctionnaires visés à l'exception de ceux prévus par la loi, c'est-à-dire ceux examinés dans la section précédente (art. 14 Loi 21). L'on est ainsi passé d'une obligation pour les fonctionnaires de fournir des services à visage découvert (art. 10 de la Loi 62, abrogé depuis la promulgation de la Loi 21) à une interdiction de revêtir tout signe religieux dans la Loi sur la laïcité de l'État.

La contestation judiciaire qui s'ensuit – et dont l'arrêt de la Cour d'appel du Québec se fait hélas toujours attendre au moment de publier cette thèse – a mis au jour la fracture entre les Canadiens anglophones et francophones sur la question laïque (*i*), au point de se demander s'il n'est pas carrément impossible de faire advenir une laïcité québécoise dans un État canadien multiculturel (*ii*), une hypothèse qui explique peut-être pourquoi le gouvernement québécois a recouru à la « clause nonobstant » pour protéger la loi face au contrôle de constitutionnalité (*iii*).

(i) Droits de la minorité linguistique anglophone et risque d'une laïcité à deux vitesses

La Loi sur la laïcité de l'État est contestée devant les tribunaux immédiatement après son adoption et en avril 2021, la Cour supérieure du Québec confirme la validité de

exigence de neutralité visible se justifierait, soit les postes « qui incarnent au plus haut point la nécessaire neutralité de l'État » (p. 151). Contre cette vision, WEINSTOCK, *Réflexions critiques*, 111.

¹⁹⁹⁵ Caroline PLANTE, « Projet de loi 21: « On n'a pas l'air d'une société décente », dit Gérard Bouchard », *Le Soleil*, 8 mai 2019.

¹⁹⁹⁶ KARAZIVAN/GAUDREAU-DESBIENS, 504.

¹⁹⁹⁷ Donc ne touche essentiellement que le port du niqab et de la burqa.

¹⁹⁹⁸ LAMPRON, *passim*.

l'essentiel de la loi grâce au recours de la clause nonobstant¹⁹⁹⁹, mais accorde une exemption à la loi – cela concerne concrètement l'interdiction du port de signes religieux – aux commissions scolaires de la minorité d'expression anglaise du Québec ainsi qu'aux députés de l'Assemblée nationale²⁰⁰⁰.

Une telle différenciation entre les enseignants anglophones et les enseignants francophones sur l'application de la laïcité dans l'école publique, qui ne créerait ni plus ni moins qu'une laïcité à deux vitesses, serait tout bonnement impensable en sous nos latitudes en vertu de l'universalité du champ d'application de la loi; où l'on voit à quel point la langue est inextricablement liée à la culture, puisque ce sont les droits à l'instruction dans la langue de la minorité linguistique garantis par l'art. 23 de la Charte canadienne – disposition à laquelle il ne peut être dérogé par la clause nonobstant (cf. art. 33 de la Charte canadienne) – qui ont conduit le juge Marc-André Blanchard à accorder cette exemption.

En effet, l'art. 23 de la Charte accorde des droits constitutionnels aux minorités linguistiques dans la gestion de leurs écoles, cette disposition constituant, dans sa spécificité, «un ensemble unique de dispositions constitutionnelles, tout à fait particulier au Canada»²⁰⁰¹.

Cela dit, «puisque la langue fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle, cette dernière se trouve véhiculée par la première», enchaîne le juge²⁰⁰², et de citer la Cour suprême qui a rappelé que la majorité n'a pas toujours tenu compte des préoccupations linguistiques et culturelles des minorités linguistiques

¹⁹⁹⁹ À ce sujet, le tribunal dit que l'utilisation des clauses de dérogation apparaît excessive en l'espèce parce que trop large mais applique la règle du *stare decisis* qui fait en sorte que l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, qui conclut que la disposition de dérogation prévue à l'art. 33 de la Charte canadienne peut être utilisée de manière extrêmement large sans que cela ne soit sujet à un contrôle de constitutionnalité de fond de la part des tribunaux pourvu que cette utilisation soit assez explicite, doit recevoir application et que par conséquent, l'utilisation des clauses dérogatoires par le législateur s'avère juridiquement inattaquable (§ 761).

²⁰⁰⁰ *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, du 20 avril 2021. S'agissant des députés à l'Assemblée nationale, le juge Marc-André Blanchard a conclu à la violation de l'art. 3 de la Charte canadienne (qui garantit le droit d'éligibilité de tout citoyen canadien aux élections législatives fédérales et provinciales) par l'effet combiné de l'art. 8 al. 1 de la Loi sur la laïcité et l'Annexe III § 1, qui empêche une personne se voilant le visage de siéger à l'Assemblée nationale et de poursuivre son mandat électif, tandis que le procureur général n'a offert aucune preuve pour justifier le bien-fondé de l'atteinte à l'art. 3 de la Charte canadienne (§ 881 ss, spéc. 910, de l'arrêt). Ce raisonnement frappe de son étonnante similitude avec le motif de la Cour de justice de Genève dans son examen de constitutionnalité de la Loi sur la laïcité de l'État de Genève (ACST/35/2019, c. 11)c).

²⁰⁰¹ *P.G. (Qué) c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 79.

²⁰⁰² § 941 de l'arrêt *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, citant *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 354.

et que ces dernières, dans le cadre de l'art. 23, doivent avoir le pouvoir de prendre des décisions concernant le recrutement et l'affectation des professeurs et des autres membres du personnel²⁰⁰³.

La Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme avait précisé que la culture était, entre autres choses, un « dynamisme propre à un groupe qu'unit une même langue » et qu'on ne saurait dissocier les deux²⁰⁰⁴.

Puis le tribunal d'ajouter que la culture, au sens sociologique de ce qui inclut la manifestation de croyances religieuses, joue assurément le même rôle que la langue dans la préservation de la culture²⁰⁰⁵. De la reconnaissance et la célébration particulières de la diversité ethnique et religieuse accordées par le système d'éducation public anglophone doit-on constater ce que le tribunal qualifie expressément de « divers accommodements quant à des pratiques ou fêtes religieuses dans ce milieu »²⁰⁰⁶.

Après une étude quasi empirique sur la politique des commissions scolaires anglophones de la province, le tribunal constate que la diversité des appartenances culturelles et religieuses participe de façon prédominante à l'élaboration de programmes didactiques visant à bonifier l'éducation interculturelle et que la participation réelle de personnes représentant ces différentes appartenances constitue un atout, non seulement pour l'intégration des élèves minoritaires qui peuvent s'y identifier, mais également pour le corps enseignant et les dirigeants d'établissement scolaire²⁰⁰⁷.

Il s'agit alors de déterminer si cette atteinte est justifiée au sens de l'art. 1^{er} de la Charte canadienne, qui dispose que « les droits et libertés [reconnus par la Charte] ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »²⁰⁰⁸.

Pour qu'une telle restriction soit acceptable, deux critères fondamentaux doivent être établis à la satisfaction du tribunal saisi du litige constitutionnel. La partie qui invoque l'exception de l'art. 1^{er} doit tout d'abord démontrer que l'objectif poursuivi par la loi contestée est suffisamment important et convaincant pour justifier la suppression ou la limitation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantis. Le second critère exige que les moyens choisis soient raisonnables et justifiés. Pour y satisfaire, il faut

²⁰⁰³ *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 377.

²⁰⁰⁴ Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1967, § 38.

²⁰⁰⁵ *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, § 950.

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, § 983 s.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, § 989.

²⁰⁰⁸ Ce cadre d'analyse d'une justification à la limitation d'un droit fondamental a été systématisé par la Cour suprême dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

démontrer l'existence des trois éléments suivants : un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par la loi incriminée et les moyens choisis par le législateur pour atteindre cet objectif (1^o), une atteinte aussi minimale que possible au droit garanti (2^o) et un lien de proportionnalité entre l'objectif recherché et les mesures restrictives adoptées dans la loi et, plus particulièrement, entre les effets bénéfiques des mesures contestées et leurs effets préjudiciables (3^o)²⁰⁰⁹.

En l'espèce, le législateur québécois, en cherchant à atteindre la laïcisation de l'État, une démarche tant historique que sociologique, atteint assurément un objectif législatif réel et urgent aux termes de la jurisprudence en adoptant la loi. De la preuve, il est possible de conclure que l'objectif de la loi a un lien rationnel avec la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur. Cependant, il est difficile de conclure que le simple port d'un signe religieux bafoue le droit à des services laïques ou le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon les valeurs de leur choix, argument sur lequel nous reviendrons. De plus, l'interdiction du port de signes religieux ne s'applique qu'à certains secteurs d'enseignement en particulier. Ainsi, il devient difficile de conclure au caractère justifiable de l'atteinte d'après le juge.

Enfin, il est indéniable que les interdictions de porter des signes religieux et les conséquences qui s'y attachent « s'avèrent des plus graves pour les personnes qui en portent en raison de leur foi. On peut même affirmer qu'elles portent atteinte à l'individualité de ces personnes »²⁰¹⁰. En revanche, les effets bénéfiques de telles interdictions apparaissent pour le moins ténus. En effet, bien qu'il puisse exister certaines tensions qui s'avèrent minimales au regard de la preuve, elles relèvent plutôt de « l'épiphénomène » que d'une problématique qui mérite une solution législative aussi attentatoire aux droits fondamentaux²⁰¹¹.

Ainsi, vu qu'il est lié par la règle du *stare decisis* quant à la large interprétation de l'art. 23 de la Charte accordée par la Cour suprême, le tribunal parvient à la conclusion ferme que cette disposition empêche le législateur québécois d'obvier, directement ou indirectement, l'objectif des commissions scolaires anglophones d'engager et de promouvoir des enseignants portant des signes religieux parce qu'elles considèrent que cela participe de la promotion du multiculturalisme qui fait partie intégrante de la culture anglophone séculière plus ouverte, laquelle participe séparément de la culture linguistique mais également avec elle à la même garantie juridique²⁰¹².

²⁰⁰⁹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331, § 94. Les termes sont différents, mais le cadre d'analyse est similaire aux conditions de restriction à un droit fondamental prévues par les art. 36 Cst. et 9 § 2 CEDH.

²⁰¹⁰ *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, § 1069.

²⁰¹¹ *Ibid.*, § 1104.

²⁰¹² *Ibid.*, § 993. Le tribunal rajoute qu'il n'est « point besoin de dissérer longuement pour comprendre que la langue et la culture constituent deux concepts différents, la seconde englo-

Cet arrêt pointe du doigt le fossé qui sépare les deux cultures dominantes du pays sur la place de la religion dans la sphère publique et, à dire vrai, une certaine incompréhension mutuelle à ce sujet²⁰¹³. Au demeurant, les oppositions les plus fortes à cette vision de la laïcité sont toujours venues du Canada anglophone, des partis fédéraux et de la minorité anglophone du Québec, alors que la population québécoise était majoritairement favorable à cette loi²⁰¹⁴.

Cette décision est immédiatement portée en appel par les parties et le 9 novembre 2021, avant de statuer au fond, la Cour d'appel du Québec a jugé que les commissions scolaires de langue anglaise devront continuer jusqu'à nouvel ordre à appliquer les dispositions de la Loi sur la laïcité de l'État, y compris en ce qui concerne le recrutement d'enseignants souhaitant porter des signes religieux. Les demandeurs cherchaient l'exécution provisoire malgré l'appel, mais le juge Bachand a estimé que la prétention selon laquelle la loi aurait pour effet d'annuler les politiques d'embauche et de promotion des commissions scolaires anglophones, entraînant ainsi la suppression de la culture minoritaire au sein de leurs établissements, est exagérée. Entre l'ingérence partielle de la loi dans les politiques en cause et l'impact négatif important sur la diversité sociale, ethnique, culturelle et religieuse soulevé par les demandeurs, il y a une différence considérable. De plus, la preuve ne démontre pas de manière suffisamment claire une nuisance grave à l'intégration et à la réussite d'élèves issus de minorités ethniques et religieuses, puisque l'impact que les appels vont entraîner sur la composition du personnel enseignant et de gestion des commissions scolaires est incertain²⁰¹⁵.

(ii) Impossibilité de faire advenir une laïcité québécoise dans un État canadien multiculturel ?

La lame de fond est le résultat, certes aux côtés d'un parcours historique et socioreligieux propres au Québec, d'une quête d'identité nationale qui s'opère principalement et principalement par la différenciation et l'opposition au Canada anglophone, d'où

bant assurément la première, alors que la langue participe à l'élaboration partielle de ce qui englobe les caractéristiques culturelles d'un groupe en particulier» (§ 976) et que «dans le contexte actuel, il ne fait aucun doute que la religion participe à l'identité culturelle d'une communauté» (§ 978).

²⁰¹³ Dans l'arrêt *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, § 1078, le *ratio decidendi* en faveur des commissions scolaires anglophones s'incarne en synthèse dans l'opinion du juge selon laquelle on ne peut pas conclure que le simple port d'un signe religieux par un enseignant démontre une volonté pour l'État, de professer, d'adopter ou de favoriser une croyance à l'exclusion des autres et que cette pratique viole la liberté de conscience ou de religion d'une personne. Cette position est conforme à la vision anglo-saxonne de la laïcité.

²⁰¹⁴ Takwa SOUTISSI, «Loi 21 (Loi sur la laïcité de l'État)», *Encyclopédie canadienne*, version du 17 décembre 2021.

²⁰¹⁵ *Mouvement Laïque québécois c. English Montreal School Board*, 2021 QCCA 1675.

sont venues les critiques les plus virulentes²⁰¹⁶. Cette volonté de d'exercer son « droit à la différence » sur le domaine où le Québec est le plus incompris, voire le plus rejeté par le Canada anglophone²⁰¹⁷, mélangée à un processus législatif pour le moins expéditif – la loi a été adoptée sous bâillon, c'est-à-dire en restreignant le débat –, ainsi que la crainte permanente d'une disparition de la spécificité identitaire québécoise dans la fédération, donnent le ton des débats houleux entourant cette loi.

Quand on s'intéresse à l'histoire longue de la laïcité au Québec, l'on se rend compte que les premiers signes concrets d'un engouement pour l'institutionnaliser dans une version proprement québécoise datent de quelques décennies à peine²⁰¹⁸. Pourtant, la loi fut incessamment présentée par le ministre en charge de ce dossier comme l'aboutissement naturel et logique de l'histoire québécoise : « Le Québec est rendu là »²⁰¹⁹. Peut-être, mais elle n'est pas aussi sédimentée dans le corps social qu'en France ou, dans une moindre mesure, à Genève, ce qui explique la levée de boucliers plus forte, en particulier dans un environnement fédéral, linguistique et géographique anglophone ne connaissant pas la laïcité, tout du moins une laïcité telle que définie par le modèle républicain français ayant inspiré la loi québécoise.

Si l'on reprend le raisonnement du juge Blanchard qui a conduit à accorder cette exemption pour les commissions scolaires anglophones, il commence par réfuter l'argument selon lequel le simple port d'un signe religieux bafoue le droit à des « services laïques » ou le droit des parents d'élever leurs enfants selon les valeurs de leur choix car il s'agit d'un simple port *passif* et non d'un comportement *actif* de prosélytisme²⁰²⁰.

Si la laïcité emporte l'interdiction pour le fonctionnaire d'afficher ses convictions religieuses en France, à Genève ou en Turquie, ce n'est pas du tout le cas au Québec, où des auteurs éminents mettent l'accent sur la protection individuelle de la liberté de conscience et de religion de l'agent de l'État et considèrent que la simple *apparence*

²⁰¹⁶ Déclaration paroxystique de l'opposition à cette loi, le maire de Hampstead – ville anglophone enclavée sur l'île de Montréal –, William Steinberg, avait carrément apparenté le projet de loi à un « nettoyage ethnique », Yanick CYR, « Laïcité : Jolin-Barrette dénonce les propos « inacceptables » du maire de Hampstead », *Radio-Canada*, 5 avril 2019.

²⁰¹⁷ À l'issue du jugement de la Cour supérieure du Québec du 20 avril 2021, Paul St-Pierre Plamondon, chef du Parti québécois, déclarait : « Si vous vouliez une preuve de comment le cadre juridique canadien nous condamne à une imposition du modèle multiculturaliste sur le territoire québécois [...] vous avez cette preuve », déplorant « qu'on vient nous dire que les anglophones du Québec sont différents des francophones. », *La Presse*, 20 avril 2021.

²⁰¹⁸ Même si MACLURE et TAYLOR expliquent que bien que la laïcité ne soit pas née d'un énoncé constitutionnel ou d'un acte législatif lui étant explicitement consacré, la laïcité québécoise est implicite depuis bien avant la Révolution tranquille des années 1960.

²⁰¹⁹ Simon JOLIEN-BARRETTE, *Journal des débats du Comité sur les institutions*, vol. 45, 42^e lég., 1^{ère} sess., 7 mai 2019).

²⁰²⁰ *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, § 1045.

de neutralité ne justifie pas une règle générale interdisant le port de signes religieux visibles chez les agents de l'État. Selon Jocelyn Maclure et Charles Taylor, deux éminents philosophes canadiens, il n'existe aucun indice démontrant qu'un agent affichant ses croyances religieuses est moins capable qu'un agent ne montrant pas ses croyances ou ses convictions de faire la part des choses dans l'exercice de ses fonctions, et une telle interdiction ne serait même pas justifiée pour les juges, les policiers et les gardiens de prison, qui détiennent un pouvoir coercitif à l'endroit de personnes en position de vulnérabilité (le défendant, le suspect, le prisonnier), tout en reconnaissant du bout des lèvres que ces situations méritent que l'on s'y attarde. De plus, selon eux, une telle interdiction généralisée pourrait favoriser le repli communautaire au lieu de l'intégration²⁰²¹.

Cette approche contraste avec l'approche française et continentale de la laïcité. Le seul fait que ce soit la catégorie des enseignants qui focalise toute l'attention médiatique et judiciaire au Québec démontre que le lien d'une filiation avec la laïcité française est plus ténue que la laïcité genevoise, puisque c'est justement de l'école républicaine que la laïcité française sourd²⁰²² et que le Conseil d'État s'est clairement prononcé pour une interdiction du port de signes religieux par les enseignants²⁰²³. En France, puisque l'association politique est laïque dans son principe (il n'est pas nécessaire de croire en quoi que ce soit pour fonder le lien politique), il est aisé de comprendre que la laïcité s'applique à l'école dans la mesure où celle-ci est un organisme relevant de la puissance publique : les maîtres doivent s'abstenir d'exercer une influence doctrinale sur les élèves ou de leur imposer une option engageant la croyance ou l'incroyance²⁰²⁴.

Le juge Blanchard s'appuie aussi sur l'arrêt *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, dans lequel, dès le paragraphe introductif de son arrêt, la Cour suprême énonce que les changements sociaux, depuis le milieu du siècle dernier, apportent une nouvelle philosophie sociale qui met de l'avant la reconnaissance des droits des minorités. Elle ajoute que de nombreux États occidentaux perçoivent maintenant la neutralité religieuse comme une façon légitime d'aménager un espace de liberté dans lequel les citoyens de diverses croyances peuvent exercer leurs droits individuels²⁰²⁵. Plus loin dans l'arrêt, la Cour suprême dit ceci :

En tant que membres d'un corps scolaire hétérogène, les enfants sont exposés tous les jours [à certaines dissonances cognitives] dans le système d'enseignement public. À

²⁰²¹ MACLURE/TAYLOR, 58 ss. Dans le même sens, WOEHLING, *La religion à l'école*, 708 ss.

²⁰²² Le terme « laïcité » apparaît en 1871 dans le supplément du *Littre*. Mais c'est Frédéric Buisson qui l'introduit au lexique sous son plein régime : *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, Paris, Hachette, 1888, 1^{ère} partie, t. II, 1469.

²⁰²³ CE, Avis du 3 mai 2000, *M^{lle} Marteaux*, n° 217017.

²⁰²⁴ KINTZLER, 53, qui se réfère à l'esprit de la célèbre *Lettre* de Jules Ferry et la thèse de Concorcet dans les *Cinq Mémoires*.

²⁰²⁵ [2012] R.C.S. 1 235, § 10.

l'heure des repas, ils voient leurs camarades de classe, et peut-être aussi leurs professeurs, manger des aliments qui leur sont interdits, que ce soit en raison des restrictions religieuses de leurs parents ou d'autres croyances morales. Ils voient leurs camarades porter des vêtements dont leurs parents désapprouvent les caractéristiques ou les marques. Et ils sont également témoins, dans la cour d'école, de comportements que leurs parents désapprouvent. La dissonance cognitive qui en résulte fait simplement partie de la vie dans une société diversifiée. Elle est également inhérente au processus de croissance. C'est à la faveur de telles expériences que les enfants se rendent compte que tous ne partagent pas les mêmes valeurs. *On peut soutenir que l'exposition à certaines dissonances cognitives est nécessaire pour que les enfants apprennent ce qu'est la tolérance* [nous soulignons].

Les parents qui le désirent sont libres de transmettre à leurs enfants leurs croyances personnelles [...] Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2a) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*²⁰²⁶.

C'est de ce passage que le juge Blanchard en infère que le simple port passif de signes religieux portés par un enseignant ne saurait porter atteinte à la liberté de conscience ou de religion des parents ou des élèves. Pourtant, une analyse comparée des dispositifs juridiques qui réalisent et fondent la laïcité en Europe (en France, en Turquie et à Genève par exemple) ainsi que la citation des travaux faisant autorité sur la laïcité, deux éléments qui manquent hélas cruellement dans l'arrêt, montrent l'incompréhension de ce qu'est la laïcité, le juge la confondant – en l'amalgamant – avec la simple obligation de la neutralité religieuse de l'État²⁰²⁷.

Or cette obligation de neutralité religieuse ne s'accompagne pas de la visée d'un bien commun, ce qui la distingue de la laïcité qui est l'affirmation d'une telle visée en franchissant l'ensemble des institutions publiques de toute emprise exercée au nom d'une religion particulière. De surcroît cette obligation de neutralité est axée, dans le contexte constitutionnel multiculturel canadien, sur la protection des minorités : la Cour suprême trace les contours de l'obligation de neutralité de l'État en matière de liberté de conscience et de religion en rappelant que la Charte protège les minorités religieuses contre la menace de la « tyrannie de la majorité »²⁰²⁸. Cela explique peut-être aussi pourquoi c'est l'extension aux enseignants, à dire vrai aux enseignantes de confession musulmane portant le foulard, qui mit le feu aux poudres.

²⁰²⁶ *Ibid.*, § 39 s.

²⁰²⁷ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, § 72.

²⁰²⁸ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, § 96.

Puis la Cour suprême dit aussi « qu'un espace public neutre ne signifie pas l'homogénéisation des acteurs privés qui s'y trouvent puisqu'il s'agit de neutralité des institutions de l'État et non celle des individus. Cet espace public neutre, libre des contraintes étatiques tend plutôt à préserver la liberté et la dignité de chacun. Ce faisant, cette neutralité favorise la préservation et la promotion du caractère multiculturel de la société canadienne »²⁰²⁹.

Preuve supplémentaire d'une difficulté de fonder une laïcité québécoise dans un système constitutionnel dominé par le multiculturalisme et la vision anglo-saxonne de la laïcité : le juge s'appuie sur la hiérarchisation opérée par la Cour suprême entre les convictions religieuses et les autres convictions (politiques, philosophiques ou spirituelles) pour consacrer une primauté des premières sur les autres, point crucial là aussi spécifique à la vision anglo-saxonne, sur lequel nous reviendrons²⁰³⁰ :

Dans « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights*: The Limits of State Neutrality » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, p. 507, le professeur R. Moon fait observer qu'une croyance religieuse est plus qu'une opinion. Elle est le prisme à travers lequel une personne perçoit et explique la réalité qui l'entoure. Elle définit le cadre moral qui guide sa conduite. La religion est partie intégrante de l'identité de chacun²⁰³¹.

Enfin, la difficulté pour faire advenir une laïcité proche de celle en vigueur en France ou à Genève est la marque profondément individualiste de la culture juridique canadienne des droits de l'homme. Cela se ressent particulièrement dans l'interprétation de la Charte canadienne par les cours, mais aussi dans les écrits de certains auteurs, qui souvent mettent dans un dilemme insoluble un droit individuel opposé à un principe institutionnel, ce qui empêche effectivement de penser la laïcité méliorativement, comme autre chose qu'une restriction à un droit individuel²⁰³².

Ainsi, la bataille judiciaire autour de la Loi 21 dépasse largement les seuls enjeux de la laïcité au Québec. Vue de l'Europe francophone, elle représente aussi un défi pour la survie des valeurs du Québec attaché au républicanisme, entouré de la gigantesque aire culturelle anglo-saxonne, situé dans cette monarchie constitutionnelle qu'est le Canada, lequel est accusé de traiter avec dédain cette province qui refuse de se dissoudre dans cet État « post-national »²⁰³³.

²⁰²⁹ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, § 74.

²⁰³⁰ Cf. *infra* Chap. 7, IV, A.

²⁰³¹ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, § 73.

²⁰³² P.ex. MACLURE/TAYLOR, 36 : « interdire le port du hijab à l'enseignante accentue l'apparence de neutralité de l'institution scolaire, mais cela restreint sa liberté de conscience et de religion, ou met à mal le principe d'égalité des chances en lui fermant les portes d'une carrière grâce à laquelle elle aurait pu apporter sa contribution à la société ».

²⁰³³ Hadrien MATHOUX, « Au Québec, la gauche radicale, les libéraux et les intégristes font alliance contre la laïcité », *Marianne*, 23 avril 2019.

(iii) L'«insoutenable légèreté» du recours à la «clause nonobstant» ou de l'échec du pluralisme constitutionnel canadien?

Au regard de la procédure laconique et des absences de limitations de l'art. 33 de la Charte canadienne (en comparaison avec les conventions internationales des droits de l'homme), une telle disposition a fait naître la crainte de dérives auprès de plusieurs juristes constitutionnalistes²⁰³⁴.

La volonté d'affirmer l'identité québécoise distincte du reste du Canada en choisissant la laïcité comme modèle de relation entre l'État et la religion était une motivation assumée par le législateur, dans une province où la perception de la légitimité de la Constitution du Canada serait plus faible qu'ailleurs – même si la relation des Québécois à la Charte canadienne est plus ambiguë qu'au premier abord²⁰³⁵. Dans ce contexte, le recours à la clause nonobstant, plus usité au Québec que partout ailleurs²⁰³⁶, fut considéré comme un outil parfaitement légitime par nombre de commentateurs²⁰³⁷.

Lorsqu'on considère la clause nonobstant parallèlement avec le fédéralisme, l'art. 1^{er} de la Charte canadienne fait l'objet de variations pour autoriser différentes interprétations possibles sur des questions de droits entre les différentes provinces²⁰³⁸. La Cour suprême a justement pris en considération le contexte culturel particulier du Québec dans plusieurs affaires²⁰³⁹.

À l'inverse observe-t-on une certaine circonspection de la Cour suprême à l'égard des décisions rendues par les cours québécoises en matière de liberté de religion, que Choudhry²⁰⁴⁰ et Grammond²⁰⁴¹ ont bien mis en évidence. Dans ces opinions, souvent

²⁰³⁴ Voir les références citées par KARAZIVAN/GAUDREAU-DESBIENS, 501.

²⁰³⁵ Depuis 1982, date du rapatriement de la Constitution du Canada et de l'enclassement de la Charte canadienne dans la Constitution, la plupart des premiers ministres québécois ont introduit des résolutions, unanimement approuvées par l'Assemblée nationale du Québec, condamnant la réforme constitutionnelle de 1982 et réaffirmant qu'elle demeure «inacceptable pour le Québec», p.ex. résolutions introduites par Bernard Landry le 17 avril 2002, Jean Charest le 17 avril 2012, Pauline Marois le 13 décembre 2013 (GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental: De 2001 à 2018*, avril 2019, disponible en ligne) En doctrine, lire LAFOREST, spéc. 66.

²⁰³⁶ Le Parlement fédéral n'y a jamais recouru.

²⁰³⁷ KARAZIVAN/GAUDREAU-DESBIENS, 488.

²⁰³⁸ KARAZIVAN/GAUDREAU-DESBIENS, 498; NEWMAN, 209.

²⁰³⁹ Opinion de la juge en chef McLachlin sur le modèle québécois distinct de la protection de l'épouse dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61; liberté d'expression commerciale dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; liberté d'association dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2011] 3 R.C.S. 209.

²⁰⁴⁰ Sujit CHOUDHRY, «Rights Adjudication in a Plurinational State: The Supreme Court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable Accommodation», *Osgoode Hall Law Journal* 2013 575-608.

²⁰⁴¹ GRAMMOND, *passim*.

divisées, des lignes de faille sont apparues sur les questions de la place de la religion dans la sphère privée, le rôle du catholicisme par rapport au protestantisme, les conceptions de la religion comme reflétant un choix individuel ou comme ancrant des identités plus profondes, etc. Dans nombre de ses jugements, en particulier avant *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*²⁰⁴² et *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*²⁰⁴³, la Cour suprême n'a pas tenu compte de l'histoire religieuse singulière du Québec pour évaluer la validité des restrictions en vertu de l'art. 1^{er} de la Charte canadienne, et a fortement contribué ce faisant au déclenchement de la crise des accommodements raisonnables au Québec²⁰⁴⁴.

Si l'on peut aisément convenir qu'un noyau dur de valeurs partagé par la majorité est essentiel dans un État de droit, les valeurs que l'on pourrait qualifier par opposition de «périphériques» sont sujettes à débat, encore plus dans un pays pluriel. La difficulté tient donc à déterminer la mesure par laquelle le recours à la clause nonobstant mitige le pluralisme. Dans le contexte fédéral canadien, ce débat est en train de devenir la «question constitutionnelle du siècle»²⁰⁴⁵. Si certains motifs avancés par le ministre responsable sont convaincants, d'autres arguments sont plus fallacieux et teintés d'un populisme politique sous couvert du narratif de la protection d'un nationalisme québécois qui serait ontologiquement incompatible avec les valeurs canadiennes²⁰⁴⁶, question sur laquelle nous ne pouvons pas nous prononcer.

Dans le cas de la loi sur la laïcité de l'État, le recours à la clause nonobstant a été justifiée par la légitimité démocratique supérieure de l'Assemblée nationale québécoise à celle des tribunaux de légiférer sur un sujet de société fondamental et propre à la spécificité culturelle québécoise, ce qui était effectivement une des justifications du compromis de 1982 sur l'intégration de la clause nonobstant dans la Charte canadienne²⁰⁴⁷.

Un comparatif du préambule respectif de la Loi 62 (adoptée en 2017) et de la Loi 21 (adoptée en 2019) est éclairant à l'égard de l'esprit qui a présidé au recours à la clause nonobstant: tandis que le préambule de la Loi 62 décrivait le Québec comme une société *interculturelle*, celui de la Loi 21 met l'emphase sur l'irréductible spécificité de la nation québécoise; celui de la Loi 62 réaffirmait le lien entre l'État de droit, la séparation de l'Église et de l'État et la neutralité religieuse de l'État, celui de Loi 21 rappelle

²⁰⁴² [2012] 1 R.C.S. 235.

²⁰⁴³ [2015] 2 R.C.S. 3.

²⁰⁴⁴ KARAZIVAN/GAUDREAU-DESBIENS, 499 s. Voir, sur ce débat, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, «Religious Challenges to the Secularized Identity of an Insecure Polity: A Tentative Sociology of Québec's Reasonable Accommodation Debate», in Ralph Grillo, *et al.* (édit.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Londres, Routledge, 2009, 151-174.

²⁰⁴⁵ KARAZIVAN/GAUDREAU-DESBIENS, 500.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*, 507.

²⁰⁴⁷ *Ibid.*, 506.

la souveraineté parlementaire et le droit du Parlement québécois de déterminer son modèle de société; celui de la Loi 62 était emprunte d'un patriotisme constitutionnel se référant à la Charte québécoise comme source des droits, celui de la Loi 21 renvoie à la nation québécoise comme point référentiel. Au total, les raisons invoquées par le législateur québécois pour recourir à la clause nonobstant ne renvoient pas tant à la volonté de corriger la courbe errante d'une décision judiciaire ou d'avoir le dernier mot sur la politique sociale que s'inscrivant dans l'«atténuation des préoccupations du pluralisme» ou la possibilité d'accommoder de multiples identités constitutionnelles au sein d'une même fédération²⁰⁴⁸.

Plus éloquente encore pour comprendre le narratif de la loi sur la laïcité de l'État est la focalisation sur le particularisme québécois, un particularisme *vulnérable*, le gouvernement ayant habilement convoqué le sentiment de la «peur cohésive» (*cohesive fear*) que représente la faiblesse démographique de huit millions de Québécois encerclés par des centaines de millions d'anglophones²⁰⁴⁹.

Une rhétorique de la défense d'une nation menacée d'extinction donc, où la laïcité devient un enjeu inextricablement lié à cette défense nationale qui doit fédérer tous les Québécois face à des Anglo-saxons qui seraient incapables de saisir le bien-fondé de la laïcité, n'y voyant là qu'intolérance, discrimination voire racisme des Québécois à l'endroit des minorités religieuses, surtout les musulmans :

Et la laïcité, c'est une des valeurs importantes de l'État québécois. Pourquoi? *Parce que la société québécoise, elle est distincte* [nous soulignons]. Et, peu importent les opinions politiques ou les options politiques que nous avons ici, en cette Chambre, qu'on soit fédéraliste, souverainiste ou nationaliste, il y a des choses qui doivent se décider ici, à l'Assemblée nationale, par les élus du peuple québécois, comme la laïcité²⁰⁵⁰.

En définitive, ce n'est pas tant le contenu de la loi sur la laïcité qui pose problème que la manière dont elle est advenue, au forceps. C'est l'empressement du gouvernement à faire passer la loi en restreignant les débats et l'«insoutenable légèreté» avec laquelle il a recouru à la clause nonobstant, un outil institué par la Loi constitutionnelle de 1982 pourtant reniée par le Québec²⁰⁵¹, qui est problématique; ce alors même que

²⁰⁴⁸ *Ibid.*, 510.

²⁰⁴⁹ À ce sujet, GAUDREAU-DESBIENS, *Cohesive Fear*, 176. Voir aussi François LEGAULT (premier ministre du Québec), in «Recours à la procédure d'exception pour l'adoption du projet de loi sur la laïcité de l'État», *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, vol. 45, n° 58, 42^e lég., 1^{ère} sess., séance extraordinaire du 16 juin 2019.

²⁰⁵⁰ Simon JOLIN-BARRETTE, in «Recours à la procédure d'exception pour l'adoption du projet de loi sur la laïcité de l'État», *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, vol. 45, n° 58, 42^e lég., 1^{ère} sess., séance extraordinaire du 16 juin 2019.

²⁰⁵¹ Le Québec n'a jamais consenti à l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982. Ce refus de consentir n'a aucune conséquence juridique d'après un jugement de la Cour suprême (*Renvoi*

cette loi est soutenue par une majorité de Québécois – ainsi que, comme l'ont révélé des sondages, par de nombreux Canadiens anglophones des autres provinces²⁰⁵².

Bien que la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême ne se soient pas encore prononcés sur cette loi, l'on peut d'ores et déjà affirmer qu'une meilleure voie était sans doute possible, celle de débats législatifs qui auraient pris leur temps, pour accoucher d'une loi à la faveur d'un large consensus législatif, dont le contenu aurait d'ailleurs peut-être été similaire à celui de la loi promulguée; mais surtout une discussion sérieuse sur la justification du recours à la clause nonobstant. La différence eût alors été double: un tel processus aurait d'abord mené plus sereinement la loi par-devant les fourches caudines de la Cour suprême du Canada, qui aurait peut-être fait preuve de retenue plus grande dans son examen de constitutionnalité, consciente du risque politique titanesque qu'elle aurait pris en la déclarant inconstitutionnelle attendu le large consensus dans le corps social québécois. Secondement, le gouvernement québécois aurait relevé haut la main le défi consistant à tester la possibilité d'un véritable pluralisme constitutionnel canadien; au lieu de cela, il a banalisé la clause nonobstant²⁰⁵³, aggravé le déficit de légitimité de la Constitution du Canada et du même coup de la Charte québécoise, endommageant la culture québécoise des droits²⁰⁵⁴.

C. Critiques doctrinales et perspectives des accommodements raisonnables

Bien que la théorie des accommodements raisonnables est appliquée depuis plus de trois décennies par les tribunaux, au *Québec plus que partout ailleurs au Canada*, sa pertinence a été remise en question, parfois avec virulence (1). Elle a suscité d'autres interrogations dont la discussion ne s'est cette fois pas cantonnée au Québec, telles que la question de l'*arbitrage des valeurs* face aux accommodements raisonnables (2), l'*occlusion de la valeur de l'engagement contractuel du salarié* qui réclame des accommodements (3), et s'est retrouvée au cœur de la *critique du juridisme contemporain* et du débat relatif relatif au *tournant pragmatiste du droit* (4).

sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 R.C.S. 793), mais demeure un problème politique important dans la fédération.

²⁰⁵² Lina DIB, « Laïcité: plusieurs Canadiens appuient le projet de loi du Québec, dit un sondage », *La Presse*, 29 avril 2019.

²⁰⁵³ Le 3 novembre 2022, l'Assemblée législative de l'Ontario a adopté un projet de loi visant à empêcher les travailleurs de l'éducation de faire la grève, en recourant à la clause nonobstant, faisant dire aux commentateurs qu'un tabou a été levé sur le recours à la clause nonobstant, avec un risque concret d'étiollement de la démocratie canadienne. Lire Étienne LAJOIE, « L'Ontario et le Québec font usage de la disposition de dérogation bien différemment », *Le Devoir*, 1^{er} novembre 2022.

²⁰⁵⁴ Comme le remarquent KARAZIVAN et GAUDREAU-DESBIENS, 511 ss, qui parlent de « paupérisation » des droits au Québec.

1. *La controverse québécoise des accommodements raisonnables*

Cette notion juridique semble mal comprise par les médias et la société elle-même²⁰⁵⁵. En effet l'une des plus fréquentes confusions revient à amalgamer l'obligation juridique d'accommodement raisonnable, intervenant uniquement lorsqu'il y a une atteinte au droit à l'égalité, avec des situations de courtoisie, de souci de maintenir de bonnes relations avec ses voisins ou d'accommodements volontaires dans un esprit de tolérance et de compromis²⁰⁵⁶.

La diversité des croyances et des valeurs qui s'est imposée comme un des traits structurants des sociétés contemporaines engendre souvent des désaccords éthiques et politiques qui érodent, à différents degrés, le lien social. À ce titre, la légitimité des accommodements raisonnables visant à permettre à certaines personnes de respecter des croyances qui se démarquent de celles de la majorité divise la société québécoise.

Le malaise au Québec est tel que la majorité (en tant que groupe religieux) a parfois demandé des accommodements religieux, certains ne comprenant pourquoi, au nom de la neutralité religieuse de l'État, les institutions publiques devraient d'abstenir d'observer certains rituels religieux, alors qu'elles sont tenues de respecter les exigences religieuses des citoyens, cette fois au nom de l'accommodement raisonnable. Bosset explique que ce paradoxe n'est qu'apparent, le premier cas empêchant l'État de mettre son autorité au service d'une conception religieuse particulière et, dans le second cas, l'accommodement permettant aux individus d'exprimer librement leur ferveur ou leur appartenance religieuse dans la sphère publique sans être défavorisés²⁰⁵⁷.

D'après Daniel Weinstock, la décision *Multani*, rendue en mars 2006, dans laquelle la Cour suprême du Canada affirmait le droit d'un jeune sikh de porter (sous certaines conditions visant à assurer la sécurité publique) son kirpan à l'école publique, constitue une date charnière, aussi bien parce qu'elle a donné lieu à un tollé considérable au Québec dans plusieurs couches sociales et intellectuelles que parce qu'elle permet de

²⁰⁵⁵ BERNATCHEZ, 233.

²⁰⁵⁶ Un cas abondamment cité est celui du centre de conditionnement physique (YMCA du Parc pour Young's Men Christian Association, une ONG d'origine protestante interconfessionnelle) ayant accepté d'installer des vitres givrées pour satisfaire la communauté juive hassidique du quartier qui souhaitait que les garçons et les hommes ne pussent pas voir les femmes qui s'entraînaient au gymnase. Un centre local de services communautaires (celui de Parc-Extension à Montréal) a exclu des hommes de cours prénataux en raison des croyances religieuses de certaines personnes participant à ces cours. Le cas le plus emblématique ayant déclenché la controverse québécoise des accommodements raisonnables est le code de vie pour les immigrants de la municipalité d'Hérouxville, adopté à l'automne 2006, qui disposait dans sa version originale qu'il était interdit de brûler vives et de lapider des femmes dans le village.

²⁰⁵⁷ BOSSET, Fondements, 18.

mesurer toute la distance qui sépare le Québec du reste du Canada en matière d'accommodement de la diversité²⁰⁵⁸.

D'aucuns ont ainsi plaidé pour un «retour aux sources» afin de penser à nouveaux frais les paramètres juridiques qui ont forgé cette notion et à questionner sa pertinence trois décennies après sa naissance²⁰⁵⁹. Ainsi est née en 2007 la Commission Bouchard-Taylor, mais celle-ci n'a pas réglé tous les problèmes, puisqu'elle n'a que peu abordé la question sous l'angle juridique. Or la Commission a considéré, dans son rapport final, qu'il ne s'agissait qu'une crise des perceptions due à un décalage important entre les perceptions générales de la population et la réalité du monde vécu, qui traduisait un malaise identitaire dans la société québécoise²⁰⁶⁰.

Charles Taylor a été notamment critiqué pour sa vision réductrice du droit. Bernatchez a bien montré que le problème des accommodements raisonnables n'était pas que politique ou philosophique, mais qu'il relevait également du droit: «[...] la compréhension du concept d'accommodement raisonnable n'est pas entièrement achevée tant en ce qui concerne la portée de ses effets que l'application de son cadre juridique»²⁰⁶¹.

Pour comprendre ce malaise québécois, il faut comprendre la critique sous-jacente qui est adressée à l'endroit de la matrice idéologique qui sous-tend l'accommodement raisonnable, le multiculturalisme. La Cour suprême a très tôt reconnu que les religions constituaient un aspect essentiel du patrimoine multiculturel aux fins de l'art. 27 de la Charte²⁰⁶². D'après Luc Tremblay, le multiculturalisme, formellement entré en droit constitutionnel par cette disposition, était initialement conçu comme exerçant la fonction d'un préambule, mais tend, par la tonalité sentencieuse que lui a donné la Cour suprême au fil des affaires, à embrasser et irradier l'ensemble du droit constitutionnel et, par voie de conséquence, l'ensemble du droit. Or pour cet auteur, ce tournant est mal-fondé en droit canadien et ne prend pas racine dans les principes de philosophie politique qu'il sous-tend. Tôt ou tard avertit-il, le multiculturalisme aura sa vie propre, indépendamment de l'art. 27²⁰⁶³. Cette voie est encouragée justement par la Cour suprême, par la voix des juges Cory et Iacobucci par exemple: «la reconnaissance du multiculturalisme dans la Charte est une tentative en vue de parvenir à la quintessence des sociétés démocratiques»²⁰⁶⁴.

²⁰⁵⁸ WEINSTOCK, La «crise», 21.

²⁰⁵⁹ BOSSET, *Fondements*, 6; RIVET, 377-379.

²⁰⁶⁰ P. 18 et 186 du Rapport.

²⁰⁶¹ BERNATCHEZ, 282; RIVET, 381, qui analyse alors l'arrêt Multani dans lequel les juges majoritaires et minoritaires ne s'entendent pas sur l'intégration du concept d'accommodement raisonnable à l'art. 1^{er} de la Charte canadienne.

²⁰⁶² *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 337 s. Cette interprétation est affirmée dans la toute première décision judiciaire canadienne rendue sur l'art. 27: *R. v. W.H. Smith*, 1983 CanLII 3652 (Alberta Provincial Court); TREMBLAY, 230.

²⁰⁶³ TREMBLAY, 257 s.

