



HAL
open science

Le fait religieux en entreprise : une “ Tour de Babel ” juridique ?

Jessica Betti

► **To cite this version:**

Jessica Betti. Le fait religieux en entreprise : une “ Tour de Babel ” juridique ?. Droit. 2017. dumas-02177447

HAL Id: dumas-02177447

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02177447>

Submitted on 9 Jul 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**LE FAIT RELIGIEUX EN ENTREPRISE :
UNE « TOUR DE BABEL » JURIDIQUE?**

MEMOIRE MASTER 2 DROIT DES AFFAIRES

Soutenu par Jessica Jade Betti

Année universitaire 2016-2017

Sous la direction universitaire de : Professeur Jean Baptiste SEUBE
Sous la direction professionnelle de : Mme Isabelle GOURREAU



« Si je diffère de toi, loin de te léser, je t'augmente », Saint-Exupéry.

REMERCIEMENTS

Dans un premier temps, je remercie chaleureusement le Professeur Jean Baptiste Seube avec qui nous avons eu des débats juridiques passionnés et passionnants.

Je remercie Isabelle Gourreau pour ses observations.

Je remercie Martine, du Centre de Recherche Juridique, pour ses encouragements.

Je tiens également à remercier mes camarades de promotion pour l'entraide et le soutien.

Enfin, je remercie mes parents pour leur patience et leur dévouement sans faille.

SOMMAIRE

PARTIE I :

LA REGULATION DU FAIT RELIGIEUX EN ENTREPRISE : LA CROIX ET LA BANNIERE ?

CHAPITRE 1 : La promotion du salarié en sujet de droit : un salut (p. 10)

Sous section 1 : Du statut de salarié « chose » au statut de « salarié citoyen » : une bénédiction (p.11)

Sous section 2 : La pénétration des droits de l'Homme dans l'entreprise : un baton de jacob ? (p.16)

CHAPITRE 2 : L'articulation entre droits fondamentaux du citoyen et droits fondamentaux de la personne morale : une tour de Babel ? (p. 23)

Sous section 1 : La confrontation des libertés en entreprise : une éternelle damnation ? (p. 25)

Sous section 2 : Une nouvelle législation propre au fait religieux en entreprise : une métanoia ? (p. 33)

PARTIE II :

DE LA LOI AU CONTRAT : COMBAT DE DAVID CONTRE GOLIATH ?

CHAPITRE 1: Le contrat de travail, socle protecteur des droits fondamentaux ? (p.42)

Sous section 1 : Le contrat de travail, instrument d'individualisation du rapport de travail (p.43)

Sous section 2 : Le contrat de travail : un outil de protection des droits fondamentaux (p.53)

CHAPITRE 2 : La fondamentalisation du droit du travail : une terre promise ? (p. 56)

Sous section 1 : La redéfinition du salarié citoyen au XXIème siècle ? (p.57)

Sous section 2 : La fondamentalisation du travail : vers un jugement de Salomon ?(p. 60)

INTRODUCTION

Selon Henri Bergson, « *on trouve des sociétés qui n'ont ni science, ni art, ni philosophie mais il n'y a jamais eu de sociétés sans religion*¹ ». Ainsi, depuis des siècles, le fait religieux fonde et imprègne la société humaine.

Le XXIème siècle ne fait pas état d'exception en ce que la religion demeure à l'origine du lien social. En l'espèce, la France est un état laïc.

Ainsi, l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958, qui trouve son origine de l'article 10 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen), dispose que « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances...* ».

Par conséquent, l'Etat français est neutre, sans confession. Ce principe de neutralité s'impose à la fois à l'Etat et ses agents. Toutefois, la société civile reste « gouvernée par la liberté de religion ».

La France, terre d'élection des droits de l'homme, reconnaît au citoyen le bénéfice de droits fondamentaux parmi lesquels la liberté de pensée, de conscience ou bien encore de religion. Ces libertés fondamentales sont proclamées et protégées par de nombreux textes nationaux et internationaux. Elles impliquent la liberté de « changer de religion ou de conviction, de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé ».

Jadis réduit à un statut de « chose », docile et asservi, le salarié a désormais acquis un statut de « citoyen » titulaire de droits.

Par ailleurs, la France fait face à de profondes mutations. Sous l'impulsion de la mondialisation, le pays s'est modelé un nouveau visage empreint de diversité : diversité de religions, de cultures, d'opinions et d'origines. Cette multiculturalité, source d'enrichissement, a franchi le pas des entreprises privées par le biais de ses salariés.

1 Henri Bergson, Les deux sources de la morale et de la religion

Outre sa finalité économique, l'entreprise n'est plus simplement un lieu d'exécution d'une prestation de travail. Elle est désormais un lieu d'échange, de socialisation et d'interaction. Aussi, les acteurs de l'entreprise sont de plus en plus confrontés à la question de la gestion du fait religieux en entreprise. Nous allons limiter notre étude aux faits religieux au sein d'entreprises privées.

En l'espèce, le « fait religieux » comporte deux aspects. Le salarié peut vivre sa religion en « conscience » c'est à dire se limiter à son for intérieur, ou se matérialiser par des manifestations religieuses. Ces faits relevés au sein de la sphère professionnelle sont divers et variés : il peut s'agir du port d'un signe religieux ou bien encore d'une demande d'aménagement des conditions de travail (c'est le cas par exemple d'une autorisation d'absence pour fête religieuse).

Se pose alors la question de savoir comment le droit français appréhende la question de la manifestation du fait religieux en entreprise. La construction législative et jurisprudentielle est-elle, à l'image de la Tour de Babel, inachevée ?

Comment s'articulent les libertés individuelles du salarié et le monde de l'entreprise ? L'un se fait-il au détriment de l'autre ? Existe t-il un consensus ? Les questions soulevées sont récentes et nombreuses.

Contrairement à l'Etat, l'entreprise privée n'est pas tenue à une obligation de neutralité. Au contraire, elle se doit de « *respecter la liberté de ses salariés, ainsi que de ses clients, de manifester leur religion, dans les limites du bon fonctionnement de l'entreprise* ² ».

De prime abord, la question du fait religieux en entreprise suppose de prendre en considération deux aspects : d'une part la dimension individuelle, de l'autre, la dimension collective.

En effet, l'entreprise, personne morale, s'est également vu reconnaître le bénéfice de droits fondamentaux, incarné par la liberté d'entreprendre. Dès lors comment concilier les libertés individuelles des salariés et les droits fondamentaux reconnus à la personne morale ? La mission du législateur ou du magistrat est ici complexe.

Il s'agit de trouver un équilibre entre les intérêts en présence. Sur quels critères les restrictions apportées aux droits des salariés peuvent-elles être considérées comme légitimes ? Nous allons constater qu'il existe un « conflit de fundamentalité³ » : faut-il privilégier les droits fondamentaux du salarié-citoyen ou les intérêts des entreprises ?

² Les notions clés du fait religieux dans les entreprises privées, Ministère du Travail

³ La fondamentalisation du droit du travail, Jean Mouly, Revue de droit d'Assas, 2015

Soucieux de préserver les intérêts en présence, le législateur autorise l'employeur à limiter l'exercice de la liberté de religion sous réserve que l'atteinte à ce droit soit justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché. Toutefois, nous allons voir que la jurisprudence en la matière est abondante et peine à régler de manière efficace la question. Dès lors, faut-il envisager une réforme propre à la question du fait religieux en entreprise afin d'apporter des solutions claires aux entreprises ? Nous allons notamment nous intéresser à la gestion du fait religieux en entreprise tel qu'il est traité outre atlantique. En effet, la notion d'accommodement raisonnable peut-il s'ériger en nouveau pilier de la gestion du fait religieux en entreprise?

Outre la loi, existe t-il d'autres dispositifs susceptible de régler cette question ? Nous allons notamment nous intéresser au contrat de travail. En effet, il est un socle de négociation et de dialogue entre l'employeur et le salarié. Dès lors n'est-il pas le support le plus approprié et le plus efficace pour « réguler » le fait religieux en entreprise ?

Nous allons voir que d'une manière générale, c'est peut-être tout simplement la question du statut du salarié en entreprise qui se pose ici. Le salarié est-il toujours un « salarié-citoyen⁴ » ou évolue t-il vers un nouveau statut, celui de salarié-individu ? En effet, nous assistons à une ère de « fondamentalisation » du droit du travail où l'individu s'émancipe de son statut de salarié.

Dès lors, nous nous intéresserons, dans une première partie à la régulation du fait religieux en entreprise qui constitue la croix et la bannière (Partie I). Toutefois, nous chercherons à savoir si la question du fait religieux s'apparente vraiment à un combat de David contre Goliath.(Partie II).

4 Expression de P. Waquet, Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié, Ed. Liaisons, 2014

PARTIE I :

LA REGULATION DU FAIT RELIGIEUX EN ENTREPRISE : **LA CROIX ET LA BANNIERE ?**

« Prier son Dieu et ménager son maître ⁵ »

Nous allons voir dans un premier temps que la promotion du statut de « chose » à celui de « citoyen » opère un véritable salut pour le salarié. En effet, au cours de l'histoire, l'homme s'est progressivement émancipé de son statut d'esclave. Réduit à l'état d'asservissement lors de la révolution industrielle, l'homme a su, une fois encore, échapper à son fardeau. Petit à petit, l'homme s'est construit une nouvelle identité, celle de citoyen, titulaire de droits. L'évolution du monde du travail au XX^{ème} siècle a permis la naissance d'un nouveau statut, celui du « salarié-citoyen⁶ » : salarié bénéficiant de droits en sa qualité de citoyen. Dès lors, on assiste progressivement à une pénétration des droits de l'homme dans l'entreprise par le biais du salarié. Il s'agit là d'un « bâton de Jacob⁷ », nous permettant d'avoir un premier angle de mesure sur la question du fait religieux en entreprise.

Toutefois, le statut de l'entreprise a également évolué en ce que la personne morale s'est vue attribuer le bénéfice de droits fondamentaux : c'est notamment le cas de la liberté d'entreprendre.

5 Expression de la langue française

6 Expression de P. Waquet, Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié, Ed. Liaisons, 2014

7 Jacob traversa le Jourdain avec un bâton (Bible), Instrument de mesure

Dès lors, on assiste à un « conflit de fundamentalité⁸ » entre deux titulaires de droits fondamentaux : d'une part le salarié qui jouit d'une liberté de religion, et, de l'autre, l'entreprise qui s'est vu reconnaître la liberté d'entreprendre. Ces droits, placés au même rang sont en conflit et constituent, eux même, une éternelle damnation.

Dès lors, la question de la gestion du fait religieux en entreprise prend toute son importance : fait-on primer la liberté d'entreprendre, au nom de l'économie ou fait-on primer « l'intérêt humain » incarné par la liberté de religion ? Le législateur et le juge sont, pour l'heure, à la recherche d'un équilibre afin de préserver au mieux les différents intérêts en présence. Pour autant, cette situation, qui s'apparente à un colosse aux pieds d'argile ne saurait durer. En effet, bon nombre d'entreprises sont dans l'incertitude et ne savent quel comportement adopter. La jurisprudence reflète également cette fragilité, devant juger, au cas par cas le degré d'atteinte aux libertés précitées. Par conséquent, ne serait-ce pas le signe qu'il faille initier une nouvelle intervention législative ? (Nous dirigeons nous, de fait, vers une « métanoia » ? La notion d'accommodement raisonnable, telle que développée par la doctrine outre atlantique serait-elle « transposable » en droit français ? Nous allons voir que la régulation du fait religieux en entreprise connaît peut-être sa dernière heure.

Par conséquent, nous verrons dans un premier temps la promotion du salarié comme sujet de droit (Chapitre 1). Ensuite, nous verrons que fort de ces nouveaux droits, l'articulation entre les libertés individuelles et la liberté d'entreprendre constitue une tour de Babel (Chapitre 2).

8 La fondamentalisation du droit du travail, Jean Mouly, Revue de droit d'Assas, 2015

CHAPITRE 1 :

LA PROMOTION DU SALARIE EN SUJET DE DROIT : UN SALUT

Dans un premier temps, nous allons voir que le statut du salarié a évolué au cours des siècles.

Si l'approche est ancienne (statut de l'esclave pendant l'antiquité), la prise en considération d'un rapport salarié par le droit est relativement récente. C'est notamment à partir de 1791 que s'affirme l'idée d'individualisme juridique.

Pendant des siècles, le droit du travail ne laissait guère place à l'exercice des libertés individuelles.

Le travail humain était ramené à son aspect économique, facteur de production. En témoigne cette idée défendue par Frederik Taylor qui évoquait le salarié comme étant: « sans initiative personnelle, réduit à une somme de stimulations, de mouvements mécaniques, d'ordres sociaux dont il ne peut choisir ni la qualité, ni l'intensité, ni la fréquence⁹ ». Le salarié était donc réduit à l'exécution d'une tâche. Nous allons voir que le salarié, jadis relégué à l'état de chose a vu son statut se transformer. Ainsi, le salarié est passé du statut de chose à celle de salarié-citoyen, titulaire de droits. C'est donc fort de ce nouveau statut « salulaire » que le salarié-citoyen pénètre les locaux de l'entreprise.

Dans un premier temps, nous verrons donc que l'émancipation du statut de chose vers un statut de « salarié-citoyen » constitue une bénédiction (Sous section 1). Toutefois, l'introduction des libertés individuelles au sein de l'entreprise par le biais du salarié ne va pas de soi. Dès lors, la pénétration des droits de l'homme dans l'entreprise nécessite t-il un bâton de Jacob ? (Sous Section 2)

9 Extrait de « Milieu et normes de l'Homme au travail », Cahiers internationaux de sociologie, Paris, Editions du Seuil, pp. 120-136 , Canguilhem G. 1947

SOUS SECTION 1 :

DU STATUT DE SALARIE CHOSE AU STATUT DE SALARIE CITOYEN : **UNE BENEDICTION**

D'après Jacques Le Goff, « *l'histoire du droit du travail est l'histoire de la conquête de la citoyenneté par le salarié, pour passer du silence à la parole*¹⁰ ».

Le droit du travail est à un carrefour, soumis à l'évolution des idées politiques, de l'économie, de la sociologie et à l'histoire du droit. Les premiers textes protecteurs envers le salarié n'apparaissent qu'à la fin du XIXème.

Dans un premier temps, nous constatons que le travail a pendant longtemps été exécuté par une « masse de travailleurs sans visage ». L'absence d'autonomie des personnes est totale. Dans l'Antiquité, le travail est dévolu aux esclaves. Le 18ème siècle sera marqué par la Révolution française.

Jusqu'au début du XIXème siècle, les relations de travail sont régies par les dispositions du Code Civil dont l'article 1781 qui dispose que « le maître est cru sur ses seules affirmations pour la quotité des gages ». Il n'existe donc aucun droit spécifique régissant les relations de travail.

Toutefois, le 18ème siècle sera marqué par la philosophie des lumières qui considère que les hommes sont égaux en droit. La loi « le Chapelier » de 1791 proclame la liberté du travail et l'interdiction des corporations.

Jean Jacques Rousseau, dans son ouvrage « Du Contrat Social » évoque considère « *qu'il ne peut naître de leur commune volonté qu'un accord équilibré ; nul n'est injuste envers lui-même*¹¹ ».

10 Du silence à la parole : Histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, Jacques Le Goff, Ed. Broché 2014

11 Du contrat social, Jean Jacques Rousseau, 1762

Le XIX^{ème} siècle marque l'avènement de la révolution industrielle. De profonds changements économiques s'amorcent. On passe à une production mécanisée, à un travail à la chaîne dans les usines. Ces mutations engendrent de nouveaux rapports sociaux. Les travailleurs forment un prolétariat pauvre et le plus souvent vulnérable. L'état de misère subit par les travailleurs ne cesse de s'accroître sous la Restauration et la monarchie de juillet.

