

# LES ENTREPRISES DE TENDANCE DANS LE DOMAINE DE L'ENSEIGNEMENT À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

JEAN-PIERRE SCHOUPPE

RÉSUMÉ: Le droit à l'autonomie des entreprises de tendance, qui vaut notamment dans le domaine de l'enseignement, a été renforcé par la Directive 2000/78 de l'UE. À la lumière de la jurisprudence de Strasbourg et de Luxembourg, cet article propose une ébauche du régime juridique européen des entreprises de tendance.

ABSTRACT: The right to autonomy of trend companies, which applies in particular to education, has been reinforced by the EU Directive 2000/78. In the light of the case-law of Strasbourg and Luxembourg, this article proposes a draft of the European legal regime for trend companies.

MOTS-CLEFS: Droit à l'instruction, droit du travail, entreprise de tendance, jurisprudence européenne, autonomie.

KEYWORDS: Right to education, labor law, trend companies, European jurisprudence, autonomy.

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour EDH. – 2.1. Les titulaires du droit à l'instruction. – 2.2. Autonomie, pluralisme et intérêt supérieur de l'enfant. – 3. Les entreprises de tendance. – 3.1. La notion d'entreprise de tendance. – 3.1.1. Origine et description du concept. – 3.1.2. La Directive 2000/78 de l'Union européenne. – 3.1.3. Les premiers arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne. – 3.2. Vers un régime européen des entreprises de tendance à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH. – 3.2.1. Les obligations du travailleur. – 3.2.2. Les obligations de l'employeur. – 3.3. Les limites de la tendance. – 3.3.1. L'ordre public et la nature de la tâche confiée – 3.3.2. Les droits fondamentaux du travailleur : liberté de conscience et droit à la vie privée. – 4. Conclusion.

## 1. INTRODUCTION

ALORS que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966) inclut le droit à l'instruction comme un aspect de la liberté religieuse (article 18), la *Convention européenne des droits de l'Homme* (1950) traite la liberté religieuse et le droit à l'éducation séparément, comme c'était le cas des

articles 18 et 26 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*.<sup>1</sup> Au sein du Conseil de l'Europe, les débuts de ce droit fondamental sont pour le moins discrets. Le droit à l'éducation sera non seulement séparé du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9 CEDH) mais il faudra attendre l'article 2 du Protocole additionnel (1952) pour voir sa protection expressément assurée. Ce décalage n'était toutefois pas dû à une éventuelle mise en cause du droit des parents à éduquer leurs enfants dans le respect de leurs convictions religieuses ou philosophiques. Comme le révèlent les travaux préparatoires, plusieurs experts n'ont pas hésité à présenter ce droit des parents comme un «droit naturel» revenant aux premiers éducateurs de leurs enfants. L'objectif prioritaire était clairement d'assurer le respect de ce «droit des parents de choisir l'éducation de leur enfant»;<sup>2</sup> le droit à l'instruction sera ajouté ultérieurement, comme première phrase de cette disposition.

Comment expliquer alors un tel renvoi au Protocole additionnel? Lors de la genèse de la CEDH plusieurs Etats craignaient que la proclamation d'un droit à l'instruction n'implique la prise d'engagements financiers en faveur de l'enseignement libre.<sup>3</sup> Si des assurances leur furent données sur ce point au moment de la ratification de l'article 2, la Cour EDH en arrivera toutefois progressivement à envisager l'existence de certaines «obligations positives»<sup>4</sup> imputables aux Etats. C'est la raison pour laquelle le droit à l'instruction fut considéré comme l'unique droit-créance expressément reconnu dans le cadre de la CEDH.<sup>5</sup>

Les églises et organisations de conviction peuvent trouver un appui dans la catégorie d'autonomie forgée par la Cour EDH. Dans le domaine des relations juridiques du travail, l'autonomie institutionnelle a besoin de la médiation offerte par la notion d'entreprise de tendance. Cette dernière, encore dénommée entreprise «identitaire» ou «de conviction» vient à point nommé pour garantir le respect de la finalité spécifique des institutions qui exercent leurs activités dans l'enseignement, mais aussi notamment dans le domaine de la santé et de l'assistance sociale. De nos jours, de nombreux problèmes

<sup>1</sup> L'article 13 du *Pacte international relatif droits économiques, sociaux et culturels* (1966) protège aussi le droit à l'éducation.

<sup>2</sup> Intervention du représentant français Pierre-Henri Teitgen à l'occasion des travaux préparatoires du protocole additionnel, CONSEIL DE L'EUROPE, 9 mai 1967, *Cour européenne des droits de l'homme. Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention*, C.D.H. (67)2, p. 10.

<sup>3</sup> Concernant les principaux éléments juridiques et géopolitiques de la question, on peut renvoyer à C. CARDIA, *Il problema della scuola*, in L. DE GREGORIO (dir.), *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, Il Mulino, Torino 2012, pp. 205-244; P. M. ZERMAN, *Diritti educativi e pluralismo scolastico*, in P. GIANNITI (dir.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, Bologna 2015, pp. 1216 et s.

<sup>4</sup> Voir Cour EDH, *Campbell et Cosans c. Royaume Uni*, 25 février 1982, n° 7511 et 7743/76, § 37.

<sup>5</sup> Voir L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris 2009, p. 494.

éthiques, voire des conflits liés à la protection des libertés fondamentales institutionnelles, agitent ces secteurs névralgiques de la société. C'est pourquoi il importe de connaître et de maîtriser cet instrument afin de pouvoir en faire un bon usage. La notion d'entreprise de tendance et une ébauche de son régime européen feront l'objet de la seconde partie de cette étude (3.). Au préalable, il convient de donner un bref aperçu du cadre dans lequel elle sera analysée, à savoir la protection que la jurisprudence de Strasbourg assure au droit à l'instruction et à l'autonomie des établissements d'enseignement (2.).

## 2. LE DROIT À L'INSTRUCTION DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH

Dans la présentation de ce droit, deux points principaux mériteront une particulière attention: d'abord, les titulaires du droit à l'instruction; ensuite, les notions d'autonomie des groupements convictionnels, pluralisme et intérêt supérieur de l'enfant.

### 2. 1. *Les titulaires du droit à l'instruction*

En dépit de l'utilité dont il a fait preuve ces dernières décennies, l'article 2 du Protocole additionnel n'offre qu'une formulation minimaliste du droit du point de vue de la désignation des titulaires. Si, à la lumière d'autres instruments internationaux, il est loisible de dénombrer trois titulaires du droit d'instruction/éducation expressément indiqués – les parents, les enfants<sup>6</sup> et, subsidiairement, l'Etat –, les églises et communautés religieuses brillent en revanche par leur absence. Or, au vu de l'immensité de la tâche de formation que les communautés religieuses ont réalisée dans le monde entier dès l'origine des écoles et des universités et continuent d'assurer, une telle omission peut paraître aberrante.

Deux explications peuvent être avancées à propos de cette lacune. D'abord, il est permis de considérer que l'article 2 du Protocole additionnel reconnaît indirectement un droit général à fonder des écoles privées sans en préciser le titulaire. Cette solution imprécise peut être rapprochée de l'article 14 § 3 de la Charte de Nice de 2000, reprise dans les traités de l'Union européenne en vertu du traité de Lisbonne: «la liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques» n'est pas attribuée à un titulaire déterminé. Selon Carlo Cardia, elle peut dès lors se comprendre comme étant en principe reconnue à «quiconque».<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Voir notamment les articles 28 et 29 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* (1989).

<sup>7</sup> Carlo Cardia dégage de ladite disposition de la Charte de Nice le principe de «la libertà della scuola (riferita a chiunque)» (C. CARDIA, *Il problema della scuola*, cit., p. 210).

