CONSEIL D'ÉTAT

Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013

(art. 19 de la loi organique du 29 mars 2011)

Étude adoptée
par l'assemblée générale du Conseil d'État
le 19 décembre 2013

Lettre de saisine

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
LE DÉFENSEUR DES DROITS

Cab/DB/RS/ab

Le Défenseur

Paris, le 20 septembre 2013

Monsieur le Président,

Dans le cadre des compétences que lui confère la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits reçoit régulièrement des réclamations soulevant des questions relatives à la liberté d'expression religieuse. Nombre de celles-ci peuvent trouver une réponse à travers l'interprétation du droit positif.

Cependant, en plusieurs circonstances, certaines situations, souvent inédites laissent place à davantage de perplexité, les réclamants se fondant indifféremment sur le terrain de la relation avec les services publics, de l'égalité de traitement ou des droits de l'enfant.

C'est pourquoi, en application de l'article 19 de la loi organique du 29 mars 2011, je souhaite que vous fassiez procéder à une étude portant sur deux points particuliers qui permettront à l'institution que je dirige de remplir au mieux la mission qui lui a été fixée par la Constitution.

*

Vous n'êtes pas sans vous rappeler qu'il y a quelques années, l'une des autorités aujourd'hui fusionnée au sein du Défenseur des droits, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde), avait vu sa crédibilité mise en cause par ses prises de position successives et contradictoires à propos de la solution à préconiser dans le cadre de l'affaire dite « Baby Loup », litige qui opposait la salariée d'une crèche associative à son employeur, ce dernier l'ayant licenciée au motif que, portant un voile islamique, elle enfreignait le règlement intérieur de l'établissement, celui-ci prévoyant que le personnel devait respecter les principes de neutralité et de laïcité et, par suite, que le port de signes religieux était prohibé.

Force est de constater que la solution n'était pas aisée à déterminer puisque, successivement, le conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie et la cour d'appel de Versailles ont jugé que le licenciement était légal, tandis que la Cour de cassation, le 19 mars 2013, aux conclusions contraires de l'avocat général, a finalement annulé l'arrêt, jugeant que le licenciement en cause était au contraire illégal car fondé sur un motif discriminatoire.

.../...

M. Jean-Marc SAUVÉ
Vice-Président du Conseil d'Etat
Place du Palais Royal
75100 PARIS 01 SP

Par souci de pédagogie, la chambre sociale de la Cour de cassation a plus précisément rendu deux arrêts le même jour. L'un (arrêt n° 536 du 19 mars 2013 /11-28.845), précité, concluait donc à l'illégalité du licenciement du fait qu'un employeur privé ne pouvait, au nom des principes de neutralité et de laïcité, fixer une interdiction générale du port de signes religieux dans son règlement intérieur sans méconnaître les exigences fixées par le code du travail ; l'autre (arrêt n° 537 du 19 mars 2013 / 12-11.690), concluait à la légalité d'un licenciement fondé sur les mêmes motifs, mais prononcé à l'encontre d'une salariée d'une caisse primaire d'assurance maladie (cpam), organisme privé en charge de la gestion d'un service public.

En effet, la Cour de cassation distingue entre personnes privées employant des salariés soumis au code du travail auxquels aucune clause générale de neutralité n'est opposable, et personnes privées délégataires d'un service public qui peuvent au contraire invoquer ces principes pour imposer des contraintes à leurs salariés. Reste que l'application de cette règle suppose qu'ait été préalablement établie la nature de l'employeur mis en cause. En effet, la Cour de cassation oppose, notamment dans le communiqué de presse qui a accompagné ses arrêts du 19 mars 2013, les salariés « d'une crèche privée, qui ne peut (...), en dépit de sa mission d'intérêt général, être considérée comme une personne privée gérant un service public » aux agents des cpam qui « participent à une mission de service public ». Si les effets attachés à ces qualifications sont sans ambiguïté, c'est, en amont, la qualification elle-même qui peut s'avérer délicate.

Précisément, certaines réclamations dont nous avons à connaître soulèvent cette question de la « frontière » entre missions de service public et missions d'intérêt général. Cette incertitude est très largement à l'origine des approches divergentes entre les différents niveaux de juridictions de l'ordre judiciaire dans le dossier « Baby Loup ». On la retrouve dans d'autres activités en lien avec le secteur de la petite enfance qu'il s'agisse des assistantes maternelles (personnes privées exerçant à domicile mais soumises à un agrément du conseil général), des activités périscolaires (personnels salariés ou bénévoles d'associations intervenant dans les établissements scolaires, notamment dans le cadre du réaménagement des rythmes scolaires ...). Plus généralement, l'ensemble du secteur social et médico-social est concerné, qu'il s'agisse de l'accueil de l'enfance en danger, des personnes âgées ou handicapées, tant il est vrai que les modalités de création, de contrôle et de financement des structures privées intervenant dans ces domaines autorisent toutes les interprétations.

Si certains évoquent la nécessité de déplacer cette « frontière » en vue d'étendre l'application des principes de neutralité et de laïcité aux structures privées en charge de telles missions d'intérêt général, tel n'est pas le sens de la démarche du Défenseur des droits. Il s'agit de faire en sorte que des réponses concrètes puissent être apportées aux réclamants, comme aux mis en cause. C'est pourquoi, le premier point de l'étude dont je souhaite qu'elle soit menée par le Conseil d'Etat porte, à droit constant, sur les critères d'identification de cette ligne de partage.

♦

Par ailleurs, est utilisée la notion de « participation au service public » qui, aux yeux de la Cour de cassation, justifie l'application des principes de neutralité et de laïcité aux salariés permanents des organismes privés en charge d'un service public.

Cette notion nouvelle soulève de nombreuses interrogations. En effet, celle-ci renvoie, s'agissant de personnes sans lien contractuel ou lien de sujétion particulier avec le service public, à une foule de situations, dont certaines sont tout à fait voisines de la notion de collaborateur occasionnel du service public. . Sur le terrain, notamment des établissements scolaires, il semblerait que les dispositions prises varient d'un établissement à l'autre … Au surplus, la récente *charte de la laïcité à l'école* n'évoque pas cette question.

Dans le même ordre d'idées, on pourrait évoquer la situation des témoins à un procès ou des jurés d'assises, voire des simples spectateurs lors des audiences publiques des juridictions, dernière hypothèse dont a également eu à connaître la Halde, ou encore le cas des membres de jurys universitaires. Les cas de figure sont multiples, l'intervention de bénévoles en appui des services publics devenant une pratique courante à l'hôpital, dans les maisons de retraite, à l'école …

A notre sens, ces différents cas illustrent la nécessité de clarifier, d'une part, s'il y a lieu de distinguer entre la notion de collaborateur occasionnel du service public et celle de participant au service public et, d'autre part, d'identifier le rôle de ce type d'intervenant en tenant compte du caractère imposé, sollicité ou spontané de la collaboration / participation, de son caractère bénévole ou rémunéré pour apprécier les droits et les devoirs des intéressés.

Sur ce second point, c'est avec le même souci de pragmatisme que le Défenseur des droits souhaite pouvoir être en mesure d'apporter des réponses étayées aux personnes concernées.

*

Convaincu qu'une étude juridique sereine contribuera à dénouer, pour l'avenir, des situations encore inédites, voire d'anticiper des conflits, je souhaite également à travers cette sollicitation témoigner de mon souci constant de contribuer à la prévention des contentieux.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, en l'expression de mes sentiments distingués.



Dominique BAUDIS

Sommaire de l'étude

1. L'encadrement des restrictions à la liberté d'expression religieuse 12

1.1 La liberté des convictions religieuses est générale. En revanche, des restrictions peuvent être apportées à leur expression dans certaines conditions 12

1.2 Au sein des services publics, la liberté de manifester ses opinions ou croyances religieuses doit, en France, être conciliée avec les exigences particulières découlant des principes de laïcité de l'État et de neutralité des services publics 13

1.3 Dans le champ professionnel, mais hors des services publics, des restrictions à la liberté de manifester ses opinions ou croyances religieuses ne peuvent être justifiées ni par la laïcité de l'État, ni par la neutralité des services publics. Mais elles peuvent l'être par la nature de la tâche à accomplir, à condition d'être proportionnées 18

2. L'identification des services publics 21

2.1 Le service public se distingue de la mission d'intérêt général par son rattachement à une ou plusieurs personnes publiques : il associe une activité d'intérêt général à une ou plusieurs personnes publiques 21

2.2 Il résulte de la définition même du service public, d'une part, qu'une mission d'intérêt général n'est pas un service public si elle n'est pas assumée, directement ou indirectement, par une personne publique, d'autre part, qu'une personne privée n'est chargée d'une mission de service public que si elle tient cette mission d'une personne publique, quelle que soit la façon dont elle lui a été confiée 24

3. La portée de l'exigence de neutralité religieuse dans les services publics 28

3.1 L'exigence de neutralité religieuse justifie, à l'égard des agents du service public, une interdiction de manifester leurs croyances ou leur appartenance à une religion dans l'exercice de leurs fonctions 28

3.2 La situation des autres acteurs du service public au regard de l'exigence de neutralité religieuse 29

3.2.1. L'usager du service public n'est pas, en principe, soumis à l'exigence de neutralité religieuse 30

3.2.2. Entre l'agent et l'usager, la loi et la jurisprudence n'ont pas identifié de troisième catégorie de « collaborateurs » ou « participants », qui serait soumise en tant que telle à l'exigence de neutralité religieuse 30

3.2.3 Pour les usagers du service public et les tiers à ce service, qui ne sont pas soumis à l'exigence de neutralité religieuse, des restrictions à la liberté de manifester des opinions religieuses peuvent résulter soit de textes particuliers, soit de considérations liées à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service 32

Le Défenseur des droits a saisi le vice-président du Conseil d'État d'une demande d'étude portant sur diverses questions relatives à l'application du principe de neutralité religieuse dans les services publics. C'est la première fois qu'il est fait usage de cette possibilité, dont disposait déjà le Médiateur de la République. Cette demande se fonde sur l'article 19 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011[1].

