

LA LAÏCITÉ « RÉPRESSIVE » :
L'EXEMPLE DU TRAITEMENT
DE L'AFFAIRE BABY LOUP AU PARLEMENT

Elina LEMAIRE

Maître de conférences à l'Université de Bourgogne

*Oxymore :
Figure par laquelle on allie
de façon inattendue
deux termes
qui s'excluent ordinairement*

Le principe de laïcité serait-il devenu un instrument commode de restriction des libertés ? Telle est, en substance, l'une des thèses défendues par Jean Baubérot, historien et sociologue spécialiste de la laïcité, dans un petit livre de vulgarisation publié en janvier 2012¹. Dans un style très polémique, l'auteur développe l'idée de l'émergence d'une laïcité « nouvelle » et « répressive », très différente de la laïcité « historique », c'est-à-dire de la laïcité telle que la concevaient les pères fondateurs de la loi du 9 décembre 1905². La démonstration de Jean Baubérot n'emporte pas la conviction sur tous les points³ et le propos de l'historien, livré dans un ouvrage destiné au grand public, manque parfois de rigueur scientifique et juridique. Mais le concept de « laïcité répressive », qu'il utilise pour dénoncer le discours politique et social dominant en France sur les problèmes nombreux qui naissent des relations souvent tumultueuses entre les cultes et l'État, est à la fois saisissant et pertinent. Saisissant, parce que l'association du concept *libéral* de laïcité et de l'adjectif « répressif » s'apparente *a priori* à un

¹ *La laïcité falsifiée*, Paris, Edition La Découverte, coll. « Cahiers Libres », 212 p. Voir également la très stimulante étude de David KOUSSENS, « Sous l'affaire de la burqa... quel visage pour la laïcité française ? », *Sociologie et sociétés*, vol. 41, n° 2, 2009, p. 327-347.

² *La laïcité falsifiée*, *op. cit.*, notamment p. 37 s. Il convient de préciser immédiatement que c'est la « notion juridique de laïcité » (selon l'expression de Jean RIVERO, *Recueil Dalloz*, 1949, chronique XXXIII, p. 137-140), qui sera ici au cœur du propos, et non la laïcité conçue comme une « conception politique », selon l'expression d'Henri CAPITANT, cette dernière signifiant la séparation entre le politique et le religieux, et le fait que « l'État n'exer[ce] aucun pouvoir religieux et les Églises aucun pouvoir politique » (*Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1930).

³ L'idée selon laquelle la « falsification » de la laïcité a été souhaitée, programmée et réalisée par la droite et l'extrême-droite n'est par exemple pas convaincante (*ibid.*, p. 45 s.).

ELINA LEMAIRE

contresens. Pertinent, tant il est vrai que le principe de laïcité tend à devenir un instrument juridique de limitation de la liberté religieuse, au prix d'une dénaturation aussi surprenante qu'inquiétante de son sens et de sa portée.

A cet égard, la question de la visibilité des religions est absolument centrale. Soulevée il y a vingt-cinq ans, lors de la première affaire du port du voile à l'école et sans cesse débattue depuis, elle est encore au cœur de l'affaire de la crèche Baby Loup, affaire dont le traitement par les pouvoirs publics et, singulièrement, par le Parlement, est tout à fait symptomatique de la dangereuse dérive du concept de laïcité.

Les faits de l'affaire, bien connus, doivent être brièvement résumés. Le 9 décembre 2008, après six ans d'absence dus à un congé maternité suivi d'un congé parental, madame Fatima Afif, directrice-adjointe de la crèche privée Baby Loup installée en banlieue parisienne, reprenait son poste. Ce jour-là, elle se présenta en portant le hijab qu'elle refusa de retirer en arguant de ses convictions religieuses. Ce refus était constitutif, aux yeux de la directrice de la structure, d'une violation du règlement intérieur de la crèche, aux termes duquel les « *principes de laïcité et de neutralité [...] s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup* ». Le 19 décembre 2008, la direction décidait de licencier madame Afif pour faute grave. S'estimant victime d'une discrimination, la salariée licenciée saisit la HALDE⁴ et la justice, afin d'obtenir l'annulation du licenciement et la réparation du préjudice subi. Par un jugement particulièrement mal motivé du 13 décembre 2010, le Conseil des Prud'hommes de Mantes-la-Jolie rejetait la demande de la requérante, en considérant notamment – et à tort – que l'association, étant investie d'une mission de service public⁵, devait respecter le principe de neutralité. Le 27 octobre 2011, la Cour d'appel de Versailles confirmait le sens du jugement, en considérant que la restriction de la liberté d'expression religieuse des salariés de l'association, telle que prévue par son règlement intérieur, n'était pas contraire aux articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail qui autorisent, dans certaines conditions, des limitations aux droits ou

⁴ Par une délibération n°2010-82 en date du 1^{er} mars 2010, la HALDE a considéré – à juste titre – que l'application des critères de définition du service public (tels que précisés par le Conseil d'État dans son arrêt de section du 22 février 2007, *APREI*) ne permettait pas de qualifier l'activité gérée par l'association de service public et que dans ces circonstances, « *le principe de neutralité ne s'imposait pas à l'association A, et de ce fait à Madame X* » (p. 9). En conséquence, la HALDE devait considérer que « *le fait que l'association A reproche à Madame X d'avoir refusé d'ôter son voile islamique sur le fondement d'un règlement intérieur illicite, établi à lui seul que la décision de licencier Madame X n'est pas étrangère à sa religion [...]. Le licenciement de Madame X est donc discriminatoire au sens de l'article L.1132-1 du code du travail* » (p. 13).