²⁰⁶⁴ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

La Cour suprême a pavé la voie vers une telle destinée, répétant mainte fois que « l'égalité véritable exige de tenir compte des différences ». Le fait que cette conception de la justice ou de l'égalité puisse rompre, en tout ou en partie, avec les principes d'une société libérale et démocratique ne semble dès lors produire aucune impression, mais le phénomène est connu : lorsque les juges d'une Cour suprême sont convaincus au fond d'eux-mêmes d'avoir découvert ce que signifie la « vraie » égalité ou la « quintessence » des sociétés démocratiques, il est naturel qu'ils essaient de transformer cette conviction en règle de droit constitutionnel²⁰⁶⁵.

Le problème est que ce millénarisme canadien a grandement échappé au débat démocratique, et Tremblay, qui entrevoit ce chemin, n'est pas certain que la société canadienne et québécoise soit prête pour enfourcher cette version post-moderne ou idéologique du multiculturalisme qui peut mener à terme à la démocratie proprement plurielle où les groupes d'individus choisiraient leurs droits et leurs obligations en fonction de leur appartenance religieuse. Ce risque est réel selon lui, et il insiste sur le fait qu'il n'appartient pas aux juges de la Cour suprême d'imposer un idéal de justice ou de bonté qui n'a jamais été débattu publiquement ni testé à l'épreuve des faits.

Comparant cet errement à l'apprenti sorcier du poème de Goethe, il voit la réaction des Québécois à la doctrine juridique des accommodements raisonnables comme celle du vieux maître sorcier qui rentre à la maison, choqué par cet emballement du balais devenu hors de contrôle. Mais à la différence du poème, où le vieux maître réussit à maîtriser le balai fou de son apprenti qui avait oublié le sort de conjuration, il n'est pas certain que les Québécois puissent freiner une telle jurisprudence inertielle, parce que les Québécois, conclut Tremblay, ne vivent pas en plein siècle des Lumières²⁰⁶⁶.

2. Arbitrage des valeurs face aux accommodements religieux

Une autre question irrésolue consiste à déterminer si les valeurs – telle l'égalité entre les sexes – peuvent être des limites raisonnables aux demandes d'accommodements religieux²⁰⁶⁷. La question fut soulevée alors que le Conseil des statuts de la femme du Québec a proposé que le droit à l'égalité ait préséance sur la liberté de religion²⁰⁶⁸. Le Tribunal des droits de la personne et la Cour suprême ont récemment rendu des décisions importantes concernant les rapports entre le droit à l'égalité et la liberté de religion²⁰⁶⁹.

²⁰⁶⁵ TREMBLAY, 258.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*, 259.

²⁰⁶⁷ BERNATCHEZ, 259 s.

²⁰⁶⁸ CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis – Droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et liberté religieuse*, Québec, 2007.

²⁰⁶⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Smith et Bennett) c. Hôpital Général Juif (Sir Mortimer B. David)*, 2007 QCTDP 29 (CanLII); *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.

À ce propos, la doctrine a relevé que bien que des considérations fonctionnelles permettent déjà de limiter la portée de cette obligation (à travers la notion de contrainte excessive), rarement les limites de l'obligation sont-elles définies en se référant de façon explicite aux valeurs qu'expriment les droits fondamentaux. La légitimité des solutions juridiques fondées sur l'accommodement raisonnable est parfois remise en question sur cette base – particulièrement, en matière religieuse, sous l'angle de l'égalité des sexes. Ordre public, valeurs démocratiques et bien-être général apparaissent donc comme autant de limites possibles à l'obligation d'accommodement raisonnable²⁰⁷⁰.

Cette dérive est en partie causé par une «sur-privatisation» des enjeux qui s'est révélée dans des débats présentant des affinités avec celui des accommodements, comme le débat ontarien sur les tribunaux d'arbitrage religieux, où le discours dominant a clairement mis l'accent sur le droit privé de l'individu croyant de contracter de manière à ce que les litiges qu'il peut avoir avec ses coreligionnaires soient réglés par un arbitre religieux, délaissant la dimension politique – et donc constitutionnelle – d'une revendication de reconnaissance formelle des tribunaux religieux dont la compétence s'exercerait sur des individus définis en fonction de critères ethnoreligieux²⁰⁷¹.

Cette question peut être mise en relation avec celle liée de la laïcité et du modèle d'intégration. Dans une constitution laïque fondée sur l'État de droit, où les droits de l'homme ont un rôle fondateur, l'égalité des sexes, par exemple, est un principe qu'aucune pratique religieuse, fût-elle coutumière ou ancestrale, ne saurait battre en brèche. Sur ce point, rien ne peut être négocié, «sauf à consentir un pouvoir aux groupes de pressions qui entendent s'imposer à une communauté particulière»²⁰⁷². Or ce genre d'entorses à des valeurs considérées comme universelles arrive plus fréquemment en pays multiculturel, où certains groupes sont plus prompts à revendiquer un «droit à la différence» ou un ambigu «droit culturel» octroyant des droits spécifiques sur la base d'un statut personnel dont certains réclament dangeureusement le retour, statut qui risque d'être à la discrétion de guides religieux autoproclamés d'une communauté et surtout ayant pour conséquence de tirer l'identité vers des références exclusives qui compromettent le lien social en effaçant tout horizon d'universalité²⁰⁷³.

²⁰⁷⁰ BERNATCHEZ, 260.

²⁰⁷¹ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, «On Private Choices and Public Justice: Some Microscopic and Macroscopic Reflections on the State's Role in Addressing Faith-Based Arbitration», in Ronald Murphy/Patrick A. Molinari (édit.), *Doing Justice: Dispute Resolutions in the Courts and Beyond/Règlement des conflits: la justice n'appartient-elle qu'aux tribunaux?*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2009, 247 ss.

²⁰⁷² PENA-RUIZ, 178.

²⁰⁷³ *Ibid.*, 176.

3. *L'occultation de la valeur de l'engagement contractuel pris par le salarié*

Tout comme la problématique de la religion au travail en Suisse et en Europe fait montre d'une focalisation parfois exclusive – aux effets délétères selon certains – sous l'angle du droit constitutionnel, au détriment de la logique propre du droit du travail, Jean-François Gaudreault-DesBiens a relevé que le volet juridique du débat sur les accommodements raisonnables s'est dans une large mesure articulé autour de doctrines ou de catégories relevant primordialement du droit public, en ce qu'elle est liée à l'interprétation et à la mise en oeuvre des droits consacrés dans des chartes constitutionnelles ou quasi constitutionnelles²⁰⁷⁴.

Cette grille d'analyse relevant du droit public lui fait regretter que cette approche fasse peu de cas de la question de la valeur des *engagements contractuels* pris par le revendicateur de la liberté religieuse. Or n'est-il pas un peu paradoxal, se demande-t-il, de reconnaître l'autonomie absolue – tenue pour avérée dans *Amselem*²⁰⁷⁵ – de l'individu croyant lorsque celui-ci circonscrit subjectivement les paramètres de sa foi et, en même temps, d'occulter cette même autonomie lorsque celui-ci – un individu instruit, à l'aise et somme toute peu vulnérable – accepte de tels engagements²⁰⁷⁶? Cette approche est une manifestation, également observée en Suisse et partout en Europe, d'une expansion des logiques sous-jacentes au droit constitutionnel dans d'autres sphères du droit.

En effet, *Amselem* et *Multani* sont deux affaires où il n'est pas véritablement question du droit à l'égalité et de l'accommodement, mais la réflexion a été menée à partir de la liberté de religion. Pourtant, dans ces deux cas, des accommodements raisonnables avaient été proposés au départ par le syndicat de propriétaires (une souccah commune

²⁰⁷⁴ GAUDREULT-DESBIENS, Introduction, 6 s.

²⁰⁷⁵ L'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, reflète bien cette approche, l'opinion majoritaire de la Cour suprême saisissant le litige essentiellement sous l'angle de la liberté de religion. Dans cet arrêt est conférée une protection extrêmement large de la liberté de religion à son revendicateur. Il était question dans cette affaire de savoir si une clause de déclaration de copropriété ayant pour effet d'interdire la construction sur les balcons constituait une renonciation à la liberté de religion des copropriétaires. Même si cette déclaration avait été jointe au contrat de vente de la copropriété signé par ceux-ci, et qu'elle avait été remise au moment de la transaction immobilière, les cinq juges majoritaires ont conclu que rien « ne démontr[ait] en l'espèce que les appelants savaient que, en signant la déclaration de copropriété, ils renonçaient à leur droit à la liberté de religion. En fait, [ils] n'ont pas pris connaissance de ces dispositions lors de l'achat de leur copropriété, bien qu'une copie de la déclaration de copropriété leur ait été dûment remise » (§ 99). Cette ignorance de leurs droits fondamentaux en jeu a motivé la conclusion selon laquelle les plaignants n'avaient pas renoncé à l'exercice de leur liberté de religion. Dissident, le juge Binnie a au contraire jugé que « des acheteurs qui ne sont pas donné la peine de lire les règles ne devraient pas bénéficier, en vertu du contrat, de droits plus étendus que les acheteurs diligents et consciencieux qui les ont lues » (§ 209). Les trois autres juges dissidents ont conclu qu'il n'y avait pas eu de violation à la liberté de religion des plaignants.

²⁰⁷⁶ GAUDREULT-DESBIENS, Introduction, 7.

dans les jardins – les résidents juifs orthodoxes ont cependant refusé cette mesure d'accommodement) et par la commission scolaire (visant à sceller le kirpan à l'intérieur des vêtements; le conseil d'établissement de l'école a par la suite refusé d'entériner l'entente acceptée par l'élève et ses parents). À proprement parler, ces affaires ne portent pas, à tout le moins selon les termes de la Cour suprême, sur le principe de l'obligation d'accommodement raisonnable²⁰⁷⁷. Il s'agit plutôt d'une question de pure liberté de religion, définie l'avons-nous vu d'après une approche subjective très protectrice au Canada; mais en ne traitant pas de l'art. 10 de la Charte québécoise (droit à l'égalité), les juges n'entrent pas dans la logique des moyens de défense que l'on peut faire valoir pour démontrer que l'obligation d'accommodement a été remplie, ce qui aurait pu changer le résultat de ces deux affaires²⁰⁷⁸.

Cette question a partie liée avec une autre question fondamentale, celle du consentement véritablement « libre et éclairé » du salarié qui renonce à un droit et *consent* à ce qui autrement constituerait une atteinte à la liberté de religion. En effet, le consentement libre et éclairé joue un rôle fondamental dans le processus menant à déterminer si une renonciation à un droit fondamental est valable dans la mesure où il assure l'autonomie de la personne. La doctrine canadienne s'est intéressée aux paramètres de cette renonciation notamment dans le champ du droit du travail²⁰⁷⁹. Une analyse de la jurisprudence pertinente de la Cour suprême met en lumière de nombreuses incertitudes ainsi que des incohérences²⁰⁸⁰. En droit du travail tout particulièrement, la valeur de l'engagement est une donnée essentielle de l'équation juridique à résoudre, le travailleur *s'engageant* à fournir un certain travail à certaines conditions, lesquelles ne sont pas toujours suffisamment prises en compte par les juges lorsqu'ils sont confrontés à un conflit opposant un travailleur revendiquant la liberté sa religion à l'employeur qui refuse un accommodement religieux.

La renonciation d'un salarié à la liberté de religion pendant toute la durée du rapport de travail n'est pas valable, une renonciation ne pouvant pas être formulée de manière aussi absolue et générale. Cette conclusion apparaît évidente, car elle découle de l'impossibilité d'effectuer à l'avance un consentement exprimant le fruit d'une réflexion globale et synthétique sur toutes les situations hypothétiques qui pourraient constituer

²⁰⁷⁷ BERNATCHEZ, 262.

²⁰⁷⁸ Dans ce sens BERNATCHEZ, 262. Lire aussi Sylvie GAGNON, « Quelques observations critiques sur le droit à une réparation selon la Charte des droits et libertés de la personne », in Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne (édit.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 261 ss.

²⁰⁷⁹ Lire Stéphane LACOSTE/Catherine MASSÉ-LACOSTE, « Les développements récents en droit de la vie privée appliqués au droit du travail » in Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit du travail (2019)*, vol. 454, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, 89-217.

²⁰⁸⁰ MILLAIRE, *passim*.

autant de renoncements à des exercices protégés par la liberté de religion du renonçant. D'autant plus qu'il faut rappeler l'inégalité hiérarchique qui sépare le salarié de l'employeur et le rôle du salariat qui assure la subsistance du premier dans notre système économique pour reconsidérer le « libre » choix pour le salarié de renoncer à l'exercice de sa liberté de religion lorsqu'il est engagé.

Sauf que la norme jurisprudentielle en matière de précision est elle-même variable et imprécise, empêchant toute réponse généralisante sans tenir compte des circonstances d'espèce²⁰⁸¹.

4. *Juridisme contemporain, théorie pragmatiste du droit et fonction d'apprentissage des accommodements raisonnables*

Charles Taylor a critiqué l'évolution de la société canadienne vers un modèle américain fondé sur des droits, modèle dans lequel « la dignité de l'individu réside dans sa qualité de titulaire de droits, droits qu'il peut au besoin faire respecter même s'ils sont contraires aux décisions collectives de la société, à la volonté de la majorité ou au consensus qui prévaut. Les droits du citoyen américain sont semblables à des « atouts », selon l'image inoubliable de Ronald Dworkin : en les invoquant il peut dépasser la volonté de la majorité qui s'est exprimée grâce au processus législatif »²⁰⁸². Il s'était à ce point inquiété de l'entrée en vigueur de la Charte canadienne qu'il se demandait si le Canada allait survivre à une telle transformation constitutionnelle²⁰⁸³.

Dans le cadre du débat sur les accommodements raisonnables, Gaudreault-DesBiens distingue le raisonnement juridique propre aux accommodements raisonnables du raisonnement constitutionnel des droits. Ainsi, il convient de nuancer la position taylorienne, car même s'il s'agit de la mise en œuvre du droit à l'égalité, la pratique ne se limite pas à invoquer des atouts. Ou du moins, c'est lorsqu'elle prétend le faire que surgit le débat sur l'excès des accommodements raisonnables. « C'est peut-être cet excès qu'il faut corriger »²⁰⁸⁴.

Dans l'affaire *Multani*, les juges minoritaires Deschamps et Abella écrivent que malgré leurs similitudes, les concepts d'atteinte minimale et d'accommodement raisonnable « appartiennent à deux catégories d'analyse distinctes »²⁰⁸⁵. Selon Gaudreault-DesBiens, ces deux juges se sont montrés à bon droit conscientes de la différence qualitative existant entre les deux processus de justification s'agissant de contribuer à la solution d'un différend dont les enjeux ne sont tout simplement pas les mêmes.

²⁰⁸¹ MILLAIRE, 64; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, § 206.

²⁰⁸² Charles TAYLOR, « Des futurs possibles : la légitimité, l'identité et l'aliénation au Canada à la fin du XX^e siècle », in Charles Taylor, *Rapproches les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1992.

²⁰⁸³ Charles TAYLOR, « Can Canada Survive the Charter? », *Alberta Law Review* 1992 427-447.

²⁰⁸⁴ BERNATCHEZ, 284.

²⁰⁸⁵ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 R.C.S. 256, § 129 ss.

Alors que, dans les cas de demandes d'accommodement raisonnable, il est dans l'intérêt des parties d'atteindre, après une négociation raisonnée et balisée par le droit, une solution juste sur le plan intersubjectif mais aussi concrètement vivable, l'abstraction qui caractérise l'arbitrage des valeurs et des valeurs dans le cadre constitutionnel *stricto sensu* permet difficilement d'en arriver à ce type de solution. Par ailleurs, poursuit-il, le cadre constitutionnel a la propriété de maximiser les attentes des revendicateurs de droits alors que, sans les minimiser, le cadre de l'accommodement raisonnable les relativise, ou du moins tend à faire échec à l'application systématique et indifférenciée d'une conception dworkinienne des droits comme atouts («*rights as trumps*») ²⁰⁸⁶.

Dans l'arrêt *Multani*, les mêmes juges Deschamps et Abella reconnaissent la *fonction d'apprentissage* jouée par la pratique de l'accommodement raisonnable: «Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisser place à la discussion entre ces derniers. Cette conversation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins» ²⁰⁸⁷.

Selon Habermas, c'est le caractère «systémique» du droit qui l'empêche d'intervenir de façon adéquate dans les problèmes liés à la famille ou à l'école ²⁰⁸⁸. L'analyse habermassienne critique l'interventionnisme systématique de l'État dans des «conflits liés au monde vécu, c'est-à-dire des conflits relatifs à des zones d'action traditionnellement réglés par le médium du langage et de la discussion». À la place du droit comme «médium» devrait au contraire intervenir des procédures de règlement de conflit qui soient adaptés aux structures de l'agir vers l'intercompréhension, un espace public au sein de la société civile qui préserve le maintien d'un «langage ordinaire», à l'abri de la «colonisation du monde vécu» par l'État ²⁰⁸⁹.

Lorsqu'il est question de l'écart entre le droit et le monde vécu, il importe de faire une distinction entre la société en général et les milieux pratiques (école, santé, travail) où des demandes d'accommodement sont formulées ²⁰⁹⁰. S'il semble y avoir un écart important entre le droit et le monde vécu au plan de la société, il en est tout autrement dans les milieux pratiques, où l'approche fondée sur les accommodements raisonnables institue justement une forme de médiation entre les acteurs.

En droit du travail plus qu'ailleurs peut-être le bénéfice pour la lutte contre la discrimination fondée sur le handicap est plus grand: «les tribunaux ont agi en véritables

²⁰⁸⁶ GAUDREAU-DESBIENS, *Angles morts*, 272.

²⁰⁸⁷ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, § 131.

²⁰⁸⁸ Jacques LENOBLE, «Droit et communication: Jürgen Habermas» in Pierre Bouretz (édit.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, 163-190.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*

²⁰⁹⁰ BERNATCHEZ, 273.

chiens de garde d[es salariés pour le] droit à l'égalité si bien que les employeurs les plus réticents ont été amenés à combattre leurs préjugés, parfois tenaces à l'égard de certaines affections, pour faire preuve d'ouverture d'esprit, d'imagination et même, dans certains cas, d'ingéniosité. Ils ont été appelés à se dépasser et nous en sommes collectivement plus riches»²⁰⁹¹.

La pratique de l'accommodement raisonnable s'inscrit alors dans ce que Mark Hunyadi appelle une *pragmatique de la médiation*. Il s'agit donc d'offrir, et même d'imposer les cadres juridiques d'une médiation équitable entre des aspirations qui ont au départ la présomption de légitimité; il appartient ensuite aux concernés – c'est-à-dire au cercle de ceux qui aspirent à la reconnaissance, puis le cas échéant à la satisfaction de leurs revendications – de donner corps à cette médiation, en adoptant telle règle qui satisfasse leurs aspirations et, à travers elles, leur personne²⁰⁹².

Selon Gauchet, la tâche de la philosophie politique consiste précisément à déterminer les conditions auxquelles les processus décisionnels peuvent être approuvables par la communauté politique autonome. Cela nécessite la participation des acteurs-citoyens dans ce pouvoir démocratique²⁰⁹³. C'est ce caractère appropriable de la politique des accommodements raisonnables, comme mesure d'adaptation de la société québécoise à la diversité religieuse, qui semble faire partiellement défaut²⁰⁹⁴.

Pour s'approprier cette politique, il faut rappeler que le jugement d'application ne se limite pas à la seule question de l'applicabilité d'une norme supposée existante. Le contexte n'est pas donné, il est à construire, ce qui impose d'organiser institutionnellement une possibilité de définir collectivement la perception du contexte. Cette exigence est nécessaire pour l'existence d'un droit acceptable dans un groupe social. Les citoyens, en tant que destinataires finaux du droit, doivent être associés à l'élaboration de la norme²⁰⁹⁵. La théorie pragmatiste du droit permet de mieux comprendre le défi que rencontre, sur plan du droit, la pratique des accommodements raisonnables. Il s'agit, comme le dit Bernatchez, de construire cette pratique par laquelle la société québécoise pourrait se doter d'une signification normative partagée, ce qui exige d'examiner l'usage qui est fait de cette notion d'obligation d'accommodement raisonnable²⁰⁹⁶.

²⁰⁹¹ L. LAVOIE, 33.

²⁰⁹² HUNYADI, La vertu du conflit, 100 ss.

²⁰⁹³ MARCEL GAUCHET, «Les tâches de la philosophie politique», *Revue du MAUSS* 2002 (19) 275-303.

²⁰⁹⁴ BERNATCHEZ, 269 s.

²⁰⁹⁵ LENOBLE, Tournant pragmatiste, 40.

²⁰⁹⁶ BERNATCHEZ, 275 s.

III. Quels accommodements raisonnables en droit suisse et européen ?

Cette théorie de l'accommodement raisonnable, qui s'est étendue à d'autres pays anglo-saxons tels que l'Australie et la Nouvelle-Zélande, n'est que rarement mentionnée de façon explicite sur le continent européen, mais commence à susciter un vif intérêt doctrinal. En Suisse, aucune loi, jurisprudence ou théorie doctrinale faisant quelque consensus ne fait obligation à l'employeur de prendre des mesures «raisonnables» dans le cas d'une discrimination induite par l'effet d'une norme d'emploi qui s'applique indistinctement à tous les salariés et qui ne repose sur aucune considération discriminatoire, sauf en matière de *handicap*, critère qui a reçu une reconnaissance – modeste – en droit positif de l'obligation d'accommodement raisonnable (A).

Cela n'est en revanche pas le cas du critère de la religion. À tout le moins, l'interdiction de la discrimination indirecte fondée sur les convictions religieuses n'est assortie d'aucune réserve fixant la mesure dans laquelle un employeur serait requis de «faire» en sorte que les croyances religieuses d'un salarié soient respectées. Par conséquent, il signifie que l'employeur qui agit pour des raisons d'affaires légitimes, sans établir une distinction pour un motif prohibé, n'est pas juridiquement obligé de trouver des mesures raisonnables pour accommoder la religion de ses salariés. En droit suisse et européen, le raisonnement juridique s'arrête à la preuve fournie par l'employeur que la mesure instituant indirectement un traitement inégal fondé sur un motif prohibé est objectivement et raisonnablement justifiée (B).

Cependant, quelques traces ambiguës d'accommodements raisonnables fondés sur la religion apparaissent çà et là; dans cette veine, la religion semble incarner la candidate idéale après le handicap pour recevoir l'application de la théorie de l'accommodement raisonnable (C).

A. Le handicap: seul terrain reconnu en droit positif des accommodements raisonnables

Si l'obligation d'accommodement raisonnable fut initialement établie dans le cadre d'un cas de discrimination fondée sur la religion, elle est aujourd'hui susceptible de s'appliquer à tous les motifs de discrimination définis par la législation canadienne portant sur les droits de la personne (genre, âge, origine nationale)²⁰⁹⁷. C'est particulièrement le cas en matière de discrimination fondée sur le handicap, un motif qui a reçu une interprétation large de la part des tribunaux²⁰⁹⁸, et qui a connu une certaine réception en droit international (1), européen (2) et suisse (3).

²⁰⁹⁷ Voir RIVET, 384.

²⁰⁹⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665. Sur cette question, lire L. LAVOIE, 31-49.

1. *Droit international*

Inspiré notamment de l'*Americans with Disabilities Act*, adopté au États-Unis en 1990, le concept de droit à un aménagement raisonnable (c'est l'expression usitée en langue française tant en droit international qu'en droit européen et suisse, (la version anglaise ayant repris l'expression «*reasonable accommodation*» de vigueur au Canada et aux États-Unis; les termes sont ainsi parfaitement synonymes) a été consacré en droit international par la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006²⁰⁹⁹. Il signifie qu'une personne handicapée qui est empêchée d'accéder, de demeurer ou d'évoluer dans un emploi en raison de l'inadaptation de l'environnement ou des conditions de travail à son handicap, a le droit de bénéficier d'un aménagement de cet environnement ou de ces conditions, pour autant que cela ne représente pas une charge disproportionnée pour l'employeur. Le refus d'offrir un tel aménagement qui reste raisonnable pour permettre à un travailleur handicapé de s'intégrer dans l'entreprise constitue une forme spécifique de discrimination²¹⁰⁰.

2. *Droit européen*

En droit européen, une obligation expresse d'aménagement raisonnable a été instaurée pour la première fois par la directive 2000/78²¹⁰¹, uniquement à l'intention des employeurs et seulement en faveur des personnes handicapées. En effet, l'art. 5 dispose ce qui suit:

Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des *aménagements raisonnables* [nous soulignons] sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une *charge disproportionnée* [nous soulignons] [...]

Les mesures qu'un employeur peut être requis de prendre au titre de cette obligation sont très variées. C'est en fonction de chaque situation individuelle, en tenant compte du handicap du travailleur et du contexte d'emploi, que les ajustements à opérer sont identifiés. On peut distinguer deux grandes catégories d'aménagements: l'adaptation de l'environnement physique du lieu de travail (comme l'installation d'une rampe

²⁰⁹⁹ RS 0.109.

²¹⁰⁰ Lisa WADDINGTON/Aart HENDRIKS, «The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2002 (18) 403-427.

²¹⁰¹ À noter que l'Union européenne a elle-même adhéré à la Convention relative aux droits des personnes handicapées; c'est la première fois que l'UE devient partie à une convention internationale sur les droits de l'homme.

pour fauteuil roulant) et la modification de la manière dont le travail est réalisé (attribution d'un bureau au rez-de-chaussée plutôt qu'à l'étage, aménagement des horaires de travail, transfert d'un employé devenu handicapé à un autre poste ou redéfinition des tâches)²¹⁰².

La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion d'interpréter les « aménagements raisonnables » en considérant que la réduction du temps de travail peut constituer l'une des mesures d'aménagement²¹⁰³, et plus récemment qu'un travailleur déclaré inapte en cours d'emploi à exercer les fonctions essentielles du poste qu'il occupe doit être affecté à un autre poste pour lequel il dispose des compétences, des capacités et des disponibilités requises, sous réserve qu'une telle mesure n'impose pas à l'employeur une charge disproportionnée²¹⁰⁴.

La Cour précise à cet égard que la notion de « charge disproportionnée » doit tenir compte, notamment, des coûts financiers qu'une réaffectation implique, de la taille et des ressources financières de l'entreprise, de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide et de l'existence d'au moins un poste vacant que le travailleur concerné est susceptible d'occuper²¹⁰⁵.

3. *Droit suisse*

La Convention relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur en Suisse le 15 mai 2014²¹⁰⁶, reconnaît aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit au travail par des mesures appropriées, y compris les *aménagements raisonnables* au lieu de travail (art. 5 ch. 3 et 27 ch. 1 let. i CDPH). Si l'interdiction de la discrimination fondée sur le handicap est directement justiciable (art. 5 ch. 1 CDPH), le droit à un aménagement raisonnable ne l'est en revanche pas d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral²¹⁰⁷.

Même la loi fédérale sur l'égalité pour les handicapés²¹⁰⁸, qui s'applique uniquement aux rapports entre la Confédération et son personnel, contient des obligations fort modestes en la matière. D'après l'art. 13 de cette loi, la Confédération doit utiliser tous

²¹⁰² RINGELHEIM, Adapter l'entreprise, 70; CJUE 4 juillet 2013, *Commission/Italie*, C-312/11, § 60.

²¹⁰³ CJUE 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11, § 64.

²¹⁰⁴ CJUE 10 février 2022, *HR Rail*, C-485/20 (il s'agissait d'un agent de maintenance sur les voies ferrées des Chemins de fer belges qui s'est vu diagnostiquer un problème cardiaque nécessitant la pose d'un pacemaker, appareil sensible aux champs électromagnétiques émis par les voies ferrées).

²¹⁰⁵ CJUE 10 février 2022, *HR Rail*, C-485/20, § 45 et 48. Voir aussi al. 21 du Préambule de la directive 2000/78.

²¹⁰⁶ FF 2013 601; RO 2014 1117.

²¹⁰⁷ TF 14 avril 2022, 8C_633/2021, c. 4.2; TF 20 septembre 2019, 8C_390/2019, c. 6.3.2.

²¹⁰⁸ Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002 (LHand; RS 151.3).

les moyens dont elle dispose pour assurer des chances égales aux personnes handicapées et doit prendre des mesures propres à mettre en œuvre la loi dans les rapports de travail à tous les échelons, mais cette disposition est d'une teneur programmatique et ne contient aucune référence explicite aux *aménagements raisonnables*. La seule occurrence des «aménagements raisonnables» dans le droit positif suisse est ainsi issue d'une convention internationale qui n'est même pas justiciable, même s'il se déduit de l'art. 2 al. 2 LHand, énonçant qu'il y a inégalité «lorsqu'une différence de traitement nécessaire au rétablissement d'une égalité de fait entre les personnes handicapées et les personnes non handicapées fait défaut» une certaine obligation d'aménagement raisonnable (cf. en outre l'art. 12 OHand, qui prévoit les mesures d'adaptation nécessaires que l'employeur doit prendre afin d'adapter l'environnement professionnel aux besoins de l'employé handicapé)²¹⁰⁹.

B. Quid en matière de religion ?

L'absence de la notion d'accommodement raisonnable, à l'exception notable du critère du handicap, n'a pas empêché quelques cours cantonales d'y recourir à propos du critère de la religion, par accident jusqu'ici (1). Les signes concrets de sa présence se situent à dire vrai au niveau de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2) et de la Cour de justice de l'Union européenne (3).

1. Tribunal fédéral et cours cantonales

Le Tribunal fédéral, en l'absence de dispositions législatives, de précédents jurisprudentiels ou d'un terreau doctrinal concret se référant aux aménagements raisonnables, n'a jamais recouru à cette notion dans sa jurisprudence rendue en droit du travail²¹¹⁰. Ce qui n'a pas empêché des jurisprudences cantonales isolées de recourir, par abus de langage, à la notion d'aménagement raisonnable, une fois même en matière de religion, en se référant à des arrêts du Tribunal fédéral qui n'évoquent pourtant nullement une telle expression, pas même entre les lignes²¹¹¹.

²¹⁰⁹ KLEBER, 398.

²¹¹⁰ À l'exception de son arrêt du 14 avril 2022, 8C_633/2021, c. 4.2, en matière de handicap justement. En dehors du droit du travail, cf. ATF 138 I 205, qui se rapproche de l'obligation d'accommodement raisonnable en prenant en compte la spécificité du mode de vie traditionnel de la communauté tzigane. Les autres arrêts qui se rapprochent de l'accommodement raisonnable concernent les demandes de dispense fondées sur des motifs religieux à l'école et dans les établissements pénitentiaires, lire Maya HERTIG RANDALL, «Minorités religieuses – Religious Minorities. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté de religieuse sous le prisme de l'accommodement raisonnable», in Andreas R. Ziegler/Julie Kuffer (édit.), *Les Minorités et le Droit/Minorities and the Law*, Zurich, Schulthess, 2016, 263-287, qui plaide pour la reconnaissance explicite d'une obligation d'accommodement raisonnable en droit suisse afin de mieux protéger les minorités.

²¹¹¹ Cour de justice GE 30 novembre 2021, CAPH/220/2021, c. 2.1.1: «[L'employeur] doit notamment veiller à ne pas licencier selon des modalités stigmatisantes, avoir cherché à résoudre les

Cette extension du domaine de l'égalité de traitement au travail au critère religieux se voit à l'œuvre dans des décisions cantonales qui tentent de pousser toujours plus loin la portée de l'égalité de traitement, en se dispensant parfois de s'appuyer sur des textes juridiques ou des jurisprudences fédérales²¹¹².

2. Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi, à quelques occasions, eu à connaître de plusieurs affaires dans lesquelles était en jeu une requête équivalente à une demande d'aménagement raisonnable fondée sur un motif religieux. Ce concept trouve appui dans le critère de proportionnalité qui conditionne la compatibilité avec la Convention d'une mesure limitant la liberté de manifester sa religion. Dans l'examen des moyens permettant d'atteindre une finalité, il est possible de soutenir que lorsqu'une norme, justifiée par un objectif légitime, entrave la liberté de certains individus d'observer leur religion, et qu'il apparaît qu'un aménagement de cette norme permettrait d'éviter cette ingérence dans la liberté de religion sans pour autant compromettre la réalisation du but recherché, cette dernière solution doit être privilégiée car elle constitue le moyen le moins restrictif d'atteindre l'objectif poursuivi²¹¹³.

Elle s'est longtemps montrée peu favorable à la reconnaissance d'un «droit à l'aménagement raisonnable», que ce soit en vertu du droit à la liberté de religion pris isolément, ou de l'art. 9 combiné avec l'art. 14, qui interdit toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention. En témoignent la décision de la Commission du 12 juillet 1978 sur le recours d'un requérant britannique de religion sikh alléguant que l'obligation imposée par la loi en Grande-Bretagne de porter un casque emportait violation de sa liberté de religion puisqu'elle était incompatible avec le port du turban²¹¹⁴, ou encore l'affaire *X. c. Royaume-Uni* en 1981 où le requérant, un instituteur musulman travaillant dans une école publique de Londres se plaignait du refus des autorités scolaires d'aménager son horaire de travail de manière à lui permettre de s'absenter en début d'après-midi le vendredi afin d'assister à la prière

conflits de personnalité et avoir procédé à des «aménagements raisonnables» afin de maintenir la relation de travail dans des situations où se présentent des difficultés liées à des aspects de la personnalité tels qu'un handicap, une maladie ou une *religion* [nous soulignons]. Or les deux arrêts du TF auxquels la Cour de justice de Genève se réfèrent pour appuyer son raisonnement ne mentionnent nullement une telle obligation d'aménagement raisonnable vis-à-vis de la religion comme un critère de «difficultés» qui justifierait des égards particuliers de l'employeur au regard de son devoir de protéger la personnalité de son travailleur dans l'intention de le licencier.

²¹¹² Cour de justice GE 5 octobre 1993, JAR 1994 145; OGer BL 11 janvier 1994, JAR 1995 304. Cette demande d'égalité vaudrait même dans la tenue vestimentaire, cf. BezG Arbon (TG) 17 décembre 1990, c. 3b, JAR 1991 254, RSJ 1991 176.

²¹¹³ BRIBOSIA/RINGELHEIM/RORIVE, 349.

²¹¹⁴ CommEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 12 juillet 1978, 7992/77. En Suisse, cf. dans le même sens ATF 119 IV 260, c. 3b/bb, JdT 1994 I 707.

à la mosquée²¹¹⁵. Dans ces deux affaires, la Commission n'a même pas procédé au contrôle de proportionnalité en examinant l'existence de mesures alternatives, se contentant dans le premier cas de reconnaître que la mesure poursuivait un objectif légitime (la protection de la santé et de la sécurité) et dans le second cas de nier toute ingérence dans la liberté du requérant de manifester sa religion. La Commission a confirmé sa position dans *Konttinen c. Finlande* le 3 décembre 1996, qui concerne également une demande de modification de l'horaire de travail pour motif religieux²¹¹⁶.

Quoi qu'il en soit, la problématique de l'aménagement raisonnable a connu un tournant avec l'arrêt de Grande Chambre *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, en reconnaissant l'autre facette de la non-discrimination, celle qui fait interdiction à l'État d'appliquer, sans justification objectif et raisonnable, un « traitement identique à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²¹¹⁷, concluant que l'État aurait dû aménager sa norme générale en prévoyant les « exceptions appropriées », ce qui ressemblerait à s'y méprendre à l'obligation d'un aménagement raisonnable²¹¹⁸. Dans sa jurisprudence postérieure, cependant, la Cour n'a pas fait de nouvelles applications de cette conception bilatérale de la non-discrimination dégagée dans l'affaire *Thlimmenos*, et les arrêts *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*²¹¹⁹ et *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*²¹²⁰ semblent même en retrait vis-à-vis d'une obligation d'aménagement raisonnable.

Avec *Kosteski*, la Cour confirme qu'elle n'a pas la volonté d'établir une obligation d'accommodement raisonnable pour des motifs religieux, car elle se base encore pour bonne partie sur la jurisprudence de l'ancienne Commission des droits de l'homme²¹²¹.

Plus récemment, dans une opinion dissidente séparée à l'arrêt *Francesco Sessa c. Italie*, affaire dans laquelle un avocat juif requéra en vain une date de renvoi d'audience sur un jour ne tombant pas sur une fête juive, les juges minoritaires ont considéré que la recherche d'un aménagement raisonnable peut, dans certaines circonstances, constituer un moyen moins restrictif d'atteindre l'objet poursuivi²¹²². En l'occurrence, un tel aménagement était possible et raisonnable, dès lors que le requérant avait immédiate-

²¹¹⁵ CommEDH, décision *X. c. Royaume-Uni* du 12 mars 1981, 8160/78.

²¹¹⁶ CommEDH, décision *Konttinen c. Finlande* du 3 décembre 1996, 24949/94.

²¹¹⁷ CourEDH, arrêt *Thlimmenos c. Grèce* (GC) du 6 avril 2000, Rec. 2000-IV, § 44.

²¹¹⁸ *Ibid.*, § 48. Dans ce sens BRIBOSIA/RINGELHEIM/RORIVE, 355; ARNADÓTTIR, 101.

²¹¹⁹ CourEDH, arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* (GC) du 27 juin 2000, Rec. 2000-VII.

²¹²⁰ CourEDH, arrêt *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* du 13 avril 2006, 55170/00.

²¹²¹ HENRARD, 60.

²¹²² Opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Popović et Keller dans l'arrêt CourEDH, *Francesco Sessa c. Italie* du 3 avril 2012, Rec. 2012-III, § 8 ss de l'opinion séparée.

ment, dès le moment de la fixation de la date de l'audience, soulevé la difficulté qui était la sienne et demandé le report de celle-ci, ce qui permettait aux autorités judiciaires d'organiser le calendrier des audiences afin de garantir le respect des différents droits en jeu²¹²³, et qu'il n'avait pas été démontré que la demande du requérant, si elle avait été acceptée, aurait provoqué une perturbation dans le fonctionnement du service public de la justice (ce que les juges minoritaires proposent d'appeler le *public service disturbance test*).

Le même aménagement raisonnable est revenu à la charge, toujours dans une opinion séparée annexée à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, à propos des mesures de substitution possibles avant de prononcer le non-renouvellement du contrat d'une assistante sociale dans un service de psychiatrie d'un établissement public qui refusait d'ôter son voile islamique au travail²¹²⁴.

Du côté de Strasbourg, il semble que les accommodements religieux tentent d'entrer par la petite porte des opinions séparées, sans être parvenus – encore? – à intégrer le *corpus* des arrêts rendus et influencer décisivement sur le dispositif.

3. Cour de justice de l'Union européenne

Enfin, du côté de la Cour de justice de l'Union européenne, seul l'arrêt *Vivien Prais*, prononcé en 1976 dans le cadre du contentieux de la fonction publique européenne, est directement pertinent pour notre propos. Pour rappel, M^{me} Vivien Prais avait présenté sa candidature à un concours général organisé par le Conseil des Communautés européennes en vue de procéder au recrutement d'un traducteur. Après avoir été informée de la date à laquelle se dérouleraient les épreuves écrites, elle a fait savoir au Conseil qu'il s'agissait du premier jour de la fête juive de Chavouot, une date à laquelle les prescrits de sa religion lui interdisaient de se déplacer et d'écrire. Sa demande de passer cette preuve à une autre date lui ayant été refusée, elle saisit la Cour de justice alléguant notamment que cette décision violait le statut des fonctionnaires aux termes duquel ces derniers sont choisis sans distinction de race, de croyance ou de sexe.

Tout en déboutant la requérante, la Cour reconnaît qu'il est « souhaitable que l'autorité investie du pouvoir de nomination s'informe, de façon générale, des dates qui pour-

²¹²³ Au contraire de la décision *S.H. et H.V. c. Autriche* de la Commission européenne des droits de l'homme du 13 janvier 1993, 18960/91, où les requérants, également juifs pratiquants, avaient réagi trop tard, mais qui laisse entendre que si les requérants avaient fait preuve de la diligence requise, la demande d'aménagement aurait dû être accordée.

²¹²⁴ Opinion séparée dissidente de la Juge O'LEARY à l'arrêt de la Cour EDH, *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015, Rec. 2015-VIII, § 38, qui se désole que les « traces de l'arrêt *Eweida et autres* et toute considération d'aménagement raisonnable sont quelque peu perdues dans l'arrêt rendu en espèce ».

raient ne pas convenir pour des mortifs d'ordre religieux, et tâche d'éviter de fixer les épreuves à de telles dates»²¹²⁵.

D'un autre côté, la Cour rappelle que «lorsque le concours est sur épreuve, le principe d'égalité veut que les épreuves aient lieu dans les mêmes conditions pour tous les candidats et dans le cas d'épreuves écrites, la nécessité pratique de comparer les travaux des candidats impose que ces épreuves soient les mêmes pour tous»²¹²⁶. Partant, l'autorité investie du pouvoir de nomination n'est tenue d'adapter la date des épreuves que si elle a été avertie en temps utile, c'est-à-dire avant la convocation des autres candidats.

Dans cet arrêt, la Cour de justice des Communautés européennes a suivi une interprétation audacieuse de la discrimination indirecte pour son temps, pour exiger des institutions européennes, dans la mesure du possible et dans les limites de la bonne organisation des concours, d'aménager une disposition d'application générale pour éviter de pratiquer une discrimination indirecte à l'égard de certaines personnes en raison de leur religion. Mais cette décision est demeurée non confirmée depuis 1976.

C. La religion, candidate idéale après le handicap pour les accommodements raisonnables?

En droit suisse et européen, l'accommodement raisonnable n'est pour ainsi dire reconnu que pour le seul motif du handicap. La théorie n'est donc pas applicable au motif de la religion. Mais mises bout à bout, ces jurisprudences mettent en lumière un avancement à bas bruits des accommodements raisonnables dans la culture juridique continentale et suisse, avec la religion faisant figure de candidate idéale, après le handicap, pour accueillir cette théorie en droit du travail. Cette extension de l'accommodement raisonnable à partir du critère du handicap procède d'une analogie entre les critères du handicap et de la religion dont les ressorts méritent d'être débattus **(1)**.

À dire vrai, certains aspects de l'accommodement raisonnable sont déjà englobés par l'examen de proportionnalité dans l'analyse de l'admissibilité d'une mesure restrictive de la liberté de religion **(2)**. À ce stade se pose la question de savoir s'il ne faudrait pas consacrer expressément cette notion dans notre législation **(3)**.

1. Handicap et religion, critères analogues?

Si l'obligation d'aménagement raisonnable s'applique uniquement au critère du handicap en droit suisse et européen, c'est qu'il a été considéré, en vertu d'un consensus international, que la société devait prioritairement assurer l'inclusion des personnes

²¹²⁵ CJCE 27 octobre 1976, *Vivien Prais c. Conseil des Communautés européennes*, C-130/75, Rec. 01589, § 18.

²¹²⁶ *Ibid.*, § 13.

handicapées, qui constituent l'un des principaux groupes discriminés sur le marché du travail sur tout le globe. Le souci particulier accordé à la lutte contre la discrimination fondée sur le handicap se justifie par ce que les personnes handicapées souffrent d'une «incapacité» qui justifie la volonté politique de supprimer les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres²¹²⁷.

Historiquement, les handicapés ont indéniablement subi misère, maltraitance institutionnelle et exclusion systémique au XX^e siècle lorsque l'État a pris le relais aux milieux médical et religieux, ce qui justifie juridiquement que l'on prenne des mesures d'accommodement pour intégrer les personnes handicapées dans le monde du travail²¹²⁸. Si la vulnérabilité d'une personne *souffrant* d'un handicap n'est selon toute vraisemblance pas la même qu'une personne adhérant à une religion minoritaire en Suisse, ce n'est pas sur le terrain de l'ampleur quantitative de la discrimination subie ou l'intensité de la souffrance historiquement vécue que se joue la discussion²¹²⁹; le débat sur la pertinence de l'analogie établie entre les deux critères de discrimination est liée à la question de savoir si la religion est un choix ou un élément d'identité, alors qu'il ne vient à l'idée de personne d'affirmer que le handicap est un choix.