Le Défenseur des droits souhaite d'abord être éclairé sur « la "frontière" entre les services publics et les activités d'intérêt général ». Il interroge ensuite le Conseil d'État, en faisant référence à des situations rencontrées, sur l'existence d'une éventuelle catégorie des « participants au service public », qu'il conviendrait le cas échéant de distinguer de la notion de « collaborateur occasionnel » et sur les droits ou devoirs des uns et des autres au regard des principes de neutralité et de laïcité s'appliquant dans les services publics.
Les réponses apportées à ces questions présentent **l'état du droit actuel** tel qu'il résulte des textes (Constitution, conventions internationales, textes législatifs ou réglementaires) ou de la jurisprudence établie des juridictions européennes et des juridictions nationales suprêmes (Cour européenne des droits de l'homme, Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de Cassation). Le Défenseur des droits souhaite en effet être éclairé sur le droit positif et c'est dans ce cadre que le Conseil d'État s'est placé pour lui répondre. La présente étude, purement descriptive, n'a par conséquent pour objet ni de dresser un panorama de la laïcité[2], ni de proposer des évolutions, quelles qu'elles soient, mais de dresser un constat du droit en vigueur. Quoique la saisine du Défenseur des droits évoque le litige opposant la crèche « Baby Loup » à l'une de ses salariés[3] en matière d'expression religieuse, le Conseil d'État n'entend évidemment pas prendre parti sur cette affaire qui relève de la compétence des juridictions judiciaires.

---

[1] « Le Défenseur des droits peut demander au vice-président du Conseil d'État ou au Premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toutes études. »

[2] Un panorama avait été présenté dans les considérations générales du rapport public du Conseil d'État pour 2004 « Un siècle de laïcité ».

Sur les questions abordées par la présente étude, voir l'avis rendu par la commission nationale consultative des droits de l'homme le 26 septembre 2013, l'avis du 15 octobre 2013 de l'observatoire de la laïcité sur la définition et l'encadrement du fait religieux dans les structures qui assurent une mission d'accueil des enfants ainsi que l'avis du 13 novembre 2013 du Conseil économique, social et environnemental sur la laïcité en entreprise.

[3] Ce litige a donné lieu à un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation du 19 mars 2013 *Mme Fatima X c/ Association « Baby Loup »* Pourvoi n° 11-28.845, Bull. civ. V n° 75, annulant un arrêt de la CA de Versailles, puis sur renvoi à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 novembre 2013, *Mme Fatima X. c. Association « Baby Loup »*, RG n° 13/02981.

Répondre aux interrogations du Défenseur des droits nécessite de rappeler tout d'abord le cadre constitutionnel et conventionnel qui détermine les conditions et les limites des restrictions à la liberté d'expression religieuse (1). Est ensuite présenté, après avoir rappelé que l'identification d'un service public est le plus souvent le fait des textes, l'état de la jurisprudence sur la distinction entre service public et activité d'intérêt général (2). Enfin, sont abordées les questions pratiques que soulève le Défenseur des droits, au travers d'une présentation de la portée de l'exigence de neutralité religieuse dans les services publics, à l'égard des différentes personnes en relation avec le service public (3).

Les réponses aux questions posées par la saisine peuvent être ainsi résumées.

1. La liberté des convictions religieuses est générale. En revanche des restrictions peuvent être apportées à leur expression dans certaines conditions. Le principe de laïcité de l'État, qui intéresse les relations entre les collectivités publiques et les particuliers, et le principe de neutralité des services publics, corollaire du principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics, sont la source d'une exigence particulière de neutralité religieuse de ces services. Cette exigence s'applique en principe à tous les services publics mais ne trouve pas à s'appliquer, en tant que telle, en dehors de ces services (voir points 1.1 et 1.2, pages 12 à 18 de l'étude).

2. Le droit du travail respecte la liberté de conscience des salariés et prohibe les discriminations, quelles qu'elles soient. Il peut toutefois autoriser des restrictions à la liberté de manifester des opinions ou croyances religieuses à la condition que ces restrictions soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (voir point 1.3, pages 18 à 20 de l'étude).

3. Une mission de service public se distingue d'une mission d'intérêt général par le fait qu'elle est soit assurée directement par une personne publique (État, collectivité territoriale, établissement public), soit, lorsqu'elle est exercée par une personne privée, organisée et contrôlée par la personne publique qui la lui a confiée. Ainsi, une même activité peut être, en différents endroits du territoire, tantôt un service public, tantôt une activité d'intérêt général. Une activité d'intérêt général, alors même qu'elle pourrait constituer un service public si elle était assumée par une personne publique, n'est pas soumise aux règles et principes du service public lorsqu'elle est uniquement subventionnée et réglementée (voir point 2., page 21 de l'étude). Mais des restrictions à la liberté de manifester des opinions ou croyances religieuses peuvent y être édictées dans les conditions mentionnées au point précédent.

4. L'exigence de neutralité religieuse interdit aux agents des personnes publiques et aux employés des personnes morales de droit privé auxquelles a été confiée la gestion d'un service public de manifester leurs convictions religieuses dans l'exercice de leurs fonctions. Cette interdiction doit toutefois être conciliée avec le principe de proportionnalité des atteintes à la liberté d'expression religieuse résultant de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (voir point 3.1, pages 28 à 29 de l'étude)

5. Même si de nombreuses personnes, qui peuvent ne pas être des agents du service public, sont parfois amenées à collaborer ou à participer à ce service, ni les textes, ni la jurisprudence n'ont identifié une véritable catégorie juridique des collaborateurs ou des participants au service public, dont les membres seraient soumis à des exigences propres en matière de neutralité. (voir point 3.2.2, pages 30 à 32 de l'étude)

6. L'exigence de neutralité religieuse du service public a pour objet de protéger la liberté de conscience des usagers de ce service. Ceux-ci ne sont par conséquent pas en principe soumis à des restrictions de leur liberté de manifester leurs opinions ou croyances religieuses. Mais l'absence de soumission à cette exigence n'a pas pour conséquence que ces usagers – ainsi que les tiers à ce service et les collaborateurs et participants au service – disposent d'une entière liberté dans l'enceinte du service : des restrictions à la liberté de manifester leurs convictions résultent, pour certains services publics, de textes particuliers et peuvent, en tout état de cause, dans chaque service, être décidées et appliquées dans la mesure rendue nécessaire par le maintien de l'ordre public et le bon fonctionnement du service public (voir points 3.2.1, page 30, et 3.2.3, pages 32 à 34 de l'étude).

1. L'encadrement des restrictions à la liberté d'expression religieuse

1.1 La liberté des convictions religieuses est générale. En revanche, des restrictions peuvent être apportées à leur expression dans certaines conditions

La liberté de conscience est proclamée à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre établi par la loi. ». Selon une formulation plus détaillée mais dont le contenu est proche, l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ». Cette liberté comprend, aux termes du paragraphe 1 de l'article 9, le libre choix de ses convictions, qui inclut selon la Cour le droit de « convaincre son prochain » et qui n'exclut le prosélytisme que lorsque celui-ci emploie des moyens abusifs[4]. Cette liberté comprend aussi « la liberté de manifester sa religion, individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». Dans le domaine spécifique de l'enseignement, la liberté de conscience se traduit, en vertu de l'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention, par l'obligation pour l'État, dans l'exercice de ses missions d'enseignement et d'éducation, de respecter le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

En droit interne comme dans le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, **la liberté de manifester sa religion ou ses convictions n'est que relative**, c'est-à-dire peut subir des restrictions (article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention), contrairement à la liberté de choisir ses convictions religieuses qui, elle, est absolue. Les stipulations conventionnelles sont cependant plus précises que l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ne sont admises que les restrictions « nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

La Cour européenne des droits de l'homme contrôle strictement, au cas par cas, le caractère nécessaire et proportionné de ces restrictions, qui doivent répondre à un « besoin social impérieux », même si la marge d'appréciation laissée aux États membres sur ce sujet peut être importante[5]. L'approche casuistique retenue par la

---

[4] Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, Série A, n° 260-A, § 31 et 49.

[5] La Cour a ainsi pu prendre en compte le rôle fondateur du principe de laïcité dans la construction de l'État démocratique turc et son assise constitutionnelle pour juger que l'interdiction du foulard dans l'enceinte de l'université répondait à « un besoin social impérieux » : CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, n° 44774/98, § 115 ;

Cour la conduit à intégrer, dans son contrôle de proportionnalité, de nombreux paramètres, tels que l'âge de la personne qui assiste à la manifestation religieuse[6], sa position[7] ou encore le caractère ouvert ou fermé du lieu de cette manifestation[8].

La Cour apprécie également le caractère prévisible de la règle restrictive, c'est-à-dire son accessibilité et sa précision, qui doivent permettre au citoyen de déterminer sa conduite en connaissance de cause.

La liberté de conscience est également protégée par un principe général d'interdiction de toute discrimination, quel qu'en soit le motif, commun aux différents ordres juridiques. Outre le principe d'égalité, le cinquième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou dans son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. ». Dans l'ordre conventionnel, l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit toute discrimination « fondée notamment (...) sur la religion. ». Enfin, en droit de l'Union européenne, hors la Charte des droits fondamentaux qui reprend la plupart des stipulations de la Convention européenne telles qu'interprétées par la Cour, la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, transposée notamment dans le code du travail, aborde la liberté religieuse à travers l'égalité de traitement et l'interdiction de toute discrimination.