D'un point de vue historique fondé sur l'analyse des textes constitutionnels et des instruments internationaux promulgués à la moitié du 20<sup>e</sup> siècle, l'absence de reconnaissance des droits fondamentaux aux minorités elles-mêmes ou à d'autres groupements n'a rien d'étonnant car la formalisation juridique de la dimension institutionnelle des droits fondamentaux, y compris en matière de religion ou d'éducation, était encore pratiquement inconnue en 1952. Le droit constitutionnel et le droit international des droits de l'homme se bornaient à protéger la dimension individuelle (ou collective)<sup>8</sup> des droits fondamentaux. Dans le contexte géopolitique de l'époque, les minorités politiques, culturelles, linguistiques ou religieuses étaient avant tout perçues comme de dangereux facteurs centrifuges susceptibles d'ébranler l'unité des Etats, notamment des grandes puissances. Dès lors, les minorités ne se voyaient guère reconnaître des droits fondamentaux et, lorsque c'était le cas, ceux-ci s'inscrivaient *ad cautelam* dans une logique restrictive: les droits fondamentaux ou les libertés publiques étaient reconnus aux seuls individus formant ces minorités. En d'autres termes, il ne s'agissait pas encore de *droits institutionnels* mais de *droits collectifs*. Pour franchir le pas de la reconnaissance de droits fondamentaux à un groupement d'individus comme tel, il faudra attendre certains événements déclencheurs, notamment l'*Acte final* de la Conférence d'Helsinki en 1975 dans le cadre de la future OSCE.<sup>9</sup>

C'est à la Cour de Strasbourg que le mérite est revenu d'assurer la protection de la liberté de religion et d'instruction des églises et communautés religieuses, mais aussi – parallélisme obligé – celle de l'autonomie des organisations philosophiques non confessionnelles. Elle y parviendra notamment grâce à une interprétation extensive de la dimension collective de la liberté de religion, y compris en matière d'enseignement, comme le précise l'article 9 CEDH. Plusieurs arrêts en ce sens, rendus à partir de la seconde moitié des années '90, se multiplièrent dès le début du XXI<sup>e</sup> siècle.

Si bien que, lorsqu'en 2000 l'Union européenne adopta une importante *Directive* relative à l'égalité des traitements en matière d'emploi comportant un volet sur l'autonomie des écoles confessionnelles et philosophiques,<sup>10</sup> celle-

<sup>8</sup> La dimension collective des droits fondamentaux individuels doit alors se comprendre comme l'exercice conjoint de droits individuels. Le droit des collectivités, attentive à la dimension institutionnelle, comme dans le cas de la liberté religieuse d'une église ou d'une école confessionnelle, n'a pas encore droit de cité.

<sup>9</sup> J'ai abordé cette question dans le chapitre sur «La progressive reconnaissance de la liberté des groupements religieux dans les instruments internationaux» dans J.-P. SCHOUPPE, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Préface d'E. Decaux, Pedone, Paris 2015, pp. 99-172.

<sup>10</sup> Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité des traitements en matière d'emploi et de travail, JOCE L-303/19, 2 décembre 2000, 16-22.

ci pourra être prise en considération dans la jurisprudence de Strasbourg. À l'époque, l'intérêt affiché par l'Union européenne pour les aspects non marchands et, en particulier, pour les droits fondamentaux, faisait encore l'effet d'une nouveauté et la jurisprudence de la Cour de Justice (Luxembourg) en matière de droits fondamentaux était encore relativement peu étoffée. Mais la *Charte des droits fondamentaux*, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 et incluse par le traité de Lisbonne dans le droit primaire de l'Union européenne, confirma le progressif intéressement de cette dernière aux droits civils et politiques.<sup>11</sup> Son article 14 § 3 affirme nettement le principe de la liberté d'instruction, tout en renvoyant à la loi nationale pour son exercice concret.

Dans l'article 2 du Protocole additionnel, le droit à l'instruction des enfants est venu compléter le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques, afin d'empêcher que cet aspect prioritaire (en soi orienté vers l'intérêt de l'enfant) ne puisse, dans des cas marginaux, avoir un effet négatif sur l'instruction due aux enfants. Les deux autres principes proclamés sont la gratuité de l'instruction obligatoire (dans les limites imposées dans chaque État par les moyens financiers disponibles) et la reconnaissance officielle des études accomplies.

Le droit à l'instruction s'applique en principe à tous les établissements scolaires, privés ou publics, avec les nuances propres aux différents systèmes étatiques de rapports Etat-églises;<sup>12</sup> il n'empêche que les affaires dont la Cour EDH est saisie ont le plus souvent trait à des écoles publiques.<sup>13</sup> La

<sup>11</sup> Voir P. GIANNITI (dir.), *I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli & Il Foro Italiano, Bologna-Roma 2013.

<sup>12</sup> La présentation des différents systèmes étatiques, notamment des établissements «sous contrat», «paritari» ou «concertados», font l'objet d'autres conférences dans ce colloque. Pour une étude globale mise à jour du statut des établissements d'enseignement en Europe, on consultera avec profit R. BENIGNI, *Educazione religiosa e modernità. Linee evolutive e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino 2017. Pour l'Allemagne et le régime «collectivités de droit public», on consultera notamment S. MÜCKL, *Europäisierung des Staatskirchenrechts*, Nomos, Baden-Baden 2005, pp. 227 et s. Pour la Belgique et son important réseau d'enseignement «non officiel», voir X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BRHOUMI (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, Larcier, Bruxelles 2017.

<sup>13</sup> La littérature concernant le droit à l'instruction dans la jurisprudence de Strasbourg est trop abondante pour pouvoir être rapportée ici de manière complète. J'ai eu l'occasion de l'étudier plus en détail dans J.-P. SCHOUPPE, *La dimension institutionnelle...*, cit., spéc. pp. 245 et s. On consultera notamment V. TURCHI, «Educazione e religione nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo», in R. MAZZOLA et I. ZUANAZZI (dir.), 'Aequitas sive Deus'. *Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, Giappichelli Editore, Torino 2011, vol. II, pp. 1043-1082; D. DURISOTTO, *Istituzioni europee e libertà religiosa. Cedu e Ue tra processi di integrazione europea e rispetto della specificità nazionali*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2016, pp. 204 et s.; L.-M. LE ROUZIC, *Le droit à l'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préface de D. Szymczak, L'Harmattan, Paris 2015; L. GARLICKI, *The Strasbourg Court of Religion in the Public School System*, in R. URTZ (dir.), *Religion in the public square. Perspectives on secularism*, Eleven International Publishing, The Hague 2015, pp. 121-

première phrase de l'article 2 du Protocole additionnel (droit universel d'accès à l'instruction) est prioritaire par rapport à la seconde phrase (le droit des parents au respect de leurs convictions). Les juges en déduisent la nécessité de l'existence d'un réseau privé et du choix de l'école par les parents, non seulement afin d'assurer le pluralisme, mais aussi pour permettre à tous un accès effectif à l'instruction: en rendant possible une inscription à un établissement libre ou privé, le pluralisme scolaire concourt à l'accès universel à l'instruction.

La lacune constatée dans l'article 2 du Protocole additionnel concernant la titularité des églises et communautés religieuses a été en quelque sorte comblée par l'arrêt de la Grande Chambre *Folgerø c. Norvège*. Il affirme expressément que la première phrase (droit à l'instruction) ne distingue, pas plus que la seconde (respect de convictions des parents), entre l'enseignement public et l'enseignement privé. Le droit à l'instruction des établissements d'enseignement privés est affirmé en sorte que le libre choix des parents peut se porter sur une école publique ou privée.<sup>14</sup> En 2012, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) corrobora ce principe par l'approbation d'une *Résolution en faveur du droit à la liberté de choix éducatif en Europe*.<sup>15</sup>

## 2. 2. *Autonomie, pluralisme et intérêt supérieur de l'enfant*

Sans prendre le risque d'en formuler une définition, les juges européens font un fréquent usage de l'expression «autonomie» pour désigner ce qui, à mon avis, pourrait être exprimé en termes plus académiques par la notion de liberté de religion institutionnelle, c'est-à-dire le droit à la liberté de religion revenant à une église ou à un groupement religieux comme tel. Si l'autonomie procure une indéniable protection, celle-ci n'en reste pas moins sujette à des évolutions parfois déconcertantes et à des contrôles judiciaires de plus en plus incisifs, afin de vérifier notamment le respect des standards procéduraux (article 6 CEDH) et du principe de proportionnalité.

L'autonomie doit par ailleurs s'harmoniser avec la neutralité et le pluralisme. Il y a donc lieu de s'interroger sur les implications concrètes du pluralisme et notamment sur sa portée: ce critère, auquel doit veiller l'Etat instructeur, concerne-t-il seulement les professeurs et les élèves? Ou bien,

144; J.M. COELLO DE PORTUGAL, *La enseñanza europea sobre profesores de religión*, in I. CANO (dir.), *La enseñanza de la religión en la escuela pública*, Comares, Granada 2014, pp. 187-206; J. VALLERO ESTARELLAS, *La jurisprudencia sobre profesores de religión (La autonomía institucional de las confesiones religiosas)*, *ibid.* pp. 207-220; A. MOTILLA (dir.), *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Comares, Granada 2016.

<sup>14</sup> COUR EDH (Gr. Ch.), *Folgerø et al. c. Norvège*, 29 juin 2007, n° 15472/02, § 84.

