

Cassation 9 octobre 2017

- 1. Egalité – Non-discrimination – Liberté d’expression – Port visible de signe politique, philosophique ou religieux sur les lieux de travail (voile islamique) – Règle interne d’une entreprise privée – Pas de discrimination directe.**
- 2. Egalité – Non-discrimination – Ignorance de l’auteur de la discrimination – Pas d’impact sur le droit à l’indemnisation**
- 3. Contrat de travail – Licenciement abusif – Ignorance par l’employeur du caractère illégal de l’ordre donné – Pas d’abus de droit**
- 4. Contrat de travail – Licenciement abusif – Ignorance du caractère discriminatoire de l’ordre transgressé – Pas d’impact sur le droit à l’indemnisation**

1. L’interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d’une règle interne d’une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions.
2. Le droit à indemnisation du travailleur, qui est licencié en raison du non-respect d’un ordre ou d’une interdiction de l’employeur qui implique une discrimination contraire à la directive 2000/78, n’est pas subordonné à la condition que la faute de l’employeur soit prouvée et qu’il n’existe aucune cause d’exonération prévue par le droit national applicable.
3. Le licenciement d’un employé est entaché d’un abus du droit de licencier s’il est exercé d’une manière qui excède les limites de l’exercice normal de ce droit par un employeur prudent et diligent. Lorsque l’employeur ne sait pas ni ne doit savoir que l’ordre qu’il a donné est illégal, le licenciement du travailleur qui est fondé sur l’infraction à cet ordre ne doit, en principe, pas être considéré comme étant manifestement déraisonnable.
4. Ne justifie pas légalement sa décision l’arrêt qui rejette la demande de la travailleuse tendant à obtenir une indemnité du chef d’abus du droit de licenciement au motif que, eu égard notamment aux divergences existant à ce propos dans la doctrine et la jurisprudence, il n’est pas établi que l’employeur savait ou devait savoir que son interdiction contenait une discrimination non autorisée en matière de religion et qu’il ne peut donc pas davantage être considéré qu’il a agi de manière manifestement déraisonnable lorsqu’il a exercé son droit de licenciement.

L'affaire Achbita c. G4S Secure Solutions : le suspense continue

1.- L'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2017 était très attendu ; il s'inscrit dans le contexte de l'interdiction, par une entreprise du secteur privé, faite aux travailleurs de manifester leurs convictions – religieuses ou autres – sur le lieu de travail. Il a été rendu à la suite d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, du 14 mars 2017¹, sur demande préjudicielle de la Cour de cassation².

Pour savoir si le droit à l'égalité de traitement est compatible ou non avec une interdiction de porter un symbole religieux, une question cruciale doit être préalablement résolue : le refus d'autoriser un salarié à porter un symbole religieux est-il une distinction directe ou indirecte ? Dans une entreprise où tous les types de bijoux sont interdits, y compris les pendentifs en forme de croix chrétienne, ce n'est pas en tant que chrétien qu'un travailleur est visé par la mesure ; la distinction n'est donc pas directement fondée sur le critère de l'appartenance religieuse. Il en va de même de l'interdiction de porter quelque couvre-chef que ce soit ; le port d'un hidjab est banni à l'égal des casquettes de baseball et non pas en tant que symbole religieux. Par contre, lorsqu'un employeur interdit tous les signes convictionnels en raison d'une volonté de neutralité religieuse et philosophique, la qualification est plus difficile à faire. Opère-t-il une distinction directe ou une distinction indirecte ? Les avis sont partagés³. La différence entre les deux types de distinctions est parfois ténue. Elle est pourtant d'une importance capitale puisque les moyens permettant de justifier l'une et l'autre sont très différents : si la distinction est indirecte, il suffit que la finalité de la mesure soit légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires ; dans l'autre cas, l'interdiction n'est admissible que si elle est justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante (ou si l'employeur est une entreprise de tendance).

L'enjeu de la qualification – directe ou indirecte – de la différence de traitement était au cœur de l'affaire *Achbita*.