1.2 Au sein des services publics, la liberté de manifester ses opinions ou croyances religieuses doit, en France, être conciliée avec les exigences particulières découlant des principes de laïcité de l'État et de neutralité des services publics

1.2.1 Depuis la Constitution du 27 octobre 1946, le **principe de laïcité** est proclamé comme l'une des caractéristiques de la République : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. ». Cette définition a été complétée par la Constitution du 4 octobre 1958, dont l'article premier[9] précise que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. ». La laïcité est également consacrée à propos de l'enseignement dans le 13ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qui fait de « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés un devoir de l'État ».

---

cf. aussi 18 mars 2011, *Lautsi c. Italie*, n° 30814/06, à propos des crucifix dans les écoles publiques italiennes.

[6] CEDH, 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse*, n° 42393/98, à propos de l'interdiction faite à l'enseignante d'une école publique primaire de porter un voile, jugée conforme à l'article 9 de la Convention européenne, « vu le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'État ».

[7] CEDH, 24 février 1998, *Larissis et autres c. Grèce*, n° 140/1996/759/958-960.

[8] CEDH, 23 février 2010, *Ahmet Arslan c. Turquie*, n° 41135/98.

[9] Cette définition, qui figurait initialement à l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, a été déplacée à l'article 1er par la loi constitutionnelle du 4 août 1995.

Le principe de laïcité, qui figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit[10], implique que la République ne reconnaît aucun culte, n'en salarie aucun, mais garantit le libre exercice des cultes ; il impose le respect de toutes les croyances et l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion. Il en résulte la neutralité de l'État, garantie tout à la fois de la liberté de conscience, de religion et de l'absence de discrimination[11]. Ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004[12], le principe de laïcité interdit « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers ».

Il faut ici insister sur le fait que ce principe intéresse les « relations entre les collectivités publiques et les particuliers »[13]. Les rapports entre personnes privées n'en relèvent donc pas directement.

Le **principe de neutralité du service public** est quant à lui le corollaire du principe d'égalité[14] qui régit le fonctionnement des services publics et implique notamment l'égal accès des usagers au service public[15] et leur égal traitement. Bien qu'il le rejoigne par certaines de ses conséquences, le principe de neutralité du service public a été consacré dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel au nombre des « principes fondamentaux du service public » de façon autonome par rapport au principe de laïcité[16]. Il n'est d'ailleurs pas circonscrit au seul champ religieux : il s'applique aussi, notamment, aux champs philosophique et politique[17].

Les principes de laïcité de l'État et de neutralité des services publics constituent les deux fondements constitutionnels de l'exigence de neutralité religieuse des services publics.

---

[10] Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle].*

[11] Même décision.

[12] Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe.*

[13] Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, déjà citée ; Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013 déjà citée.

[14] Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication.*

[15] CE Ass., *Société L'Alcool dénaturé,* rec. p. 337.

[16] « *Tantôt dissous dans le principe très général d'égalité, tantôt abusivement réduit à celui plus étroit de laïcité (…), de tous les principes qui régissent le service public, celui de neutralité est (…) le plus mal connu, parce que le plus difficile à cerner* » : note de François Llorens sous CE, 8 novembre 1985, *Ministre de l'éducation nationale c. Rudent, RDP* 1986, p. 250, citée par P. Collin et M. Guyomar dans leur chronique de l'avis du CE du 3 mai 2000, *Mlle Marteaux,* rec. p. 169, *AJDA,* 2000, p. 602.

[17] Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2012, *M. Franck M. et autres (célébration du mariage – Absence de « clause de conscience » de l'officier d'état civil).*

L'exigence de neutralité de l'État existe également dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme ; elle y est davantage conçue comme la garantie du pluralisme nécessaire à une société démocratique et ne trouve à s'appliquer qu'en tant que sont en cause la fonction de réglementation de l'État et sa relation avec les différentes communautés religieuses[18] ainsi que, en vertu de l'article 2 du protocole additionnel à la Convention, ses missions d'éducation et d'enseignement. La Cour voit en outre dans le principe de laïcité, lorsqu'il est consacré dans un ordre juridique national, un principe conforme aux objectifs de promotion de la démocratie et de respect des droits de l'homme visés par la Convention.

1.2.2 La neutralité religieuse du service public justifie des limitations à la liberté d'expression religieuse.

Les agents du service public bénéficient, au même titre que les autres administrés, de la liberté de conscience garantie aux plans constitutionnel et conventionnel[19].

S'agissant des agents publics, le Conseil d'État juge ainsi que ni l'appartenance à une religion, ni sa pratique à titre privé, même connue par les autres agents du service, ne peut être inscrite dans le dossier d'un agent[20] ou justifier une mesure défavorable à son encontre, comme une mauvaise appréciation sur une feuille de notation[21], une sanction[22] ou, *a fortiori*, un licenciement[23]. De même l'accès d'un agent au statut d'ecclésiastique ne permet pas non plus son exclusion pour ce seul motif[24]. Dans une logique similaire, la pratique d'une religion ne doit en aucun cas constituer un critère discriminant à l'encontre d'un candidat[25] ou d'un agent contractuel prétendant à une titularisation[26]. Certains aménagements du temps de travail des agents publics sont également autorisés au nom de la liberté religieuse, dans la mesure où ces aménagements restent compatibles avec le bon fonctionnement du service[27]. Ainsi, une circulaire régulièrement mise à jour fixe la

---

[18] CEDH, 13 décembre 2001, *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, n° 45701/99, § 115-116 ; 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, n° 30985/96, § 62.

[19] La liberté d'opinion, notamment religieuse, des agents publics est en outre rappelée à l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

[20] Article 18 de la même loi.

[21] CE, 16 juin 1982, *Epoux Chereul*, n°23277, T. p. 638.

[22] CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, rec. p. 379.

[23] CE, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, rec. p. 463.

[24] CE, Avis consultatif d'Assemblée générale n° 309.354 du 21 septembre 1972 qui confirme que la position adoptée par le Conseil d'État dans la décision du 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, rec. p. 553, n'est plus représentative de l'état du droit en ce qui touche l'accès des ecclésiastiques à l'enseignement public.

[25] CE, 25 juillet 1939, *Demoiselle Beis*, rec. p. 524.

[26] CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, rec. p. 247.

[27] CE, Ord, 16 février 2004, *M. B.*, n° 264314, T. p. 826 : autorisation d'absence refusée légalement du fait des nécessités de service public.

liste des fêtes religieuses pour lesquelles des agents peuvent solliciter une autorisation d'absence[28]. Cette liste n'est au demeurant pas exhaustive et les chefs de service doivent également examiner les demandes d'autorisations d'absence fondées sur d'autres fêtes religieuses[29], voire sur d'autres croyances que celles inscrites dans la circulaire[30], et refusent légalement une autorisation d'absence pour commémorer un évènement n'ayant pas ce caractère[31].

La liberté de conscience de ces agents doit toutefois être conciliée avec l'exigence de neutralité religieuse propre au service public. Cette exigence justifie, lorsqu'est en cause l'accomplissement d'une mission de service public, que des restrictions soient apportées à la libre manifestation des convictions personnelles de ceux qui en sont les agents, que celles-ci soient religieuses, politiques ou encore philosophiques[32]. Comme l'a rappelé le Conseil d'État dès 1972 à l'égard du service public de l'enseignement, « les dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité de l'État et celle de l'enseignement imposent la neutralité de l'ensemble des services publics et en particulier la neutralité du service public de l'enseignement à l'égard de toutes les religions »[33]. La Cour européenne des droits de l'homme prend en compte, comme but légitime, cette exigence de neutralité religieuse au sein de la sphère publique[34].

Le fait que le service public soit confié à une personne privée ne change pas la nature des obligations inhérentes à l'exécution du service public. La chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé, dans son arrêt du 19 mars 2013 *CPAM de Seine-Saint-Denis*,[35] que « les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé »[36] .

---

[28] Dans sa dernière version, Circulaire du ministre de la fonction publique en date du 10 février 2012.

[29] CE, 12 février 1997, *Mlle Henny*, n° 125893, T. p. 891.

[30] CAA Paris, 22 mars 2001, *M. Cronzat*, n° 97PA02621 en ce qui concerne le mouvement raëlien.

[31] CE, 3 juin 1988, *Mme Barsacq-Adde*, n° 67791, rec. p 227.

[32] Par exemple : CE, 27 juillet 2005, *Commune de Sainte-Anne, n°* 259806, rec. p. 347 : la délibération du conseil municipal décidant l'apposition sur le fronton d'une mairie d'un drapeau rouge, vert et noir symbole d'une revendication politique exprimée par certains mouvement présents en Martinique, est contraire au principe de neutralité des services publics, qui s'oppose à ce que soient apposés sur les édifices publics des signes symbolisant la revendication d'opinions politiques, religieuses ou philosophiques.

[33] Avis précité du 21 septembre 1972.

[34] Voir notamment CEDH, *Dahlab c. Suisse* déjà citée.

[35] Arrêt n° 537 du 19 mars 2013 (12-11.690) Bulletin V, n°76.

[36] Voir aussi CE, Sect., 31 janvier 1964, *CAF de l'arrondissement de Lyon*, rec. p 76.

1.2.3 Il existe cependant des exceptions aux exigences découlant normalement des principes de laïcité de l'État et de neutralité des services publics.

Certaines ont un fondement ou une reconnaissance constitutionnels. C'est le cas de l'enseignement privé, en vertu du principe fondamental reconnu par les lois de la République de liberté d'enseignement[37], avec lequel doit être concilié le caractère laïque de l'enseignement public. Ainsi, si les établissements d'enseignement privés sous contrat[38] doivent accepter des élèves de toutes les confessions et garantir leur totale liberté de conscience, ils peuvent conserver un « caractère propre »[39], notamment religieux, que les enseignants qu'ils emploient doivent respecter[40], de même que les élèves qu'ils accueillent[41]. C'est également le cas du régime des cultes en Alsace-Moselle, départements dans lesquels les ministres du culte sont rémunérés par l'État et où il existe un service public du culte[42].

