

# La halde : lutte contre les discriminations ou NORMALISATION des comportements ?

**Jacques Amar**

Maître de conférences

en droit privé

**L** est difficile d'écrire sur la HALDE, Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, en raison des multiples polémiques que suscite l'intervention de cet organe. On trouve ainsi sur internet un polémiste accompagné en cela par un député qui demandent sa suppression, un site qui dénonce ses lenteurs d'intervention, une diffusion massive de ses délibérations soit pour les contester, soit, au contraire, pour les approuver... Rarement un organe aussi jeune – il fêtera ses cinq ans en décembre 2009 – aura été autant décrié.

Nous voudrions profiter de cette occasion pour dresser un bilan critique de cette institution tant à travers ses différentes fonctions qu'à travers l'étude de ses délibérations. Nous montrerons ainsi en quoi les interventions de la HALDE synthétisent les contradictions de notre époque résultant de la revendication permanente d'égalité pour aboutir à une normalisation des comportements. Compte tenu de la diversité des domaines d'intervention de la HALDE, il ne s'agit pas de proposer une lecture systématique des délibérations de cet organe mais de réagir à certaines de ses délibérations.

## **Missions de la HALDE**

Au préalable, on soulignera la difficulté de critiquer la HALDE pour des raisons idéologiques et pratiques. Comment en effet s'opposer à une instance qui va favo-

riser la lutte contre les discriminations ? Vu sous cet angle, il est vrai, tout ce que dit l'institution acquiert le statut de vérité révélée et doit être suivi comme une parole d'évangile. C'est en cela que certains dénoncent le poids idéologique qu'elle représente aujourd'hui, par exemple dans le débat sur la situation des sans-papiers<sup>1</sup>.

Pratiquement, il convient de ne pas se tromper d'objet dans la critique que l'on peut formuler à son encontre. Contrairement à la médiatisation des sujets polémiques, la HALDE est davantage saisie par des personnes handicapées qui dénoncent, par son truchement, les difficultés d'accès aux services publics et les restrictions à l'emploi qu'elles subissent<sup>2</sup>. En outre, l'une de ses premières attributions porte sur l'assistance aux personnes qui seraient victimes de discriminations dans l'entreprise<sup>3</sup>. Enfin, nombre de délibérations concernent l'égalité hommes-femmes au point que l'on peut écrire qu'enfin, « l'homme est une femme comme les autres<sup>4</sup> ».

Plus largement, il ne sert à rien de demander la suppression de cette institution pour deux raisons : d'une part, la création de cette autorité a pour origine le droit communautaire dont l'un des rares terrains d'entente entre les Etats se situe précisément au niveau de la lutte contre les discriminations. Autrement dit, compte tenu de la primauté du droit communautaire sur le droit interne, il n'est pas possible pour l'Etat français de mettre fin aux attributions de la HALDE. D'autre part, l'institution, par ses délibérations, ne manque pas de rappeler qu'elle s'inscrit dans le contexte plus large de la promotion de l'égalité entre les individus telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de celle de la Cour de Justice des communautés européennes<sup>5</sup>. Nous sommes donc en présence d'une évolution notable du droit positif qui n'est pas réductible au seul rôle que peut jouer la HALDE dans la lutte contre les discriminations.

Si on s'en tient à ce cadre alors il faut se rendre à l'évidence : la HALDE n'est rien d'autre que le vecteur de la contestation de l'ordre établi. Or, sauf à promouvoir une conception extrême de la liberté en vertu de laquelle le choix par exemple d'un salarié peut s'effectuer sur des critères racistes ou sur des critères physiques, il n'y a pas de raison de principe de s'opposer à son intervention si celle-ci peut servir à faciliter la lutte contre de tels comportements. La HALDE participe ainsi à renouveler le conflit permanent entre les valeurs d'égalité et de liberté. La nouveauté radicale, c'est l'introduction du concept de discrimination. Le droit antérieur contenait déjà des mesures pour assurer le respect du principe d'égalité et il ne faudrait quand même pas avoir l'impression qu'avant la création de la HALDE, la France était gangrenée par le racisme. A présent, ces mesures doivent se conjuguer avec le principe de non-discrimination. Et c'est

précisément le mode d'articulation de ces deux notions, égalité et discrimination, qui modifie radicalement la situation antérieure.

### La dialectique infernale de l'égalité et de la discrimination

Il convient dans un premier temps d'exposer les notions d'égalité et de discrimination pour ensuite montrer comment elles s'articulent.

Nous sommes tous égaux en droit, ce qui signifie que la loi ne saurait établir de distinctions en fonction des origines raciales. Comme l'énonce l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, *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. Son organisation est décentralisée.* Plus largement, l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 précise également que *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* Ce principe se traduit concrètement de la façon suivante : les situations identiques doivent être traitées de façon identique tandis que les situations différentes doivent être traitées de façon différente. Par exemple, est-il possible d'appliquer une tarification spéciale à un usager dans une commune sous prétexte qu'il est le seul à disposer d'une piscine ? Dans ce cadre, le point central de la démonstration porte sur la comparaison des situations.