I. Rétroactes

2.- Les faits peuvent être résumés comme suit. *G4S Secure Solutions*, entreprise de la région d'Anvers, fournit notamment des services de réception et d'accueil à ses clients. Mme Achbita, de confession musulmane, y était occupée comme réceptionniste, activité qu'elle exerçait dans les locaux des clients de son employeur. Une règle, au départ non écrite mais dont l'existence n'est pas contestée, interdisait au personnel de porter sur les lieux du travail des signes extérieurs de convictions politiques, philosophiques ou religieuses. Durant trois ans, la travailleuse s'était conformée à la règle sans protester et ne portait le foulard qu'en dehors de son lieu de travail. Puis,

¹ C.J.U.E., 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15, J.L.M.B., 2017, p. 798, note G. NINANE.

² Cass., 9 mars 2015, *Pas.*, 2015, p. 616.

³ Il en va de même à l'étranger. En faveur de la discrimination indirecte, voy. L. VICKERS, *Religion and belief discrimination in employment – The EU Law*, Commission européenne, direction générale Emploi, affaires sociales et égalité des chances, UG2, 2006, pp. 43-44 et, du même auteur, « Freedom of religion and belief », in F. DORSSEMONT, K. LÖRCHER et I. SCHÖMANN (ed.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 233. En faveur de la discrimination directe, College voor de rechten van de mens, 16 mai 2013, n°2013-62 (disponible sur <https://mensenrechten.nl>).

elle avait décidé de le porter également durant ses heures de travail. L'employeur s'y était opposé, en raison de sa politique de neutralité. Malgré plusieurs entretiens sur le sujet, en présence de représentants de l'organisation syndicale et du centre pour l'égalité de chances, aucun accord n'avait pu être trouvé et le conflit s'était traduit par un licenciement accompagné d'une indemnité compensatoire de préavis.

Après l'échec d'une action en cessation, la travailleuse avait assigné l'entreprise et réclamé une indemnité pour abus du droit de rupture et, en ordre subsidiaire, une indemnité forfaitaire pour violation de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, qui était en vigueur à l'époque des faits. Dans l'espoir d'obtenir une décision de principe, le centre pour l'égalité des chances s'était joint à son action.

Ils furent déboutés tant par le tribunal que par la cour du travail d'Anvers. Celle-ci avait considéré qu'il n'y avait pas de discrimination directe, puisque tous les travailleurs étaient soumis à la même règle. Selon la cour, avoir une conviction est en soi une caractéristique neutre, comme avoir un état civil : on n'imagine pas reprocher à un employeur d'avoir défavorisé un travailleur parce qu'il a un état civil ; pour pouvoir parler de discrimination directe, il faudrait qu'une personne se caractérisant par une religion déterminée ou un état civil déterminé soit désavantagée par rapport aux autres en raison de cette caractéristique. En l'occurrence tous les signes convictionnels étaient prohibés, quelle que soit la croyance ou la philosophie ; l'employeur n'avait pas montré plus de tolérance à l'égard de salariés d'une religion ou d'une conviction particulière, qui pourraient être tenus pour les personnes de référence ; au contraire, la règle s'appliquait sans distinction à l'égard de tous les travailleurs. La cour avait aussi considéré qu'il n'y avait pas de preuve de discrimination indirecte. Constatant que des tribunaux du travail belges s'étaient prononcés explicitement en faveur de la légalité d'une telle interdiction et de la régularité d'un licenciement pour violation de cette interdiction, la cour avait jugé que « l'on ne peut que difficilement prétendre que la société a agi de manière 'manifestement déraisonnable' dans ce dossier ». Elle en avait conclu qu'il n'y avait pas eu de licenciement manifestement déraisonnable⁴. La demande d'indemnité forfaitaire pour violation de la loi du 25 février 2003 avait également été rejetée car la travailleuse n'avait formulé aucun grief à l'encontre de la décision du tribunal qui lui en avait refusé le bénéfice.

Le pourvoi, très long, reprochait, notamment, à la cour du travail d'avoir méconnu la notion de discrimination directe au sens de l'article 2.2 la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La Cour de cassation, en application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, a dû interroger la Cour de Justice à titre préjudiciel sur le point de savoir si l'interdiction de porter un foulard en tant que musulmane sur le lieu de travail constitue ou non une discrimination directe au sens de l'article 2.2.a) de la directive lorsque la règle en vigueur chez l'employeur interdit à tous les travailleurs de porter sur le lieu de travail des signes extérieurs de convictions politiques, philosophiques ou religieuses quels qu'ils soient⁵.