D'autres exceptions à l'exigence de neutralité religieuse sont fondées sur l'obligation d'assurer le libre exercice du culte des personnes qui, comme dans les hôpitaux ou encore les prisons, ne peuvent l'exercer librement par elles-mêmes, le service public y faisant obstacle. C'est le sens du deuxième alinéa de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État qui, par dérogation, autorise dans ces cas particuliers les dépenses publiques relatives à des services d'aumônerie. Si les aumôniers des établissements pénitentiaires sont simplement agréés sur le fondement des articles R. 57-9-4 et D. 439 du code de procédure pénale, les aumôniers militaires, qui ont le statut de « militaires servant en vertu d'un contrat » en application de l'article 1er du décret n° 2008-1524 du 30 décembre 2008, sont des agents publics, de même que ceux des établissements publics hospitaliers qui sont recrutés comme contractuels[43].

---

[37] Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1er juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement.*

[38] Les établissements d'enseignement privé hors contrat obéissent quant à eux à d'autres règles.

[39] Article L. 442-1 du code de l'éducation.

[40] Article L. 442-5 du code de l'éducation.

[41] CE, 20 juillet 1990, *Association familiale de l'externat Saint-Joseph*, n° 85429, rec. p. 223 : L'obligation faite par le règlement intérieur d'un établissement privé à tous les personnels de respecter le caractère propre de l'établissement n'est légale que si celui-ci précise, d'une part, que le respect du caractère propre de l'établissement ne saurait permettre qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des intéressés et, d'autre part, que les obligations qui en résultent doivent s'apprécier eu égard à la nature des fonctions exercées par les personnels qui y sont soumis.

[42] Décision n° 2012-297 QPC du 23 février 2013, déjà citée ; CE, 17 octobre 2012, *M. Singa*, n° 352742, rec. p. 365.

[43] Circulaire N°DHOS/P1/2006/538 du 20 décembre 2006 relative aux aumôniers des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ; circulaire n° DGOS/RH4/2011/356 du 5 septembre 2011 relative à la charte des aumôneries dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

Enfin, des raisons historiques ainsi que l'intérêt général et le principe d'égal accès à la commande publique expliquent que des structures à vocation religieuse ou défendant des valeurs religieuses, très présentes dans certains secteurs, aient pu se voir confier des missions de service public (service public hospitalier ou pénitentiaire par exemple) sans se voir appliquer toutes les exigences qui découlent des principes de laïcité de l'État et de neutralité des services publics. Si l'on ne peut exiger de ces structures et de leurs membres qu'ils renoncent à tout affichage d'une identité religieuse, ils sont soumis à l'obligation de traiter également tous les usagers du service et de ne faire aucun prosélytisme[44].

1.3 Dans le champ professionnel, mais hors des services publics, des restrictions à la liberté de manifester ses opinions ou croyances religieuses ne peuvent être justifiées ni par la laïcité de l'État, ni par la neutralité des services publics. Mais elles peuvent l'être par la nature de la tâche à accomplir, à condition d'être proportionnées

A l'extérieur de la sphère des services publics, ne s'applique que le droit du travail dont les règles respectent les principes de liberté de conscience et d'interdiction de toute discrimination décrits plus haut, mais permettent certaines restrictions proportionnées.

L'article L. 1121-1 du code du travail, relatif aux droits et libertés dans l'entreprise, dispose ainsi que « 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. ». Traduisant cette obligation à propos du contenu des règlements intérieurs, l'article L. 1321-3 de ce code prohibe les « 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 », ce qui exclut toute « restriction générale et imprécise »[45]. Est ainsi jugée illégale l'interdiction générale des discussions politiques ou religieuses faite aux employés d'une entreprise par le règlement intérieur[46].

Toutefois, si, en vertu des articles L. 1132-1 à L. 1132-4, relatifs aux discriminations, toute décision concernant le salarié fondée sur un motif religieux est nulle, des différences de traitement peuvent néanmoins être admises sur le fondement de l'article L. 1133-1 « lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelles essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». Les restrictions les plus évidentes sont celles qui sont justifiées par la sécurité. Ont aussi été jugées légales, à condition qu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et soient en lien avec

---

[44] CE, 27 juillet 2001, *Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière – Direction et autre*, n° 215550, 220980, rec. p. 393, à propos des membres d'une congrégation religieuse apportant leur concours à l'administration pénitentiaire.

[45] Soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, Bull. civ. V n° 75.

[46] CE, 25 janvier 1989, *Société SITA*, n° 64296, T. p. 960.

les missions exercées et proportionnées au but poursuivi, les restrictions justifiées par le contact avec la clientèle, par exemple en matière de tenues vestimentaires[47]. Par ailleurs, si l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, ces convictions n'entrent cependant pas, sauf clause expresse, dans le cadre du contrat de travail, et l'employé ne peut donc refuser, en raison de sa religion, d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché[48].

Lorsqu'elle est saisie d'un litige relatif à l'encadrement des manifestations religieuses sur le lieu de travail, la Cour européenne des droits de l'homme raisonne selon des critères proches. Dans le cas où l'employeur est une société privée et non un État, la Cour examine la question sur le terrain de l'obligation positive incombant aux instances de cet État de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits énoncés par l'article 9. Si la volonté de l'employeur de projeter une certaine image commerciale, notamment par le port d'une tenue vestimentaire, peut constituer à ses yeux un motif d'ingérence légitime dans le droit de l'employé d'une société privée de manifester sa religion, la restriction doit cependant être strictement proportionnée[49]. En outre, tous les motifs légitimes ne sont pas placés sur le même plan : la protection et la sécurité des patients ou, plus encore, l'interdiction des discriminations[50], peuvent justifier des ingérences plus importantes.

Certaines catégories d'employeurs tels que les Églises, les groupes religieux mais aussi les organisations politiques ou les syndicats, peuvent cependant imposer des sujétions particulières à leurs employés et exiger d'eux une adhésion aux valeurs inhérentes à l'objet qu'ils poursuivent. Cette notion dite des « entreprises de tendance »[51] ne trouve à ce jour qu'une reconnaissance doctrinale, inspirée de quelques précédents jurisprudentiels n'employant pas directement la notion, en particulier d'un arrêt du 19 mai 1978 par lequel l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé légal le licenciement par une association religieuse d'une enseignante divorcée qui s'était remariée, estimant que les convictions religieuses du salarié, qui relevaient pourtant de sa vie privée, avaient pu se trouver intégrées dans le contrat de travail et en devenir une partie essentielle et déterminante[52].

---

[47] Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, Bull. Civ. V n° 178.

[48] Soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, Bull. Civ. V n° 171.

[49] CEDH, 15 janvier 2013, *Mme Eweida c. Royaume-Uni, n°* 48420/10, à propos du licenciement d'une employée de la société privée British Airways refusant de dissimuler la croix qu'elle portait en pendentif à son cou, jugé disproportionné dès lors que le signe religieux était discret, ne nuisait pas à son apparence professionnelle et ne portait aucune atteinte réelle aux intérêts d'autrui.

[50] CEDH, 15 janvier 2013, *M. McFarlane c. Royaume-Uni*, n° 36516/10, à propos du licenciement d'un salarié d'une entreprise de conseil conjugal qui refusait, en raison de ses convictions religieuses, de conseiller les couples homosexuels, jugé conforme à l'article 9 de la Convention dès lors que l'action de l'employeur visait à garantir la mise en œuvre de sa politique de prestation de services sans discrimination.

[51] Notion issue notamment du droit allemand (« *Tendenzbetrieb* »), reprise par la doctrine française (voir la note du Doyen Carbonnier JCP G. 1951, II, 6439).

[52] Cass., Ass. Plén., 19 mai 1978, pourvoi n° 76-41211, Bull. civ. N.1 P. 1.

Cette position a été réitérée en 1986[53], la Cour de cassation jugeant alors explicitement que l'article L. 122-45 du code du travail, devenu l'article L. 1132-1, « n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement », puis dans un arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 17 août 1995[54].

La notion « d'entreprise de tendance » trouve un écho en droit européen. Le second alinéa du paragraphe 2 de l'article 4 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, à laquelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se réfère directement, prévoit que pourvu que cette directive soit par ailleurs respectée, elle ne préjudicie pas au « droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation. ». Cet article permet aux États de maintenir dans leur législation applicable à la date d'entrée en vigueur de la directive ou de prévoir dans une législation future[55] reprenant des pratiques nationales existant à cette même date des dispositions admettant dans le cas des activités professionnelles de ces mêmes structures que des différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions d'une personne ne constituent pas, sous certaines conditions, des discriminations.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme admet ce même raisonnement au nom du principe d'autonomie des groupes religieux vis-à-vis des États, qui fonde leur liberté de choisir des employés selon des critères propres à la communauté religieuse. Cette liberté n'est toutefois pas absolue et la Cour procède là encore à un strict contrôle de proportionnalité : l'obligation spécifique de loyauté imposée par une entreprise dite « de tendance » doit être adaptée aux fonctions de l'employé, lequel doit avoir des responsabilités en rapport étroit avec la mission éthique de l'employeur[56].

---

[53] Cass., Soc., 20 novembre 1986, n° 84-43243, Bull. Civ. V n° 555.

[54] CA Toulouse, *Baracassa c. ACIT*, RJS 1996 n° 247.

[55] Une telle loi n'a pas été votée par le Parlement.