⁵ « *ATTENDU que l'Association BABY-LOUP est un établissement privé mais a une activité de service public par l'activité d'une crèche et est financée à plus de 80 % par des fonds publics [sic]* ».

LE FAIT RELIGIEUX DANS LA CONSTRUCTION DE L'ETAT

aux libertés individuels ou collectifs des salariés⁶. Aux yeux des magistrats, cette restriction était ici justifiée par le très jeune âge du public avec lequel les salariés étaient en contact permanent. Dans un retentissant arrêt du 19 mars 2013, la chambre sociale de la Cour de Cassation, saisie de l'affaire, annulait l'arrêt de la Cour de Versailles et jugeait le licenciement discriminatoire aux motifs notamment que, d'une part, « *le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public* » et que, d'autre part, le règlement intérieur instaurait « *une restriction générale et imprécise, ne répond[ant] pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du Code du travail* ». Renvoyée devant la Cour d'appel de Paris, l'affaire fut de nouveau jugée le 27 novembre 2013. La Cour de renvoi, en qualifiant la crèche d'« *entreprise de tendance laïque* », validait le licenciement. Le 25 juin 2014, enfin, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation tranchait définitivement en jugeant que la restriction de la liberté d'expression religieuse contenue dans le règlement intérieur de la crèche était, conformément aux articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail, « *suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché* ». Le pourvoi de Madame Afif était en conséquence rejeté⁷.

Davantage que le volet juridictionnel du dossier dont les rebondissements ont suscité de très nombreux commentaires parmi les juristes spécialistes de droit du travail, c'est son volet parlementaire qui retiendra ici principalement l'attention. Car l'affaire Baby Loup est aussi et directement à l'origine d'une importante mobilisation parlementaire. Comme le révèle la chronologie des événements (cf. *infra*, en annexe), députés et sénateurs se sont très tôt saisis de l'affaire et, pendant quatre ans, les différentes étapes de son volet judiciaire ont provoqué des réactions dans les deux chambres : questions adressées au Gouvernement et à ses membres – on en dénombre dix au total, entre le 21 octobre 2010 et le 29 novembre 2013⁸ –, vote, à l'Assemblée Nationale et à l'initiative de la droite, d'une résolution « sur l'attachement au respect des principes de laïcité [...] et de liberté religieuse » le 31 mai 2011, dépôt d'une proposition de loi constitutionnelle ayant pour objet la réécriture

⁶ Article L. 1121-1 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Article L. 1321-3 du Code du travail : « *Le règlement intérieur ne peut contenir : [...] 2) Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

⁷ Cour de Cassation, Assemblée Plénière, arrêt n° 612 du 25 juin 2014.

⁸ Les interrogations des parlementaires portaient principalement sur la question de savoir si le Gouvernement (les Gouvernements successifs, en réalité) souhaitait légiférer afin d'étendre le principe de neutralité aux structures de la petite enfance.

ELINA LEMAIRE

de la devise de la République⁹ et, enfin et surtout, dépôt de douze propositions de loi visant toutes, selon des modalités diverses, la transposition du principe de neutralité dans « le secteur privé »¹⁰.

Parmi les douze textes d'initiative parlementaire, deux ont été inscrits à l'ordre du jour de l'une ou de l'autre des deux chambres, et ont fait l'objet d'une discussion en séance. A l'Assemblée Nationale, la proposition de loi des députés de l'opposition « relative au respect de la neutralité religieuse dans les entreprises et les associations »¹¹ a été rejetée en première lecture le 6 juin 2013. Au Sénat, la proposition de loi n° 56 (2011-2012) « visant à étendre l'obligation de neutralité aux structures privées en charge de la petite enfance et à assurer le respect du principe de laïcité » a, en revanche, été adoptée en première lecture, à l'issue de la discussion des 7 décembre 2011 et 17 janvier 2012. Transmis au Président de l'Assemblée Nationale le 18 janvier 2012, le texte n'a, depuis, pas fait l'objet d'une discussion.