Pour répondre à cette interrogation, il sied d'abord de situer le critère de la religion dans le contexte de l'accommodement raisonnable, quelque part entre le handicap et la maternité **(a)**, puis d'examiner avec une grande attention le traitement juridique qui est fait de la croyance *religieuse* dans les différents pays occidentaux, entre pays anglo-saxons à tradition de tolérance **(b)** et pays de tradition laïque **(c)**, avec, en toile de fond, une transmutation moderne de la croyance en identité **(d)**.

a. Place de la religion entre les critères du handicap et de la maternité?

Le seul autre motif de discrimination ayant conduit à l'obligation expresse d'adapter les conditions de travail est celui de la maternité, qui bénéficie aux travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes (*cf.* en droit suisse, art. 35, 35a et 35b LTr et 60 OLT 1, ainsi qu'en droit européen les art. 4 ss de la directive 92/85²¹³⁰). Le développement de la lutte contre la discrimination en raison du sexe a conduit le droit européen à porter une attention spéciale à la maternité, qui a la spécificité de n'être susceptible d'affecter que les femmes: il n'y a pas de symétrie possible avec une situation que pour-

²¹²⁷ Considérant e) de la CDPH.

²¹²⁸ Laetitia DELHON, «Le handicap, première cause de discrimination», *Le Monde diplomatique*, octobre 2022.

²¹²⁹ Sur la notion de «vulnérabilité» et son usage sociologique et juridique contemporain, lire Evelyne PIEILLIER, «Des usages de la compassion», *Le Monde diplomatique*, décembre 2022.

²¹³⁰ Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, JO n° L 348 du 28 novembre 1992, p. 0001-0008.

raient connaître les hommes, d'où l'adoption de dispositions légales pour protéger les travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes contre le risque accru de discrimination²¹³¹.

Comparé à l'obligation de fournir des aménagements aux femmes enceintes, allaitantes ou accouchées, le mécanisme de l'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés présente tout de même un degré supplémentaire de complexité pour l'entreprise, car le handicap est un état permanent ou, à tout le moins de longue durée, nécessitant par conséquent un ajustement durable²¹³². Ensuite, parce qu'au vu la grande diversité des handicaps, les adaptations susceptibles d'être jugées nécessaires pour ce motif sont sensiblement plus variées que dans le cas d'une travailleuse enceinte, accouchée ou allaitante²¹³³.

En ce sens, les accommodements raisonnables pour des motifs religieux se situent un peu entre les deux : ils sont moins complexes et variés que les accommodements destinés aux salariés handicapés (car ils concernent dans la grande majorité des cas les signes religieux et les horaires de travail) mais ils s'inscrivent également dans la permanence, à l'inverse des aménagements destinés aux salariées enceintes, accouchées ou allaitantes. L'on pourrait plaider l'extension de l'obligation d'accommodement raisonnable à la religion en arguant que la maternité est également un choix de la salariée et non une incapacité. Mais la volonté d'avoir des enfants et de fonder une famille est protégée de longue date par le droit et entraîne, comme nous venons de le dire, une vulnérabilité temporaire pour la salariée enceinte que le législateur est chargé de protéger.

b. Un traitement juridique favorisé pour les croyances religieuses ? Les pays à la tradition de tolérance

Dans l'affaire *O'Malley* qui concernait une vendeuse de prêt-à-porter convertie à une religion lui prescrivant l'observance du sabbat, ce qui l'empêchait de travailler les samedis, l'employeur avait refusé de lui accorder une telle exemption pour ne pas créer un avantage qui aurait conduit à une inégalité de traitement avec les autres salariés, mais cet argument n'a pas été véritablement examiné par la Cour suprême du Canada. Des salariés qui, apprenant cette nouvelle, auraient souhaité un aménagement similaire pour d'autres motifs, tels que des responsabilités familiales impérieuses, auraient

²¹³¹ RINGELHEIM, Adapter l'entreprise, 62.

²¹³² Sur la notion de handicap sous l'angle du droit européen, cf. CJCE 11 juillet 2006, *Chacón Navas*, C-13/05 (distinction entre maladie et handicap); CJUE 18 mars 2014, Z., C-363-12 (enseignante souffrant d'une affection rare ayant pour conséquence qu'elle n'a pas d'utérus et ne peut se trouver enceinte; la Cour dit que l'incapacité d'avoir un enfant par des moyens conventionnels, en elle-même, ne constitue pas un empêchement d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser et ne constitue donc pas un handicap au sens de la directive 2000/78); CJUE 18 décembre 2014, *FOA*, C-354/13 (distinction entre obésité et handicap).

²¹³³ RINGELHEIM, Adapter l'entreprise, 71.

été éconduits, où l'on voit que la religion est, dans la logique initiée par la Cour suprême dans cet arrêt fondateur, un motif privilégié de l'obligation d'accommodement raisonnable.

Ça n'est pas un hasard si tout a commencé avec la religion comme premier motif d'accommodement. La Cour suprême du Canada a, dans cet arrêt, constamment recouru à un champ lexical d'*incapacité* pour désigner le refus ou l'impossibilité de la plaignante – selon le point de vue – de travailler les samedis à la suite de sa conversion religieuse. Ce faisant, elle a occulté la valeur non seulement de l'engagement contractuel dans cette configuration de droits contradictoires²¹³⁴, mais fait implicitement sienne l'idée que le choix de respecter une observance religieuse n'en est pas un, mais une donnée obligatoire par elle-même, comme le handicap.

Dans le très contesté arrêt *Wisconsin c. Yoder*, où la Cour suprême des États-Unis a autorisé les parents Amish à retirer leurs enfants de l'école dès l'âge de 14 ans au lieu de 16 ans afin qu'ils poursuivent leur instruction par une formation professionnelle au sein de la communauté religieuse et ce, pour éviter que ces adolescents ne soient détournés des valeurs spirituelles propres à ce groupe religieux, qui croit dans les vertus d'une vie simple, la Cour suprême a établi que les croyances religieuses constituent une catégorie de croyances distinctes méritant un traitement juridique préférentiel²¹³⁵.

Cette conception renvoie aux pays à tradition de tolérance – le Royaume-Uni et les États-Unis tout particulièrement – où la normalité sociale est d'avoir une religion – quelle qu'elle soit – et où la tolérance revient dans ces conditions à assurer la coexistence paisible des différentes communautés religieuses au sein d'une même association politique. L'incroyant, au sens de celui qui écarte la croyance comme telle, comme attitude de pensée, récuse par principe l'idée d'option spirituelle, puisque à ses yeux l'esprit n'est pas tenu de former lien avec d'autres esprits dans un acte d'adhésion. En ce sens formel, les incroyants font problème parce que, ne formant aucune communauté, ils apparaissent comme une menace pour le lien social et comme un défi à toute association possible. En jetant le doute sur l'universalité de principe du lien religieux, ils font de celui-ci dans sa forme même quelque chose de contingent²¹³⁶.

Dissolu, l'esprit incroyant serait aussi invertébré, sans âme, dans un schème moral de perte, insusceptible de confiance pour fonder quelque cohésion dans la communauté politique. Locke les exclut radicalement de la tolérance pour cette raison :

Ceux qui nient l'existence d'une puissance divine ne doivent être tolérés en aucune façon. La parole, le contrat, le serment d'un athée ne peuvent former quelque chose de

²¹³⁴ Sur le problème de l'occultation de la valeur de l'engagement contractuel, cf. *supra* Chap. 7, II, C, 3.

²¹³⁵ SCOTUS, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), 220.

²¹³⁶ KINTZLER, 14 s.

stable et de sacré et cependant ils forment les liens de toute société humaine au point que, la croyance en Dieu elle-même supprimée, tout se dissout²¹³⁷.

On connaît aujourd'hui la variante contemporaine répandue de cette relation entre foi religieuse et loi civile : le lien social étant à l'origine des rassemblements politiques, il pourrait bien en être le fondement ; et comme il n'existe aucune société sans religion, l'universalité de fait du lien religieux est bientôt métamorphosée en universalité de droit²¹³⁸. Aux États-Unis, les sondages démontrent qu'une vaste majorité des citoyens américains ne voterait jamais pour qu'un athée exerçât une charge électorale, alors qu'elle exprime une tolérance bien plus grande pour les musulmans ou les juifs²¹³⁹.

Dans l'arrêt *Hak c. Procureur général du Québec*, une des parties intervenantes qui défendait la loi sur la laïcité de l'État du Québec, *Les Libres penseurs athées*, a estimé « désuet » ce que ses membres qualifient d'« exceptionnalisme religieux qui consisteraient à traiter les garanties constitutionnelles en matière de foi et de culte comme si elles se distinguaient socialement des libertés et de conscience et d'expression », soutenant que le droit ne devrait pas offrir aux religions traditionnelles des protections distinctes et supérieures à celles dont il entoure d'autres systèmes de valeurs tels l'environnementalisme, l'antisépécisme ou l'antiracisme par exemple, opinion que la Cour supérieure n'a pas suivie²¹⁴⁰.

Brian Leiter a parfaitement mis en exergue les nombreuses singularités épistémiques qui font de la religion une catégorie juridique *de facto* – voire carrément *de jure* – privilégiée de convictions, notamment par le fait que les croyances religieuses impliquent, explicitement ou implicitement, une métaphysique de la réalité et qu'elles rendent compréhensibles et supportables des faits élémentaires de l'existence humaine, comme la souffrance et la mort. Au terme de son investigation philosophique et juridique, il conclut que la tolérance est peut-être une vertu, à la fois lorsqu'elle est exercée par les individus et par l'État, mais son application sélective aux seules convictions religieuses n'est pas moralement défendable²¹⁴¹. L'alternative consiste à se demander s'il convient d'étendre l'exemption des lois générales à toutes les revendications de conscience, qu'elles soient religieuses ou séculières, ou s'il vaut mieux à l'inverse abandonner l'idée de la possibilité même des exemptions des lois généralement applicables – sauf si elles n'induisent aucun transfert de charge –, ce qui reviendrait à imposer un fardeau plus important aux revendications des minorités, mais justifiées

²¹³⁷ LOCKE, 79.

²¹³⁸ KINTZLER, 17.

²¹³⁹ Penny EDGELL/Joseph GERTEIS/Douglas HARTMANN, « Atheists as «Other»: Moral Boundaries and Cultural Membership in American Society », *American Sociology Review* 2006 (71) 211-234.

²¹⁴⁰ *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, du 20 avril 2021, § 195.

²¹⁴¹ LEITER, 183.

pour lui lorsque l'on peut démontrer que la loi poursuit un but véritablement neutre et d'intérêt public.

c. Le (contre-)modèle de la laïcité et la contingence de l'appartenance religieuse

C'est là que la laïcité tranche en affirmant que la puissance publique doit s'abstenir absolument en matière de croyance ou d'incroyance. C'est par l'adjonction de ce troisième terme – *personne n'est tenu d'avoir une religion plutôt qu'aucune* après *personne n'est tenu d'avoir une religion plutôt qu'une autre* et *personne n'est tenu de n'avoir aucune religion* – que le système en reçoit un éclairage nouveau: en récusant la nécessité et l'universalité de l'attitude de croyance comme telle, la troisième proposition devient la pierre angulaire du système: il ne s'agit plus d'insérer les incroyants sous la loi commune au motif que leur incroyance les rend plus sensibles à la loi, mais bien plutôt de regarder en face ce qui se présente comme un *degré zéro* du lien tant social que religieux et d'en faire un fondement pour penser le lien politique.

C'est sur la contingence de la croyance en général et *comme forme* que viendront alors s'inscrire croyances et incroyances comme faits. Alors que le modèle de la tolérance reste attaché à un donné social où les communautés religieuses demeurent fondatrices de l'organisation sociale, qu'il s'agit simplement d'harmoniser, la laïcité raisonne au-delà de la prise en compte des forces existantes, en termes de conditions de possibilités *a priori*. L'idée d'un tel espace *a priori* qui se présente comme condition de possibilité du fonctionnement du système n'est elle-même pensable que si l'on consent à dénouer la relation entre la forme du lien religieux ou social et celle de l'association politique garante de la liberté: c'est ainsi que la non-croyance comme pure *forme* est un moment décisif.

En réduisant à son degré zéro la notion d'appartenance supposée par la forme du religieux, et en posant cet élément vide comme principe du système, la laïcité dégage un «moment transcendantal» qui s'interroge sur les conditions de possibilité *a priori* de la liberté de pensée, de conscience et de religion²¹⁴². Ce n'est pas un hasard si les textes juridiques consacrent une liberté de conscience *et* de croyance. Assurer simplement la liberté de religion, c'eût été exclure non seulement l'incroyance comme courant de pensée (et donc, en accordant une primauté aux religions), mais aussi et surtout l'incroyance comme forme de pensée, là où le syntagme «liberté de conscience *et* de croyance» suppose l'infinité des options y compris le refus de toute option²¹⁴³.

On voit maintenant que ce qui a été appelé le *principe de contingence de l'appartenance religieuse* a pour corollaire philosophique l'idée d'une adhésion construite et non fortuite: une adhésion de second temps, qui fait de la liberté une nature sociale.

²¹⁴² KINTZLER, 21 s.

²¹⁴³ *Ibid.*, 30 s.

Le lien religieux tire sa force et sa validité précisément de la possibilité d’être défait ou récusé sous sa première forme – celle d’une appartenance de fait fondée sur des circonstances extérieures, telles que la naissance au sein d’une communauté donnée ou une philosophie d’État qui s’impose à tous par la contrainte – pour être renoué ou noué ailleurs sous sa forme seconde, seule authentique et véritablement religieuse – celle d’une adhésion volontaire²¹⁴⁴, ainsi que l’a énoncé Locke dans sa célèbre *Lettre sur la tolérance* :

Nul ne naît membre d’une église quelconque, sinon la religion du père et des grands-parents passerait aux enfants par droit héréditaire, en même temps que les terres, et chacun devrait sa foi à sa naissance : on ne peut rien penser. Voici donc comment il faut concevoir les choses. L’homme n’est pas par nature astreint à faire partie d’une église, à être lié à une secte ; il se joint spontanément à la société au sein de laquelle il croit que l’on pratique la vraie religion et un culte agréable à Dieu²¹⁴⁵.

d. La transmutation moderne de la croyance en identité

Il est un phénomène propre à la Modernité qui concerne tout l’Occident : comme l’indique Marcel Gauchet, les transformations modernes de la société civile ont fait transmuter les *croyances* en *identités*, ce qui signifie une autre manière de les habiter intérieurement et de les revendiquer extérieurement. En même temps que l’individu se voit redéfinir socialement, que ce soit au titre de ses droits ou intérêts, les termes de son rapport à lui-même se trouvent essentiellement modifiés. Son appréhension intime de ce qui le constitue se déplace du tout au tout. Phénomène d’énorme portée qui remet en question, ni plus ni moins selon lui, l’idée de la subjectivité associée à la figure du citoyen depuis le XVIII^e siècle.

Ce qu’être soi aujourd’hui représente l’opposé de ce qu’on tenait hier pour le principe de l’identité personnelle. On était soi, ou plutôt on devenait soi dans la mesure où l’on parvenait à se dégager de ses particularités, à rejoindre l’universel en soi. Une tâche dont l’exercice de la citoyenneté, conçu comme participation à l’universalité de la chose publique, fournissait le parfait modèle, à côté du choix moral dans l’ordre individuel, autre expression exemplaire de la faculté d’autonomie de la personne, de son pouvoir d’agir, au nom d’une règle valable pour tous et dans tous les cas. Le vrai moi est celui que l’on conquérait en soi contre les appartenances qui nous particularisaient, contre les données contingentes qui nous assignaient à un lieu et à un milieu. C’est en m’éloignant de l’immédiat de moi-même pour m’élever au point de vue de ce qui vaut en général ou universellement que je deviens véritablement moi, en relativisant les déterminations extrinsèques qui me constituent à la base, mais dont je puis me libérer²¹⁴⁶.

²¹⁴⁴ *Ibid.*, 11.

²¹⁴⁵ LOCKE, 17.

²¹⁴⁶ GAUCHET, Religion, 121 s.

Le point d'appui politique du décentrement s'évanouit avec l'exigence d'épouser le point de vue de l'ensemble. Il ne vous est plus demandé, pour être citoyen, que d'« être vous-même », coïncidant avec le slogan de McDonald's (« Venez comme vous êtes »). Mais ce que veut dire « être soi-même » s'en trouve changé; on voit s'affirmer un nouveau rapport des individus à ce qui relève du *donné* dans leur condition, à ce qu'ils ont reçu en partage avec l'existence, qu'il s'agisse de la communauté religieuse dont ils font partie ou de la tradition culturelle où ils s'insèrent²¹⁴⁷. De plus, par cette conception identitaire de la religion, au lieu de la voir comme une *option spirituelle* (les textes juridiques parlent pourtant bien de liberté de *croire ou de ne pas croire*), on la rive sur une personne, comme si l'on forçait celle-ci à se définir exclusivement comme chrétien, juif ou musulman²¹⁴⁸.

Cette transmutation est concomitante à un phénomène pourtant inverse et qui touche spécifiquement la question identitaire. L'identité d'un individu fut longtemps considérée comme une donnée objective, déterminée dès l'enfance de façon binaire: on naissait homme ou femme, national ou étranger, dans une famille bourgeoise ou ouvrière. Depuis les années 1970-1980, ce caractère inné se trouve remis en question, l'identité apparaissant comme un phénomène construit, mouvant, pluriel, chacun étant désormais libre de composer le cocktail de son choix, favorisant une fragmentation des revendications et des engagements²¹⁴⁹. L'on serait donc dans une époque où les croyances constituent indéniablement un facteur identitaire important, mais que l'on peut changer à son gré au cours de son existence.

L'expérience des guerres de religion et des persécutions liées au crédo obligé n'est pas pour rien dans l'émergence d'une conscience laïque. Les cultures ont certes intégré les religions comme des facteurs caractéristiques, et tout humain né dans un contexte donné en est marqué, au même titre que des différentes façons de vivre, des découpages mentaux de l'expérience, des sensibilités particulières qui y modèlent le rapport au monde.

Mais est-ce à dire que la religion a le même statut que de tels déterminants culturels, et ne peut faire l'objet d'une mise à distance ou d'un libre choix? On peut en douter, comme le soutient Henri Pena-Ruiz: il suffit d'évoquer l'émergence de nouvelles religions dans les sociétés; la conversion qu'elles suscitent n'a pas alors le statut d'un héritage comparable à la langue ou aux usages culturels. Elle est proprement volontaire: des païens devinrent chrétiens par choix. Et Julien dit l'Apostat, qui fit le chemin inverse, changea également d'option spirituelle. La notion de profession de foi – et de

²¹⁴⁷ *Ibid.*, 123.

²¹⁴⁸ PENA-RUIZ, 216.

²¹⁴⁹ Vincent DESCOMBES, « Un problème de type « cumul des mandats » », *Manière de voir*, avril-mai 2017 (152), 6-8.

confirmation – atteste cette dimension délibérée, même si elle est devenue une tradition²¹⁵⁰.

Il faut donc, en définitive, considérer que le choix d'une religion relève d'une libre option spirituelle. On ne peut clouer les cultures aux religions et les individus aux cultures ainsi rangées sous une divinité. Lorsque qu'un fidèle adulte se range aux représentations et aux rites d'un corpus religieux, tout se passe comme s'il le faisait de son plein gré, bien qu'on objectera qu'il a été conditionné dès son enfance, mais cela n'a été qu'un temps. La laïcisation des sociétés, si du moins elle va de pair avec une vie sociale juste, ne dessaisit nullement les religions de leur portée métaphysique et éthique, comme médiations de sens, mais elle les prive de cette dimension dominante et aliénante que constituerait leur implication dans un dispositif de domination dans la sphère publique, en premier lieu à l'école²¹⁵¹.

S'il est un lieu où les exigences de la laïcité ne sont pas négociables pour Pena-Ruiz, c'est précisément l'école. La laïcité de l'État à l'école réside d'abord dans sa neutralité confessionnelle, signe tangible de l'unité du *laos*²¹⁵², et garantie de son impartialité au regard de la pluralité de options spirituelles. Il en résulte une obligation de *réserve*, qui permet aux représentants de l'État d'incarner véritablement cette unité, lesquels permettent à leur tour à l'élève de *s'élever* par cette mise à distance de leurs particularismes pour apprendre à devenir maîtres d'eux-mêmes, là où notre époque tient à associer la religion à sa manifestation par des signes visibles, parfois au prix d'une instrumentalisation de l'enfant ainsi réduit à son appartenance à un groupe particulier, sans libre arbitre personnel. L'école met en présence des élèves et des instituteurs, c'est-à-dire que les êtres ne s'y trouvent pas à n'importe quel titre, mais dans le cadre d'une fonction qu'il s'agit de faire vivre; la disponibilité à l'étude doit y valoir pour le maître qui ne confond pas la fonction qu'il remplit avec l'affirmation de sa vision du monde personnelle, qui ce faisant permettra à l'élève de choisir librement sa religion une fois la maturité atteinte²¹⁵³.

Selon Maclure et Taylor au contraire, l'école n'est pas un « sanctuaire républicain » qui doit émanciper les élèves de leurs particularismes par une mise à distance de la religion; le développement d'un sentiment d'appartenance et d'identification dans les sociétés diversifiées doit au contraire passer par une « reconnaissance raisonnable » des différences que par leur relégation à la sphère privée, ce qui constitue le propre des sociétés multiculturelles. La conséquence de cette branche de l'alternative est qu'elle

²¹⁵⁰ PENA-RUIZ, 265.

²¹⁵¹ *Ibid.*, 266.

²¹⁵² Terme grec désignant l'unité d'une population, considérée comme un tout indivisible. Le laïc est l'homme du peuple, qu'aucune prérogative ne distingue ni l'élève au-dessus des autres.

²¹⁵³ PENA-RUIZ, 73 ss, 100 ss.

fait primer, ce qu'ils reconnaissent au demeurant, le droit individuel à la liberté de conscience du fonctionnaire sur l'intégration civique²¹⁵⁴. Or cet accent individualiste est inapte en lui-même à créer quelque visée commune qui jaillirait comme par magie d'un dialogue coopératif entre les communautés religieuses dans l'arène publique, en se fondant «sur le stock de valeurs et de principes qui peut faire l'objet d'un consensus par recouplement».

Sauf que le républicanisme a aussi pu être indexé à un «universel surplombant», réducteur et refoulant. La belle visée de l'horizon d'un commun, dépassant les conflits consono rapidement avec le mirage d'infinitude abstraite. Or on ne naît pas sur un terrain vierge, mais au cœur de déterminations qui nous ont façonnés et nous façonnent, faisant ce que nous sommes, et ce, même quand on entend s'en démarquer voire les récuser. D'autre part, l'universalité peut s'avérer *dissolvante*, au sens où elle disqualifie et écarte les particularités et les différences. Mais elle apparaît aussi dissolvante sur le plan de ce qui est rêvé: qu'est-ce qu'un universel en effet, sinon un lieu où tout se pacifie, mais parce que tout s'y fond, s'égalise, se dissipe? Par-delà le mirage et le hors-conscience qui l'obère l'universel peut devenir conquérant, impérialiste passant de la non-reconnaissance des différences à la volonté de les combattre²¹⁵⁵.

On peut s'entendre différemment sur une quête d'universalité: celle où il y aura rencontre, en ce sens sortie de soi et découverte, réciproque, de l'autre, une *exposition* à la différence afin d'entrer en confrontation et débat avec elles pour s'en laisser instruire: s'articulant sur ces différences – alors relues –, et sur l'espace de débats qu'aura dessiné leur confrontation, on ouvrira une interrogation sur des questions *transversales à chacune* en faisant droit à ce qui sous-tendait la quête d'universalité, non pas de surplomb, déconnectée de ce qui fait la «chair du monde et de l'humain», mais de l'échange engagé, de frappe *réflexive*, constamment réitéré²¹⁵⁶.

En tout état de cause, le spectacle des affrontements interreligieux indique à l'évidence dans quelle direction peut se rétablir la paix, voire la concorde: en évitant de faire du religieux un facteur identitaire *exclusif*. Cela ne veut pas dire qu'il ne puisse participer de la construction identitaire, mais il ne peut le faire que selon un libre engagement des personnes, et dans le cadre d'une communauté de droit qui assure simultanément la liberté de conscience, l'égalité de tous sans distinction de conviction religieuse, et la visée du bien commun comme but exclusif des lois.

²¹⁵⁴ MACLURE/TAYLOR, 44: «Cette conception plus libérale et pluraliste de la laïcité a encore pour fonction *première* [nous soulignons] la protection de [...] la liberté de conscience et de la religion, mais elle contribue aussi, *subsidièrement* [nous soulignons], à l'intégration civique».

²¹⁵⁵ GISEL, Boîte noire, 200 s.

²¹⁵⁶ *Ibid.*, 202 s.

2. *Les accommodements raisonnables englobés par l'examen de proportionnalité ?*

À dire vrai, dans l'examen de proportionnalité, certains aspects de la théorie des accommodements raisonnables sont déjà englobés, si bien que dans la jurisprudence rendue jusqu'à maintenant, l'accommodement raisonnable ne vient pas s'ajouter en tant que tel aux conditions respectives des art. 9 § 2 CEDH et 36 Cst., mais est déjà pris en compte dans l'analyse sous des formes qui ressemblent à l'obligation d'accommodement raisonnable sans jamais s'y confondre avec elle²¹⁵⁷.

En Suisse, en dehors du droit du travail, un droit à une prestation positive de l'État qui s'apparente à la recherche d'un aménagement raisonnable a été reconnu pour le déplacement d'un examen qui tombait le samedi, jour prescrivant le repos sabbatique dans certaines religions minoritaires, dès lors qu'un régime spécial n'influe pas de manière significative sur le bon fonctionnement de l'école et sur l'organisation des examens²¹⁵⁸. Le même effort a été reconnu pour l'administration pénitentiaire de rechercher un « juste milieu » dans le but de garantir le mieux possible la liberté de religion des détenus souhaitant exercer leur liberté de culte, « sans perturber à l'excès l'exécution des peines »²¹⁵⁹. Mais ceux-ci interviennent dans un contexte limité de droit public marqué par une position de vulnérabilité de l'administré face à l'administration²¹⁶⁰.

²¹⁵⁷ De cette opinion CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 158; KLEBER, 403.

²¹⁵⁸ ATF 134 I 114, JdT 2009 I 243, à noter que dans cet arrêt, qui concernait la volonté d'un élève de l'Église adventiste du septième jour de passer certaines épreuves de la maturité tombant un samedi lors d'un examen de rattrapage un autre jour afin d'observer le repos sabbatique prescrit par sa religion, le TF relève d'une part l'existence d'une circulaire de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique préconisant le déroulement d'examens et d'autres activités scolaires en semaine et le samedi uniquement à titre exceptionnel, d'autre part que des demandes de dispense fondées sur d'autres motifs (maladie, accident) étaient fréquentes et nécessitaient de toute façon un examen de substitution un autre jour que le samedi, réduisant ce faisant quelque peu la portée de cet arrêt; ATF 117 Ia 311, JdT 1993 I 40; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 129. Le Conseil d'État français a raisonné de façon similaire dans son arrêt du 14 avril 1995, *Consistoire central des israélites de France*, n° 125148, Rec.

²¹⁵⁹ ATF 129 I 74, c. 4.2, RDAF 2004 I 638; ATF 113 Ia 304, c. 3 et 4d, JdT 1989 I 268, qui reconnaît dans cet arrêt le droit aux détenus musulmans de célébrer leur propre culte en commun le vendredi.

²¹⁶⁰ Une étude réalisée en 2005 par le Réseau européen d'experts indépendants en droits fondamentaux constate une tendance croissante, au sein des États membres de l'Union, à admettre certains aménagements dans le fonctionnement des institutions publiques (écoles, hôpitaux, prison, armée), principalement en ce qui concerne la composition des repas et la possibilité de s'absenter lors de fêtes religieuses, afin de permettre aux adeptes de religions minoritaires, fréquentant ces institutions ou contraints d'y séjourner, de pratiquer leur culte, RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX, *Thematic Comment No. 3 – The Protection of Minorities in the European Union*, 25 avril 2005.

Dans l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a dû mettre en balance les droits de la salariée, M^{me} Eweida, avec les intérêts légitimes de son employeur privé (British Airlines), ce qui revenait à déterminer l'étendue des obligations positives de l'État défendeur dans la sauvegarde des droits de l'employée au titre de l'art. 9 CEDH ou, pour le dire autrement, l'étendue d'une politique d'aménagement raisonnable que doit imposer le gouvernement au regard des différentes croyances et pratiques religieuses sur le lieu de travail. D'ailleurs, plusieurs tiers intervenants ont expressément invoqué la notion d'« accommodement raisonnable » pour soutenir que l'analyse de proportionnalité par la Cour doit tenir compte de la possibilité d'accommodement avec les convictions et rites de chacun, « compromis nécessaire dans une société démocratique et pluraliste »²¹⁶¹.

Dans l'arrêt du Tribunal régional de Berne-Mittelland qui a jugé abusif le licenciement d'une salariée qui portait le voile dans une blanchisserie au motif que son voile contrevenait aux prescriptions d'hygiène et de sécurité, la cour a rappelé que la salariée avait proposé plusieurs mesures d'aménagement de sa liberté religieuse à l'employeur (voile serré protégeant les cheveux, voile à usage unique et voile lavé quotidiennement) que ce dernier a refusé sans raison valable, rendant le licenciement abusif. Le raisonnement tient dans le devoir de protection de l'employeur qui l'oblige, lorsque le port de symboles religieux cause une perturbation au bon fonctionnement de l'entreprise, de prendre au préalable toutes les mesures raisonnables moins contraignantes (« *alle milderer zumutbaren Massnahmen* ») pour apaiser la situation²¹⁶².

Certaines formulations légales s'y approchent expressément : l'art. 19 al. 1 de la loi sur le personnel de la Confédération dispose qu'avant de résilier le contrat de travail sans qu'il y ait faute de l'employé, l'employeur prend toutes les mesures qui peuvent « raisonnablement » être exigées de lui pour garder l'employé à son service, traduisant une fois encore le principe constitutionnel de la proportionnalité en droit public²¹⁶³.

Par voie jurisprudentielle, la possibilité de déduire une exigence d'aménagement raisonnable de la prohibition de la discrimination indirecte dépend encore de l'interprétation donnée par les juges à la notion de caractère approprié et nécessaire de la mesure. En cela, elle n'offre pas le même niveau de garantie qu'un droit exprès à l'aménagement raisonnable, mais une consécration législative n'est pas non plus exempte de difficultés d'application. En revanche, certains aspects du problème peuvent être résolus

²¹⁶¹ CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 78.

²¹⁶² RegG Bern-Mittelland 8 septembre 2016, CIV 16 1317 P57/BLM, c. IV.C.1.b; dans une moindre mesure ATF 125 II 70, c. 2c.

²¹⁶³ TAF 1^{er} septembre 2009, A-2164/2009, c. 3.2.1; TAF 15 mars 2007, A-1779/2006, c. 3.3.

par un test rigoureux de proportionnalité, comme il est donné à le voir avec la jurisprudence récente²¹⁶⁴.

3. Une obligation explicite d'aménagement raisonnable pour motif religieux ?

Notre dispositif juridique anti-discriminatoire inclut la discrimination indirecte, qui inclut elle-même l'obligation de traiter différemment des situations différentes. Cela renvoie à la conception bilatérale de l'égalité signifiant que cette dernière est violée non seulement lorsque deux situations semblables sont traitées de manière différente mais également lorsque deux situations dissemblables ne sont pas traitées de manière différente²¹⁶⁵. Cette conception est suivie tant par le Tribunal fédéral²¹⁶⁶ que la Cour européenne des droits de l'homme – depuis l'arrêt *Thlimmenos* –²¹⁶⁷ et la Cour de justice de l'Union européenne²¹⁶⁸. Pour autant, faire de l'obligation d'aménagement un corollaire explicite de l'interdiction de la discrimination indirecte ne va pas de soi, que ce soit en Europe ou en Suisse, où le concept même de discrimination indirecte est négligé dans de nombreux États²¹⁶⁹.

En effet, rares sont les États en Europe qui ont instauré un droit général exprès à l'aménagement raisonnable au-delà du handicap²¹⁷⁰. Même aux États-Unis, la norme appliquée en termes de «difficultés injustifiées» est beaucoup plus stricte en cas de handicap qu'en cas de religion de sorte qu'en réalité peu de requêtes religieuses donnent lieu à un aménagement raisonnable parce qu'elles satisfont rarement au critère du coût «de minimis»²¹⁷¹. Autrement dit, étendre l'accommodement raisonnable à d'autres critères que le handicap ne signifie pas encore que les juges auront une conception unifiée de ce qui constitue une mesure «raisonnable» pour tous les critères.

Plusieurs juridictions ou quasi-juridictions au sein des États européens considèrent qu'un refus d'aménagement raisonnable pour motif religieux peut être constitutif d'une discrimination indirecte: la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement par exemple a, dans plusieurs affaires, invité l'employeur à aménager une condition de travail pour éviter une discrimination indirecte à raison de la religion²¹⁷². Dans d'autres pays au contraire, les juges semblent hostiles à l'idée que le droit de non-dis-

²¹⁶⁴ Dans le même sens KLEBER, 400.

²¹⁶⁵ Cf. *supra* Chap. 2, I, B, 2, a.

²¹⁶⁶ Cf. récemment ATF 145 I 73, c. 5.1.

²¹⁶⁷ Cf. récemment CEDH, arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016, 51362/09, § 81.

²¹⁶⁸ Cf. récemment CJUE 19 novembre 2015, *Skatteverket c. Hikka Hirvonen*, C-632/13, § 30.

²¹⁶⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, L'aménagement raisonnable en Europe, 5.

²¹⁷⁰ *Ibid.*, 4; BRIBOSIA/RINGELHEIM/RORIVE, 363.

²¹⁷¹ COMMISSION EUROPÉENNE, L'aménagement raisonnable en Europe, 5.

²¹⁷² P.ex. dans le cas d'une employée musulmane qui s'était vu refuser un emploi dans un centre d'appel parce qu'elle portait le foulard et que l'employeur estimait que ce vêtement empêchait une bonne transmission du son à travers le casque audiophonique, la Commission a proposé que le casque fût porté *sous* le foulard, cité par RINGELHEIM, Adapter l'entreprise, 76.

crimination, ou la liberté de religion, puissent conduire à imposer à l'employeur une obligation d'aménagement pour motif religieux, même limitée par la limite de la charge disproportionnée. C'est le cas en particulier en France et en Belgique²¹⁷³. Avant que la Cour de justice de l'Union européenne n'adoubât les politiques de neutralité religieuse, la Cour d'appel de Bruxelles avait jugé le cas d'une employée licenciée par la librairie qui l'employait parce qu'elle insistait pour porter le foulard sur son lieu de travail, alors que son employeur estimait que cette tenue nuisait à l'image de marque « ouverte, disponible, sobre, familiale et neutre » de la société. L'employée avait proposé à titre de compromis d'être affectée à un poste n'impliquant pas de contact avec la clientèle. Dans son arrêt du 15 janvier 2008, la Cour juge non seulement qu'une société commerciale ne commet aucune discrimination en interdisant au personnel en rapport avec les clients de porter des tenues « ne cadrant pas avec la neutralité » car cet usage reposerait sur « des considérations objectives », mais qu'en outre, « la société n'avait aucune obligation de fournir à l'appelante un autre travail »²¹⁷⁴.

Cette marche saccadée, presque à reculons vers une reconnaissance explicite de l'accommodement religieux au travail tient à plusieurs obstacles qui se dressent sur son chemin et dont la compréhension nécessite d'y poser un regard transatlantique critique.

IV. Regard transatlantique sur la religion au travail

Que ce soit en Amérique du Nord ou en Europe, l'accommodement raisonnable pour des motifs religieux suscite de vifs débats surpassant largement le cadre juridique, comme en témoignent les travaux de la Commission Bouchard-Taylor, car la mise en œuvre de cette notion touche à une question fondamentale pour les démocraties occidentales, celle de la manière dont il convient d'appréhender la diversité des religions dans un État démocratique, sécularisé et le plus souvent laïque²¹⁷⁵.

L'expérience canadienne montre que cette approche ne dépassonne pas plus la question de la religion au travail que sur le Vieux Continent. Mais cette étude comparatiste a mis en évidence deux grands modèles aux antipodes l'un de l'autre sur la place de la religion au travail : en Europe continentale, une jurisprudence ferme se dessine pour admettre une politique de neutralité convictionnelle dans l'entreprise, tandis que les pays anglo-saxons disposent d'une riche jurisprudence en matière d'accommodement raisonnable pour motifs religieux et confèrent un droit de cité à la religion dans l'entreprise (A).

²¹⁷³ ALIDADI, *Reasonable Accommodation*, 709.

²¹⁷⁴ Cour de travail Bruxelles (4^e ch.), 15 janvier 2008, cité par RINGELHEIM, *Adapter l'entreprise*, 78.

²¹⁷⁵ BRIBOSIA/RINGELHEIM/RORIVE, 369 s.

La reconnaissance de l'existence de ces grands « modèles » – qui interagissent largement entre eux et s'influencent mutuellement – doit nous faire nous rendre compte que les données sont différents entre pays anglo-saxons et continentaux sur la place de la religion dans la société et par voie de conséquence au travail. Cela signifie aussi qu'il n'existe pas une « meilleure » approche entre l'accommodement raisonnable et la politique de neutralité religieuse dans l'entreprise, mais que le choix de l'un ou de l'autre doit tenir compte de ce donné pour assurer le bien vivre ensemble (B).

En guise de synthèse, nous interrogerons l'utilité des mesures positives pour notre sujet, un dispositif juridique qui, contrairement à l'accommodement raisonnable, existe déjà – mais modestement – en droit suisse et européen (C).

A. Deux modèles – nord-américain et européen – qui s'affrontent

Une observation attentive de la jurisprudence et des opinions doctrinales a montré jusqu'ici des divergences entre l'Amérique du Nord et l'Europe sur la conception de la religion et sa place au travail. Il sied dorénavant de dresser une synthèse sur ce qui nous apparaît comme les traits les plus saillants de ces deux visions opposées : une approche différenciée de la laïcité (1), qui se retranscrit dans la jurisprudence des cours nord-américaines et européennes sur les affaires de religion au travail (2). Ce tableau comparatif permet de mieux saisir la jurisprudence européenne consacrant la politique de neutralité religieuse dans l'entreprise (3).

1. Une laïcité ou des laïcités ?

L'utilisation du pluriel « laïcités », honnie par certains car il n'existerait qu'une seule laïcité, est préférée par d'autres pour éviter un réductionnisme à un idéal de laïcité unique²¹⁷⁶. En effet, Maclure et Taylor par exemple distinguent la « laïcité républicaine » qui serait celle en vigueur en France, et la « laïcité libérale-pluraliste » qui permettrait des accommodements raisonnables en mettant l'accent sur la protection de la liberté de conscience et de religion individuelle²¹⁷⁷.

À l'inverse, selon Pena-Ruiz, la notion de laïcité ouverte est maniée par ceux qui contestent la « vraie laïcité », mais n'osent pas s'opposer franchement aux valeurs qui la définissent. Ce serait une notion désobligeante pour la laïcité, utilisée pour contester la reconduction de la religion à la sphère privée, et à l'universalité conquise pour la sphère publique²¹⁷⁸. Il en va même pour la « laïcité plurielle ». Que signifie ce pluriel que l'on croit pouvoir opposer à la laïcité, alors que dans sa définition stricte celle-ci permet l'expression libre du pluralisme des options spirituelles, religieuses ou non

²¹⁷⁶ Sur ce débat, lire PENA-RUIZ, 148 et 155; ZIMMERMANN, Laïcité et Genève, 32; WINZELER, Neutralität, 18.

²¹⁷⁷ MACLURE/TAYLOR, 46 s.

²¹⁷⁸ PENA-RUIZ, 127 s.

religieuses, dans le respect de l'égalité? S'il s'agit de faire droit à cette pluralité au sein de la sphère publique, l'impossibilité que cela implique pour lui est évidente. Quels signes autorisés? Uniquement les signes religieux, et dans les mêmes proportions afin d'être équitable, attendu qu'en réalité certaines religions s'affichent beaucoup plus que d'autres? Tâche non seulement impossible, mais qui aurait le grave inconvénient de morceler l'espace public, «et à court terme de le faire disparaître sous la mosaïque des accaparements communautaristes»²¹⁷⁹.

Cette laïcité «ouverte» ou «libérale» que des penseurs anglo-saxons ont développée se rapprochent de la laïcité telle que définie aux États-Unis et s'oppose à la laïcité en France perçue comme rigide et séparatrice. D'après Guy Haarscher, cette nouvelle notion qui adjectivise la laïcité correspond à «des tentatives de recoloniser la sphère publique [en Europe]»²¹⁸⁰.

Ce que préserve la laïcité «à la française» – parfois qualifiée de républicaine –, ce n'est pas la liberté d'appartenir à un tout, de se distinguer par le contraste d'une naissance ou d'une couleur de peau; elle n'a que faire d'une liberté passive et dormant dans les choses. Ce concept exclut même toute pertinence à l'idée d'une *politique des minorités*, et donc d'accommodements raisonnables qui plient l'égalité dans et devant la loi. Ce qui importe, c'est de préserver la possibilité individuelle de suspendre l'adhésion, de douter, d'agir en tant que sujet et libre intelligence. En somme, il s'agit de garantir au sujet une protection contre toute communauté, toute foi, même civile, puisque l'adhésion sincère menace toujours d'oublier qu'elle a le doute pour intime ressort. La laïcité est une défense contre la méconnaissance de la foi par elle-même²¹⁸¹.

Henri-Pena Ruiz insiste sur la diversité de la vie spirituelle, qui ne se restreint pas à la religion mais s'épanouit dans les pratiques multiformes de la vie sociale, dans la culture humaine comprise en sa richesse (art, science, philosophie par exemple)²¹⁸². Lorsque Jean Baubérot imagine un «nouveau pacte laïque»²¹⁸³, avec une laïcité se négociant entre les confessions qui se développent dans la société civile, sans faire droit, visiblement, à la libre pensée et aux variantes de l'humanisme athée et agnostique, il écarte les options spirituelles non religieuses²¹⁸⁴.

²¹⁷⁹ *Ibid.*, 131.

²¹⁸⁰ HAARSCHER, 101 s.

²¹⁸¹ Comme le dit si bien Frédéric DUPIN, in *Le Philosophoïre* 2007 (28) 196-206, en résumant la quintessence du propos de Catherine KINTZLER dans son livre souvent cité dans cette thèse, *Qu'est-ce que la laïcité?*.

²¹⁸² PENA-RUIZ, 30: «La religion n'a pas le monopole de la spiritualité»; MACLURE/TAYLOR, 114, rangent aussi la liberté religieuse comme sous-catégorie de la liberté de conscience et de croyance.

²¹⁸³ Jean BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité en France*, Paris, Puf, 2005.

²¹⁸⁴ PENA-RUIZ, 131 s.

En définitive, il faut tempêter contre les contempteurs de la laïcité républicaine qui s'acharnent à vouloir imposer le modèle anglo-saxon de la «laïcité inclusive», «plurielle», «ouverte» ou «libérale» sans tenir compte du donné local dans les différents pays de l'Europe²¹⁸⁵. Le 29 janvier 2020, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe devait se prononcer sur une résolution dont l'une des recommandations promouvait justement les accommodements raisonnables pour des motifs religieux sur lieu de travail par voie législative dans les États membres, mais la résolution adoptée a abandonné au dernier moment cette recommandation et laissé tombé toute mention de l'aménagement raisonnable²¹⁸⁶.

2. *Cour suprême du Canada versus Cour de justice de l'Union européenne ou un dialogue naissant entre cours suprêmes occidentales*

Luc Tremblay a mis en évidence le rejet par la Cour suprême du Canada de la «stricte» laïcité dans l'arrêt *Chamberlain*²¹⁸⁷, celle-ci ne pouvant répondre aux exigences du multiculturalisme postmoderne qui promeut «la reconnaissance, le respect et la reproduction des différences religieuses»²¹⁸⁸.