[56] CEDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03 : le licenciement d'un directeur de l'Eglise mormone pour adultère ne méconnaît pas l'article 9, dès lors que l'intéressé ne pouvait ignorer, à la signature de son contrat de travail, les obligations accrues de loyauté qu'il avait contractées en tant que directeur ; même jour, *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03 : le licenciement d'un organiste et chef de cœur d'une paroisse catholique pour le même motif méconnaît l'article 8 de la Convention, compte tenu de la nature du poste de l'intéressé et de la balance des intérêts en présence ; même solution pour une catholique recrutée par une paroisse protestante : 3 février 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, n° 18136/02.

2. L'identification des services publics

2.1 Le service public se distingue de la mission d'intérêt général par son rattachement à une ou plusieurs personnes publiques : il associe une activité d'intérêt général à une ou plusieurs personnes publiques.

L'existence d'un service public peut résulter de garanties constitutionnelles, ou avoir été prévue par des dispositions législatives. Mais des services publics peuvent également être créés par l'administration de l'État ou par les collectivités territoriales – à condition de respecter la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence[57] – ou assumés par elles. Ainsi, **à côté des services publics présents sur l'ensemble du territoire**, que ces services soient nationaux ou locaux, **existent des activités d'intérêt général qui, selon qu'elles sont ou non prises en charge par une personne publique, sont un service public ici, mais ne le sont pas nécessairement là**[58]. Ces différences sont la résultante de la diversité des besoins locaux et de l'autonomie dont disposent les collectivités territoriales pour y répondre.

Faire d'une activité un service public emporte néanmoins des conséquences importantes : cela conduit à appliquer à la structure en cause l'ensemble des règles et principes généraux, jurisprudentiels ou textuels, propres aux services publics, tels les principes d'égalité et de continuité du service, les règles de tarification des services publics, les règles de transparence issues de la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs ou encore les règles de préavis de grève fixées par les articles L. 2512-1 et suivants du code du travail.

---

[57] En effet, si, en dehors des missions qui leur sont expressément confiées par des dispositions législatives et réglementaires, les personnes publiques peuvent, dans le cadre de leurs compétences, prendre en charge des activités et les ériger en services publics (décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*), une telle création est encadrée lorsque l'activité a un caractère économique. Les personnes publiques ne peuvent alors la prendre en charge que dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence, ce qui implique qu'elles ne peuvent agir que, d'une part, si elles justifient d'un intérêt public, qui peut notamment résulter de la carence de l'initiative privée, d'autre part, si les modalités de prise en charge de l'activité n'ont pas pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence sur le marché concerné (CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, rec. p. 272). Ainsi, la création, par une personne publique, d'un service public départemental de téléassistance aux personnes âgées et handicapées, alors que des sociétés privées offrent des prestations comparables, est légale en raison de l'intérêt public local attaché à l'existence d'un tel service, qui répond aux besoins de la population et est ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes indépendamment de leurs ressources (CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n° 306911, T. pp. 652, 664).

[58] Ainsi par exemple d'activités de restauration qui selon le lieu, les conditions et le but dans lequel elles sont exercées sous un certain contrôle de l'administration sont regardées ou non comme des services publics (voir CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris*, n° 186085, T. p. 778 et les conclusions de C. Bergeal).

Au-delà des services publics résultant d'exigences constitutionnelles, **le législateur peut lui-même procéder à la qualification de service public,** en associant une activité d'intérêt général et une personne publique : les articles L. 2224-1 et suivants du code général des collectivités territoriales définissent ainsi certains services publics communaux tels que la fourniture d'eau potable, l'assainissement des eaux usées ou la gestion des déchets ménagers. Sans être expresse, cette qualification peut parfois se déduire de la volonté du législateur : ainsi des « assurances sociales »[59]. A l'inverse, le législateur peut également choisir d'exclure la qualification de service public d'une activité d'intérêt général : il a ainsi été jugé que, si l'insertion sociale et professionnelle des personnes handicapées constitue une mission d'intérêt général, la loi du 30 juin 1975 avait néanmoins exclu que l'activité des organismes de privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'un service public[60].

En l'absence de qualification textuelle, l'identification d'un service public suppose de rechercher si se trouvent simultanément réunis un critère organique – le rattachement à une personne publique – et un critère matériel – le but d'intérêt général d'une activité.

Il s'en déduit que toutes les activités assurées nécessairement par des personnes publiques sont des services publics. En dehors de rares exceptions, il en va ainsi, plus généralement, de l'ensemble des activités des personnes publiques, qui répondent, en principe, à un but d'intérêt général.

Tous les services publics, nationaux ou locaux, ne sont cependant pas assurés par des personnes publiques. Lorsqu'une personne privée assure une mission d'intérêt général qui n'a pas été qualifiée par un texte (ce qui ne concerne que de rares hypothèses), déterminer si cette activité a le caractère d'un service public revient à rechercher la volonté d'une personne publique de créer un service public ou de reconnaître comme telle une activité préexistante : **l'activité n'aura le caractère d'un service public que si elle est ainsi assumée par une personne publique. La jurisprudence a conduit à distinguer deux situations**, qui ont été précisées par la décision APREI.

En premier lieu, **ont le caractère de service public les activités d'intérêt général assurées par des personnes privées lorsque ces activités sont assurées sous le contrôle de l'administration et que les personnes privées qui en sont chargées sont dotées à cette fin de prérogatives de puissance publique.** Trois critères doivent ainsi se trouver réunis : l'intérêt général attaché à l'activité ; le contrôle de l'administration ; la détention, par la personne privée, de prérogatives de puissance publique. De manière générale, la notion de prérogative

---

[59] Voir CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « aide et protection »*, rec. p 417, CE Sect., 31 janvier 1964, *CAF de l'arrondissement de Lyon*, rec. p. 76 ainsi que Cass. soc., 11 mai 1950, *Caisse régionale de vieillesse de Marseille contre Fabre* et Cons. const., décision n° 82-148 DC, 14 déc. 1982.

[60] CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, n° 264541, rec. p. 92 av. concl. C. Verot.

de puissance publique renvoie aux moyens propres à l'administration, dont l'organisme de droit privé ne disposerait pas s'il n'était soumis qu'aux règles de droit privé. Ces pouvoirs se rattachent le plus souvent au caractère unilatéral de l'action administrative[61]. L'Association française pour le nommage Internet en coopération, organisme de droit privé, a ainsi été regardée comme chargée d'une mission de service public en raison, d'une part, du caractère d'intérêt général de son activité d'attribution et de gestion de certains noms de domaine sur Internet, d'autre part, du contrôle exercé sur elle par des personnes publiques, enfin, des prérogatives de puissance publique dont elle dispose[62].

En deuxième lieu, **même en l'absence de prérogatives de puissance publique, un organisme de droit privé est chargé d'une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission.** Dans cette hypothèse, l'identification du service public repose sur un faisceau d'indices qui conduit, après avoir pris en considération l'intérêt général de l'activité, à mesurer le degré d'implication[63] de la personne publique, d'une part, dans les conditions de création, d'organisation et de fonctionnement de l'organisme de droit privé, d'autre part, dans la fixation d'obligations spécifiques et la conduite d'un contrôle des objectifs assignés. Par application de ce faisceau d'indices, a été regardé comme chargé d'une mission de service public le Centre d'études sur l'évaluation de la protection dans le domaine nucléaire, association créée par deux personnes publiques, qui a pour objet l'étude, dans le domaine nucléaire, de l'évaluation de la protection de l'homme, qui effectue des évaluations pour le compte d'Electricité de France et du Commissariat à l'énergie atomique et qui reçoit des subventions à ce titre[64]. A l'inverse, une société d'économie mixte chargée d'une mission d'intérêt général,

---

[61] Capacité d'adopter certains actes réglementaires (CE, Sect., 16 mars 1984, *Broadie*, n° 50878, rec. p. 118), d'infliger certaines sanctions (CE, Sect., 26 novembre 1976, *Fédération française de cyclisme*, n° 95262, rec. p. 513.), d'instituer certaines redevances (CE, Sect., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, n° 89828, rec. p. 576.), d'exercer certains droits de préemption (CE, Sect., 13 juillet 1968, *Capus*, rec. p. 436) ou encore de sélectionner les sportifs amenés à composer l'équipe nationale (CE, 8 avril 2013, *Fédération française des sports de glace*, n° 351735, à mentionner aux Tables).

[62] CE, 10 juin 2013, *M. Pitte*, n° 327375, à mentionner aux Tables. La moitié des membres du conseil d'administration et le président sont désignés par des personnes publiques ; un commissaire du gouvernement dispose d'un droit de véto sur les principales décisions de l'association ; celle-ci est soumise à des obligations réglementaires et doit justifier de l'accomplissement des objectifs qui lui sont assignés. Par ailleurs le monopole d'attribution et de gestion des noms de domaine, le pouvoir d'édicter les règles d'attribution et de gestion de ces noms et pouvoir de supprimer ou transférer certains noms de domaine ont été regardés comme des prérogatives de puissance publique.

[63] Terme employé par la décision CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, rec. p. 255.

[64] CE, 25 juillet 2008, *Commissariat à l'énergie atomique*, n° 280163, T. p. 751.

non dotée de prérogatives de puissance publique, dont l'activité n'est soumise à aucune obligation fixée par une personne publique ni à aucun contrôle d'objectifs d'une personne publique n'est pas chargée d'un service public[65]. Il en va de même d'une société chargée par une commune d'organiser un festival de musique et subventionnée à ce titre lorsque la personne publique n'exerce aucun contrôle sur la programmation artistique et sur les tarifs de spectacles[66]. Et ne sont pas non plus chargés d'une mission de service public les centres de formation des associations ou sociétés sportives qui, bien qu'agréés, soumis à certaines obligations réglementaires et chargés d'une activité d'intérêt général, ne voient pas d'implication d'une personne publique dans leur création, leur organisation, leur fonctionnement et leur financement[67].