Alors que le consensus sur l'extension du principe de neutralité au secteur privé était fort large, aucune des propositions de loi n'a donc pu aboutir. Les raisons de l'échec de cette concrétisation législative sont fort nombreuses, mais principalement contextuelles et politiques. Contextuelles d'une part et sans doute surtout : comme la loi était avant tout conçue comme un moyen de surmonter la jurisprudence *Baby Loup* du 19 mars 2013¹², les arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris le 27 novembre 2013 et par la Cour de Cassation le 25 juin 2014 ont calmé les esprits – très échauffés depuis la décision de la chambre sociale de mars 2013. Mais les raisons de l'échec sont également politiques, d'autre part : alors qu'il n'y a pas de clivage droite/gauche évident sur la question de l'opportunité de l'extension, la tactique politique est manifestement à l'œuvre dans les débats parlementaires, la droite rejetant les initiatives de la gauche, et la gauche celles de la droite¹³.

⁹ Qui devait devenir « Liberté, Egalité, Fraternité, Laïcité ».

¹⁰ Cette idée n'est pas entièrement nouvelle. En 2003, la Commission « Stasi » préconisait dans son rapport l'adoption d'une loi autorisant les chefs d'entreprise à réglementer le port de signes religieux « pour des impératifs tenant à la sécurité, aux contacts avec la clientèle, à la paix sociale interne », *Rapport de la Commission*, p. 62.

¹¹ Proposition de loi n° 998.

¹² Voir la discussion à l'Assemblée Nationale de la proposition de loi n° 998. Le rapporteur Eric Ciotti s'exprimait alors en ces termes : « *Les récentes décisions de la Cour de cassation ont montré toute l'acuité du débat en nous incitant à prendre une nouvelle fois nos responsabilités en la matière. [...] l'arrêt de la Cour de cassation a ouvert la voie au communautarisme [...] Je crois qu'il est nécessaire de légiférer, non dans l'émotion ni sur un fait isolé, mais parce que la jurisprudence de la Cour de cassation pose aujourd'hui une règle de droit qui impose que nous confortions nos dispositions législatives et que nous modifions le Code du travail, pour faire en sorte qu'il puisse y avoir des restrictions à cette liberté constitutionnelle d'expression religieuse* », etc. Le compte-rendu intégral des débats est disponible sur le site internet de l'Assemblée Nationale.

¹³ Voir, à ce sujet, LEMAIRE E., « *Baby Loup au Parlement : un autre aspect de « l'affaire »* », *AJDA*, 2014, p. 1457.

LE FAIT RELIGIEUX DANS LA CONSTRUCTION DE L'ÉTAT

L'agitation suscitée au Parlement par l'affaire Baby Loup est riche d'enseignements sur la façon dont les députés et les sénateurs conçoivent l'articulation entre le principe de laïcité et la liberté religieuse. Alors que le principe de neutralité, qui constitue l'une des composantes de la laïcité, est libéral par essence (I), le souhait de le transposer au secteur privé ne peut se faire qu'au prix d'une très grave déformation de sa signification et de son fondement (II). Surtout, la façon dont les deux chambres se sont emparées de l'affaire et le contenu même des débats qu'elle a suscités au Parlement témoignent d'une incompréhension fort inquiétante (et aussi très répandue) du concept de laïcité, trop souvent réduit à la notion de neutralité et improprement opposé à la liberté religieuse (III).

I. LA NEUTRALITÉ DE L'ÉTAT AU SERVICE DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

Signification du principe de neutralité. Le principe de neutralité religieuse – qui, avec la liberté de conscience et la liberté religieuse est l'un des deux piliers de la laïcité – est proclamé à l'alinéa 1^{er} de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 *concernant la séparation des Églises et de l'État*, aux termes duquel « *La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* ». Il constitue ce que l'on appelle parfois la dimension négative de la laïcité, dans le sens où il impose une stricte abstention de l'État en matière religieuse. La laïcité, qui implique l'indépendance de l'État et des cultes, se manifeste donc en tout premier lieu par la neutralité de l'État et des pouvoirs publics face aux religions : en tout premier lieu, mais pas de façon exclusive. « Laïcité » et « neutralité » ne sont en effet pas des termes interchangeables.

La neutralité impose à l'État¹⁴, aux organes et aux institutions qui l'incarnent et le représentent, d'une part, de ne manifester aucune préférence à l'égard d'une religion en particulier, c'est-à-dire de s'abstenir d'adhérer à une quelconque option spirituelle et, d'autre part, de ne procéder à aucune discrimination en matière religieuse. Comme le déclarait à la tribune de la Chambre des députés Aristide Briand, qui fut l'un des grands artisans de la loi du 9 décembre 1905, « *l'État laïque doit rester neutre à l'égard de toutes*

¹⁴ A l'État et plus généralement aux personnes publiques en général, puisque les collectivités publiques infra-étatiques (collectivités territoriales, établissements publics) sont soumises au principe de neutralité. Cette obligation s'étend également aux personnes privées, dès lors qu'elles assurent la gestion d'un service public. Comme le Conseil d'État l'a déclaré notamment dans son avis *Mlle Marteaux* du 3 mai 2000, « *il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de la laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci* ». Le principe de neutralité du service public a valeur constitutionnelle depuis que le Conseil constitutionnel fait de lui un « corollaire » du principe d'égalité et qualifie la neutralité et l'égalité de « *principes fondamentaux du service public* » (décision 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, (considérant 15)).