Dans une analyse fort intéressante que nous avons déjà citée plus haut, Sébastien Grammond a cherché à comprendre les raisons qui expliquent qu'en matière d'accommodements fondés sur la religion, plusieurs décisions de la Cour d'appel du Québec aient, au fil des années, été renversées par la Cour suprême du Canada²¹⁸⁹. Selon lui, ce phénomène s'expliquerait moins par des divergences portant sur l'interprétation des droits fondamentaux que par les conceptions de la religion qui différencieraient le Québec du reste du Canada²¹⁹⁰. Ainsi, la conception de la Cour d'appel du Québec serait influencée par le catholicisme, qui voit la religion comme un ensemble de règles

²¹⁸⁵ HENRARD, 75 s., qui plaide pour les accommodements raisonnables pour des motifs religieux en Europe, dit justement que la laïcité française est radicale et viole le cœur de la liberté de religion, et que la neutralité «inclusive» ou «positive» – le modèle de laïcité française étant par opposition «exclusif» – est à privilégier pour «promouvoir une cohérence interne du paradigme de la liberté de religion», qui consiste naturellement à admettre sans réserve une obligation d'accommodement raisonnable.

²¹⁸⁶ Résolution 2318 (2020) «La protection de la liberté de religion ou de conviction sur le lieu de travail», adoptée le 29 janvier 2020. Comp. avec la proposition de résolution déposée par Sir Jeffrey Donaldson *et al.* le 26 avril 2018 (Doc. 14544), le Rapport du 17 décembre 2019 (Doc. 15015) et la version finale du projet déposée le 28 janvier 2020 (Doc. 15015).

²¹⁸⁷ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710

²¹⁸⁸ TREMBLAY, 240 ss.

²¹⁸⁹ GRAMMOND, *passim*. L'auteur a analysé quatre décisions portant sur des accommodements religieux et dans lesquelles l'opinion de la Cour d'appel du Québec a été renversée par la Cour suprême : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 ; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 et *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650.

²¹⁹⁰ Dans le même sens MOON, 209.

obligatoires auxquelles on adhère volontairement. La religion est alors une affaire privée, et l'État doit se garder de tenir compte de facteurs religieux lorsqu'il prend des décisions.

En revanche, aux yeux de la Cour suprême du Canada, la religion semble être une affaire de croyances individuelles profondes, et chacun est alors en droit de s'attendre à ce que la société tolère les manifestations publiques de la religion. Quant à l'État, s'il doit être neutre, il peut légitimement vouloir égaliser les fardeaux découlant de l'adhésion à une religion. Comme le montrent les décisions analysées par l'auteur, cette égalisation des fardeaux peut aller jusqu'à exiger diverses formes d'accommodements. La «neutralité de reconnaissance» s'inscrit dans la même perspective.

C'est ce qui se donne à voir dans d'autres arrêts de la Cour suprême du Canada, qui tient ainsi la restriction à la liberté des agents de l'État de porter des signes religieux en vertu de la laïcité comme une grave atteinte à leur «identité profonde»²¹⁹¹. Le juge de la Cour supérieure du Québec, dans l'examen de constitutionnalité de la loi sur la laïcité, suit fidèlement la position développée par la Cour suprême :

Ainsi, le Tribunal retient de la preuve que la présence de la diversité culturelle, et donc pour fins de précision la diversité religieuse entraîne une amélioration de la performance académique, des perceptions et de l'engagement scolaire des élèves issues de telles minorités tout comme de leur développement social et émotif. Il appert aussi que cette présence améliore la relation professeur-élève puisque ces mécanismes se trouvent partagés par tous les groupes minoritaires et qu'à cet égard la représentation visuelle de cette identité apparaît primordiale pour mettre en branle cette mécanique²¹⁹².

Grammond fait aussi observer que des divergences dans la conception de la religion peuvent être observées, au sein même de la Cour suprême, entre juges du Québec et juges originaires du Canada anglais. Comme il le souligne, des juges québécois de la Cour suprême (et même des juges acadiens, ajoute-t-il) ont adopté des positions divergentes de celles de leurs collègues canadiens-anglais en matière de neutralité de l'État²¹⁹³.

Ce positionnement de la Cour suprême transforme effectivement la laïcité en un simple outil de gestion du «pluralisme religieux», lui faisant perdre sa dimension ontologique d'une exigence tendant vers un idéal universel, et glorifiant au contraire l'appa-

²¹⁹¹ Le juge Blanchard affirme que l'interdiction imposée par la Loi 21 de revêtir des signes religieux pour les enseignants est une forme de négation de leur «être dans ce qu'il recèle de plus intime et de plus fondamental» (*Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, du 20 avril 2021, § 1069).

²¹⁹² *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, du 20 avril 2021, § 1001, 1002 et 1060.

²¹⁹³ P.ex. dans *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650, 95 (juges LeBel, Deschamps et Bastarache).

rentement communautaire, jugé concret et chaleureux, proche des racines et soucieux des êtres immédiats, en opposition à un État et à des lois dont l'abstraction serait signe d'inhumanité, voire de froideur²¹⁹⁴.

La Cour de justice de l'Union européenne a explicitement choisi le chemin inverse, celui de traiter sur un même pied les convictions *religieuses, spirituelles et philosophiques*. Ce faisant, elle a subtilement évité de s'enfermer dans un débat qui n'aurait porté que sur les seuls signes religieux, et a permis d'étendre celui-ci à l'ensemble des manifestations de la « liberté de conscience et croyance », dont le premier terme du syntagme est parfois noté par le second²¹⁹⁵.

Dans le même temps, la Cour de justice précise que des dispositions constitutionnelles nationales protégeant la liberté de conscience et de religion peuvent être prises en compte en tant que dispositions plus favorables dans le cadre de l'examen du caractère approprié d'une différence de traitement indirectement fondée sur la « religion ou les convictions » (motif cité à l'art. 1^{er} de la directive 2000/78), et qu'il revient ultimement aux juridictions nationales de procéder à la conciliation, compte tenu de la diversité de leurs approches quant à la place qu'ils accordent en leur sein à la religion ou aux convictions, des droits concurrents du salarié invoquant la liberté de conscience et de religion et de l'employeur invoquant la liberté d'entreprise, approche plébiscitée pour préserver la diversité des approches qui existent en Europe à ce sujet²¹⁹⁶.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est clairement apparentée au modèle de laïcité française qui s'échine à éviter toute emprise du religieux dans la sphère publique, et qui a trouvé une transposition juridique dans l'espace social, où l'Entreprise se substitue à l'État comme détentrice du pouvoir d'autorité. Ce n'est pas un hasard si la majorité des renvois préjudiciels devant la Cour de justice proviennent de juridictions françaises ou belges – ce pays étant clairement influencé par la laïcité française, avec certains penseurs souhaitant réaliser une laïcité complète comme en France²¹⁹⁷.

Si nous avons tant insisté sur la laïcité tout au long de cette thèse, c'est parce qu'elle est totalement interdépendante de la liberté de religion, de l'égalité et de la neutralité religieuse de l'État, et dorénavant de l'entreprise privée aussi²¹⁹⁸ : il n'est pas exagéré de conclure que l'interprétation adoptée par le juge canadien en matière de manifesta-

²¹⁹⁴ PENA-RUIZ, 190.

²¹⁹⁵ CJUE 13 octobre 2022, *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)*, C-344/20.

²¹⁹⁶ CJUE 15 juillet 2021, *Wabe et MH Müller Handel*, C-804/18 et C-341/19, § 79 et 87 s. ; confirmé in CJUE 13 octobre 2022, *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)*, C-344/20, § 47 ss.

²¹⁹⁷ Jean-Philippe SCHREIBER, *La Belgique, État laïque ... ou presque. Du principe à la réalité*, Centre d'action laïque, 2014.

²¹⁹⁸ BAUBÉROT/MILOT, 87.

tions des convictions religieuses au travail s'explique par son souci de protéger le multiculturalisme et d'encourager la diversité religieuse, deux valeurs chères à la société canadienne²¹⁹⁹. À l'inverse en Europe, sous l'impulsion féconde du modèle laïque français, la neutralité religieuse de l'État a été étendue, par l'artefact juridique de la liberté d'entreprise, dans l'entreprise privée²²⁰⁰.

Ainsi, même si une loi provinciale du Québec autorisant une politique de neutralité religieuse dans les entreprises privées est grandement improbable, en raison des barrières constitutionnelles auxquelles elle ferait face, cette évolution vers une neutralité chassant les signes religieux visibles de la sphère professionnelle, comme l'atteste la récente Loi sur la laïcité de l'État du Québec qui a effet semblable dans la fonction publique, a clairement le vent en poupe en raison du pouvoir d'attraction du modèle de neutralité religieuse consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne²²⁰¹.

La solution de la Cour de justice de l'Union européenne, soit l'invisibilisation totale de l'expression convictionnelle religieuse, spirituelle et philosophique, a cependant l'inconvénient majeur de faire du rapport de travail, tissé l'avons-nous vu d'opinions et d'affects divers, un lieu où la liberté d'expression religieuse, spirituelle et philosophique – pourquoi pas politique demain – s'en retrouve quasiment anéanti²²⁰².

Au Canada et au Québec, l'obligation d'accommodement raisonnable établit une protection en faveur du salarié – par comparaison avec l'approche continentale –, l'employeur devant parvenir à faire la démonstration d'une contrainte excessive dans son entreprise. S'il y parvient, l'interdiction de signes religieux ne sera pas constitutive de discrimination, mais le fardeau de la preuve qui repose sur l'employeur est assez exigeant; la démarche d'accommodement devenue inhérente au droit à l'égalité constitue indéniablement un puissant outil de protection des salariés²²⁰³. Reconnaître les accommodements raisonnables en matière de religion permet ainsi de créer des solutions adaptées à la plupart des pratiques religieuses, dans le respect des minorités religieu-

²¹⁹⁹ Étant rappelé une ultime fois l'écart, semble-t-il grandissant, entre les conceptions canadienne et québécoise de la liberté de religion et de la laïcité.

²²⁰⁰ Dans le même sens PARENT/FLEURY, 23.

²²⁰¹ D'après PARENT/FLEURY, 16, en l'absence d'une telle disposition législative, il n'est cependant pas impensable que les tribunaux s'inspirent de la neutralité stricte de l'État québécois pour définir les paramètres de celles défendues par une entreprise privée. Vu la tradition constitutionnelle canadienne axée sur les droits des minorités, nous sommes perplexes quant à une telle voie.

²²⁰² Dans l'arrêt du 13 octobre 2022, *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)*, C-344/20, § 42, la Cour élargit à l'excès le périmètre des modalités d'expressions interdites par la politique de neutralité convictionnelles aux «propos» ou de «toute autre manière». PAGNERRE, *Religion vs Entreprise*, N 18, estime que ces arguments sont difficilement tenables car ils rejettent l'idée de toute expression dans l'entreprise et *in fine* remettent en cause l'idée même d'exercice des droits fondamentaux dans l'entreprise.

²²⁰³ PARENT/FLEURY, 22.

ses, mais a l'inconvénient, par sa plasticité, tant sur le plan de l'individualisation, de la contextualisation que sur l'appréciation de son caractère «raisonnable» pour l'employeur, de rendre la solution adéquate parfois peu évidente en ne manquant pas de créer une certaine insécurité juridique.

Dans l'autre ordre juridique européen, la Convention européenne des droits de l'homme joue de son puissant rôle d'harmonisateur des droits nationaux en Europe – bien que plutôt faible en matière religieuse vis-à-vis d'autres droits – et a mis en lumière une demande croissante d'une évolution vers une laïcisation «à la française» – le canton de Genève et la province du Québec sont deux cas criants – au moment même, où, en France, d'autres voix se prononcent pour une évolution inverse²²⁰⁴.

Ces divergences de vues dans ce dialogue naissant entre les cours constitutionnelles occidentales sur la question de la religion au travail s'observent aussi bien à l'occasion du contrôle de la légitimité de l'interdiction de signes religieux adoptée par l'employeur qu'au moment de circonscrire les mesures qu'il devra prendre afin d'éviter le licenciement du salarié. Dans tous les cas, cette analyse de droit comparé met en évidence l'impact décisif du travail interprétatif du juge²²⁰⁵.

3. «Neutralité-abstention» ou «neutralité-baïllon» dans l'entreprise ?

Nous avons relevé que l'interdiction de la discrimination religieuse était parfois invoquée conjointement avec la liberté de religion pour *renforcer* sa protection²²⁰⁶; néanmoins cette dernière peut-elle être invoquée pour justifier une *restriction* de la liberté de religion²²⁰⁷, notamment pour justifier une politique de neutralité religieuse dans l'entreprise.

Dans la fonction publique, l'interdiction de la discrimination religieuse est implicitement couverte par la laïcité et vient, en même temps qu'elle garantit l'égalité de toutes les options spirituelles des agents de l'État, restreindre leur liberté de conscience et de religion propre afin de protéger celle du citoyen destinataire du service public (écolier, détenu ...)²²⁰⁸. Dans sa décision relative au port du foulard islamique par une enseignante genevoise, le Tribunal fédéral a justement souligné que la restriction à la liberté de religion de l'enseignante de porter un voile islamique au travail était justifiée par la nécessité de préserver la liberté de religion des élèves de sa classe ainsi que celle de leurs parents²²⁰⁹.

²²⁰⁴ WINZELER, Neutralität, 18 s., et réf. citées; PENA-RUIZ, 249; RINGELHEIM, Droit et religion, 553.

²²⁰⁵ *Ibid.*, 27.

²²⁰⁶ Cf. *supra* Chap. 2, I, B, 4.

²²⁰⁷ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, art. 15 N 120 ss.

²²⁰⁸ Cf. *supra* Chap. 5, V, C.

²²⁰⁹ ATF 123 I 296, c. 4.

Tous les arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de religion au travail ont fait prévaloir la laïcité (dans la fonction publique) ou la neutralité (dans le secteur privé) sur la liberté de religion individuelle²²¹⁰. D'aucuns déplorent à ce propos une neutralité « offensive » ou « conquérante », facilitée aussi bien par la législation que la jurisprudence récentes sur les principes anti-discriminatoires, au premier chef desquels figure le dispositif européen anti-discrimination au travail, susceptible d'être instrumentalisé en une « neutralité-bâillon » en lieu et place d'une « neutralité-abstention »²²¹¹. Selon ces auteurs, ce dévoilement s'opérerait par un retournement de la neutralité qui ne consisterait plus en une abstention du détenteur du pouvoir – l'État ou l'employeur privé – à s'immiscer dans la liberté de religion du salarié, mais en une injonction faite aux salariés de taire leurs convictions religieuses extérieures.

Au vu de l'individualisation avancée du droit, du travail et de la religion – au point que plus personne ne contredise son exacerbation –, il n'y a pas de quoi être surpris que des entreprises toujours plus nombreuses soient tentées de jouer la carte de la politique de neutralité religieuse, confrontées qu'elles sont à un provignement de demandes d'accommodements individualisées parfois difficiles à satisfaire et qui créent dans le même temps un certain appel d'air au sein de l'entreprise. Ce concours d'évolutions convergeant vers toujours plus d'individualisation entraîne une réaction quasi mécanique de *neutralisation* des convictions religieuses, philosophiques et spirituelles, dans l'intention de freiner l'individualisation²²¹².

Ce regard comparatiste permet d'interpréter la voie empruntée par la Cour de justice de l'Union européenne comme une porte de sortie pour l'employeur face au piège des attaques ciblées dont il pourrait faire l'objet de la part de certains salariés se sentant discriminés. S'il la suit la méthode indiquée par la Cour, il se libère du grief de discrimination, du moins quand elle ne porte pas sur des traits physiques. Le cadre est ainsi posé pour affronter l'individualisme des sociétés occidentales contemporaines et ses revendications associées.

En définitive, c'est bien la sauvegarde d'une vie en commun dans l'entreprise que l'on cherche à préserver, au-delà des revendications individuelles. Ne reste plus qu'à

²²¹⁰ SWEENEY, 296, fait cette observation par l'argument littéraliste mais peu convaincant suivant : « Or, une telle limite [à la liberté individuelle de la religion] n'existe pas dans les textes pour la non-discrimination ».

²²¹¹ SWEENEY, 290 et 296.

²²¹² Lire Cyril WOLMARK, « Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs? », *Le Droit Ouvrier* 2017 226-232. D'après certains auteurs, le droit français, s'il semblait œuvrer initialement par une tolérance passive en restant indifférent aux différentes religions, évolue aujourd'hui vers une attitude plus répressive, celui-ci misant sur la citoyenneté pour transcender les appartenances particulières (PARENT/FLEURY, 19, et les réf. citées). Se dessine alors une forme d'intolérance au communautarisme qui traduit d'ailleurs cette politique de neutralité dans l'entreprise.

conseiller aux employeurs de se saisir d'une réflexion sur l'orientation plus ou moins neutre qu'ils souhaitent donner à leur entreprise, le moment étant venu de mettre par écrit cette orientation dans des documents réglementaires ou contractuels, à l'issue d'un débat organisé dans l'entreprise avec les employés²²¹³.

La logique d'invisibilisation de la religion dans l'entreprise par des politiques de neutralité conduit à une autre conséquence: elle ouvre la question de la conformité au droit des politiques d'entreprise qui mettent en œuvre des accommodements volontaires en faveur de pratiques religieuses de certains de leurs salariés, comme un temps de travail aménagé pour exercer des rites religieux, la création d'un lieu de prière, un menu respectant les prescriptions religieuses à la cantine de l'entreprise, etc. Si une logique d'aveuglement prévalait en matière de non-discrimination en raison de la religion, alors l'employeur ne pourrait valablement mettre en place de tels accommodements, car il suppose une prise en considération des pratiques religieuses des salariés²²¹⁴.

B. Les écueils d'une consécration de l'accommodement raisonnable en Europe ou de la prise en compte du fait pour l'acceptabilité de la norme

L'acceptabilité de la norme est essentielle pour assurer la pérennité d'un système juridique, laquelle dépend justement de sa capacité à relier les conditions concrètes d'existence de la société qu'il régit, avec l'imaginaire normatif qui spécifie cette société, «c'est-à-dire de sa capacité à relier son *être* à son *devoir-être*, et à canaliser la dynamique qu'ils entretiennent mutuellement»²²¹⁵. À ce titre, la consécration en Europe et en Suisse des accommodements raisonnables présente une série de difficultés proprement juridiques (1), juridico-politiques (2), politiques (3), culturelles (4) et philosophiques (5) qu'il ne faut pas négliger.

1. Conflit de valeurs, subjectivisation de la croyance et dimension collective de l'accommodement religieux

Une première source de complexité face à une consécration par voie législative de l'accommodement raisonnable tient au fait que certaines revendications motivées par des convictions religieuses peuvent entrer en conflit avec les droits d'autres individus, notamment le droit à la non-discrimination en raison du sexe ou de l'orientation sexuelle²²¹⁶. Ce conflit de valeurs n'existe pas avec le critère du handicap. L'expérience canadienne démontre que l'importation d'un tel concept dans nos systèmes juridiques

²²¹³ Aurélien WITZIG, «La CJUE face au foulard islamique, Commentaire de l'arrêt *Wabe* et *MH Müller Handels* du 15 juillet 2021», *Newsletter DroitDuTravail.ch*, juillet 2021.

²²¹⁴ SWEENEY, 303.

²²¹⁵ SUPIOT, État social, 41.

²²¹⁶ Spécifiquement sur cette question, cf. Aileen MCCOLGAN, «Class wars? Religion and (In) equality in the Workplace», *Industrial Law Review Journal* 2009 (38) 1-29.

risque, s'il est appliqué au critère de la religion, de soulever de délicates questions d'appréciation des limites de l'obligation d'aménagement, en particulier lorsque l'adaptation exigée s'entrechoque avec d'autres droits fondamentaux ou valeurs considérées comme relevant de l'ordre public, telles que l'égalité des sexes.

À dire juste, cet argument n'est pas totalement convaincant. En droit canadien, il est fermement établi qu'un aménagement portant atteinte aux droits d'autrui doit être considéré comme déraisonnable, justifiant son rejet, mais c'est aussi le cas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme l'attestent les affaires *Ladele* (officière d'état civil licenciée pour avoir refusé de célébrer des partenariats civils entre couples du même sexe au motif qu'elle était chrétienne, alors que la politique de l'employeur était de fournir un service universel)²²¹⁷ et *McFarlane* (thérapeute de couple employé par un organisme privé de conseil conjugal et de sexothérapie licencié parce qu'il refusait d'accepter la pratique de son employeur de conseiller sans discrimination les couples homosexuels comme hétérosexuels et qui n'avait pas obtenu gain de cause devant les tribunaux britanniques, la Cour ayant jugé que la décision de faire prévaloir la protection du droit à la non-discrimination des personnes homosexuelles relevait de la marge d'appréciation des autorités nationales)²²¹⁸ traitées toutes deux dans l'arrêt *Eweida*.

Une deuxième difficulté tient au caractère subjectif du sentiment religieux et à la diversité des interprétations d'une même religion. À une époque d'individualisation et de pluralisation du croire, il est d'autant plus fréquent que des fidèles d'un même culte aient des visions différentes de ce que leur foi exige d'eux. Dans ce contexte, un employeur peut parfois être confronté à des revendications insolites, dont il peut se demander si elles trouvent réellement un appui dans la religion invoquée, voire si c'est véritablement une religion qui est en jeu²²¹⁹.

Cette difficulté en est liée à une autre : la notion de discrimination indirecte implique une dimension groupale, ce qui implique la démonstration d'un désavantage pour au moins deux personnes d'un groupe donné, or la notion d'aménagement raisonnable est, elle, strictement individuelle²²²⁰. Le propre de l'aménagement raisonnable consiste en une solution individualisée dans un cas concret. Le handicap pouvant prendre de multiples formes, il se moule parfaitement dans la philosophie de l'ac-

²²¹⁷ CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, § 105 s.

²²¹⁸ *Ibid.*, § 109 s.

²²¹⁹ RINGELHEIM, Adapter l'entreprise, 81, propose de recourir à des services de personnes spécialement formées à cette problématique pour aider les employeurs à répondre de manière adéquate à ce type de situations, mais cela a un coût et pose des difficultés d'objectivité du mandataire-expert.

²²²⁰ KLEBER, 404 s.

commodement raisonnable, individualisée, ponctuelle, réactive au cas par cas, là où le critère de la religion porte, par la nature souvent collective de la croyance religieuse, davantage l'attention sur le groupe, d'où la crainte parfois soulevée d'une communautarisation de l'exigence d'accommodement qui ne se pose pas lorsqu'il est appliqué au handicap²²²¹. Où l'on voit qu'un même instrument juridique, assis sur une philosophie analogue, fonctionne de manières différentes selon les critères d'application.

2. *La généralité et l'universalité des normes juridiques*

Surtout, le principal obstacle que pose l'accommodement raisonnable fondé sur le motif religieux est la dérogation, laquelle devient permanente, à une règle d'application générale, entrant en conflit avec le concept d'égalité formelle et le principe de l'universalité des lois.

Dans la tradition libérale et démocratique, l'objet des normes juridiques doit être «général» et leur portée «universelle». Ces principes constituent l'une des pierres d'assise d'un système politique soumis à la primauté du droit. Les lois considèrent les individus en «corps» et les actions dans l'abstrait²²²². Pour cette raison, les lois générales doivent être établies d'avance et il s'ensuit que l'État ne peut déterminer *ex post facto* les droits et les obligations de chacun ou les conséquences juridiques de ses actes. Le principe de généralité veut que les lois doivent être appliquées de manière impartiale conformément au principe d'égalité devant le droit, et la portée universelle des lois ne tolère en principe aucune forme de dérogation, dispense, exemption ou privilège²²²³.

L'obligation d'accommodement raisonnable au contraire présuppose que, pour être valide, une loi qui porte atteinte à la liberté de religion doit prévoir des accommodements en faveur de chaque pratique religieuse particulière, à moins de pouvoir démontrer que cela imposerait une contrainte excessive. En d'autres termes, le fait de prévoir de tels accommodements pour motif religieux au bénéfice de chaque individu en particulier constitue un critère de validité des lois²²²⁴.

²²²¹ Charles ARAMBOURU, «Réhabiliter les communautés: le multiculturalisme contre la laïcité!», *Union des familles laïques*, 5 février 2015 et Alexandre DEVECCHIO, «Catherine Kintzler: «la laïcité, c'est d'abord une liberté»», *Le Figaro*, 6 novembre 2015, affirment frontalement que l'accommodement raisonnable a amplifié la ségrégation et le communautarisme religieux au Canada et que le multiculturalisme – dans son acception politique canadienne – est incompatible avec la laïcité en tant qu'il aboutit *de facto* à une reconnaissance des communautés religieuses en tant qu'agents politiques.

²²²² ROUSSEAU, livre II, chap. VI.

²²²³ TREMBLAY, 250 s., qui fait remonter ces deux principes à John Locke.

²²²⁴ *Ibid.*, 251.

Cette obligation d'accommodement, depuis l'arrêt *Meiorin*, signifie que la norme elle-même doit prévoir des accommodements individuels au bénéfice de chaque employé, à moins de contrainte excessive, la Cour ayant révisé à cette occasion la conception de la doctrine élaborée depuis *O'Malley* en considérant que l'exécution d'une obligation d'accommodement raisonnable dans un cas donné ne devait pas coexister avec le maintien de la norme jugée discriminatoire; ainsi selon la Cour suprême du Canada l'obligation d'accommodement doit affecter la légitimité et le contenu même d'une telle norme²²²⁵. Et les employeurs – privés ou publics – «doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnes» et «doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail»²²²⁶.

Selon un auteur québécois éminent, la nature même du devoir d'accommodement est incompatible avec le principe de généralité des lois, puisque l'exécution d'un devoir d'accommodement raisonnable dépend de la situation spécifique dans laquelle chaque individu se trouve, or ce devoir ne peut être exécuté d'avance et abstraitement par le législateur qui élabore la norme²²²⁷.

Enfin, faire de l'exécution de l'obligation d'accommodement raisonnable un critère de validité des lois implique que ces dernières n'ont pas de centre normatif. Une norme juridique peut énoncer en même temps une pluralité de standards, traitant chaque individu ou groupe d'individus selon leurs «différences» respectives, dont – et principalement – la différence religieuse. Ainsi la norme juridique devient «plurielle» et «particulariste» par nature. Or, dans la tradition libérale, les principes de généralité et d'universalité des lois rendent le droit insensible aux revendications fondées sur les différences religieuses entre les personnes et groupes de personnes; les normes juridiques tendent à être aveugles aux différences religieuses. Elles autorisent l'égalité formelle, mais ne peuvent réaliser l'égalité substantielle. De fait, elles représenteront le courant majoritaire, dominant, ce que la doctrine des accommodements raisonnable évite de faire en ménageant une adaptation en fonction des groupes d'individus²²²⁸.

Le scepticisme continental à l'égard de la doctrine de l'accommodement raisonnable est ainsi d'autant plus compréhensible que les principes de généralité et d'universalité des normes constituent un fondement de la matrice libérale et démocratique; la doctrine des accommodements raisonnables sied bien mieux à l'idéologie multiculturaliste qui caractérise les sociétés anglo-saxonnes²²²⁹. En cela, l'importation telle quelle

²²²⁵ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3, § 39-42.

²²²⁶ *Ibid.*, § 68.

²²²⁷ TREMBLAY, 251 s.

²²²⁸ *Ibid.*, 252 s.

²²²⁹ *Ibid.*, 252.

d'une notion mature dans les ordres juridiques anglo-saxons dans une Europe continentale encore attachée à son égalité abstraite ne doit pas être prise à la légère.

3. *L'«anthropologie de la bienveillance» pour une démocratie sensible*

Cet attrait pour l'accommodement raisonnable tient aussi à l'«anthropologie de la bienveillance» en vogue de nos jours dans les réflexions politico-philosophiques et qui souhaite extraire le contrat social de son égalité «abstraite», pour l'orienter vers des interrelations fondées sur la perception d'une inégalité de fait, en vue d'enfin doter la démocratie d'un contenu sensible²²³⁰. Les vulnérabilités singulières seront prises en compte par les politiques au nom de la «bienveillance réparatrice»; c'est sur la base de différences que se définira une nouvelle et charnelle mise en actes d'un processus de compensation intégrant l'asymétrie essentielle entre la constellation des plus faibles et les autres²²³¹.

Cette tentative d'infléchissement du contrat social pose cependant des écueils tant à la réflexion politique que juridique: s'il est patent que l'égalité de droit ne suffit pas à assurer l'égalité réelle, la question demeure toujours de savoir sur quelle matrice juridique fonder ces droits différenciés. Les accommodements raisonnables répondent de leur façon à ce problème évident de justice, mais avec son lot d'interrogations: à partir de quoi déterminera-t-on quels citoyens minorés devront voir leur minoration réparée, et dans quelle étendue? Ceci sans compter le risque de discrimination créé par l'accommodement raisonnable lui-même.

En effet, Henri Pena-Ruiz, figure réputée pour ses travaux sur la laïcité, dit du principe laïque d'égalité qu'elle est incompatible avec la moindre discrimination positive ou négative appliquée à la figure athée ou religieuse de la conviction spirituelle, la laïcité ayant pour idéal le souci d'un espace commun aux hommes par-delà leurs particularismes²²³².

Cette problématique épineuse traduit aussi depuis plus d'un siècle, en Europe comme aux États-Unis, le clivage qui s'est structuré autour du principe d'égalité, une notion à vocation universelle qui mobilise les citoyens selon leur(s) classe(s) d'appartenance. Si depuis les années 1970 des progrès considérables ont été réalisés sur ce front délaissé, avec l'émergence d'une élite au sein des couches marginalisées, les inégalités sociales dans leur ensemble se sont creusées, ce qui a pénalisé les classes les plus modestes. Or, comme l'a relevé la sociologue Nancy Fraser, la volonté de «réparer les injustices», de répondre au besoin de reconnaissance identitaire ne s'est pas ajoutée

²²³⁰ Joan TRONTO, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, Paris, La Découverte, 2009.

²²³¹ Evelyne PIEILLER, «La tyrannie de la bienveillance», *Le Monde diplomatique*, décembre 2020.

²²³² PENA-RUIZ, 72.

au souci de redistribuer des richesses, de réduire des inégalités: elle s'y est substituée²²³³.

4. *Entre assimilationnisme et multiculturalisme, l'intégration comme tierce voie ?*

La difficulté pour maintenir une cohésion sociale réside aussi dans la diversité des modèles d'intégration qui, quel que soit l'état descriptif en vigueur, doivent garantir une égalité des chances, ce qui implique d'une part l'interdiction de la discrimination, tant dans le secteur privé que public, et d'autre part une tolérance comme condition *sine qua non* d'une intégration réussie des immigrés²²³⁴. À dire vrai, le débat n'est pas que juridique mais aussi profondément politique²²³⁵.

Dans la mesure où, contrairement à la religion, il n'est pas possible pour l'État de devenir neutre vis-à-vis de la langue majoritaire d'une société²²³⁶, il est évident que la culture majoritaire s'imposera à la sphère publique mais aussi professionnelle. Or cette sphère est censée représenter toute la population et non seulement sa partie majoritaire: ainsi les membres d'une minorité culturelle se trouveront désavantagés par rapport à ceux qui auront le privilège de naître dans un milieu familial et social dont la langue et la culture sont celles de l'État et du marché²²³⁷.

Face à ce problème incontestable de justice, trois solutions sont classiquement évoquées: d'une part l'*assimilation*, qui s'évertue à transformer petit à petit la minorité pour l'assimiler à la culture majoritaire, au point que les caractéristiques particulières de la première risquent de disparaître progressivement, à moins d'être utilisés fréquemment dans le cadre privé²²³⁸. D'autre part le *multiculturalisme*, s'ingéniant à pré-

²²³³ Nancy FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2005, citée par Benoît BRÉVILLE, «Carnavals», *Manière de voir*, avril-mai 2017 (n° 152), 4.

²²³⁴ Sur la politique d'intégration suisse, notamment par l'exemple du droit privé du travail, cf. Olivier BIGLER, «De l'égalité des chances à la gestion des flux migratoires: les avatars de la politique d'ingrétation», in Rashid BAHAR/Rita TRIGO TRINDADE (édit.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives*, Zurich, Schulthess, 2013, 209 ss.

²²³⁵ Jörg Paul MÜLLER/Daniel THÜRER, «Toleranz als Bedingung religiöser Freiheit im Zusammenleben fehlbarer Menschen», RDS 2011 (130) I 287-299, plaidant pour que la tolérance soit interprétée comme une norme servant le vivre ensemble; lire également Ernst Gottfried MAHRENHOLZ, «Religiöse Toleranz als Herausforderung an den säkularen Staat», in Stefan KADELBACH/Parinas PARHISI (édit.), *Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2007, 87 ss.

²²³⁶ Pour que la dimension ethnique ne pénètre pas la vie collective – c'est-à-dire aussi bien la sphère publique que professionnelle –, il faudrait que celle-ci pût s'en émanciper. Cela aurait été le cas si les tentatives d'élaboration et de mise en œuvre de langues artificielles universelles (tel l'espéranto) avaient été couronnées de succès.

²²³⁷ FRYDMAN/HAARSCHER, 118.

²²³⁸ *Ibid.*, 119 s.

server et renforcer l'identité de la culture minoritaire, en la juxtaposant à la culture majoritaire²²³⁹.

Le salut ne viendra pas du droit européen ou du droit international. Bien qu'il existe un consensus quant à la nécessité de respecter les droits des minorités, la diversité des approches juridiques et des mesures concrètes employées par les ordres juridiques nationaux ne permet pas l'émergence d'un dénominateur commun européen ou international en la matière, précisément parce que le modèle d'intégration est intimement lié à un donné culturel qui ne peut être occulté²²⁴⁰.

Le modèle canadien est le modèle multi-culturel par excellence, dont l'un des objectifs principaux est d'atténuer, par la reconnaissance de « droits différenciés », les pressions assimilatrices que les institutions du groupe majoritaire exercent sur les groupes culturels minoritaires. Et l'obligation d'accommodement raisonnable émane justement de cette philosophie politique de gestion de la diversité culturelle et religieuse²²⁴¹.

En France au contraire, la pluralité culturelle n'est tout simplement pas envisagée au sein de l'État-nation, lequel tend à assoir la prééminence institutionnelle d'une culture homogène et à ne reconnaître aucune autre expression identitaire dans la sphère publique, d'où l'impossibilité d'une importation de l'accommodement raisonnable en tant que tel dans les pays inspirés du modèle français²²⁴².

Un équilibre s'impose qui cherche à faire valoir une conception juste des principes de l'intégration comme de l'affirmation identitaire. Du côté de l'intégration, il s'agira essentiellement de distinguer les exigences qui ont valeur universelle dans la fonction sociale et les traits particuliers d'une façon d'être collective, d'un héritage culturel, de coutumes spécifiques²²⁴³. Ce qui nous amène à la solution tierce, entre l'exigence assimilationniste qui heurte le sentiment libéral de respect de l'autonomie, et le multiculturalisme de coexistence, qui risque de mettre en cause la possibilité d'agir pour le bien commun par l'adhésion à des valeurs communes. Ce troisième terme est l'*intégration*, érigée – parfois trop facilement – en voie médiane, qui n'impose pas un abandon de la culture minoritaire mais qui, à l'opposé du multiculturalisme, permet la construction d'une identité nationale par-delà les appartenances particulières²²⁴⁴.

²²³⁹ *Ibid.*, 120 s.

²²⁴⁰ KASTANAS, 206.

²²⁴¹ BOSSET/EID, 524; Myriam JÉZÉQUEL, « L'obligation d'accommodement: un outil juridique et une mesure d'intégration », *Éthique publique* 2006 53 ss.

²²⁴² Dominique SCHNAPPER, *La France de l'intégration: sociologie de la nation en 1990*, Paris, Gallimard, 1991.

²²⁴³ PENA-RUIZ, 176 s.

²²⁴⁴ FRYDMAN/HAARSCHER, 122.

La Suisse s'inscrit pleinement dans cette tierce voie de l'intégration, oscillant pragmatiquement entre l'assimilationnisme et le multiculturalisme²²⁴⁵. L'art. 4 al. 4 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration en dispose expressément: «Il est indispensable que les étrangers se familiarisent avec la société et le mode de vie en Suisse et, en particulier, qu'ils apprennent une langue nationale». D'après le Tribunal fédéral, les minorités doivent consentir à faire fi d'un certain nombre de revendications pour accomplir cette intégration, en acceptant même parfois d'être plus atteintes que d'autres groupes religieux si un intérêt public le commande impérieusement dans des circonstances exceptionnelles²²⁴⁶. Cette charge devant être partagée, l'alinéa 3 de cette même disposition rend réciproque le devoir d'intégration par une ouverture nécessaire des Suisses à l'égard des étrangers (se traduisant par un double volet «encourager-exiger»²²⁴⁷).

En effet, la Constitution suisse endosse une fonction d'identification, d'unification et d'intégration sociale et politique; la paix sociale et le débat politique sont en effet plus faciles à établir et à maintenir au sein d'une population dans laquelle règne un certain sentiment d'appartenance lié au partage d'une certaine identité, eu égard à certaines caractéristiques ou convictions distinctives que ces individus ont en commun et qui font d'eux des concitoyens plutôt que de simples voisins²²⁴⁸.

La Constitution du Canada ne joue pas exactement ce même rôle, car le descriptif est sensiblement différent au Canada, la question de l'identité canadienne étant plus sujette à débat qu'en Suisse – bien que le débat existe également en Suisse. Le multiculturalisme, qui devait servir à forger l'identité canadienne, est lui-même critiqué, dès le début par le Québec, puis progressivement par plusieurs intellectuels²²⁴⁹.

Le modèle québécois de l'interculturalisme constitue dans cette perspective un mode hybride de gestion du pluralisme culturel, qui tient à la fois du républicanisme à la française et du multiculturalisme de type anglo-saxon²²⁵⁰. Il est certes différent du

²²⁴⁵ BÜCHLER, 430. À dire vrai, il n'existe plus de véritables «modèles» d'intégration, ceux-ci ayant constamment évolué à travers les différentes vagues migratoires et influences mutuelles qu'exercent les uns sur les autres différents modèles nationaux d'hier. Lire à ce sujet CHOQUET, *passim*.

²²⁴⁶ ATF 125 I 300, JdT 2001 I 302, c. 3b/bb; ROUILLER, 949 s.

²²⁴⁷ Cf. respectivement «Section 1 Encouragement de l'intégration» et «Section 2 Exigences en matière d'intégration» qui forment ensemble le «Chapitre 8 Intégration des étrangers» de la LEI.

²²⁴⁸ CR Cst.-DUBEY/MARTENET, Introduction générale, N 29.

²²⁴⁹ Estimant que cette politique a fait la promotion abusive de l'accommodement de la diversité culturelle et religieuse aux dépens de la promotion de la cohésion sociale et des valeurs partagées, voire mené à la création de ghettos ethniques, selon Jack JEDWAB, «Multiculturalisme», *Encyclopédie canadienne*, version du 20 mars 2020.

²²⁵⁰ BOSSET/EID, 526.

contexte suisse, mais il fait également intervenir des notions d'identité et de vivre ensemble en poursuivant un objectif d'intégration et de culture commune²²⁵¹.

5. *Le conflit entre la norme juridique et religieuse – Entre monisme étatique et pluralisme juridique de facto*

Nous avons déjà souligné le primat de la loi commune – au sens de démocratiquement votée et valable pour tous sans distinction aucune – dans un État démocratique et laïque. Cela ne signifie guère une imperméabilité absolue à toute prescription religieuse particulière qui lui serait opposée, mais demeure au contraire la condition d'un plein effet de la liberté de conscience et de croyance à la faveur de toutes les options spirituelles.

Comme l'a rappelé Gaudreault-DesBiens, le droit occidental n'a jamais été aussi uniforme que l'image qu'on a bien voulu en donner et la distinction entre droit et religion qui fait maintenant partie de la psyché juridique occidentale n'a été rendue possible qu'à la suite de la domestication de la seconde par le premier, ce qui renvoie aux profondes racines de plusieurs normes séculières se donnant pourtant à voir comme « neutres »²²⁵².

Mais l'individualisme moderne, la diversité religieuse toujours croissante et le devoir de tolérance consacré par la jurisprudence font désormais de l'État le dépositaire d'une prise en compte « juste et mesurée » des prescriptions religieuses susceptibles d'entrer en collision avec des normes légales. Tout l'enjeu réside évidemment dans le « juste et mesuré », variable dans l'espace et mouvant dans le temps, qui doit être pris en compte pour l'élaboration des normes juridiques. Cela vaut tout particulièrement en droit du travail, véritable usine du droit – et de droits –, entre normes contractuelles individuelles, normes collectives sectorielles et normes réglementaires étatiques.

Dans la doctrine canadienne, le champ du débat sur la saisie juridique du religieux s'est élargi à la question plus fondamentale de l'identification des règles de conflit entre normes positives et religieuses qui soient acceptables sur le plan intersubjectif. Jean-François Gaudreault-DesBiens a souligné que pour un nombre considérable de citoyens, d'autres normes qu'étatiques sont bel et bien perçues comme une forme de droit, « un droit dont le rang peut être égal, voire supérieur, à celui de l'État »²²⁵³.

De tels débats mettent au jour la difficulté liée à la gestion juridique du fait religieux, qui ne tient pas seulement à l'identification de seuils normatifs destinés à régir telle ou telle situation, mais aussi à la manière dont ces seuils sont établis, ce qui renvoie aux processus de légitimation des normes étatiques. À la question juridique s'en adjoint

²²⁵¹ BERNATCHEZ, 237, qui cite aussi EID, 116-119.

²²⁵² GAUDREAUULT-DESBIENS, Introduction, 24.

²²⁵³ *Ibid.*, Introduction, 8.

donc une autre, politique celle-là²²⁵⁴. Une telle évolution met à mal divers postulats sur lesquels se fonde la conception positiviste du droit, à commencer par ceux d'universalité de la loi civile, dans un contexte de légitimité remise en cause de l'action de l'État.

Ces enjeux vertigineux mettent au jour la difficulté maintes fois exprimée dans cette thèse de concilier un pluralisme religieux dans nos sociétés occidentales contemporaines qui exprime un besoin de reconnaissance juridique – plus ou moins légitime selon les situations et les motivations – avec l'acceptabilité échevelée d'un droit positif stato-centré.

En outre, le primat de la loi commune ne signifie nullement l'impossibilité d'une dialectique aboutissant à la reconnaissance mutuelle d'ordres juridiques étatiques et non étatiques (premièrement les ordres religieux), laquelle dialectique renforcerait une capacité d'acculturation réciproque favorisant des accommodements ou ajustements acceptés et acceptables pour tous dans une démocratie laïque fondée sur les droits de l'homme. Rappelons que la loi commune, prise en démocratie par le peuple souverain, ne vise pas à méconnaître ou à effacer les différences, mais à faire en sorte que celle-ci n'engendre pas d'inégalités de droit.

Ce partage de sphères et de délimitation du domaine d'intervention de l'autorité publique par la médiation, c'est la possibilité d'un passage d'une loi à l'autre, d'une ouverture de l'une vers l'autre. Mais ce partage est fort différent selon qu'il s'inscrit dans un contexte juridique canadien ou suisse, plus généralement nord-américain ou européen. En droit canadien, plusieurs auteurs émettent ouvertement le souhait d'un dialogue internormatif entre le droit étatique et les droits religieux pour que les tribunaux étatiques prennent en compte certaines normes religieuses dans certains litiges, comme en droit de la famille²²⁵⁵.

La controverse qui a entouré la possibilité que des tribunaux d'arbitrage soient autorisés à appliquer les principes du droit religieux en matière familiale²²⁵⁶ illustre cette problématique, et si elle n'a certes rien à voir avec l'obligation juridique de l'accommodement raisonnable *stricto sensu*, l'on ne peut s'empêcher de constater à quel point la doctrine canadienne semble ouverte, à des degrés très divers, à l'idée de la reconnaissance d'ordres juridiques parallèles à celui de l'État dans une perspective d'inclusion de la diversité, possibilité théorique inconcevable pour nos esprits continentaux

²²⁵⁴ *Ibid.*, 11.

²²⁵⁵ Lire BOSSET/EID, 529 ss.

