

Interdiction du port de signes religieux par les agents du service public : La combinatoire subtile de l'arrêt Ebrahimian

Liberté de religion (Art. 9 CEDH)

Céline Ruet

Dans une période où le port de signes religieux fait l'objet d'un débat mondialisé, l'arrêt *Ebrahimian c. France*¹ a validé la mise en œuvre de la stricte obligation de neutralité religieuse pesant sur les agents des services publics, dont il avait été fait application à une assistante sociale en hôpital psychiatrique. A la suite d'une procédure disciplinaire, le contrat de Mme Ebrahimian, agent contractuel recrutée en 1999, n'avait pas été renouvelé en raison du refus de la requérante d'enlever le voile qu'elle portait. Si elle fait l'objet d'un large consensus en France, au rebours des questions plus discutées du port de signes religieux par les usagers du service public d'enseignement, ou les salariés extérieurs à la sphère des services publics, l'interdiction stricte de porter un signe religieux imposée aux agents des services publics dans l'exercice de leurs fonctions ne fait pas l'objet d'un consensus européen. Le revirement de la Cour constitutionnelle allemande du 27 janvier 2015, énonçant qu'une interdiction générale du port du voile par les enseignants dans les écoles publiques est contraire à la Constitution « *sauf si elle constitue un danger suffisamment concret pour la neutralité de l'État ou la paix scolaire* »², vient le manifester avec éclat. Au-delà de l'Europe, la question a fait l'objet au Québec d'une discussion dont les termes, développés par le rapport Bouchard-Taylor³, sont susceptibles d'intéresser d'autres sociétés. A partir d'une analyse du concept de laïcité qui distingue entre finalités de la laïcité - traitement égal des citoyens, protection de la liberté de conscience - et instruments de la laïcité - neutralité de l'Etat, séparation de l'Eglise et de l'Etat -, les auteurs ont prôné pour la société québécoise un modèle libéral de laïcité « ouverte », le plus propre selon eux à réaliser les deux finalités premières de la laïcité,

modèle qui comporte, notamment, une modulation de l'interdiction pour les agents publics du port des signes religieux selon leurs fonctions.

En ce contexte mouvant empreint d'interrogations, contrastant avec la fermeté affirmée de la position française, l'arrêt *Ebrahimian c. France* s'inscrit à plusieurs titres dans la continuité de la jurisprudence européenne.

Il constitue une illustration supplémentaire de la relativité classique de l'exigence de prévisibilité incluse dans l'exigence de légalité. Découlant du principe de laïcité, dont résulte la neutralité de l'Etat, et du principe de neutralité des services publics, l'obligation de neutralité religieuse des agents du service public, posée depuis plus d'un demi-siècle, a pourtant été entourée quant à sa portée d'une certaine incertitude, notablement dissipée par l'avis *Mlle Marteaux*⁴, rendu quelques mois avant le non renouvellement du contrat de la requérante. La Cour considère qu'à partir de l'avis du Conseil d'Etat du 4 mai 2000, dont les termes avaient été rappelés à l'intéressée par l'administration, la restriction à la liberté religieuse était énoncée avec suffisamment de clarté : quelle que soit la nature des fonctions, l'extériorisation vestimentaire des croyances religieuses constituait une faute exposant à une sanction disciplinaire. La Cour ne juge pas même utile de relever l'existence à cette date d'interrogations sur la portée exacte de l'avis, précis seulement quant aux agents du service public d'enseignement.

Relativement aux principes applicables, l'arrêt *Ebrahimian* met en œuvre des motifs récurrents. De la jurisprudence antérieure résulte en effet l'importance conférée à la marge d'appréciation lorsque se trouve en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, la valorisation du principe de laïcité dont la sauvegarde constitue un objectif conforme aux valeurs sous-jacentes de la Convention, la distinction opérée entre les simples citoyens et les représentants de l'Etat, susceptibles d'être soumis, en raison d'un statut officiel, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses. En toile de fond, l'arrêt intègre un acquis récent de la jurisprudence *Eweida*⁵, reconnaissant l'existence d'une ingérence en se fondant sur l'importance de la liberté de religion dans une société démocratique : la restriction à la liberté de religion sur le lieu du travail appelle un examen de la proportionnalité, plutôt que l'exclusion de l'ingérence en raison de la possibilité de démissionner et de changer d'emploi, selon le raisonnement suivi par la défunte Commission.

L'importance de la liberté de la religion constitue cependant un motif mineur de l'arrêt *Ebrahimian*, tout entier tendu vers la justification d'une ingérence dans la liberté de religion trouvant sa source dans le principe de laïcité de l'Etat et de neutralité des services publics. Sa motivation est cependant plus riche de sens et procède d'une combinatoire plus subtile que l'approche retenue par la décision *Kurtulmus c. Turquie* du 24 janvier 2006. La Cour y avait également approuvé une mise en œuvre stricte du principe de laïcité et de neutralité, à la source de l'obligation pour tout fonctionnaire d'avoir une apparence neutre. L'ingérence, le licenciement d'une enseignante universitaire voilée, avait donné lieu à un contrôle inconsistant de la proportionnalité, au rebours de l'approche circonstanciée suivie par la décision antérieure *Dalhab c. Suisse*⁶, prenant en compte le bas âge des élèves dont une institutrice voilée avait la charge. L'impératif de sauvegarder le principe de laïcité, fondateur de l'Etat turc, avait été jugé suffisant dans la décision *Kurtulmus* pour justifier l'ingérence au regard des deux buts retenus, la protection des droits et libertés d'autrui et la protection de l'ordre, compte tenu de la marge d'appréciation de l'Etat. L'analyse de la proportionnalité se réduisait ainsi pour l'essentiel à une justification de principe.