<sup>15</sup> APCE, *Résolution sur le droit à la liberté de choix éducatif en Europe*, n° 1904, 4-10-2012.

comme semble l'indiquer *Lautsi c. Italie*,<sup>16</sup> vise-t-il aussi les salles de classe et les symboles, qu'ils soient statiques ou dynamiques? Dans cette affaire, qui concernait une école publique, la Grande Chambre considéra le crucifix exposé à la vue des élèves comme un signe avant tout culturel et passif et dès lors comme un symbole ne pouvant être confondu avec une tentative d'endoctrinement religieux. Un constat positif venait compléter cet argument: les signes distinctifs d'autres religions ou convictions étaient suffisamment présents dans l'école pour que la décision de ne pas retirer le crucifix de la salle de classe ne soit pas disproportionnée et puisse rentrer dans les marges d'appréciation de l'Etat Italien.<sup>17</sup> De la sorte, la Grande Chambre proclame l'existence d'une pluralité de conceptions de la laïcité parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe et confirme deux exigences auxquelles l'enseignement public doit satisfaire : 1°) les connaissances figurant au programme doivent être transmises «de manière objective, critique et pluraliste»;<sup>18</sup> 2°) il faut éviter l'endoctrinement ou le prosélytisme de mauvais aloi.<sup>19</sup> Selon le cas d'espèce, les juges européens souligneront l'un de ces critères ou les deux à la fois.

L'instruction pluraliste impose certaines exigences concernant le contenu des programmes d'enseignement. À cet égard, les juges de Strasbourg ont été saisis de plusieurs affaires relatives à l'instruction sexuelle et à des cours à caractère religieux ou philosophique. Lorsqu'est en jeu la conviction des parents, voire celle des enfants, les pouvoirs publics sont tenus à mettre sur pied des mécanismes correctifs dans les écoles publiques. Comme l'a illustré l'arrêt *Kjeldsen*, ceux-ci prennent généralement la forme d'une faculté de dispense concernant l'assistance au cours obligatoire (instruction sexuelle) ou au cours de substitution du cours de religion (morale, citoyenneté...)<sup>20</sup>

En ce qui concerne le rapport parents-enfants, une certaine évolution est perceptible. Alors que la Cour EDH tend plutôt à favoriser le droit des parents au respect de leurs convictions, d'autres courants plus récents se situant dans le sillage de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* semblent en revanche privilégier le droit de l'enfant à l'instruction, cette position se répercutant à son tour sur la jurisprudence de Strasbourg. En raison de cet antagonisme croissant, il n'est pas exclu que l'intérêt supérieur de l'enfant, qui était pourtant envisagé à l'origine en harmonie avec le droit

<sup>16</sup> Sur ce sujet abondamment traité, voir entre autres S. MÜCKL, *Crocifisso nelle aule? La sentenza definitiva di Strasburgo dopo una controversia lunga*, «Cette Revue», 23 (2011), pp. 822-836.

<sup>17</sup> Voir C. CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Allemandi, Torino 2010.

<sup>18</sup> COUR EDH, *Campbell et Cosans*, cit., § 35.

<sup>19</sup> Voir COUR EDH, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88.

<sup>20</sup> Voir COMM. EDH, (Décis.) *Kjeldsen, Busk Madsen et Petersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, n° 5095/76.

des parents au choix éducatif, finisse par se transformer en une limite, voire à constituer une entrave à l'exercice du droit parental.

Le droit de l'enfant est toutefois loin de constituer un critère absolu et son appréciation n'est pas une tâche aisée. Il sera évalué *in casu* et, concrètement, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant, comme le précise ladite Convention.<sup>21</sup> Ainsi, à propos de l'article 9 CEDH, la Cour EDH a reconnu dans une affaire suisse que le voile porté par une enseignante avait pu exercer une influence d'autant plus forte sur ses élèves que ceux-ci étaient en bas âge.<sup>22</sup> En cas de conflit entre le droit des parents et celui de l'enfant, les juges de Strasbourg ont tout de même tendance à trancher en faveur du droit au respect des convictions des parents, même si les exceptions ne manquent pas. Le souci de ne pas être amenés à juger le bien-fondé des convictions personnelles, ce qui outrepasserait leur compétence, n'y est sans doute pas étranger.

### 3. LES ENTREPRISES DE TENDANCE

Comment sauvegarder le caractère catholique d'une école ou d'une université? Comment faire en sorte que soit respecté le code éthique d'une entreprise? Pour atteindre ce genre d'objectifs identitaires ou éthiques au niveau institutionnel au sein d'une société sécularisée, il est nécessaire de recourir à la notion d'«entreprise de tendance» qui permet de mettre en œuvre l'autonomie des églises et des groupements convictionnels. L'étude de ladite notion sera suivie d'une ébauche de régime européen des entreprises de tendance à la lumière de la jurisprudence européenne.

#### 3. 1. La notion d'entreprise de tendance

##### 3. 1. 1. Origine et description du concept

La catégorie dénommée *tendenzbetrieb* a vu le jour le siècle dernier en République Fédérale d'Allemagne. La Loi fondamentale de cet Etat renvoie au principe d'autonomie des églises établi à l'article 137 § 3 de la Constitution de Weimar. Plusieurs lois (1920, 1952 et 1972) régissent successivement cette figure juridique. La dernière d'entre elles décrit l'entreprise de tendance comme une entreprise réalisant «directement et principalement des activités politiques, syndicales, confessionnelles, caritatives, éducatives, scientifiques et artistiques», ou bien exerçant une «activité d'information et de manifestation de la pensée».<sup>23</sup> Si d'autres Etats, comme l'Autriche et la Suède, em-

<sup>21</sup> Article 12 § 1 de ladite *Convention internationale qui a trait à la liberté d'opinion de l'enfant*.

<sup>22</sup> Voir COUR EDH, (Décis.) *Lucia Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001, n° 42393/98. L'âge des élèves oscillait entre quatre et huit ans.

<sup>23</sup> Voir article 118 de la *Betriebsverfassungsgesetz*.

boîtèrent le pas à l'Allemagne en promulguant une loi spéciale, la plupart des législations nationales n'en offrent aucune définition légale. La flexibilité qu'autorise une acception large de l'entreprise de tendance constitue un atout et dans le même temps prête le flanc à la critique de ceux qui mettent en cause son utilité dans la mesure où toute entreprise, dans la mesure où elle est susceptible de défendre certaines valeurs, pourrait avoir la prétention de prôner une tendance.<sup>24</sup> Encore faut-il veiller à ne pas vider la notion de sa substance, ce qui implique de limiter son application aux entreprises fondées sur de véritables convictions: il doit s'agir en principe de convictions d'ordre religieux, philosophique ou politique, comme y invite la nette distinction établie par la Cour EDH entre conviction et opinion ou idée: depuis *Campbell et Cosans*, la conviction requiert l'existence «des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance».<sup>25</sup>

Après que le brevet européen de recevabilité ait été décerné à ce type d'entreprises par la Directive 2000/78/CE – celle-ci n'emploie toutefois pas l'expression «entreprise de tendance» –, son éventuel rejet n'est plus à l'ordre du jour.<sup>26</sup> En réalité, ladite Directive élargit la notion aux «organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions». En vertu de la Directive, il peut donc suffire qu'il y ait des critères éthiques appliqués dans l'organisation *interne* de l'entreprise, alors que la figure a souvent été comprise précédemment comme une entité destinée à promouvoir la diffusion d'une doctrine (*ad extra*). À la lumière de cette acception plus large d'origine communautaire, une clinique confessionnelle, par exemple, trouve indiscutablement sa place au sein du concept d'entreprise de tendance.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Argument notamment exposé par M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Libertad ideológica y prestaciones de servicios*, «Relaciones Laborales», t. II (1985) p. 433.

<sup>25</sup> Cour EDH, *Campbell et Cosans*, cit. § 36.

<sup>26</sup> Sur la notion d'entreprise de tendance on consultera notamment I. RIASSETTO, 'Entreprise de tendance' religieuse, in F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. – WOEHLING (dir.) (avec contribution de I. RIASSETTO), *Droit français des religions*, 2<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, Paris 2013, pp. 1211-1230; S. CATALÀ, *Autonomía de las confesiones libertad de empresa y empresas de tendencia*, in J. M. MARTÍ, M. MORENO MOZOS (dir.), *La autonomía de las entidades religiosas en el derecho. Modelos de relación y otras cuestiones*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 165-202; A.-C. ÁLVAREZ CORTINA, *Derecho de las confesiones religiosas a la selección del personal por las creencias religiosas*, in A. MOTILLA (dir.), *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, Comares, Granada 2016, pp. 188 et s.; D. GARCÍA-PARDO, *La autonomía de las confesiones y derechos de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in J. M. MARTÍ - M. D. M. MORENO MOZOS (dir.), *La autonomía de las entidades religiosas en el Derecho. Modelos de relación y otras cuestiones*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 203-219.