²²⁵⁶ En Ontario, un rapport remis au Procureur général en 2004 était favorable à un arbitrage en matière familiale fondé sur des principes de droit religieux, assorti cependant d'un encadrement législatif et réglementaire. Lire BOSSET, Fondements, 18 s.

qui y verraient une entorse inadmissible à la primauté du droit – sous-entendu étatique et universel.

C. Les « mesures positives », un petit pas vers l’accommodement raisonnable ?

Les rapports nationaux produits dans le cadre du Réseau d’experts juridiques dans le domaine de la non-discrimination répètent à quel point les frontières entre des concepts tels que l’aménagement raisonnable, la discrimination indirecte et la mesure positive restent encore mal définies (1)²²⁵⁷. Nous verrons ensuite si, à défaut d’accommodements raisonnables, les mesures positives présentent une utilité pour réguler la religion au travail (2). La synthèse dressée rend attentif à la velléité d’introduire sans la prudence requise les accommodements religieux en droit suisse du travail (3).

1. Mesures positives et accommodement raisonnable, quelles différences ?

L’obligation d’accommodement raisonnable qui prévaut en droit canadien, notamment en matière religieuse, a une vocation à la permanence, puisqu’on veut garantir le respect de la pleine égalité et permettre, dans le cas des accommodements religieux, la maintien des traditions culturelles et religieuses, là où l’action positive vise plutôt à compenser, corriger ou promouvoir l’égalité pour des groupes désignés et identifiés par leur statut socialement désavantagé ou subissant les conséquences d’une discrimination passée, tels que les femmes ou les personnes handicapées par exemple, mais dans une perspective temporaire destinée à rattraper une situation inégalitaire²²⁵⁸.

Le droit européen donne la possibilité aux États membres d’instituer des actions positives pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle en adoptant des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés notamment à la religion (art. 7 § 1 directive 2000/78/CE)²²⁵⁹. Mais il existe un débat irrésolu sur le point de savoir si l’action positive est une dérogation (temporaire) au principe d’égalité ou s’il s’agit en fait d’un élément intrinsèque d’une approche concrète de l’égalité ; l’« action positive » en droit européen n’a pas été définie clairement dans la législation ou dans la jurisprudence²²⁶⁰.

²²⁵⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, L’aménagement raisonnable en Europe, 5. Dans son acception la plus large, la notion de mesure ou d’action positive est utilisée dès qu’il y a un comportement *actif* de la part des autorités publiques ou des personnes privées, soit dès que le principe de non-discrimination va au-delà de la seule exigence d’abstention de discriminer. Comprises ainsi, les mesures positives recouvrent les activités de l’État ou de l’employeur visant à éviter la discrimination et à protéger contre elle ou encore les obligations d’aménagement raisonnable, KLEBER, 405, et les réf. citées.

²²⁵⁸ WOEHRLING, L’obligation d’accommodement, 399.

²²⁵⁹ CJUE 30 septembre 2010, *Roca Álvarez*, C-104/09, § 33 ; RINGELHEIM, Adapter l’entreprise, 60.

²²⁶⁰ Conclusions de l’avocat général Michal Bobek dans l’affaire de la CJUE *Cresco Investigation* du 22 janvier 2019, C-193/17, § 105 ; voir sur la distinction brouillée entre accommodement raisonnable et action positive, GUIOMARD, Singularité, 33.

Vu les controverses que les mesures positives suscitent au regard du principe de non-discrimination et pour ne pas imposer d'efforts trop contraignants aux États et, en définitive, aux entreprises, le cadre juridique suisse privilégie lui aussi les mesures facultatives et volontaires (*cf.* art. 3 al. 3 LEg et 5 al. 2 LHand)²²⁶¹.

En tout état de cause, pour déroger à l'égalité de traitement, il y a lieu de respecter le principe de proportionnalité qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toute la mesure possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi²²⁶².

2. Intérêt des mesures positives pour la religion au travail

Dans l'arrêt *Cresco Investigation*, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que l'octroi d'un jour férié supplémentaire (Vendredi saint) aux membres de quatre Églises définies dans la loi nationale ainsi que le paiement d'une indemnité complémentaire à la rémunération habituelle si les travailleurs membres des Églises visées venaient toutefois à travailler ce jour-là ne pouvait passer pour une mesure positive dans la mesure où les travailleurs appartenant à d'autres religions ne peuvent s'absenter de leur travail pour accomplir les rites religieux afférents à ces fêtes qu'en vertu d'une autorisation accordée par leur employeur, et que la mesure en cause institue une différence de traitement entre travailleurs, confrontés à des obligations religieuses comparables, qui ne garantit pas, dans la mesure du possible, le respect du principe d'égalité²²⁶³.

Le gouvernement autrichien avait avancé que les mesures étaient adoptées pour compenser un traitement moins favorable dans le passé pour ces Églises qui ne disposaient pas, à la différence de la majorité catholique, du droit à un jour de congé pour célébrer la fête religieuse la plus importante de l'année pour eux. En l'absence de limite temporelle ou matérielle de ce qui pourrait relever de l'action positive, l'intention de « compenser des désavantages liés à [la religion] » pourrait inclure le désir de compenser des siècles de persécutions religieuses subies dans le passé.

Or l'avocat général objecte d'abord qu'il est douteux qu'une mesure adoptée dans les années 1950 ait réellement été conçue comme une « action positive » au sens d'une notion bien plus contemporaine qui n'est apparue que des décennies plus tard. Puis il y a

²²⁶¹ RINGELHEIM, Adapter l'entreprise, 60.

²²⁶² CJUE 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, § 39. Même en matière d'égalité des sexes, la CJUE a posé des limites plus ou moins strictes quant à la possibilité, pour les États, de recourir à l'action positive pour augmenter la présence des femmes dans le cadre des secteurs où elles sont sous-représentées : lire sur cette jurisprudence Daniela CARUSO, « Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives », *Harvard International Law Journal*, 2003 (44) 331-386.

²²⁶³ CJUE 22 janvier 2019, *Cresco Investigation*, C-193/17, § 67 s.

un problème de *sélectivité*, en ce sens que les mesures n'ont pas été adoptées pour garantir la pleine égalité de tous les groupes qui ont été désavantagés dans le passé mais uniquement pour favoriser les membres de quatre Églises. Enfin la mesure est disproportionnée au sens où elle n'est pas propre à réaliser les finalités de la protection de la liberté de religion, car il est difficile de voir en quoi le fait de recevoir le double de sa rémunération pour ne pas avoir pratiqué son culte le Vendredi saint est propre à réaliser l'objectif de la protection de la liberté de religion²²⁶⁴.

Si l'on revient à l'analogie entre le handicap et la religion et que l'on admet celle-ci, alors se pose dans son prolongement ultime la question des mesures positives utilisées pour favoriser l'inclusion de salariés membres de minorités religieuses dans la fonction publique voire dans le secteur privé²²⁶⁵. C'est le cas du Canada depuis l'adoption de la Loi sur l'équité en matière d'emploi en 1995²²⁶⁶ qui se donne pour objectif de réaliser l'égalité des chances en milieu de travail pour les personnes handicapées et les minorités visibles – mais pas les minorités religieuses²²⁶⁷ – en obligeant les employeurs à prendre des actions positives et des mesures d'adaptation pour que le nombre de membres de ces groupes dans chaque catégorie professionnelle de son effectif reflète leur représentation au sein de la population apte au travail²²⁶⁸, ce qui implique une collecte des données de la part de l'État et l'entreprise sur la composition de la population et des analyses relativement approfondies de ces données pour mesurer la sous-représentation des membres des groupes désignés dans chaque catégorie professionnelle²²⁶⁹.

En Suisse, une telle obligation imposée aux employeurs – à tout le moins du secteur privé – avec à la clé des sanctions pécuniaires, ne passerait que difficilement la rampe

²²⁶⁴ Conclusions de l'avocat général Michal Bobek dans l'affaire de la CJUE *Cresco Investigation* du 22 janvier 2019, C-193/17, § 103-113.

²²⁶⁵ Le développement d'une telle idée pourrait provenir selon certains auteurs d'une extension des accommodements raisonnables accordés historiquement d'abord aux personnes souffrant d'un handicap en droit du travail. Cf. KLEBER, 394 ss, pour les accommodements sous l'angle de la LHand; SWEENEY, 327-329. Sur les mesures positives préférentielles et leur distinction avec la neutralité *active* de l'État, cf. MARTENET, Géométrie de l'égalité, N 1263 ss.

²²⁶⁶ L.C. 1995, ch. 44.

²²⁶⁷ L'art. 3 de la loi sur l'équité en matière d'emploi définit les minorités visibles comme les personnes «qui ne sont pas de race blanche ou qui n'ont pas le peau blanche». Les deux autres groupes protégés par la loi sont les femmes et les autochtones (art. 2).

²²⁶⁸ Art. 5 de la loi sur l'équité en matière d'emploi.

²²⁶⁹ L'organisme national Statistique Canada, chargé d'établir le recensement national tous les cinq ans, collecte des données sur l'origine ethnique depuis 1871 (avec des variations dans la formulation de la question), et pose une question spécifique sur les minorités visibles depuis 1996. Quant aux données sur la religion, le Canada recueille des données sur la religion tous les dix ans depuis 1871, contrairement à d'autres pays comme les États-Unis qui ont toujours été réticents pour introduire cette question lors du recensement fédéral en raison de la séparation entre l'État et l'Église. Voir Warren E. KALBACH/Erin JAMES-ABRA/Barry EDMONSTON, «Recensement canadien», *Encyclopédie canadienne*, version du 12 mai 2021.

du simple projet de loi; un tel interventionnisme étatique dans le secteur privé serait décrié comme une atteinte à l'ordre libéral du marché du travail suisse, qu'il s'agisse de minorités ethniques comme au Canada ou de minorités religieuses²²⁷⁰.

3. *Synthèse: des accommodements religieux limités et volontaires*

Notre objectif était de mettre au jour les difficultés culturelles, juridiques et politiques que poserait l'introduction expresse des accommodements raisonnables dans notre culture juridique. L'accommodement raisonnable présente cependant des pistes de réflexion intéressante pour mieux encadrer les demandes d'accommodements religieux qui surviennent dans l'entreprise.

À ce jour, les aménagements spéciaux de certaines entreprises dans le but d'accommoder les pratiques de certains de leurs salariés n'ont pas été soumis au Tribunal fédéral, à la Cour européenne des droits de l'homme ou à la Cour de justice de l'Union européenne, mais l'alternative suivante risque d'être posée: soit l'employeur privé choisit une politique de neutralité religieuse, soit une politique d'accommodements raisonnables fondés sur des motifs religieux, mais sans la possibilité de combiner les deux politiques. Dit simplement, il n'est pas certain que l'employeur puisse jouer sur les deux tableaux²²⁷¹.

S'il opte pour une politique d'accommodements volontaires, vu la jurisprudence suisse en matière d'égalité de traitement en droit du travail, un employeur privé serait vraisemblablement en droit d'aménager des horaires de travail seyant aux contraintes religieuses des salariés ou d'aménager une salle de prière sur demande d'un groupe de salariés, mais il prendrait alors le risque d'ouvrir la boîte de Pandore et de devoir accorder des avantages similaires à d'autres salariés réclamant des accommodements similaires, sous peine d'instituer une différence de traitement qui ne soit pas objectivement justifiée.

En revanche, pour les normes culturellement orientées, telles que le calendrier officiel et le découpage de la semaine de travail, nous sommes convaincu qu'elles devraient faire l'objet d'accommodements raisonnables de la part de l'employeur, ce que prévoit la législation suisse (*cf.* art. 20a al. 2 et 3 LTr, qui doit être interprété largement en faveur du salarié). En effet, ces normes constituent de fait un désavantage pour les salariés adhérant à des religions minoritaires et l'accommodement religieux n'induit pas dans ce cas un potentiel risque de communautarisme dans l'entreprise, et sont pour le surplus parfaitement compatibles avec le principe de la neutralité de l'État.

²²⁷⁰ En droit suisse, la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand) ne prévoit, dans le secteur privé, que des programmes incitatifs pour l'intégration professionnelle des handicapés.

²²⁷¹ Patrice ADAM, «Dieu, la caissière et le temple (des marchands). Du sommet à la base», *Se-maine sociale Lamy* 2014 10-13.

Surtout, la casuistique suisse et européenne récente montre que la pénétration croissante des droits fondamentaux dans l'entreprise et la valeur axiologique croissante accordée à la liberté de conscience et de croyance prend déjà dans de nombreux cas de figure les atours d'accommodements raisonnables – sans toujours en porter expressément le nom et sans la même mesure d'effort qu'en droit canadien; que l'on songe à l'effort demandé à l'employeur de trouver un travail de substitution lorsqu'un conflit de conscience frappe le salarié²²⁷² ou des possibilités de reclassement à coût nul que l'employeur doit privilégier avant de procéder au licenciement du travailleur²²⁷³.

Synthèse du Chapitre 7

La vision continentale étudiée jusqu'ici, selon laquelle il est généralement loisible à l'employeur d'accéder aux revendications religieuses des salariés, mais sans jamais n'y être tenu, s'inscrit à rebours des *accommodements raisonnables*, que nous avons dans un premier temps situé dans le contexte canadien et québécois caractérisé par une duplicité antagonique entre le niveau fédéral et le niveau québécois (*common law* et droit civil **(I.A)**), multiculturalisme et interculturalisme **(I.B)**, neutralité religieuse et laïcité **(I.C)**).

Fort de cette nécessaire contextualisation, nous avons analysé en profondeur la casuistique de l'accommodement raisonnable au travail fondé sur des motifs religieux, de sa genèse en 1985 avec l'affaire *Simpsons-Sears (O'Malley)* en 1985 **(II.A)** à ses perspectives futures en n'omettant pas de citer les principales critiques doctrinales formulées à son endroit **(II.C)** en passant par les effets de l'obligation d'accommodement raisonnable sur la religion au travail **(II.B)**.

L'observation de ce qui se fait au Canada et au Québec nous a permis de constater que l'accommodement raisonnable ne s'applique qu'au critère handicap en droit suisse et européen, et que l'obligation d'accommodement de l'employeur demeure fort modeste en comparaison avec le droit canadien **(III.A)**. Cela n'est en revanche pas le cas du critère de la religion. À tout le moins, l'interdiction de la discrimination indirecte fondée sur les convictions religieuses n'est assortie d'aucune réserve fixant la mesure dans laquelle un employeur serait requis de «faire» en sorte que les croyances religieuses d'un salarié soient respectées. En droit suisse et européen, le raisonnement juridique s'arrête à la preuve fournie par l'employeur que la mesure instituant indirectement un traitement inégal fondé sur un motif prohibé est objectivement et raisonnablement justifiée **(III.B)**. Cependant, quelques traces ambiguës d'accommodements raisonnables fondés sur la religion apparaissent çà et là; dans cette veine, la

²²⁷² Cf. *supra* Chap. 5, IV, C, 4.

²²⁷³ Cf. *supra* Chap. 6, I, C, 2.

religion semble incarner la candidate idéale après le handicap pour recevoir l'application de la théorie de l'accommodement raisonnable **(III.C)**.

Cette étude comparatiste a mis en évidence deux grands modèles aux antipodes l'un de l'autre sur la place de la religion au travail: en Europe continentale, une jurisprudence ferme se dessine pour admettre une politique de neutralité convictionnelle dans l'entreprise, tandis que les pays anglo-saxons disposent d'une riche jurisprudence en matière d'accommodement raisonnable pour motifs religieux et confèrent un droit de cité à la religion dans l'entreprise **(IV.A)**. L'expérience canadienne a montré qu'il n'existe pas de «meilleure» approche, mais uniquement de «meilleure» approche que compte tenu des circonstances concrètes propres à chaque société, raison pour laquelle l'approche des accommodements raisonnables ne dépassionne pas plus la question de la religion au travail au Canada que sur le Vieux Continent **(IV.B)**. En guise de conclusion, nous nous sommes interrogé sur l'utilité des mesures positives, dispositif juridique qui, contrairement à l'accommodement raisonnable, existe déjà – mais modestement – en droit suisse et européen **(IV.C)**.

Chapitre 8 : De la religion *dans* l'entreprise à la religion *de* l'entreprise

«On nous apprend que les entreprises ont une âme, ce qui est bien la nouvelle la plus terrifiante du monde»²²⁷⁴. Après la perspective comparatiste dans l'*espace*, une prospective juridique dans le *temps* s'avère cruciale pour tenter de discerner les évolutions juridiques à venir quant à la place de la religion au travail. Le premier phénomène ayant déjà débuté est un déplacement du centre de gravité de la religion dans l'entreprise de demain, qui se prévaut d'une conscience religieuse pour faire adhérer le salarié à ses «valeurs» **(I)**.

Le second phénomène d'ampleur qu'il est immanquable d'évoquer est la révolution numérique de l'économie et du travail, et les profondes transformations qu'elle entraîne avec elle sur la structure du travail; restera-t-il encore une place pour la religion au sein d'un travail digitalisé? L'on sous-estime à quel point la modification de la structure du travail emporte des transformations sur la structure des relations de travail **(II)**²²⁷⁵.

Face à cette double évolution, comment repenser la place de la religion dans l'objectif ultime mais impérieux de sceller une *paix du travail* entre tous les membres du collectif du travail (employeurs et salariés), animés par des attentes et des désirs respectifs parfaitement légitimes sur la question de la religion au travail? C'est à cette question que nous tenterons de répondre pour clôre notre thèse, en ouvrant le débat sur les termes d'un possible rééquilibrage entre liberté religieuse et neutralité religieuse dans l'entreprise, qui impliquent à tout le moins une nécessaire repolitisation du droit du travail **(III)**.

²²⁷⁴ Gilles DELEUZE, *Pourparlers. 1972-1990*, Éditions de Minuit, Paris, 2003.

²²⁷⁵ KAHN-FREUND, 63.

I. La religion dans l'entreprise de demain

La religion dans l'entreprise de demain prend à tout le moins deux chemins, qui n'évoluent pas dans des directions perpendiculaires, mais plutôt parallèles. D'une part le «management spirituel» a réussi à domestiquer la religion pour en faire un outil de gestion managériale (A). Sur l'autre voie, l'entreprise du futur, désormais dotée d'une conscience religieuse²²⁷⁶, va s'échiner à coloniser la psyché du salarié pour le faire adhérer à marche forcée à ses «valeurs» (B).

A. Le «management spirituel» dans la firme hypermoderne

Après un première série de postures prudentes face au fait religieux (1), l'«entreprise hypermoderne» archétypique, caractérisée par sa taille, sa déterritorialisation, le primat des déterminants financiers sur les autres facteurs ainsi qu'une idéologie entrepreneuriale fondée sur l'adhésion aux objectifs de l'entreprise²²⁷⁷, a su apprivoiser le fait religieux pour le transformer en outil de gestion (2).

1. Premières réactions managériales au fait religieux au travail

Les ressources humaines des entreprises s'intéressent depuis un certain temps aux questions religieuses au travail, par la multiplication d'édition de guides des prescriptions religieuses permettant à l'employeur de prévenir les problèmes en amont et de mieux gérer le phénomène en aval, mais aussi de chartes de paix sociale au sein de l'entreprise, de formations tournées sur la déconstruction des stéréotypes, sur la législation en vigueur, etc.²²⁷⁸

En réaction à la multiformité des revendications religieuses au travail se sont développées une pléthore de postures des gestions de la part des ressources humaines, qui peuvent pour l'essentiel être résumées en trois grandes tendances discernables²²⁷⁹ : le refus/déni de considérer le phénomène religieux en entreprise, en imposant une quasi

²²⁷⁶ Lire à ce sujet Emmanuelle BRIBIOSA/Isabelle RORIVE/Gabrielle CACERES, «Le droit de la non-discrimination aux prises avec la conscience des entreprises», in Alain-G. Gagnon/Pierre Noreau (édit.), *Constitutionnalisme, droits et diversité : Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Thémis, 2017, 419-457.

²²⁷⁷ PAGÈS/BONETTI/DE GAULEJAC/DESCENDRE, 10.

²²⁷⁸ CRÉPIN, 698; Romain WANNER, «Comment faire cohabiter les religions en entreprise?», *Le Monde Économique*, 9 décembre 2013; Edith ARNOULT-BRILL/Gabrielle SIMON, *Le fait religieux dans l'entreprise*, Conseil économique, social et environnemental, 2013, Annexe 8, qui liste et donne un aperçu des guides religieux de certaines grandes entreprises françaises (France Télécom Orange, Casino, EDF, La Poste, etc.); EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM (ENAR), *Managing religious diversity in the workplace: a good practice guide*, 2015.

²²⁷⁹ Pour un ouvrage général sur la question managériale de la religion dans l'entreprise, lire p.ex. Isabelle BARTH (édit.), *Management & Religions, décryptage d'un lien indéfectible*, Paris, EMS, 2010. Lire aussi Serge MARTI, «Du déni au casse-tête managérial», in Serge Marti/Vin-

invisibilisation de l'expression religieuse au travail (1°). La posture à l'extrême opposée est celle de la tolérance/laxisme, qui consiste à accéder favorablement aux revendications religieuses de leurs travailleurs, généralement par crainte d'être considérées comme discriminantes ou à la recherche d'une performance économique coûte que coûte (2°). La troisième posture est fréquemment présentée comme la voie médiane, celle des accommodements: ni tout accepter ni tout refuser mais répondre au mieux sur la base de critères neutres et précis dans le but de concilier des intérêts particuliers et sans sacrifier l'intérêt général. L'objectif de cette dernière approche est de viser l'épanouissement des travailleurs pour favoriser une bonne cohésion au sein des équipes ainsi qu'une image réputationnelle d'une entreprise ouverte sur la société actuelle et multireligieuse (3°).

Les guides pratiques tiennent ainsi tous un discours dialectique vers la recherche de l'harmonie entre des volontés *a priori* antinomiques mais qui peuvent se régler au prix de concessions réciproques, au bénéfice de toutes les parties. La réalité est qu'il y a une immense difficulté à systématiser la question de l'exercice religieux sur le lieu de travail²²⁸⁰.

2. *La religion transformée en outil de gestion managériale*

C'est cette dernière approche, présentée parfois comme la solution miracle, qui fit office de tremplin vers le «management spirituel», dernière et ultime étape de la mise à profit de la religion comme instrument de gestion managériale, convertie en énergie positive, elle-même engendrant des gains de productivité²²⁸¹.

Au Canada, les premiers intervenants de l'accommodement raisonnable au travail étaient les ressources humaines, à qui il incombait *d'inventer* les accommodements requis par la situation. En ce sens, l'accommodement raisonnable est un outil de gestion de la diversité de la main-d'œuvre, laquelle est très diversifiée dans ce pays, qui doit permettre de tendre vers des «milieux de travail plus inclusifs»²²⁸². Historiquement, les accommodements raisonnables étaient conçus pour gérer la diversité religieuse résultant des vagues d'immigration aux États-Unis et au Canada²²⁸³.

cente Fortier/Joseph Maïla/Mark Hunyadi, *L'expression religieuse en entreprise*, Le Bord de l'eau, 2016, 21-67.

²²⁸⁰ MARTI, 43, concédant que « finalement, il y a autant de cas que d'entreprises ».

²²⁸¹ Lire László ZSOLNAI (édit.), *Spirituality and Ethics in Management*, 2^e éd., Springer, 2011 ; Lake LAMBERT III, *Spirituality, Inc. Religion in the American Workplace*, NYU Press, 2009 ; Jean-Yves DUYCK/Gaëlle MOAL-ULVOAS/Catherine VOYNNET-FOURBOUL (édit.), *Management et spiritualité*, Paris, Éditions EMS, 2017.

²²⁸² Comme l'indique le titre de la contribution de Sylvie ST-ONGE et Myriam JÉZÉQUEL : « Les accommodements au quotidien: défis pour la gestion des ressources humaines. Vers des milieux de travail plus inclusifs et respectueux de la diversité ».

²²⁸³ HENRARD, 64, et les réf. citées.

Pour justifier l'obligation d'accommodement raisonnable pesant sur l'employeur, la Cour suprême du Canada s'est aussi appuyée sur la valeur structurante du travail: «Pour la vaste majorité des Canadiens, leur travail et leur lieu de travail sont des questions d'importance fondamentale. L'équité en milieu de travail est souhaitée par tous. C'est un objectif magnifique qu'il vaut la peine de s'efforcer d'atteindre»²²⁸⁴. Dans une société caractérisée par le pluralisme religieux, un droit du travail aussi juste que possible est en tout cas indispensable pour une politique d'intégration réussie.

Les gestionnaires des ressources humaines ont à cœur, avec l'outil de l'accommodement raisonnable, de «fidéliser les employés», de «réduire l'absentéisme», d'«utiliser des compétences», dans une perspective qui est tout aussi profitable à l'employeur²²⁸⁵.

À côté de la lutte contre la discrimination, la mise à distance de la focale juridique met au jour une utilisation de l'accommodement par les managers dans une démarche de compréhension interculturelle afin de faire progresser le sentiment d'appartenance du personnel à l'égard de l'entreprise. Dans cette perspective, où le vieillissement de la population active québécoise est combinée à l'importation d'une main-d'œuvre étrangère aux croyances et rites religieux parfois différents, l'accommodement raisonnable apparaît, selon le point de vue managérial, comme l'instrument parfait au service de la croissance économique du pays²²⁸⁶. Mais les accommodements raisonnables canadiens, à la différence du management spirituel, n'ont pas pour prétention de faire de la religion du salarié un outil managérial destiné à faire s'accomplir le salarié par le projet de l'entreprise.

C'est dans l'entreprise hypermoderne qu'on prétend se préoccuper de la dimension spirituelle du travailleur en cherchant à lui conférer le statut d'une instance de développement personnel: on parle de l'identité, voire de l'âme de l'entreprise et c'est par elle, à travers elle, grâce à elle, que l'individu est aussi censé se développer et réaliser son idéal²²⁸⁷.

Dans l'intérêt de l'employeur, la productivité d'un travailleur tient en effet de son épanouissement au sein de l'entreprise et de sa perception de celle-ci. Des conditions de travail conformes aux droits fondamentaux, une réduction de la discrimination, de même qu'une souplesse dans l'application locale de celles-ci, basée sur un partenariat et un dialogue social, fera émerger l'équité comme condition de l'efficacité, bénéfique et efficiente²²⁸⁸.

²²⁸⁴ *Commission régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 544 s.

²²⁸⁵ ST-ONGE/JÉZÉQUEL, 66.

²²⁸⁶ Kamel BÉJI, «Immigration et accommodements raisonnables dans un marché du travail déraisonnable», in Laflamme Roch (édit.), *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2009, 159-169.

²²⁸⁷ Nicole AUBERT/Vincent DE GAULEJAC, *Le coût de l'excellence*, Seuil, Paris, 2007.

²²⁸⁸ Y. FLÜCKIGER, 642 s.

B. Adhésion à marche forcée du salarié à la « religion » de l'entreprise

Alors que le patronat d'antan ne s'occupait que du *soma* de l'ouvrier (1), l'entreprise hypermoderne revendique aussi une « identité religieuse » qui justifie une adhésion du salarié à celle-ci (2). Dans leur quête d'une identité religieuse ou philosophique propre à l'entreprise et susceptible de contrecarrer l'invocation par le salarié de sa liberté de religion, un certain nombre d'entreprises ont choisi de faire de la laïcité leur tendance, mais cette voie est pavée d'écueils sur le plan juridique (3).

1. *Paternalisme patronal et christianisme social: du soma à la psyché du travailleur*

Henry Ford, qui perfectionne au début du XX^e siècle le modèle de production du travail mis au point par Taylor, va augmenter le salaire des ouvriers jusqu'à ce que les ouvriers acceptent de rester dans l'usine, estimant que le jeu en vaut la chandelle. Ces derniers consentent, avec ce tarif, à accepter le travail à la chaîne car ils trouvent être bien dédommagés. Mais Henry Ford veut s'assurer que, en échange de cette rémunération plus élevée que la concurrence, les ouvriers mènent une vie hors travail en phase avec les efforts requis pour être efficaces sur la chaîne de montage. Il met donc sur pied un corps d'inspecteurs qui vérifieront au domicile privé des ouvriers s'ils vivent dans un logement bien tenu par leur épouse (s'ils ne sont pas mariés, ils ne pourront prétendre aux *five dollars a day* car ils seront susceptibles de courir les filles au bistrot, boire plus que de raison et dormir trop peu), correctement aéré et propre. Ces inspecteurs conseilleront ces épouses sur le plan diététique en proposant des menus types pour tous les jours de la semaine, et leur apprendront à faire des économies pour que le couple se porte acquéreur de la voiture Ford T que le mari contribue à produire²²⁸⁹.

Au XX^e siècle, la religion et le patronat se donnaient la main²²⁹⁰. Car en plus des multiples initiatives patronales concernant l'alimentation et le logement des ouvriers, il y en avait qui touchaient aux œuvres sociales et à la piété des ouvriers en dehors du travail. En témoigne l'article 2 du règlement intérieur de la Bonneterie de Chaumont en 1849: «La présence des ouvrières à la messe dominicale est obligatoire, sous peine de renvoi immédiat»²²⁹¹. Il est aujourd'hui facile de se gausser du paternalisme d'antan, mais ce règlement est révélateur de l'emprise historique du «*pater/patronus* sur ses salariés»²²⁹².

Cette conception des liens entre religion et droit du travail à cette époque n'est pas surprenante: le droit du travail a toujours enregistré assez fidèlement les idéologies qui

²²⁸⁹ LINHART, Subordination au travail, 228.

²²⁹⁰ FRIDENSON, 61.

²²⁹¹ RAY, Libertés, 127.

²²⁹² Léon HARMEL, *Le Catéchisme du patron. Élaboré avec le concours d'un grand nombre de théologiens*, Paris, Aux bureaux du Journal la Corporation, 1889.

dominant une société et son éthique, et la doctrine sociale chrétienne a tout logiquement influencé de son poids le droit du travail à ce moment²²⁹³.

Ce paternalisme patronal, qui visait à prendre en charge l'ouvrier du berceau à la tombe, s'intéressait au *soma* de l'ouvrier. Désormais s'attaque-t-il à la *psyché* du salarié pour le faire adhérer aux convictions de l'employeur. Cela semble aux antipodes du taylorisme/fordisme dont l'ambition était d'éradiquer la subjectivité des ouvriers²²⁹⁴. Pourtant cette tentative de découpler le travailleur de son travail est aberrante : le travailleur est inséparable de son travail, la disjonction du couple *psyché/soma* pour y introduire un rapport de propriété de l'homme sur son propre corps étant une fiction juridique destinée à permettre le fonctionnement du capitalisme²²⁹⁵.

Le régime contemporain de mobilisation de la force du travail cherche désormais à façonner des salariés qui s'auto-organisent et s'auto-mobilisent sur des objectifs qu'ils doivent faire leurs. Il s'attache aujourd'hui à coloniser un nouvel espace, celui de la subjectivité des travailleurs, faisant de leur *âme* un moyen de fabrication au même titre que leur corps. Il pousse les salariés à se dévoiler pour mieux les « formater », pour abolir la distance entre eux et l'entreprise, les obligeant à s'engager, à s'impliquer, à adhérer à sa culture. Cette domination « douce » prêche une coopération entre les managers et les salariés, en s'assurant de la loyauté de ces derniers et en influençant leur manière de penser et en les individualisant, les « libérant de l'influence négative de collectifs traditionnels et contestataires, cherchant par là même à ériger l'entreprise fusionnelle »²²⁹⁶.

Le coup de maître du management moderne est d'investir beaucoup plus dans la transformation des esprits des travailleurs afin qu'ils adhèrent aux objectifs et aux valeurs de l'entreprise et qu'ils se mobilisent pour les atteindre. Mais cette mobilisation dans un travail pour autrui ne saurait avoir lieu facilement. D'où une batterie étendue d'outils et de méthodes complexes pour amener les travailleurs à cette mobilisation sans qu'ils ne perçoivent les mécanismes qui les y conduisent, que nous allons désormais examiner²²⁹⁷.

Récemment, le néolibéralisme s'y est essayé avec un certain succès. La force de la forme néolibérale du rapport salarial tient précisément à son projet de réinternaliser les objets du désir, et non plus sous la seule espèce du désir d'argent mais comme désir d'autres choses, de nouvelles satisfactions intransitives, c'est-à-dire inhérentes à

²²⁹³ PATTE, 539; RIVERO/SAVATIER, 22.

²²⁹⁴ Danièle LINHART, « Comment l'entreprise usurpe les valeurs du service public », *Le Monde diplomatique*, septembre 2009.

²²⁹⁵ SUPLOT, État social, 32 s.

²²⁹⁶ JACQUOT, 278 s.

²²⁹⁷ Danièle LINHART, « Les chemins de l'hégémonie », in Jacques Bidet/Jacques Texier (édit.), *La crise du travail*, Paris, Puf, 1995, 95-105.

l'activité salariale elle-même. Dit autrement, le projet néolibéral est un projet d'*enchantement* du travail (salarisé), mais au *seul bénéfice du patron*²²⁹⁸. Spinoza avait mis en évidence la vérité affective bipolaire du pouvoir: «Les sujets relèvent non de leur droit propre mais de celui de la Cité, dans la mesure même où ils craignent sa puissance, c'est-à-dire ses menaces, ou encore dans la mesure où ils aiment la société civile»²²⁹⁹. Le pouvoir fonctionne à la *crainte* ou à l'*amour*. Cette vérité vaut pour tous les pouvoirs, y compris le pouvoir patronal²³⁰⁰. Ainsi, même si l'on réussissait à investir le travail d'affects aussi désirables que ceux qui meuvent la religion, afin de faire du travail un lieu d'épanouissement spirituel, il faudrait qu'ils le fussent au profit des salariés, et non du seul patron, et encore que cela ne marcherait pas pour l'ensemble de la classe salariale, puisque tous ne voient pas dans le travail l'opportunité d'un tel épanouissement²³⁰¹.

2. L'identification «volontaire» du salarié aux «valeurs» de l'entreprise

L'individualisation extrême du travail résultant des nouveaux visages de la subordination moderne a mis au jour la sollicitation du travailleur à la poursuite des objectifs de l'entreprise par une implication affective et émotionnelle. La focalisation sur la dimension personnelle du travailleur (l'obscur «*savoir-être*»), au détriment de sa dimension professionnelle (*savoir-faire*), consiste à lui demander de faire preuve de sa loyauté, de son engagement, de son adhésion à la *cause* de l'entreprise. Un consentement du travailleur à celle-ci est désormais de rigueur dans certaines entreprises, comme preuve de son engagement. L'identification du travailleur aux «valeurs» de l'entreprise devient de la sorte partie intégrante de son devoir de fidélité, toute prise de distance étant considérée comme un manque de loyauté²³⁰².

Ces mutations sont aussi perceptibles dans la fonction publique, dont la managérialisation à marche forcée et qui trouve son origine dans le courant de pensée néolibérale. Cet alignement des conditions d'emploi sur le secteur privé, loin de se restreindre à

²²⁹⁸ LORDON, 85 s.

²²⁹⁹ SPINOZA, III, 8.

²³⁰⁰ LORDON, 87, qui explique la philosophie spinoziste en ce qu'elle est l'affirmation de l'absolue plénitude du réel et de sa parfaite positivité. Dans son *Éthique*, III, 9, scolie, qui inverse le rapport de la valeur et du désir en posant, à l'exact opposé de nos appréhensions spontanées, que ce n'est pas tant la valeur, pré-existante et objectivement établie, qui attire à elle le désir que le désir qui, investissant les objets, les constitue en valeur. Il ne peut donc y avoir de valeur objective pour Spinoza car l'immanence intégrale ne tolère pas de normes autres qu'immanentes, et cela vaut aussi bien pour les valeurs esthétiques, morales qu'économiques. Mais l'inexistence théoriquement affirmée de la valeur substantielle n'empêche nullement de penser les innombrables processus de valorisation, les valeurs engendrées n'étant rien d'autres que les produits de composition de jeux de puissances investissantes (SPINOZA, 9, scolie).

²³⁰¹ Pour des pistes plus intéressantes que ce qui est (très) brièvement exposé ici, lire Dominique MÉDA/Patricia VENDRAMIN, *Réinventer le travail*, Paris, Puf, 2013.

²³⁰² Danièle LINHART, «Hier solidaires, désormais concurrents», *Le Monde diplomatique*, mars 2006.

un changement purement légal, a irradié l'éthique publique et déboussolé les valeurs référentielles des agents publics, ne sachant plus trop quelle place donner à leurs croyances personnelles²³⁰³. La visée est l'*investissement* total des employés, et ceci au double sens où il est non seulement demandé aux subordonnés, selon la formule commune, de « s'investir totalement », mais aussi où les subordonnés sont totalement investis – et envahis – *par* l'entreprise.

C'est donc une tendance lourde que de vouloir mobiliser tout l'être du salarié, qu'il s'engage sans réserve, qu'il adhère à la « culture » et aux objectifs de l'entreprise, qu'il soit en somme totalement disponible, mentalement, affectivement et physiquement²³⁰⁴. Casser les logiques collectives pour asseoir une relation personnalisée de chacun à son travail constitue le socle du nouveau modèle managérial. Désormais, le travail embarque l'intégralité de la personnalité de chacun. Ce nouveau modèle part à la conquête de chaque salarié, il veut le faire adhérer à la logique, la philosophie et la cause de l'entreprise; il faut le convaincre, le séduire, arracher son consentement. Outre la diffusion de la culture de l'entreprise, son identité, son éthique, les directions des ressources humaines mettent en place des conditions permettant aux travailleurs d'envisager le travail comme un lieu de vie où l'on y cherche à s'épanouir, à satisfaire ses aspirations spirituelles et religieuses²³⁰⁵.

De plus, « la volonté de mieux servir conduit à l'aveuglement de sa propre situation, lequel porte en lui-même l'abandon de sa liberté ». Sans doute, les salariés témoignent-ils de ne pas avoir forcément l'impression de perdre leur liberté, de faire leurs valeurs de l'entreprise, témoignant d'un véritable épanouissement personnel, d'une réalisation de soi dans le travail, mais cette représentation s'inscrit à dire vrai dans le cadre d'un faux consentement²³⁰⁶.

Cette tendance est particulièrement visible dans les secteurs de la nouvelle économie où la nouvelle approche des ressources humaines popularisée par les géants de l'internet (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) consiste à pourvoir aux besoins matériels, psychologiques et affectifs de leurs salariés. Ces entreprises ont pour siège social un « campus » – le vocable suggère un cocon idyllique et convivial, loin de l'usine rutilante et puante du XVIII^e siècle – qui offre la fonction d'un foyer, plus chaleureux que le domicile²³⁰⁷.

²³⁰³ Carole WYSER, « Éthique dans la fonction publique », in Andreas Ladner/Jean-Loup Chappolet/Yves Emery/Luzius Mader/Nils Soguel/Frédéric Varone (édit.), *Manuel d'administration publique suisse*, Lausanne, PPUR, 2013, 541-558.

²³⁰⁴ Béatrice PIAZZA PARUCH/Alain PICHON, 224.

²³⁰⁵ LINHART, Subordination au travail, 234 s.

²³⁰⁶ DURAND, Après-fordisme, 374.

²³⁰⁷ Arlie HOCHSCHILD, *The Time Bind: When Work becomes Home and Home becomes Work*, New York, Metropolitan Books, 1998.

Dans les classement américains des «entreprises où il fait bon travailler», les employeurs les plus prisés ne sont plus ceux qui offrent les avantages traditionnels (bons salaires, avantages sociaux, plans de carrière) mais ceux qui ont réussi à créer une «atmosphère joyeuse». Selon les enquêtes menées auprès des salariés, trois critères doivent être remplis: le sens de la mission, un leadership qui inspire et les ressources du campus. Or ces critères correspondent aux trois caractéristiques essentielles des cultes: dévotion, chef charismatique (du grec *kharisma*, «don de grâce») et séparation de la communauté. Au sein des entreprises préférées des salariés qualifiés, l'engagement obsessionnel dans le travail est justifiée tant par l'idée d'une grande et belle aventure (changer le monde) que par un climat de guerre sainte (contre les concurrents, le gouvernement et les archaïsmes), au point que pour l'historien du travail et des loisirs Benjamin Hunnicutt, «le travail est devenu une nouvelle idéologie, une nouvelle religion»²³⁰⁸.

Comme dans les cultes, l'endoctrinement permanent – séminaires de formation, séances plénières, retraites spirituelles – permet d'instiller les valeurs de la maison, de distiller un discours mobilisateur, et d'assouplir l'esprit critique. Le crédo de l'entreprise (sa mission, ses objectifs) est récité comme un catéchisme, les hymnes et slogans sont scandés avec enthousiasme, jusqu'aux habits qu'on porte – souvent garnis du logo de l'entreprise –, tout prouve la dévotion à la religion de l'entreprise²³⁰⁹.

La lubie du patronat de vouloir faire adhérer les salariés aux valeurs de l'entreprise, de *colinéariser* le *conatus* (au sens spinoziste) du salarié sur le *conatus* du patron, ne se limite plus aux entreprises de tendance «traditionnelles» de type religieux ou ecclésiastique. Dans son livre *La vie est une idée de génie*, le fondateur et président-directeur général (PDG) du groupe Gifi présente ses employés comme des *missionnaires* qui doivent adhérer corps et âme à l'entreprise: «Il n'y a pas d'un côté le boulot, de l'autre le perso, c'est absurde»²³¹⁰. Dans le secteur du commerce d'articles de sport, les enquêtes de terrain montrent comment la subordination s'appuie sur la rhétorique de la passion partagée du sport, avec un recrutement basé une adhésion du futur salarié aux valeurs sportives prônées par l'entreprise²³¹¹. Alors qu'au XX^e siècle, à force

²³⁰⁸ Cité in Ibrahim WARDE, «Joyeuse servitude volontaire aux États-Unis», *Manière de voir*, décembre 2017 – janvier 2018 (n° 156), 10-13.

²³⁰⁹ Idem.

²³¹⁰ Philippe GINESTET, *La vie est une idée de génie. La force d'aimer*, Paris, Eyrolles, 2021.

²³¹¹ William GASPARINI, «Dispositif managérial et dispositions sociales au consentement. L'exemple du travail de vente d'articles de sport», in Jean-Pierre Durand/Marie-Christine Le Floch (édit.), *La question du consentement au travail. De la servitude volontaire à l'implication contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2006, 115-126.

de luttes et de mobilisations, les ouvriers avaient réussi à arrêter l'intrusion patronale à la porte de leur domicile²³¹².

Par où l'on voit une étrange convergence entre les conséquences du phénomène d'individualisation du travail qui affecte les entreprises «classiques» (à but lucratif) avec le devoir de loyauté accru traditionnellement réservé aux entreprises de tendance religieuse ou idéale. Cette mutation emporte des conséquences juridiques significatives, car plus l'intensité de la tendance est forte, plus l'entreprise pourra faire valoir ses droits fondamentaux si ceux-ci entrent en conflit avec les droits fondamentaux de ses employés, de même que plus les individus impliqués dans l'initiative (dirigeants et travailleurs) s'identifient avec les «valeurs» de l'entreprise, plus la tendance sera prise en compte dans la balance des intérêts²³¹³.

Le 9 novembre 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation a prononcé la nullité du licenciement et la réintégration d'un salarié ayant été licencié notamment pour avoir refusé de participer à la «culture de l'après» au sein de l'entreprise. L'employeur reprochait à l'intéressé de ne pas «adhérer aux valeurs de la société» et, entre autres «valeurs», à la valeur «fun and pro» valorisée sur le site internet de la société et promue auprès de tous les salariés, qui consistait à participer aux pots de fin de semaine, générant fréquemment une alcoolisation excessive, de la promiscuité, des brimades et des dérapages divers ... Le refus du salarié d'y participer était parfaitement fondé, en vertu de la liberté d'expression et d'opinion dont il jouit, également au lieu de travail²³¹⁴.