L'arrêt *Ebrahimian c. France* se distingue à un double titre de cette décision. En premier lieu il s'attache à mettre en lumière la justification libérale de la restriction posée à la liberté religieuse, en se fondant sur l'interprétation française de la laïcité axée sur la protection des droits et libertés (1°). En second lieu, l'accent mis sur le sens libéral de l'interdiction s'accompagne d'une approche beaucoup moins abstraite de la proportionnalité que dans la décision *Kurtulmus c. Turquie*. L'admission de la mise en œuvre stricte de l'obligation de neutralité est en effet indissociable de l'appréciation de la sanction en fonction du contexte, qui devient ainsi un élément incontournable de la proportionnalité de la restriction à la liberté religieuse, dans une mesure qu'il convient de déterminer et d'apprécier (2°)

1°/- La justification libérale de la restriction à la liberté de religion

À l'interprétation du principe de laïcité, axée sur la protection de la liberté de conscience et de l'égalité des usagers, et source de l'interdiction pour les agents de manifester leurs convictions dans le cadre du service public (A), correspond la sélection du but légitime poursuivi, la protection des droits et libertés d'autrui, qui se prolonge par l'approbation circonstanciée du fondement de la restriction (B).

A - Interprétation du principe de laïcité

La Cour explicite, dans sa présentation du droit pertinent, le concept français de laïcité dans sa double dimension, rappelant la « *tradition française* » et l'histoire du principe, tout en développant l'interprétation libérale⁷ qui en est délivrée, aussi bien par la jurisprudence administrative que par la jurisprudence constitutionnelle. Selon l'analyse développée par le Conseil d'Etat, le sens premier de la loi de 1905, clé de voûte de la laïcité, est d'assurer la liberté, liberté de conscience, et liberté de culte, sous réserve pour cette dernière de certaines exceptions⁸. La Cour relève que « *l'exercice de la liberté religieuse dans l'espace public est directement lié au principe de laïcité* » (§ 21). En dépit des incertitudes de la notion d'espace public⁹, l'affirmation, déjà présente dans l'arrêt *Dogru c. France*¹⁰, est claire : la construction française de la laïcité ne peut être comprise ni comme un instrument de lutte contre la religion, la laïcité entretenant un rapport traditionnel avec la liberté de conscience et de culte, ni comme un cantonnement de la religion dans la sphère privée. La notion d'espace public est employée dans la jurisprudence de la Cour de manière large, renvoyant autant à la sphère publique proprement dite, celle des institutions publiques (« l'espace public scolaire » des établissements publics d'enseignement mentionné par l'arrêt *Dogru c. France*) qu'à l'espace public constitué par les voies publiques et lieux ouverts au public sans être affectés à un service public¹¹.

Attachée à faire ressortir la convergence entre laïcité et droits de l'homme, la Cour relie les origines du principe de laïcité à l'article 10 DDHC garantissant la liberté de conscience notamment religieuse, à l'instar du commentaire de la décision QPC du 21 février 2013 sur le site du Conseil constitutionnel, qui souligne à cet égard l'existence d'un « *terreau spirituel* »¹². La Cour relève le rattachement significatif, opéré dans cette décision par le Conseil Constitutionnel, du principe de laïcité aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* »¹³. Un tel rattachement était débattu, une partie de la doctrine arguant de ce que

le concept de laïcité est un principe d'organisation de l'Etat, un « *concept de droit objectif* », à différencier des droits subjectifs invocables par les particuliers que sont les droits fondamentaux, tels que la liberté de conscience et de religion¹⁴. L'institution de la relation entre principe de laïcité et les droits et libertés garantis par la Constitution trouve son explication dans le sens même de la laïcité dégagé par J. Rivero, la protection de la liberté de conscience : « *Parce que l'Etat entend respecter en chaque homme, le droit qui lui est essentiel de choisir la vérité qui orientera sa vie, il renonce à se faire le propagandiste d'aucune foi...* »¹⁵. De la laïcité résulte en conséquence, d'après la définition qu'en donne le Conseil constitutionnel reprise par la Cour, la neutralité de l'Etat, ainsi que, notamment l'égalité des citoyens devant la loi sans distinction de religion, le respect des croyances, et le libre exercice des cultes. Autrement dit le « *pacte laïque* »¹⁶ implique, avec la neutralité de l'Etat, la reconnaissance du « *pluralisme religieux* », selon la terminologie européenne (§21).

La neutralité de l'Etat est ainsi un concept cardinal, à la fois pour la jurisprudence européenne et le droit interne, un point de congruence dont la portée est cependant distincte. La jurisprudence européenne l'érige en exigence générale du système conventionnel. La Convention n'implique aucun mode particulier de relations entre les Eglises et l'Etat, qui donnent lieu à une importante marge d'appréciation, mais la diversité des approches nationales trouve une limite dans les obligations de l'Etat, soumis à un devoir de neutralité et d'impartialité, contribuant à la paix religieuse, à la tolérance et au pluralisme dans une société démocratique. Le droit interne développe une conception spécifique de la neutralité, visée plus loin par la Cour sous les termes de « *laïcité-neutralité* » (§ 67), emportant des conséquences particulières. Le principe de la neutralité des services publics, corollaire du principe d'égalité, implique que les services publics donnent non seulement les garanties de la neutralité mais en présentent toutes les apparences. Des principes de laïcité et de neutralité du service public résulte une stricte obligation de neutralité religieuse, expressément affirmée aujourd'hui par la loi s'agissant des fonctionnaires¹⁷, pesant de manière indifférenciée sur tout agent collaborant à un service public, inclusion faite des services publics gérés par des organismes de droit privé¹⁸, afin d'éviter tout doute quant à l'impartialité du service et tout risque d'atteinte à la liberté de conscience. L'interdiction pesant sur les agents, en tant qu'ils personnifient ou incarnent¹⁹ le service public d'après le Conseil d'Etat, possède ainsi, selon l'analyse menée en droit interne, une finalité essentiellement protectrice de la liberté et de l'égalité.