La façon d'appréhender la règle de droit a cependant profondément changé en l'espace de quelques années. Quand bien même le principe d'égalité est mentionné dans les normes les plus hautes de la hiérarchie des normes – ce qui signifie que les normes inférieures doivent respecter ce principe –, son application n'en est pas moins restée cantonnée pendant de nombreuses années au seul contrôle de la constitutionnalité des lois et dans l'application aux seuls services publics. Il faut donc finalement attendre 1996 pour que le principe d'égalité soit par exemple transposé aux relations hommes-femmes, et encore principalement, encore une fois, sous l'influence du droit communautaire<sup>6</sup>.

A ce principe d'égalité dont l'application oblige à mettre en avant des critères objectifs de distinction s'est ajouté le principe de non-discrimination. En mai 2008, sous l'influence toujours du droit communautaire, ce principe présent en droit français depuis 1972 a été érigé en principe général et défini de la façon suivante en deux temps selon que la discrimination est directe ou indirecte.

*Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.* Ainsi, est sanctionné

l'individu qui manifeste une attitude de rejet, ignorant délibérément les caractéristiques de la personne envers laquelle il agit. La discrimination directe renforce en somme la lutte contre les préjugés et les attitudes de rejet que, par exemple, spontanément un employeur peut avoir à l'égard d'une femme enceinte en raison de ses futures absences prévisibles.

Cette définition est complétée par celle de la discrimination indirecte : *Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.*

Dans ce cas, c'est par analyse de la situation – les mauvaises langues parleront d'enquête – et recoupement que la discrimination va finalement être démasquée. Par exemple, un employeur décide d'accorder une prime à tous les salariés disposant d'un contrat de travail à temps plein. Or, statistiquement, dans son entreprise, le personnel féminin est massivement à temps partiel pour des raisons classiques liées notamment à l'emploi du temps scolaire des enfants. Apparemment, le critère est neutre ; pourtant, seuls les hommes bénéficieront pratiquement de la prime. Même raisonnement à propos d'une prime d'assiduité – quid des personnes malades ou de celles absentes pour faits de grève. Encore une fois, apparemment, tout le monde est traité à égalité et pourtant derrière cette égalité se cache une différence de traitement illégitime à l'encontre de personnes qui, pratiquement ne font qu'exercer leurs droits fondamentaux.

Il y a donc ainsi un double effet de la contestation sur le fondement du principe de non-discrimination :

- il n'est plus possible de s'en tenir aux apparences ou aux effets d'annonce qui structurent une mesure ; il faut étudier concrètement si son application n'a pas pour effet d'engendrer une situation discriminatoire ;
- ce travail d'étude a un corollaire : l'obligation pour l'employeur de se justifier et de démontrer par des éléments objectifs que sa pratique n'est en rien discriminatoire.

On reprendra ici la procédure définie en droit du travail puisque, à l'origine, la lutte contre les discriminations concernait essentiellement cette discipline. Comme l'expose l'article L 1134-1 du Code de travail, *le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* – il lui revient donc de construire un raisonnement à partir d'éléments divers et variés pour effectuer sa démonstration, la HALDE ayant précisément pour objet de l'aider dans cette tâche de collecte, voire de formalisation.

L'article poursuit : *Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de*

*prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.* Il y a ici un aménagement de la charge de la preuve que certains, d'une particulière mauvaise foi, dénoncent comme étant contraire aux principes du droit français. Ces bonnes âmes oublient cependant que ce mécanisme sert uniquement à contrebalancer l'inégalité de situation existant entre l'employeur et le salarié et qu'il existe également dans le contentieux des heures supplémentaires. Dans tous les cas, la parole de la HALDE, dans l'hypothèse où elle interviendrait ne constitue nullement une vérité hors d'atteinte – *Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

Autrement dit, à un principe d'égalité consacré en droit interne dont les ramifications au quotidien avaient du mal à se répercuter, le droit européen – communautaire ou issu de l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – par la conception différente de l'égalité qu'il a instillé mais également par l'entremise du principe de non-discrimination a profondément modifié notre perception des choses : il a introduit un processus de légitimation permanente dont la HALDE est l'illustration la plus marquante.

Ce faisant, ce processus pose une question assez évidente : la légitimation jusqu'à quel point ? C'est en cela que se déploie la dialectique infernale entre l'égalité et le principe de non-discrimination.