Dès la fin des années 1820, des voix s'élèvent pour dénoncer la dure réalité de la condition ouvrière, et particulièrement celle des enfants ouvriers. Les travailleurs salariés sont alors privés de toute protection. Le travail est alors associé à une forme d'aliénation.

Dans l'ouvrage « Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de soie, coton et laine » rédigé par Docteur Villermé en 1840, dénonce les excès de la condition ouvrière au XIX^{ème} siècle. En parallèle, certains mouvements se mettent en marche : En effet, le patronat protestant de Mulhouse considère « qu'un patron doit autre chose à son salarié que sa simple rétribution ». Le XIX^{ème} siècle marque l'avènement des premières lois sociales. Le premier texte notable est la loi du 22 mars 1841 visant à limiter le temps de travail des enfants, en prohibant le travail des enfants de nuit.

La III^{ème} République marque une grande étape : interdiction du travail des enfants de moins de 12ans, création d'un corps d'inspecteurs du travail indépendant, reconnaissance de la liberté syndicale (Loi Waldeck Rousseau du 21 mars 1884) qui sont autant de mesures protectrices envers le salarié. La loi du 12 juin 1893 oblige l'employeur à respecter des règles d'hygiène et de sécurité dans les locaux professionnels. Petit à petit on assiste à une volonté « d'assainir » les conditions de travail des salariés.

La loi du 9 avril 1898 marque un véritable tournant en ajoutant une obligation à la charge de l'employeur qui était, à l'époque, seulement tenu du paiement d'un salaire. Cette loi marqua la naissance du contrat de travail et non plus d'un contrat civil de louage d'ouvrage. Cette nouvelle obligation fonde le droit du travail contemporain.

Toutefois, ce nouveau dispositif, bien que louable, apparaît comme étant précaire. Le début des années 20 est marqué par l'industrialisation et la course à la productivité. Les catastrophes se sont alors multipliées, c'est le cas de la catastrophe de Courrières du 10 mars 1906 qui fut la catastrophe minière la plus meurtrière d'Europe.

De nombreuses grèves ont suivi ces événements qui menèrent, à terme, à l'instauration du repos dominical (loi du 13 juillet 1906).

Le début du 20ème siècle sera également marqué par la création du ministère du Travail par Clemenceau le 25 octobre 1906. Cette période marquera la véritable naissance du droit du travail. Un Code du Travail sera créé le 28 décembre 1910, permettant de codifier les lois ouvrières.

Nous constatons donc que la relation employeur-salarié a pendant longtemps présenté un véritable déséquilibre. L'entre deux guerres va être le temps de la conquête de droits nouveaux. Cette période marque également la naissance du front populaire qui s'engagea dans de grandes réformes sociales. Naîtront à cette occasion les congés payés, les assurances sociales et les allocations familiales.

A la fin de la 2nde guerre mondiale, le patronat est compromis pour sa collaboration avec l'occupant. Les organisations syndicales se renforcent et militent pour la création de nouveaux droits. Les comités d'entreprise seront créés en 1945, la médecine du travail suivra en 1947. Le salaire minimum garanti sera créé en 1950. Ces institutions permettent de garantir un cadre de travail protecteur envers les travailleurs. Les droits fondamentaux sont inscrits dans le préambule de la Constitution de 1946 -nous abordons cette partie dans un développement ultérieur-.

Par conséquent, nous observons que les luttes pour l'exercice de droits au sein de l'entreprise sont anciennes. La relation de travail au sein de l'entreprise ne semble donc laisser que peu de place à l'exercice de libertés. Pourtant, nous allons voir que le droit du travail devient un « droit de protection des travailleurs ». En effet, plusieurs mesures tendent à protéger le salarié : la durée de travail est réglementée et limitée, le droit au salaire a été généralisé, les règles d'hygiène et de sécurité ont été édictées etc.

En 1982, les lois Auroux reconnaissent pour la première fois l'extension de la citoyenneté à la sphère de l'entreprise. En effet, Jean Auroux évoque la notion de « citoyens de l'entreprise ¹²» et énonce le principe suivant : « Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise ». La citoyenneté en entreprise « *se caractérise par un ensemble de droits permettant aux salariés de s'exprimer individuellement, d'intervenir collectivement sur leurs conditions d'emploi et de travail, sur le contenu de leur travail voire sur sa finalité. Elle devrait permettre l'intervention sur les options stratégiques de l'entreprise ou du groupe ¹³.* ».

12 Expression de Jean Auroux, ancien Ministre du Travail

13 Les droits des travailleurs, Jean Auroux, Rapport au Président de la République, 1981

Toutefois, nous constatons que cette « citoyenneté en entreprise » peut fortement varier. En effet, la situation des salariés dépend le plus souvent de « la nature et de la taille de l'entreprise, de l'existence ou non de conventions collectives, du contrat de travail, du statut du salarié ». D'autres facteurs externes doivent également être pris en compte : « internationalisation de la production de biens et de services, déstructuration et restructuration du travail dans le temps et dans l'espace mondialisation. A l'heure actuelle, la question qui se pose est celle de savoir si l'individu peut s'émanciper de son statut de salarié. En effet, l'Homme qui travaille en entreprise est à la fois salarié et citoyen. Il peut donc faire valoir ses droits.

Il convient donc de s'intéresser à la personne du travailleur depuis son origine.

Selon Philippe Waquet dans la préface du livre historique de Jacques Le Goff : « *Ce droit n'a-t-il pas eu, et n'a-t-il pas encore, pour fonction de faire passer le travailleur salarié de l'état de chose (il loue ses services) à la condition de personne ? Une chose est muette, une personne peut s'exprimer*¹⁴ »

Dès lors, nous constatons que le travailleur est passé de l'état d'asservissement et de chose à l'état de personne.

Le droit Romain est régi par une distinction fondamentale, la *summa divisio* entre les choses et les personnes. En droit, la chose n'est pas précisément définie par le droit civil. Dans un premier temps, peut-être considéré comme une chose « tout ce qui n'est pas humain et se trouve à la disposition de celui-ci ».

Il convient donc de s'intéresser à la doctrine. En l'espèce, le juriste Bernard Edelman considère que « *la chose se présente comme une structure neutre, passive, sans esprit, une sorte de page blanche sur laquelle l'homme peut exercer son pouvoir*¹⁵ ».

Le philosophe Hegel quant à lui disait dès 1821, que « *la personne a le droit de placer sa volonté en quelque chose, qui de ce fait devient, et reçoit comme but essentiel (...), comme destination et comme âme, ma volonté*¹⁶ ». La chose est donc indissociable de la propriété dont elle constitue l'objet unique. En 1804, le travailleur était considéré comme un « corps-machine ».

14 P. Waquet, préface du livre de Jacques Le Goff,

15 La personne en danger, B. Edelman, Dalloz 1999

16 Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'Etat, Hegel 1820

En effet, le travailleur était soumis aux dispositions de l'article 1780 du Code Civil relatif au contrat de louage de services.

Il est à noter que dans le Code civil, à la section Du louage des domestiques et ouvriers : « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée (...) ». La terminologie est d'ailleurs lourde de sens : concernant la responsabilité de « l'ouvrier », le travail y est mentionné sous le terme « la chose ». Par conséquent, nous observons que le travail a été considéré comme un bien.

Jacques Le Goff considère que « *l'enjeu dans l'entreprise est de faire en sorte que les salariés comprennent qu'ils sont dans un ailleurs. La logique du lieu impose cette dépossession symbolique de soi, une sorte de « mort civile » par « déculturation » préalable au travail de conformation et de normalisation*¹⁷ ».

Toutefois, cette vision est-elle encore d'actualité ? Les salariés sont-ils dépossédés d'eux-mêmes ? Leurs droits individuels s'arrêtent-ils aux portes de l'entreprise ?

Comme nous l'avons vu précédemment, le travailleur salarié n'est donc plus une chose mais une personne, titulaire de droits.

L'évolution du droit a permis de réduire l'asservissement des salariés. D'un statut d'individu salarié, nous sommes passés à un statut de salarié citoyen. Pour autant, la reconnaissance des droits fondamentaux dans le travail coule t-elle de source ? Nous allons voir que les droits de l'homme, reconnus à l'homme, salarié-citoyen, ont pénétré le monde de l'entreprise de manière progressive.

17 Du silence à la parole : Histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, Jacques Le Goff, Ed. Broché 2014

SOUS SECTION 2 :

LA PENETRATION DES DROITS DE L'HOMME DANS L'ENTREPRISE : **EN QUETE D'UN BATON DE JACOB ?**

Selon Karl Marx, *"La religion est le soupir de la créature opprimée, l'âme d'un monde sans cœur, comme elle est l'esprit des conditions sociales d'où l'esprit est exclu. Elle est l'opium du peuple."*
Critique de "La philosophie du droit" de Hegel, 1844

Force est de constater que le salarié n'est plus ce sujet de droit opprimé et malmené sur son lieu de travail. Comme nous l'avons vu précédemment, son statut a fortement évolué, passant d'un état de chose à une reconnaissance en sa qualité de salarié-citoyen. Cette reconnaissance a, par ailleurs, marqué l'entrée des droits de l'homme dans le monde de l'entreprise. Toutefois, quel est le rôle et la place de ces libertés en entreprise ? Il s'agit ici de dresser un « baton de Jacob », objet de mesure par excellence, qui nous permettra de recenser les droits fondamentaux reconnus au salarié.

Dans un premier temps, nous pouvons nous demander si les droits de l'homme ont leur place au sein des entreprises.

Selon le Professeur Lyon Caen, « *le droit social et plus particulièrement le droit du travail ne passent pas pour une terre d'élection des droits de l'homme*¹⁸ ». En effet, le lien de subordination qui lie l'employeur et le salarié n'y est pas nécessairement favorable puisque l'employeur exerce son autorité sur la personne du salarié.

Pendant longtemps, le rôle des libertés dans le rapport salarial au sein des entreprises n'était pas apparu distinctement.

18 Droits fondamentaux et droit du travail, Pr. Lyon Caen

Toutefois, l'évolution des mœurs a permis de consacrer le statut de « salarié citoyen », détenteur de droits sur son lieu de travail et ce malgré la relation de subordination née du contrat de travail. Le salarié est donc, en tant que personne citoyenne, titulaire de droits fondamentaux.

En effet, la notion de droits fondamentaux n'a été consacrée qu'en 1980 par le Conseil d'Etat (arrêt Corona¹⁹) qui avait posé la question du respect des droits fondamentaux de la personne dans les rapports de travail. « L'intégration » des droits de l'homme, par le biais du salarié, n'est donc intervenu que tardivement.

Ainsi, on recense deux types de droits fondamentaux dans le droit du travail : d'une part ceux qui ont été institués pour régir les relations de travail (droit de grève, liberté syndicale...) et d'autre part, les droits et libertés garantis à tous les citoyens indépendamment de l'existence d'une relation de travail. Ce sont les droits fondamentaux reconnus à la personne qui vont être pris en compte dans les relations de travail. Dès lors, de quels droits jouit le salarié en sa qualité de citoyen ?

Dans un premier temps, nous allons nous intéresser à la liberté de religion.

René de Chateaubriand considérait, à juste titre, « *qu'il n'y a point de religion sans mystère*²⁰ ». Force est de constater qu'au niveau juridique, il existe un voile sur la définition du terme « religion ».

La liberté religieuse a été définie pour la première fois par le Concile Vatican II (1962-1965) en ces termes : elle consiste « en ce que tous les hommes doivent être soustraits à toute contrainte de la part tant des individus que des groupes sociaux et de quelque pouvoir humain que ce soit, de telle sorte qu'en matière religieuse, nul ne soit forcé d'agir contre sa conscience, ni empêché d'agir dans de justes limites, selon sa conscience, en privé comme en public, seul ou associé à d'autres ». Cette définition est issue de la Déclaration Dignitatis Humanae.

Au niveau juridique, nous constatons que la liberté de religion n'est pas définie.

Dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Lyon le 28 juillet 1998, la Cour procède à la définition suivante : « *la religion pourrait s'entendre par la coexistence de deux éléments, l'un objectif, l'autre subjectif : l'existence d'une communauté et d'une foi commune* ». Toutefois, cette décision a été censurée par la Cour de Cassation.

19 CE, Section, 1er février 1980, publié au recueil Lebon

20 Génie du Christianisme, René de Chateaubriand, 1828

Ainsi, la Cour de Cassation dans un arrêt du 30 juin 1999 considère que le fait de se demander si un ensemble de pratiques ou de croyances constitue une religion est une question « *dépourvue en l'espèce de toute portée juridique* »²¹. Nous pouvons en déduire qu'il n'appartient pas aux tribunaux de définir cette notion, position qui s'explique entre autre par le principe de laïcité et du principe de neutralité de l'Etat. Par conséquent, la notion de religion n'est définie ni par la loi ni par la jurisprudence. Par conséquent, il convient d'analyser la doctrine. Selon Léon Duguit, « *la religion serait à la fois un fait social -car elle est le produit des actions réciproques que les individus exercent les uns sur les autres- et un fait individuel -dans la mesure où elle a pour support la conscience et la volonté de l'individu et serait constituée par la croyance et le rite* »²².

En revanche, Jean Carbonnier estime, pour sa part, « *que la religion serait plutôt une collectivité d'êtres humains liés par diverses croyances et dogmes* »²³. Nous constatons donc que ces définitions sont imprécises.

Au niveau supranational, le Professeur Gérard Cohen Jonathan considère que « *les organes de la Convention européenne des droits de l'homme n'ont pas la compétence pour définir la religion* »²⁴. Dans l'arrêt *Kimlya et autres c/ Russie* (n° 76836/01) rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la Cour rejette le fait de définir une religion (à savoir si un ensemble de rites et de croyances constitue une religion) mais propose de se référer à la position des Etats membres.

L'absence de définition du concept de religion apparaît comme problématique. En effet, comment déterminer si le droit à la liberté de religion est caractérisé en l'absence de définition ?

En France, l'absence de définition de la liberté de religion s'explique par la neutralité de l'Etat envers la religion. « *L'Etat est juridiquement incapable en matière religieuse* ».

Les juridictions françaises n'ont pas défini la religion. En revanche, les juridictions ont procédé à une déduction a contrario de la définition de secte. Ainsi, la Cour d'Appel de Douai dans un arrêt rendu le 15 janvier 1997 considère qu'une secte s'entend par « *tout groupement de personnes qui partagent une foi commune, sans que, pour autant, pour des raisons plus variées, le reste du corps social lui reconnaisse la qualité de religion* ».

21 Cass crim. 30 juin 1999 D.2000

22 Traité de droit constitutionnel, Léon Duguit 1925

23 Jean Carbonnier, D. 1969, n°2, 368-370

24 La convention européenne des droits de l'homme, G. Cohen Jonathan, *Economica* 1989

Par conséquent, Christelle Landheer Cieslak dans son ouvrage « La religion devant les juges français et québécois de droit civil » considère que la religion peut-être définie comme : « *une communauté de fidèles importante en nombre, ayant une certaine ancienneté, et n'étant pas dangereuse pour ses membres* ²⁵ ». Cette définition peut permettre au juge de déterminer s'il est en présence ou non d'une religion. Toutefois, si l'on suit cette définition, certaines religions pourraient se voir exclues. En effet, la religion musulmane pourrait être exclue « *dans la mesure où elle ne respecterait pas tous les critères de la religion, puisqu'elle « n'est pas établie de longue date sur le territoire français et [qu'] elle s'est développée dans un contexte culturel distinct de celui de la France* ²⁶ ».

Selon la doctrine, la religion serait présente « à l'intérieur de la conscience de l'individu et ensuite dans ses manifestations externes. En ce sens, la liberté de religion serait composée du for interne, le forum internum, et des manifestations extérieures, le forum externum ».