2.2 Il résulte de la définition même du service public, d'une part, qu'une mission d'intérêt général n'est pas un service public si elle n'est pas assumée, directement ou indirectement, par une personne publique, d'autre part, qu'une personne privée n'est chargée d'une mission de service public que si elle tient cette mission d'une personne publique, quelle que soit la façon dont elle lui a été confiée.

2.2.1 L'identification d'une mission d'intérêt général comme la soumission à certaines obligations spécifiques dont le respect est vérifié par l'administration ne suffisent pas à caractériser l'existence d'un service public. Encore faut-il pouvoir constater que la personne publique assume cette activité, c'est-à-dire dispose, grâce aux pouvoirs de contrôle qui sont les siens sur celle-ci, des « moyens de définir les objectifs poursuivis, de préciser le contenu des prestations offertes, de vérifier la façon dont l'organisme privé assume la satisfaction des besoins ainsi identifiés, et d'adapter l'activité en conséquence » (C. Verot, conclusions sur la décision APREI). Tel n'est pas le cas d'un contrôle administratif prenant la forme d'un régime d'autorisation ou de déclaration, éventuellement doublé d'une réglementation sur les modalités d'exercice de l'activité. De nombreuses professions, qui satisfont incontestablement des besoins d'intérêt général, font aujourd'hui l'objet de telles réglementations (prestataires de services d'investissement, établissements de crédits, commissionnaires en douanes,...) sans pour autant que les intéressés exercent des missions de service public.

Il en va ainsi notamment des structures d'accueil de jeunes enfants. Les articles L. 2324-1 et suivants du code de la santé publique soumettent à autorisation du président du conseil général après avis de la commune d'implantation, la création, par des personnes de droit privé, des établissements et services accueillant des enfants de moins de six ans. Sur le fondement de ces dispositions, un décret (articles R. 2324-1 et suivants du code de la santé publique) a défini les exigences auxquelles les différents types de crèches ou haltes-garderies doivent satisfaire en

---

[65] CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, n° 298773, rec. p. 418.

[66] CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, rec. p. 255.

[67] CE, 8 mars 2012, *Association Nice Volley-Ball*, n° 352959, à mentionner aux Tables.

termes de personnels, d'organisation et de fonctionnement. Des règles similaires existent s'agissant des assistants maternels et familiaux (articles L. 421-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles) Si le service de protection maternelle et infantile exerce un contrôle sur ces établissements et services (article L. 2324-2 du code de la santé publique) qui peut aboutir à un retrait de l'autorisation, il ne s'en déduit pas que le département assume, comme un service public, l'activité des différents services et établissements dont il a autorisé la création. De tels établissements ou services peuvent également être créés par des personnes publiques, après avis du président du conseil général (article L. 2324-1). Il existe, on le sait, de nombreuses crèches créées par des communes ou des intercommunalités. Ces structures sont soumises à des règles identiques. Ce sont alors des services publics car les personnes publiques qui les gèrent disposent de l'ensemble des moyens de gestion et de contrôle de l'activité. Elles restent des services publics si la personne publique en confie la gestion à un tiers et si elle exerce sur celui-ci, selon les conditions que fixe la convention de gestion, un contrôle de son activité.

Dans un ordre d'idées voisin, si l'action sociale et médico-sociale comporte de nombreuses « missions d'intérêt général et d'utilité sociale » (article L. 311-1 du code de l'action sociale et des familles), l'accomplissement de ces missions par des établissements privés ne fait pas de ce seul fait de ceux-ci des gestionnaires d'un service public. Au demeurant, en distinguant, au sein de cette catégorie les « établissements et services sociaux et médico-sociaux d'intérêt collectif », assumant ces missions dans certaines conditions, des autres établissements privés agissant dans ce secteur (même article), le législateur a bien marqué la diversité des situations et des obligations, interdisant par là-même que la nature des missions exercées conduise nécessairement à l'identification d'un service public.

Pour les mêmes raisons, **l'attribution d'une subvention à un organisme au titre d'une activité d'intérêt général, même lorsqu'elle fait l'objet d'une convention précisant les modalités selon lesquelles cet organisme s'engage à exercer son activité, ne peut pas, en elle-même, être regardée comme une dévolution de service public** : le subventionnement, même conditionné, ne caractérise pas un contrôle suffisant de la personne publique sur son cocontractant. Il ne peut en aller autrement que lorsque les sommes versées, quelle que soit leur dénomination, n'ont pas le caractère d'une subvention mais consistent en la contrepartie du service rendu par le cocontractant de l'administration[68].

Ainsi, une activité d'intérêt général, alors même qu'elle pourrait constituer un service public si elle était assumée par une personne publique, n'est pas soumise aux règles et principes du service public lorsqu'elle est uniquement subventionnée et réglementée : cela résulte de ce que seule une véritable prise en charge de cette activité par une personne publique peut faire d'elle un service public et, par sa

[68] CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, n° 284412, rec. p. 114.

soumission à l'ensemble des règles et principes applicables à ce type de service, lui donner une nature différente d'une simple activité d'intérêt général.

Par ailleurs, la qualification de « service d'intérêt général », économique ou non, au sens du droit de l'Union européenne[69], qui peut s'appliquer à des activités ayant ou non le caractère de services publics tels qu'ils ont été définis, est indépendante de la soumission de ces activités aux règles et principes applicables aux services publics.

2.2.2 Un organisme de droit privé, alors même que son activité poursuit un but d'intérêt général, n'est chargé d'une mission de service public que si une personne publique lui a confié ce service public, tout en continuant à l'assumer.

En raison de leur nature même, certains services publics ne peuvent être confiés à une personne privée. Il en va ainsi des pouvoirs de police[70], de même que de l'exercice d'attributions juridictionnelles, qui appartient par nature à l'État[71] ; de manière générale, « l'exercice d'une mission de souveraineté » ne peut être délégué à une personne privée[72].
Pour la Cour de cassation, sont insusceptibles d'être déléguées les missions de service public qui découlent de principes ou règles à valeur constitutionnelle (ainsi notamment de l'ensemble du service public de l'enseignement public[73]).

Les services publics susceptibles d'être délégués peuvent être confiés de plusieurs manières à des organismes de droit privé, qui pour l'accomplissement de ces missions sont soumis aux principes et règles fondamentaux du service public.

Ils peuvent, d'une part, faire l'objet d'une dévolution par voie contractuelle.

Plusieurs types de contrats peuvent avoir un tel objet. Le principal d'entre eux est la délégation de service public, contrat prévu par l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (« loi Sapin ») et à l'article L. 1411-1

---

[69] Art. 14 et art. 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

[70] CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; voir également, dans une jurisprudence fournie, CE, 1er avril 1994, *Commune de Menton et autre*, n° 144152, rec. p. 175 ; CE, Ass., 30 octobre 1996, *Wajs et Monnier*, n° 136071, rec. p. 387 ; CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, n° 170606, T. p. 969.

[71] CE, Sect., 27 février 2004, *Mme Popin*, n° 217257, rec. p. 86 avec les conclusions R. Schwartz.

[72] Décision n° 2003-437 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, considérant 19. Ce type de missions inclut par exemple la surveillance des personnes assignées à résidence en exécution de décisions de l'autorité judiciaire (Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, considérants 8 à propos de la pénitentiaire et 87 sur le bracelet électronique).

[73] Cass., Crim., 12 décembre 2000, Bull. Crim. 2000 n° 371 ; Cass. Crim., 11 décembre 2001, Bull. Crim. 2001 n° 265.

du code général des collectivités territoriales. Toute délégation de service public suppose l'existence d'un service public tel qu'il a été défini précédemment[74]. Le marché public de services, soumis au code des marchés publics, peut également – mais pas nécessairement – avoir pour objet de confier l'exécution d'un service public. D'autres types de contrats peuvent encore avoir cet objet.

Ils peuvent, d'autre part, être confiés à un organisme de droit privé de manière unilatérale.

C'est le cas, tout d'abord, par exemple, lorsque le législateur qualifie expressément une activité d'intérêt général exercée par un organisme de droit privé de service public. C'est alors lui qui lui confie cette activité ou qui fixe les modalités selon lesquelles elle lui sera confiée par voie unilatérale Ainsi, l'article L. 131-9 du code du sport prévoit que les fédérations sportives agréées participent à la mise en œuvre des missions de service public relatives au développement et à la démocratisation des activités physiques et sportives. De même, en vertu de l'article L. 2223-19 du code général des collectivités territoriales, le service extérieur des pompes funèbres, qui peut être exercé par les entreprises habilitées à cette fin, a le caractère d'un service public : les entreprises remplissant les conditions prévues par les textes qui obtiennent l'habilitation auxquelles elles ont droit se voient donc, de par cet acte, chargées d'une mission de service public pour l'exercice de cette activité.

C'est le cas, ensuite, lorsque, même en l'absence des prévisions expresses du législateur (et en dehors de tout contrat), les conditions d'exercice d'une mission par un organisme de droit privé révèlent qu'il s'est vu confier un service public. Il en va ainsi lorsque les dispositions législatives et réglementaires qui le régissent, même sans qualifier son activité de service public, lui accordent des prérogatives de puissance publique et organisent le contrôle de l'administration sur son activité (voir le cas précédemment évoqué de l'Association française pour le nommage Internet en coopération). Il en va également ainsi lorsqu'il apparaît, au vu de l'intérêt général de son activité, des conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, des obligations qui lui sont imposées et des mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, que l'administration a entendu lui confier une mission de service public. C'est notamment le cas de l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne, qui a pour objet la programmation et l'organisation d'un festival international d'art lyrique et d'une académie de musique, a été créée par des personnes publiques, est contrôlée par ces personnes publiques, voit son financement assuré pour moitié par ces personnes publiques et dispose d'aides matérielles de la commune d'Aix-en-Provence[75].