Cet arrêt illustre, avec une affaire caricaturale, que les «valeurs» de l'entreprise ne sont pas toutes de même «valeur», et qu'il convient de distinguer par exemple une politique de neutralité convictionnelle destinée à promouvoir une image commerciale de neutralité à l'égard des clients et justifiée par un besoin véritable d'une politique de culture «*fun and pro*» consistant dans la nécessaire participation des salariés à des beuveries qui conduisaient en l'espèce à des pratiques humiliantes et intrusives dans la vie privée telles que des simulacres d'actes sexuels et l'obligation de partager son lit avec un autre collaborateur lors des séminaires.

3. *L'entreprise de tendance laïque, une hérésie juridique ?*

À l'intersection de la politique de neutralité religieuse dans l'entreprise et de la politisation du travail se situe la question de la tendance *laïque* dont se revendiquent de plus en plus d'entreprises du secteur privé, sur le modèle de la fonction publique²³¹⁵. Les

²³¹² Danièle LINHART, «Hier solidaires, désormais concurrents», *Le Monde diplomatique*, mars 2006.

²³¹³ OVERBEEKE, 372.

²³¹⁴ Cass., 9 novembre 2022, n°21-15.208.

²³¹⁵ SWEENEY, 288.

discussions sont principalement nées de l'affaire Baby-Loup **(a)**, et notre analyse conduit à rejeter cette extension de la laïcité au secteur privé sauf à la dévaloriser et à la dénaturer **(b)**.

a. L'affaire Baby-Loup

Les débats au sujet de la laïcité dans l'entreprise trouvent principalement leur source dans l'affaire *Baby-Loup* en France, qui a fait l'objet d'intenses débats dans la doctrine²³¹⁶. Ce contentieux opposait la pouponnière Baby-Loup à l'une de ses salariées qui, de retour de son congé de maternité, décide de porter le voile sur son lieu de travail. Son employeur, pour pouvoir l'en empêcher, modifie le règlement intérieur pour interdire tout signe religieux au sein de la crèche. Après les refus réitérés de la salariée de retirer son foulard, l'employeur procède à son licenciement.

Dans un premier arrêt du 19 mars 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation déclare nulle la disposition litigieuse du règlement intérieur en disant que le principe de laïcité instauré par l'art. 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public²³¹⁷.

L'affaire est alors renvoyée à la Cour d'appel de Paris, qui considère, à la suite d'un éminent auteur²³¹⁸, la crèche comme une «entreprise de conviction» assurant, de surcroît, une «mission d'intérêt général», légitime pour interdire dans son règlement intérieur une obligation de neutralité pour le personnel et l'interdiction de tout signe ostentatoire d'appartenance religieuse²³¹⁹.

Par son arrêt du 25 juin 2014, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a finalement rejeté l'application de la notion d'entreprise de conviction à la crèche Baby Loup, arguant du fait que l'objet de son activité n'était pas directement philosophique, religieux ou politique, mais social²³²⁰. Elle a écarté toute référence à la laïcité à l'appui de de l'admission de la légalité du licenciement: si le licenciement de la salariée est licite, et donc validé, ce n'est pas parce que la crèche est soumise de manière générale à un principe supérieur de laïcité, mais parce que son objet social de garde des enfants dans un contexte particulier le permettait *via* son règlement intérieur²³²¹. La Cour a

²³¹⁶ Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ/Vincent VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, Paris, L.G.D.J., 2014; Jean MOULY, «L'affaire *Baby-Loup* devant l'Assemblée plénière: quelques accommodements avec les principes», *Droit social* 2014 811-817; Emmanuel DOCKÈS, «Liberté, laïcité, *Baby Loup*: de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante», *Droit social* 2013 388-397.

²³¹⁷ Cass., 19 mars 2013, n° 11-28.845.

²³¹⁸ François GAUDU, «L'entreprise de tendance laïque», *Droit social* 2011 1186-1189.

²³¹⁹ CA Paris, 27 novembre 2013.

²³²⁰ Cass., 25 juin 2014, n° 13-28.369.

²³²¹ La Cour de Cassation affirme que «la Cour d'appel a pu en déduire, appréciant de manière concrète les conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et

donc rappelé qu'une structure privée peut limiter la liberté religieuse de ses salariés, si la tâche à accomplir le justifie.

L'histoire ne s'est pas arrêtée là. Après avoir épuisé les voies de recours nationales, Mme Afif saisit le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui conclut, après avoir estimé que le gouvernement français n'avait pas démontré en quoi le «port du foulard par une éducatrice de la crèche porterait atteinte aux libertés et droits fondamentaux des enfants et des parents la fréquentant» et que la clause de neutralité «affecte de manière disproportionnée les femmes musulmanes [...] faisant le choix de porter un foulard [...]», que son licenciement ne repose sur aucun «critère raisonnable et objectif et constituait donc une discrimination inter-sectionnelle basée sur le genre et la religion», contraire aux art. 18 et 26 du Pacte ONU II²³²².

b. L'inapplicabilité de la laïcité aux entreprises privées

La laïcité explique pour partie l'avènement des politiques de neutralité religieuse dans les entreprises privées. Elle a «permis un insensible glissement de l'affirmation d'une République dans laquelle la laïcité est un principe constitutionnel à celle de la préconisation d'une Société où la laïcité est une vertu»; et de cette conception de la laïcité comme vertu sont nées «les velléités d'interdiction du port des signes religieux dans l'entreprise»²³²³. Il est donc logique que de plus en plus d'entreprises privées se prévalent d'une «tendance laïque».

Cette problématique pointe du doigt le problème que pose l'approche extensive vis-à-vis des entreprises de tendance: si l'on considère que l'«éthique» particulière revendiquée par une entreprise participe de son identité, l'entreprise Paprec, entreprise spécialisée dans le recyclage et la valorisation des déchets pourrait alors se prévaloir de la qualité d'entreprise de tendance, si l'on considère à son tour que sa «Charte de la laïcité et de la diversité» adoptée en 2014²³²⁴ participe de son identité²³²⁵.

leurs parents, que la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché».

²³²² CDH, Communication n° 2662/2015 du 10 août 2018 (CCPR/C/123/D/2662/2015), N 8.13; cf. LEMPEN, Religion, 63 s., pour des commentaires éclairants sur cette communication.

²³²³ Philippe WAQUET/Cyril WOLMARK, «Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise?», *Revue de droit du travail* 2009 485-489.

²³²⁴ <www.paprec.com> → Actualités → Bibliothèque Médias → 2019. Le groupe est souvent cité dans les médias comme étant le premier à avoir su imposer, apparemment avec succès, une telle charte, cf. Marie-Sophie RAMSPACHER, «Laïcité: Paprec propose un modèle de charte», *Les Échos*, 18 janvier 2016.

²³²⁵ SWEENEY, 319.

La laïcité est une fausse bonne piste pour faire figure de rempart contre les divisions susceptibles de naître au sein de l'entreprise, car il faut garder en tête qu'elle se trouve être applicable dans la sphère publique pour les agents de l'État, et pas dans l'espace privé appartenant à l'entreprise privée. Si l'on admettait une telle extension, la laïcité – telle qu'affirmée par exemple en France, à Genève ou au Québec – n'apparaîtrait plus comme un corpus de règles s'imposant à tous, mais comme un système de croyances comme un autre, qui doit accepter d'être mis en concurrence avec les autres « religions » et traité sur un pied d'égalité avec elles²³²⁶.

L'on comprend pourquoi la laïcité n'a pas sa place dans l'entreprise privée. La distinction de la sphère privée et de la sphère publique est ici décisive, car elle permet de distinguer des lieux et des régimes d'affirmation des « différences » afin de préserver simultanément le libre choix d'une option spirituelle (religieuse ou athée) et l'égalité juridique et éthique dans l'espace universel que représente la sphère publique. Se référer à la laïcité dans une entreprise privée est un dévoiement de la laïcité; il faut plutôt dire que les entreprises privées se servent de la laïcité pour justifier une politique de neutralité religieuse dans l'entreprise, ce qui est tout autre chose. C'est une différence de nature donc, et non de degré, qui sépare l'entreprise privée de l'État, et qui empêche la première de se prévaloir de l'attribut universel qui caractérise le second. Cette tentative d'importation par les employeurs privés se comprend, la laïcité étant, l'avons-nous vu, le motif d'intérêt public par excellence pour justifier une limitation ou une interdiction du droit de manifester sa religion – par des propos ou des signes visibles – dans la fonction publique.

L'expression des convictions – notamment religieuse – dans l'entreprise privée étant gouvernée par un régime de liberté sous conditions, la laïcité ne s'y trouve pas et ne saurait légitimer la consécration de l'entreprise de tendance laïque²³²⁷. L'entreprise privée qui souhaite afficher une neutralité religieuse dans son espace devra la motiver en respectant les différentes conditions posées par la jurisprudence²³²⁸. L'entreprise demeure un espace juridique *privé* et non *universel*. L'espace laïque ne se construit pas par addition des différents collectifs, mais par mise en valeur d'un plan référentiel qui les transcende – sans les nier –, car il relève d'exigences toutes différentes de celles qui les constituent.

La Commission nationale consultative des droits de l'homme en France a émis un avis particulièrement tranché et d'une grande justesse: «L'entreprise de tendance laïque comme prolongement de la liberté des non-croyants est une notion que le droit ne saurait admettre. D'une part, la laïcité est un principe constitutionnel d'organisation de

²³²⁶ SUPIOT, Religion au travail, 1042 s.

²³²⁷ FORTIER, L'expression religieuse dans l'entreprise, 99 ss.

²³²⁸ Cf. *supra* Chap. 5, V, D, 3.

l'État et ne peut être considérée comme une «tendance». Si l'on fait de la laïcité une tendance, alors on la dévalue, en la réduisant à un choix, elle n'est plus le principe constitutionnel partagé par tous. D'autre part, quelles que soient les raisons pour lesquelles une entreprise souhaitant exclure de son espace le fait religieux (paix sociale, image de marque ...), la simple volonté de ne pas heurter les non-croyants ne saurait être une raison suffisante. Cela conduirait en effet à conférer un blanc-seing aux employeurs pour priver leurs salariés de leurs droits à exprimer leurs convictions religieuses»²³²⁹.

La démarche consistant à reconnaître la laïcité comme une tendance et à élargir encore la circonscription juridique des entreprises de tendance à toutes les convictions (politiques, sportives, artistiques, culturelles, etc.) aurait pour résultat néfaste de créer un fourre-tout qui affaiblirait, *in fine*, la protection juridique particulière dont jouissent ces entreprises, sauf à établir des sous-catégories d'entreprises de tendance à la protection juridique graduelle en fonction de leur proximité avec une doctrine ou éthique religieuse, spirituelle ou philologique qui soit avérée, terrain assurément miné et à éviter car erroné juridiquement.

II. Numérisation du travail : quelle place pour la religion ?

«Jusque vers le milieu du XX^e siècle, un pacte de non-agression stabilisait une coexistence plus ou moins pacifique entre hommes et machines. Pacte transitoire, comme tous les pactes. [...] Infiniment plus puissants et autonomes, les automatismes de ce second XX^e siècle auront tôt fait de rompre cet équilibre. Poste par poste, ils se substituent à leurs ancêtres moins évolués. Et, du même coup, à nombre de travailleurs, dans les bureaux comme dans les usines»²³³⁰. La perspective de la religion au travail s'épuisera alors dans l'hypothèse apocalyptique d'une disparition de l'emploi²³³¹.

À chaque innovation, deux types de discours s'affrontent : aux discours soulignant sa dangerosité s'opposent les discours enthousiastes. L'enjeu de la numérisation du travail et de son paradigme chambardé est donc d'abord discursif, et la narration joue un rôle primordial dans l'évolution technoscientifique. Une mémoire est construite, assurant à la technologie nouvellement apparue une légitimité incontestable²³³². Reste à savoir quelle mise en récit séduira les acteurs déterminants de la nouvelle économie, ce qui nous pousse à suggérer modestement quelques tendances possibles sur la place de la religion au sein de ce travail numérisé.

²³²⁹ CNCDH, «Avis sur la laïcité», 26 septembre 2013, N 25.

²³³⁰ ELGOZY, 11.

²³³¹ Georges FRIEDMANN annonçait déjà une telle disparition de l'emploi dans les années 1950, *Où va le travail humain?*, Paris, Gallimard, 1950.

²³³² CHIFFLET, *L'imaginaire technoscientifique*, 66.

Quels que soient les chemins qu'emprunteront les évolutions technologiques, la *disruption* que représente l'avènement d'une digitalisation de l'économie ne manquera pas d'emporter des conséquences sur la structure juridique du droit du travail et sur la place qu'occupe la religion en son sein par la *flexibilisation* qu'induit cette digitalisation (A). Dans ce tumulte vibronnant, la place de la liberté de religion et de l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion s'en trouve aussi redéfinie lorsque le rapport de travail se conçoit sous le signe de *l'algorithmisation* (B).

A. Effet de la « flexibilité » du travail sur la liberté de religion

Dans le magma en fusion des émergentes formes d'emploi (partage de salariés, nomades numériques, travail indépendant collaboratif), le travail *via* les plateformes numériques, qui met en relation travailleurs et donneurs d'ouvrages, en est la plus symptomatique²³³³. En son sein, l'on peut établir deux grandes catégories²³³⁴: d'une part le *gigwork* (travail à la demande) qui se réfère aux situations dans lesquelles l'exécution de la prestation se réalise en dehors d'internet, sur un lieu terrestre précis, alors même que la planification et son administration ont eu lieu sur une plateforme numérique (*Uber*²³³⁵), et d'autre part le *cloudwork* (travail participatif) qui désigne les situations dans lesquelles la prestation est entièrement accomplie sur la plateforme elle-même et donc directement au travers d'internet, soit en théorie réalisable depuis n'importe quel lieu pourvu d'une connexion et assurant le matériel informatique nécessaire (*Amazon MTurk, Clickworker*)²³³⁶.

²³³³ Il sied de préciser que même lorsque les éléments caractéristiques permettant la qualification de contrat de travail sont réunis, cela ne signifie pas nécessairement que l'exploitant de la plateforme numérique doit être considéré comme l'employeur de celui qui exécute la prestation. En effet, coexiste la possibilité que le bénéficiaire de la prestation soit l'employeur, ce qui signifie que tant l'exploitant de la plateforme que le bénéficiaire de la prestation peuvent dicter au travailleur des directives, qui peuvent potentiellement restreindre sa liberté de religion, telles que des instructions sur le port de signes religieux ou l'interdiction d'exprimer des propos religieux en présence de clients ou tiers. Pour aller plus avant à ce sujet, cf. p.ex. WYLER/ZANDIRAD, spéc. N 48 ss; ZEIN, 158.

²³³⁴ Bien qu'il n'existe pas de nomenclature universelle ni définition légale – suisse ou internationale – des nouveaux modèles d'échanges économiques basés sur les plateformes numériques, lire p.ex. Rapport du Conseil fédéral du 8 novembre 2017 donnant suite aux postulats 15.3854 Reynard du 16 septembre 2015 et 17.3222 Derder du 17 mars 2017 – Conséquences de la numérisation sur l'emploi et les conditions de travail: opportunités et risques, 40.

²³³⁵ Sur la qualification juridique de contrat de travail entre *Ubers Eats* et ses livreurs, ATF 148 II 426, c. 6.7. Le TF est parvenu à la même conclusion pour la qualification qui lie *Uber* à ses chauffeurs, TF 30 mai 2022, 2C_34/2021.

²³³⁶ Catégorisation reprise de la thèse de BILLARANT, 325 ss. Pour une classification similaire, cf. DE STEFANO, Just-in-time workforce, 3. Cf. également Alain STROWEL/Wouter VERGOTE, «Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate? Messages to Regulators: Get the Economics Right First, then Focus on the Right Regulation», in Bram Devolder (édit.), *The Platform Economy – Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge/Antwerp/Chicago, Intersentia, 2019, 3-30.

Un des effets les plus importants de la flexibilisation induite par la digitalisation s'incarne dans le *temps de travail* et au *lieu de travail* (1), flexibilisation qui peut être perçue négativement ou positivement selon une multitude de facteurs qui l'accompagnent : une flexibilité à l'endroit peut révéler une précarité à l'envers (2)²³³⁷. Cette apparente liberté gagnée par la flexibilisation révèle aussi à dire une subordination « perverse » à l'œuvre (3). Enfin, les relations socio-professionnelles et la construction spirituelle qui en résulte s'en trouvent profondément modifiées (4).

1. *Temps et lieu de travail*

Avec l'avènement des nouvelles technologies numériques, la frontière entre la vie privée et la vie professionnelle s'est largement brouillée, de sorte que la question des pratiques religieuses « dans » et « en dehors » de l'entreprise se pose sous un nouveau jour. D'abord, le changement le plus manifeste de ces dernières décennies se traduit par le recours aux horaires de travail de plus en plus inhabituels, en raison des exigences commerciales et organisationnelles. Le travail accompli tôt le matin, le soir, la nuit, le weekend et la disponibilité permanente tendent à se banaliser, vantant une plus grande autonomie laissée au travailleur dans l'organisation de son travail, mais avec l'inconvénient de l'inciter à rester « connecté » en permanence avec son travail²³³⁸.

Vis-à-vis des pratiques religieuses, la dissipation progressive de la frontière entre la vie professionnelle et la vie personnelle favorisée par la numérisation du travail présente néanmoins l'avantage de permettre au travailleur d'exercer ses rites religieux, de participer aux fêtes religieuses et plus généralement d'organiser ses obligations religieuses avec une plus grande facilité.

Ensuite, l'utilisation accrue des nouvelles technologies au sein des entreprises a également contribué à la démocratisation du télétravail et à l'éclatement du lieu de travail. Le travail à distance évacue totalement en ce sens la problématique relative à l'aménagement du lieu de travail, au bénéfice du travailleur qui y disposera à sa guise les signes et ornements religieux, objets de culte divers et autres espaces de prière.

Le « Baromètre du fait religieux en entreprise » de l'Institut Montaigne a cependant montré que le télétravail, qui s'est généralisé depuis la pandémie du Covid-19, a

²³³⁷ Cf. Adrian BANGERTER/Laurenz L. MEIER/Marie-Eve TRESKARI, « Digitalisation, performance et santé des travailleurs : la perspective de la psychologie du travail et des organisations », in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Aurélien Witzig (édit.), *La révolution 4.0 au travail. Une approche multidisciplinaire*, Genève/Zurich, Schulthess, 2019, 105-117.

²³³⁸ Sur le paradoxe de l'autonomisation/esclavage du travailleur, cf. Melissa MAZMANIAN/Wanda J. ORLIKOWSKI/Joanne YATES, « The Autonomy Paradox: The Implications of Mobile Email Devices for Knowledge Professionals », *Organization Science* 2013 1337-1357. Au niveau parlementaire, voir la motion Lisa Mazzone 17.3201 « Déconnexion en dehors des heures de travail. Préciser le cadre légal pour accompagner l'évolution technologique du travail » du 16 mars 2017.

eu un effet tout à fait marginal sur les faits et les comportements religieux au travail²³³⁹.

2. *Autonomie du travailleur et conditions générales des plateformes numériques – De l'aménagement individuel à l'uniformité totale*

En s'inscrivant dans le mouvement plus large de l'individualisation du droit du travail et d'une autonomie plus grande du travailleur, la numérisation favorise certainement la liberté religieuse du travailleur «virtuel» (car derrière tout travail virtuel il y a un travail bien réel) pour ce qui touche aux aménagements du temps et du lieu de travail et au port de signes religieux.

Cette flexibilisation du travail ferait cependant accroître qu'elle résoud la problématique de la religion dans les rapports de travail en accordant plus d'espace aux aménagements individualisés. Les contrats conclus avec les plateformes numériques prennent quasiment toujours la forme de clauses standardisées, pré-rédigées par l'une des parties – la plateforme –, et identiques pour tous les travailleurs²³⁴⁰. Cela s'explique par la volonté expansionniste des propriétaires de plateformes sur tous les marchés leur étant accessibles, sans chercher d'ancrage local particulier, ceux-ci manifestant le plus souvent la volonté de ne pas accueillir des salariés mais de se limiter, l'avons-nous vu, au rôle de simple intermédiaire entre les clients et les prestataires. Il en résulte une uniformisation des rapports juridiques entre les travailleurs d'une même plateforme, et la disparition complète de toute possibilité d'aménager individuellement l'exercice des libertés idéales dans les rapports de travail.

Si nous avons pu mettre en évidence la frontière parfois floue entre directives régissant l'*exécution* du travail (cf. art. 321d CO) et directives *modifiant* le contrat de travail, ces dernières seules nécessitant le concours du travailleur ou, à ce défaut, un congé-modification, la question perd tout son intérêt avec la multiplication des conditions générales de travail (*Allgemeine Arbeitsbedingungen*), le travailleur n'ayant d'autre choix que de les accepter en bloc pour créer le rapport de travail, et n'ayant pas sa voix au chapitre lorsque celles-ci sont modifiées à la guise de l'employeur, avec pour seule communication une simple notification électronique²³⁴¹.

3. *Une autonomie «factice» et une subordination «perverse»*

Le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication a bouleversé les rapports de travail en introduisant des données qui n'avaient pas

²³³⁹ INSTITUT MONTAIGNE/HONORÉ, 50.

²³⁴⁰ À propos des contrats liant Uber à ses chauffeurs, cf. TC VD 23 avril 2020, HC/2020/535, c. 3.2.4: «[L']instruction a permis d'établir que le Contrat, pré-rédigé dans son intégralité, était «à prendre ou à laisser» et qu'ainsi aucun terme ne pouvait être discuté par les candidats chauffeurs [...]».

²³⁴¹ VISCHER/MÜLLER, *Arbeitsvertrag*, § 4 N 18 ss. Voir aussi la thèse de Jean-Fritz STÖCKLI, *Allgemeine Arbeitsbedingungen*, Berne, Stämpfli, 1979.

été prises en compte par le droit du travail : « Si l'ouvrier des forges de Zola est facile à identifier, le cyber-salarié sort des sentiers traditionnels tracés par les règles sociales classiques »²³⁴². Ne travaillant plus sur un site donné, sur la base d'un horaire fixe et sous la surveillance physique d'un supérieur hiérarchique, il semble libéré de toutes les contraintes qui avaient fondées la notion même de subordination, et pourtant la liberté gagnée en apparence est en réalité fondatrice d'une subordination « perverse », beaucoup plus lourde à assumer car assise sur des technologies permettant un suivi permanent de la personne y compris dans le domaine privé et intime de sa vie personnelle²³⁴³.

L'on voit alors tout le paradoxe des nouveaux visages de la subordination et leur vision du salarié « idéal » qui exercerait son travail de façon *autonome*, en prenant sa part de *responsabilité* dans l'entretien de ses capacités de travail et dans les résultats, le tout en étant *investi* personnellement dans sa *mission* et intégrée à un *projet d'entreprise*, en bref comme un travailleur indépendant. Ce discours managérial qui prône une « dilution » de la subordination du fait de l'absence de hiérarchie ne résiste pas longtemps à l'observation des faits : ces nouvelles formes de travail ne conduisent pas à un desserrement du rapport de subordination, mais à l'inverse à un contrôle accru du travailleur, le tout dans une volonté d'échapper à la qualification de rapport de travail salarié.

Cela ne conduit pas non plus à étendre l'exercice des libertés fondamentales au travail, puisque le caractère illusoire du travailleur indépendant « libéré » de la subordination a même l'effet pervers induit par sa non-reconnaissance juridique, et donc la non-reconnaissance de ses libertés fondamentales au travail²³⁴⁴.

4. *Relations socio-professionnelles : déshumanisation du travailleur et invisibilisation de sa religion*

De nombreux travaux de recherche confirment pourtant la valeur accordée par les travailleurs à la dimension sociale du travail, à l'importance d'une bonne ambiance de travail et de relations de qualité avec les collègues et l'employeur. Le rapport au collectif par le travail exprime une volonté et un besoin constants de s'associer aux autres à la fois pour réaliser l'activité professionnelle mais aussi pour se construire une identité, le plan religieux et plus généralement spirituel constituant indéniablement une partie intégrante de cette construction identitaire.

²³⁴² Jean-Emmanuel RAY, « De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Droit social* 1995 634.

²³⁴³ Jean-Emmanuel RAY, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *Droit social* 2000 144.

²³⁴⁴ HARDY-DUBERNET, 49.

Même si la majorité des activités industrielles et de service de demain requerront une part de travail présentiel et une part à distance, le travail virtuel tendra à s'imposer dans des pans entiers de l'économie. Selon certains sociologues du travail, la digitalisation va bouleverser certains fondements du travail, notamment les liens de sociabilité qui s'y tissent et les repères temporels et spatiaux qui lui donnent sa place particulière dans la vie en société²³⁴⁵.

Or la numérisation tous azimuts ne permet de travailler, au sens où «travailler veut dire s'individuer, inventer, créer, penser, transformer le monde»²³⁴⁶. C'est l'activité en commun qui crée ce lien²³⁴⁷. Là où le télétravail et le travail à temps partiel ne courent que partiellement le travailleur des relations sociales qu'il entretient avec l'*autre* (collègues, employeur, clients, usagers), le travail de plateforme ne connaît pas de tels interlocuteurs, puisque le travailleur est un prétendu indépendant, œuvre généralement seul et n'a de compte à rendre qu'au donneur d'ouvrage qui le sollicite. Les transformations dans le rapport de travail induites par l'expansion des nouvelles formes d'organisation du travail conduisent à de nouvelles manières de créer le «nous» dans le travail. Les travailleurs des plateformes s'organisent ainsi en communauté virtuelle, pour recréer du lien²³⁴⁸.

La numérisation tend à émietter la possibilité de mobiliser des forces collectives, chacun étant reclus dans sa place de travail individuelle – virtuelle ou réelle –, invisibilisant la personne du travailleur et le produit de son travail. Dans le cas du *microtasking* tout particulièrement – consistant à exécuter des micro-tâches routinières –, l'effet observé est une *déshumanisation* complète du travailleur, celui-ci étant anonyme du point de vue du client, responsable de la réalisation de tâches si fragmentées qu'il n'est plus traité et considéré au travers de son identité individuelle²³⁴⁹.

La question de la religion dans les rapports professionnels ne se pose même plus dans un tel cas de figure, le travailleur n'ayant de contact social ni avec des clients, ni avec des collègues, ni avec un employeur – ce dernier ne se reconnaissant d'ailleurs pas ès qualités. Puisqu'il travaille généralement seul, à domicile, avec des horaires plus ou moins irréguliers, l'absence totale d'interaction avec autrui fait perdre toute raison

²³⁴⁵ VALENDUC/VENDRAMIN, 10 et 47.

²³⁴⁶ STIEGLER, *Emploi*, spéc. 12 et 36, distingue avec véhémence l'emploi, devenu absolument *entropique* (production du standardisé, répétition machinale, démotivation) du travail, qui est *néguentropique* (production de l'inattendu, de l'improbable, de l'inespéré).

²³⁴⁷ MARTIN, 625 ss.

²³⁴⁸ Katherine V.W. STONE, «A Labor Law for the Digital Era», *Employee Responsibilities and Rights Journal* 2009 145-161.

²³⁴⁹ DE STEFANO, *Just-in-time workforce*, 4.

d'un examen juridique de son appartenance et de ses pratiques religieuses dans ses relations avec autrui²³⁵⁰.

B. Gouvernamentalité algorithmique et son effet sur la religion au travail

La transformation numérique de l'économie n'est pas un phénomène exempt de tout soubassement idéologique. S'inscrivant dans la logique de l'externalisation à l'œuvre depuis un certain nombre d'années, elle vient compléter un processus marqué par une recherche amplifiée de gains de productivité. La financiarisation de l'économie, concrétisant le rêve d'une maîtrise totale de l'entreprise par le calcul, avait déjà largement conduit à faire advenir, au-delà du gouvernement des hommes (rationalisé dans l'entreprise par le taylorisme et le fordisme déjà²³⁵¹) une gouvernance par les nombres (où les acteurs de l'économie réagissent essentiellement à des signaux envoyés par les règles comptables)²³⁵².

L'objectif avoué des entreprises de la *tech* est bien, à terme, l'abolition de la nécessité de recourir au travail humain, ce dernier étant une *charge* comptable et non une *valeur*²³⁵³. Face à ces évolutions, l'on peut tenter d'esquisser l'évolution de la liberté de religion du travailleur qui fera face à un employeur par la médiation d'un algorithme (1) et celle de l'interdiction de la discrimination religieuse qui risque de s'amplifier avec les biais discriminatoires contenus dans les algorithmes (2). L'on peut alors se permettre de penser qu'un nouveau droit du travail est nécessaire pour faire advenir une véritable autonomie du travailleur lui permettant d'exercer ses droits fondamentaux (3).

1. « Management algorithmique » – *Le glas des interactions travailleurs-employeurs ?*

Une caractéristique saillante du travail *via* les plateformes est la prédominance de l'algorithme dans la médiation des relations entre le travailleur et l'employeur²³⁵⁴. Négativement considéré, le « management algorithmique »²³⁵⁵ permet à un employeur de

²³⁵⁰ Il n'en va pas exactement de même pour les prestations réalisées au sein du *gigwork* (services de ménage, de course, de jardinage, de construction de meubles ou de garde d'enfants), qui ont la particularité d'être effectuées en présence du client, parfois à son domicile, avec un besoin de confiance important envers le prestataire, HUWS/SPENCER/JOYCE, 10. Le travailleur peut cas échéant être soumis à des directives de l'employeur qui touchent à l'exercice de sa liberté religieuse, telles que l'interdiction de revêtir des signes religieux lorsqu'il est en contact avec un client ou de faire du prosélytisme dans l'exécution de son travail.

²³⁵¹ Katherine V.W. STONE, *From Widgets to Digits, Employment Regulation for the Changing Workplace*, Cambridge University Press, 2010; en France Georges FRIEDMANN, *Le Travail en miettes*, Paris, Gallimard, 1956.

²³⁵² Alain SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

²³⁵³ WITZIG, *Ubérisation*, 458 s.

²³⁵⁴ Miriam A. CHERRY, « Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work », *Comparative Labor Law and Policy Journal* 2016 577-602.

²³⁵⁵ DE STEFANO, *Negotiating the algorithm*, 7 ss.

donner des instructions, surveiller et évaluer tout un bataillon de travailleurs occasionnels qu'il n'emploie pas, et s'assurer qu'ils fournissent un service réactif, homogène et standardisé²³⁵⁶. L'interaction se fait avec un «système» et plus par le ministère d'autres humains; sans «boîte de dialogue» avec l'employeur, nulle discussion ni accord possible, point de fenêtre pour un aménagement individualisé du rapport juridique et des pratiques religieuses²³⁵⁷.

Même la définition marxiste du contrat de travail en ressort bouleversé, car comment qualifier la lutte des classes quand les travailleurs se rebellent non contre leurs congénères propriétaires des facteurs de production, mais contre une mise à jour logicielle communiquée par leur *smartphone*, dénué de tout sentiment? Si l'on fait assumption que les droits fondamentaux permettent l'épanouissement de la personne au travail²³⁵⁸, leur exercice dans un contexte sans lieu de travail ni même reconnaissance d'une telle relation de travail par l'une des parties est à peine envisageable²³⁵⁹. La question de la religion en devient presque étrangement incongrue.

Même lorsque le système ne se présente que comme une simple recommandation ne se substituant pas à la décision humaine, des facteurs relatifs à l'organisation du travail, à l'évaluation de la productivité professionnelle dans lequel intervient le processus décisionnel mais aussi des facteurs relatifs à la psychologie de l'opérateur humain ayant à suivre ou à s'écarter de la recommandation automatique (sa plus ou moins grande aversion au risque, son sens plus ou moins aiguë de la responsabilité individuelle, ses prédispositions à se soumettre ou à résister aux injonctions d'accélération des processus décisionnels) peuvent augmenter considérablement la force normative de la recommandation automatique, laquelle pourra être, dans certains cas, ignorée

²³⁵⁶ Sarah O'CONNOR, «When your boss is an algorithm», *Financial Times*, 8 septembre 2016, trad. fr. «Mon patron est un algorithme», *Courrier international*, 13 octobre 2016: «Des travailleurs sans lieu de travail, en grève contre une entreprise qui ne les emploie pas, encadrés non par des supérieurs mais par un algorithme en contact avec eux par l'intermédiaire de leur *smartphone*, et qui se rebiffent contre la dernière mise à jour d'une application».

²³⁵⁷ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail: pour un travail décent dans le monde en ligne*, Genève, 2019, 10.

²³⁵⁸ Assertion de plus en plus affirmée jusque dans des textes de nature juridique, tels que le considérant 9 de la directive 2000/78/CE ou dans les conclusions d'avocats généraux dans des arrêts de la CJUE, p.ex. § 4 des conclusions de l'avocat général Evgeni Tanchev dans l'arrêt *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, C-414/16, et § 71 des conclusions de l'avocate générale Eleanor Sharpston dans l'arrêt du 14 mars 2017, *Bougnanou et ADDH c. Micropole SA*, C-188/15.

²³⁵⁹ Le travailleur étant surveillé étroitement et en continu, à un niveau que les tayloristes les plus enhardis n'auraient pas même envisagé selon Jeremias PRASSL, professeur de droit à l'Université d'Oxford, in Sarah O'CONNOR, «When your boss is an algorithm», *Financial Times*, 8 septembre 2016; dans un sens similaire Aneesh ANEESH, «Global Labor: Algoratic Modes of Organization», *Sociological Theory* 2009 347-370.

ou au contraire quasiment automatiquement et intégralement transposée dans la décision de l'opérateur humain²³⁶⁰.

2. Algorithmes, systèmes de notation et biais discriminatoires

Avec l'avènement de l'algorithmisation des services assiste-t-on à la tentation de réduire systématiquement toute expérience humaine vécue à une note – souvent sur une échelle de 1 et 5 et prenant trivialement la forme d'étoiles²³⁶¹. Cette notation dépouillée de tout argumentaire constructif et raisonné est de plus en plus le fait non pas de l'employeur mais du client²³⁶². Parmi les nombreuses conséquences observées de cet acte moins anodin qu'il n'y paraît se trouve le risque de discrimination subi par le travailleur, qu'on aurait cru expurgé par le «management algorithmique», supposé exempt de toute appréciation arbitraire.

Il en est tout autre: la modélisation algorithmique peut, au lieu de neutraliser les biais et préjugés humains, ne faire que les enregistrer et les «naturaliser» (les transformant en «données»), les rendant, en tant que «biais», imperceptibles, pis incontestables²³⁶³. De nombreuses études ont déjà relevé la discrimination religieuse, consciente ou inconsciente, engendrée par les processus algorithmiques entourant la notation des travailleurs de l'économie digitale – dans la sélection du prestataire notamment²³⁶⁴.

Au stade de l'embauche, des systèmes robotiques sont déployés pour assister l'employeur dans le processus d'embauche, avec un risque de dérives dans la programmation de l'algorithme procédant au tri des candidats et dans les questions posées à ces derniers. Des avertissements ont été émis en raison de la possibilité d'évincer des candidats en fonction de critères constitutionnellement réprouvés (ethnie, religion, genre),

²³⁶⁰ Ce qui disparaît ici, ce sont les occasions, pour les managers humains, de diverger de la décision «optimale» en raison d'une incitation – incalculable – à la clémence, à la générosité ou à la solidarité, irréductibles aux seuls arguments quantitatifs. À force de n'être pas utilisée, c'est la capacité des opérateurs humains à évaluer par eux-mêmes les situations qui leur sont présentées qui risque de s'éteindre à terme, ROUVROY, 37 s.

²³⁶¹ Pour une enquête sur les effets dystopiques de ce système, lire Vincent COQUAZ/Ismaël HALLISSAT, *La nouvelle guerre des étoiles*, Paris, Kero, 2020.

²³⁶² Jean Christophe SCHWAAB, «Les nouvelles tendances en matière d'évaluation du personnel et le droit du travail», *DTA* 2019 103-119. Sur le transfert subreptice du pouvoir de direction au client, Frederick TAYLOR écrivait, dans sa pièce maîtresse *The Principles of Scientific Management*, 1911, que l'on oublie souvent le rôle du client comme destinataire final du service ou de la marchandise dans la structuration de la relation de travail (cité par Sarah O'CONNOR, «When your boss is an algorithm», *The Financial Times*, 8 septembre 2016).

²³⁶³ Sur les opportunités et risques des algorithmes face à l'interdiction de la discrimination, cf. COMITÉ D'EXPERTS SUR LES INTERMÉDIAIRES D'INTERNET (MSI-NET), *Algorithms and Human Rights, Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2018, 27 s.

²³⁶⁴ Cf. Christoph LUTZ/Gemma NEWLANDS, «Choice and Discrimination in the Sharing Economy», *SSRN* 3241682, 14 mai 2018, qui passent en revue les principales études ayant pointé du doigt ce problème.

l'algorithme ne faisant que répéter un comportement humain codé en langage informatique et fondé sur les choix subjectifs de son programmeur²³⁶⁵.

La renonciation à comprendre les causes des phénomènes au profit de la recherche de prédictions sur une base purement statistique, c'est aussi la renonciation à connaître et à changer les conditions des faits. Si la rationalité algorithmique dispense de s'interroger sur les raisons pour lesquelles, par exemple, dans les bases de données obtenues auprès des employeurs d'une région, on retrouve, parmi les employés exclus prématurément de la force de travail, ou n'ayant pas obtenu d'avancement, d'avantage de personnes désignées comme appartenant à un certain groupe religieux déterminé, la cause (les tendances discriminatoires dans la société), devient imperceptible alors que se construisent sur cette base des «profils» d'employabilité accaparant le statut de «fait objectif»: la déduction pratique, ou la recommandation automatisée à destination des gestionnaires de ressources humaines sera celle-ci: «les personnes appartenant à certains groupes religieux sont, statistiquement, professionnellement moins performantes», sans que les discriminations, qui sont les conditions de ce «fait», soient encore perceptibles comme problématiques²³⁶⁶.

Le droit peine actuellement à réguler ces procédés algorithmiques en vue d'éviter les discriminations susceptibles d'affecter les travailleurs, en raison de difficultés de preuve, de l'absence de sanctions dissuasives et de l'application sélective de motifs spéciaux de discrimination²³⁶⁷.

3. *Un nouveau droit du travail pour une véritable autonomie du travailleur*

La gouvernementalité algorithmique inverse de surcroît la relation hiérarchique traditionnelle entre causes et effets, de sorte que les gouvernements ne cherchent plus à agir sur les causes mais simplement à contrôler les effets, présupposant que le but de toute politique est l'efficience, quantitative par nature, et non les valeurs, difficilement

²³⁶⁵ WILDHABER, 213 ss.

²³⁶⁶ ROUVROY, 38; cf. aussi le rapport de l'AGENCE EUROPÉENNE POUR LA SÉCURITÉ ET LA SANTÉ AU TRAVAIL, *La SST et l'avenir du travail: avantages et risques de l'utilisation d'outils d'IA dans un environnement de travail*, 2019, 5.

²³⁶⁷ Isabelle WILDHABER/Melinda F. LOHMANN/Gabriel KASPER, «Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz», *RDS* 2019 I 459-489, qui mettent en exergue les risques induits par le fait que notre système juridique est largement dominé par le paradigme de la *causalité* tandis que de nombreux biais discriminatoires induits par les algorithmes le sont par la *corrélation* croisée de données; ROUVROY, 39, propose de donner à l'individu le droit d'exiger que toute décision l'affectant de manière significative et prise sur le fondement d'un traitement automatisé de données soit dûment motivée au regard de la situation singulière de la personne concernée, en mettant à charge de celui qui s'aide des dispositifs dits automatiques pour prendre la décision, la preuve de l'absence d'effets discriminatoires lorsqu'existe un soupçon de discrimination indirecte, se heurtant cependant aux incertitudes subsistantes quant à l'applicabilité aux relations entre particuliers de l'art. 14 CEDH.

quantifiables²³⁶⁸. L'État devient ainsi transformé en une entreprise où le bon fonctionnement de tous les détails de la vie est une fonction mécanique prise en charge, où l'on retrouve l'idée de l'État-Entreprise à son acmé²³⁶⁹.

Ces *dirruptions* ne sont pas bonnes ou mauvaises en elles-mêmes; elles pourraient aussi, selon la voie que l'on choisit, faire advenir une troisième ère, après celles de l'État-gendarme et la libéralisation du travail (au prix de son aliénation) et de l'État-providence et la protection des travailleurs (au prix de leur subordination), celle de l'émancipation des travailleurs (au prix de leur responsabilité), leur permettant d'exercer leurs droits fondamentaux (y compris la liberté religieuse) avec une plus grande flexibilité et une véritable autonomie²³⁷⁰.

Il faut alors fonder une gouvernementalité algorithmique de droit sur un nouveau droit du travail tout aussi bien que sur une nouvelle conception du travail. Le nouveau droit du travail devrait constituer une nouvelle époque du travail ne pouvant être pensé que dans, depuis et comme un champ de possibles d'emblée économique *et* politique²³⁷¹. Cela suppose en tout premier lieu de quitter la fiction élaborée par la pensée économique capitaliste consistant à dissocier le travail de la personne qui l'accomplit²³⁷².

III. Une harmonie à trouver entre liberté et neutralité religieuse au travail

Au terme de notre étude, une lecture en filigrane de la casuistique rendue à propos des conflits de religion au travail met au jour, plus que d'un manichéisme presque de

²³⁶⁸ Evgeny MOROZOV, «The rise of data and the death of politics», *The Observer*, 20 juillet 2014.

²³⁶⁹ Robert MACBRIDE, *The Automated State: Computer Systems as a New Force in Society*, Chilton Book Company, 1967.

²³⁷⁰ SUPIOT, Introductory remarks, 154.

²³⁷¹ Et qu'il faut penser comme constituant diverses modalités du savoir (vivre, faire, concevoir), STIEGLER, *Société automatique*, 298, pour qui le capitalisme computationnel et la société intégralement automatisée n'autorisent les libertés intellectuelles et spirituelles à «prosperer» par la flexibilisation du temps et du lieu de travail induite par la numérisation du travail que si l'on confond *emploi* et *travail*. Le travail en qu'*ergon*, c'est-à-dire en tant que transformation, emportant dans celle-ci un épanouissement de la personnalité du travailleur – et notamment de sa personnalité spirituelle –, n'est pas concevable si on le conçoit comme simple moyen de subsistance économique, pis, comme la contrainte de subsister. «L'emploi avait désintégré le travail comme la gouvernementalité intégralement computationnelle désintègre à présent l'individuation collective. Le travail n'est pas l'emploi». L'assomption que les relations socio-professionnelles contribuent à forger et développer la spiritualité du travailleur nécessitent de repenser le travail, comme *consistance* et *existence* et pas sur le simple plan de la *subsistance*.

²³⁷² Cette fiction finit de s'achever avec l'avènement du travail par les plateformes numériques, lesquelles fourniraient au client, selon Jeff Bezos (fondateur et CEO d'Amazon), des «humains comme services». Lire à ce titre Jeremias PRASSL, *Humans as a Service*, Oxford, OUP, 2018.

classe entre les intérêts opposés de l'employeur et des salariés, un «intérêt de l'entreprise» qui transcende les intérêts singuliers respectifs de l'employeur et du salarié, pour en devenir le *critérium* fondamental des limitations à la liberté de religion au travail (A). À partir de ce constat, le moyen de lutte face à une alternative ruineuse entre un laisser-fairisme total de l'employeur et une neutralisation tout aussi totale de la religion au travail peut passer par une démocratisation des décisions prises dans l'entreprise en matière d'aménagements religieux (B).

A. *L'intérêt de l'entreprise pour réguler la religion au travail*

L'évolution de la jurisprudence met justement en relief la *fin de «l'employeur seul juge» des intérêts de l'entreprise* (1), et la réalité suivante que *l'entreprise est plus que la somme des parties qui le composent* (2). Ce cadre étant posé, les expressions telles que «*bon fonctionnement de l'entreprise*», «*finalité du licenciement*» et «*intérêt digne de protection*» sont autant de syntagmes qui traduisent l'intérêt de l'entreprise derrière une restriction à la liberté de religion ou un licenciement fondé sur des motifs religieux (3).