Dans l'arrêt *Amslem*, le juge Binnie considère que : « *il y a effectivement deux éléments à considérer dans l'analyse de la liberté de religion. Il y a d'abord la liberté de croire et de professer ses croyances ; il y a ensuite le droit de manifester ses croyances, principalement en pratiquant des rites et en partageant sa foi en créant des lieux de culte et en les fréquentant. C'est dire que, si les croyances intimes ont un aspect purement personnel, l'autre dimension du droit a une portée sociale véritable et implique un rapport avec des tiers. Ce serait une erreur de réduire la liberté de religion à une seule dimension* ». Il apparaît que le forum internum est protégé par le droit à la liberté de religion. Le forum externum quand à lui se comprend par « *la manifestation extérieure d'une religion ou d'une croyance. Il inclut le prosélytisme, l'éducation religieuse, la manifestation d'une croyance par des signes religieux ou tout autre acte à caractère religieux* ²⁷ ».

La Halde (aujourd'hui Défenseur des Droits) dans une délibération n°2009-117 du 6 avril 2009 indiquait à l'époque que « *le port d'un vêtement ou d'un insigne, susceptible d'exprimer une adhésion publique à une religion ou à un mouvement politique ou philosophique, doit être rattaché à la liberté de religion ou de pensée.* »

25 La religion devant les juges français et québécois de droit civil, C. Landheer Cieslak

26 Voir supra

27 Arrêt *Syndicat Northcrest c. Anselem*, Cour Suprême du Canada, 30 juin 2004

On voit donc que la liberté de religion aborde plusieurs visages : d'une part la liberté de croire, de ne pas croire et de l'autre, la liberté de manifester ses croyances. En pratique, il existe deux types de faits religieux en entreprise : d'une part, il y a « la demande et/ ou les pratiques personnelles » qui englobe par exemple le port du voile islamique, la demande d'autorisation d'absence pour fête religieuse, ou bien encore l'aménagement des horaires de travail afin de pouvoir prier. De l'autre, on assiste à une remise en cause de l'organisation du travail : c'est le cas par exemple du refus de travailler avec une femme, refus de réaliser certaines tâches (par exemple découpe de porc). Le fait religieux englobe donc un ensemble de pratiques qui ont lieu en entreprise.

En France, on estime qu'un quart des français ont au moins un grand parent d'origine étrangère. 20% des personnes ayant entre 18 et 50 ans sont immigrés ou des descendants directs d'immigrés. La société française arbore donc un nouveau visage, riche de cette nouvelle diversité. Les entreprises françaises sont au contact de ces nouvelles cultures et traditions. Leurs employés, leurs clients, ou bien encore leurs fournisseurs sont, pour certains, issus de cette diversité. Dès lors, quelle place faut-il accorder au fait religieux en entreprise ? Le salarié peut-il librement manifester ses convictions religieuses ou est-il tenu de certains devoirs ?

La liberté de religion est une liberté fondamentale est protégée par de nombreux textes qu'ils soient nationaux, européens ou internationaux.

Le salarié, en tant que citoyen, bénéficie de droits fondamentaux protégeant la liberté de religion.

Nous allons voir que les textes régissant cette question sont nombreux et se superposent.

Au niveau européen, plusieurs textes garantissent le respect de la liberté religieuse du citoyen. Ces textes ne sont pas propres au droit du travail et ont vocation à s'appliquer à tous les citoyens.

D'une façon générale, la liberté de pensée, de conscience et de religion est considérée comme l'une des assises de la société démocratique, en témoigne les nombreux textes consacrant la liberté de religion.

Ainsi, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 dispose en son article 10 que « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ».

L'article 9 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales dispose que : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». L'article 9 est souvent invoqué en combinaison de l'article 14 :

Ainsi, l'article 14 de la Convention interdit toutes discriminations notamment celles fondées sur la religion « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée (...) sur la religion (...)* ».

Nous constatons donc que l'article 9 ne définit pas le terme de religion. D'ailleurs, cette omission est compréhensible en ce qu'il serait délicat de dégager une définition suffisamment flexible pour englober la diversité des religions existantes. Il apparaît que le champ d'application de l'article 9 est très large : il protège tant les opinions et les convictions religieuses que non religieuses.

Pour qu'une conviction personnelle ou collective puisse relever du droit à la « liberté de pensée, de conscience et de religion », il faut qu'elle atteigne un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance. L'article 9 § 1 de la Convention contient deux volets. Ainsi, le texte consacre le droit d'avoir une conviction (droit absolu et inconditionnel) et le droit de la manifester (droit qui n'est pas absolu). En effet, la manifestation d'un fait religieux peut avoir des conséquences pour autrui. Dès lors, les rédacteurs de la convention ont assorti l'exercice de cette liberté à des réserves : « toute restriction à la liberté de manifester sa religion doit être prévue par la loi et nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de l'un ou de plusieurs but légitimes ».

Rentre dans le champ d'application de l'article 9 de la Convention « l'observation de préceptes alimentaires (diététiques) dictés par une religion (*Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*²⁸), ou bien encore le port de vêtements et symboles religieux (*Eweida et autres c. Royaume-Uni*²⁹).

Par conséquent, le texte consacre un certain pluralisme : cette liberté implique celle d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou non.

28 Arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, CEDH, requête n° 27417/95

29 Arrêt *Eweida et autres. Royaume-Uni*, CEDH, 15 janvier 2013 requête n° 48420/10

Cette reconnaissance de la liberté de religion est également consacrée au niveau interne. En effet, le salarié, en sa personne de citoyen, voit ses opinions protégées.

Ainsi, la Constitution du 4 octobre 1958 intègre l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui énonce 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* »

D'autre part, le préambule de la Constitution de 1946 énonce des droits fondamentaux pour les travailleurs. Plus spécifiquement, l'article 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (intégré au bloc de constitutionnalité) rappelle que « *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ».

Enfin, le travailleur est « protégé » par les lois ordinaires et les principes généraux. En effet, l'ensemble des Codes (Code Civil, Code de Procédure Pénale, Code du Travail) et les lois prévoient un certain nombre de droits et libertés dont les salariés pourront se prévaloir. Il s'agit des droits à destination du « salarié-citoyen ».

Nous avons donc vu que le salarié, en sa qualité de citoyen, se voit reconnaître le bénéfice de droits fondamentaux, dont la liberté de religion. Le salarié, en sa qualité de citoyen, peut donc choisir librement sa religion et/ou manifester ces croyances. Toutefois, qu'en est-il de l'exercice de ces droits en entreprise ? Le salarié peut-il librement manifester ses convictions religieuses dans cet espace privé qu'est l'entreprise ? Avant d'analyser la manière le droit du travail régit et « accueille » ces droits, il convient de se demander si, de prime abord, ces libertés reconnues au citoyen sont susceptibles de se confronter à d'autres libertés reconnues à la personne morale à savoir la liberté d'entreprendre. Existe t-il une hiérarchie entre ces deux droits ? La liberté d'entreprendre est-elle susceptible de porter atteinte au salarié-citoyen et le droit de manifester ses convictions religieuses ? Nous allons voir que l'articulation entre ces droits fondamentaux constitue une « tour de Babel ».

CHAPITRE 2 :

L'ARTICULATION ENTRE DROITS FONDAMENTAUX DU CITOYEN ET DROITS FONDAMENTAUX DE LA PERSONNE MORALE : **UNE TOUR DE BABEL ?**

Huntington disait très justement que « *les distinctions majeures entre les peuples ne sont pas idéologiques, politiques ou économiques. Elles sont culturelles* »³⁰. La vie en entreprise reflète parfaitement cette diversité culturelle. Outre sa finalité économique, l'entreprise est un lieu de socialisation où les individus et les cultures, croyances et convictions interagissent et se confrontent. L'entreprise privée, espace à priori neutre, se voit reconnaître une liberté : la liberté d'entreprendre. De l'autre, on trouve les salariés-citoyens, titulaires de droits fondamentaux. Toutefois, ces droits s'arrêtent-ils aux portes de l'entreprise ? La liberté d'entreprendre est-elle un frein à la liberté de manifester ses convictions religieuses ?

Le droit du travail institue, entre l'employeur et le salarié, un rapport de pouvoir. En effet, le contrat de travail place le salarié sous la subordination de l'employeur. Par conséquent, le salarié est à la fois le sujet et l'objet du contrat. Comme nous l'avons vu précédemment, l'individu s'est émancipé de son statut de salarié. Il n'est plus cantonné à son rôle de salarié, il est également citoyen. Dès lors, il peut faire valoir ses droits rattachés à son statut de citoyen. Ainsi, l'évolution du droit contribue à réduire les sujétions qui s'imposent à l'individu salarié pour valoriser les droits qui appartiennent au citoyen qui est, par ailleurs, salarié. Dès lors, il est difficile de concilier les exigences liées à la liberté d'entreprendre et les libertés individuelles du salarié. Se pose alors la question délicate de l'articulation entre les droits du salarié-citoyen et la liberté d'entreprendre.

30 Le choc des civilisations, Huntington

En effet, bien qu'employeur et salarié parlent la même langue et bâtissent une « même tour » en ayant un objectif commun (réalisation de la finalité économique de l'entreprise), ils peinent parfois à se comprendre.

Dès lors, employeurs et salariés connaîtront-ils, à leur tour, cette tour de Babel (ici incarnée par l'entreprise) ? Cette confrontation des libertés en entreprise connaîtra-t-elle une issue favorable ou demeurera-t-elle, à l'image de la tour de Babel, inachevée ?

Dans un premier temps, nous nous poserons la question de savoir si la confrontation des libertés en entreprise constitue une éternelle damnation (Sous section 1). Ensuite, nous nous demanderons si la mise en place d'une nouvelle législation sera constitutive ou non d'une « métanoïa » (Sous Section 2) (pris en le sens de changement de mentalité).

SOUS SECTION 2 :

LA CONFRONTATION DES LIBERTES EN ENTREPRISE : **UNE ETERNELLE DAMNATION ?**

«Allons! Construisons-nous une ville et une tour dont le sommet touche le ciel et faisons-nous un nom afin de ne pas être dispersés sur toute la surface de la terre. L'Eternel descendit pour voir la ville et la tour que construisaient les hommes, et il dit: «Les voici qui forment un seul peuple et ont tous une même langue, et voilà ce qu'ils ont entrepris!Maintenant, rien ne les retiendra de faire tout ce qu'ils ont projeté. Allons! Descendons et là brouillons leur langage afin qu'ils ne se comprennent plus mutuellement.»
Extrait de la Genèse, 11.1-9 « Tour de Babel ».

Comme nous l'avons vu précédemment, deux intérêts se confrontent : la liberté d'entreprendre et la liberté de religion du salarié. Ces intérêts contradictoires, l'un motivé par le gain, l'autre par « l'humain » sont-ils pour autant inconciliables ? Dans cette tour de Babel, le fait religieux en entreprise deviendra t-il un « langage » incompréhensible au nom de la liberté d'entreprendre ? S'agit-il d'un débat qui, à l'image de la tour de Babel, demeurera inachevé ?

Le droit du travail nous offre t-il un consensus ?

De prime abord, l'ordre du travail semble laisser peu de place à la religion, l'entreprise et la religion étant, de par leur nature, éloignées.

Toutefois, lorsque le fait religieux se manifeste au sein de l'entreprise, il est susceptible de générer des conflits. Comme nous l'avons vu précédemment, la liberté de religion est une liberté individuelle reconnu au citoyen (et donc par extension au salarié). Dès lors, comment concilier la liberté d'entreprendre et la liberté de religion du salarié ?

Dans le droit français, la relation de subordination entre l'employeur et le salarié n'empêche pas l'existence de libertés individuelles. Le droit du travail comporte un mécanisme propre de libertés. Employeurs et salariés, bien qu'unis dans la réalisation d'un projet commun, cesseront-ils de parler « la même langue »?

Nous allons voir que le droit du travail français encourage le dialogue en privilégiant un équilibre entre le respect des libertés individuelles et le maintien des prérogatives nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise.

En l'espèce, deux libertés fondamentales s'entrechoquent : d'un côté la liberté religieuse, de l'autre, la liberté d'entreprendre.

En droit, la liberté religieuse est consacrée par de nombreux textes nationaux, européens et internationaux. La liberté religieuse ne se limite à pas « une liberté intérieure de croyance, de conviction, d'opinion ou de confession ». En effet, la liberté religieuse « implique la possibilité concrète pour ceux qui adhèrent à une foi religieuse, d'accomplir les rites et de respecter les interdits édictés par la communauté religieuse à laquelle ils appartiennent ».

De l'autre se trouve la liberté d'entreprendre. La liberté d'entreprendre est « *le droit reconnu à toute personne de se livrer à l'activité commerciale de son choix* » et découle du décret d'Allarde du 2 et 17 mars 1791 qui dispose qu'il « *sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouve bon* ».

Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 16 janvier 1982, reconnaît la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre en la déduisant de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui dispose que : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

Toutefois, dans sa décision de 1982³¹, le Conseil Constitutionnel précise que la liberté d'entreprendre n'est pas absolue. Le législateur peut y apporter des limitations justifiées par la protection de l'intérêt général, à condition qu'elle n'en dénature pas la portée. Par conséquent, le législateur ne peut apporter à la liberté d'entreprendre des « restrictions excessives au regard de l'objectif poursuivi ». En effet, les personnes morales sont titulaires de droits fondamentaux (c'est le cas de la liberté d'entreprendre).

31 Conseil Constitutionnel, 16 janvier 1982, n° 81-132

Selon l'expression du Pr. Lucas de Leyssac, on parle de « *citoyen économique*³² ». Les personnes morales se sont vues reconnaître des droits fondamentaux par le biais du fondement théorique dite de « l'assimilation ». Hors, cette assimilation revient à assimiler humain et entreprise.

On peut tout d'abord s'interroger sur la pertinence de ces droits reconnus aux personnes morales.

En effet, reconnaître des droits fondamentaux aux personnes morales reviendrait à reconnaître la jouissance de droits de l'homme à des entités juridiques qui en sont, par nature, dépourvues.

Une partie de la doctrine considère que les personnes morales ne peuvent bénéficier de droits fondamentaux, ce mécanisme étant destiné à protéger l'être humain. Ainsi, reconnaître l'existence des droits fondamentaux aux personnes morales est de nature à porter atteinte à la notion de primauté de la personne humaine. Il apparaît que l'humain et l'entreprise sont, au regard des droits fondamentaux, sur un pied d'égalité. Cette égalité est préjudiciable à la personne humaine.

En effet, la relation employeur-salarié est déjà déséquilibrée en raison du lien de subordination. Protéger les personnes morales en leur octroyant le bénéfice de droits fondamentaux revient donc à renforcer la position d'acteurs déjà puissants. Les droits fondamentaux faisaient office, à l'origine, de rempart contre les excès du marché. Hors, à ce jour, les entreprises semblent concentrer tous les pouvoirs entre leurs mains : elles détiennent le pouvoir économique, (pour les entreprises les plus puissantes, une forme de pouvoir politique) et se voient aujourd'hui attribuer un outil de protection. Or, les droits fondamentaux ont pour objectif de protéger la dignité de l'homme afin d'éviter que la personne ne soit niée en tant que personne.

Selon Dreyer, dans l'ouvrage « du caractère fondamental de certains droits », « *la logique voudrait alors que l'on refuse cette qualification aux droits pour lesquels ce rattachement est trop lointain*³³ ».

Outre ces remarques, peut-on envisager une hiérarchisation des droits fondamentaux ?

Serait-il possible de faire primer les droits fondamentaux des personnes physiques sur les droits fondamentaux des personnes morales ?

Hiérarchiser ces droits en privilégiant la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne physique pourrait être qualifié de discrimination. Par conséquent, cette solution semble difficilement envisageable. En l'absence de hiérarchisation des droits fondamentaux, nous faisons donc face à une impasse.