En premier lieu, il faut apprendre à renoncer à toute analyse en terme de progrès social. Dans une première situation, si tout le monde est traité à égalité, comme par exemple à travers la loi sur l'interdiction des insignes religieux dans les établissements scolaires, est-ce que ce n'est pas une discrimination indirecte à l'encontre de ceux qui ne participent pas de la culture dominante ? Le principe d'égalité, bras armé de l'émancipation dans la conception républicaine française, est ici contesté au nom de ce qu'il combat : le maintien de sa différence individuelle envers et contre tous. Dans une seconde situation, la distinction homme-femme est également constitutive d'une discrimination en dépit du fait que, sauf erreur de notre part, la grossesse continue de rester l'un des attributs de la féminité. Dès lors, il faut accorder aux hommes les mêmes avantages, c'est la version positive du principe de non-discrimination. Ou alors, version négative, il faut supprimer les avantages dont bénéficient les femmes de façon à mettre fin à une situation discriminatoire. D'où le débat sur la bonification des retraites des femmes ou comment le gouvernement invoque les valeurs de l'égalité pour remettre en cause un acquis social. Ainsi, l'invocation du principe de non-discrimination sert à combattre les objectifs recherchés d'une politique fondée sur le principe d'égalité à partir de l'analyse des situations.

En second lieu, la discrimination est devenue un critère général d'appréciation des comportements comme si toute distinction était devenue illégitime, par delà les critères posés par les textes. Le juriste a ainsi appris en quelques années à identifier les discriminations à rebours – cas où la personne ne rentre pas dans la situation qui lui permettrait de se prévaloir du principe de non-discrimination – mais aussi les discriminations par ricochet – cas où une personne est victime par exemple d'une mesure de licenciement en raison de l'adhésion de son conjoint à une secte<sup>7</sup>. Et puis, de façon structurante à présent, dans le débat politique ressurgit la proposition d'introduire en droit positif le principe de discrimination positive de façon à favoriser ceux qui, pour des raisons sociologiques, partiraient dans certaines situations avec un désavantage au regard de la majorité. Ainsi, la discrimination non seulement combat les distinctions nécessaires à l'application du principe d'égalité mais également l'idée même d'égalité.

En troisième lieu, si toute distinction pose problème, il devient impossible de discriminer l'ami de l'ennemi au sens que C. Schmitt donne à cette distinction. En effet, cette distinction est une discrimination en ce qu'elle repose nécessairement sur un critère illégitime. Bref, nous changeons de conception de la politique pour évoluer dans un contexte juridique déterritorialisé et dénationalisé, soit tout le contraire de la conception républicaine du droit.

En quatrième lieu, phénomène à notre sens unique en sociologie administrative, la HALDE ne se contente pas d'intervenir dans la sphère juridique ; elle cherche également à modifier les comportements de l'ensemble de la population. Il y a eu au départ une campagne de publicité incitant les individus à se prendre dans les bras les uns et les autres. L'idée est sympathique pour effectivement promouvoir l'égalité même si on doute de son impact sur le quotidien. Plus largement, l'action la plus critiquable reste, à notre avis, l'étude des manuels scolaires dont nous reproduisons in extenso le compte-rendu publié par la HALDE : *En transmettant des savoirs, les manuels scolaires proposent des représentations de la société. Ils peuvent véhiculer des représentations stéréotypées qui peuvent être à l'origine des discriminations.*

*Cette étude a pour objectif d'une part, d'évaluer comment est traitée la question de l'égalité et des discriminations. D'autre part, elle s'attache à repérer la présence de stéréotypes renvoyant à des critères de discrimination comme l'origine, le sexe, le handicap, l'orientation sexuelle et l'âge.*

*L'étude souligne que la sensibilisation faite sur les discriminations dans les manuels d'instruction civique ne fait pas assez clairement le lien entre le principe d'égalité et la discrimination. D'autre part, la discrimination n'est pas toujours présentée comme un délit grave et pénalement puni.*

*Autre remarque : l'importance croissante accordée à l'image dans les manuels au détriment des textes conduit l'élève à établir seul certains liens. Privé de certaines informations, il peut alors rencontrer des difficultés d'accès à un apprentissage complet.*

*De manière générale, l'étude relève la présence de stéréotypes dans les manuels scolaires quelles que soient les disciplines enseignées y compris l'éducation civique.*

*L'image des hommes et des femmes continue de subir un traitement différencié moins valorisant pour les femmes.*

*Les personnes d'origine étrangère représentées sont montrées le plus souvent dans des situations dévalorisantes et/ou de pauvreté.*

*Le handicap est rarement évoqué.*

*Les seniors sont souvent associés à des représentations liées à la maladie et à la dégénérescence du corps. Ces représentations ne sont pas compensées par d'autres images positives sur leur rôle citoyen et leur apport dans la famille.*

*L'impasse est faite sur le sujet de l'orientation sexuelle.*

Dans cette perspective, et l'exemple a été hautement médiatisé, il devient problématique d'étudier le poème de Ronsard, *Allons voir si la rose...* : il donne une image négative de la vieillesse. Nous dépassons donc l'approche juridique qui nous paraît parfaitement légitime au regard des pratiques managériales pour rentrer dans une véritable idéologie, ce que d'aucuns appellent le « politiquement correct ». Les Canadiens eux, parlent d'accommodements raisonnables. L'égalité, de norme juridique devient une norme sociologique d'appréciation des comportements. Là où la situation atteint le summum de l'hypocrisie, c'est que tout cela peut parfaitement se combiner avec une augmentation maximale des inégalités économiques.