⁴ C. trav. Anvers, 23 décembre 2011, *Chron. D.S.*, 2014, p. 346.

⁵ Cass., 9 mars 2015, *Pas.*, 2015, p. 616.

La réponse de la Cour de Justice du 14 mars 2017 est négative : il n’y a pas de discrimination directe dans de telles circonstances⁶. Elle ne s’est cependant pas contentée de répondre à la question posée et a saisi l’occasion pour ajouter qu’elle n’exclut pas pour autant l’existence d’une différence de traitement indirectement fondée sur la religion (article 2, paragraphe 2, b), de la directive 2000/78). Si la politique de neutralité engendre un désavantage particulier pour les personnes adhérant à certaines religions, la juridiction nationale compétente devra arriver à la conclusion que la règle interne instaure une différence de traitement indirectement fondée sur la conviction religieuse (§ 34). La Cour de justice poursuit son raisonnement et établit des lignes directrices de l’admissibilité des justifications de la différence de traitement (*infra*, n°10).

II. Les enseignements de l’arrêt du 9 octobre 2017

A. Sur les concepts de discriminations directe et indirecte

3.- Sur la question de la discrimination directe, l’arrêt de la Cour de cassation est sans surprise ; elle s’aligne purement et simplement sur l’arrêt de la Cour de Luxembourg et rejette le pourvoi. En tant qu’elle dit que l’interdiction imposée ne constitue pas une discrimination directe, la décision attaquée n’est pas cassée : la cour du travail d’Anvers a légalement pu considérer que l’interdiction de porter un foulard islamique sur le lieu de travail en raison d’une politique de neutralité n’est pas une discrimination directe.

La solution tranche avec celle adoptée quelques semaines plus tard par la Cour de cassation de France dans une espèce un peu similaire mais qui présente, avec l’affaire belge, des différences qui vont s’avérer déterminantes pour l’issue du litige. Dans cette espèce, l’employeur n’avait interdit que le port du voile – et ce à la demande d’un client – mais pas tous les signes convictionnels. La Cour de Justice⁷, interrogée par la Cour de cassation de France, avait déclaré que la mesure résultant d’une demande isolée d’un client déterminé, et dirigée contre un symbole d’une religion en particulier, est une discrimination directe. Dans ce cas de figure, le désir de l’employeur de respecter la préférence du client, par son caractère subjectif, ne constitue pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante (§ 40). A la suite de quoi, la Cour de cassation a cassé l’arrêt de la cour d’appel de Paris parce que la juridiction avait décidé que le licenciement de la travailleuse était légal alors qu’aucune clause de neutralité – à savoir une clause générale et indifférenciée – ne figurait dans le règlement d’ordre intérieur de l’employeur et que la discrimination directe ainsi constatée ne pouvait être justifiée par la volonté d’un employeur de tenir compte des préférences discriminatoires des clients, puisque cette volonté ne pouvait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante⁸.

⁶ C.J.U.E., 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, C-157/15, § 32, J.L.M.B., 2017, p. 798, note G. NINANE ; J.T.T., 2017, liv. 1282, 284, note G. BUSSCHAERT et S. DE SOMER.

⁷ C.J.U.E., 14 mars 2017, *Bouguenou c. Micropole Univers*, C 188/15, J.L.M.B., 2017, p. 804, note G. NINANE.

⁸ Cass. fr. Soc., 22 novembre 2017, n°2484. Sur fond de concurrence entre la chambre sociale et l’assemblée plénière, la première a décidé, pour une raison propre au droit français (article L. 1321-5 du code du travail), que la politique de neutralité appliquée aux salariés se trouvant en contact avec les clients doit être intégrée dans le règlement d’ordre intérieur de l’entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur, ce qui faisait défaut en l’espèce. Qualifié de « avant tout idéologique et politique » (P. LE MAIGAT, « La restriction à la liberté religieuse dans les entreprises », *Gaz. Pal.*, 12 décembre 2017, n° 43, p. 15), l’arrêt – qui aurait pu se contenter de constater sans détour que l’interdiction n’était pas générale et indifférenciée – impose une solution qui n’est pas commandée par la Cour de Justice ; dans l’arrêt *Achbita*, celle-ci a pris en compte la règle verbale en vigueur dans l’entreprise (§§ 30-32). Voy.