Nous constatons donc un « conflit de fundamentalité » où deux libertés se confrontent, d'une part celle du salarié, de l'autre, celle de l'employeur. Dès lors, comment le droit du travail règle-t-il ce « conflit de fundamentalité » ?

32 Expression de Pr. Lucas de Leyssac, Université Panthéon Sorbonne

33 Dreyer, Caractère fondamental de certains droits

Dans un premier temps, il est important de rappeler qu'une entreprise peut revendiquer le bénéfice de droits de l'Homme. En effet, l'arrêt Société Colas et autres c/ France, rendu par la CEDH le 16 avril 2002 reconnaît l'existence de droits fondamentaux au profit des personnes morales. Par ailleurs, une partie de la doctrine (M. Teller, Les Droits de l'Homme dans l'Entreprise) reconnaît la notion de « droits de l'Homme de l'entreprise ».

Par conséquent, on ne saurait simplement écarter la liberté d'entreprendre au profit de la liberté de religion. Etant toutes deux érigées au rang de droits fondamentaux, l'une ne peut être écartée au profit de l'autre. Il convient donc de concilier ces droits.

Dès lors, quelles sont les réponses avancées par le Code du Travail ?

Les dispositions du Code du Travail tentent, tant bien que mal, de veiller à la préservation de ces deux intérêts en présence. En effet, le Code du Travail prévoit une protection de la liberté individuelle des salariés-citoyens sous réserve de ne pas porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

En l'espèce, le Code du Travail pose un cadre général qui a vocation à s'appliquer à la liberté religieuse. Ainsi, l'article L.1121-1 du Code du travail pose le principe de protection des libertés fondamentales au travail : l'employeur ne peut y porter atteinte que s'il respecte le principe de proportionnalité et de justification en cas de restriction aux libertés individuelles (notamment religieuse). « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Cet article reprend donc cette idée de proportionnalité dégagée dans la loi du 31 décembre 1992.

Ce droit s'entend comme une limitation et non une suppression de la liberté des salariés, limitation qui doit être justifiée par l'employeur et qui doit être circonscrite. Ainsi, elle ne saurait revêtir un caractère permanent ni définitif. La limitation doit être proportionnée au but recherché. Par conséquent, la spécificité du contrat de travail réside dans le fait que le salarié soit placé sous l'autorité de l'employeur. En acceptant cette relation de subordination, il renonce à une certaine autonomie dans la conduite de sa personne.

Toutefois, le salarié n'aliène pas sa personne. Il ne se soumet au pouvoir de direction de l'employeur que pour l'accomplissement de la tâche définie au contrat.

Le droit du travail protège aussi le salarié contre toute forme de discrimination à raison de sa religion. Ainsi, l'article L.1132-1 du Code du travail pose le principe de non-discrimination en indiquant notamment que la discrimination religieuse est interdite à tout stade de la vie professionnelle.

Toutefois, le droit du travail pondère la liberté du « salarié-citoyen ». En effet, l'article L. 1133-1 du Code du travail prévoit néanmoins que « l'article L.1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

L'article L. 1132-3 2° et 3° du Code du travail pose le principe que « *le règlement intérieur ne peut apporter de restriction générale et absolue à l'exercice d'une liberté fondamentale, cette restriction doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché et ne peut pas comporter de dispositions discriminant les salariés en raison de leurs convictions religieuses* ».

Plus récemment, la loi El Khomri du 6 août 2016 est venue régir la question du fait religieux en entreprise. Aussi, ses apports apparaissent comme étant insuffisants. En effet, l'article 1 de la loi Travail a introduit dans le Code du Travail l'article L 1321-2-1 qui permet aux entreprises de prévoir dans leurs règlements intérieurs un chapitre réglementant la neutralité.

Ainsi, l'article L 1321-2-1 du Code du Travail dispose que : « *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 par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché.* »

La loi confie donc aux employeurs le soin d'édicter leurs propres normes dans le règlement intérieur. Ici se pose également la question de l'appréciation de la notion de « nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise ». En effet, cette notion est plus large que l'ancienne justification tirée de la nature de la tâche à accomplir. Ainsi, elle est susceptible d'englober les règles générales d'organisation du travail dans l'entreprise et les relations entre salariés. Cette nouvelle formulation pourrait être attentatoire aux libertés du salarié, cette notion étant susceptible de justifier un refus d'autorisation d'absence ou d'aménagement du travail pour raison religieuse.

Il est à noter que l'Observatoire de la laïcité et de la Commission nationale consultative des droits de l'homme avaient sollicité le retrait de cet article. Ainsi, dans un communiqué de presse en date du 19 juillet 2016, l'Observatoire et la Commission nationale consultative des droits de l'homme ont formulé un certain nombre d'observations sur l'article 1er du projet de loi de modernisation du droit du travail.

En l'espèce, « *l'Observatoire de la laïcité et la CNCDH rappellent que la laïcité est un principe constitutionnel qui implique la neutralité de l'Etat, des services publics et des collectivités territoriales mais qui garantit aux citoyens la liberté de conscience et celle de manifester ses convictions dans les limites du respect de l'ordre public. En contradiction avec la Constitution, la*

Convention européenne des droits de l'homme et le droit communautaire, l'article 1er bis A autorise l'inscription du principe de neutralité dans le règlement intérieur de l'entreprise privée ».

34

Il apparaît donc que le principe de neutralité n'est pas adapté. Par ailleurs, ils poursuivent en ces termes : *« L'article 1 introduit également la possibilité d'une restriction de portée générale et comporte le risque d'interdits absolus et sans justification objective à l'encontre des salariés, en visant par ailleurs toutes leurs convictions, qu'elles soient syndicales, politiques ou religieuses. En ce sens, cet article s'oppose au principe de laïcité, ouvre la voie à d'éventuelles discriminations et, en retour, au développement d'entreprises communautaires ».*

Par conséquent, il apparaît que la confrontation des libertés n'est pas clairement explicitée dans les textes fondamentaux. Les textes s'empilent sans toutefois répondre à la question de la gestion du fait religieux en entreprise. Dès lors, ce sont les interventions des juges qui vont permettre de dégager des éléments de réponse.

Nous allons voir que la confrontation entre liberté individuelle et liberté d'entreprendre sont régulières. Il apparaît également que la solution retenue par les juges dépend largement des cas d'espèce qui sont soumis à leur appréciation. L'employeur exploite fréquemment la liberté d'entreprendre pour mettre en échec les dispositions du Code du Travail. Toutefois, la liberté d'entreprendre est-elle véritablement susceptible de faire échec, à elle seule, à la liberté de religion du salarié

En l'espèce, nous constatons que la liberté du salarié peut faire l'objet de restrictions. En effet, la Cour de Cassation dans un arrêt du 21 juin 2005 (cb civile, n°02-19831) considère que *«Le droit de manifester librement sa religion, tel que posé à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme... n'est pas absolu mais doit être concilié avec d'autres impératifs.»*

D'une manière générale, la CEDH apprécie le caractère « excessif » de la dérogation demandée par le travailleur à l'aune du principe de proportionnalité : *« Une telle distinction entre personnes dans une situation comparable ou un tel défaut de traitement différent entre personnes dans des situations sensiblement différentes est discriminatoire si l'un ou l'autre manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si l'un ou l'autre ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a aucun rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (Eweida, § 87, CEDH 15 janvier 2013).* Par conséquent, le droit du travail se réfère au même procédé d'analyse : la recherche de proportionnalité entre l'atteinte au droit du salarié et le but légitime visé.

34 Observatoire de la laïcité et la CNCDH, communiqué 19 juillet 2016

Dans un arrêt du 30 avril 2004 (CEDH, Glor c. Suisse), la Cour considère que « pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue », « Il en découle donc une exigence de subsidiarité qui garantit le choix de la mesure la plus adaptée et la moins contraignante pour le travailleur ». Par conséquent, la CEDH cherche à concilier les intérêts en présence au mieux. La préservation des libertés individuelles est donc l'apanage des sociétés démocratiques.

Par ailleurs, la Cour Européenne des Droits de l'Homme considère tout de même que, dans certains cas, la liberté religieuse puisse s'exprimer : « en ce qu'elle n'est pas limitée au for intérieur, mais elle doit s'articuler avec d'autres droits et libertés » (CEDH 15 janv. 2013, Eweida, Chaplin, Ladele et McFarlane c/ Royaume-Uni). Ainsi, dans l'affaire Eweida, le salarié est une employée d'une compagnie aérienne privée à qui l'on refuse de porter une croix autour du cou. Mme Eweida est nommée à un autre poste où elle n'est plus en contact avec la clientèle. Le salarié a poursuivi l'employeur sur le fondement de l'article 9 CEDH. En l'espèce, le juge a condamné le Royaume Uni.

Après avoir analysé les intérêts en présence, la Cour considère que l'atteinte portée aux droits de Mme Eweida est disproportionnée. Toutefois, il a retenu qu'une société commerciale peut légitimement imposer à ses employés un code vestimentaire afin de projeter une certaine image commerciale, l'application de ce code peut parfois entraîner des restrictions quant au port de symboles religieux (CEDH 15 janvier 2013 Eweida et autres c. Royaume-Uni).

Plus récemment, la Cour de Justice de l'Union Européenne a rendu deux arrêts (14 mars 2017) dans lesquels elle considère que l'interdiction du port visible de signes religieux dans l'entreprise n'est pas discriminatoire. Toutefois, ces deux arrêts sont pédagogiques en ce qu'ils précisent dans quel cadre et sous quelles conditions une telle limitation de liberté peut être édictée.

Ainsi, les juges ont considéré que le règlement intérieur d'une entreprise interdisant le port visible de signes politiques, philosophiques ou religieux ne constitue pas en soi une discrimination directe. Toutefois, les juges précisent que le principe de neutralité ne s'applique pas identiquement à tous les salariés. En effet, il doit être possible d'exempter les salariés n'étant pas en contact direct avec la clientèle de l'entreprise. Ainsi, la Cour a recherché s'il était possible de reclasser le salarié voilé à un poste n'impliquant pas de contact visuel avec des clients.

Aussi, ces arrêts ont permis de répondre la question de savoir si le port d'un foulard islamique pouvait être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante. En l'espèce, la CJUE répond par la négative en précisant que « seule la nature ou les conditions d'exercice d'une activité » sont susceptibles de justifier l'interdiction du voile. Le juge limite donc ici le pouvoir de direction de l'employeur en encadrant ces limitations.

Les affaires portées devant le juge sont nombreuses et mettent au jour cette incertitude grandissante. En effet les solutions apportées divergent nettement selon le cas d'espèce. Toujours est-il le juge met constamment en équilibre ces deux libertés : libertés de religion et liberté d'entreprendre.

Aussi, la jurisprudence est fluctuante. L'appréciation casuistique la Cour risque de créer un nombre incalculable de distinctions : salarié étant en contact avec le client, salarié « isolé » du client. Il en ressort un certain nombre d'inégalités qui peuvent être considérées, en elles même, comme source de discrimination.

De manière générale, il apparaît que les entreprises peuvent limiter l'expression religieuse du salarié si cette limitation poursuit un objectif légitime (en l'espèce la préservation de l'image de l'entreprise) et s'applique de façon proportionnée.

On constate donc un « numéro d'équilibriste » entre les différents intérêts en présence. Toutefois, cette construction juridique et jurisprudentielle est-elle achevée ?

SOUS SECTION 2 :

UNE NOUVELLE LEGISLATION PROPRE AU FAIT RELIGIEUX EN ENTREPRISE : UNE METANOIA ?

En l'espèce, nous avons vu que le législateur ne règle pas clairement la question du fait religieux en entreprise. Les textes et la jurisprudence suggèrent l'équilibre entre le respect de la liberté d'entreprendre et les libertés individuelles. Toutefois, dans la pratique, cet équilibre peut apparaître comme étant précaire. En effet, il apparaît que la manifestation du fait religieux en entreprise est en hausse.

Chaque année, l'OFRE (Observatoire du fait religieux en entreprise) émet un rapport sur les faits religieux en entreprise. La dernière étude, remise en 2016, constate une forte hausse du fait religieux en entreprise. Ainsi, l'étude révèle qu'en 2016, « 65% des salariés font face, plusieurs fois par an jusqu'à des manifestations quotidiennes à la question du fait religieux sur leur lieu de travail, contre 50% en 2015. Seuls 35% des répondants n'ont jamais ou alors rarement observé de faits religieux au travail ³⁵ ».

Le rapport de l'OFRE analyse également les formes que prend le fait religieux en entreprise.

Deux typologies de faits sont recensés : d'une part les « faits correspondants à des demandes et à des pratiques personnelles » et de l'autre, « les faits qui correspondent à une perturbation et/ ou une remise en cause de l'organisation du travail et/ ou à une transgression des règles légales ³⁶ ».

Au sein de la catégorie « demandes et pratiques personnelles », le rapport évoque : les demandes d'absence pour une fête religieuse, l'aménagement du temps de travail (planning horaire afin de pouvoir prier), port ostentatoire de signes religieux, prières pendant les pauses.

35 Rapport OFRE Faits religieux en entreprise 2016

36 Rapport OFRE Faits religieux en entreprise 2016

Au sein de la catégorie « perturbation et remise en cause de l'organisation du travail », le rapport évoque : « *le refus de travailler avec une femme ou sous ses ordres, de faire équipe avec des personnes qui ne sont pas des coreligionnaires, refus de réaliser des tâches, prosélytisme, prières pendant le temps de travail, intervention de personnes extérieures* ³⁷ ».

Le rapport procède également à une classification des faits les plus observés. Ainsi, « *le port visible de signes religieux devient le premier fait religieux observé, avec 21 % des manifestations (contre 17 % en 2015 et 10 % en 2014), les demandes d'absences reculant à la deuxième place mais restant stables avec 18 % (contre 19 % en 2015 et 16 % en 2014). Les demandes d'aménagement du temps de travail sont également stables d'une année sur l'autre et correspondent à 14 % des faits (contre 14 % en 2015 et 13 % en 2014)* ³⁸ ».

Par ailleurs, l'étude constate une hausse des cas conflictuels et/ ou bloquants, ce qui représente « 9% des cas en 2016 contre 6% en 2015 et 2% en 2013 ». L'étude souligne donc une augmentation des tensions autour du fait religieux en entreprise.

Toutefois, bien que l'on constate une hausse des faits religieux en entreprise, l'étude démontre que 91% des cas recensés n'entraînent ni conflit, ni blocage.

Par ailleurs, l'étude de l'observatoire du fait religieux en entreprise analyse les comportements considérés comme « admissibles » et constate qu'il n'y a pas de rejet du fait religieux en entreprise. Ainsi, l'étude souligne que « *70 % des personnes interrogées en 2016 considèrent que la religion est un sujet de discussion qui a tout à fait sa place dans les échanges entre collègues. De même, certaines pratiques plus directement religieuses sont tout à fait admises* » ³⁹.

Par conséquent, la croyance et la pratique religieuse semblent tolérées par l'ensemble des salariés dès lors qu'elles n'affectent pas la bonne réalisation du travail. Ainsi, l'étude révèle que certains comportements sont largement admis en entreprise, c'est le cas par exemple des « aménagements ponctuels du temps de travail », qui sont admis à 83%, le « fait de prier seul sur le temps de pause », comportement admis à 75%. En revanche, certains comportements sont proscrits : on trouve par exemple « le refus de travailler avec certaines personnes pour des motifs religieux », idée rejetée à 91%, « le refus de réaliser des tâches pour des motifs religieux », rejeté à 90%, le fait « de prier en groupe et/ ou pendant le temps de travail » rejeté à 70%.