B - Sélection du but légitime et appréciation du fondement de la restriction

Ce sont les finalités de respect des croyances, de protection de la liberté de conscience et d'égalité de traitement sans distinction de religion²⁰ que retient la Cour au titre du but légitime de restriction identifié comme la protection des droits et libertés d'autrui. Cette approche est en concordance avec l'analyse conceptuelle libérale de la laïcité qui différencie les finalités de la laïcité des moyens qui permettent de la mettre en œuvre, la neutralité étant un moyen au service de fins, et non une fin en soi²¹. La validité d'une telle approche est étayée par la Cour, dès l'identification du but légitime de restriction, avant même de procéder à l'appréciation de celui-ci. Le but légitime était discuté et fait l'objet d'une motivation circonstanciée. Pour la requérante, qui arguait de l'absence de trouble

ou d'incident, était également en cause la poursuite de l'ordre public, à l'instar de la décision *Kurtulmus c. Turquie*. Bien que cet élément ne soit pas repris par la Cour dans l'identification du but légitime, la requérante faisait valoir, outre l'absence de prosélytisme et de menace pour la sécurité, que le port de ce simple voile, qualifiée par elle de « *coiffe* » pour en faire ressortir l'aspect banal, ne saurait être le signe d'un refus d'intégration et d'un « *séparatisme social* » (§ 38), l'ordre public étant alors envisagé dans une dimension immatérielle et non plus seulement matérielle. Selon la Cour, l'objectif de protection des droits et libertés d'autrui suffit à motiver l'interdiction de manifester sa religion dans l'exercice de ses fonctions, sans qu'il y ait à invoquer la sécurité publique ou l'ordre public (§ 53). On remarquera que la sélection de cet objectif unique est motivée eu égard aux circonstances de la cause, par référence au contexte de vulnérabilité des usagers du service public, destinataires de l'exigence de neutralité, avant d'être appuyée par la Cour au moyen d'un rappel de sa jurisprudence sur des positions de principe : la politique d'un employeur visant à éviter tout comportement discriminatoire à l'égard d'autrui poursuit le but légitime de protéger les droits d'autrui²² ; la sauvegarde du principe de laïcité constitue un objectif conforme aux valeurs de la Convention, pluralisme, tolérance, respect des droits d'autrui, égalité et non-discrimination²³.

Examinant la nécessité de l'ingérence, la Cour contrôle si le but légitime identifié est bien au fondement de la mesure litigieuse. Un tel contrôle revêt en général un caractère abstrait²⁴. Tout en relevant que la requérante possédait la qualité de détentrice de l'autorité universitaire, la décision *Kurtulmus* s'en était essentiellement tenue aux impératifs liés aux principes de neutralité de la fonction publique et de laïcité. Tel n'est pas le cas en l'occurrence, la Cour insistant « *d'emblée* » sur la prise en compte par l'administration des circonstances concrètes de l'espèce justifiant une application particulière du principe de neutralité : « *la Cour relève d'emblée que, outre le rappel du principe de neutralité des services publics, l'administration a indiqué à la requérante les raisons pour lesquelles ce principe justifiait une application particulière à l'égard d'une assistante sociale dans un service psychiatrique d'un hôpital. L'administration avait identifié les problèmes qu'entraînait son attitude au sein du service concerné et tenté de l'inciter à renoncer à afficher les convictions religieuses* » (§60). La prise en considération de la fonction d'assistante sociale et de la qualité des patients se joint ainsi à la mise en évidence de la finalité de la règle par les juridictions nationales, la protection des usagers contre tout risque d'influence ou de partialité, pour poser que la décision était fondée par l'impératif de protection des droits et libertés d'autrui (§ 63). Si la Cour rappelle avoir déjà admis que les Etats pouvaient invoquer les principes de laïcité et de neutralité pour justifier les restrictions au port de signes religieux par des fonctionnaires, elle ne se contente pas de s'en tenir au statut d'agent public pour apprécier le rapport entre le but légitime et l'interdiction de manifester ses croyances religieuses. En l'occurrence, l'approbation qu'elle opère du lien entre le but légitime et la mesure d'interdiction passe par la prise en compte du contact avec les patients, qui est indifférente en droit interne pour déterminer l'existence de l'interdiction²⁵ et est seulement prise en compte lors des suites à donner au manquement : « *...la Cour peut accepter dans les circonstances de l'espèce que l'État qui emploie la requérante au sein d'un hôpital public, dans lequel elle se trouve en contact avec les patients, juge nécessaire qu'elle ne fasse pas état de ses croyances religieuses dans l'exercice de ses fonctions pour garantir l'égalité de traitement des malades. Dans cet esprit la neutralité du service public hospitalier peut être considérée comme liée à l'attitude de ses agents et exigeant que les patients ne puissent douter de leur impartialité* » (§ 64).