4.- Pour le surplus, le suspense continue. La Cour de cassation belge n'a pas tranché – ce n'était pas ce qu'on lui demandait – la question de savoir si une discrimination indirecte peut être déduite de la règle litigieuse. Elle casse l'arrêt de la cour du travail d'Anvers non pas parce que celle-ci aurait méconnu la notion de discrimination indirecte mais parce qu'elle a refusé une indemnisation pour licenciement manifestement déraisonnable.

B. Sur le concept de licenciement abusif

5.- Le moyen qui a entraîné la cassation reprochait à la cour du travail d'Anvers d'avoir jugé que la s.a. G4S n'est pas redevable d'une indemnité, à la suite d'un abus du droit de licencier, car en raison de divergences jurisprudentielles et doctrinales, il n'était pas établi que l'employeur savait ou devait savoir que l'interdiction de porter des signes visibles convictionnels sur le lieu de travail est une différence de traitement illégale.

Mme Achbita et le Centre interfédéral pour l'égalité des chances soutenaient en substance que l'employeur engage sa responsabilité en cas de licenciement fondé sur une politique discriminatoire au sens de la directive 2000/78, quand bien même il n'en connaissait pas et ne devait pas en connaître le caractère discriminatoire. Le moyen prend appui sur deux fondements juridiques : d'une part l'article 1134, alinéa 2, du code civil et le principe général de l'abus de droit, et d'autre part, la directive 2000/78.

Les enseignements de l'arrêt du 9 octobre 2017 sont de deux ordres.

1. La définition générale de l'abus de droit : l'ignorance exclut l'abus

6.- La Cour de cassation commence par définir l'abus du droit de licencier de manière plutôt classique⁹ comme étant l'exercice d'un droit « d'une manière qui excède les limites de l'exercice normal de ce droit par un employeur prudent et diligent ».

Comme le relevait la cour du travail dans l'arrêt attaqué, « L'élément crucial de cette définition est qu'il faut qu'il y ait un comportement manifestement déraisonnable [...]. Pour pouvoir décider qu'il y a abus du droit de rupture, le juge doit constater qu'un employeur normalement prudent et diligent, placé dans la même circonstance, n'aurait pas mis fin à la relation de travail ou n'y aurait pas mis fin de cette manière ».

Et la cour d'ajouter : « Si la jurisprudence existante des tribunaux du travail belges s'est prononcée explicitement en faveur de la légalité d'une telle interdiction et la régularité d'un licenciement pour violation de cette interdiction, l'on ne peut que difficilement prétendre que la société a agi de manière 'manifestement déraisonnable' dans ce dossier [...]».

aussi, P. ADAM, « Discrimination, liberté et religion. De Luxembourg à Paris : voyage aller-détour(s) », *Sem. Soc. Lamy*, 27 novembre 2017, n° 1792, pp. 16 et s.

⁹ Nous écrivons « plutôt classique » car, contrairement à plusieurs arrêts antérieurs (notamment, Cass., 12 décembre 2005, *J.T.T.*, 2006, p. 155 et Cass. 18 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 117), la Cour n'a pas repris l'adverbe « manifestement » dans sa définition de l'abus du droit de licencier. Sans doute faut-il y voir le fruit d'une inadvertance de la Cour. Cet adverbe est, en tout cas, repris dans l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil (Art. 7, § 2, du Livre VI).

Les demandeurs en cassation contestaient cette manière de voir les choses et affirmaient que « L'employeur qui licencie le travailleur sur la base d'un motif illégal, plus précisément au motif que ce dernier ne se conforme pas à un ordre ou à une interdiction qui sont illégaux, agit *ipso facto* de façon illégale et est *ipso facto* réputé excéder manifestement les limites d'un exercice normal du droit de rupture. La circonstance que l'employeur ne savait pas ou ne devait pas savoir que l'ordre ou l'interdiction auxquels son travailleur refusait d'obtempérer était illégal, n'y change rien. La seule illégalité de l'ordre ou de l'interdiction rend en effet illégal le licenciement du chef de son non-respect par le travailleur, ce qui suffit pour considérer le licenciement comme fautif et comme constituant un abus de droit ». Le ministère public¹⁰ abondait dans ce sens, s'appuyant sur un arrêt de la Cour du 27 septembre 2010 selon lequel un licenciement est « abusif » au sens de l'ancien article 63 de la loi du 3 juillet 1978 lorsqu'il se fonde sur le refus du salarié de se soumettre à un ordre illégal¹¹.