<sup>27</sup> Sur ce concept et ses mutations, voir L.-L. CHRISTIANS, *Les mutations du concept d'entreprise de tendance. Essai de prospective juridique sur les futures entreprises postséculières*, dans B. CALLEBAT, H. DE COURRÈGES et V. PARISOT (dir.), *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruylant, Bruxelles 2017, pp. 253-270.

Au niveau européen, la notion englobe aussi bien une entreprise à tendance religieuse qu'une organisation à tendance idéologique ou philosophique. Les entités, dont la doctrine ou l'éthique est fondée sur une conviction, peuvent être publiques ou privées, églises ou non. Dans l'hypothèse où ce n'est pas une église, il pourra s'agir d'entreprises qui appartiennent à une église, en dépendent ou, à tout le moins, appliquent certaines règles éthiques d'origine religieuse. La notion peut donc s'appliquer à une vaste gamme d'entités: une école protestante, un hôpital catholique, une université de la libre pensée, un restaurant *cashier*... Le caractère propre de l'entreprise fait en sorte que la doctrine ou l'*ethos* sur laquelle elle se fonde constitue la raison d'être de l'entreprise. Cela explique pourquoi la tendance doit reposer sur une conviction philosophique, politique ou religieuse, mais aussi qu'une conviction méthodologique ne suffirait en principe pas à fonder une entreprise de tendance, à moins que celle-ci s'avère à ce point essentielle qu'elle finisse par constituer une conviction.<sup>28</sup>

Les salariés d'une entreprise satisfaisant à ces conditions sont soumis à une subordination confessionnelle ou idéologique requise par le respect de l'identité et de la crédibilité de l'entreprise. Celle-ci vient se greffer sur le lien de subordination classique inhérent à toute entreprise. Il leur incombe dès lors une obligation de loyauté (souvent accrue) qui justifie l'existence de particularités concernant leur recrutement ainsi que leur éventuel licenciement. Chaque travailleur doit être informé dès l'embauche de l'orientation institutionnelle ainsi que des devoirs concrets en découlant.

De nombreuses difficultés trouvent une solution et des tensions s'estompent ou peuvent être évitées au sein de l'entreprise lorsqu'elle prend la précaution de proposer au travailleur une clause de tendance, stipulée dans le contrat de travail, par laquelle le travailleur prend un engagement spécifique. Celui-ci pourra porter, par exemple, sur le *respect de la doctrine et de l'éthique de telle confession dans son style de vie et dans ses propos*. Le plus souvent, un règlement intérieur de l'entreprise, une charte éthique ou un code de conduite formalisent ce type de clauses. Les normes de l'entité préciseront utilement que le devoir de comportement requis, loin de se limiter aux seules heures de cours et au seul cadre scolaire (salle de classe ou bâtiment), s'étend à la vie privée en général. À cette fin, il est opportun de faire référence non seulement à un comportement ponctuel et ayant une référence spatio-temporelle délimitée, mais à un «style de vie» conforme à l'éthique de l'institution.

<sup>28</sup> De nombreuses législations civiles prennent en considération les convictions religieuses, philosophiques et politiques, et appliquent la notion d'entreprises de tendances aux partis politiques et aux syndicats. C'est le cas en Belgique (voir X. DELGRANGE, L. DETROUX et M. EL BRHOUMI (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, cit. p. 89).

### 3. 1. 2. La Directive 2000/78 de l'Union européenne

L'arsenal normatif de l'Union européenne fournit plusieurs éléments susceptibles de cerner les contours de la notion. D'abord, la liberté d'entreprendre est proclamée par l'article 16 de la *Charte de Nice*, tandis que de nombreuses constitutions nationales reconnaissent un «droit» à la libre entreprise sans affirmer son caractère «fondamental». L'article 14 de ladite Charte, qui protège le droit à l'instruction, ajoute le critère des «convictions pédagogiques» à ceux des «convictions religieuses et philosophiques» des parents. Si un tel élargissement du champ d'application du droit à l'instruction peut sembler favorable à la liberté d'éducation, il n'en demeure pas moins vrai que la notion d'entreprise de tendance n'inclut pas les options méthodologiques mais seulement les convictions.

Même si la Cour EDH n'est pas directement soumise au droit communautaire, elle fait de nombreuses références à la *Directive 2000/78/CE*, si bien que celle-ci constitue une référence incontournable et un point d'ancrage commun aux deux jurisprudences européennes. Cette Directive relative aux discriminations au travail, que les Etats membres de l'Union européenne furent tenus à transposer dans leur droit interne avec une obligation de résultat, généralisa l'usage de la notion d'entreprise de tendance dans les différents Etats membres. L'idée sous-jacente est double. D'une part, il faut prévenir les discriminations dans les relations de travail, qu'elles soient directes ou indirectes,<sup>29</sup> que ce soit en raison de l'âge, de la religion ou d'une conviction, d'un handicap ou de l'orientation sexuelle. D'autre part, la norme communautaire veille à prendre en compte certaines distinctions («différences essentielles») qui, eu égard à la spécificité religieuse ou philosophique de l'entreprise, ne doivent pas considérées comme des discriminations injustes.

La Directive a sans doute puisé son inspiration dans la *Convention 111* de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)<sup>30</sup> ainsi que dans les *Lignes directrices* de la Commission de Venise de 2004.<sup>31</sup> De plus, il ne faut pas sous-estimer l'influence qu'une décision de 1989 rendue par l'ancienne Commission EDH a pu exercer: l'affaire *Rommelfanger c. Allemagne*<sup>32</sup> avait trait au licenciement d'un médecin par un hôpital catholique après que celui-ci ait

<sup>29</sup> Concernant ces catégories telles que définies dans l'art. 2.2 de la Directive 2000/78 et interprétées dans la jurisprudence de la CJUE, voir S. CAÑAMARES, *Discriminación laboral por razón de religión en Derecho comunitario europeo*, «Revista Derecho del Trabajo», 5 (2017/16), pp. 49-63.

<sup>30</sup> La Convention 111 de l'OIT fut adoptée le 25 juin 1958 à Genève.

<sup>31</sup> COMMISSION DE VENISE, *Lignes directrices concernant l'examen des lois affectant la religion ou les convictions religieuses*, 18-24 juin 2004, II C. pr. 5.

<sup>32</sup> COM. EDH, déc. *Rommelfanger c. République Fédérale d'Allemagne*, 6 décembre 1989, n° 12242/86.

tenu publiquement des propos en matière d'avortement en flagrante contradiction avec la position de l'Église. Les juges estimèrent que la liberté d'expression du médecin devait céder face à l'orientation éthique bien établie de l'hôpital, stipulée dans le contrat de travail et acceptée par le requérant, qui avait fait naître dans son chef une obligation de loyauté vis-à-vis de l'entreprise. Il ne pouvait dès lors être question d'une violation du droit à la liberté d'expression du médecin qui avait délibérément accepté d'en restreindre l'exercice.

Dans le droit fil de la susmentionnée décision, la Directive renforce la dérogation déjà prévue dans le régime général (article 4.1.), qui pouvait déjà s'appliquer implicitement aux entreprises de conviction,<sup>33</sup> par un article 4.2. établissant explicitement une obligation générale «de bonne foi et de loyauté [des employés] envers l'éthique de l'organisation».<sup>34</sup> La relation de travail résultant de cette situation se caractérise par une double dimension – contractuelle et spirituelle ou éthique –, la première étant subordonnée à la seconde et partiellement absorbée par celle-ci.

La Directive pointe deux prérequis: il faut que le caractère convictionnel, par exemple religieux, existe soit dans la *nature de l'activité* confiée soit dans son *contexte*. Si une activité peut être en soi neutre ou spirituelle, encore faut-il la situer dans son contexte: s'agit-il d'un régime ecclésial ou neutre? De la sorte, pour bénéficier de cette dérogation, il est possible de prendre en compte à la fois les activités confessionnelles exercées dans une structure non confessionnelle et les activités profanes ou neutres réalisées au sein d'un groupement

<sup>33</sup> Ainsi une entreprise de médiation familiale, qui n'est pas religieuse ou philosophique par nature, peut avoir une perspective religieuse pour la résolution des conflits, notamment catholique, qui, dans le cadre de l'art. 4.1, lui permet de sélectionner des médiateurs appartenant à cette confession.