37 Rapport OFRE, Fait religieux en entreprise, 2016

38 Rapport OFRE, Fait religieux en entreprise, 2016

39 Idem

Par conséquent, l'étude démontre que les faits religieux sont « admis » en entreprise dès lors qu'ils ne s'imposent pas aux autres et ne gênent pas l'exécution du travail.

Dès lors, la rédaction d'un guide pratique du fait religieux est-elle suffisante pour répondre à cette question et répondre aux interrogations des professionnels ?

Fin 2016, Le ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social a présenté un « Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées ».

En l'espèce, ce guide, à destination des employeurs et des salariés, rappelle à chacun « ses droits et ses devoirs, notamment en rappelant les principes fondamentaux qui s'imposent dans l'entreprise en matière de faits religieux ». Ce document, élaboré en concertation avec la direction générale du travail, n'a pas de valeur juridique normative. Il tente de répondre à des problématiques concrètes pouvant être rencontrées par l'employeur. Ce guide encourage la recherche de solutions consensuelles. Toutefois, ce guide n'est qu'un rappel de dispositions déjà existantes, dès lors, on perçoit mal son intérêt pratique.

Serait-ce donc le signe qu'il faille modifier la législation en vigueur ?

L'observatoire des faits religieux en entreprise aborde la question de la nécessité d'une loi sur la religion en entreprise. En l'espèce, il apparaît que 62% des personnes interrogées sont opposées à une intervention législative. Serait-ce le signe que nous disposons des outils juridiques nécessaires et suffisants pour gérer ces situations ?

En France, l'Observatoire de la laïcité et la CNCDH précise que « *la législation et la réglementation en vigueur, bien que trop peu connues, fournissent déjà les moyens nécessaires et proportionnés pour garantir l'équilibre entre protection de la liberté de conscience des salariés et la volonté légitime de fixer les limites nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise* ⁴⁰ ».

D'ailleurs, on perçoit mal sur quel fondement le législateur pourrait agir sans nuire à l'une ou l'autre des libertés fondamentales. Quelle notion serait la plus susceptible de régir le fait religieux en entreprise ?

Dans un premier temps, nous allons nous intéresser au principe de laïcité.

Le principe de laïcité peut-il juridiquement s'appliquer au sein d'une entreprise privée ?

D'un point de vue juridique, le principe de laïcité est strictement cantonné à la sphère publique et n'a pas vocation à régir les relations au sein d'une entreprise privée. En effet, le principe de laïcité découle de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Églises et de l'État.

40 Observatoire de la laïcité et CNCDH, Communiqué du 19 juillet 2016

Suite à cette loi, la France est un Etat laïc : le pouvoir politique est distinct des organisations religieuses. Par ailleurs, on peut noter que la laïcité garantit également la liberté de conscience et le droit pour chacun d'exprimer ses convictions.

La laïcité de l'État a pour corollaire sa neutralité à l'égard des religions, de telle sorte que les agents de l'État, des hôpitaux et des collectivités publiques ont une obligation de neutralité qui se traduit par le fait de ne pouvoir manifester leurs convictions religieuses dans l'exercice de leurs fonctions. La laïcité est donc applicable à l'État, et par extension aux agents et aux services publics qu'il gère, mais pas aux entreprises privées (à l'exception de celles gérant un service public, cas que nous avons expressément exclu). La Cour de Cassation a d'ailleurs rappelé, dans sa décision du 19 mars 2013 (n°11-28-845) que « *le principe de laïcité instauré par l'article 1er de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public* ». Le principe de laïcité reste donc cantonné à la sphère publique et ne saurait être appliqué au sein des entreprises privées. Dès lors, le législateur pourrait-il envisager le recours à d'autres notions dont la neutralité ?

En droit, l'article L 1321-2-1 du Code du Travail prévoit déjà que le règlement intérieur peut imposer un principe de neutralité. En l'espèce, le règlement intérieur constitue « la source principale du pouvoir disciplinaire ». Il apparaît donc que le pouvoir disciplinaire de l'employeur prime sur la liberté du salarié. Son inscription dans le règlement intérieur emporte également qu'en cas de violation par le salarié du principe de neutralité, l'employeur peut sanctionner le salarié (sanction disciplinaire).

En l'espèce, le texte ne précise pas la définition du principe de neutralité. Par conséquent, chaque entreprise risque d'appréhender différemment cette notion en la consignant au sein de leurs règlements intérieurs.

D'ailleurs, il est à noter que le texte évoque simplement un principe de neutralité et non pas la notion de « neutralité religieuse », ce qui, selon la doctrine avancée par professeur Antoine Lyon-Caen, prive l'article de sens. Le Professeur Lyon Caen voit également dans cette notion de « neutralité » un certain danger. En effet, la notion de neutralité se définit comme « *le caractère, l'attitude d'une personne, d'une organisation qui s'abstient de prendre parti dans un débat, une discussion, un conflit opposant des personnes, des thèses ou des positions*⁴¹ ». Son champ d'application est donc bien plus vaste que la simple neutralité religieuse.

41 Pr. Lyon Caen, Le droit du travail : une technique réversible, Dalloz

Par ailleurs, autoriser l'inscription d'un principe de neutralité (et restreindre les manifestations de ses convictions) au sein du règlement intérieur s'oppose donc par nature à la liberté consacrée par l'article 9 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. En effet, le principe de neutralité est affaibli par la liberté garantie par l'article 9 de la Convention Européenne des droits de l'homme : les restrictions doivent être justifiées et proportionnées.

Par ailleurs, la France peut craindre une condamnation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. En effet, la Cour reconnaît aux salariés le droit de manifester leurs convictions religieuses dans l'entreprise (CEDH Aff. Eweida et autres c/ Royaume-Uni 15 janvier 2013 n° 48420/10 et affaire Ebrahimian c/ France CEDH 26 octobre 2015). Le recours à la notion de neutralité ne semble donc pas la plus appropriée.

Dès lors, la notion de discrimination serait-elle le socle le plus approprié dans la gestion du fait religieux en entreprise?

En l'espèce, l'avis « sur la neutralité religieuse en entreprise » de 2011, rédigé par le Haut conseil à l'Intégration considère que « *placer la tension Religion/Entreprise sous l'angle de la lutte contre les discriminations infléchit la lecture que l'on aura des problèmes rencontrés dans les entreprises : certains seront tentés de lire toute limitation de l'expression religieuse par l'employeur comme une discrimination religieuse, quand bien même cette restriction serait proportionnée et justifiée* ».

Par conséquent, la notion de discrimination pourrait être trop restrictive et nuisible au respect de la liberté d'entreprendre.

Dès lors, il apparaît que les notions juridiques françaises ont déjà été, peu ou prou exploitées. Par conséquent, il convient d'analyser le droit étranger. En effet, sur quels systèmes se sont-ils appuyés pour gérer la manifestation du fait religieux en entreprise ?

Outre Atlantique, le législateur canadien a eu recours à la notion d'accommodement raisonnable.

L'obligation d'accommodement est un outil juridique qui s'inscrit dans une culture politique d'intégration. Selon Rivet, « *L'obligation d'accommodement est une construction jurisprudentielle, juridique, incluse dans un droit à protéger, soit celui du droit à l'égalité.*⁴² »

Par conséquent, l'accommodement raisonnable met une obligation à la charge de l'employeur. Ainsi, les employeurs doivent rechercher une solution afin de permettre au salarié d'exercer pleinement ses droits. Toutefois, cette obligation est limitée par la « contrainte excessive ».

42 Juge Rivet, dans Les enjeux du débat québécois sur les accommodements raisonnables

Dans un arrêt O Malley⁴³ rendu en 1985 par la Cour Suprême canadienne, le juge déclare que « même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence 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 ». Ainsi, la gestion du fait religieux en entreprise apparaît sous une nouvelle lumière : la tolérance et l'acceptation sociale.

Selon Pierre Bosset, « *l'accommodement raisonnable fait appel à l'esprit éthique : il suppose le respect d'autrui tel qu'il est, mais tient aussi compte d'un tissu social sans lequel il ne saurait exister de communauté humaine.*⁴⁴ » Dès lors, le droit canadien n'est pas, comme le droit français dans une confrontation perpétuelle des droits. Le droit canadien cultive l'idée de « vivre ensemble ». Il convient dès lors de se demander comment les juges font application de cette notion d'accommodement raisonnable.

Afin d'échapper à cette obligation, il convient de prouver des « conséquences négatives sérieuses ». Afin d'apprécier le caractère excessif de l'accommodement, les juges vont regarder plusieurs critères, à savoir : le caractère excessif de la contrainte, le coût de l'accommodement recherché, l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise ou au bon fonctionnement du service (la nature de la clientèle), les droits des co-employés.

Selon une partie de doctrine canadienne, il convient de distinguer conflits de droits et conflits de valeurs. Par conséquent, il n'y a obligation d'accommodement raisonnable que lorsqu'il y a atteinte au droit à l'égalité ou discrimination. Les autres cas relèvent de la gestion de la diversité religieuse. Par conséquent, la notion d'accommodement raisonnable est intéressante en ce sens qu'elle rééquilibre les rapports de force dans la relation de travail. Ici, les droits du salarié sont protégés afin de laisser vivre une « diversité enrichissante » dans l'entreprise

Aussi, la CJUE dans son arrêt du 14 mars 2017⁴⁵ s'est prononcée en faveur d'un aménagement raisonnable. En effet, la Cour considère qu'il pèse sur l'employeur une obligation de rechercher une solution de reclassement à un salarié qui enfreindrait le règlement intérieur en portant le foulard islamique. La Cour commence donc à s'approprier, en pratique, le mécanisme de l'accommodement raisonnable. Cette solution n'est d'ailleurs pas nouvelle. En effet, dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 25 novembre 2015, la Cour a annulé le licenciement d'un salarié voilé. Le salarié avait sollicité son affectation à un nouveau poste, détaché de la clientèle afin de ne pas enfreindre le règlement intérieur. L'employeur a licencié le salarié voilé. Ce licenciement a été annulé, en le jugeant discriminant.

43 Jugement Cour Suprême du Canada, 17 décembre 1985 O.Malley c. Simpson Sears

44 Droits de la personne et accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé? Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2009/1

45 CJUE, Affaire C-157/15 Achbita/G4S solutions et C-188/15 Bougnaoui et ADDH/ Micropole Univers

La Cour privilégie donc l'aménagement raisonnable à la notion d'accommodement raisonnable (qui entraînerait une obligation à la charge de l'employeur, ici nous constatons que la Cour encourage donc la tolérance et le dialogue et non la contrainte).

Il apparaît donc que les juges canadiens recherchent, comme en droit français, la proportionnalité. Toutefois, transposer cette notion de droit canadienne en droit français pourrait être une solution « mi-figue mi-raisin ».

Elle peut être intéressante si notre société décide de promouvoir la diversité comme une richesse car cette notion permettra de garantir que l'employeur aura mis en œuvre tous les moyens pour permettre à cette diversité de « vivre ». Le cas échéant, il serait plus utile de créer une loi propre à la gestion de la diversité religieuse en entreprise, en détaillant pour chaque catégorie de fait religieux (temps de prière, congés pour fête religieuse) les droits associés et les aménagements (accommodements) envisageables.

Nous constatons donc que la législation en vigueur ne peut être valablement modifiée sans nuire à (ou privilégier) la liberté de religion ou la liberté d'entreprendre.

Ce « flou » juridique s'exprime notamment par l'absence d'une prise de position claire du législateur et des pouvoirs politiques sur la question du fait religieux en entreprise. En effet, cette prise de position pourrait s'avérer risquée : autoriser la manifestation du fait religieux en entreprise de manière plus globale soulèverait certainement le mécontentement d'une partie de la population. En revanche, interdire tout fait religieux en entreprise pourrait être attentatoire aux libertés et discriminant envers une partie de la population. Ce sont donc de nouveaux rapports à l'altérité qu'il reste à inventer. Il apparaît ainsi que la « définition » du statut de l'individu au sein de la société et de l'entreprise n'est pas encore aboutie.

Dès lors, existe-t-il d'autres outils susceptibles de « réguler » le fait religieux en entreprise ? Peut-on inverser la « malédiction de Babel » en reconstruisant une union et une communication entre les hommes ? Le contrat de travail est-il un outil adapté à la gestion du fait religieux en entreprise ?

PARTIE II :

DE LA LOI AU CONTRAT : LE COMBAT DE DAVID CONTRE GOLIATH ?

« Une société sans religion est comme un vaisseau sans boussole », Napoléon Bonaparte

Comme nous l'avons vu dans la première partie, le statut du salarié a évolué, passant d'une chose à l'état de citoyen. En sa qualité de citoyen, le salarié jouit de droits fondamentaux. Ces droits et libertés protègent le salarié en entreprise qui peut invoquer des droits, traditionnellement attachés à la personne humaine, dans le cadre de relations salariées.

Toujours est-il, ces droits individuels sont en confrontation avec les droits fondamentaux reconnus à la personne morale. Dès lors, le législateur semble impuissant pour régler la question du fait religieux en entreprise. L'équilibre est parfois précaire, les dispositifs juridiques peinant à régir la manifestation du fait religieux en entreprise. Par conséquent, ne serait-il pas plus judicieux de faire du contrat de travail l'outil de « régulation » du fait religieux en entreprise ? Véritable socle de négociation entre l'employeur et le salarié, le contrat de travail est susceptible d'être au service de l'individualisation des relations de travail. Avons-nous intérêt à « contractualiser » le fait religieux ? (Chapitre 1). En effet, le contrat de travail apparaît comme un instrument d'individualisation du rapport de travail (Section 1). Aussi, le contrat s'érige peu à peu en un outil protecteur des droits fondamentaux (Section 2). Par conséquent, le contrat de travail est-il le socle « sacré » des négociations ? Contractualiser le fait religieux comporte-t-il des risques ?

Par ailleurs, il apparaît que le législateur n'a pas encore pris le pouls des transformations opérées dans notre société. En effet, la mondialisation a profondément modifié le monde du travail. Dès lors, se pose la question du statut du salarié à l'ère de la mondialisation. Conserve-t-il son statut de salarié-citoyen ou migre-t-il vers un nouveau statut ? Nous assistons à une fondamentalisation du droit du travail, qui se traduit vers l'émergence d'un nouveau statut pour le salarié qui n'est plus désormais salarié-citoyen mais salarié-individu. Assisterons nous donc, à terme, au combat de David contre Goliath, entre salarié et employeur, où la partie « faible » au contrat triomphe ?

Dans un premier temps nous analyserons le contrat de travail en tant que socle protecteur des droits fondamentaux (Chapitre 1). Ensuite, nous nous demanderons si la fondamentalisation du droit du travail constitue une terre promise (Chapitre 2).

CHAPITRE 1:

LE CONTRAT DE TRAVAIL : **SOCLE PROTECTEUR DES DROITS FONDAMENTAUX ?**

Rousseau énonce dans le « Contrat Social : *« Puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes. »*

En l'espèce, la relation de travail est caractérisée par le lien de subordination entre l'employeur et le salarié. Comme nous l'avons vu précédemment, le salarié n'est plus réduit à un état d'asservissement : il est désormais un citoyen et jouit, à ce titre de droits individuels. Nous constatons donc une pénétration croissante des droits fondamentaux dans la relation de travail. En effet, « renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité (...), une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme (...) ». Par conséquent, salarié (David) et employeur (Goliath) se lanceront-ils dans un combat acharné où le lien de subordination fait naître des rapports de force inégaux ? Ou, au contraire, privilégieront-ils un dialogue à « armes égales » par le biais du contrat de travail ?

Nous allons voir que le contrat de travail est un outil au service de cette individualisation des droits fondamentaux (Sous section 1) .Le contrat de travail s'érige alors en véritable outil de rééquilibrage des relations de travail, et devient de facto un outil de protection des droits fondamentaux du salarié (Sous section 2).