La Cour de cassation ne les a pas suivis. Selon elle, « lorsque l'employeur ne sait pas ni ne doit savoir que l'ordre qu'il a donné est illégal, le licenciement qui est fondé sur l'infraction à cet ordre par le travailleur ne doit en principe pas être considéré comme étant manifestement déraisonnable ».

C'est un élément neuf, dont il pourrait être fait usage à l'avenir lorsque la décision de licencier a été déterminée par l'ignorance de l'illégalité d'un acte de l'employeur.

La conclusion de la Cour aurait pu être un rejet du pourvoi car l'arrêt attaqué – qui juge comme n'étant pas manifestement déraisonnable le licenciement fondé sur un ordre dont l'employeur ne sait pas et ne peut pas savoir s'il est ou non illégal – est légalement justifié. Ce n'est pourtant pas ce qu'elle fait, au contraire : elle poursuit son raisonnement par de longues considérations tenant au droit de la discrimination et casse la décision attaquée.

2. L'abus de droit dans le contexte de la discrimination : l'ignorance n'exclut pas l'abus

7.- La Cour estime que, en rejetant, pour les motifs que l'on a expliqués, la demande tendant à obtenir non pas une indemnité pour discrimination mais une indemnité du chef d'abus du droit de licenciement, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision. La phrase sophistiquée constituant le point 9 de l'arrêt résulte d'une transposition de l'arrêt *Dekker* de la Cour de Justice au licenciement abusif s'appuyant sur une allégation de discrimination religieuse.

L'arrêt *Dekker* de la Cour de Justice traite de la discrimination fondée sur la grossesse d'une travailleuse¹². Mme Dekker postule un emploi d'éducatrice et sa candidature est rejetée car elle est enceinte de trois mois ; le refus est motivé par le fait qu'en droit néerlandais, les indemnités qu'aurait dû verser l'employeur à Mme Dekker durant son congé de maternité n'auraient pas été remboursées par l'assureur et qu'en conséquence, il aurait été dans l'impossibilité d'engager un remplaçant durant cette période. La Cour de justice décide, tout d'abord, que le refus d'engagement est une discrimination directe fondée sur le sexe au sens de la directive 76/207¹³. Elle relève ensuite que celle-ci n'impose pas une forme déterminée de sanction à la violation de l'interdiction de

¹⁰ Ses conclusions sont disponibles sur *Juridat*.

¹¹ Cass., 27 septembre 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 7.

¹² C.J.C.E., 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/8.

¹³ Directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

discrimination, mais que la sanction applicable en droit national doit être de nature à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace. Lorsque la sanction choisie par l'Etat membre s'inscrit dans le cadre d'un régime de responsabilité civile, la violation de l'interdiction de discrimination suffit pour engager la responsabilité de son auteur ; Mme Dekker a droit à l'indemnisation de son dommage, sans devoir prouver l'existence d'une « faute » imputable à l'employeur ou l'absence de causes d'exonération de responsabilité prévues en droit national. En d'autres termes, un élément intentionnel n'est pas nécessaire pour apprécier le caractère discriminatoire d'un acte ; il peut y avoir discrimination sans que l'employeur ait l'intention d'agir de la sorte.

S'appuyant sur cet arrêt eu égard aux analogies entre la directive 76/207 et la directive 2000/78, la Cour de cassation affirme que le droit à l'indemnisation du travailleur, licencié en raison du non-respect d'une injonction ou d'une interdiction patronale constitutive d'une discrimination au sens de la directive 2000/78, n'est pas subordonné aux conditions de faute dans le chef de l'employeur et d'absence de causes d'exonération de responsabilité prévues en droit national, autrement dit n'est pas subordonné à une intention de l'employeur.

Jusque là, on peut la suivre sans difficulté. Là où ça devient plus compliqué, c'est lorsqu'elle établit un lien entre ce qui précède et l'indemnisation d'un licenciement abusif. La Cour de cassation casse l'arrêt attaqué parce que le juge a refusé une indemnité pour licenciement abusif au motif qu'on ne pouvait pas reprocher à l'employeur une attitude manifestement déraisonnable ; autrement dit, la cour du travail ne pouvait pas décider que l'incertitude juridique à propos de l'existence d'une discrimination en matière de religion était un élément permettant à l'employeur – en tant qu'auteur du comportement éventuellement discriminatoire – de se dégager de sa responsabilité civile.