<sup>34</sup> Art. 4.2: «Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente Directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente Directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif. Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente Directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation».

confessionnel. Ce double registre offre l'avantage, d'une part, de ne pas juger les dimensions de la relation de travail en contexte religieux à l'aune des seuls critères applicables dans le contexte civil. D'autre part, dans le contexte religieux, il est possible de considérer le fait que l'activité d'une personne puisse ne pas être directement en lien avec la dimension spirituelle de l'entreprise.

La prise en compte du critère élargi de l'éthique de l'organisation, qui rendra possible une dérogation à certaines normes, sera de nature à autoriser une vaste gamme de comportements présentés comme moraux. Dans un état de droit, ceux-ci seront toutefois soumis au filtre résultant de leur subordination aux principes constitutionnels des Etats membres de l'Union européenne ainsi qu'aux principes généraux du droit communautaire.

La référence aux «exigences professionnelles essentielles» d'une entreprise de tendance (articles 4.1 et 4.2.) permet aux entreprises de conviction de faire valoir certaines différences importantes selon leur orientation propre. Nous en arrivons ainsi au point-clé. L'avenir permettra d'opérer une double vérification: il y aura lieu de constater d'abord si, compte tenu de l'éthique de l'organisation, ces «exigences professionnelles essentielles» s'appliquent aux entreprises de tendance qui sont des églises, comme l'affirme expressément l'article 4.2. Il faudra vérifier ensuite si les juges européens accepteront que soient justifiées juridiquement, en leur évitant de tomber sous le coup d'une discrimination injuste, certaines spécificités propres à certaines églises comme le refus d'embaucher une femme pour exercer le ministère d'un prêtre.

### 3. 1. 3. Les premiers arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne

En 2017 la jurisprudence de Luxembourg a rendu deux arrêts importants se référant directement à l'article 4 de la Directive 2000/78/CE. Il s'agit de deux renvois préjudiciels, en provenance respectivement de la Cour de cassation belge et de la Cour de cassation française. Dans les deux cas, il s'agit d'une employée portant le voile dans une entreprise privée, dont le poste impliquait un contact visuel au moins partiel avec la clientèle.<sup>35</sup>

Dans le cas *belge*, l'interdiction faisait l'objet d'une règle interne de l'entreprise. La Cour de justice dit en substance qu'il n'y a pas eu de discrimination *directe*,<sup>36</sup> mais que la Cour de cassation devait vérifier s'il n'y a

<sup>35</sup> En 2018 deux arrêts ont été rendus: CJUE, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e V.*, 17 avril 2018, C-414/16, § 46. Il a été analysé par N. COLAIANNI, *Divieto di discriminazione religiosa sul lavoro e organizzazioni religiose*, Stato, Chiesa e pluralismo confessionale. Rivista telematica, n. 18 del 2018, 10 p. Ensuite IR c. J.Q., 11 septembre 2018, C-68/17. Ces deux arrêts semblent problématiques en ce qu'ils rendent plus difficiles, respectivement, le recrutement d'un candidat de la religion de l'entreprise et l'acceptation d'un devoir de loyauté.

<sup>36</sup> Pour des motifs tant substantiels que formels une partie de la doctrine s'est montrée critique quant à l'exclusion par la CJUE d'une discrimination directe dans cette affaire.

pas eu une discrimination *indirecte*, notion que la Directive définit comme suit: lorsque «l'obligation en apparence neutre qu'elle contient aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données». <sup>37</sup> Conformément à l'article 4.2 de la Directive, elle rappelle toutefois qu'une discrimination indirecte (*in casu*) pourrait être objectivement justifiée par un but légitime. La Cour de cassation belge confirma l'absence de discrimination indirecte. <sup>38</sup> Il faut donc en conclure que le règlement pourrait tout aussi bien s'appliquer dans l'hypothèse d'un autre signe convictionnel ostentatoire qui serait porté par un employé ayant un contact visuel avec la clientèle. L'apport spécifique de l'arrêt est la reconnaissance d'un politique de neutralité religieuse par une entreprise comme une finalité légitime.

Dans l'affaire *française*, la décision de renvoi ne permettant pas de savoir si le doute portait sur une discrimination et, le cas échéant, si elle était directe ou indirecte, il fallait d'abord vérifier si la différence de traitement provenait d'une règle interne de l'entreprise. Dans ce cas, il faut se référer à l'interprétation donnée par la Cour de Justice en réponse à l'affaire belge. L'autre hypothèse conduit à envisager la possibilité d'un objectif légitime et proportionné permettant (en l'absence d'une clause de neutralité) l'application de l'article 4.1 de la Directive. La Cour de Justice ajoute toutefois que «la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits du client de ne plus voir ses services assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition». <sup>39</sup> Ensuite, la Cour de cassation française constate qu'il s'agissait en l'espèce d'un «ordre oral» visant «un signe religieux déterminé» (uniquement le voile islamique) et que, dans cette hypothèse, conformément à l'arrêt de la Cour de Justice susmentionné, la volonté de l'employeur de répondre aux attentes de certains clients ne pouvait être considérée comme une exigence essentielle et déterminante. <sup>40</sup> L'entreprise française a donc commis une injuste discrimination.

D'abord, il est possible de soutenir que la «règle» interne constituait une discrimination directe, certes non pas contre une religion en particulier, car aucune n'était visée explicitement, mais contre la religion en général. Ensuite, l'absence de toute exigence formelle concernant la norme de l'entreprise est également déplorable. Il pourrait sembler prudent d'exiger que le règlement soit écrit et préexistant à l'embauche. Voir à cet égard M. SWEE-NEY, *Les règles (civiles) de non-discrimination en raison de la religion*, dans B. CALLEBAT, H. DE COURRÈGES et V. PARISOT (dir.), *Les religions et le droit du travail*, cit, pp. 298 et s.

<sup>37</sup> CJUE, Arrêt C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, 14 mars 2017, § 34.

<sup>38</sup> HOF VAN CASSATIE, 9 octobre 2017, S.12.0062.

<sup>39</sup> CJUE, Arrêt C-188/15, *Bouagnaoui et ADDH c. Micropole Univers*, 14 mars 2017, § 41.

<sup>40</sup> Cour de cassation - Chambre sociale, Arrêt n° 2484 du 22 novembre 2017 (13-19.855), ECLI:FR:CCASS:2017:SO02484.

### 3. 2. *Vers un régime européen des entreprises de tendance à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH*

Bien qu'un tel régime européen n'existe encore qu'au stade de l'ébauche doctrinale, il peut être esquissé en trois étapes: d'abord les obligations incombant aux travailleurs, ensuite celles qui sont à charge des employeurs; enfin, les limites à la tendance de l'entreprise car l'absolutisation de cette dernière serait de nature à mettre en péril l'ordre public ainsi que le respect des droits fondamentaux des travailleurs.

#### 3. 2. 1. Les obligations du travailleur

Les devoirs incombant au travailleur sont de deux ordres: d'une part, il doit partager effectivement les convictions de l'entité; d'autre part, il est tenu à adopter un comportement compatible avec la finalité et le code éthique de l'entreprise.

##### *Le partage des convictions*

Permettre l'embauche des travailleurs selon certaines préférences objectives découlant de la tendance et raison d'être de cette entité sans que le respect de cette distinction n'implique une discrimination injuste est le principe même d'une entreprise de tendance. Ainsi, lorsqu'une école juive cherche à recruter des professeurs hébraïques, connaisseurs de la Torah, elle s'inscrit dans la logique de l'institution. De même, un restaurant *cashier* s'adressera prioritairement à un cuisinier professant cette religion. En vertu de la même argumentation, une école catholique recrutera en principe des enseignants de la même confession, surtout s'agissant de dispenser le cours de religion. Contrairement au cas d'une entreprise qui n'est pas de tendance (et est dès lors tenue à respecter la *privacy* en matière de convictions personnelles), l'employeur a le droit-devoir de poser des questions en rapport avec la tendance de l'entreprise aux candidats qui se présentent à l'embauche.