SOUS SECTION 1 :

LE CONTRAT DE TRAVAIL :

INSTRUMENT D'INDIVIDUALISATION DU RAPPORT DE TRAVAIL

Dès lors, le contrat de travail est-il un outil d'individualisation dans le rapport de travail ?

Dans le « Contrat Social », Rousseau considère que c'est par le biais du travail que l'homme exerce sa liberté et remplit ses devoirs face au corps social. Le travail fait donc partie des composantes fondamentales qui permettent la réalisation du bien commun, objectif ultime du corps social.

Par conséquent, n'a-t-on pas tout intérêt à promouvoir l'exercice de ces droits et libertés rattachés à la personne du salarié-citoyen ? Le contrat de travail peut-il être un outil efficace au service de cette relation équilibrée ?

Le contrat vient du latin « contractus » ce qui signifie «réunir, rassembler ». Le contrat se définit comme « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

Le contrat de travail est un outil permettant aux parties d'aménager les conditions d'exécution de la prestation de travail. Le contrat permet donc d'aménager la relation juridique liant l'employeur et le salarié. En effet, les parties sont libres de soumettre leur relation à des règles particulières. Le contrat apparaît alors comme un puissant outil de protection des volontés individuelles.

Toutefois, le contrat de travail est caractérisé par un lien de subordination entre l'employeur et le salarié. En l'espèce, Rousseau énonce que « *C'est une convention vaine et contradictoire de stipuler d'une part une autorité absolue et de l'autre une obéissance sans bornes*⁴⁶ »

Par conséquent, il est dans le meilleur intérêt de l'entreprise que la relation entre l'employeur et le salarié, consignée dans le contrat de travail, soit équilibrée.

46 Du Contrat Social, Rousseau, 1762

Selon l'arrêt par la Cour de Cassation le 24 mars 1998, « *les convictions religieuses n'entrent pas, sauf Convention expresse, dans le champ contractuel*⁴⁷ ».

Cette solution a déjà été appliquée. En effet, les salariés de professions médicales ainsi que les journalistes bénéficient d'une clause de conscience qui les autorise à ne pas exécuter certaines prestations ou à rompre leur contrat sans en supporter les conséquences.

Cette solution peut-elle être appliquée au cas du fait religieux en entreprise ?

Nous pouvons évoquer en ce sens l'affaire dite « du boucher de Mayotte ». En l'espèce, la Cour de Cassation a validé le licenciement d'un boucher musulman qui refusait de préparer de la charcuterie à base de porc après qu'il ait assumé cette tâche pendant deux ans. En effet, la Cour retient que « *s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, 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*⁴⁸ ».

Par conséquent, le juge se réfère ici au contrat de travail.

Comme nous l'avons vu précédemment, la liberté du salarié-citoyen ne s'arrête pas aux portes de l'entreprise. Toutefois, afin de respecter la liberté d'entreprendre, l'exercice de ces droits et libertés du salarié peuvent être limités. Par conséquent, le contrat de travail, socle des négociations est-il adapté à la gestion du fait religieux en entreprise ?

Ainsi, Denis Mazeaud évoque « *une entrée en force des droits de l'homme dans le droit des contrats*⁴⁹ ».

Dans un premier temps, nous assistons à ce que la doctrine appelle la « *fondamentalisation du droit des contrats* ».

M. Malson, professeur de psychologie sociale, considère que l'homme existe au travers des relations interindividuelles. Le contrat (de par sa nature), constitue le moyen juridique par lequel les individus nouent des relations. « Avant la rencontre d'autrui, l'homme n'est rien que des virtualités aussi légères qu'une transparente vapeur ». Par conséquent, le contrat permet de matérialiser ces relations interindividuelles.

47 Cour de Cassation, 24 mars 1998 (n°95-44.738)

48 Cour de Cassation, 24 mars 1998 (n° 95-44.738)

49 La nouvelle crise du contrat, Denis Mazeaud LGDJ 2012

Ainsi, le contrat de travail permet de refléter la volonté des parties. Les parties ont la liberté de contracter ou de ne pas contracter. Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu, dans les limites fixées par les dispositions impératives car d'ordre public.

Sorel considère que « *la liberté contractuelle est le corollaire de la liberté individuelle*⁵⁰ ». Par conséquent, le contrat est le socle protecteur de ces libertés.

La liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme (*la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*)

Appliqué au droit du travail, la liberté contractuelle se manifeste par l'insertion de clauses particulières dans le contrat de travail.

L'insertion de clauses particulières permet de singulariser le rapport de travail. Ce contrat permet de s'écarter des normes de travail légiférées ou conventionnelles et d'adapter le contrat dans l'intérêt de l'employeur et du salarié. En ce sens, le Professeur Lyon-Caen affirmait en ce sens que le contrat de travail a un rôle « génétique » en ce que le contrat de travail demeure la source réelle du rapport de travail. Il est « l'instrument ultime de protection ». Cette vision est également défendue par Guillaume Henri Camerlynck qui évoque un « rôle primordial » du contrat de travail et une « *source prééminente dans la mesure où il améliore le sort du travailleur* ». ⁵¹

Le contrat de travail offre aux parties un espace réel de stipulation permettant de singulariser le rapport de travail. Par l'insertion de clauses particulières, les parties peuvent en effet s'écarter des normes du travail légiférées ou conventionnelles. Elles peuvent aussi soumettre leur rapport de travail à des règles différentes de celles applicables aux autres salariés de l'entreprise. Le domaine de la stipulation contractuelle demeure donc large dans ses objets. On peut moduler la durée de travail, le lieu de travail, etc. Il s'agit donc d'un instrument d'individualisation de la relation de travail.

Philippe Waquet évoque en ce sens l'idée de « renouveau du contrat de travail » puisque le contrat permet cette individualisation par l'insertion de clauses spécifiques.

Pourrait-on envisager une extension du domaine de stipulation classiquement accordé aux parties en permettant de « contractualiser » la manifestation du fait religieux en entreprise ?

50 Sorel, citation dans Fondamentalisation du droit du travail RDA 2015

51 Droit du Travail, Camerlynck et Lyon Caen, Ed. Dalloz

Juridiquement, cette liberté de stipulation au sein du contrat de travail est encadrée.

En effet, la liberté des parties est limitée par un ensemble de règles d'origine légale, conventionnelle ou prétorienne. Toutefois, le contrat de travail ne constitue que très rarement et sous de strictes conditions un « outil de renonciation » à des droits légaux ou conventionnels.

Par conséquent, la législation du travail s'impose aux parties qui ne sauraient l'écarter par le biais de stipulations contractuelles.

Dans le droit positif, l'articulation entre le contrat de travail et la loi est gouvernée par une règle de faveur. En effet, elle permet d'orienter la faculté donnée aux parties de singulariser par le biais du contrat leur rapport de travail. Par conséquent, il n'existe pas la possibilité d'écarter les dispositions légales ou conventionnelles lorsqu'il n'en résulte pas une amélioration de la situation du salarié.

Par ailleurs, l'individualisation des relations de travail est une conséquence de l'évolution des mœurs et de la superposition des textes juridiques. En effet, l'activité législative ou les décisions jurisprudentielles régissant les rapports de travail sont devenues trop nombreuses. La densité des textes législatifs a réduit la liberté contractuelle des parties au contrat. Ainsi, selon le Professeur Vigneau, « le degré de réglementation d'une matière dicte donc le champ laissé à la singularisation contractuelle ».

Par conséquent, l'individualisation du contrat de travail doit se réaliser conformément au cadre législatif et conventionnel. Dans le cadre du fait religieux en entreprise, le contrat apparaît donc comme une bonne alternative. En effet, le cadre juridique est déjà défini. La religion du salarié est une liberté fondamentale qui ne s'éteint pas aux portes de l'entreprise et l'employeur jouit de sa liberté d'entreprendre. Par conséquent, le contrat permet aux deux parties de se mettre d'accord sur le respect de ces deux libertés.

Pour juger de la pertinence de cette solution, nous pouvons analyser le régime de certaines clauses du contrat de travail. En effet, la Cour a eu à se prononcer sur les conditions de validité ou sur les effets de certaines clauses. En témoignent les arrêts sur les clauses de non concurrence, de mobilité ou bien encore d'objectifs.

La licéité de la clause et de son aménagement contractuel est, le plus souvent, analysé au regard de la spécificité de l'emploi du salarié.

Concernant le fait religieux, les juges relèvent régulièrement le contexte dans lequel travaille le salarié : est-il en contact avec des clients ? Quel métier le salarié exerce t-il ?

De manière classique, l'appréciation de la licéité des restrictions contractuelles apportées aux à la liberté du salarié exige un examen de proportionnalité et de finalité.

Par conséquent, la clause se doit d'être équilibrée et ne peut être détachée de son contexte (notamment en rappelant la fonction du salarié, de son activité et de l'intérêt de l'entreprise).

Il est indispensable de respecter ces critères lors de la rédaction du contrat de travail au risque de ne pas remplir les conditions de l'article L 1121-1 du Code du Travail qui dispose que : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

Par conséquent, la rédaction d'une clause relative au fait religieux présente un double intérêt : d'une part il permet de fixer un cadre précis dans la relation entre l'employeur et le salarié et, d'autre part, il permet d'éclairer le juge sur la nature de la relation contractuelle et les limites qui avaient été fixées par voie contractuelle. L'aléa d'une condamnation de l'employeur est donc susceptible d'être réduite s'il respecte le principe de proportionnalité et de finalité.

Par ailleurs, l'article 1104 du Code civil dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Ce principe de bonne foi se retrouve codifié dans le droit du travail. En effet, l'article L 1222-1 du Code du Travail dispose que « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ». Du côté du salarié, cela suppose que le salarié réponde à ses exigences professionnelles. De l'autre, l'employeur doit répondre avec loyauté aux demandes du salarié.

Pour certains auteurs, la bonne foi ne se limite pas à une obligation contractuelle. La bonne foi relève du devoir. Ainsi, dans les relations salariées, elle fixe le contenu et les modalités d'exécution. Toutefois, la bonne foi apparaît également comme un outil de « pacification » des relations en permettant de respecter les intérêts essentiels de l'autre. Le contrat (et son exécution de bonne foi) sont donc des outils au service de la collaboration autour d'un intérêt commun. Dès lors, s'il est exécuté de bonne foi, le contrat ne serait plus un outil de « conflits d'intérêts » mais un socle permettant l'union des intérêts. Par ailleurs, l'employeur doit exercer avec loyauté les pouvoirs qu'il tient du contrat de travail en plaçant le salarié en situation de poursuivre sa relation contractuelle.

En témoigne un arrêt rendu le 14 mars 2017 par la CJUE⁵².

52 CJUE, 14 mars 2017 Affaire C 157/15 et C 188/15

La Cour a recherché si l'employeur pouvait reclasser le salarié portant un foulard islamique à un poste ne nécessitant pas le contact avec la clientèle. Par conséquent, il apparaît que l'exécution de bonne foi du contrat de travail permet de garantir la stabilité du lien salarial.

Il apparaît donc que le contrat de travail n'est pas réduit à un simple acte de prévision, il est avant tout un outil de dialogue.

En effet, la Cour de Cassation évoque une conception renouvelée « ou dialogique » du contrat de travail. Marie France Mazars, conseiller-doyen de la chambre sociale de la Cour de Cassation dans son rapport « Contrat de travail et normes collectives » considère que le contrat n'est pas conçu comme un simple acte de prévision. D'ailleurs, elle considère que la Cour de Cassation a largement contribué à la « *réhabilitation du salarié comme sujet de droit* ⁵³ » de par ses décisions. Elle évoque « *l'essor d'une figure contractuelle qui a institué une dialogicité dans le contrat de travail* ». ⁵⁴

Ainsi, elle estime qu'auparavant une seule voix se faisait entendre par le contrat : celle de l'employeur. Hors, elle considère qu'il existe désormais plusieurs voix : « celle de l'employeur qui rencontre celle d'un salarié désormais devenu audible ». Selon Marie France Mazars, cette dialogicité a été rendue possible à travers le *negotium*. Le contrat de travail est donc le socle des négociations entre l'employeur et le salarié. Toutefois, en ces temps de crise, où les emplois sont rares, cette négociation est-elle véritablement envisageable ? L'employeur ne demeure-t-il pas une partie « forte » au contrat ?

Le professeur Farjat considère que le droit des contrats repose sur une utopie : « *celle de contractants qui, en toute liberté et en toute indépendance, et sur un pied d'égalité, nouaient un lien contractuel (...) cette vision angélique du contrat n'a pas résisté à la marche du temps et s'est révélée décalée par rapport à la réalité contractuelle dans laquelle, bien souvent, au stade de la conclusion du contrat, un des contractants se trouve en situation d'infériorité économique par rapport à son partenaire* » ⁵⁵.

En tout état de cause, il est difficile de remédier à cette difficulté. En effet, le Conseil Constitutionnel fait découler de la liberté d'entreprendre, celle de choisir ses collaborateurs.

53 Contrat de travail et normes collectives, Cour de Cassation Marie France Mazars

54 Contrat de travail et normes collectives, Cour de Cassation Marie France Mazars

55 Ordre public économique, Pr. Farjat

Alors, la liberté contractuelle permet de concrétiser la liberté d'entreprendre. L'employeur conserve donc cette « main forte » dans la relation contractuelle. Toutefois, selon la doctrine de Frangi, le respect des droits fondamentaux prime sur la liberté contractuelle. Ainsi, « *un contrôle par le juge des actes renfermant des clauses de nature à violer les droits individuels primordiaux s'impose avec d'autant plus d'acuité que ces derniers, souvent présentés comme irréductibles, ont une valeur éminente, tandis que la liberté contractuelle a un statut inférieur* ». Par conséquent, les droits fondamentaux priment sur le contrat. La relation de subordination entre l'employeur-salarié retrouve ainsi tout son équilibre. En effet, si le juge raisonne en termes de conflit de normes lorsqu'il interprète le contrat de travail, il va analyser non pas la clause en elle-même mais l'atteinte portée de part et d'autre aux droits fondamentaux.

Par conséquent, le contrat de travail ne s'apparente pas, dans la gestion du fait religieux comme un outil purement coercitif. Il apparaît avant tout comme un outil de dialogue. Tout comme l'on négocie le salaire ou que l'on aménage la durée de travail, les deux parties ont tout intérêt à échanger sur la question de la gestion du fait religieux. Ne pas le faire serait, pour l'entreprise, de se retrouver sur le fait accompli. Hors, intenter une action judiciaire est souvent une procédure longue et coûteuse. Dès lors, il pourrait être plus intéressant pour les entreprises de miser sur le dialogue, l'écoute et l'échange afin de faire de la gestion de la diversité un atout et une force.

Il est à cette fin intéressant d'analyser la vision de la Cour de Cassation sur le contrat de travail. La Cour de Cassation « *repositionne les deux contractants comme s'ils avaient été mis en position de dialogue, un dialogue abstrait entre l'employeur et le futur salarié* »⁵⁶. Que penser donc de l'absence de dialogue ?

Le contrat est vu comme une « *oeuvre commune, une co-construction* »⁵⁷, permettant alors de « *réhabiliter le contrat en tant que tel dans un processus de ré-humanisation* »⁵⁸. Selon Marie France Mazars, « *cette approche traduit le refus de transformer le contractant en un « non-être* »⁵⁹. Selon le conseiller de la Cour de Cassation, cette approche jurisprudentielle permet « *de réinscrire dans le processus du contrat de travail la pleine capacité juridique du salarié en faisant de lui un acteur ainsi qu'un interprète de l'entente contractuelle* »⁶⁰. Il n'est donc pas certain que l'absence de dialogue et le « déni » soient en faveur de l'employeur.