8.- L'interprétation retenue par la Cour de cassation pose question. C'est d'une action en réparation d'un licenciement abusif qu'il s'agit. La Cour de cassation ne reproche pas à la cour du travail d'avoir donné une définition inexacte de la discrimination, ni d'avoir considéré à tort une différence de traitement comme justifiée, encore moins d'avoir rejeté la demande d'indemnité forfaitaire pour violation de la loi du 25 février 2003. La cour du travail avait déclaré cette demande non fondée car la salariée n'avait pas formulé le moindre grief à l'encontre de cette partie du jugement qui lui donnait tort. La Cour de cassation n'a pas cassé cette partie de la décision. Il a donc été définitivement jugé que Mme Achbita ne pouvait pas obtenir de réparation du dommage découlant d'une violation de la loi de 2003, et donc découlant d'une discrimination au sens de la directive 2000/78. Le débat judiciaire à ce sujet est clos. La raison en est que Mme Achbita s'est privée elle-même du bénéfice de cette possibilité d'indemnisation. Il n'en demeure pas moins que les exigences de la jurisprudence *Dekker* étaient rencontrées par la loi de 2003. On s'explique difficilement pourquoi la Cour de cassation s'est efforcée, via le détour par l'arrêt *Dekker*, d'étendre le champ du licenciement abusif en vue d'assurer une indemnisation d'une discrimination au sens de la directive 2000/78.

Imaginons deux autres scénarii. Premièrement, la cour du travail d'Anvers aurait constaté une discrimination indirecte et refusé d'octroyer l'indemnité forfaitaire pour discrimination et ce en raison de l'ignorance légitime de l'employeur. Dans ce cas, la jurisprudence *Dekker* ne serait pas respectée, le juge ne justifierait pas légalement sa décision et la cassation s'imposerait. Deuxième scénario : la cour du travail d'Anvers aurait constaté une discrimination indirecte, accordé l'indemnité forfaitaire pour réparer le dommage découlant de la discrimination et, ensuite, en raison

de l'ignorance légitime de l'employeur, rejeté la demande de dommages et intérêts pour licenciement abusif car le licenciement n'était pas manifestement déraisonnable. La Cour de cassation aurait-elle cassé l'arrêt et jugé que la cour du travail ne justifiait pas légalement le rejet de la demande d'indemnisation de l'abus de droit ? Une telle décision serait étonnante.

La discrimination par ignorance reste une discrimination, mais elle ne constitue pas un comportement qui dépasse manifestement celui de l'employeur normalement diligent et prudent. Le télescopage qu'opère la Cour de cassation entre le licenciement abusif et l'indemnisation de la discrimination est pour le moins étrange.

III. Les suites de l'arrêt du 9 octobre 2017

9.- La cour du travail de Gand, statuant après renvoi, devra décider si le licenciement est abusif. Si, dans le cours de son raisonnement, elle constate l'existence d'une discrimination indirecte imputable à l'employeur, elle ne pourra écarter la demande de réparation au motif que l'employeur ignorait légitimement avoir agi d'une manière illégale.

Toutefois, la cour de Gand reste libre de décider que l'interdiction de porter le voile n'a pas constitué une discrimination indirecte, que la politique de neutralité était (i) objectivement justifiée par un objectif légitime et (ii) que les moyens employés pour atteindre cet objectif étaient appropriés et (iii) nécessaires. Pour aboutir à cette conclusion, il lui faudra tenir compte des différentes lignes directrices établies par la Cour de justice dans l'arrêt 14 mars 2017 répondant à la Cour de cassation¹⁴.