C'est en cela que la HALDE, derrière les oripeaux de bonne conscience qui alimentent ses délibérations, n'en est pas moins le reflet de l'idéologie dominante : casser la lutte sociale pour lui substituer la lutte culturelle.

La mise en œuvre du principe de non-discrimination présente ainsi trois facettes :

- le principe de non-discrimination contre le principe d'égalité,
- le principe de non-discrimination comme vecteur d'appréciation des comportements
- le principe de non-discrimination comme élément moteur de changement des comportements.

Tout cela se mélange pour promouvoir une véritable normalisation des comportements.

## La HALDE ou la normalisation des comportements : le cas de la liberté religieuse

Nous voudrions illustrer notre propos à travers l'étude des délibérations de synthèse que la HALDE a rendu en 2009 en matière de liberté religieuse dans l'entreprise, les délibérations n'étant pas transposables en droit public en raison du principe de neutralité qui structure le droit de la fonction publique.

### Méthode

La HALDE commence dans un premier temps à rappeler le fondement de la liberté religieuse dans l'entreprise.

Le droit de pratiquer sa religion trouve son expression la plus forte dans l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en vertu duquel *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 convictions, 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*. Comme tout droit, il peut faire l'objet de restrictions législatives nécessaires à la vie dans une société démocratique.

L'autre texte important découle du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui énonce que « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». Enfin, la HALDE ajoute deux autres dispositions :

- le principe d'égalité hommes-femmes avec en corollaire le principe de non-discrimination, c'est-à-dire l'interdiction de pratiquer une distinction entre deux situations identiques sur la base d'un fondement illégitime, en l'occurrence la religion ;

- l'article L.1121 du code du travail en vertu duquel « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Ce texte est fondamental car il définit la méthode d'analyse du juge : la pondération des intérêts en présence.

La conjugaison de ces différents textes n'est pourtant pas exempte de critiques. Dans un premier temps, il convient de bien comprendre ce que représente le principe de proportionnalité : si chaque fois qu'un individu invoque un droit, il se voit opposer le droit de l'entreprise pour laquelle il travaille, se crée automatiquement un risque que le droit de l'individu soit sacrifié sur l'autel de l'intérêt supérieur que représente l'entreprise et la recherche de profit. Si on transige avec ses droits fondamentaux, cela indirectement signifie que l'on doit

adapter sa pratique religieuse aux normes de l'entreprise.

Dans un deuxième temps, nous ferons la remarque suivante : contrairement aux apparences et à la constante médiatisation d'affaires portant sur ces questions, il existe très peu de contentieux dans lesquels le droit de pratiquer sa religion est véritablement invoqué. Il suffit pour s'en convaincre d'effectuer une recherche sur le sujet sur le site Légifrance qui compile tous les arrêts de cassation rendus par la Cour de cassation ainsi que les principales décisions de cours d'appel. Si on s'en tient à ce simple constat, on peut légitimement en déduire que, dans leur grande majorité, les problèmes de ce genre se résolvent sans trop de difficultés dans les entreprises.

Dès lors, peut-être faut-il éviter de trop saisir la HALDE sur ce sujet. En effet, dans sa recension des sources du droit sur lesquelles les individus fondent leurs prétentions, cette autorité rappelle à chaque fois l'absence de loi sur le sujet – pour reprendre l'expression de la Haute Autorité, *aucune disposition législative ou réglementaire n'encadre spécifiquement l'exercice de la liberté religieuse au sein de l'entreprise privée, mais la loi et la jurisprudence en précisent certaines limites*. Autrement dit, tant qu'il n'y a pas de loi, les individus, employeurs comme salariés disposent d'une certaine marge de liberté. Si, au contraire, intervient une loi comme la proposition déposée en 2004 visant à transformer l'entreprise en un lieu laïc, la loi imposera une véritable normalisation des comportements. Apparemment, la HALDE n'y est pas opposée.

Après avoir exposé les textes sur lesquels la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité fondent la liberté religieuse, nous allons à présent montrer comment ces textes sont interprétés lorsque surgissent trois types de problèmes : l'habillement, la liberté d'expression dans l'entreprise et l'invoication par le salarié de prescriptions religieuses pour se soustraire à des obligations légales ou contractuelles.

### **L'habillement dans l'entreprise**

On rappellera pour commencer et bien saisir l'apport de la délibération de la HALDE sur ce sujet l'histoire drôlatique de l'homme en bermuda.