---

[74] Décisions *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin* et *Commune de Six-Fours-les-Plages* précitées.

[75] CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736, rec. p. 155.

3. La portée de l'exigence de neutralité religieuse dans les services publics

3.1 L'exigence de neutralité religieuse justifie, à l'égard des agents du service public, une interdiction de manifester leurs croyances ou leur appartenance à une religion dans l'exercice de leurs fonctions

En dehors des exceptions déjà mentionnées (cf. *supra* 1.2.3), les agents du service public sont soumis, indépendamment de leur qualité d'agent public ou de salarié de droit privé, à une stricte obligation de neutralité religieuse.

Saisi de la question en matière de service public de l'enseignement, le Conseil d'État a affirmé, dans un avis contentieux *Mlle Marteaux* du 3 mai 2000, que ce principe fait obstacle à ce que ces agents « disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses » et a précisé que « le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations »[76], que cet agent soit ou non en charge de fonctions d'enseignement.

Ainsi, les membres des jurys de concours ou d'examens sont, en tant qu'agents publics agissant dans le cadre du service, soumis à l'exigence de neutralité religieuse. S'agissant du cas particulier des jurys de thèse et en l'absence de jurisprudence en la matière, cette exigence doit toutefois être conciliée avec les libertés propres à l'Université qui sont constitutionnellement garanties.

Le port d'un signe religieux est constitutif d'une faute pouvant justifier une sanction disciplinaire à l'encontre de l'agent[77], même si « la rigueur du principe n'interdit pas une modulation des éventuelles sanctions en fonction des manquements constatés »[78]. Par exemple, pour justifier la suspension immédiate d'un agent dans l'attente d'une procédure de sanction[79], une cour administrative d'appel, faisant application à ce cas particulier des principes généraux applicables en matière de sanction, a estimé que l'administration devait tenir compte « de l'ensemble des circonstances de l'espèce et, entre autres, de la nature et du degré du caractère ostentatoire de ce signe, de la nature des fonctions confiées à l'agent, ainsi que de l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique, soit de fonctions de représentation »[80].

Adoptant une position similaire à celle du Conseil d'État, la Cour de Cassation (Chambre sociale) a jugé, dans son arrêt déjà cité *CPAM de Seine-Saint-Denis* du 19 mars 2013, que « les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont

---

[76] CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, n° 217017, rec. p. 169.

[77] CAA Versailles, 23 février 2006, *Mme E.*, n° 04VE03227.

[78] R. Schwartz, conclusions sur l'avis *Mlle Marteaux*.

[79] En application de l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 précitée.

[80] CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Mme B.*, n° 03LY01392.

assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires ». Elle en déduit qu'un agent travaillant « dans un centre accueillant en moyenne six cent cinquante usagers par jours, peu important que la salariée soit ou non en contact direct avec le public », est soumis à l'exigence de neutralité et aux dispositions du règlement intérieur de la caisse interdisant le port de signes religieux.

L'exigence de neutralité religieuse conduit *a fortiori* à prohiber le prosélytisme de la part d'un agent durant son service, comme par exemple la distribution aux usagers d'imprimés à caractère religieux[81] et à interdire à un agent de manifester son appartenance à une religion en faisant apparaître son adresse électronique professionnelle sur le site Internet d'une association cultuelle[82] ou en utilisant des moyens de communication fournis par le service pour faire la promotion de cette association.

En l'état actuel du droit, les obligations énoncées ci-dessus s'appliquent donc aux agents des personnes publiques et aux employés des personnes morales de droit privé auxquelles a été confiée la gestion d'un service public, que celui-ci soit administratif ou industriel et commercial.

Cette application de l'exigence de neutralité religieuse dans le service public doit toutefois être conciliée avec le principe de proportionnalité au regard duquel la Cour européenne des droits de l'homme apprécie les restrictions portées à la libre manifestation des convictions religieuses.

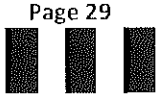
3.2 La situation des autres acteurs du service public au regard de l'exigence de neutralité religieuse

S'agissant des autres acteurs du service public, l'état du droit peut être décrit par les trois propositions suivantes :
- en tant que tel l'usager du service public n'est pas soumis à l'exigence de neutralité religieuse (3.2.1) ;
- il n'existe pas de catégorie juridique pertinente entre l'agent et l'usager et dont les membres seraient soumis à cette exigence (3.2.2) ;
- une obligation de neutralité religieuse ou des restrictions à la liberté de manifestation des opinions religieuses des usagers ou des tiers – dont font partie les collaborateurs ou les participants au service – peuvent résulter soit de textes particuliers, soit de considérations liées à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service (3.2.3).

---

[81] CE, 19 février 2009, *M. B.*, n° 311633, T. p. 813.

[82] CE, 15 octobre 2003, *O.*, n° 244428, rec. p. 402.



3.2.1. L'usager du service public n'est pas, en principe, soumis à l'exigence de neutralité religieuse

Cette qualité est plus créatrice de droits que d'obligations, plus fonctionnelle, contingente et temporaire que celle d'agent ; elle n'implique, en elle-même, aucune limitation à la liberté d'opinion et de croyance, ni à la possibilité de les exprimer. Ainsi que le rappelle la charte de la laïcité[83], si « l'agent du service public a un devoir de stricte neutralité », « les usagers des services publics ont le droit d'exprimer leurs convictions religieuses ». Les agents personnifient un service qui doit être neutre, les usagers ne personnifient qu'eux-mêmes. Dans le cadre de la laïcité, les usagers du service public peuvent donc exprimer leurs opinions religieuses, à la condition que cette expression ne soit pas constitutive d'un trouble à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service (voir *infra* point 3.2.3).

Ainsi, en l'absence de dispositions particulières dans le code de procédure civile, le code de procédure pénale et le code de justice administrative, les personnes assistant à une audience juridictionnelle ne sont pas soumises à l'exigence de neutralité religieuse du service. Il en va de même des personnes amenées à témoigner lors d'une telle audience.

De manière plus générale et comme cela a été dit précédemment, l'usager du service public ne peut, comme toute personne, « se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les collectivités publiques et les particuliers »[84].

3.2.2. Entre l'agent et l'usager, la loi et la jurisprudence n'ont pas identifié de troisième catégorie de « collaborateurs » ou « participants », qui serait soumise en tant que telle à l'exigence de neutralité religieuse

L'emploi, par diverses sources et pour des finalités diverses, de la notion de « collaborateur », « collaborateur occasionnel » ou « participant » ne dessine pas une catégorie juridique dont les membres seraient, entre autres, soumis à l'exigence de neutralité religieuse. Les trois contextes d'emploi de ces mots ou notions marquent bien ces différences.

En premier lieu, la **théorie des « collaborateurs occasionnels des services publics »**, au sens que la jurisprudence administrative a donné à cette notion, **est purement fonctionnelle**. Elle puise sa source dans la théorie du risque professionnel inventée à la fin du XIXème siècle[85] et a pour seul objet d'indemniser des personnes qui, en prêtant un concours occasionnel, ont subi un dommage[86]. Malgré le développement des assurances et de la sécurité sociale, cette

---

[83] Circulaire du Premier ministre n° 5209/SG du 13 avril 2007.

[84] Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, déjà citée.

[85] CE, 21 juin 1895, *Cames*, rec. p 509.

[86] CE., Ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, rec. p 279 et jurisprudence postérieure et Cass. Civ., 23 novembre 1956, *Trèsor Public/ Giry*, J.C.P 1956, éd. G, II, 9681

théorie reste d'actualité[87]. Elle a été appliquée par exemple à la mère d'une élève, blessée à l'occasion d'une sortie pédagogique[88]. De cette théorie fonctionnelle, le juge n'a déduit à ce jour aucun statut auquel seraient soumises les personnes apportant leur concours au service public : si les dommages causés par ces collaborateurs sont également indemnisés par l'administration, ces personnes n'en deviennent pas pour autant des agents du service public auxquels pourraient être imposées des obligations ou des sujétions statutaires.

En deuxième lieu, plus généralement, pour le juge administratif et les litiges relatifs à l'organisation ou au fonctionnement des services publics qui lui sont soumis, il existe des agents, des usagers et des tiers, ces derniers ayant pour caractéristique soit de n'avoir aucune relation avec le service public, soit d'avoir une relation différente de celle des agents et des usagers. Dans cette approche, ni le Conseil d'État, ni la Cour de Cassation n'ont reconnu l'existence de « participants » à l'exécution du service public. Et s'agissant du service public de l'éducation, en dehors de l'hypothèse du dommage subi du fait d'une collaboration bénévole qui s'inscrit dans la théorie précédemment décrite, le Conseil d'État regarde les parents d'élèves comme des usagers[89], dont le comportement peut être soumis aux exigences ci-après (voir 3.2.3).

En dernier lieu, **l'emploi par de nombreux textes des expressions « collaborateur », « collaborateur occasionnel », « participant » ou de leurs synonymes, pour des raisons de commodité, ne révèle pas plus l'existence d'une catégorie** homogène et pertinente de « collaborateurs du service public ». Ces textes dessinent en réalité deux cas de figure bien distincts :
- soit ils appliquent les règles qu'ils prévoient à de véritables agents publics ;
- soit ils étendent à des tiers des règles généralement applicables à des agents publics. Dans ce cas toutefois, cette assimilation ne vaut que pour la règle prescrite par le texte et n'entraîne en rien l'application de l'ensemble des sujétions imposées aux agents publics.