Bien qu'à un stade ultérieur de la motivation, la Cour considère manifestement que le fondement de l'interdiction vaut de manière générale (§66), le caractère très circonstancié de l'appréciation du but légitime, à la différence de l'approche retenue dans la décision *Kurtulmus* ou même dans l'arrêt *Leyla Sahin*²⁶, conduit à s'interroger. La même unicité de but légitime pourrait-elle être de même relevée en d'autres circonstances, en l'absence de tout contexte de vulnérabilité ou de tout contact avec les usagers dont résulterait soit un risque d'influence et d'atteinte à la liberté de conscience soit la possibilité d'un doute quant à l'égalité de traitement ? La seule protection des droits et libertés d'autrui serait-elle à même de fonder la règle générale d'interdiction, indépendamment de la considération de la nature des fonctions, de l'exercice d'une fonction d'autorité, ou d'un contact avec le public nécessitant de prendre en compte de manière rigoureuse les apparences ? On sait que l'incarnation de l'État, ou plus largement l'incarnation ou la personnification du service public par les agents, sont avancées pour justifier le caractère principal conféré à l'obligation de neutralité indépendamment de la nature des fonctions ou du contexte. Mais la portée particulière qui est alors donnée à l'idée de représentation de l'État ou du service public, indépendamment de toute analyse portée sur la nature des fonctions, ne traduit-elle pas alors l'existence d'un devoir d'incarnation ou de personnification relevant d'un ordre public immatériel, la neutralité du service public comme de ses agents étant considérée comme un principe essentiel d'organisation sociale, et une valeur à affirmer par principe ? Pour estimer que la protection des droits et libertés d'autrui était en l'occurrence au fondement de la décision litigieuse, la Cour n'avait pas à rentrer dans un tel débat. Il lui restait en revanche à opérer le contrôle de la proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi (§§65-72).

2°/- La proportionnalité de la restriction à la liberté de religion

L'examen de la proportionnalité comporte 2 aspects qui ne peuvent être dissociés. Pour approuver une mise en œuvre stricte du principe de laïcité - neutralité, la Cour considère que l'obligation de neutralité religieuse imposée aux agents quelles que soient leurs fonctions, qui relève du « modèle français », n'a pas à être appréciée en tant que telle, et conclut à la proportionnalité de l'ingérence après avoir relevé la contextualisation de la sanction (A). La proportionnalité fait ainsi l'objet d'un contrôle dont la portée reste limitée (B).

A - Les deux aspects indissociables de l'examen de la proportionnalité

Afin d'attribuer une ample marge d'appréciation à l'Etat, la Cour prend en compte le contexte national des relations entre l'État et les Eglises sans s'en tenir à la constatation quantitative du petit nombre d'Etats européens interdisant le port de signes religieux au travail, y compris dans la fonction publique. Elle reconnaît ainsi l'importance de la dimension historique de la conciliation opérée par l'État entre la neutralité de la puissance publique et la liberté religieuse. Cette importance s'explique certes par la vigueur du principe de subsidiarité et par la reconnaissance générale d'une large place aux traditions nationales lorsque se trouvent en jeu les rapports de l'Etat et des religions.

Mais elle trouve implicitement plus précisément une justification, sans que la Cour n’use d’un qualificatif d’appréciation, dans le caractère précieux d’un équilibre historique déterminé par l’Etat entre les intérêts concurrents ou les différents droits protégés par la Convention. La Cour s’attache à reprendre les termes de l’équilibre abstraitement réalisé en droit français, soulignant que seule l’expression des convictions est affectée par l’obligation de neutralité, les agents du service public bénéficiant du droit au respect de la liberté de conscience. Rappelle le rattachement du principe de laïcité aux droits et libertés que la Constitution garantit, la finalité de l’interdiction. Ramasse en une formulation l’implication et les valeurs du principe de laïcité -neutralité : » *impartialité⁵⁸ de l’Etat⁵⁹ à l’égard de toutes les croyances religieuses dans le respect du pluralisme et de la diversité* » (§67) .

La Cour estime que « *le fait que les juridictions nationales ont accordé plus de poids à ce principe et à l’intérêt de l’État qu’à l’intérêt de la requérante de ne pas limiter l’expression de ses croyances religieuses ne pose pas de problème au regard de la Convention* » (§ 67). De ce motif, qui fait référence à une pesée des intérêts effectuée par le juge, on ne saurait déduire que la proportionnalité de l’ingérence est acquise en raison de la seule conciliation opérée en droit français sur le plan des principes. Un motif proche - quoique non identique- peut d’ailleurs se rencontrer lorsque la Cour procède au contrôle de la proportionnalité d’un licenciement dans une entreprise de tendance, qui doit donner lieu à une mise en balance circonstanciée des intérêts en jeu par les juridictions internes. Selon les arrêts *Obst c. Allemagne* et *Siebenhaar c. Allemagne*, le fait que les juridictions nationales « *ont finalement accordé plus de poids aux intérêts de l’Église qu’à ceux du requérant ne saurait soulever en soi un problème au regard de la Convention* »²⁷. Dans l’arrêt *Ebrahimian* la primauté accordée à l’exigence de neutralité sera validée après constatation d’une série de conditions liées au contexte dans lequel la sanction a été prise (§ 70 et § 71), bien que la portée du contrôle de proportionnalité ne soit nullement équivalente, notamment en ce que l’obligation incombant aux agents du service public n’est pas tributaire de la nature des fonctions, à la différence des obligations particulières de loyauté susceptibles d’incomber aux employés d’une communauté religieuse²⁸.

Avant de procéder à l’examen du contexte de la sanction, la Cour analyse l’obligation de neutralité, dont elle souligne le caractère non modulable selon les agents et les fonctions qu’ils exercent. Le juge européen écarte alors nettement tout examen de proportionnalité de l’étendue de la règle au regard du but poursuivi, se référant à la nature de son contrôle, qui ne porte pas sur la compatibilité *in abstracto* d’une norme à la Convention²⁹ : « *selon le modèle français qu’il n’appartient pas à la Cour d’apprécier en tant que tel, la neutralité de l’État s’impose aux agents qui le représentent* » (§ 68). Le contrôle de l’application concrète de la norme peut cependant conduire à apprécier et écarter le caractère général, automatique et indifférencié d’une interdiction³⁰. Tel n’est pas en l’occurrence le choix de la Cour. Cette retenue du juge s’explique non seulement par l’origine de la règle, qui « *puisse ses racines* » dans « *le rapport traditionnel* » entretenu par la laïcité et la liberté de conscience (§ 68), mais encore par la prise en compte de la proportionnalité lors de l’appréciation des conséquences susceptibles d’être tirées du manquement au devoir général de neutralité. Le caractère général de l’obligation n’a pas pour effet une application automatique et indifférenciée de la règle.