Un cas marquant est en effet à l'origine de la jurisprudence sur les droits du salarié en matière d'habillement : un salarié d'une entreprise informatique venait en bermuda dans son entreprise. Il estimait que cette tenue pour un homme n'était pas différente d'une jupe-culotte pour une femme. Comme il portait une blouse durant ses heures de travail, la situation confinait au ridicule puisque ce salarié donnait l'impression de venir travailler nu dans son entreprise – ses collègues avaient l'impression d'être confronté à un exhibitionniste. Son employeur lui a intimé à plusieurs reprises de revêtir un pantalon et, devant son

refus persistant, l'a licencié. Persuadé que ce licenciement n'était pas justifié car il ne portait en aucune manière sur sa compétence mais uniquement sur une question d'apparence, le salarié en question a porté le litige jusque devant la Cour de cassation.

La Haute juridiction est intervenue à deux reprises sur cette affaire : une première fois en référé, c'est-à-dire à l'occasion d'une procédure d'urgence car le salarié soutenait que le licenciement constituait une atteinte à ses droits fondamentaux ; une deuxième fois, sur le fond, c'est-à-dire précisément sur la question de droit : l'employeur peut-il imposer une tenue vestimentaire.

En référé, les juges ont estimé dans un arrêt du 28 mai 2003 que si *un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales*. Autrement dit, l'employeur ne peut imposer tout et n'importe quoi à son salarié ; il doit impérativement être en mesure d'expliquer et donc de rendre acceptable ce qu'il impose. Pour cela, le juge apprécie la mesure au regard de sa finalité et du contexte dans lequel elle s'inscrit. Par exemple, il est légitime pour un employeur d'imposer des vêtements de sécurité ou encore des tenues qui permettent par exemple au client d'un hôtel de bien identifier le réceptionniste du cuisinier.

Pour autant, le fait que l'employeur doive se justifier ne signifie pas pour autant qu'il existe une liberté fondamentale sur ce point et ce, pour une raison simple : aucun texte ne consacre une telle liberté. Dès lors, aussi scandaleux que cela puisse paraître, tout dépend des goûts et couleurs de l'employeur. Et l'on comprendra aisément dans ce contexte que toute la stratégie contentieuse en matière de vêtements va viser à essayer de rattacher sa manière de s'habiller à une liberté fondamentale expressément consacrée. Ainsi, plusieurs options s'offrent au plaideur : invoquer la liberté d'expression ou la liberté de pratiquer sa religion en public.

Sur le fond, la solution a été confirmée de façon expresse, les juges ayant écarté l'idée que s'habiller représente une façon de s'exprimer. Pour reprendre les termes de l'arrêt, sur la base du principe que l'employeur a le droit d'imposer des contraintes vestimentaires, le salarié a perdu son combat judiciaire sur le prétexte suivant : *la tenue vestimentaire du salarié était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail qui pouvaient le mettre en contact avec la clientèle et que l'intéressé, en faisant évoluer un incident mineur en contestation de principe et en lui donnant une publicité de nature à décrédibiliser la hiérarchie et porter atteinte à l'image de la société, a dépassé le droit d'expression reconnu aux salariés dans l'entreprise* (Cass. Soc. 12 novembre 2008).

Bref, non seulement le salarié n'a pas le droit de s'habiller comme il veut mais si, en plus, il invoque sa liberté d'expression, il peut être licencié pour insubordination car son comportement porte atteinte à l'image de la société. S'il y a bien un concept flou en droit susceptible de tous les abus, c'est bien celui d'image de l'entreprise.

C'est dans ce cadre que la HALDE a précisé que, faute de disposition législative, l'entreprise n'est pas un lieu laïc, ce qui est normal compte tenu du fait qu'elle est le fruit de l'activité de personnes privées. L'employeur ne peut que sanctionner le comportement d'un salarié qui ferait du prosélytisme car il crée ainsi un trouble dans l'entreprise.

Bref, faute de loi, le pouvoir de l'employeur ne saurait aboutir à une atteinte à un droit fondamental. Si on voulait ironiser, il est peut-être plus facile pour un homme d'aller travailler en gandoura qu'en bermuda. A contrario, la HALDE nous prévient que si un jour le législateur décide d'intervenir sur le sujet, il donnera ainsi une autorisation à l'employeur de limiter l'exercice des droits fondamentaux dans l'entreprise. Rien n'est donc acquis en ce domaine.

Dès lors, l'employeur ne peut agir qu'avec mesure.

L'employeur dispose d'un pouvoir de direction et de sanction. A ce titre, il peut estimer que l'expression d'un signe religieux pose problème et sanctionner le salarié qui refuserait de l'enlever. Ainsi, le droit de pratiquer sa religion comme la liberté d'expression sont certes des droits fondamentaux, mais cela n'exclut pas des limites.