Lorsqu'il s'agit d'une fonction qui requiert un haut degré d'identification à la religion ou à la conviction et implique une plus grande confiance placée en lui par l'institution, le personnel d'une église ou d'une communauté religieuse pourra être tenu à une obligation de loyauté accrue. C'est particulièrement le cas des clercs qui remplissent des tâches pastorales comme ministres du culte et des professeurs (clercs et laïcs) enseignant notamment de religion. En fonction du droit civil ecclésiastique applicable, ils pourront faire l'objet d'une lettre de mission, voire d'une incardination, auquel cas ils seront placés sous un régime différent des contrats de travail, en sorte que les juridictions compétentes pour trancher les conflits les concernant seront les tribunaux ecclésiastiques. Telle est la conclusion que la Grande

Chambre tire dans une affaire hongroise:<sup>41</sup> un pasteur calviniste licencié à la suite d'une procédure disciplinaire par la communauté paroissiale qui l'avait recruté porte plainte devant le tribunal du travail puis devant le tribunal civil en prétendant que son service était analogue à un contrat de travail conclu avec son Eglise. Faisant suite à un arrêt de Chambre, la Grande Chambre confirma que le caractère pastoral du service correspondant au requérant pouvait être déduit de sa lettre de nomination et qu'il fallait appliquer non le code du travail mais le droit canonique. L'arrêt *Nagy* réaffirme que la relation entre un ministre du culte et sa communauté (dans le cadre hongrois) n'est pas assimilable à un contrat de travail et souligne l'autonomie de la communauté religieuse dans son gouvernement interne.

Tandis que les exemples ci-dessus concernent essentiellement la dimension positive d'identification à la tendance, le travailleur a aussi une obligation négative consistant essentiellement à éviter de tenir des propos ouvertement en désaccord avec la doctrine prônée par l'établissement. Cet aspect, qui n'est pas toujours aisément accompli par les fidèles ou les adhérents, se pose avec encore plus d'acuité pour des personnes qui n'adhèrent pas aux convictions de l'entreprise. La nature non spécifique ou profane de certaines tâches qui doivent être accomplies au sein de l'entreprise peut générer ce type de situation. Ainsi, dans un lycée catholique, un cuisinier ou un professeur de gymnastique pourront être athées pour autant qu'ils s'engagent à remplir cette condition.

Mais jusqu'où est-il possible de s'engager sur cette voie? Un professeur protestant pourrait enseigner l'histoire s'il s'engage, par exemple, à s'abstenir de tenir des propos négatifs à l'égard de la papauté ou du magistère de l'Église catholique. Toutefois, l'embauche de travailleurs areligieux ou appartenant à une confession religieuse différente génère souvent des tensions, voire des conflits avec la direction de l'établissement. Il semble dès lors souhaitable que l'ensemble du personnel partage la religion ou la tendance de l'entreprise car cela favorise un climat harmonieux entre la liberté institutionnelle d'entreprendre et la liberté de religion, de conscience ou de pensée des employés. Mais un tel objectif n'est pas toujours réalisable, que ce soit pour des motifs personnels, par exemple, à raison d'un changement de conviction personnelle ou, le plus souvent, à cause des aléas du marché du travail. Il n'est pas rare que le manque récurrent de personnel enseignant qualifié dans certaines matières contraigne les écoles à faire des concessions au plan des convictions personnelles. Qui plus est, une banalisation de ce genre de concessions risque de dégénérer et de compromettre l'identité de l'établissement.

Si la dimension positive de l'engagement à partager la conviction concerne l'ensemble du personnel, bien qu'à des degrés variables, l'attention du juge

<sup>41</sup> COUR EDH (Gr. Ch.), *Károly Nagy c. Hongrie*, 14 septembre 2017, n° 56665/09.

se portera souvent sur les dimensions négatives dudit engagement. Ainsi, s'il peut sembler raisonnable de permettre à un concierge non chrétien de travailler au bureau d'accueil d'un centre de conférences protestant, cette option n'est pas dénuée de risques. Dans une affaire suisse correspondant à cette description, le portier athée supporta mal l'ambiance religieuse d'un centre évangélique, qu'il décrivit comme «fanatiquement religieuse, raciste et xénophobe». <sup>42</sup> S'y estimant soumis à une insoutenable pression religieuse, il donna sa démission le lendemain de son embauche. La Cour EDH lui donna tort, non sans lui rappeler les engagements qu'il avait sciemment et librement assumés, alors que la tâche confiée – d'accueil – ne requérait aucune identification aux valeurs du centre ni représentation de celui-ci devant les clients.

Dans l'affaire *Lombardi Vallauri c. Italie*, <sup>43</sup> la Cour EDH reconnut le principe selon lequel une université catholique (Sacré Cœur de Milan), conformément à la procédure d'agrément prévue dans le concordat avec l'Italie, était libre de ne pas accepter de prendre en considération la candidature d'un professeur de philosophie du droit ayant sollicité le renouvellement annuel, suite à ses prises de position anticatholiques. Si cet Etat fut toutefois condamné, ce fut suite à un manquement de sa part dans le contrôle des garanties procédurales requises par l'article 6 CEDH. Il lui était essentiellement reproché de ne pas avoir spécifié quels propos du requérant avaient été considérés comme incompatibles avec la doctrine catholique, ce qui avait placé ce dernier dans l'impossibilité de défendre son point de vue. Cet arrêt mérite encore deux brefs commentaires. D'un part, il confirme l'autonomie du Saint-Siège et le mécanisme des agréments mis en place conformément au concordat. D'autre part, le signal d'alarme ainsi donné et confirmé par d'autres arrêts doit être entendu par l'Eglise et les groupements religieux. De nos jours, le fait de fournir au requérant les explications qu'il demandait ne constitue plus une prétention déplacée, mais relève plutôt d'un standard minimum requis. Et ce, quand bien même il existerait, comme c'est le cas ici, un concordat qui stipulerait de moindres exigences en matière procédurale et accorderait plus d'espace aux rapports de courtoisie entre Etats souverains. Il faut prendre conscience du fait que l'existence d'un traité de droit international bilatéral ne peut faire perdre de vue que c'est la dignité des personnes qui est en jeu et que les exigences procédurales découlant de la protection des droits fondamentaux doivent être respectées. Sans doute faudra-t-il revoir à la hausse les standards procéduraux dans certains concordats et accords internationaux.

Dans l'affaire *Siebenhaar* la tendance religieuse de l'entreprise l'emporte de nouveau. Une éducatrice, employée dans un jardin d'enfant allemand

<sup>42</sup> Cour EDH, (Décis.) *Abaş Dautaj c. Suisse*, 20 septembre 2007, n° 32166/05 (*In Facto*).

<sup>43</sup> Cour EDH, *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 octobre 2009, n° 39128/05.

appartenant à une paroisse protestante, avait occulté à son employeur son engagement actif dans une autre religion (dénommée «l'église universelle») au sein de laquelle elle figurait comme personne de contact et avait proposé des cours d'initiation. De surcroît, un séminaire de ce groupement avait été programmé dans les locaux du jardin d'enfant! Les juges de Strasbourg y décelèrent d'autant plus facilement une contradiction avec l'orientation protestante du *Kindergarten* que la requérante se chargeait de la formation d'enfants en bas âge, c'est-à-dire une tâche qui, sous peine de trahir la légitime expectation des parents ainsi que l'identité et la crédibilité de l'école gardienne, requérait que soient données aux enfants des explications conformes à la doctrine de la religion protestante,<sup>44</sup> ce qui dans ces conditions ne pouvait point être garanti.

### *Le comportement requis*

L'adhésion au projet religieux suppose une obligation de loyauté accrue dans l'accomplissement des tâches confiées par rapport aux dogmes et aux préceptes édictés par la religion. Cela peut concerner la fidèle transmission d'une tradition religieuse dans les cours dispensés dans une école, mais aussi dans l'accomplissement d'un rite comme l'abattage rituel ou la préparation de mets *casher*. Jusque-là le devoir de comportement conforme a été envisagé *au sein* de l'entreprise. Encore faut-il considérer les éventuelles obligations comportementales existant *en dehors* de l'établissement scolaire. Une entreprise de tendance peut exiger de son personnel un style de vie compatible avec l'orientation de l'établissement. Il peut en découler une obligation de loyauté accrue pouvant entraîner une limitation du droit à la vie privée. Ainsi, au cas où la doctrine dispensée par l'enseignant serait totalement démentie par les caractéristiques de sa vie privée, comment pourrait-il prétendre collaborer à un projet éducatif collectif en faveur du mariage? La tendance de l'établissement perdrait toute crédibilité.

À cet égard, les affaires allemandes *Obst* et *Schüth* apportent un éclairage significatif. Elles présentent deux cas de licenciement d'un employé suite à un adultère et à des relations extraconjugales, respectivement dans une communauté mormone et dans une paroisse catholique.<sup>45</sup> Dans les deux cas, la Cour EDH estime qu'il y avait eu violation du devoir de fidélité matrimoniale incompatible avec la doctrine de la religion respective et affirme que les exigences requises par les employeurs n'étaient pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique. Elle admet que le devoir de loyauté contracté par les employés pouvait impliquer, dans certaines

<sup>44</sup> COUR EDH, *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 février 2011, n° 18136/02, § 44.