L’absence de contrôle de l’obligation, affirmée également dans l’arrêt *Vogt* au sujet de l’obligation absolue et générale de loyauté posée par le système allemand³¹, ne signifie pas pour autant que pour la Cour la nature de la fonction ne soit pas un élément pertinent

lors du contrôle de proportionnalité. On peut observer à cet égard que le juge européen spécifie la qualité de représentant de l'Etat non seulement dans la décision *Dahlab* (enseignante détentrice de l'autorité scolaire)³² mais également dans la décision *Kurtulmus* (enseignante détentrice de l'autorité universitaire), bien que la Cour reprenne seulement dans l'arrêt *Ebrahimian* les motifs selon lesquels la règle s'impose à tout fonctionnaire représentant l'Etat dans l'exercice de ses fonctions (§57). D'une manière plus générale le contrôle porté sur les restrictions aux droits fondamentaux des fonctionnaires et sur la portée de leur obligation de loyauté, qu'un Etat démocratique est en droit d'exiger, inclut la considération des fonctions exercées³³.

Si la sauvegarde du principe de laïcité est un objectif jugé conforme aux valeurs sous-jacentes de la Convention, la neutralité stricte imposée aux représentants de l'Etat, qui est un moyen au regard d'une fin, la protection des droits et libertés d'autrui, n'emporte pas en elle-même d'approbation de la Cour sur le plan de la proportionnalité. Il nous semble donc que l'on ne peut tirer de la motivation de l'arrêt, malgré l'équilibre historique souligné par la Cour, une valorisation particulière de l'interdiction en tant qu'instrument de la protection des droits et libertés. C'est la manière circonstanciée dont la règle est appliquée, lors de la détermination des suites à donner au manquement à l'obligation, qui permet *in fine* de conclure à la proportionnalité de la restriction à la liberté de religion. La rigueur de la règle est tempérée au niveau de sa mise en œuvre par l'absence d'automatisme dans son application et par la modulation de la sanction³⁴: « *il incombe toutefois au juge administratif de veiller à ce que l'administration ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de conscience des agents publics lorsque la neutralité de l'Etat est invoquée* » (§68).

B - La portée de la proportionnalité

De l'avis *Melle Marteaux* il résulte que les suites à donner au manquement à l'obligation de neutralité « *doivent être appréciées compte tenu de la nature et du caractère ostentatoire du signe, comme des autres circonstances* ». Si la Cour énonce, dans le respect du principe de subsidiarité, que les autorités nationales sont les mieux placés pour apprécier la proportionnalité de la sanction, elle n'en pose pas moins une exigence inhérente à la proportionnalité : pour que l'article 9 soit respecté, celle-ci doit être déterminée *in concreto*, « *au regard de l'ensemble des circonstances dans lesquelles un manquement a été constaté* ». Ainsi, alors même que la Cour procède à un contrôle de la proportionnalité peu étendu, l'arrêt *Ebrahimian* donne un fondement supplémentaire à l'obligation pour les autorités nationales de porter une appréciation circonstanciée. Celle-ci ne tient pas seulement aux principes généraux applicables en droit interne en matière de sanction mais aux exigences résultant de l'article 9 de la Convention.

Le juge européen reste cependant en retrait. Il ne détermine pas une liste de critères pertinents à prendre en compte, comme il a pu le faire par exemple pour que soit appréciée la proportionnalité d'une restriction au droit au respect de la vie d'un professeur de religion, en conflit avec le droit d'une organisation religieuse à l'autonomie³⁵. Laisant les autorités nationales au premier plan de l'appréciation de la proportionnalité, la Cour se contente de relever quels ont été en l'espèce les éléments utilement pris en considération par l'administration. Aussi ne peut-on conclure par une interprétation *in contrario* que les éléments relevés doivent en toute occurrence être présents, quelle que soit la situation. D'autres éléments pourraient conduire à juger la

restriction proportionnée, telles que l'existence de prérogatives de puissance publique. En revanche, il résulte nettement de l'arrêt que c'est un ensemble d'éléments qui conduit à admettre la proportionnalité de l'ingérence : les contacts avec les patients, le caractère ostentatoire du voile, l'impact du signe, la prévisibilité de l'exposition à une sanction, la volonté de conciliation de l'administration, confirmée par la rareté du contentieux en la matière, l'existence de garanties de la procédure disciplinaire et de voies de recours. La Cour y ajoute les contraintes, consignées dans la Charte du patient hospitalisé, qui pèsent sur les usagers, auxquels il est demandé de participer « à la mise en œuvre du principe de laïcité en s'abstenant de tout prosélytisme et en respectant l'organisation du service ». Si ces restrictions ne font pas obstacle à la liberté de manifestation de la liberté religieuse, elles contribuent en quelque sorte à neutraliser de manière générale le lieu affecté au service public en faisant ressortir la visibilité du signe porté par l'agent, selon une logique comparable à celle de l'arrêt *Lautsi*, pour lequel l'ouverture de l'espace scolaire aux diverses religions contribue à relativiser l'impact de la croix apposée sur le mur de l'école

36.