Là où la délibération de la HALDE mérite la plus grande attention, c'est lorsqu'elle énonce que l'employeur ne peut interdire les signes religieux à partir du moment où le salarié serait en contact avec la clientèle. En d'autres termes, l'employeur ne peut valider les préjugés qui aboutiraient à sanctionner celui qui appartient à une minorité. Ce n'est en effet pas parce que la majorité, représentée ici par la référence à la clientèle n'est pas habituée à voir des gens vêtus de signes religieux pour les servir qu'il faut en conclure que le signe religieux est interdit. Ce serait d'une certaine manière valider une discrimination indirecte, ce qui est tout autant prohibé qu'une discrimination directe – la HALDE ne le dit cependant pas de cette façon.

Dès lors, l'employeur doit rapporter la preuve que le signe crée un trouble dans l'entreprise. Cas extrême, si on raisonne par rapport à la clientèle, il doit rapporter la preuve que le signe religieux est à l'origine d'une diminution de son chiffre d'affaires. Et encore, il paraît difficile de prouver une telle causalité.

Ce qui est sanctionnable, ce n'est donc pas le signe religieux en tant que tel mais le comportement de la personne une fois qu'elle décide de se vêtir d'une certaine façon.

## De la liberté d'expression

Le principe est le suivant : *Les abus du droit d'expression sont interdits, même en l'absence de disposition réglementaire interne, et peuvent être sanctionnés par l'employeur : prosélytisme, actes de pression ou d'agression à l'égard d'autres salariés...*

Pour le dire autrement, le principe, c'est la liberté avec pour limite l'abus, l'abus pouvant être sanctionné même si l'employeur n'a rien prévu à ce sujet dans le règlement intérieur. Indirectement, tout dépend de sa libre appréciation. Il est vrai que cela constitue une facette de son pouvoir disciplinaire. L'employeur peut en effet parfaitement licencier un salarié en invoquant une faute lourde sous prétexte d'un fait anodin comme un simple retard. Il faudra dans ce genre de cas aller devant le juge pour rétablir les droits du salarié.

Hormis cependant ce genre d'hypothèses, seuls les abus sont sanctionnables. Et au titre des abus, il y a le prosélytisme, c'est-à-dire le comportement par lequel un salarié veut imposer sa pratique à un autre. D'où la question : à partir de quel moment un comportement peut-être qualifié de prosélyte ? Si on fait l'exégèse de la délibération de la HALDE, on peut légitimement se demander si les actes de pression ou d'agression correspondent à des illustrations d'un comportement prosélyte ou si, au contraire, ils décrivent des comportements autonomes différents pouvant justifier une sanction de l'employeur.

L'enjeu est loin d'être anodin :

- si on retient la première interprétation, alors il paraîtra difficile d'estimer que la simple distribution d'un feuillet contenant des commentaires religieux correspond à du prosélytisme, sauf à ce que la personne s'obstine à vouloir distribuer les feuillets en question à des personnes qui auraient expressément manifesté leur refus ;

- si on retient la deuxième interprétation, alors toute démarche religieuse à l'égard d'un de ses collègues peut être qualifiée de prosélyte.

On a donc le droit de parler de sa religion et en aucune manière l'employeur ne peut interdire ce genre de discussion. En revanche, lorsque la discussion se prolonge par des actes alors on s'expose à tomber sous le coup d'une sanction si l'employeur estime ce comportement abusif.

Dans tous les cas de figure, compte tenu de l'interdiction de discrimination, la HALDE rappelle que si l'employeur prend des mesures restrictives à ce sujet dans l'entreprise, *l'employeur doit être en mesure de démontrer que ces limitations sont fondées sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et qu'elles sont proportionnées au regard des tâches concrètes de ses employés et du contexte de leur exécution.*

## De la conciliation des droits fondamentaux et du contrat de travail

Nous allons commenter le dernier paragraphe de la délibération du 8 avril 2009 : *Le salarié ne peut invoquer des prescriptions religieuses pour refuser d'exécuter tout ou partie de ses missions contractuelles ou pour se soustraire aux obligations légales et réglementaires (telles que les visites médicales obligatoires). Les revendications liées aux pratiques religieuses (autorisations d'absence pour les fêtes, aménagements du temps de travail pour les prières et autres pratiques) ne peuvent s'imposer face aux nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise. Toutefois, une contrainte horaire ou un refus d'autorisation d'absence ne sont légitimes que s'ils sont étrangers à toute considération discriminatoire.*

En dépit des apparences résultant d'une rédaction alambiquée, la règle est la suivante : se soumettre ou se démettre. La formulation de la HALDE laisse en effet planer une ambiguïté. Tout dépend en effet de la portée que l'on accorde à l'expression « missions contractuelles » et fonctionnement de l'entreprise. On montrera ainsi que la synthèse de la HALDE est principalement destinée à satisfaire les revendications des employeurs.

### Missions contractuelles et respect du contrat

Il est hypocrite de renvoyer aux missions contractuelles en se référant au contrat de travail pour en déterminer la portée.