<sup>45</sup> COUR EDH, *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03; *Obst c. Allemagne*, n° 425/03: 23 septembre 2010.

limites, une restriction dans leur droit au respect de leur vie privée. Toutefois, cette argumentation juridique commune conduisit les mêmes juges à tirer le même jour des conclusions diamétralement opposées. Ils considèrent que le licenciement de l'ancien directeur pour l'Europe du département des relations publiques de la communauté mormone ne constituait pas une violation de sa vie privée. En revanche, dans l'affaire *Schiüth*, s'agissant d'un directeur de chœur d'une paroisse catholique, la Cour parvint à la conclusion inverse.

Du point de vue du principe d'incompétence des autorités publiques en matière religieuse, qui gouverne classiquement les rapports Etats-églises, l'appréciation par la Cour du degré de la loyauté qu'exige l'exercice d'une fonction ecclésiastique déterminée et le fait qu'elle aboutisse pour des faits comparables à des résultats différents selon l'église envisagée peut sembler problématique. Toutefois, la prise en considération des circonstances factuelles et, concrètement, la plus grande difficulté pour le directeur de chœur catholique (en comparaison avec le directeur mormon de relations publiques) de retrouver un emploi ailleurs peut contribuer, sinon à justifier, du moins à expliquer la partie dispositive de ce second arrêt. Cela met aussi en évidence le caractère délicat du jugement et son extrême dépendance par rapport à l'évaluation des circonstances du cas d'espèce. Un semestre plus tard, l'arrêt *Siebenhaar* déjà mentionné confirma avec force le principe de l'autonomie institutionnelle.

Dans le domaine spécifique de l'enseignement des cours de religion confessionnelle dispensés dans une école publique, l'un des arrêts les plus emblématiques est *Fernández Martínez*, rendu par la Grande Chambre. Il présente de nouveau un cas de flagrante incohérence entre la vie privée du requérant et la doctrine qu'il était chargé de transmettre dans un cours de religion catholique. Ce prêtre, ancien recteur de séminaire, ne respecte par l'obligation de célibat, se marie civilement, a plusieurs enfants et donne de la publicité à sa militance au sein d'une association en opposition à la doctrine de l'Eglise en publiant un article dans la presse, et provoque le scandale. De la sorte, il a brisé le rapport de confiance accrue établi avec la hiérarchie catholique.<sup>46</sup> La Grande Chambre suivra cette argumentation. Elle sera reprise dans *Travas c. Croatie* à l'unanimité de la chambre: ce cas parallèle se différencie toutefois de l'affaire précédente du fait que le professeur dont la charge d'enseignement n'est pas renouvelée par suite de la suppression du mandat canonique

<sup>46</sup> Concernant l'arrêt de Chambre, voir J.T. MARTÍN DE AGAR, *Insegnamento della religione e coerenza di vita. La sentenza Fernández Martínez vs Spagna*, «Cette Revue», 25 (2013), pp. 153-166. Sur l'arrêt de Grande Chambre, voir notamment J.-P. SCHOUPPE, *L'autonomie des églises en matière d'instruction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt [Gr. Ch.] Fernández Martínez c. Espagne, 12 juin 2014)*, «Revue de droit public», n° 2-2015, pp. 499-524.

est un laïc, divorcé et remarié civilement, et il n'a nullement tenu publiquement des propos en désaccord avec la doctrine de l'Église.<sup>47</sup>

### 3. 2. 2. Les obligations de l'employeur

Bien que les arrêts de la Cour EDH, à eux seuls, ne permettent pas encore d'élaborer une théorie des obligations de l'employeur, il est possible d'énoncer quelques principes à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence de certains Etats, mais aussi en s'inspirant de la logique même du système.<sup>48</sup> Ainsi, trois cas de figure peuvent entrer en ligne de compte pour illustrer les obligations de l'employeur: la cohérence par rapport à la tendance, le respect des règles en découlant, ainsi que l'opposabilité d'un abandon éventuel de la tendance.

La jurisprudence évoque un *affichage* de la tendance. Mais que signifie cette expression? Il ne peut s'agir seulement d'une étiquette, collée une fois pour toutes et qu'on finit par oublier, mais bien d'une inspiration qui rejaillit effectivement sur l'activité de l'entreprise. L'employeur d'une entreprise de tendance doit lui-même veiller au respect de l'orientation de l'institution de différentes manières. D'abord par son comportement personnel, mais aussi et surtout en tirant les conséquences pratiques découlant des valeurs pour la vie et l'organisation de l'entreprise. Ainsi, dans *Achbita c. G4S Secure Solutions*, il est demandé aux juges belges de vérifier si l'entreprise avait établi préalablement au licenciement de la requérante, une «politique générale et indifférenciée» à l'égard des signes religieux.<sup>49</sup>

La direction de l'entreprise doit veiller à procurer aux employés une *information* précise à l'égard de l'orientation de l'entreprise et des règles internes y afférant, et ce dès l'entretien d'embauche. L'observance de cette exigence est essentielle pour que le travailleur puisse être en état d'exercer sa liberté de conscience et, le cas échéant, de refuser la conclusion du contrat de travail. Une fois le contrat de travail signé, la tendance devra être respectée jusqu'à la fin de la relation de travail. Bien que la jurisprudence de Strasbourg ne soit pas encore très étoffée dans ce domaine précis, des juridictions nationales ont tranché des cas d'irrespect par l'employeur d'une fête de précepte ou d'une autre *règle religieuse* notamment concernant la cuisine casher.

Il convient encore de mentionner la possibilité d'un *abandon* de la tendance religieuse par l'employeur. Ainsi, la Cour de Cassation française a re-

<sup>47</sup> COUR EDH, *Travas c. Croatie*, 4 octobre 2016, n° 75581/13, §§ 93 et s.

<sup>48</sup> Pour ces derniers développements, je me suis inspiré en particulier de I. RIASSETTO, 'Entreprise de tendance' religieuse, in F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT et J.-M. – WOEHLING (dir.) (avec contribution de I. RIASSETTO), *Droit français des religions*, 2<sup>e</sup> ed., Lexis Nexis, Paris 2013, pp. 1226-1230.

<sup>49</sup> CJUE, Arrêt C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, cit., § 40.

connu l'opposabilité de l'abandon de la tendance religieuse par une école catholique: celle-ci, après avoir renoncé à son caractère religieux, s'était vu refuser le licenciement d'une enseignante qui, après son divorce, s'était remariée avec un ancien religieux: l'école a agi comme si elle était encore confessionnelle. L'employée, ayant fait opposition à la tendance de l'entreprise, obtint gain de cause.<sup>50</sup>

### 3. 3. Les limites de la tendance

Si la prise en compte des obligations incombant aux employeurs (à côté de leurs droits) permet un rééquilibrage de la balance, l'équilibre du système requiert en outre l'établissement des limites de la tendance: d'une part, le respect de l'ordre public et la prise en considération de la nature de la tâche confiée au travailleur; d'autre part, la protection de certains droits des travailleurs.

#### 3. 3. 1. L'ordre public et la nature de la tâche confiée

L'invocation de la tendance religieuse ne saurait constituer pour l'employeur un moyen de se soustraire aux dispositions d'*ordre public* assurant la protection de l'intérêt général. L'Etat peut, à ce titre, établir des règles relatives à la sécurité et à l'hygiène. Certaines législations nationales pourront imposer le port de vêtements de travail difficilement conciliables avec le port d'habits ou de signes religieux (voile, turban, *niqab*...).

La question de la *nature de la tâche* confiée paraît plus délicate. Dans l'arrêt *Schüth*, la Cour EDH a rappelé que la nature du poste doit être évaluée afin de déterminer si les limitations imposées au travailleur au nom de la tendance sont nécessaires à l'exercice des fonctions religieuses. La notion de «proximité» des fonctions remplies avec la tendance devient alors essentielle. La doctrine allemande emploie l'expression «porteurs de tendance» (*Tendenzträger*). Mais qui peut entrer en considération à cet égard?