La prise en compte de l'impact du signe sur les patients, qui est en relation directe avec le but poursuivi, la protection des droits et libertés d'autrui, constitue l'élément pivot de la motivation : « si le port d'un signe religieux a constitué un manquement fautif à son devoir de neutralité, l'impact de cette tenue dans l'exercice de ses fonctions a été pris en compte pour évaluer la gravité de cette faute et décider de ne pas renouveler le contrat » (§ 68). Une telle motivation fragilise la mise en œuvre de l'obligation de neutralité telle qu'elle est opérée par la Cour de cassation dans l'arrêt *CPAM* du 19 mars 2013, s'agissant d'une technicienne de prestations maladie, « peu important que la salariée soit ou non directement en contact avec le public ». Comment analyser la prise en compte de cet impact ? Au rebours de l'approche suivie par la Cour constitutionnelle allemande, la démonstration de la réalité d'une atteinte ou d'un danger concret pour les droits d'autrui par un acte de pression ou de prosélytisme n'est pas requise, ainsi que le critique la Juge O'Leary dans son opinion séparée. Rendre nécessaire une telle démonstration équivaldrait à ruiner le principe de l'obligation de neutralité vestimentaire, qui se justifie par la prise en compte des apparences. Leur prise en compte pourrait néanmoins donner lieu à une formulation de certaines exigences³⁷. La Cour remarque que l'administration disposait de témoignages et incite le juge interne à développer les difficultés concrètes, dont les termes « *auraient mérité d'être plus développés* », sans cependant remettre en cause le caractère restreint du contrôle opéré par le juge administratif. Le juge européen n'impose pas d'établir que le risque d'atteinte aux droits d'autrui soit un risque « *probable et sérieux* », ainsi que le requiert l'arrêt de Grande Chambre *Fernandez Martinez*, s'agissant du risque qu'est susceptible de faire peser l'exercice d'un droit individuel pour l'autonomie d'une communauté religieuse dans le cadre d'un rapport de travail³⁸. Le contrôle de proportionnalité exigé des juridictions internes n'est pas un examen qualifié d'« *approfondi* », selon le terme employé par la Cour lorsqu'est en cause l'équilibre entre droits individuels et autonomie des Eglises³⁹. L'impact du signe réside en la caractérisation d'un risque d'influence, résultant d'une fonction en contact avec les usagers et du caractère ostensible du signe, qualifié d'« *ostentatoire* », confortée en l'occurrence par le caractère vulnérable des patients et étayée par des témoignages.

L'appréhension de l'impact du signe religieux dans l'arrêt *Ebrahimian* est-elle en rupture avec le contrôle opéré par la Cour de manière générale en matière de liberté religieuse dans le cadre des relations de travail ? L'opinion séparée de la Juge O'Leary oppose

l'approche de l'arrêt *Ebrahimian* à celle suivie par l'arrêt *Eweida et autres* en ce qui concerne deux employées portant une croix, Mme Eweida salariée d'une compagnie aérienne, et Mme Chaplin infirmière d'un hôpital public. Dans le cas de Mme Eweida, la Cour estime qu'il avait été accordé par les tribunaux internes « *trop d'importance* » au but légitime de l'employeur de protéger une certaine image commerciale, relevant, qu'au regard des circonstances, « *aucune atteinte réelle* » aux intérêts d'autrui n'avait été établie par le port d'une croix discrète, pour conclure à la violation de l'article 9. Dans le cas de Mme Chaplin en revanche, le but, qualifié par la juge O'Leary de « *très concret et légitime* », la protection de la santé de la sécurité dans un service hospitalier, l'avait emporté sur le droit de manifester ses croyances par le port d'une croix. L'approche de l'impact du signe serait en somme toujours plus concrète dans les deux cas que dans l'arrêt *Ebrahimian*.

L'analyse de l'arrêt *Eweida* peut conduire à un autre type de lecture. La portée du contrôle opéré quant à l'impact du signe dépend toujours étroitement de l'enjeu en cause et du but poursuivi, appréhendé à la fois de manière abstraite et dans son contexte. Même s'il est « *assurément légitime* », le but de protéger une image commerciale est jugé par la Cour d'une importance moindre que l'exercice du « *droit fondamental* » de manifester sa conviction religieuse. La pesée des intérêts passe par une comparaison de l'enjeu pour le salarié et l'employeur, qui fait ressortir la différence (abstraite) entre l'importance de la liberté de religion d'un côté et la volonté de projeter une certaine image commerciale de l'autre, et qui conduit la Cour à exiger et à contrôler la réalité d'une atteinte réelle aux intérêts de l'employeur (§94). Dans le second cas, la raison de l'ingérence, la protection de la santé et de la sécurité dans un service hospitalier, est jugée « *par nature plus importante* » que la raison invoquée dans le premier. Est en outre en cause « *un domaine dans lequel une marge d'appréciation étendue doit être reconnue aux autorités internes* », les responsables hospitaliers étant mieux placés que le juge européen pour discerner les mesures nécessaires à la sécurité. Aussi la Cour conclut-elle à l'absence de disproportion sans approfondir son contrôle (§ 99)⁴⁰.

On notera que l'analyse de l'enjeu est également décisive lorsqu'il s'agit d'apprécier le risque d'une influence dans le cadre d'un conflit sur le lieu de travail entre droit individuel et autonomie des communautés religieuses. Si la Cour requiert alors un « *examen approfondi* », elle n'en a pas moins déjà admis un simple risque d'influence non étayé par un comportement sur le lieu de travail, en ce qui concerne l'employée d'un jardin d'enfant adhérant à une autre religion que la communauté employeur, donnant ainsi au souci de protéger la crédibilité de l'employeur lorsqu'en est en jeu une question de doctrine une très - trop- large portée⁴¹.

La Cour est donc loin de contrôler la réalité de l'atteinte aux droits d'autrui ou du danger couru de manière uniforme et indépendamment de l'enjeu particulier en cause. C'est pourquoi la critique du juge O'Leary selon laquelle l'arrêt mêle deux approches de la proportionnalité, l'une abstraite portant sur les principes, l'autre concrète, ne nous semble pas justifiée du point de vue de la cohérence générale de la jurisprudence. Le contrôle porté sur l'impact du signe est nécessairement tributaire de la mise en évidence de l'importance de la conciliation historique opérée entre les droits et les intérêts en jeu.