- (i) Selon la Cour de justice, le souhait d'afficher une image de neutralité envers des clients est, en principe, un objectif légitime.
- (ii) Elle juge que l'interdiction d'arborer des signes religieux est un moyen approprié pour assurer l'application efficace d'une politique de neutralité. Encore faut-il que la politique soit appliquée de manière cohérente et systématique. C'est la précaution prise par la Cour pour éviter qu'une politique d'entreprise frappe une religion en particulier¹⁵.
- (iii) L'interdiction patronale doit être limitée au strict nécessaire, le droit fondamental à manifester sa religion ne peut être limité au-delà du nécessaire. Selon la Cour de justice, tel est, par exemple, le cas lorsque l'interdiction est faite aux seuls travailleurs en contact avec la clientèle. La cour du travail de Gand est invitée à vérifier « si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire », l'employeur était en mesure de proposer à la travailleuse un poste sans contact visuel avec les clients (§ 43).

Le cadre de l'appréciation du juge est assez large. L'attitude attendue de l'employeur est voisine de l'aménagement raisonnable¹⁶. Peut-on déduire du § 43 de l'arrêt *G4S Secure Solutions* que la Cour formule une *obligation* d'aménagement raisonnable ? Ce n'est pas notre avis. La formulation de l'arrêt (« sans que celle-ci ait à subir une charge

¹⁴ §§ 34-43. Voy. pour plus de développements, F. KÉFER, « L'expression des convictions religieuses dans les relations de travail », *R.D.S.*, 2017, pp. 527 et s., spéc. pp. 571-582 et les réf. citées.

¹⁵ Comp. Trib. trav. Tongres, 2 janvier 2013, *Chron. D.S.*, 2014, p. 356.

¹⁶ Sur cette notion, voy. R. LINGUELET, « L'obligation d'aménagement raisonnable pour motif religieux en droit du travail et les ressources du droit du bien-être », *J.T.T.*, 2016, pp. 231-246 et les nombreuses références citées.

supplémentaire ») est si restrictive qu'elle ne permet pas de conclure en ce sens¹⁷. Lorsque la directive formule une obligation d'aménagement raisonnable en faveur des travailleurs handicapés, elle précise que l'obligation cesse si les mesures à mettre en place « imposent à l'employeur une charge disproportionnée ». L'arrêt ne vise que l'hypothèse où une modification de fonction pour motif religieux n'impose pas à l'employeur d'inconvénient, ce qui est nettement en deçà d'une modification lui occasionnant une charge raisonnable. La possibilité de proposer un autre emploi pour raison religieuse est simplement prise en compte au moment de l'appréciation du caractère nécessaire de la mesure¹⁸.

Conclusion

10.- On retiendra, en particulier, de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2017 que l'interdiction de porter un foulard islamique sur le lieu de travail qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, n'est pas une discrimination directe.

Mais le travailleur qui est licencié car il n'a pas respecté une interdiction constitutive d'une discrimination au sens de la directive 2000/78 a droit à la réparation du préjudice subi. L'ignorance, par l'employeur, du caractère discriminatoire de l'interdiction qu'il a formulée et l'absence d'intention de la discriminer n'ont pas d'impact à cet égard.

11.- En ce qui concerne l'abus du droit de licencier, il convient de retenir de l'arrêt commenté que le licenciement qui repose sur le non-respect d'un ordre illégal n'est, en principe, pas manifestement déraisonnable lorsque l'employeur ne connaissait pas et ne devait pas connaître le caractère illégal de l'ordre. Néanmoins, si cet ordre est constitutif d'une discrimination, le travailleur a droit à la réparation de son préjudice et sa demande de réparation d'un licenciement abusif ne peut, dans ce cas, être rejetée au motif que l'employeur ne pouvait pas savoir que son comportement était discriminatoire.

Fabienne Kéfer, Professeur ordinaire à l'ULiège, et Renaud Linguelet, Assistant à l'ULiège

¹⁷ Dans le même sens, F. DORSSEMENT, «Vrijheid van religie op de werkplaats en het Hof van Justitie: terug naar de *cuius regio, illius religio* ? », *Recht, Religie en samenleving*, 2016/2, pp. 97-98 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Affaires Achbita et Bougnaoui : entre neutralité et préjugés », *R.T.D.H.*, 2017, p. 1035. Voy. toutefois, dans le sens d'une obligation de proposer un autre emploi, D. CUYERS, « Er zit meer onder en hoofddoek(arrest) dan men vermoedt », *R.W.*, 2016-2017, p. 1322.

¹⁸ C'est aussi en ce sens que s'était prononcée l'avocat général Sharpston dans ses conclusions précédant l'arrêt *Micropole Univers* (§ 125).