1. *La fin de «l'employeur seul juge» des intérêts de l'entreprise*

Dans l'entreprise comme dans la famille ou la sphère publique, le modèle de l'autorité a été contesté depuis les années 1970, ouvrant la voie non pas à une disparition des relations de pouvoir, mais à leur profonde transformation, de deux manières principales (a). Ces métamorphoses mettent au jour un pouvoir que l'employeur exerce non pas à son bon vouloir mais dans l'intérêt de l'entreprise (b).

a. *Les métamorphoses du modèle de l'autorité – notamment patronale*

En premier lieu par un *recul du pouvoir discrétionnaire au profit d'un pouvoir fonctionnel*. Ce recul s'est traduit par un accroissement des contrôles exercés sur ceux qui détiennent le pouvoir: contrôles *a priori*, avec le développement des obligations de motivation et la fin du pouvoir de «droit divin» du patron qui gouverne par oukases; et contrôles *a posteriori*, avec le développement du rôle du juge (ce que certains ont appelé plus largement le mouvement de judiciarisation de la société). Le temps est révolu du gouvernant seul juge du bien des citoyens, du patron seul juge des intérêts de l'entreprise²³⁷³ ou du père de famille seul juge de l'intérêt de l'enfant²³⁷⁴. C'est ici que le juge joue pleinement son rôle, car il a en vérité toujours joué un rôle capital dans l'édification du droit du travail.

La transformation du pouvoir de l'employeur s'est traduite en second lieu par un *recul de la centralisation du pouvoir au profit d'une distribution des pouvoirs*. Les princi-

²³⁷³ Sur cette théorie, cf. FABRE, 29 s.

²³⁷⁴ SUPIOT, Nouveaux visages, 132 s.

pes d'égalité et de subsidiarité se sont ici conjugués pour remettre en cause toutes les formes d'organisation pyramidale du pouvoir. En droit de la famille, la dynamique de l'égalité entre hommes et femmes a conduit à un partage de l'autorité parentale, centrée sur le bien de l'enfant. En droit du travail, les syndicats, représentants du personnel et salariés ont proclamé un renforcement des droits d'expression et d'initiative dans l'organisation de l'entreprise et la réglementation des conditions de travail. Autrement dit, «le pouvoir ne décline pas, mais s'exerce sous des formes plus complexes, plus diffuses, que le droit justement a de plus en plus de mal à saisir et à encadrer»²³⁷⁵.

b. Le «pouvoir» de l'employeur exercé dans l'intérêt de l'entreprise

Sur le plan strictement juridique, la notion de «pouvoir» de l'employeur n'est pas consacrée par le droit positif, où elle est absorbée tantôt par le droit formateur tantôt par celle de l'abus de droit – dont le contrôle judiciaire du détournement de la finalité de la prérogative ne distingue pas entre «droits subjectifs» et «pouvoirs». La doctrine et la jurisprudence considèrent en Suisse le *pouvoir* de l'employeur comme l'exercice d'un droit formateur de ce dernier de modifier unilatéralement en sa faveur une situation juridique préexistante, et la mention expresse d'un «pouvoir» dans la jurisprudence est purement accidentelle en ce qu'elle est usitée génériquement pour banalement éviter la répétition des vocables «droit subjectif» et «prérogative» qui lui sont voisins²³⁷⁶.

Même une partie croissante de la doctrine suisse le dit expressément, parfois peut-être sans être sciemment consciente de la portée de la distinction qu'elle opère : les directives doivent être dirigées dans l'intérêt de l'*entreprise*, c'est-à-dire se fonder sur des critères objectifs et raisonnables, et non sur les seuls désirs égoïstes et discrétionnaires de l'*employeur*²³⁷⁷. Dans cette veine, plus l'intérêt de l'entreprise est important, plus les droits de la personnalité et la liberté de religion du salarié peuvent être atteints²³⁷⁸.

Loin de se contenter de ce flottement terminologique, des auteurs – plus nombreux dans la doctrine française – ont montré de façon plus ou moins convaincante l'autonomie relative de la notion de *pouvoir*, en tant que prérogative distincte du droit subjectif qui permet à son titulaire, l'agent juridique – l'employeur pour ce qui nous concerne –,

²³⁷⁵ *Ibid.*, 133.

²³⁷⁶ La seule occurrence de l'expression «pouvoir de l'employeur» que nous avons trouvée dans la jurisprudence publiée sur le site du TF se trouve dans l'arrêt du 27 avril 2012, 9C_401/2011, c. 5, dont on n'est d'ailleurs pas même sûr de savoir si le TF l'utilise en tant qu'expression propre ou ne fait que citer le mémoire du recourant.

²³⁷⁷ En des termes presque identiques BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321d N 33; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321d N 3, évoquent les intérêts de l'entreprise (*betriebliche Interesse*) et non ceux de l'employeur; CR CO I-WITZIG, art. 321d N 17, qui parle d'intérêt de «l'entreprise» pour édicter une directive admissible.

²³⁷⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 321d N 3.

d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien propre par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui. En effet, de même que les parents exercent l'autorité parentale dans leur intérêt propre mais aussi – et surtout – dans l'intérêt de l'enfant et les époux dans l'intérêt de la communauté conjugale, le chef d'entreprise exerce aussi son *pouvoir* dans l'intérêt de l'entreprise, groupement composé d'intérêts hétérogènes, dont le chef se voit confier une charge qu'il exerce dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien propre, le distinguant de la sorte du droit subjectif généralement reconnu à son bénéficiaire dans son intérêt propre²³⁷⁹.

Nonobstant l'absence de quelque formalisation ni même reconnaissance de la notion de *pouvoir* en droit positif suisse, celle-ci connaît quelques manifestations éparées en droit du travail, généralement sous le manteau implicite de l'abus de droit, par exemple dans la condition de la fonctionnalité de l'instruction émise par l'employeur, qui doit être en rapport avec les *besoins de l'entreprise* pour être admissible²³⁸⁰, ou dans le licenciement-fusible pour des motifs de pure convenance personnelle lorsque l'employé donne «entière satisfaction» à l'entreprise²³⁸¹.

L'hypothèse doctrinale de l'existence au moins implicite du pouvoir comme réalité juridique distincte du droit subjectif doit faire rendre compte que le droit de l'employeur d'émettre notamment des directives qui restreignent l'expression religieuse n'est pas laissé à son bon vouloir mais doit s'inscrire dans l'intérêt de l'*entreprise*²³⁸².

2. *L'entreprise est plus que la somme des parties qui la composent*

a. *L'entreprise comme communauté politique*

Quelqu'un entreprend quelque chose, c'est une *entreprise*, qui plus est *commune* lorsqu'il embarque des salariés dans son projet. Cette communauté d'action est *ipso facto* une communauté politique si l'on donne le nom de politique à toute situation de composition de puissances d'agir. Dans un système capitaliste, la «constitution» politique d'une communauté d'entreprise est conforme à l'égoïsme du désir-maître: hiérarchique et monarchique. On peut donc conclure que l'entreprise *appartient* à son propriétaire, qui dispose de trois prérogatives: d'un pouvoir législatif – par le règlement intérieur –, d'un pouvoir exécutif – par le pouvoir de direction du chef d'entre-

²³⁷⁹ En premier lieu la thèse d'Emmanuel GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985. *Contra* FABRE, N26, pas «complètement» convaincu par cette théorie, et qui qualifie le pouvoir de l'employeur de régime «protéiforme».

²³⁸⁰ TF 30 juin 2008, 2C_103/2008, c. 6.2; WITZIG, Droit du travail, N 1223; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 321d N 33, qui le dit expressément.

²³⁸¹ ATF 131 III 535. Dans le même sens plus récemment TF 1^{er} juillet 2020, 4A_50/2020, c. 2, qui justifie le caractère abusif du licenciement pour un motif de simple convenance personnelle de l'employeur car étant contraire à la «finalité» du droit de résilier.

²³⁸² Dans ce sens COUTURIER, 143 ss.

prise – et d'un pouvoir disciplinaire – qui permet de réprimer les manquements aux lois internes de l'institution.

Ainsi pourvue d'un législateur, d'un gouvernement et d'un juge, l'entreprise, en tant que société politique devrait assurer le bien commun de ses membres, avec une forme relevant davantage dans les faits de la *monarchie constitutionnelle* que de la *démocratie radicale* dans un système capitaliste libéral²³⁸³. Se dessine l'idée que l'intérêt de l'entreprise ne se réduit plus à la simple somme des intérêts particuliers de ses parties (employeur et salariés) et que la politique de neutralité religieuse doit s'inscrire dans un intérêt qui transcende celui du seul employeur en bénéficiant en quelque sorte au bien commun de l'entreprise en tant que micro-société politique²³⁸⁴.

b. L'entreprise comme communauté naturelle

Patte voyait déjà dans les années 1970 l'évolution d'un droit du travail arc-bouté sur l'«employeur» vers une prise en compte progressive de la notion de référence que devenait l'«entreprise», elle-même connaissant une évolution révélant sa dualité de finalités économique (réalisation d'un objet économique) et sociale (stabilité de l'emploi), mais qui surtout met mieux en évidence le lien réciproque des obligations respectives de l'employeur et du travailleur²³⁸⁵.

Certains auteurs, qualifiés d'«institutionnalistes», ont vu dans le fait de travailler non pour sa propre entreprise, mais pour l'entreprise d'autrui, le critère du contrat de travail. Ce faisant, les travailleurs unis dans l'entreprise formeraient, *naturellement*, une communauté qui devrait se voir reconnaître des droits propres pour défendre ses intérêts²³⁸⁶. L'entreprise représente en ce sens une «communauté du travail» qui constitue en tant que telle une «société naturelle»²³⁸⁷. L'idée est qu'«à côté des contrats, où les ouvriers interviennent comme parties, il y a l'institution organique, dont ils deviennent membres : membres solidaires dont la collaboration active et intelligente à une œuvre commune et la soumission à une même discipline font de véritables associés»²³⁸⁸.

²³⁸³ LORDON, 165, qui prône un «récommunisme» (*res communa*), soit un communisme d'entreprise égalitaire, dont la constitution est par conséquent inspirée de la république (*res publica*), puisque l'entreprise est chose commune, simplement plus étroite en nombre et en finalités que la chose publique.

²³⁸⁴ DURAND, *Notion juridique d'entreprise*, 56.

²³⁸⁵ PATTE, 568 s.

²³⁸⁶ NIKISCH, 3, «*Da abhängige Arbeit ganz überwiegend im Betrieb des Arbeitgebers geleistet wird, bilden die dort vereinigten Arbeitnehmer eine natürliche Gemeinschaft, die schliesslich mit Rechten ausgestattet worden ist zur Wahrung ihrer gleichgerichteten Interessen.*»; cf. WITZIG, *Droit du travail*, N207.

²³⁸⁷ ROUAST/DURAND, 117.

²³⁸⁸ Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912.

Sous l'impulsion de la théorie institutionnelle, l'intérêt de l'entreprise a été conçue sous les traits d'un intérêt supérieur, transcendant les différents intérêts en présence. Cette conception a été discutée sur le plan théorique et même idéologique, accusée de gommer de façon excessive la conflictualité irréductible entre les intérêts des salariés et ceux de l'employeur²³⁸⁹. Il est depuis conçu de manière fonctionnelle, comme un outil de conciliation d'intérêts contradictoires. En y faisant référence, les juges procéderaient à une mise en balance desdits intérêts dans le but de trouver un point d'équilibre²³⁹⁰.

Bien que la théorie de l'entreprise n'ait jamais vraiment pénétré le droit positif suisse – ni même français –, cette proposition a cependant connu un second souffle il y a une quarantaine d'années, les juges s'y étant référés pour consacrer progressivement l'intérêt de l'entreprise, sous des appellations diverses (l'exigence d'*objectivité* par exemple demande à l'employeur qu'il fournisse des éléments matériellement vérifiables permettant de s'assurer qu'il n'a pas agi de manière arbitraire, mais cohérente)²³⁹¹.

Elle a ainsi pu contribuer, indirectement au moins, à la limitation des prérogatives de l'employeur et à l'établissement d'un certain contrôle de ses pouvoirs, désormais tirés de la qualité du chef responsable du destin de l'entreprise et non de sa seule qualité de propriétaire. Ainsi le pouvoir d'organiser l'entreprise, de licencier, d'édicter le règlement intérieur et ses clauses relatives à la religion se trouveraient-ils limités par l'intérêt de l'entreprise²³⁹².

D'une conception négative du contrôle de finalité se bornant à vérifier que l'employeur n'agissait pas dans un intérêt strictement personnel voit-on récemment un contrôle de plus en plus exigeant s'échignant à vérifier que l'employeur agit dans un intérêt objectif et raisonnable, justifié par le fonctionnement de l'entreprise. Autrement dit, cela conduisit à *spécifier*²³⁹³ en droit l'*intérêt de l'entreprise* dans les différentes facettes du pouvoir de l'employeur (droits de licencier, d'aménager les condi-

²³⁸⁹ LYON-CAEN, Manuel de droit du travail, N 291, qui rejettera son caractère «mystificateur»; RIVERO/SAVATIER, 93, qui rejette l'absence d'une véritable solidarité psychologique entre les salariés.

²³⁹⁰ FABRE, 138.

²³⁹¹ Comme il a été fait observer, avec l'exigence d'objectivité, «l'objet du contrôle se déplace du mobile *de facto* insaisissable et *de jure* inappréciable, vers le motif, vérifiable, et à ce titre, susceptible de mise à l'épreuve», LAFIMA, 119.

²³⁹² CAMERLYNCK, 17.

²³⁹³ La qualification – ou spécification – des faits permet au juge de vérifier les conditions posées par la loi, vérification qui suppose au préalable une prise de position sur le contenu même de ces conditions: la fonction de *certification* d'une référence. Cette certification – l'érection par l'interprète de la valeur déterminante pour la signification de la norme – met en œuvre ce que TIMSIT appelle une *dialogisation des références* qui fait du juge, dans sa «dite» du droit, un libre artisan soumis à des contraintes objectives constituées par la prédétermination de la norme par le Législateur, conformément à ce que le corps social voulait instituer, Transdiction, 5.

tions individuelles et collectives de travail et d'exercer son pouvoir disciplinaire)²³⁹⁴. Qu'en est-il de cette spécification pour notre problématique ?

3. *Les différents avatars de l'intérêt de l'entreprise pour limiter la liberté de religion au travail*

On mesure donc sans mal la distance qui sépare la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral de celle qui, dans des temps plus anciens, abandonnait à l'employeur l'appréciation des motifs du licenciement. À travers la création de nouveaux motifs jurisprudentiels qui limitent le pouvoir de l'employeur de licencier à son bon vouloir, il est permis de penser que les tribunaux s'intéressent directement aux finalités légitimes du licenciement, puisqu'ils obligent l'employeur à démontrer par un argumentaire de plus en plus circonstancié, objectif et cohérent quel est l'intérêt pour l'entreprise de se séparer d'un salarié.

La «perturbation au fonctionnement de l'entreprise» par exemple est de plus en plus fréquemment invoquée par l'employeur pour refuser des demandes d'accommodement religieux cherchant à obtenir une modification du cahier des charges à la suite d'un refus d'exécuter certaines tâches pour des motifs de conscience, et constitue typiquement un autre critère objectivé qui spécifie l'intérêt de l'entreprise²³⁹⁵. Un licenciement pour des raisons religieuses parce que le travailleur n'accepte pas de travailler samedi dans le commerce de détail en raison de ses convictions religieuses alors qu'il était prévisible voire attendu qu'il travaillât certains samedis serait en principe admissible car le salarié ne serait pas en mesure d'accomplir ses obligations contractuelles²³⁹⁶. L'on discerne sans mal ici aussi la finalité de l'intérêt de l'entreprise.

Dans l'affaire de l'ouvrière de montage licenciée pour avoir porté le voile islamique au travail, le tribunal de district d'Arbon a réfuté l'argument de la «bonne collaboration» (*Zusammenarbeit*) dans la mesure où plusieurs autres salariées partageant les mêmes convictions religieuses travaillaient dans l'entreprise sans avoir été gênées par leur collègue portant le voile. Les craintes soulevées par l'employeur que ses collègues coreligionnaires viennent voilées au travail et que cela perturbe la bonne collaboration dans l'entreprise sont ainsi largement infondées, mais le tribunal reconnaît implicitement, sans développer son argumentaire, que s'il est bien fondé, le *Zusam-*

²³⁹⁴ L'on renvoie ici p.ex. au licenciement-fusible pour des motifs de pure convenance personnelle alors que l'employé donnait «entière satisfaction» à l'entreprise (ATF 131 III 535), au licenciement du travailleur âgé au bénéfice d'une grande ancienneté qui traduit une finalité sociale au pouvoir de licencier (voir les arrêts cités par WYLER/HEINZER, 821-826) ou, plus en rapport avec notre sujet, au licenciement d'un travailleur en raison de son appartenance religieuse ou de l'exercice de sa liberté religieuse sans que ça n'ait un lien avec le rapport de travail ou que ça ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 let. a et b CO).

²³⁹⁵ FABRE, 148; cf. arrêts cités *supra* Chap. 5, IV, A.

²³⁹⁶ SUBILIA/DUC, art. 336 N 25; cf. arrêts cités *supra* Chap. 5, IV, B.

menarbeit est une justification objective pour interdire le port du voile à une salariée²³⁹⁷.

Le tribunal ajoute que le droit de l'employeur d'édicter des directives en vertu de l'art. 321d CO s'exerce dans le cadre des besoins de l'*entreprise*²³⁹⁸. Si le port de signes religieux est effectivement susceptible de causer un trouble objectif dans le cas concret, cela ne suffit pas encore pour rendre licite la limitation du port de signes religieux; celle-ci devra aussi être jugée à l'aune du motif poursuivi par l'employeur et de la position hiérarchique du salarié dans l'*entreprise*²³⁹⁹. Bien que cet arrêt soit ancien, de première instance et peu développé sur ce point, il est certain que les prochaines affaires suisses seront jugées à l'aune des jugements rendus par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne.

Sur le licenciement fondé sur des motifs religieux, on présente régulièrement la proportionnalité comme fondant un contrôle du licenciement, les juges étant tenus de vérifier que le licenciement est proportionné aux faits invoqués. Mais en y regardant de plus près, il semble que cette exigence conduise en réalité à s'interroger sur les fins au nom desquelles l'employeur peut licencier le salarié. Des *faits justificatifs* à la *finalité admissible*, il n'y a qu'un pas à franchir. C'est le cas par exemple lorsque le licenciement pour un motif tiré de la vie privée du salarié, par exemple ses activités religieuses associatives, est abusif²⁴⁰⁰. Le juge se demande, sans forcément l'exprimer ainsi, si la finalité que l'employeur poursuit est légitime, en l'occurrence juger l'appartenance d'un salarié à une certaine association religieuse pour le licencier, et la réponse est le plus clair du temps négative.

Le Tribunal fédéral a également considéré que la perturbation causée au climat de travail (*Störung des Betriebsklimas*) pouvait justifier une résiliation du rapport de travail fondée sur la caractéristique personnelle d'un travailleur au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO²⁴⁰¹, motif qui pourra être invoqué pour licencier un salarié prosélyte, qui refuse de travailler avec des coreligionnaires ou sous les ordres d'une femme.

D'ailleurs, les textes des art. 336 al. 1 let. a et b CO confortent l'interprétation en vertu de laquelle la protection contre le licenciement abusif fondé sur la religion n'est pas donnée lorsqu'elle porte un préjudice au «travail dans l'entreprise», qui a pour synonymes le «bon fonctionnement de l'entreprise»²⁴⁰² ou le «travail en commun»²⁴⁰³.

²³⁹⁷ BezG Arbon (TG), 17 décembre 1990, c. 4d, JAR 1991 254, RSJ 1991 176.

²³⁹⁸ *Ibid.*, c. 4b («Dieses [Weisungsrecht des Arbeitgebers] steht dem Arbeitgeber grundsätzlich nur im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse zu»).

²³⁹⁹ VISCHER/MÜLLER, 326 N 86.

²⁴⁰⁰ FABRE, 125.

²⁴⁰¹ Expression utilisée dans l'ATF 125 II 70, c. 2c.

²⁴⁰² Expression utilisée dans l'arrêt du TAF A-4659/2010 du 14 juin 2011, c. 5.2.1.

²⁴⁰³ Expression utilisée dans l'ATF 136 III 513, c. 2.5.

Malgré le flottement terminologique qui s'observe entre le texte légal et les expressions utilisées par le Tribunal fédéral ainsi qu'entre les différentes langues des arrêts rendus, la cible du trouble causé par la religion du salarié est bien l'entreprise et non l'employeur au sens que l'effet néfaste causé par la religion ou l'exercice de la liberté de religion doit être *objectif*²⁴⁰⁴.

Une partie de doctrine suisse va dans le même sens, en disant, après lecture de certains arrêts récents en droit privé du travail, que le Tribunal fédéral se demande si le congé répond ou non à un *intérêt digne de protection*, et semble ce faisant rejoindre la logique qui prévaut en droit de la fonction publique avec cette conclusion qu'un congé pourrait être abusif s'il ne répond à aucun intérêt digne de protection²⁴⁰⁵.

B. Démocratiser l'entreprise pour mieux négocier les aménagements religieux

L'explicitation de l'intérêt de l'entreprise comme *critérium* premier de la validité des politiques de neutralité religieuse en entreprise et des limites à la restriction de la liberté de religion du salarié est une synthèse de la casuistique étudiée mais n'empêche pas que la problématique demeure et tend à s'amplifier. Il sied donc, dans ce dernier instant, de réfléchir à ce que pourraient être les termes d'un rééquilibrage entre la liberté religieuse du salarié et la neutralité religieuse que souhaite de plus en plus imposer le pouvoir patronal dans un objectif ultime de paix du travail sur la question religieuse.

Il est certes difficile d'imaginer une relation de travail satisfaisante si les parties se contentaient d'appliquer le droit de manière rigide²⁴⁰⁶. Or les alternatives au droit sont limitées aux rapports de force ou à la coopération²⁴⁰⁷. Sans aller jusqu'à l'abrogation de la subordination²⁴⁰⁸, nous sommes d'avis qu'un renforcement du rôle des salariés dans la prise de décision est une piste privilégiée pour améliorer la protection de

²⁴⁰⁴ Dans le même sens WITZIG, Droit du travail, N 751. De la perspective de la théorie de l'entreprise, la rupture est abusive lorsque ce droit a été utilisé sans que l'intérêt de l'entreprise ne le justifiait; COUTURIER, 144 ss; Cass., 25 février 1998, n° 95-44.217 (« dans l'exercice de son pouvoir de direction l'employeur peut prendre toute mesure justifiée par l'intérêt de l'entreprise »).

²⁴⁰⁵ DUNAND, La fin du contrat de travail, 71, qui parle de *motif légitime*; WITZIG, Droit du travail, N 735, qui cite TF 5 décembre 2016, 4A_439/2016.

²⁴⁰⁶ WITZIG, Droit du travail, N 124.

²⁴⁰⁷ LOKIEC, Droit du travail, 73 s.

²⁴⁰⁸ LINHART, Salariat sans subordination, perplexe face aux fameuses entreprises « libérées » censées mettre en place un management horizontal et une « holocratie » (l'organisation en cercles de décision) alors que ce label est pour l'essentiel conçu et appliqué par un modeste nombre d'entreprises, sans disposer d'enquêtes sociologiques approfondies et dont on peut soupçonner qu'il s'agit d'une énième innovation managériale destinée à convaincre les salariés de la bonne volonté des dirigeants d'entreprise et de leur capacité de faire toute sa place à la *ressource humaine*.

leurs droits fondamentaux dans une perspective de bonne collaboration dans l'entreprise (1).

Ce dialogue pour des aménagements collectivement négociés par toutes les parties prenantes (même les salariés qui ne désirent pas exercer leur liberté de religion au travail) doit être d'autant plus enclenché qu'une évolution juridique en cours finit de transformer ce qui était jadis un *salarié-citoyen* (d'abord un salarié débiteur d'obligations professionnelles) en un *citoyen-salarié* (d'abord un citoyen titulaire de droits fondamentaux)²⁴⁰⁹ (2).

Promouvoir la négociation entre les salariés et l'employeur nécessite un travail préalable de transformation des pouvoirs économiques qui excède largement le champ de la présente thèse, mais l'on peut au moins s'attarder sur les modalités et les lieux de décision appropriés pour négocier *collectivement* – c'est le cœur de notre préconisation – ces aménagements religieux, car occulter cette question, c'est ouvrir les conditions d'une négociation *formelle* mais s'éloignant d'un dialogue social *réel* (3)²⁴¹⁰.

1. *La décentralisation du pouvoir dans l'entreprise*

Commençons par asséner une évidence: la négociation contractuelle permet de discuter des aménagements religieux qui seront admis ou non, mais le règlement de l'entreprise, qui n'est qu'un acte unilatéral, ne le permet pas, ce qui crée une dissymétrie dans la prise de décisions²⁴¹¹.

À partir du constat de cette situation dissymétrique des parties au rapport de travail, et attendu le but originel du droit du travail moderne de rétablir un certain équilibre entre les cocontractants en vue de garantir la sécurité d'abord physique, puis psychique du travailleur, avant d'étendre les éléments protégés de la personnalité du travailleur à ses valeurs «affectives», «sociales» et maintenant «spirituelles», l'organisation et la mobilisation collectives des travailleurs ont progressivement été reconnues par le droit comme moyens inéluctables pour y parvenir. L'équilibre ne pouvant être obtenu au niveau individuel, seul le plan collectif est à même de l'assurer, tout du moins pour s'en approcher. Supiot le relève: «en réalité, le collectif est presque toujours présent en filigrane, même dans la définition des droits individuels conférés aux salariés»²⁴¹².

La verticalité du rapport de travail a été atténuée par la création progressive d'organes de coopération entre le capital et le travail. La création des commissions du personnel

²⁴⁰⁹ Philippe WAQUET, *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié. Du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, Éditions Liaisons, 2014.

²⁴¹⁰ SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 189.

²⁴¹¹ GAUDU, *Religion*, 66.

²⁴¹² SUPIOT, *Pourquoi un droit du travail?*, 488.

a participé, certes modestement, au rééquilibrage du pouvoir de l'employeur sur son entreprise²⁴¹³.

Depuis quelques décennies connaît-on ainsi un essor des droits d'information, de consultation et plus modestement de contrôle des représentants du personnel (*Mitbestimmung*), au point que le droit européen a obligé les pays les plus rétifs à s'y soumettre: la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne²⁴¹⁴ dispose justement à son art. 1^{er} § 3 que l'employeur et les représentants des travailleurs travaillent dans un « esprit de coopération en tenant compte des intérêts de l'entreprise » (« *Geiste der Zusammenarbeit* » dans la version allemande du texte, plus éclairante et éloquente).

En Suisse, en sus d'une communauté *personnelle* entre le travailleur et l'employeur existe au moins partiellement une communauté d'*entreprise*, instituée par la loi sur la participation²⁴¹⁵ sous l'influence du droit européen²⁴¹⁶. À l'image de la démocratie, la participation des travailleurs peut être directe (par les salariés eux-mêmes²⁴¹⁷) ou indirecte (par le ministère de la représentation, uniquement dans les entreprises occupant au moins cinquante travailleurs)²⁴¹⁸.

Cela a conduit par effet ricochet à l'éclosion d'une sphère d'autonomie juridique collective garantie aux salariés, le plus souvent *via* leurs représentants (syndicaux ou élus

²⁴¹³ Voir, en France, l'Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises (JORF du 23 février 1945), dont la troisième loi Auroux n° 82-957 du 13 novembre 1982 (JORF du 14 novembre 1982) renforce les orientations.

²⁴¹⁴ JO L 080 du 23 mars 2002, 29.

²⁴¹⁵ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (RS 822.14), dont le champ d'application concerne toutes les entreprises privées occupant des travailleurs permanents en Suisse (art. 1^{er}); WYLER/HEINZER, 670. Sur l'importance de définir les contours et donc les formes de négociation à adopter au sein de l'entreprise, FRÉTEL, 13.

²⁴¹⁶ BESSON, L'égalité horizontale, N 1324 ss, qui nie cependant, contrairement aux traditions allemande et française, une communauté *des employés* dans les relations industrielles suisses, se référant à l'absence de liens juridiques *globaux* entre les employés d'une même entreprise. La représentation du personnel en droit suisse est en outre qualifiée d'institution *sui generis* par une partie de la doctrine, la loi ne définissant pas le statut juridique et lui donnant des prérogatives qui peuvent se rattacher à différentes formes juridiques, VISCHER (trad. fr. Dominique Guex), Commentaire LTr, art. 37 N 24 ss. Selon la doctrine, la représentation des travailleurs n'a pas en tant que telle la personnalité morale, WITZIG, Droit du travail, N 1895.

²⁴¹⁷ Selon la jurisprudence, les droits de participation sont destinés à la défense collective des intérêts *communs* des travailleurs et sont exercés collectivement; il n'existe pas de droit individuel à être averti de son propre sort afin de sauvegarder son intérêt particulier, TF 31 mai 2011, 4A_173/2011, c. 4.2.

²⁴¹⁸ Art. 3 de la loi. S'il existe une représentation des travailleurs, c'est celle qui exerce les droits de participation, TF 31 mai 2011, 4A_173/2011, c. 4.2; WITZIG, Droit du travail, N 1893.

par le personnel), destinée à affranchir sur le plan collectif des travailleurs subordonnés sur le plan individuel²⁴¹⁹.

Le propos n'est pas juste de chanter les louanges de la codécision, mais de dire que si le droit du travail a désormais vocation à être construit autour de l'entreprise, notamment dans l'aménagement des politiques de neutralité religieuse et des accommodements religieux, cela ne peut se faire sans changer profondément le mode d'implication des salariés dans l'entreprise, c'est-à-dire leur participation à l'exercice du pouvoir dans l'entreprise²⁴²⁰.

2. La «citoyenneté dans l'entreprise» ou du salarié-citoyen au citoyen-salarié

Une évolution juridique concomitante à la décentralisation du pouvoir dans l'entreprise a actuellement cours: alors que le travailleur était, comme le propriétaire ou l'actionnaire, principalement appréhendé dans sa dimension patrimoniale²⁴²¹, sa personne ressurgit; dès lors, à l'individualisme contractuel classique du droit du travail se superposent à présent des droits fondamentaux individuels émergeant de la notion de protection de la personnalité²⁴²².

De plus en plus d'auteurs considèrent que le travailleur, citoyen dans la cité, doit aussi se voir reconnaître comme citoyen dans l'entreprise, le juge social devant constituer le garant de cette véritable «moralisation juridique»²⁴²³. La réalité du processus de judiciarisation du pouvoir du chef d'entreprise est aujourd'hui incontestable. Il s'inscrit fort logiquement dans un mouvement plus vaste de renforcement des pouvoirs de magistrats confrontés à des textes juridiques souvent incomplets et aptes à recevoir des interprétations évolutives, notamment dans une recherche d'une «morale» ou d'une «éthique» d'entreprise²⁴²⁴.

C'est notamment l'interdépendance des sphères publique et privé, décloisonnées par la Modernité, qui a présidé au développement de la «citoyenneté des Modernes» et l'avènement subséquent des droits fondamentaux dans l'ensemble des parcelles de la

²⁴¹⁹ SUPIOT, Nouveaux visages, 136.

²⁴²⁰ Pascal LOKIEC, «Revoir l'exercice du pouvoir dans l'entreprise», *Droit social* 2016 502-504.

²⁴²¹ À l'opposé d'un chemin qui pourrait transvaser la sphère professionnelle dans un filot clos de l'ordre juridique, «[l]e droit du travail constitu[a]nt [alors] une gigantesque situation d'exception dans l'ordre de la souveraineté politique. La majorité des droits constitutionnels s'y estompe[raient] au profit d'un droit d'un nouvel ordre, celui du travail et du commerce», Alain DENEAULT, «Quand le management martyrise les salariés», *Le Monde diplomatique*, novembre 2018.

²⁴²² LOKIEC, *Droit du travail*, 8 et 26 s.; WITZIG, *Droit du travail*, N 134.

²⁴²³ LATTES, *Subordination*, *passim*.

²⁴²⁴ Lire à ce sujet Alain SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, Thèse d'État (droit), Université de Bordeaux-I, 1979, «Compte-rendu», in *Droit social* 1980 59-72.

société, dont la sphère professionnelle, parfaitement située entre les sphères publique et privée²⁴²⁵.

Au Canada et au Québec également observe-t-on un mouvement de *constitutionnalisation* du droit du travail conféré par l'effet des chartes qui reconnaissent les droits fondamentaux dans toutes les sphères de l'activité humaine dont le travail, qui transcendent le statut de «salarié» de la personne²⁴²⁶. Selon Gilles Trudeau, sous l'impulsion des chartes et des droits fondamentaux qu'elles promeuvent, le contenu du droit du travail s'est transformé à un point tel qu'il est justifié de le qualifier aujourd'hui de «nouveau droit du travail», ce dernier prenant en compte la personne du salarié dans toute sa plénitude afin d'assurer un éventail de droits plus complets à l'individu au travail²⁴²⁷.

La subordination du travailleur ne doit pas faire oublier que le salarié demeure, en contradiction avec ce que nous avons parfois dit ou laissé entendre, un citoyen titulaire des droits fondamentaux dont la citoyenneté ne disparaît pas aux portes de l'entreprise, de sorte qu'il est désormais clamé dans une partie croissante de la doctrine que les droits fondamentaux s'appliquent en leur principe au domaine du travail²⁴²⁸.

Cette évolution doctrinale est en consonance avec ce qu'il convient désormais d'appeler la «conduite responsable des entreprises»²⁴²⁹ qui commande à ces dernières, principalement par des directives et principes directeurs internationaux, de respecter les droits de l'homme dans leur conduite générale, où qu'elles opèrent et indépendamment de leur taille et structure²⁴³⁰, même si l'État reste, il est vrai, le destinataire et le débiteur des obligations positives qui résultent des droits fondamentaux; il est néan-

²⁴²⁵ DUBOIS, 174 et 177.

²⁴²⁶ BRUNELLE/COUTU/TRUDEAU, 12 s.; Denis NADEAU, «La *Charte des droits et libertés de la personne* et le droit du travail au Québec: naissance d'un «nouveau salarié» dans un droit en mutation», *Revue du Barreau* 2006 399-419.

²⁴²⁷ TRUDEAU, L'obligation d'accommodement en milieu de travail, 185, qui cite la Cour suprême ayant souligné ce fait dans *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, § 81 s.

²⁴²⁸ Laurent GAMET, «Droits de l'homme au travail, *urbi et orbi*», *Droit social* 2016 1029-1037.

²⁴²⁹ Elle-même faisant partie intégrante de la Responsabilité sociétale ou sociale des entreprises (RSE ou CSR pour *Corporate social responsibility*) qui désigne la prise en compte par les entreprises, sur une base volontaire, et parfois juridique, de enjeux environnementaux, sociaux, économiques et éthiques dans leurs activités.

²⁴³⁰ NATIONS UNIES, HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, New York/Genève, 2015, 15: «Les entreprises devraient respecter les droits de l'homme. Cela signifie qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part» (principe n° 11). Le commentaire relatif à ce principe apporte les précisions suivantes: «La responsabilité de respecter les droits de l'homme est une norme de conduite générale que l'on attend de toutes les entreprises où qu'elles opèrent. Elle existe indépendamment des capacités et/ou de la détermination des États de remplir leurs propres obligations en matière de droits de l'homme et ne restreint pas ces dernières. Elle prévaut en outre sur le respect des lois et règlements nationaux qui protègent les droits

moins souhaitable que l'employeur privé tienne compte de ces principes et développements à l'avenir et s'adapte en conséquence²⁴³¹.

La contradiction, mainte fois mise en lumière, entre autonomie de la volonté et subordination de la volonté ne peut se concevoir que si l'on comprend que le salarié est appréhendé dans l'entreprise à la fois comme *sujet* et comme *objet* du contrat. Une raison d'être du droit du travail moderne consiste dès lors à faire ressurgir le salarié en tant que sujet de droit dans l'entreprise, autrement dit à faire ré-émerger sa personne au-delà de sa simple position contractuelle. C'est bien pourquoi certains affirment que pour faire pièce au délitement du politique par l'Entreprise, une «repolitisation ne pourra s'opérer que par une extension de la citoyenneté au-delà de la sphère publique, notamment dans l'entreprise»²⁴³².

Les lois Auroux de 1982 en France ont été précisément promulguées dans cet objectif de «promouvoir une démocratie économique fondée sur de nouvelles relations de travail, sur la restauration et l'élargissement des droits des travailleurs», en affirmant que «Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans la cité», ce qui justifie pleinement l'exercice des libertés individuelles élémentaires dans l'entreprise, avec des limites analogues à celles qui s'appliquent dans une relation opposant le citoyen à l'État, ainsi qu'un droit d'expression des travailleurs élargi sur les conditions de vie au travail²⁴³³.

Le droit français a même expressément consacré les droits et libertés des travailleurs avec la loi du 31 décembre 1992 puis la règle de l'art. L1121-1 du Code du travail qui, en matière d'atteinte aux droits fondamentaux au travail, inverse la règle et l'exception pour faire de l'atteinte l'exception et non plus la règle, ainsi que c'est le cas en droit public:

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 recherché²⁴³⁴.

de l'homme»; OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions de l'OCDE, 2011, spéc. 37 ss. En Suisse, voir CONFÉDÉRATION SUISSE, *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme – Plan d'action national de la Suisse 2020-2023*, Berne, 15 janvier 2023.

²⁴³¹ Dans ce sens – que nous rejoignons – MARTENET, L'État, la concurrence et les droits fondamentaux, 180 s.

²⁴³² Pierre MUSSO, «L'ère de l'État-entreprise», *Le Monde diplomatique*, mai 2019.

²⁴³³ Jean AUROUX, «Les droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier ministre», *La Documentation française*, septembre 1981. Pour un bilan de cette loi, lire Jacques LE GOFF, *Les lois Auroux, 25 ans après?: 1982-2007*, Presses Universitaires de Rennes, 2008.

²⁴³⁴ Cf. art. L1321-3 du Code du travail pour son pendant s'agissant du contenu des règlements intérieurs.

La genèse de cet article qui a aujourd’hui sa pleine importance trouve justement sa filiation intellectuelle dans certains auteurs des années soixante-six et quatre-vingts qui ont promu l’application des droits de l’homme dans l’entreprise et soutenu que les droits de l’employeur sont des droits subjectifs à finalité sociale (conception finaliste du pouvoir de l’employeur)²⁴³⁵.

La convergence de cette irradiation totale des droits fondamentaux dans les parcelles d’expression de la société ne doit pas s’acheminer vers une reconnaissance d’un individu-*salarie* mais d’un *citoyen*-salarie au risque de rater le coche. Car le citoyen est plus qu’un individu atomisé dans le sens où il doit se sentir appartenir à une communauté de pensée et d’action vers un but commun. Or le caractère volontaire de l’appartenance à l’entreprise a été soulevée pour affaiblir la valeur de l’idée de citoyenneté dans l’entreprise, même si dans un marché dominé par le travail salarié, cet argument perd de sa vigueur à notre sens²⁴³⁶.

Si l’on en revient aux fonctions et finalités du droit du travail, l’on se rend vite compte que la société doit reconsidérer sa hiérarchie des valeurs lorsque dans la communauté de l’entreprise l’on ne cesse de parler de citoyenneté tout en retirant le peu de pouvoir des travailleurs. Qu’elle « accepte l’idée qu’avant l’économie et ses pseudo-lois, il y a l’être social qu’incarne le travailleur avec ses besoins de sécurité et de liberté »²⁴³⁷, et que nier toute citoyenneté au travailleur créera une forme de « société vide », au sens où la base ne parviendra plus à comprendre les décisions ni à savoir où elles se prennent : « Le vide social c’est d’abord l’apparition de cette distance presque infranchissable entre la base et le sommet, le local et le global, distance créée par la disparition et l’usure de nombreux canaux, médiateurs, codes de communication. La base ne sait pas où est le « pouvoir », comment le chercher et comment s’adresser à lui pour s’en faire entendre et l’influencer »²⁴³⁸.

À dire vrai, il ne manque pas de discours sur la citoyenneté sociale, mais font cruellement défaut les pratiques qui lui donneraient un contenu réellement satisfaisant, si du moins on maintient une définition un peu exigeante de la citoyenneté²⁴³⁹.

Pour autant, cette tendance du droit du travail à basculer dans la logique du droit public (sa « constitutionnalisation »), c’est-à-dire à être traité comme un droit de la relation de pouvoir, est démontrée par le raisonnement suivi tant par la Cour de justice de

²⁴³⁵ FABRE, 88 ss et 114 ss.

²⁴³⁶ Tiennot GRUMBACH, « Citoyenneté, entreprise et contrat social », *Droit Ouvrier* 1995 235-257.

²⁴³⁷ Danièle LINHART, « Travail en miettes, citoyens déboussolés », *Le Monde diplomatique*, juin 2002.

²⁴³⁸ Yves BAREL, *La société du vide*, Paris, Seuil, 1984.

²⁴³⁹ Robert CASTEL, « La fin du travail, un mythe démobilisateur », *Manière de voir*, décembre 2017 – janvier 2018 (n° 156), 70-72.

l'Union européenne que par la Cour européenne des droits de l'homme, qui se caractérise par une série d'étapes (clause contractuelle ou règlement interne pour la base légale, nécessité d'une justification à l'ingérence dans les droits fondamentaux du travail s'apparentant au critère de l'intérêt public²⁴⁴⁰ et aptitude et nécessité de la mesure restrictive de l'employeur pour la proportionnalité) ressemblant furieusement à la méthode adoptée par les tribunaux dans les litiges opposant l'État au citoyen en matière d'atteinte aux droits fondamentaux. Cette logique de droit public n'est pas si étonnante; elle ne fait que révéler la nature verticale et hiérarchique du rapport de travail, à mille lieues de son classement idéologique dans la matrice égalitaire et commutative depuis le XVIII^e siècle.

En ce sens la constitutionnalisation du droit du travail, bien qu'elle ne résolve pas les grands problèmes inhérents au salariat, présente l'avantage d'armer les salariés désireux d'exercer leurs droits fondamentaux, en premier lieu leurs libertés idéales. Reste ultimement à savoir sous quelles modalités entreprendre cette négociation des aménagements religieux.

3. *Des aménagements religieux collectivement négociés au sein de l'entreprise* a. *Aménagements religieux individuellement ou collectivement négociés ?*

L'expansion du droit à la négociation ne vient que prolonger le mouvement de décentralisation du pouvoir patronal, laissant place à des décisions négociées, à la légitimité plus forte, qui «démocratisent» en quelque sorte le pouvoir patronal. Cette distribution du pouvoir du haut vers le bas ne s'arrête plus au niveau des institutions représentatives. Le salarié lui-même se voit octroyer des droits nouveaux qui lui permettent, sous certaines conditions, de s'affranchir momentanément du lien de subordination. La clause de conscience reconnue à certaines professions (par exemple au médecin en matière d'avortement) en est un exemple, puisqu'elle fait du salarié le seul juge du comportement qu'il convient d'adopter face à une situation de travail sélectivement déterminée²⁴⁴¹.

Mais à force d'avoir individualisé la relation de travail, l'entreprise trouve en retour des individus défendant avec pugnacité leur liberté de religion – et autres libertés individuelles fondamentales²⁴⁴². La revendication individuelle, dans un état d'atomisation salariale exacerbée qui fait une bonne part de son impuissance, ne mène cependant

²⁴⁴⁰ Qui n'est pas public au sens où il n'intéresse pas l'État en tant que tel, mais est détaché de la subjectivité de l'employeur, justifié par des éléments objectifs externes (chez les clients ou les usagers, ou dans les conflits sociaux pouvant survenir entre ses «sujets»). Où l'on retrouve, sous un autre manteau, l'intérêt de l'«entreprise» ne se confondant pas avec celui du seul employeur, comme pour l'État qui ne pense pas par lui-même, mais doit demeurer neutre pour assurer la paix et le vivre ensemble sur son territoire.

²⁴⁴¹ SUPLOT, Nouveaux visages, 136.