En revanche, la motivation de l'arrêt est critiquable en ce que les termes même du conflit sont posés de manière à en atténuer l'acuité, dans une dépendance trop étroite par rapport au contrôle effectué par le juge administratif. L'examen de la proportionnalité inclut l'impact du signe, ce qui impliquera sans doute de la part de la Cour de cassation la recherche d'une motivation supplémentaire dans une hypothèse semblable à celle

examinée par l'arrêt *CPAM Seine Saint Denis* du 19 mars 2013, en l'absence de contact avec les usagers⁴². Qu'en est-il de la prise en considération de l'impact de l'interdiction pour la requérante ? La Cour relève l'importance pour l'intéressée de manifester sa religion par le port d'un voile (§70). Cette mention fait obstacle à ce que la volonté de porter un signe religieux soit tenue pour peu digne d'intérêt dans l'approche de la proportionnalité. Mais la Cour, si attentive en d'autres occasions à la question de l'identité posée par la manifestation de la liberté religieuse, ne cherche nullement à caractériser l'enjeu de l'affaire à cet égard, si bien que la motivation n'en comporte pas même le terme. La rédaction des principes applicables inclut la référence classique à l'identité des croyants seulement par renvoi aux motifs d'arrêts antérieurs (§54). Nulle trace de l'enjeu pour l'identité personnelle, pour l'identité culturelle, ou pour l'expression de la personnalité⁴³, en opposition avec la portée particulière conférée à la notion de représentation par la notion de personnification du service public corrélative d'un effacement de l'individu⁴⁴. Le respect du pluralisme et de la diversité constitue de même un motif mineur de l'arrêt, mentionné au titre des principes généraux applicables et de la conciliation historique opérée par le modèle français⁴⁵, sans que soient plus précisément envisagées sous cet angle les conséquences du non renouvellement du contrat. L'impact de l'interdiction sur la vie professionnelle des femmes voilées à l'instar de la requérante ne sera pas relevé⁴⁶. Les cadres de l'équilibre ont été déterminés essentiellement en amont, par le principe de laïcité -neutralité. L'appréhension de la pesée des intérêts *via* le correctif d'une mise en œuvre modulée de l'interdiction possède ses limites, en ce que la sélection des éléments pris en considération s'opère selon l'optique du droit interne. Si le contrôle européen doit s'exercer dans le respect du principe de subsidiarité, un effacement partiel des termes du conflit est-il de nature à garantir l'adhésion à la motivation du juge européen ?

*

Cour EDH, 5^e Sect. 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France*, Req. n° 64846/11

NOTES

1. Cour eur. dr. h., arrêt *Ebrahimian c. France*, 26 novembre 2015 ; M.-Ch. MONTECLER, *AJDA* 2015, p. 2292 ; G. GONZALEZ, *JCP G* 2016, 97 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *AJDA* 2016, p. 528 ; A. ZARCA, *AJFP* 2016, p. 32 ; F. DIEU D. 2016, p. 192 et *JCP A* 2016, 2132 ; J.-L. SAURON *GP* 2016, p. 25 ; L. WILLOCX, *RDT*, 2016, p. 345.
2. Cour eur. dr. h., arrêt *Ebrahimian c. France*, préc., § 33 ; sur la décision de la Cour constitutionnelle allemande, v. H. RABAULT, *RFDC* 2015, p. 735 ; A. GAILLET, *AJDA* 2015, p. 1401 ; M. FROMONT, *D.* 2015, p. 1264.
3. *Fonder l'avenir, le temps de la conciliation* Rapport G. BOUCHARD et Ch. TAYLOR, 2008, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, spéc. pp. 135-152.
4. CE, avis, 3 mai 2000, n° 217017, *Mlle Marteaux*, rec. p. 169 ; concl. R. Schwartz *RFDA* 2001p. 146.
5. Cour eur. dr. h., arrêt *Eweida e. a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, § 83 ; N. HERVIEU, *Rev. dr. h., Actualités Droits -Libertés* 24 janvier 2013, <http://revdh.org/2013/01/24> ; G. GONZALEZ, *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 975.
6. Cour eur. dr. h., *Dahlab c. Suisse* (déc.), 15 février 2001.
7. V. CE, *Rapport public 2004 : un siècle de laïcité*, Doc. fr., Paris, 2004, p. 263.
8. CE, *Rapport public 2004 : un siècle de laïcité*, préc., p. 258 ; Intervention de J.-M. Sauvé du 21 septembre 2013 téléchargeable sur le site du Conseil d'Etat « La France est une République ... laïque ».
9. V. O. BUI-XUAN, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *RFDA*, 2011,

p. 551.