56 Contrat de travail et normes collectives, Cour de Cassation Marie France Mazars

57 Contrat de travail et normes collectives, Cour de Cassation, Marie France Mazars

58 Contrat de travail et normes collectives, Cour de Cassation, Marie France Mazars

59 Contrat de travail et normes collectives, Cour de Cassation, Marie France Mazars

60 Contrat de travail et normes collectives, Cour de Cassation, Marie France Mazars

Par conséquent, les parties aux contrats apparaissent comme les acteurs du processus social.

De manière générale, la validité du contrat est subordonnée au respect des droits fondamentaux. En effet, les droits fondamentaux sont « supérieurs » au contrat.

Dans le droit des contrats, la place des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes est plus élevée que celle du contrat. Par conséquent, le contrat est un outil « protecteur » des droits fondamentaux. Toutefois, concernant le contrat de travail, le respect des droits fondamentaux du salarié est limité par le respect de la liberté d'entreprendre de l'employeur. Il apparaît que certaines règles viennent limiter une individualisation trop extensive du contrat de travail.

En effet, la prohibition des discriminations et celles relatives à l'égalité de traitement sont susceptibles de limiter l'individualisation du contrat de travail. En effet, le Code du Travail interdit les différences de traitement dont les critères sont définis à l'article L 1132-1 du Code du Travail. Ainsi, l'article L 1132-1 du Code du Travail dispose qu' : *« aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi du 27 mai 2008 (n02008-496) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment (...) en raison de ses convictions religieuses ».*

Par conséquent, l'individualisation du contrat ne doit pas conduire à méconnaître le principe d'interdiction des discriminations dans le droit du travail. D'ailleurs, cette discrimination peut s'entendre de plusieurs manières. En effet, reconnaître un droit à un salarié pourrait s'assimiler à un avantage. Ainsi, la liberté contractuelle des parties se voit également limitée par l'interdiction des discriminations. A titre d'exemple, si un salarié bénéficie d'un temps de prière, un athée pourrait se sentir lésé. Par conséquent, il pourrait ouvrir la voie à une forme de discrimination positive. En tout état de cause, le fait religieux devra être strictement encadré et ne pas procurer un avantage par rapport aux obligations des autres salariés. La contractualisation « d'éléments individuels » ne devra pas être créateur d'une différence de traitement trop forte entre les salariés. L'égalité de traitement entre les salariés demeure une règle essentielle à laquelle on ne peut déroger. Il est fort à parier que cette égalité de traitement sera appréciée de manière souple. En effet, on assiste à une individualisation du contrat de travail lors de la fixation de la rémunération du salarié. Elle est communément admise.

Toutefois, selon l'expression consacrée par la Cour de Cassation, le traitement particulier « *doit être fondé sur des motifs objectifs et matériellement vérifiables*⁶¹ » (Cour de Cassation, Soc. 21 juin 2005)

Comme nous l'avons vu précédemment, la question du fait religieux relève donc d'un conflit d'intérêt assez classique en droit du travail. D'un côté, la protection des salariés, de l'autre, la défense de l'intérêt de l'entreprise. En effet, si l'on protège excessivement les salariés, l'intérêt de l'entreprise pourrait être mise à mal et compromettre son fonctionnement.

Il émerge de ce constat une première difficulté : comment protéger au mieux les intérêts à la fois de l'employeur et du salarié ? En effet, valoriser et protéger un droit reviendrait à affaiblir l'autre.

Le droit du travail dénombre de nombreux droits conférés aux salariés : il s'agit par exemple des congés, du temps de pause ou bien encore de la rémunération. Les droits individuels des salariés ont donc connu un essor considérable. Cet essor est en partie imputable à l'émergence des droits fondamentaux.

Selon le Professeur Lyon-Caen, « *la pression constante des droits fondamentaux sur les rapports de travail salarié n'est plus à démontrer*⁶² ». En effet, les droits fondamentaux irriguent les rapports de travail salarié.

Dans un premier temps, nous pouvons souligner que les droits fondamentaux ont, par nature, tendance à recentrer le rapport de travail sur l'individu. Ces prérogatives sont attachées à l'individu et non à la personne de salarié. La condition de « salarié » apparaît donc comme étant secondaire, le statut de l'individu étant structurellement prioritaire.

Ces droits mènent donc vers une individualisation de la relation de travail employeur-salarié. En effet, l'individu salarié est titulaire de droits qui sont opposables à l'employeur.

Par ailleurs, le mouvement d'individualisation est plus présent qu'il n'y paraît. Ainsi, on peut évoquer le droit à la formation professionnelle : il s'agit d'un droit individuel qui intervient dans une logique d'individualisation.

Nous avons également constaté une prise en considération de plus en plus importante de la situation personnelle du salarié individu. Ainsi, l'article L 3141-14 du Code du Travail prévoit que l'ordre des départs en congé est fixé par l'employeur compte tenu de la situation de famille du salarié.

61 Cour de Cassation soc. 21 juin 2005

62 Droits fondamentaux et droit social, Pr. Lyon Caen, Dalloz thèmes et commentaires 2005

Par conséquent, les pouvoirs de direction de l'employeur sont peu à peu influencés par la prise en considération du salarié. On assiste donc à une individualisation progressive de la relation de travail et à une affirmation du statut de « salarié-individu » face aux pouvoirs de direction de l'employeur. D'ailleurs, le juge apprécie la licéité de la décision patronale au regard de l'individu qui en est l'objet ce qui place le salarié au centre de toutes les attentions.

Par conséquent, il apparaît que le contrat de travail est un outil de dialogue. Il permet de matérialiser les négociations entre l'employeur et le salarié. Toutefois, le contrat de travail peut-il être un outil protecteur des droits fondamentaux ?

SOUS SECTION 2 :

LE CONTRAT DE TRAVAIL :

UN OUTIL DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

Selon B. Edelman, « *La Cour européenne des droits de l'homme serait en train de façonner « l'homme rêvé par le marché : un individu « égoïste, hédoniste et dont la seule préoccupation serait sa liberté de tout faire, de prendre tous les risques, de construire son destin sans être entravé L'homme du marché serait ainsi un être libre, libre notamment de conclure des contrats*⁶³ ».

Comme nous l'avons vu précédemment, le contrat de travail permet de matérialiser la relation liant l'employeur et le salarié. Toutefois, cet outil est-il véritablement protecteur ?

Peut-on valablement intégrer des dispositions relatives aux droits fondamentaux au sein d'un contrat et qui plus est du contrat de travail ?

Il apparaît que la liberté contractuelle n'est pas illimitée. En effet, les contractants doivent respecter les droits de l'homme lorsqu'ils déterminent le contenu de leur accord. Ainsi, l'employeur ne pourrait rédiger une clause excluant les droits fondamentaux du salarié. Qu'en est-il de l'appréciation de la CEDH ? En droit, l'applicabilité de la Convention européenne aux relations contractuelles n'est pas évidente. En effet, seuls les Etats contractants sont tenus de respecter la Convention Européenne des droits de l'homme. Toutefois, la doctrine de Rivero considère que « *pour que les droits de l'homme soient véritablement vécus, il est nécessaire de s'attacher à les faire respecter dans les rapports entre personnes privées*⁶⁴ ».

63 La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme de marché, B. Edelman, D.2011

64 La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, in René Cassin, Ed.Pedone 1971

On parle alors de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme c'est à dire de l'application des dispositions européennes aux relations privées. Le contrat serait-il alors un outil de protection du salarié plus efficace ? Devant les juridictions internes, la Convention européenne des droits de l'homme se voit reconnaître un effet horizontal direct. Ainsi « *le non-respect de la Convention dans les rapports entre particuliers, dénoncé par une partie, ouvre une procédure contentieuse devant les tribunaux internes judiciaires* ⁶⁵ ». Les juridictions internes peuvent appliquer la Convention européenne afin de résoudre des litiges purement privés. Or, « en mettant en œuvre cet effet horizontal, le juge interne est conduit à contrôler la conventionnalité des clauses contractuelles ». D'ailleurs, on peut constater que le contrat de travail a déjà été analysé par le biais de l'effet horizontal direct. En effet, dès 1999, la chambre sociale de la Cour de cassation a analysé une clause de mobilité au regard du droit européen.

Toutefois, il convient de se méfier de l'application du principe de subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, ce texte ne devrait être appliqué par le juge interne que dans les cas où les lois nationales ne sont pas suffisantes pour préserver les droits de l'homme.

Dans le contrat de travail, l'état de subordination suppose une restriction à l'exercice des libertés fondamentales. Par conséquent, « *le risque d'atteinte aux droits fondamentaux est accru dans les contrats déséquilibrés qui sont le lieu d'exercice d'un pouvoir privé, ce dernier pouvant se révéler aussi menaçant pour les droits fondamentaux d'un individu que peut l'être la puissance publique. Il s'agit alors pour le juge de puiser dans les ressources de la Convention européenne des droits de l'homme afin d'assurer au mieux la protection de la partie faible contre la partie contractuellement forte* ⁶⁶ ». Selon Lalaut, la Convention européenne des droits de l'homme ne serait alors « *qu'un instrument supplémentaire à disposition du juge pour corriger les excès de la liberté contractuelle* ⁶⁷ ».

Par conséquent, le contrat de travail apparaît comme un outil efficace de protection des droits fondamentaux car la liberté contractuelle sera limitée par le respect des droits de l'homme. Lorsque une clause portant atteinte à un droit consacré par la Convention européenne des droits de l'homme est soumise à l'appréciation du juge interne, il doit prononcer la nullité de la clause.

65 Dans la liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme, Bareit 2014

66 Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel, Chassagnard Pinet Dalloz 2008

67 Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme, Lalaut, Gaz. Pal. 1999

Toutefois, en pratique, il apparaît que la Cour de Cassation a tendance à moduler les sanctions. En témoigne un arrêt rendu le 12 janvier 1999. Ainsi, la Cour de Cassation devait se prononcer sur la validité d'une clause de mobilité. Hors, elle a analysé la validité de « la restriction à la liberté de choisir son domicile ». Une telle modulation des sanctions des clauses attentatoires aux droits de l'homme témoigne du souci de la Cour de cassation de parvenir à un équilibre entre le respect de la volonté des contractants et le respect des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, concernant l'interprétation du contrat de travail, il apparaît qu'outre le contrôle de proportionnalité, le juge aura à trancher entre deux droits fondamentaux : les droits fondamentaux reconnus au salarié et la liberté d'entreprendre. Dès lors, selon Rigaux, « *l'équilibre est nécessairement rompu en faveur de l'un ou de l'autre, celui qui prévaut ou si l'on préfère, celui qui a été mis en avant par celle des deux parties qui gagnera son procès. (...) La pondération des intérêts conduit à ce que, au moins dans les circonstances de l'espèce, un intérêt pèse plus lourd que l'autre* ⁶⁸ ». Dès lors, il convient de trancher : la gestion de la diversité et donc du fait religieux en entreprise est-elle néfaste ou source de valeur ajoutée ? Plus qu'une question proprement juridique, cette problématique semble surtout relever du choix d'une société.

Par conséquent, le juge effectuera toujours une analyse de la proportionnalité entre les mesures prises et les atteintes aux droits fondamentaux subies. Le contrat de travail n'est donc pas « une solution miracle ». Le contrat de travail s'apparente donc à un simple outil d'échange et de négociation.

68 Repris dans La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme, N.Bareit

CHAPITRE 2 :

LA FONDAMENTALISATION DU DROIT DU TRAVAIL :

UNE TERRE PROMISE ?

Selon Jean Jacques Rousseau « *tout ce qui rompt l'unité sociale ne vaut rien. Toutes les institutions qui mettent l'homme en contradiction avec lui-même ne valent rien*⁶⁹ ». Dès lors, plutôt que de créer un clivage entre l'employeur et le salarié, ne serait-il pas plus pertinent de parvenir à un consensus où la gestion de la diversité serait créatrice de valeur ? L'entreprise va t-elle devenir une « terre promise », lieu idéalisé et accessible à l'Homme ?

Plus qu'un enjeu juridique, il apparaît que la gestion du fait religieux en entreprise relève d'un enjeu social. A l'ère de la mondialisation, quelle est la place du salarié ? Conserve t-il son statut de salarié-citoyen ou évolue t-il vers un nouveau statut de salarié-humain ? L'individu, en tant « qu'humain » prendra t-il le pas sur le statut de salarié ? Au delà de l'individualisation du contrat de travail, peut-on parler de fondamentalisation du droit du travail ? Dans un premier temps, nous assistons à la redéfinition du salarié citoyen au XXIème siècle (Sous section 1). Cette fondamentalisation du droit du travail mènera t-il au jugement de Salomon ? (Sous section 2)

69 Du contrat social, Jean Jacques Rousseau, 1762

SOUS SECTION 1

LA REDEFINITION DU SALARIE CITOYEN AU XXIeme SIECLE ?

Selon Gilles Trudeau « *Le droit du travail est en train de changer de paradigme : il passe d'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail. Ce changement de modèle n'est pas seulement européen : pour des raisons d'évolution culturelle associées à la mondialisation, il est commun à tous les pays développés*⁷⁰ ».

En effet, la mondialisation a entraîné une diversité d'effets sur le terrain social. Ainsi, les entreprises françaises font face à une véritable révolution culturelle. Face à la globalisation de l'économie, les travailleurs sont devenus plus mobiles. Sur une année, on considère que 200 millions de personnes vivent sur un lieu qui n'est pas leur lieu de naissance d'origine. Il est également à noter que 4000 formes de croyances coexistent à travers le monde. Les cultures et les religions se mondialisent donc en même temps que le travail. Les entreprises françaises font face à un nouveau challenge : la gestion de la diversité culturelle en entreprise.

« *Chaque tradition s'individualise, n'obéissant plus à la loi de la terre mais à celle du droit de conscience de chacun ; une nouvelle diversité qui enrichit la société et l'entreprise*⁷¹ ».

Il apparaît donc que le salarié du XXIème siècle est un salarié mobile, qui franchit les frontières pour travailler. Le travailleur, jadis rattaché à sa propre culture pouvait exercer sa religion librement. Toutefois, une fois mobile, sa religion ne s'exerce plus à travers un groupe identitaire mais à travers sa propre personne.

70 Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie, Département relations industrielles, Université Laval

71 Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie, Département relations industrielles, Université Laval

Véritable « *temple du 3ème millénaire* ⁷² », l'entreprise est confrontée aux nostalgies culturelles et individuelles.

D'après Patrick Banon, nous assistons à « *la mondialisation du fait religieux et à une convergence des préoccupations liées à la condition humaine* ». ⁷³ La religion ne s'exprime plus à travers une communauté mais s'exprime à travers la personne du salarié. On assiste donc à la naissance d'un nouveau monde, qui s'exprime à la fois dans notre société et au sein des entreprises françaises. De nombreuses forces s'entrechoquent : traditions, cultures, morales, éthique démocratique et nouvelles réalités économiques. Le monde de l'entreprise est donc l'espace de rencontre des diversités et de l'expression des identités, toutes réunies autour d'un projet porté par l'entreprise.

Se pose alors la question de la place du salarié au XXIème siècle au sein de son entreprise. Est-il avant tout salarié, simple personne exécutant un travail ou est-il avant tout un salarié non plus citoyen mais un salarié-humain, riche de sa diversité culturelle ?

Il apparaît que notre génération est caractérisée par une situation inédite de cohabitation. Cette dernière se transpose dans le monde du travail. Toutefois, plutôt que d'y voir une contrainte, ne serait-il pas plus judicieux de promouvoir cette diversité ? Ne serait-ce pas l'opportunité unique « d'humaniser » l'entreprise et recréer une nouvelle dynamique sociale ?