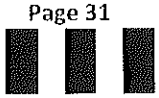
C'est ainsi par exemple qu'à dessein de rendre possible le remboursement de frais de déplacement des personnes qui, par la participation à des commissions ou des groupes de travail, contribuent aux réflexions et propositions de l'administration, de nombreux arrêtés ou décrets précisent les modalités de règlement des frais exposés par les agents et les « agents publics ou personnes privées, collaborateurs

---

87 Voir par exemple CE, Sect., 12 octobre 2009, *Mme Chevillard*, n° 297075, rec. p 387.

88 CE, Sect, 13 janvier 1993, *Mme Galtié*, n° 63044, rec. p 11.

89 CE, 22 mars 1941, *Union des parents d'élèves de l'enseignement libre*, rec. p. 49. On relèvera toutefois qu'un jugement du Tribunal administratif de Montreuil en date du 22 novembre 2011, *Mme Osman*, n° 1012015, s'est appuyé sur la notion de « participation au service public » auquel s'appliquerait le principe de laïcité, pour en déduire que les parents d'élèves, volontaires pour accompagner les sorties scolaires, ne peuvent, dès lors qu'ils participent, dans ce cadre, au service public, manifester en cette occasion, par leur tenue ou leurs propos, leurs convictions. Ce jugement n'a fait l'objet d'aucun recours.



occasionnels des ministères »[90]. Ces personnes, si elles ne sont pas des agents, sont des tiers. L'expression peut également être utilisée pour soumettre des personnes apportant leur concours à des obligations précises[91]. C'est également dans un but exclusivement fonctionnel que l'article L. 311-3 du code de la sécurité sociale soumet à l'obligation d'affiliation au régime général de la sécurité sociale « les personnes qui exercent à titre occasionnel pour le compte de l'État, d'une collectivité territoriale ou d'un de leurs établissements publics administratifs, d'une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale ou d'un organisme privé chargé de la gestion d'un service public à caractère administratif, une activité dont la rémunération est fixée par des dispositions législatives ou réglementaires ou par décision de justice ». La plupart de ces personnes sont des agents publics[92].

3.2.3 Pour les usagers du service public et les tiers à ce service[93], qui ne sont pas soumis à l'exigence de neutralité religieuse, des restrictions à la liberté de manifester des opinions religieuses peuvent résulter soit de textes particuliers, soit de considérations liées à l'ordre public ou au bon fonctionnement du service

Ces limitations ont entendu tenir compte des conditions d'organisation et de fonctionnement de certains services publics, ou de la particularité, dans certains services publics, de la situation de personnes qui n'en sont pas les agents.

D'une part, des textes instaurent des limitations particulières. L'exemple le plus significatif est l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation, créé par la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004[94] encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, qui interdit aux élèves de ces établissements, qui sont des usagers du service public de l'enseignement, « le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse ».

---

[90] Arrêté du 25 juillet 2012 pris pour l'application du décret n° 2006-781 du 3 juillet 2006 et portant politique des voyages des personnels civils du ministère chargé des affaires sociales et de la santé et du ministère chargé des sports, de la jeunesse, de l'éducation populaire et de la vie associative.

[91] Ainsi, par exemple, l'article L. 1313-9 du code de la santé publique soumet les « collaborateurs occasionnels » de l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail, qui peuvent être des tiers ou des agents d'autres personnes publiques, à des principes ou règles déontologiques.

[92] Dans un même ordre d'idée, peut également être cité l'article L. 411-11 du code de la sécurité intérieure selon lequel « Les réservistes volontaires souscrivent un contrat d'engagement d'une durée d'un an, renouvelable tacitement dans la limite de cinq ans, qui définit leurs obligations de disponibilité et de formation et qui leur confère la qualité de collaborateur occasionnel du service public. ».

[93] Relèvent de l'une ou l'autre de ces catégories les collaborateurs ou les participants au service public.

[94] Que la CEDH a jugée compatible avec l'article 9 de la Convention : CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru et Kervanci c. France*, req. n° 31645/04 et 27058/05.

En matière de justice criminelle, des limitations sont également apportées à la liberté d'expression des jurés amenés à composer une cour d'assises pour juger, en tant que citoyens, au nom du peuple français. L'article 296 du code de procédure pénale, qui prévoit le remplacement des jurés des cours d'assise qui seraient empêchés par les jurés supplémentaires, ne précise pas les cas d'empêchement qui doivent conduire à un tel remplacement ; la cour d'assises dispose d'un pouvoir souverain afin d'apprécier un tel empêchement[95], et peut notamment trouver dans les circonstances d'une expression religieuse des éléments de nature à lui conférer le caractère d'une manifestation d'opinion, interdite aux jurés par l'article 311 du code de procédure pénale[96], ou des éléments de nature à remettre en cause l'impartialité dont les jurés doivent faire preuve en vertu de l'article 296 de ce code. La cour d'assises de Seine-Saint-Denis en a décidé ainsi en 2003[97].

De la même manière, les personnes qui apportent leur concours au service public pénitentiaire, comme les visiteurs de prison, sont soumises au respect du code de déontologie de ce service, lequel comporte un chapitre consacré « aux personnes physiques et aux agents des personnes morales concourant au service public pénitentiaire »[98]. Le code énonce à leur égard des obligations générales pouvant conduire à restreindre leur liberté d'expression religieuse, comme celle d'avoir avoir « à l'égard des personnes placées sous main de justice auprès desquelles ils interviennent, un comportement appliquant les principes de respect absolu, de non discrimination et d'exemplarité » ou intervenir « dans une stricte impartialité vis-à-vis de ces personnes ».

D'autre part, les nécessités de l'ordre public et du bon fonctionnement du service, qui résultent de la lettre même de l'article 10 de la Déclaration de 1789, peuvent fonder des restrictions à la liberté d'expression des convictions religieuses au sein des services publics. Elles sont rappelées à l'intention des usagers dans la charte de la laïcité et peuvent être imposées par l'autorité compétente[99] à l'ensemble des personnes en relation avec le service[100].

---

[95] Cass. Crim., 16 janvier 1985, Bull. Crim. n° 30 ; Cass. Crim., 19 octobre 1994, Bull. Crim. n° 336 ; Cass. Crim., 15 juin 2000, Bull. Crim. n° 228.

[96] Voir par exemple, s'agissant de la transmission par un juré à l'accusé d'un billet mentionnant « Rien n'est impossible à Dieu », Cass. Crim., 4 avril 2007, 06-81.286, diffusée.

[97] Voir réponse à la QE de M.J. Marsaudon JOAN du 20 janvier 2004.

[98] Décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant code de déontologie du service public pénitentiaire.

[99] L'autorité compétente peut y compris être le chef de service, dans le cadre de ses pouvoirs d'organisation du service tels que définis notamment par la décision CE Sect., 7 février 1936, *Jamart*, rec. p. 172.

[100] La réglementation du service peut atteindre les personnes qui sont en relation avec le service public, y compris les usagers, par exemple en édictant des règles relatives à l'usage des punitions scolaires : CE, 8 mars 2006, *Fédération des conseils des parents d'élèves des écoles publiques*, n° 275551, rec. p. 112.

Elles impliquent de « s'abstenir de toute forme de prosélytisme » [101] et de tout comportement de nature à perturber le bon fonctionnement du service.

S'agissant du service public de l'éducation, il a ainsi été jugé que les élèves des établissements publics d'enseignement du second degré ne peuvent bénéficier individuellement d'autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou la célébration d'une fête religieuse que dans les cas où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement[102].

Dans un même ordre d'idées, les exigences liées au bon fonctionnement du service public de l'éducation peuvent conduire l'autorité compétente, s'agissant des parents d'élèves qui participent à des déplacements ou des activités scolaires, à recommander de s'abstenir de manifester leur appartenance ou leurs croyances religieuses.

Les contraintes inhérentes aux missions du service public hospitalier et aux conditions dans lesquelles il est assuré expliquent également, comme le rappelle une circulaire du ministre des solidarités, de la santé et de la famille[103], que si elle est garantie, l'expression des convictions religieuses au sein des établissements de santé ne doit pas porter atteinte : « à la qualité des soins et aux règles d'hygiène (le malade doit accepter la tenue vestimentaire imposée compte tenu des soins qui lui sont donnés) ; à la tranquillité des autres personnes hospitalisées et de leurs proches ; au fonctionnement régulier du service ».

En matière de justice criminelle, l'article 309 du code de procédure pénale, qui confie au président de la cour d'assises la police de l'audience, lui permet de prendre les mesures nécessaires au maintien de l'ordre dans la salle d'audience. L'article 321 précise que lorsque l'une des personnes assistant à l'audience trouble l'ordre, le président ordonne son expulsion. La seule circonstance que le public d'une audience ne soit pas soumis au principe de neutralité et aux obligations qui en découlent n'a donc pas pour conséquence que sa liberté d'expression de sa religion en deviendrait absolue.

S'agissant de considérations d'ordre public, la liberté reste la règle et seules les restrictions strictement proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent peuvent être admises. Les circonstances de fait sont évidemment déterminantes : tel fait susceptible de troubler l'ordre ou le bon fonctionnement d'un service eu égard à sa nature ou aux difficultés de son exécution (justice, administration pénitentiaire) pourra ne pas être considéré comme ayant cet effet dans un autre service.

---

[101] Voir la décision déjà citée CE, 27 juillet 2001, *Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière-Direction et autre*, n° 215550, rec. p. 393.

[102] CE, Ass., 14 avril 1995, *Koen*, n° 157653, rec. p. 168 : absence incompatible.

[103] Circulaire n° DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé.

*
* *

Conformément aux termes mêmes de la saisine, cette étude s'est bornée à présenter, sur les questions posées, l'état actuel du droit, résultant de textes ou de décisions juridictionnelles. Elle ne comporte par suite aucune proposition de modification de cet état du droit, lesquelles peuvent être décidées par les autorités compétentes, si elles le jugent opportun et dans la mesure rendue possible par les principes et règles constitutionnels et conventionnels qui ont été rappelés.