10. Cour eur. dr. h., arrêt *Dogru c. France*, 5 décembre 2008, § 17.
11. Cour eur. dr. h., arrêt *Women On Waves et a. c. Portugal*, 3 février 2009, § 40 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Mouvement Raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, § 58.
12. Selon l'expression d'O. Schrameck, « Laïcité, neutralité et pluralisme » in *Libertés, Mélanges J. Robert*, Montchrestien, 1998, p. 195 et s., spéc., p. 198.
13. Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013.
14. V. J.-M. WOEHLING, « La laïcité de l'Etat », in F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING (dir.), *Droit français des religions*, Litec., 2^{ème} éd, 2013, n° 999.
15. J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949, chron. XXXIII, p. 137 et s., spéc. p. 138.
16. Selon l'expression de J. BAUBEROT, *Vers un nouveau pacte laïque*, Le Seuil, 1990.
17. Article 25 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifié par Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, art 1.
18. Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11690, *Mme X c. CPAM Seine Saint Denis*. Pour une critique de l'application de la règle aux salariés de droit privé et une interrogation sur la justification de la règle, v. S. HENNETTE-VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ, 2014, pp. 30-32.
19. V. CE, *Etude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013*, p. 30 ; *Le juge administratif et l'expression des convictions religieuses*, Dossier thématique sur le site du Conseil d'Etat, 2014, p. 9.
20. V. § 53 : « il s'agissait en l'espèce de préserver le respect de toutes les croyances religieuses et orientations spirituelles des patients usagers du service... L'objectif était également de veiller à ce que ces usagers bénéficient d'une égalité de traitement ... » ; v. aussi § 61 : le principe de neutralité des agents... » vise à protéger les usagers de tout risque d'influence ou d'atteinte à leur propre liberté de conscience ».
21. J. MACLURE et Ch. TAYLOR, *Laïcité et liberté de conscience*, La découverte, 2010, p. 40 ; J. BAUBEROT, M. MILOT et P. PORTIER, *Laïcité, laïcités, Reconfigurations et nouveaux défis*, éd. MSH, 2014, p. 16.
22. V. Cour eur. dr. h., arrêt *Eweida e. a. c. Royaume-Uni*, préc., §§105, 106 et 109. L'égalité de traitement est ainsi envisagée dans l'arrêt *Ebrahimian* non comme principe mais sous un angle subjectif, comme droit à l'égalité, et englobée dans la protection des droits et libertés d'autrui.
23. Telles sont les valeurs sous-jacentes à la Convention en relation avec le principe de laïcité que l'on peut expliciter à la lumière de l'arrêt de Grande Chambre *Leyla Sahin* préc., § 111, 114, 115 et 116.
24. V. P. MUZNY *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, tome1, PUAM, 2005, n° 338.
25. Ainsi que le rappelle Cass. soc. 19 mars 2013 préc.
26. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, préc., § 116.
27. Cour eur. dr. h., arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, § 49 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 février 2011, § 45 ; C. RUET, « Les droits individuels confrontés au phénomène religieux », *Rev. trim. dr.h.*, 2012, p. 507 et s., spéc. pp. 526- 527.
28. Cour eur. dr. h., arrêt *Obst* préc., §§48-51.
29. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Amann c. Suisse*, 16 février 2000, § 88.
30. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Zdanoka c. Lettonie*, 16 mars 2006, § 105.
31. Cour eur. dr., arrêt *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 60.
32. Cour eur. dr. h., *Dahlab c. Suisse* (déc.), préc. ; se référant de manière générique à la qualité de détenteur de l'autorité de l'Etat, Cour eur.dr.h., arrêt *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, 23 février 2010, § 48.
33. Cour eur. dr., arrêt *Vogt c. Allemagne*, préc., § 60 : « un enseignant étant symbole d'autorité pour ses élèves, les devoirs et responsabilités particuliers qui lui incombent valent aussi dans une certaine mesure pour ses activités en dehors de l'école ». V. A. DEBET, « Signes religieux et jurisprudence européenne », in *La laïcité*, *Arch. phil. droit* 48 (2004), p. 221 et s., spéc. p. 245.
34. V. concl. R. Schwartz préc. : « Il est certain que la réponse de l'Administration et la sanction éventuelle, sous le contrôle du juge, ne seront pas les mêmes selon qu'il s'agit d'un simple signe fort discret porté hors présence du public et un signe visible porté au contact de ce public ». V. A. DEBET, *op. cit.* ,

spéc. pp. 246-247.

35. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne*, 12 juin 2014, § 123 et §§ 133- 151.

36. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Lautsi c. Italie*, 18 mars 2011, § 74.

37. A rapprocher de la jurisprudence en matière d'impartialité du tribunal : v. Cour eur. dr. h., arrêt *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, § 48 : « *L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées* ». Un contrôle de ce type n'est pas opéré par l'arrêt *Ebrahimian*. Voir en ce sens les développements de L. WILLOCX, *RDT*, 2016, p. 345 : « *la Cour ne vérifie pas si les doutes des usagers sont objectivement justifiés* ».

38. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* préc., § 132.

39. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne* préc., § 133 et §151.

40. G. GONZALEZ écrit à cet égard que « *La Cour abdique tout contrôle* », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 975, spéc. p. 985. Pour une appréciation différente, voir F. DIEU, *JCP A* 2016, 2132.

41. Cour eur. dr. h., arrêt *Siebenhaar* préc., § 46 ; C. RUET, *op. cit.*, spéc. pp. 528-530.

42. Les conclusions préc. de R. Schwartz justifient ainsi l'indifférenciation de la règle : « *ceux qui ne sont pas en contact avec le public, les usagers, à un moment donné, peuvent l'être à un autre moment. L'interdiction d'une expression politique ou religieuse ne peut être variable selon les moments. Cela serait d'ailleurs impraticable* ». Cette justification serait-elle suffisante au regard de la recherche d'une proportionnalité *in concreto* ?

43. A la différence de Cour eur. Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014 : §§107 et 153 (expression de la personnalité), §§120, 124, 139 et 146 (identité) ; C. RUET, *Rev. dr. h., Actualités Droits -Libertés*, 12 août 2014, <http://revdh.revues.org/862>

44. La Cour ne met pas en évidence dans sa motivation la portée particulière donnée à la notion de représentation par les notions de personnification ou d'incarnation du service. Seule la présentation du droit pertinent (§ 31) fait mention de l'effacement de l'individu agent du service public.

45. Droit pertinent (§21) ; principes généraux (§ 57) ; contenu du principe de laïcité-neutralité (§ 67).

46. V. les critiques de la Juge O'Leary. Comp. avec Cour eur. Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France* préc., § 146, et avec la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 27 janvier 2015 : v. H. RABAULT, *op.cit.*, spéc. p. 739.