A ce jour, les grandes entreprises sont en train de développer leur politique RSE (responsabilité sociétale des entreprises). De la notion de RSE découle des concepts tels que la « sensibilité sociétale » (corporate social responsiveness) ou la performance sociétale. Ces concepts sont particulièrement irrigués par des dimensions telles que « l'individualisme, le pluralisme démocratique, le moralisme et l'utilitarisme ». La politique RSE permet aux entreprises de limiter les risques sociaux, environnementaux et économiques et d'exposer leurs préoccupations éthiques. Cette gestion du fait religieux et donc de la diversité pourrait être incluse dans la politique RSE. En effet, la diversité peut être abordée comme un facteur de qualité. Cette gestion « positive » de la diversité permettrait alors de promouvoir l'image et la réputation de la société : la diversité deviendrait alors créateur d'une véritable valeur ajoutée en tirant profit de profils diversifiés. Par conséquent, la diversité s'analyse également comme un facteur de compétitivité au service des entreprises.

72 Expression de P. Banon, Dieu et l'entreprise : comprendre et gérer les cultures religieuses, 2005

73 Dieu et l'entreprise : Comprendre et gérer les cultures religieuses 2005

Dès lors, nous voyons que, sous l'influence de la mondialisation et de la mobilité des travailleurs, le statut du salarié-citoyen est en train d'évoluer. Il n'est plus simplement titulaire de droits fondamentaux. Il devient un salarié humain, recherchant à s'épanouir au sein de l'entreprise.

D'ailleurs, nous constatons l'émergence timide d'un phénomène de fondamentalisation du droit du travail. Il apparaît donc que notre société est en pleine mutation et le rôle du salarié-citoyen est en train d'évoluer vers celui d'un salarié-humain, créateur de valeur ajoutée. Toutefois, cette évolution se retranscrit-elle dans notre droit ? Sur le fait de « trancher » la question du fait religieux en entreprise, serons-nous témoins d'un « jugement de Salomon » ? Notre société parviendra t-elle à dégager une solution empreinte de sagesse et d'équité ?

SOUS SECTION 2 :

LA FONDAMENTALISATION DU DROIT DU TRAVAIL : **UN PAS VERS LE JUGEMENT DE SALOMON ?**

D'après Patrick Banon, chercheur en sciences des religions et conseil auprès d'entreprises « *Les individus sont porteurs d'une tradition, et c'est un problème nouveau dans nos états démocratiques, animés à la fois d'une volonté d'équité et de diversité. Accepter tous les aménagements, c'est aboutir à une république morcelée, avec des scissions culturelles qui débouchent fatalement sur des scissions géographiques. Mais les refuser, c'est se mettre en contradiction avec les valeurs démocratiques. Nous sommes au début d'une réflexion pour trouver la juste voie, pour ne pas faire de la laïcité une religion et ne pas tout accepter pour autant.*⁷⁴ »

Le législateur a-t-il pris conscience de ces enjeux ?

Il est intéressant d'évoquer le rapport Badinter qui fut remis au premier ministre en janvier 2016. Ce rapport avait pour objectif de définir les « principes essentiels du droit du travail ». Ces principes devaient être réunis sous forme de préambule et avaient pour objectif de « constituer un système de référence pour ceux qui auront pour mission d'interpréter les règles et de les appliquer ». Dans ce rapport, M. Badinter évoque la transformation de notre société par le biais de la mondialisation des échanges et de la révolution numérique.

A cette occasion, M. Badinter rappelle que « *ce qui constitue le cœur du droit du travail français, c'est la volonté d'assurer le respect des droits fondamentaux de la personne humaine au travail*⁷⁵ ».

Il poursuit en ces termes : « *Cette inspiration-là, cette dimension éthique trop souvent méconnue dans la société marchande née de la révolution industrielle a été à l'origine de tout le grand*

74 Dieu et l'entreprise : comprendre et gérer les cultures religieuses 2005

75 Rapport Badinter, Principes essentiels du droit du travail 2016

*mouvement de libération sociale des deux siècles écoulés. Pour nous, assurer à la femme et à l'homme au travail, aux salariés, à tous ceux qui participent à la création de richesse dans l'entreprise, le respect de leurs droits fondamentaux*⁷⁶ ». On constate donc que les droits fondamentaux sont au cœur du droit du travail. L'Homme est non plus un simple salarié « chose » mais un « salarié-citoyen » titulaire de droits.

En l'espèce, le premier chapitre du rapport Badinter s'intitule « Libertés et droits de la personne au travail ». Il est intéressant de noter que la « personne » apparaît en premier dans ce corpus, devant les considérations plus techniques relatives au contrat de travail (rémunération, temps de travail). Cette position stratégique de la personne au sein du premier chapitre démontre la volonté des membres du comité de mettre l'humain au centre des priorités. Dans le premier chapitre « Libertés et droits de la personne au travail », le rapport Badinter propose deux articles susceptibles de nous intéresser : d'une part l'article 1er dispose que : « Les libertés et droits fondamentaux de la personne sont garantis dans toute relation de travail »

L'article 6 évoque directement la liberté religieuse en disposant que : « *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* ». Toutefois, ce principe n'est pas une grande nouveauté en ce que le critère de proportionnalité avait déjà été soulevé par la jurisprudence.

L'article 10 dispose que : « *L'employeur exerce son pouvoir de direction dans le respect des libertés et droits fondamentaux des salariés* ».

A la simple lecture de ces articles, nous constatons que le comité a jugé utile de rappeler la place des deux parties en évoquant à la fois le salarié et à la fois l'employeur. Toutefois, nous constatons que l'article 10 vient limiter les pouvoirs de direction de l'employeur. La liberté de manifester ses convictions semble donc être la règle et l'employeur doit, de manière générale, exercer son pouvoir de direction dans le respect de ces libertés. Ce texte semble donc favorable au salarié.

Dans un premier temps, il convient de souligner le rejet massif par les députés de la commission des affaires sociales de l'inscription de ces principes dans le projet de loi El Khomri dite « loi Travail » (rejet à l'unanimité moins deux voix). Le rejet a été justifié par certains députés dont le député LR Lionel Tardy qui voit, dans la rédaction de l'article 6 : « l'ouverture d'une brèche favorable au communautarisme ».

76 Rapport Badinter, Principes essentiels du droit du travail

D'autre part, il convient de souligner l'imprécision caractérisant le texte. En effet, le comité Badinter n'a pas précisé ce qu'il entendait par le terme « manifester ses convictions religieuses ». Par conséquent, on constate que notre vision du salarié n'est pas encore aboutie.

Toutefois, il existe un mouvement de fondamentalisation du droit du travail.

En l'espèce, le Professeur Jean Maurice Verdier considère le droit du travail comme « *la terre d'élection des droits de l'homme*⁷⁷ ». La fondamentalisation du droit du travail s'entend comme « l'emprise progressive des droits humains sur cette discipline ». Cette fondamentalisation a émergé à l'occasion des premières lois sociales (ex : la limitation de la durée de travail des enfants). Comme nous l'avons vu précédemment, le droit du travail s'est créé à la suite de conflits sociaux. Après la seconde guerre mondiale la notion de droits fondamentaux a fait son entrée dans les relations de travail. Le Professeur Verdier parle d'une « *imprégnation du droit du travail par les droits fondamentaux* ». L'action du juge a joué, selon lui, un rôle considérable et a permis de rendre la protection de ces droits effective.

En effet, le juge a contribué à « *accréditer cette idée essentielle selon laquelle la subordination inhérente au contrat de travail est impuissante à dépouiller le travailleur de ses droits fondamentaux. Il en est ainsi parce que « l'objet du contrat de travail n'est pas [le] travailleur lui-même, mais son activité ; le salarié « ne peut [donc] abdiquer sa qualité [de personne] en se mettant à la disposition d'un employeur*⁷⁸ ». En droit, le contrat de travail suppose que le salarié mette sa « force de travail » à la disposition de l'employeur. Cette relation de subordination menace l'autonomie du salarié et l'exercice de ses droits fondamentaux. En effet, ce lien de subordination caractérise une certaine inégalité de fait et de droit car l'entreprise est le siège d'un pouvoir que son chef exerce sur les travailleurs. La préservation des droits fondamentaux dans le domaine du travail est donc essentielle en ce qu'elle permet de préserver la personne du salarié et de limiter le déséquilibre né de la relation de subordination. De par sa nature, le droit du travail est donc un « *droit de protection du plus faible et un droit de progrès social*⁷⁹ ».

77 En guise de manifeste le droit du travail terre d'élection des droits de l'homme, Verdier dans Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur du Pr. Savatier PUF 1992

78 Voir ci-dessus

79 Voir ci-dessus

CONCLUSION

En conclusion, il apparaît que la gestion du fait religieux en entreprise s'apparente à une tour de Babel, construction inachevée. En effet, employeurs et salariés évoluent encore dans un rapport de force entre dominant et dominé en vertu du lien de subordination. A l'heure actuelle, la « contractualisation » du fait religieux permettrait de protéger les droits fondamentaux des salariés et rétablir un dialogue au sein des entreprises. Toutefois, cette étape n'est qu'un pilier dans l'appréhension de la question de la gestion du fait religieux en entreprise. En effet, chaque entreprise est invitée à réfléchir à son rôle sociétal. Le statut du salarié est en train d'évoluer vers un nouveau modèle. Il n'est plus simplement « salarié-citoyen » mais « salarié-humain ». Dans un contexte de mondialisation c'est donc une nouvelle approche juridique et managériale qui se dessine.

A l'heure de l'émergence de l'intelligence artificielle comme force de travail, il se peut que dans les années à venir, la préservation de « l'identité humaine » en entreprise soit encouragée. Peut-être connaîtrons-nous alors la véritable ère du « jugement de Salomon » guidé par la sagesse, la tolérance et l'ouverture d'esprit, où il n'est point besoin d'outils juridiques pour réguler des faits rattachés à l'essence même de l'humanité et des hommes.

BIBLIOGRAPHIE

- « Religions et contrat de travail », Claude Katz, Ordre des avocats de Paris
- « Management et religions : Décryptage d'un lien indéfectible » EMS EDITIONS MANAGEMENT ET SOCIETE, Isabelle Barth
- « Entreprise et diversité religieuse : un management par le dialogue » Institut de science et de théologie des religions, Thierry-Marie Courau (Site AFMD.FR)
- « La diversité culturelle sur le lieu de travail. Pratiques d'aménagements raisonnables. » Rapport de recherche Adam I & Rea (2010)
- « Diversité et PME : Perceptions et pratiques » Étude OPCALIA, Institut des sciences de la diversité.
- « Quelles régulations du fait religieux en entreprise ? », Géraldine Galindo, Revue Internationale de Psychologie, Année 2010 (Vol XVI)
- « La prise en compte du fait religieux par les organisations : vers l'émergence de nouvelles pratiques managériales : cas de la religion musulmane dans les organisations françaises », Édition EPU Sciences humaines et sociales, Abdelmourhit Bennani
- « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », Alain Supiot, Droit social 2003, p.59-71
- « Entreprise et religion : quels rapports ? Quels apports ? Une étude des liens entre marketing et religion » Entreprise et sacré, Éditions Hermès
- « Pour un management interculturel. De la diversité à la reconnaissance en entreprise ». Paris, l'Harmattan, coll. « Diversité religieuse et dynamique des organisations ».
- « Diversité culturelle et religieuse : vers une nouvelle éthique d'entreprise ». Patrick Banon, Essayiste en sciences des religions et système de pensée, Accomex n° 97, L'interculturel dans les affaires.
- « Le fait religieux dans l'entreprise », Avis du Conseil économique, social et environnemental, Journal officiel de la République Française, Séance du Mardi 12 novembre 2013, Édith Arnoult Brill et Gabrielle Simon.
- « Ces décideurs qui méditent et s'engagent : Un pont entre sagesse et business ». Sébastien Henry, Édition DUNOD
- Journal « La Croix » : « Les entreprises de plus en plus confrontées aux problématiques religieuses », Michel Waintrop, 29 mars 2017

« Le corps des travailleurs dans le droit, aux origines du contrat de travail », Luc Justet
Le Cercle Ethique des Affaires, Le Fait religieux en entreprise

« La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux, Véronique Campeil Desplats, Rev. Trav. 2007,19 »

« La religion du salarié », Claire Brisseau, Droit Social 2008. p. 969

« La Cour de Cassation et le fait religieux dans l'entreprise : présentation des enjeux juridiques », Jean-Guy Huglo, Droit social 2015, p.682

« D'un droit des travailleurs aux droits à la personne au travail », Jean Emmanuel Ray, Droit Social 2010. Dalloz

Cour de Cassation, Assemblée plénière, 16 juin 2014, Association Baby Loup

Mathieu, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2012

« La religion dans l'entreprise », Patrice Adam & Martine Le Friant Rev. Trav. 2016.532
Centre de recherche INCLUDEE

« Contractualisation des Droits de l'Homme », Ludovic Hennebel & G. Lewkowicz

« Naissance des principes essentiels du droit du travail », RDT 2016, G. Dumortier, L. Pécaut-Rivolier,

« Exercer sa liberté au travail : sous quelles conditions ? » – Jean-Marc Fridlender – JA 2014, n°498, p.17
Droit du travail : relations individuelles de travail – Pascal Lokiec – Jérôme Porta – D. 2017. 840

A. Gardin, Convictions religieuses au travail : l'art de l'équilibre : RJS 2013, p. 285. Mathieu, Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise : RDT 2012, p. 17

La Semaine Juridique Social n° 29, 16 Juillet 2013, 1299 « Liberté religieuse et intérêt de l'entreprise », **Etude par Laura Chicheportiche**

« La quête de réponses face aux revendications religieuses dans les grandes entreprises françaises »
Géraldine Galindo, Droit social 2015 p. 687

« Quelle place pour la religion au travail ? Débat classique, nouveaux enjeux », Isabelle Desbarats, Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°43, Octobre 2013, 1588

Droit et religions, « l'épreuve de neutralité : la laïcité française entre droits et discours », David Koussens, (UCL, université de Sherbrooke)

« L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne » – Mathilde Suhas – Constitutions 2011. 205, Dalloz

« Communauté, communautarisme, religion et fait religieux : de la nécessité d'opérer quelques

clarifications sémantiques et juridiques » – Nicole Maggi-Germain – Droit social 2015. 674

« Contrat et individualisation dans la relation de travail », Colloque de Droit Social, Syndicat des Avocats, Christophe VIGNEAU, Maître de conférences à l'Université Panthéon Sorbonne, Institut des Sciences Sociales du Travail, Avocat au Barreau de Paris I.

La place du travail dans le contrat social de Jean Jacques Rousseau, Annie Labranche, publié dans Aspects sociologiques, Vol. 6, no 1, décembre 1997, pp. 46-51.

Cour de Cassation, Bulletin d'information 2012, thème n°3 « Contrat de travail et norme collective », Marie-France Mazars et Frédéric Géa, interventions croisées

Revue de droit d'Assas, n°11, Octobre 2015, « La fondamentalisation du droit du travail », Jean Mouly

« Du Contrat social ou principes du droit politique », Jean Marie Tremblay, Professeur de sociologie

« Guide sur l'article 9 : Liberté de pensée, de conscience et de religion », Cour Européenne des droits de l'homme.

« Droit et religion : Concepts de religion dans le droit Étude éclectique des approches juridiques à la définition et au droit à la liberté de religion », Raynaud Ollu, Zucchi, 16 janvier 2013

« Aperçu de la jurisprudence en matière de liberté de religion », Conseil de l'Europe, 2011

« Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », Pierre Bosset , 2007, Commission des droits de la personne Québec

« Entreprise, Droits fondamentaux et droits sociaux », Marianne LAIGNEAU, Jean-Emmanuel Ray, Cahiers du Conseil Constitutionnel n°31, mars 2011

Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social , « GUIDE PRATIQUE DU FAIT RELIGIEUX DANS LES ENTREPRISES PRIVEES », 2017

« L'existence d'une hiérarchie juridique favorisant la protection des convictions religieuses au sein des droits fondamentaux canadiens », Louis Philippe Lampron

« La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme », Nicolas Bareit, LGDJ 2013