Si un professeur de religion catholique doit certainement être considéré comme un «vecteur de tendance», la situation d'un cuisinier semble moins évidente. Si celui-ci travaille dans la cantine d'une école catholique, il pourra sans doute exercer sa fonction de manière neutre mais, s'il cuisine dans un restaurant casher, sa tâche cessera probablement d'être «religieusement neutre». La doctrine cite d'autres exemples de tâches considérées a priori comme neutres: notamment les agents d'entretien ou le poste de comptable. Dans l'affaire *Schüth*, les juges ont fait état de la «proximité» de l'activité du requérant avec la mission de proclamation de l'Eglise (il n'était pas

<sup>50</sup> Cf. Cass. Soc. 11 décembre 1984, n° 82-41.643, *Juri-soc.* 1985 n° 3, p. 27. Arrêt cité par I. RIASSETTO, «Entreprise de tendance religieuse», cit., p. 1226, note 83.

seulement organiste et chef de chœur) pour décider qu'il était tenu à un devoir de loyauté envers les préceptes de la religion catholique.<sup>51</sup> En ce sens, il s'agit de la même argumentation juridique que dans *Obst*, mais l'évaluation faite par les juges dans ce premier cas est critiquable en ce sens que l'activité exercée par Monsieur *Schüth* n'était pas nécessairement moins «proche» de la tendance que ne l'était celle de Monsieur *Obst*. Par ailleurs, le premier s'est vu reconnaître un devoir de loyauté tout court, tandis que le second s'est vu attribuer un devoir de loyauté accrue. Ces deux éléments semblent avoir pesé lourd dans la balance, de même que les possibilités de trouver un travail de remplacement. En outre, du point de vue des rapports Etat-Églises, il pourrait également être objecté que le principe de l'incompétence des autorités civiles en matière religieuse n'a pas été pleinement respecté.

### 3. 3. 2. Les droits fondamentaux du travailleur: liberté de conscience et droit à la vie privée

Une autre limite essentielle à la tendance de l'entreprise concerne le respect des droits fondamentaux des employés. Il s'agit d'abord de la *liberté de conscience* du travailleur, qui s'exerce principalement au moment de l'embauche mais se prolonge ensuite en divers aspects concrets dans le travail quotidien. Il faut encore tenir compte de l'éventualité d'un abandon ou d'une modification de la tendance par la direction comme cela se produit lors du rachat d'une maison d'édition par des nouveaux propriétaires prônant une autre orientation idéologique ou religieuse.

La Cour EDH se montre particulièrement attentive à la protection de la *vie privée* du travailleur. Aussi l'arrêt *Schüth* précise-t-il que le devoir de loyauté envers l'employeur ne peut limiter que «jusqu'à un certain degré» son droit à la vie privée et ne saurait affecter le «cœur même» de ce droit. Or tel serait le cas, dans l'hypothèse d'une séparation ou d'un divorce, si l'employé pouvait être tenu à «vivre dans l'abstinence». Alors qu'une communauté religieuse, surtout dans la perspective d'une vocation, pourrait poser une telle exigence, selon les juges de Strasbourg, aucune entreprise de tendance n'est en droit de demander un tel renoncement à ces employés. Ce serait atteindre la substance même du droit à la vie privée et impliquerait une «cléricalisation» injuste du statut juridique civil.<sup>52</sup> Toutefois, cette conclusion n'est que partielle. En effet, à mon sens, si une pesée doit être faite, ce doit être entre le «cœur» du droit à la vie privée de cet employé et le «cœur» de l'autonomie de l'entreprise de tendance tel qu'il est protégé dans la Directive 2000/78/CE et dans la jurisprudence européenne s'y référant.

<sup>51</sup> COUR EDH, *Schüth*, cit., §§ 66 et 69 et s.

<sup>52</sup> COUR EDH, *Schüth*, cit., § 71.

*Obst*<sup>53</sup> et *Siebenhaar* reconnaissent ainsi la prééminence de l'autonomie de tendance sur le droit individuel à la vie privée. Quant aux raisons discutables pour lesquelles *Schüth* n'arrive pas au même résultat, elles ont été exposées.

#### 4. CONCLUSION

Ce bref examen de la jurisprudence et des instruments européens permet d'établir certains constats et de tirer quelques conclusions:

1°) Au plan européen, il n'est plus guère possible de protéger l'autonomie des églises et organisations de conviction sur la seule base de la jurisprudence de la Cour EDH; désormais quelques références à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne semblent être devenues indispensables surtout en matière de droit du travail.

2°) L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, prévue dans le Traité de Lisbonne, a encouru un retard, qui a compliqué les relations structurelles entre les deux Cours européennes. À présent, elles sont toutes les deux compétentes en matière de droits fondamentaux sur la base d'une convention différente (CEDH et Charte), même si les motifs de convergence et les garanties de compatibilité entre ces instruments ne manquent pas.

3°) La notion d'entreprise de tendance et la Directive 2000/78/CE représentent un important point d'ancrage qui remplit une fonction unificatrice et laisse augurer une collaboration durable (encore à consolider) entre les deux juridictions européennes.

4°) À la différence de la *ministerial exception*, qui est en vigueur aux Etats-Unis et, lorsqu'elle est applicable, offre une protection radicale de la tendance,<sup>54</sup> l'Europe doit se contenter d'une *autonomie* des groupements convictionnels qui, encore que dotée d'une remarquable efficacité s'agissant

<sup>53</sup> COUR EDH, *Obst*, cit., §§ 50 et 51.

<sup>54</sup> Les Etats-Unis ont devancé l'Union européenne dans ce domaine. La «ministerial exception», fondée sur les *Free Exercise and Establishment Clauses* du *First Amendment to the Constitution*, assure une protection efficace dans la ligne de l'arrêt de la Cour Suprême *Hosanna-Tabor* dans la mesure où l'enseignant d'une école catholique est reconnu comme *minister*. Cette reconnaissance judiciaire au cas par cas peut être facilitée lorsque l'employeur accorde la qualification de *teacher-minister* dans le contrat de travail ou dans d'autres documents. L'arrêt de la Cour Suprême *Hosanna-Tabor* (11 janvier 2012 n. 10-553, 132 S. Ct. 694, 2012) a exercé une influence décisive sur la jurisprudence des États-Unis en reconnaissant à l'unanimité que la religion avait un caractère spécial. Celui-ci justifie le respect de l'autonomie organisationnelle des églises et des institutions en dépendant, et inclut notamment le droit de recruter et de licencier ses professeurs, ce qui implique le respect de l'«exception ministérielle» par rapport aux règles visant à éviter les discriminations dans les relations de travail. Voir notamment M. W. McCONNELL, *Reflections on Hosanna-Tabor*, «Harvard Journal of Law and Public Policy», 35 (2012) 821-837; I. MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, *La discriminazione religiosa fondata sulle Leggi antidiscriminazione: un rischio giuridico ormai globale*, «Cette Revue», 24 (2012), pp. 733-744.

de la combinaison des articles 9 et 11 CEDH, apparaît néanmoins comme une notion poreuse, plus relative et moins prévisible.

5°) Le contrôle de proportionnalité que les juridictions européennes se réservent lors de la mise en balance entre l'autonomie d'un groupe de conviction et un droit fondamental d'un employé, notamment le droit à la vie privée, demeure un aspect très délicat. Comme la divergence des arrêts *Obst* et *Schüth* l'a bien montré, l'accent est alors mis sur l'analyse des circonstances de la cause et leur évaluation *in concreto*. De même, dans *Achbita c. G4S Secure Solutions*,<sup>55</sup> il est vraisemblable que le licenciement de la requérante aurait été pu être considéré comme discriminatoire dans l'hypothèse où la requérante voilée aurait pu conserver dans l'entreprise un poste dépourvu de contact visuel avec la clientèle.

6°) Voilà qui oblige les juristes ecclésiastiques à savoir le droit séculier et à se montrer prévoyants. Les clauses de tendance peuvent s'avérer extrêmement utiles, lorsqu'elles sont préparées avec diligence et adaptées à la législation du pays.

7°) Dans certains cas, il sera peut-être préférable de perdre une bataille économique concrète afin de gagner la guerre, c'est-à-dire en vue de sauvegarder l'orientation convictionnelle d'un établissement d'enseignement. Mais, même dans cette éventualité, ne faut-il pas remarquer un signe d'humanisation des relations de travail qui est le fruit de la culture des droits fondamentaux? Lorsqu'une entreprise de tendance se trouve dans la nécessité de licencier un employé, celui-ci doit être traité avec tout le respect dû à une personne qui a servi l'entreprise (parfois pendant de nombreuses années) et, le cas échéant, avec une équitable indemnisation. Comme le pape François le rappelle justement, la «culture du déchet» n'est pas de mise, à plus forte raison s'agissant de personnes.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> CJUE, Arrêt C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, cit., §§ 42-43.

<sup>56</sup> PAPE FRANÇOIS, Encyclique *Laudato si'*, 24 mai 2015, n° 22.