²⁴⁴² RAY, Libertés, 132.

nulle part : «La résistance aux contraintes de travail passe par les collectifs du travail», assèment en chœur les sociologues du travail²⁴⁴³. Nous préférons y substituer une conception organique et collective de l'exercice des droits fondamentaux dans les rapports de travail.

L'individualisation du droit du travail peut être certes analysée comme la chance d'un desserrement des contraintes que le groupe exerce sur l'individu, autrement dit comme un facteur de libération et de responsabilisation. Au lieu que l'expression de ses croyances religieuses soient prises en charge ou définies collectivement (par l'employeur, l'État, le syndicat), c'est le salarié lui-même qui deviendrait l'artisan de ces différents aspects de sa vie professionnelle. Mais on peut à rebours voir dans l'individualisation le risque d'une réduction de la protection de l'individu par le groupe, autrement dit comme un facteur d'anomie, puisqu'il se retrouvera seul.

Tandis que la définition collective des règles régissant la relation de travail donnait à chaque salarié des titres juridiques opposables au pouvoir patronal, l'individualisation se réduit à un démantèlement de ces droits enracinés dans le collectif : «La Terre promise de l'individu maître de sa destinée, ne sera accessible en effet qu'au petit nombre de salariés capables de donner un contenu concret à ces droits individuels. Pour tous les autres, le reflux des protections collectives laissera la place nette à de nouvelles formes de normalisation et d'exploitation (dans et hors l'entreprise)»²⁴⁴⁴.

Certains mettent en garde de ne pas favoriser une exacerbation d'un individualisme juridique qui se ferait au détriment des intérêts collectifs dont le droit du travail doit rendre compte²⁴⁴⁵. Ce faisant, la fonction essentielle du conflit au travail sur telle revendication religieuse de tel travailleur se moulerait pleinement dans l'élément dominant de la conscience juridique moderne, celui de la reconnaissance et de la *consécration* de droits subjectifs préexistants ; une symétrie orthogonale d'une structure juridique qui s'évertuait jadis, sous le prisme du droit objectif, à garantir un équilibre entre les positions dans l'ordre social pour une harmonie générale²⁴⁴⁶.

En ce sens, l'accommodement raisonnable a en ligne de mire la spécificité individuelle avant tout. Il peut avoir pour effet d'occulter l'action collective au profit de l'intérêt individuel, dont la lame de fond – le rayonnement irradiant des droits fondamentaux dans tous les espaces de la société – rend l'action collective telle qu'envisagée par le Code du travail québécois plus difficile²⁴⁴⁷. C'est en faisant prévaloir l'intérêt collectif, quitte à gommer à l'occasion la différence entre individus ou certains intérêts

²⁴⁴³ LE FLOCH, 27.

²⁴⁴⁴ SUPLOT, Pourquoi un droit du travail ?, 490.

²⁴⁴⁵ GAUDU, Religion, 71.

²⁴⁴⁶ Louis GERNET, «Sur la notion du jugement en droit grec», in ID., *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, Sirey, 1955, 61-81.

²⁴⁴⁷ TRUDEAU, L'effet structurant, 202.

individuels, que la possibilité de meilleures conditions de travail pour tous sera maximisée²⁴⁴⁸.

Si la constitutionnalisation du droit du travail a aidé à assurer la dignité de l'homme dans toutes ses dimensions, elle peut aussi affecter la solidarité nécessaire à la poursuite de l'action collective au travail en raison de la focalisation sur l'individu au lieu du collectif²⁴⁴⁹. Ce faisant, la préséance que la Charte accorde aux droits fondamentaux individuels peut alimenter le risque d'un déplacement des solidarités de la «classe» des travailleurs, concurrencée dorénavant par d'autres regroupements, fondés davantage sur des valeurs religieuses ou des considérations identitaires²⁴⁵⁰.

C'est pourquoi l'appel séduisant d'une importation en Europe continentale des accommodements religieux ne doit pas masquer le risque d'un effritement de la *Philia*, cet esprit de communauté qui fondait l'unité de la *polis* dans la démocratie athénienne en permettant à des citoyens d'origines, de fonctions et de rangs divers d'apparaître d'une certaine façon «semblables» les uns aux autres²⁴⁵¹.

b. L'entreprise comme espace topologique adéquat pour négocier les aménagements religieux

Quant à savoir quel échelon entre l'entreprise et la branche est plus adéquat pour discuter des aménagements religieux, il ne fait pas de mystère que c'est la première option vers laquelle il convient de se tourner. Certes existe-t-il une communauté d'intérêts et d'aspirations entre salariés de la même profession. Mais c'est aussi, et d'abord, entre salariés d'une même entreprise qu'il y a avantage à se solidariser au lieu de rester isolés les uns des autres, puisque la religion n'est nullement une problématique partagée par une branche professionnelle: «Le législateur ne doit-il pas reconnaître et organiser la solidarité naturelle des travailleurs à l'usine?» se demandait Gaston Morin il y a plus d'un siècle²⁴⁵².

La «négociation d'entreprise», décriée en France en ce qu'elle risque de niveler vers le bas certains acquis sociaux (salaires minimaux, aménagements du temps de travail) durement négociés au niveau de la branche, est plus pertinent en revanche pour les aménagements religieux au travail, car il ne s'agit pas là d'une condition de travail relative à l'avoir (meilleur salaire, meilleur horaire) mais d'un élément accessoire, adventiste et étranger au contrat de travail et donc à toute lutte sociale marquant de son fer rouge l'histoire de la négociation sociale.

²⁴⁴⁸ Cette logique collective et la mise en veilleuse des intérêts individuels sont en exergue dans la décision de la Cour suprême dans *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207.

²⁴⁴⁹ TRUDEAU, L'obligation d'accommodement en milieu de travail, 194.

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, 202.

²⁴⁵¹ VERNANT, *Origines de la pensée grecque*, 68.

²⁴⁵² MORIN, *Révolte des faits*, 52.

À rebours des accommodements *individuellement* accordés, nous préconisons ainsi l'entreprise comme espace topologique adéquat pour négocier les aménagements religieux au travail. Contre le fractionnement des rapports de travail ayant abouti en un dialogue inégal d'un tête-à-tête de l'employeur avec chacun de ses salariés plaide-t-on le collectif des travailleurs comme interlocuteur privilégié. Les salariés d'une même entreprise constituent de fait une collectivité organisée (la représentation du personnel), ayant sa propre structure, ses propres moyens d'expression et d'action dans ses rapports avec l'employeur²⁴⁵³.

La linguistique nous aide aussi à faire la part des choses. L'allemand opère une distinction terminologique entre deux variétés de contrats que le français et l'anglais confondent : d'une part le *Vertrag*, qui implique l'idée d'un compromis entre des intérêts différents et d'autre part le *Vereinbarung*, qui implique l'idée d'une union en vue d'un intérêt commun. Le syndicat et le patron sont parties à des *contrats* (*Tarifvertrag* en droit allemand et *Gesamtarbeitsvertrag* en droit suisse), mais les accords conclus au sein de l'entreprise entre l'employeur et le conseil d'entreprise sont des *Betriebsvereinbarungen*²⁴⁵⁴.

Si en Allemagne, la «constitution d'entreprise» (*Betriebsverfassung*) doit permettre aux travailleurs d'exercer une véritable influence sur la direction de l'entreprise²⁴⁵⁵, en Suisse la participation collective est extrêmement limitée comme nous l'avons vu²⁴⁵⁶. Une initiative ambitieuse sur la participation dans l'entreprise, lancée en 1976, avait en effet été rejetée. Le modèle traditionnel de l'*information-consultation* en vigueur en Suisse est à ce titre insuffisant pour proposer un tel virage vers une *codécision* entre salariés et employeur sur la place des aménagements religieux dans l'entreprise²⁴⁵⁷. Or cela ne peut se faire sérieusement que si la décentralisation de la production normative vers l'entreprise s'accompagne d'un transfert de pouvoir aux salariés, c'est-à-dire d'une forme soit de codécision, soit de consultation obligatoire avec participation active du personnel²⁴⁵⁸. C'est là une condition *sine qua non* pour rééquilibrer réellement le rapport entre employeur et personnel.

²⁴⁵³ Charles FREYRIA, «Les accords d'entreprise atypiques», *Droit social* 1988 43.

²⁴⁵⁴ SUPIOT, *Loi ou contrat?*, 119 s., et les réf. citées.

²⁴⁵⁵ NIKISCH, 11. Voir la *Betriebsverfassungsgesetz* dans sa version du 25 septembre 2001 [BetrVG; BGBl. I S. 2518].

²⁴⁵⁶ WITZIG, *Droit du travail*, N 1890.

²⁴⁵⁷ En effet, bien que la loi sur la participation commande une collaboration de «bonne foi» entre l'employeur et la représentation des travailleurs dans le domaine de l'exploitation de l'entreprise (art. 11), les droits de participation se résument à un «droit à l'information» général sur les affaires de l'entreprise qui ont une conséquence sur l'emploi et le personnel (art. 9) et à des «droits de participation particuliers» dans des domaines ponctuels exhaustivement listés à l'art. 10 et concernant surtout la santé et à la sécurité au travail. Pour une liste complète et détaillée, cf. WYLER/HEINZER, 1203 ss.

²⁴⁵⁸ En France, lire Christophe CLERC/Gilles BÉLIER, «Quel avenir pour une codétermination à la française?», *Revue de droit du travail* 2014 600-606.

Évidemment, si les aménagements individuels sont plus avantageux que les aménagements collectifs, parce que les salariés travaillent dans des microentreprises où seul un salarié ou un petit groupe de salariés désire des aménagements religieux, quels qu'ils soient (horaires adaptés en fonction des heures de prières ou menus respectant les prescriptions religieuses), la négociation individuelle sera privilégiée, de même que la question ne se pose pas dans le cas où ces aménagements sont légalement prévus par des dispositions légales, tels que la demande d'absence pour participer à des fêtes religieuses (art. 20a al. 2 LTr).

Notre proposition d'un dialogue social renforcé vaut en revanche lorsque les revendications sont des expressions collectives (telles que l'aménagement d'une salle de prière), lorsque des tensions entre salariés, pis des dérives communautaires surviennent, lorsque l'employeur souhaite élaborer une politique de neutralité religieuse²⁴⁵⁹ ou plus généralement qu'un guide sur les pratiques religieuses autorisées et interdites est envisagé – comme c'est le cas dans un nombre croissant de grandes entreprises –, alors tous les salariés intéressés devraient avoir voix au chapitre et concourir à leur élaboration en vue d'une meilleure acceptabilité pour une paix du travail dans l'entreprise.

Concrètement, l'on pourrait instaurer soit un véritable droit de codécision du personnel avec contrôle judiciaire («codécision forte»), soit une consultation obligatoire du personnel avec une participation active de ce dernier («codécision douce»), pour les clauses du règlement du personnel – lequel s'édicte généralement sans la participation de ce dernier – qui ont un effet tangible sur les droits fondamentaux des salariés²⁴⁶⁰. La seconde solution a cependant le mérite d'éviter que l'employeur, qui dans cette hypothèse est celui qui prend la décision ultime, ne puisse s'exonérer de sa responsabilité en cas de contestation judiciaire de la politique religieuse élaborée en la rejetant sur le personnel qui est codécisionnaire. Le risque de «tyrannie de la majorité» ne pouvant jamais être écarté dans l'entreprise à l'endroit de salariés minoritaires, la «co-

²⁴⁵⁹ Lorsque l'employeur édicte une politique de neutralité religieuse pour prévenir les conflits sociaux, la Cour de justice de l'UE cite en démonstration que cette volonté correspond à un «besoin véritable» (condition désormais requise par la jurisprudence de la Cour) des antécédents de conflits survenus entre employés attribuables aux différentes religions présentes dans l'entreprise (CJUE 15 juillet 2021, *Wabe et MH Müller Handel*, C-804/18 et C-341/19, § 36), ce qui constitue la démonstration que lorsque le motif d'interdiction des signes religieux visibles se fonde sur un rapport *interne* à l'entreprise (soit entre les salariés), sa justification au moins partielle se situe dans l'existence de conflits entre salariés, et que leur avis n'est pas totalement dénué de pertinence.

²⁴⁶⁰ Cf. p.ex. l'art. 37 al. 4 LTr disposant, à propos du règlement d'entreprise qu'est tenue d'avoir toute entreprise industrielle, que «l'employeur peut soit convenir par écrit du texte du règlement avec une délégation librement élue par les travailleurs, soit l'établir seul après avoir entendu les travailleurs». L'on pourrait commencer par supprimer la seconde branche de l'alternative offerte par cette disposition.

décision douce» sous forme de participation active et obligatoire du personnel à l'élaboration de la politique religieuse de l'entreprise mais avec l'employeur qui prend seul la décision ultime a l'avantage de responsabiliser l'employeur qui ne pourra pas diluer sa responsabilité en cas de politique violant les droits fondamentaux des salariés minoritaires.

Synthèse du Chapitre 8

En dernier lieu, nous avons tenté un bref essai de prospective juridique dans le *temps* afin de tenter de discerner les évolutions juridiques à venir quant à la place de la religion au travail. D'abord nous avons esquissé les principaux traits que pourraient revêtir l'entreprise de demain et la place de la religion en son sein. D'une part le «management spirituel» a réussi à domestiquer la religion pour en faire un outil de gestion managériale (I.A). Sur une seconde voie, parallèle et non perpendiculaire à la première, l'entreprise du futur, désormais dotée d'une conscience religieuse, s'ingénie à coloniser la psyché du salarié pour le faire adhérer à marche forcée à ses «valeurs» (I.B).

Le second phénomène d'ampleur, qui a déjà débuté, est la révolution numérique de l'économie et du travail, et la réflexion prospective s'est ici limitée à discerner les profondes transformations qu'elle entraîne sur la potentielle place qu'il resterait à la religion au sein d'un travail digitalisé. La flexibilisation induite par cette digitalisation ne manquera pas d'affecter en profondeur la place de la religion au travail, entre l'exercice de rites religieux facilité et l'invisibilisation de la religion du travailleur, seul, à domicile et face à son écran (II.A). Dans ce travail chamboulé, la place de la liberté de religion et de l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion s'en trouve aussi redéfinie lorsque le rapport de travail se conçoit sous le signe de l'algorithmisation, qui chambarde largement les relations sociales entre l'employeur algorithmique et le salarié, où nous avons plaidé pour un renouveau du droit du travail face à la gouvernementalité algorithmique (II.B).

Face à cette double évolution, il a fallu repenser la place de la religion dans l'objectif ultime mais impérieux de sceller une paix du travail entre tous les membres du collectif du travail (employeurs et salariés), animés par des attentes et des désirs respectifs parfaitement légitimes sur la question de la religion au travail. Une lecture en filigrane de la casuistique rendue à propos des conflits de religion au travail a fait ressortir un «intérêt de l'entreprise» qui transcende les intérêts singuliers respectifs de l'employeur et du salarié, pour en devenir le critérium fondamental des limitations à la liberté de religion au travail (III.A). À partir de ce constat, le moyen de lutte face à une alternative ruineuse entre un laisser-fairisme total de l'employeur et une neutralisation tout aussi totale de la religion au travail peut passer, ainsi que nous l'avons vu, par une

démocratisation des décisions prises dans l'entreprise en matière d'aménagements religieux, la participation active et obligatoire du personnel à l'élaboration de la politique religieuse de l'entreprise étant préférable selon nous à une véritable codécision entre le personnel et l'employeur, la première solution mettant davantage de responsabilité sur l'employeur qui ne pourra pas se défaire sur ses salariés en cas de contestation judiciaire ultérieure de salariés invoquant avec succès une violation de leurs droits fondamentaux **(III.B)**.

Conclusion générale

« En droit du travail plus sans doute qu'en aucune autre branche du droit, le <spirituel> doit l'emporter sur le <matériel>, l'inspiration humaniste doit primer la réglementation étroite et technique, car la finalité de ce droit réside dans l'homme »²⁴⁶¹.

Synthèse générale

D'abord avons-nous observé que plus qu'une confusion, c'est une multiplicité de significations qui se sont superposées dans l'histoire longue des relations ambivalentes entre la religion et le travail. Leurs rapports contemporains se donnent à voir pour leur part dans une Europe marquée par le pluralisme et l'individualisme autant religieux que juridiques, où la notion de régulation et de droit souple se juxtaposent au modèle normatif traditionnel de la réglementation – égale pour tous, unilatérale, imposée d'en haut et hors de portée des parties au rapport de travail. Au-delà de la simple confrontation entre des libertés individuelles et aux apparences antinomiques, les lames de fond que constituent la laïcité et la sécularité s'avèrent cruciales dans la formulation juridique de la problématique de notre thèse (**Chapitre 1**).

Ensuite est-il apparu que nonobstant le catalogue fourni des droits qui confèrent une protection juridique à la liberté religieuse, aucune réglementation ou norme ne vient seule éclairer l'interrogation juridique que se posent les travailleurs et employeurs quant à leurs droits fondamentaux à visée religieuse au travail. Même en combinant astucieusement et à l'envi les normes topiques, point de hiérarchisation instituée par le législateur, point de raisonnement syllogistique faisant poindre une conclusion univoque ni même générale; seules sourdent des esquisses qui ne donnent à voir qu'une

²⁴⁶¹ Paul DURAND, déclaration qui ouvre la 2^e éd. du *Traité de droit du travail* d'André BRUN et Henri GALLAND, t. I, Paris, Sirey, 1978, IX.

vague idée de l'attention consacrée par le droit positif à la religion dans les rapports de travail. À dire vrai, cette incertitude est inhérente à la loi – au sens matériel –, qui est «écriture, écriture et généralité»²⁴⁶². D'où son inadaptation – son inadéquation fondamentale, du fait de sa nature même – aux situations qu'elle doit régir, et qui amplifie l'impression de flou juridique dans l'appréhension du fait religieux dans les rapports de travail (**Chapitre 2**).

Sur le plan du droit du travail, le rapprochement progressif de la fonction publique et du droit privé du travail sur toile de fond de flexibilisation ne s'est finalement pas traduit par un assouplissement des règles de restriction des droits fondamentaux et des aménagements accrus de conditions de travail individualisées et différenciées. Cette opposition entre droit public et droit privé d'une part, entre contrat et décision d'autre part, ne doit pas être exagérée, car dans notre contexte, c'est «certainement un sujet passionnant de dogmatique juridique, [qui] n'amène toutefois aucune réponse opérationnelle aux problèmes concrets qui se posent aujourd'hui aux entités publiques dans la gestion de leur personnel», du moins pas pour la religion. En outre, nonobstant l'état de subordination qui caractérise tout travailleur salarié et qui constitue l'un des critères principaux de la mesure de ses droits fondamentaux à visée religieuse dans les rapports de travail, la constitutionnalisation de la protection de la personnalité du travailleur impose à l'employeur de respecter, dans une mesure qui s'étend progressivement, la liberté de religion de ses salariés et l'interdiction de la discrimination religieuse (**Chapitre 3**)²⁴⁶³.

Avant le début des rapports de travail, la «socialisation» du droit du travail mise en évidence n'est donc que peu d'aide pour comprendre comment interagissent la religion et le droit du travail, puisque la religion n'est pas un élément essentiel de celui-ci, mais un composant adventiste s'y greffant par-dessus dans une proportion mineure de contrats de travail, ce qui laisse une marge de manœuvre plus ou moins large aux parties pour négocier les éléments à caractère religieux avant l'embauche. Le mutisme du législateur n'y est donc point coupable, d'autant moins que la boussole de leurs interactions conflictuelles se situe inéluctablement sur le plan des droits fondamentaux, pourvus par essence d'une faible densité normative, et requérant fatalement la médiation d'un juge pour y faire émerger les limites admissibles à la négociation des parties sur ces aspects. En la matière, la lutte contre la discrimination religieuse à l'embauche en droit suisse dénote une certaine insuffisance car elle s'avère parcellaire, se construit itérativement et le plus souvent à partir d'autres normes, principalement le droit européen (**Chapitre 4**).

²⁴⁶² TIMSIT, *Transdiction*, 2.

²⁴⁶³ TANQUEREL, *Fonction publique*, 320.

Pendant les rapports de travail, la tendance observable la plus significative sur le continent est la reconnaissance juridique de la légitimité des politiques de neutralité non pas religieuse, mais *convictionnelle* (recouvrant les convictions religieuses, philosophiques *et* spirituelles), reconnaissance dont on a pu mettre en évidence la filiation avec le principe de neutralité religieuse – et non de laïcité – qui règne sans contredit dans la fonction publique. Si les employeurs ont d’abord motivé leur démarche par une volonté de projeter une *image commerciale* vis-à-vis de la clientèle, un élargissement à d’autres motifs s’est donné à voir par la suite pour légitimer une telle politique, tels que la prévention des conflits sociaux à l’*interne* de l’entreprise, obligeant la Cour de justice de l’Union européenne à jouer les équilibristes pour fixer les conditions de validité de ces politiques, avec un certain tâtonnement. Où l’on se situe face à un élan inédit d’entremêlements de motifs économiques, sociaux et politiques invoqués par les employeurs privés dans les nouvelles justifications à la limitation de l’expression religieuse au travail (**Chapitre 5**)²⁴⁶⁴.

À la fin des rapports de travail, l’employeur n’a pas pour autant carte blanche pour licencier un salarié aux convictions ou pratiques religieuses jugées incompatibles avec l’image, le bon fonctionnement ou la paix sociale dans l’entreprise. De l’alternative « démission ou soumission » est-on passé à un test de proportionnalité sensiblement plus rigoureux dans la justification objective et raisonnable de l’incompatibilité soulevée, avec un effort – modeste mais croissant – de reclasser le salarié et d’aménager ses conditions de travail avant de le congédier. *Après* les rapports de travail, la variété observée dans la qualification de la relation juridique qui lie le travailleur ecclésiastique à l’Église s’observe corollairement dans les voies de justice offertes au premier élève des prétentions patrimoniales face au second, domaine dans lequel la Cour européenne des droits de l’homme accorde une grande liberté d’appréciation aux États européens (**Chapitre 6**).

La question s’est donc posée de savoir si ce réhaussement de l’examen de proportionnalité et ces mesures de substitution avant de congédier le salarié ne sont qu’une manifestation de la considération juridico-axiologique croissante accordée à la liberté de religion et plus généralement aux droits fondamentaux ou s’ils contiennent en germes les traces d’un accommodement raisonnable pour la religion au travail? Notre recherche doctorale menée au Canada a montré que des deux côtés de l’Atlantique assiste-t-on à une crispation autour des questions de religion au travail. Si la doctrine de l’accommodement raisonnable présente des avantages évidents pour la protection de la liberté de religion du salarié, son importation dans la législation suisse et plus généralement européenne mérite une réflexion aussi prudente que critique en présence d’un donné nord-américain sensiblement différent de la culture continentale et des spécificités culturelles propres à chaque État ou État fédéré (**Chapitre 7**).

²⁴⁶⁴ VALENTIN, Perspectives, 6.

Enfin, nous avons tenté d'esquisser ce que pourrait être la place de la religion dans l'entreprise de demain, caractérisée principalement par la revendication croissante d'une identité religieuse par l'entreprise – et c'est l'élément nouveau – commerciale, s'échinant à faire de la religion un outil de management destiné à «favoriser» l'épanouissement spirituel de ses salariés²⁴⁶⁵. Et de prolonger le sentiment d'insuffisance du droit positif vis-à-vis de l'émergence de ces entreprises qui font du «management spirituel» et dont certaines se revendiquent d'une «tendance laïque», causant une *diffraction* du concept classique d'entreprise de tendance (**Chapitre 8**)²⁴⁶⁶.

Réflexions conclusives et esquisses de propositions

Accueillir des hommes et des femmes, ce n'est pas les juxtaposer mais les faire participer à un monde commun. Dès lors, une tension peut apparaître entre la visée de ce monde commun et le respect de ce que l'on appelle souvent, non sans ambiguïté, les «différences culturelles». Cette tension, qui peut mettre en jeu deux attitudes extrêmes – confusion entre intégration et assimilation négatrice de toute différence dans le premier cas, exaltation de la «différence» en un communautarisme crispé et replié dans le second cas – souvent se nourrissent l'une l'autre. La ghéttoïsation et la mosaïque des communautés juxtaposées, dont les frontières sont souvent conflictuelles, dessinent la figure d'une démocratie qui se prive de toute référence à un bien commun, et court à une conflictualité larvée ou explicite, dont les illustrations tragiques à travers le monde interpellent²⁴⁶⁷.

En Grande-Bretagne, Gilles Kepel a montré comment le communautarisme a été encouragé par l'ultralibéralisme: l'État se déchargeant de ses responsabilités en matière de justice sociale et de services publics, a joué sur le relais d'associations caritatives souvent religieuses, dont certaines ont ainsi jeté les bases d'une «islamisation par le bas», assortie d'un fanatisme identitaire. La revendication d'un code de statut personnel, en a été le trait le plus marquant. L'individu, esseulé, ayant le sentiment d'être abandonné par la sphère publique, croit alors trouver refuge et réconfort dans la chaleur d'une communauté qui exalte ses origines et restaure une référence religieuse fondatrice d'identité imaginaire²⁴⁶⁸.

²⁴⁶⁵ Lire Danielle LINHART, «Humaniser pour mieux capitaliser», *Le Monde diplomatique*, janvier 2023.

²⁴⁶⁶ Vincent VALENTIN, «La notion d'entreprise de tendance laïque», in Bernard Callebat/Hélène de Courrèges/Valérie Parisot (édit.), *Les religions et le droit du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 271-284.

²⁴⁶⁷ PENA-RUIZ, 179.

²⁴⁶⁸ Gilles KEPEL, *La revanche de Dieu. Chrétiens, juifs et musulmans à la reconquête du monde*, Paris, Seuil, 1991.

Ce refuge identitaire procède aussi d'une certaine pensée anti-Lumières, pour lequel l'individu n'a de sens que dans et par la communauté, n'existe que dans le particulier concret et non dans l'universel abstrait. Il faut donc privilégier ce qui distingue, sépare, divise les hommes : ce qui fait leur identité, irréductible à la seule raison, et bien plus vigoureuse. Cet « identitarisme », qui a cours depuis deux siècles, met paradoxalement d'accord les néoconservateurs et les intégristes religieux, qui d'une façon qui pourrait paraître inattendue, ont en commun certaines valeurs importantes. Tous privilégient l'appartenance culturelle, défendent leur « moi » historique, fondent leur identité sur un passé réel ou mythique, pensent que leur communauté culturelle a quelque chose d'unique à dire et doit rester de tout temps fidèle à elle-même²⁴⁶⁹.

La laïcité retrouve ici sa raison d'être : ce qui n'est valable que pour certains ne peut s'imposer à tous. Pour y parvenir, la puissance publique doit mettre en avant ce qui unit tous les hommes, principe d'universalité. Ainsi comprise, la laïcité n'est pas une simple option spirituelle particulière, mais constitue une condition de possibilité d'un ordre transcendantal. L'exténuation de l'exigence laïque, au nom d'une supposée tolérance, « ou par mauvaise conscience néocolonialiste », induit des effets de renforcement des crispations identitaires, ainsi confortées et légitimées dans leurs prétentions²⁴⁷⁰. Quant à dire que la laïcité est synonyme d'un monde désenchanté, prive de repères éthiques et de références transcendentes, est à discuter. La laïcité peut être une source de transcendance si, à contre-courant des poncifs et clichés réducteurs qui la qualifient d'anti-religieuse, on la définit positivement comme un principe d'affirmation exigeant de la liberté et de l'égalité, définissant un idéal dont la compréhension, dans l'ordre du droit, se suffit à elle-même, et à condition de la confronter constam-

²⁴⁶⁹ Zerv STERNHELL, « Haro sur les Lumières », *Manière de voir*, n° 152, avril-mai 2017, 72-75, et son ouvrage *Les Anti-Lumières. Une tradition du XVIII^e siècle à la guerre froide*, Paris, Gallimard, 2010. Pour Daniel Bell (1919-2011), le plus important théoricien néoconservateur contemporain, dire que « Dieu est mort revient à dire que la société est morte ». Or la culture « moderniste », celle des Lumières, qui a eu le malheur de « déplacer le centre de l'autorité du sacré vers le profane », est incapable d'offrir « un ensemble transcendantal de valeurs ultimes, ou même de satisfaction dans la vie quotidienne ». Rien ne remplace la religion comme conscience de la société : si le « nouveau capitalisme », dépourvu d'éthique morale ou transcendante, et la contre-culture hédoniste, où se perdent les valeurs américaines, ont pu apparaître, c'est en raison de l'affaiblissement de l'éthique protestante selon lui, *The Cultural Contradictions of Capitalism*, New York, Basic Books, 1978.

²⁴⁷⁰ PENA-RUIZ, 10 et 37 s., qui ajoute que la différence culturelle ou religieuse supposée insurmontable prête trop souvent son nom et son habit à l'obscur sentiment d'exclusion que provoque la violence médiatisée d'une société mercantilisée, destructrice de tout repère, et labellisée par l'incantation ronflante des « droits de l'homme » ou du « vivre ensemble », alors que dans les faits c'est à une solitude inexorable que reconduit la loi du marché. Le désenchantement n'a rien à voir avec la laïcité, même s'il semble historiquement être contemporain de son avènement.

ment aux vicissitudes de la vie humaine afin qu'elle ne se fossilise jamais en fétiche²⁴⁷¹.

Quant à la numérisation du travail, dont nous avons esquissé quelques opportunités pour l'exercice des droits fondamentaux au travail, s'avère source de dangers nouveaux si, plutôt que de mettre ainsi les ordinateurs au service des hommes, on cherche à organiser le travail des hommes sur le modèle de celui des ordinateurs. Au lieu que la subordination laisse place à plus d'autonomie, elle prend alors la forme d'une gouvernance par les nombres, qui étend aux cerveaux l'emprise que le taylorisme exerçait seulement sur les corps, en accord parfait avec la promesse néolibérale de la globalisation, c'est-à-dire d'une autorégulation de la « grande société ouverte » par les forces d'un marché devenu total. Ce n'est donc pas dans les recettes du néolibéralisme qu'on peut espérer trouver les outils juridiques aptes à domestiquer l'outil informatique afin qu'il libère les hommes au lieu de les aliéner. Administrées à doses massives dans tous les pays depuis quarante ans, ces recettes ont pu contribuer au moins partiellement à façonner un monde où nous vivons : celui de la prédation de l'économie par la finance, de la montée vertigineuse des inégalités, des migrations massives de population et, nous intéressant en particulier, du retour des fureurs religieuses et des repliements identitaires²⁴⁷².

La religion se trouve ainsi prise en étau entre des volontés d'acteurs aux intérêts antagonistes. Du côté de la firme hypermoderne, la mise à l'index du fait religieux passe par sa transformation en outil de management et par la revendication d'une identité religieuse qui veut faire adhérer les salariés aux « valeurs » de l'entreprise. Du côté de certains salariés, les revendications se sont déplacées du domaine de l'*avoir* vers celui de l'*être*, du socioéconomique (salaires décents, horaires humains) vers l'identitaire. Dans ce contexte, la question de l'expression religieuse au travail se présente sous un jour nouveau. Il ne s'agit plus d'interdire la discrimination dont certains salariés pouvaient être victimes en raison de leurs croyances religieuses, mais au contraire de fonder sur ces croyances des mesures positives et aménagements raisonnables fondant des droits particuliers que les employeurs seraient tenus de respecter²⁴⁷³.

²⁴⁷¹ Le souvenir des conflits historiques nécessaires à la reconnaissance de cet idéal ne vaut qu'à titre de la démonstration par l'absurde. Que se passe-t-il lorsque la laïcité n'existe pas ? Inquisition, guerres de religion ravageuses et persécutions visant les « infidèles » (la pensée « déviée » de sa droiture ayant été adjectivée sous de très nombreuses déclinaisons à travers l'histoire : « impie », « hérétique », « mécréant », etc.) ou les libres penseurs. Les trois grandes « religions du Livre » ont à des titres divers inspiré les violences qui résultent d'une volonté de s'imposer à tous les hommes, ce qui bien souvent a fait de chacune d'elles une victime là où elle était dominée et une source d'oppression là où elle était dominante, PENA-RUIZ, 120 s.

²⁴⁷² Alain SUPLOT, « Un autre droit du travail est possible », *Manière de voir*, décembre 2017-janvier 2018 (n° 156), 85-89.

²⁴⁷³ Ce passage du registre des libertés à celui des droits individuels n'est pas propre à l'identification religieuse, mais le domaine religieux est, l'avons-nous vu, particulièrement propice aux

Et c'est au droit du travail, véritable ornithorynque de l'ordre juridique, à l'intersection de l'individuel et du collectif, de l'économique et du social, de l'objet et du sujet de droit, de prendre en compte toutes ces évolutions. Le tout sans perdre de vue qu'il doit parvenir simultanément à garantir le collectif des salariés à double titre, dans l'entreprise et dans la société en tant que les salariés constituent une classe sociale *et* juridique distincte²⁴⁷⁴.

Dans la perspective d'une limitation de l'abus de l'employeur dans les restrictions à la liberté de religion du salarié, l'*intérêt de l'entreprise* comme centre de gravité pour admettre de telles restrictions au sein de l'entreprise nous paraît un bon point de départ de la réflexion. Sans oublier que si l'insigne mission de l'État autorise des restrictions plus larges aux droits fondamentaux de ses agents, de plus en plus d'auteurs s'amoncellent dans une position doctrinale affirmant que les limites aux droits fondamentaux ne seraient plus la règle, mais l'exception, et que cette inversion de la règle et de l'exception tendra à se poursuivre au fur et à mesure du rapprochement avec le droit privé du travail²⁴⁷⁵. En droit privé du travail, l'horizontalisation des droits de l'homme, qui intervient par la constitutionnalisation de la protection de la personnalité du travailleur d'une part, par les principes directeurs sur la «conduite responsable des entreprises» d'autre part, présage effectivement une tendance où les atteintes aux droits fondamentaux ne pourraient se justifier qu'en respectant un processus juridique proche de celui qui limite les intrusions de l'État dans les droits fondamentaux des individus.

Mais l'intérêt de l'entreprise ne suffit pas à réfréner la fragmentation de la communauté du travail qui est un constat: celle-ci est largement due aux nouvelles formes de subordination qui individualisent le droit du travail, qui investissent la psyché des salariés pour les mettre en concurrence entre eux et par la prolétarianisation des esprits induite par le capitalisme néolibéral. Lutter contre cette fragmentation ne passe pas par un clivage entre gens religieux et gens sans religion²⁴⁷⁶, qui ne ferait qu'accentuer celui-ci, mais par un déplacement de la focale sur ce qui permet de rassembler les sala-

revendications juridiques, chaque religion imposant le respect de normes différentes de celles imposées par les États ou les employeurs, SUPLOT, *Religion au travail*, 1044.

²⁴⁷⁴ Incorporation de l'individu-travailleur dans un double ensemble supérieur à lui (l'entreprise et la société), rappelée par NIKISCH, 51, qui fait carrément du droit *social* une troisième classe juridique aux côtés du droit *public* et du droit *privé*.

²⁴⁷⁵ Inversion qui rejoindra le principe dans un État de droit libéral selon lequel «la liberté est la règle, et la restriction l'exception». ATF 144 I 306 c. 4.3.4 (à propos de l'évolution des statuts du personnel sur l'interdiction de la grève); ROSELLO, N 231; HÄNNI, 166 s.; POLEDNA, 210 s., 235 ss; HÄNER, 417 s.; HÄNNI/SCHNEIDER, 156 s.; VERNIORY/WAELTI, 814 s.; WITZIG, *Droit du travail*, N 1698, par le biais de la protection de la personnalité du travailleur, norme en voie de constitutionnalisation matérielle dans les rapports de travail.

²⁴⁷⁶ Comme le soutenait Ronald DWORKIN avec son idée des religions sans dieu et de ce qu'il dénommait un «athéisme religieux» (*Religion sans Dieu*, Genève, Labor et Fides, 2014).

riés sous une bannière commune, car ce qui les relie, c'est avant tout l'appartenance à une même communauté de travail.

La voie des accommodements raisonnables en droit du travail prend alors des traits particuliers puisque l'entreprise, l'avons-nous vu, est par essence collective; la revendication individuelle devrait dès lors s'incliner devant la loi du groupe, les travailleurs devant être considérés comme des éléments juridiques *isomorphes* d'un même ensemble. La protection des travailleurs serait non seulement plus conforme à l'idéal d'une paix du travail, mais aussi plus efficace par le déploiement d'une protection collective considérée à travers leur seul dénominateur véritablement commun, la communauté qu'ils forment par leur condition de salariés dans l'entreprise, et non à travers leurs appartenances religieuses, singulières et ne les reliant aucunement.

La conjuration de cette tendance délétère peut en outre consister à distinguer les expressions collectives porteuses de normes à tendance structurante (revendications inacceptables, favorisant une communautarisation d'une partie des salariés, etc.) et celles qui ne mettent pas en danger le vivre ensemble dans l'entreprise. Pour les premières, un dialogue renforcé entre les salariés et l'employeur ainsi qu'une participation accrue de tous les membres de l'entreprise sur les aménagements religieux collectifs garantit à notre sens une meilleure acceptabilité de ceux-ci en vue d'une véritable paix au travail.

Dans notre monde globalisé, l'auditoire auquel s'adressent les tribunaux qui sont confrontés aux questions de religion au travail n'est plus cantonné à leur seule juridiction, mais ceux-ci entendent lancer les marches d'un dialogue, à présent pleinement entamé, entre les cours constitutionnelles occidentales autour de la délicate question des réponses constitutionnelles à l'identité religieuse, spécifiquement au travail²⁴⁷⁷. Au niveau local, le tiraillement entre le fondamentalisme – l'«intégrisme laïc» ici – et la déconstruction – la tentation du multiculturalisme par le démantèlement du cadre normatif pour laisser le champ libre à l'ajustement mutuel d'individus érigés législateurs d'eux-mêmes – est de plus en plus visible. C'est en s'inspirant de ce qui se fait ailleurs mais surtout en prenant appui sur sa tradition juridique propre que chaque pays peut espérer éviter ces deux écueils et faire face à la montée des revendications religieuses et identitaires. Le droit comparé a permis de montrer la diversité des montages juridiques qui ont permis à chaque pays de concilier la liberté religieuse et la nécessité d'une loi commune au travail²⁴⁷⁸.

²⁴⁷⁷ Nicolas BLANC, «Le *niqab* devant les tribunaux canadiens et la circulation occidentale du corps islamique», *Les Cahiers de la Justice*, 2014 463-479.

²⁴⁷⁸ SUPIOT, Religion au travail, 1045.

Index

A

Accommodements raisonnables 65-66, 177-178, 185-186, 303, 319, 383, **399-497**, 501-502, 540, 554
Achbita (affaire) 338-343, 349, 352

B

Baby-Loup (affaire) 509-510
Bible 36-37, 295, 361
Burqa 311-312, 314, 335, 431

C

Cérémonie religieuse 298-299
Clause nonobstant 401-402, 431-432, 440-443
Clauses contractuelles religieuses 128, **198-201**, **214-215**, 220, 375, 527
Commission Bouchard-Taylor 406, 408, 430-431, 445, 473
Communautarisme religieux (en entreprise) 175-177, 349, 366-367
Communauté religieuse: *voir* Église
Congé-modification 227-228, 239
Congé dominical 29, 241-246, 415, 423
Conflit de conscience
– Motifs 291-304, 537
– Degré de prévisibilité 191, 257, 304-306

– Conséquences juridiques 306-311, 378-379, 385, 496
Coran 238, 242, 325
Croix 83, 311-312, **319-320**, 332, 334-335, 343, 352
Crucifix: *voir* Croix

D

Dahlab (affaire) 325-326, 329, 336
Dastar 318-319
Décoration religieuse 254-255, 298
Digitalisation: *voir* Numérisation
Données personnelles religieuses 187-188, 289, 384-388

E

Effet horizontal
– Direct **123-127**, 141, 143, 184, 210
– Indirect 122-123
Église
– sphère d'autonomie 95, 98, 106-108, 138-139, 275-276, 382, 392-295
– de droit public 102, 109-112, 165-168, 213, 273-274, 388-392
– de droit privé 107-109, 188-190, 265-276
Entretien d'embauche 187 ss
Entreprise de tendance 43, 101, 107-109, 115, **137-140**, 171-177, 189, 191,

- 193, 195, 202, 210, 212-213, 215, 229, **264-274**, 278, 306, 361, 374, 376-378, 386-389, **503-512**
- «Espace social» 259 ss
- Eweida* (affaire) 108, 124-125, 206, 295-297, 310, 319-320, 330, **343-344**, 349, 381, 471, 483
- Exigences professionnelles déterminantes
- en général 169-171, 313, 340, 419-420
 - propres aux entreprises de tendance 171-175
- Expression de foi (au travail) 355-362
- Extrémisme religieux 287-290, 357-358
- F**
- Fêtes religieuses 50, 69, 81, 192, 196, 213, 244, **246-254**, 298-299, 423, 493
- Foulard: *voir* Voile
- Harcèlement religieux 362-366
- I**
- Identité religieuse (de l'entreprise) 72, 114, 139-140, **175-177**, 502, **504-508**, 510
- Interculturalisme 405-406, 489
- J**
- Jeûne religieux 303-304, 308
- K**
- Kippa 311, 380, 425
- Kirpan 255, 319, 426, 444, 449
- L**
- Licenciement pour motif religieux 81, 267-274, 289, 290, 299-301, 306, 320, 344, 357, 361-362, 366, **372-383**, 471, 509-510, 523, 525, **528-530**
- M**
- Management spirituel 115, 500-502
- Menus religieux 255-258, 366, 503
- Multiculturalisme **402-406**, 434, 439, **445-446**, 476, 487-489, 554
- N**
- Niqab: *voir* Burqa
- Numérisation 512-522
- O**
- Objet de culte: *voir* Décoration religieuse
- O'Malley*: *voir* Simpons-Sears
- Ornements religieux: *voir* Décoration religieuse
- P**
- Pèlerinage 251-252
- Pendentif: *voir* Croix
- Prière
- individuelle 38, 192, 226, **238-241**, 377
 - collective 196-197, 242-243, 257-258, 457-458
- Prosélytisme 94, 282, 290, 298, **358-362**, 365, 387, 428
- Q**
- Questions religieuses à l'embauche 187-190
- R**
- Ramadan: *voir* Jeûne
- Reclassement 382-383, 423, 496

Rites religieux 29, 94, 97, 161, 192, 200,
236-258, 468, 471, 482, 514

S

Sabbat/Shabbat 186, 192, 242-243, 246,
252, 374, 410, 415-417, 420, 462,
470

Sécularité/sécularisme 70-72, 462-466

Serment religieux 301-303

Signes religieux 213, 226, 229, 231, 232,
311-355, 376, **419-443**, 475, 479,
510, 529

Simpsons-Sears (affaire) 410-411

Syndicats religieux 275-276

T

Talmud 37, 242

Tribunaux ecclésiastiques 388-395

V

Vaccination 299-301

Visite médicale 299

Voile 179, 185, 192-193, 230-231, 280-
281, **315-317**, 320-321, 325-327,
332-334, **338-345**, 352, 382, 425,
459, 471, 480, 509, 528-529

W

Wabe (affaire) 347, 352, 354

Cet ouvrage offre une analyse juridique approfondie des interactions entre la religion et le travail. L'approche transversale choisie combine des considérations à la fois théoriques et pratiques, mêle le droit suisse, européen, international et comparé et propose une reconsidération de la question religieuse au travail orientée à la faveur d'une sauvegarde de la vie en commun dans l'entreprise, car il s'agit bien en définitive de s'interroger sur les modalités les plus désirables du vivre ensemble dans la sphère professionnelle, en vue de parvenir à une « paix du travail ».

L'ouvrage est divisé en trois parties. La première pose un cadre théorique ancré dans une perspective diachronique et interdisciplinaire. La deuxième est consacrée à une étude panoramique des règles qui régissent la religion au travail par une analyse de la casuistique des tribunaux. La troisième propose, par une double perspective comparatiste avec le droit canadien et prospective dans l'entreprise de demain, de repenser la religion au travail.

David Zandirad, Docteur en droit

ISBN 978-3-7190-4824-2