Dans une première perspective, en effet, l'expression « missions contractuelles » renvoie à ce que le salarié a contracté avec son employeur. Or, l'un comme l'autre peuvent s'être mis d'accord sur le respect des contraintes du salarié. Dans ce cas, l'employeur ne peut modifier le contrat de travail sans l'accord du salarié ; il ne peut que modifier les conditions de travail. La délibération de la HALDE fait ainsi écho au principe jurisprudentiel posé par la Cour de cassation (Chambre sociale, 24 mai 1998) « *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* ». Autrement dit, la liberté religieuse dans l'entreprise s'apprécie à l'aune du contrat de travail et, indirectement, oblige le salarié à exposer dès le recrutement ses contraintes en la matière. Nous sommes donc en présence d'une atteinte à un droit fondamental résultant d'un simple contrat, ce qui ne laisse pas de surprendre.

Car, peut-on vraiment tout négocier ? Peut-on prévoir toutes les hypothèses dans lesquelles il peut y avoir conflit entre les obligations religieuses et le contrat de travail ? C'est le problème classique des repas d'affaires. On imagine difficilement un salarié demandant dès le recrutement à son employeur l'as-

surance que tous les déjeuners d'affaires auront lieu dans des restaurants cachères. Il faut donc se rendre à l'évidence, d'un pur point de vue juridique, le salarié n'est dans cette situation pas en mesure de refuser alors même que l'on ne voit pas en quoi le fait de manger avec son employeur puisse présenter un caractère fondamental pour apprécier les compétences du salarié.

Mettre l'accent sur le contrat présuppose que les parties sont en mesure de négocier sur un pied d'égalité, chose qui est tellement loin d'être évidente en matière de relations de travail que le législateur a consacré dans cette branche du droit un véritable droit de mentir au bénéfice du salarié lorsque l'employeur lui pose des questions sur sa vie privée lors de l'entretien d'embauche. Ensuite, la difficulté pour le législateur de faire respecter les règles par l'employeur l'a conduit à multiplier les textes répressifs. Ainsi, alors qu'il existe une réglementation très détaillée des toilettes et des lavabos dans le Code du travail qui témoigne de l'incapacité de se fier à la bonne foi des individus pour assurer la satisfaction des besoins les plus basiques, il faudrait néanmoins croire en la mystique salvatrice du contrat pour assurer le respect des droits fondamentaux des salariés. Enfin, mettre l'accent sur le contrat évite de s'interroger sur la légitimité du pouvoir de l'employeur lorsqu'il décide des périodes de congés de ses salariés : le salarié a des droits dont la réalisation dépend du bon vouloir de l'employeur.

Quid dans ce contexte des cantines d'entreprise ? Bien souvent, l'employeur finance des cantines ; les salariés y ont accès soit en payant une participation, soit gratuitement. Il est bien évident que le salarié ne peut être astreint à payer s'il ne consomme pas. En revanche, en cas de gratuité, se pose la question suivante : est-il en droit de demander compensation sous prétexte qu'il ne peut manger pour des motifs religieux la nourriture servie à la cantine ? Nous sommes ici typiquement dans le cadre d'une discrimination indirecte car, apparemment tout le monde est traité de la même façon mais seules les personnes relevant de la croyance majoritaire peuvent véritablement profiter de la structure. Plus encore, le salarié ne profite pas d'un avantage qui, bien souvent, apparaît au niveau de sa fiche de paie comme un avantage en nature. Malgré cela, la jurisprudence a tendance à estimer que le salarié qui ne mange pas à la cantine de l'entreprise n'est pas en mesure de réclamer une quelconque compensation.

Il est fascinant de constater que ce que nous mangeons conditionne véritablement notre comportement et que c'est précisément sur ce point qu'il ne paraît pas possible de véritablement s'opposer aux prétentions de l'employeur.

Ou alors, autre formulation, l'exercice des droits ne doit pas porter atteinte au fonctionnement de l'entreprise.

## Missions contractuelles et fonctionnement de l'entreprise

On peut donner une autre interprétation à l'expression missions contractuelles au regard cette fois de l'expression également utilisée par la HALDE de fonctionnement de l'entreprise.

Dans cette perspective, l'expression « missions contractuelles » dépend de la fonction du salarié et non de ce qui est mentionné dans le contrat de travail. Dans ce cas, le pouvoir de l'employeur s'en trouve automatiquement accru. Prenons par exemple un salarié qui négocierait de partir tous les vendredis à midi. Si on s'en tient au respect du contrat de travail, l'employeur ne peut lui imposer un changement d'horaires contre sa volonté et son refus ne saurait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. La modification des horaires d'un salarié relève certes des conditions de travail et du pouvoir de direction de l'employeur sauf si le contrat de travail contient une mention expresse à ce sujet. Si, en revanche, on pondère le droit du salarié avec les exigences du fonctionnement de l'entreprise alors le refus du salarié n'est pas légitime et peut justifier son licenciement.

Le fonctionnement de l'entreprise peut facilement devenir l'argument passe-partout pour exonérer l'employeur si le salarié estime qu'il a commis une discrimination. En effet, le propre de l'entreprise est de fonctionner indépendamment, par exemple, de toutes contraintes horaires. Qui plus est, notre époque repose sur un management de l'urgence : il faut toujours être en mesure de réagir, ce qui bien évidemment s'oppose à un emploi du temps ponctué par des absences. Il est donc toujours possible de fonder le refus d'absence du salarié sur l'idée que la demande du salarié risque d'entraîner une désorganisation du service dans lequel il travaille.

La seule véritable protection réside, dans cette perspective, davantage dans la conclusion d'un contrat de travail à temps partiel que dans l'existence de droits fondamentaux – avec toutefois une nuance importante. En effet, la réglementation du travail à temps partiel oblige l'employeur à indiquer dans le contrat la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois – ce qui automatiquement renforce les droits des salariés compte tenu de leurs obligations religieuses notamment. Mais la réglementation prévoit également que le contrat doit contenir les cas dans lesquels cette répartition peut être modifiée ainsi que la nature des modifications. Autrement dit, la contractualisation est à double tranchant : soit elle protège, soit elle affaiblit.

Dans un tel cadre, on ne s'étonnera pas de constater que la délibération de la HALDE :

– ne mentionne pas la distinction jurisprudentielle entre modification du contrat de travail et modification des conditions de travail pour apprécier l'im-

pact des décisions de l'employeur sur les droits des salariés ;  
 – se conclue par un rappel du principe du pouvoir de l'employeur au regard des revendications des individus ;

– est marqué par un confusionnisme sans précédent en droit pour fonder le pouvoir de l'employeur car sont mises sur le même plan des obligations légales (la visite médicale) et celles résultant de l'exercice du pouvoir de l'employeur et surtout la situation de l'homme religieux et celle de l'homosexuel.

Bref, en l'état d'une telle délibération expressément demandée par les chefs d'entreprise, il n'est pas certain que l'on puisse compter sur la HALDE pour lutter contre les discriminations dans l'entreprise.

La HALDE est ainsi révélatrice des difficultés de gérer un droit positif qui, au nom des droits de l'homme et de l'égalité, se dégage de toute normativité pour imposer un relativisme généralisé. Dans ce cadre, il faut s'habituer à raisonner avec un droit finalement binaire qui oscille entre la sanction des comportements jugés extrêmes à l'instar du port de la burqa et la normalisation des comportements. Le politique cède la place au tout juridique au risque bientôt de voir exploser la question raciale en raison de l'abandon par l'Etat de son rôle de tiers au bénéfice d'organes comme la HALDE.

## notes

---

1. Parmi toute une série de délibérations, Délibération relative au refus de paiement des prestations familiales pour des enfants étrangers hors de la procédure de regroupement familial. n° 2006-288 du 11 décembre 2006 ; Délibération relative au refus de versement de prestations familiales pour les enfants entrés en France hors la procédure de regroupement familial, d'un ressortissant algérien résidant régulièrement en France n° 2007-247 du 1<sup>er</sup> octobre 2007.

2. [http://www.halde.fr/rapport-annuel/2008/Rapport\\_annuel\\_2008.pdf](http://www.halde.fr/rapport-annuel/2008/Rapport_annuel_2008.pdf)

3. G.-P. Quéant, *La HALDE, « bonne amie » du salarié demandeur devant le conseil de prud'hommes* : JSL 2007, n° 223, 4.

4. Nous reprenons ici l'expression de A. Devers utilisée cependant dans un contexte différent, *L'homme, une femme comme les autres*, Droit de la famille n° 6, juin 2007, comm. 138

5. Pour un exemple de motivations d'une délibération de la Halde à partir de la CEDH, E. Tawil, *Pour la Halde, les établissements scolaires ne peuvent pas interdire aux mères d'élèves le port du foulard islamique...* Voir également, Délibération n° 2009-15 du 26 janvier 2009 : *Compte tenu de ce qui précède, la non-admission d'adhérents étrangers en qualité de représentants d'associations de parents d'élèves au sein des commissions locales des bourses de l'établissement public français*

*caractérise une discrimination fondée sur l'origine nationale : dans le droit à la liberté d'association, contraire à l'article 11 de C.E.D.H. combiné avec son article 14.*

6. P. Bailly, *L'égalité des salariés en droit du travail*, Rapport de la Cour de cassation, 2003, [http://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_etudes\\_documents\\_40/etudes\\_theme\\_egalite\\_42/droit\\_travail\\_6251.htm](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_etudes_documents_40/etudes_theme_egalite_42/droit_travail_6251.htm)

7. S. Detraz, *La discrimination « par ricochet » : un aspect latent du délit de discrimination*, Droit pénal, juin 2008, étude 10.