



HAL
open science

La religion du contractant

Laura Varaine

► **To cite this version:**

Laura Varaine. La religion du contractant. Revue juridique de l'Océan Indien, 2014, 19, pp.55-102.
hal-02545795

HAL Id: hal-02545795

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02545795>

Submitted on 17 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CONTRATS ET OBLIGATIONS

La religion du contractant

Laura VARAINE

Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion

Master II Droit des affaires

Université de La Réunion – Faculté de droit et d'économie – Promotion 2011/2012

Résumé :

Si le droit français puise quelques-unes de ses sources dans la religion, il ne s'en est pas moins éloigné au fil du temps afin de se conformer à un idéal laïc. Le droit des contrats n'a pas échappé à cette tendance. Cependant, il doit faire face à des revendications des différentes communautés religieuses. Il doit en outre tenir compte des dangers encourus par des croyants susceptibles de se dépouiller de leurs richesses sous l'influence d'un chef spirituel.

La présente étude a justement pour objet l'identification des techniques pouvant être mises en place par le législateur et le juge en vue de faire face aux difficultés liées au phénomène religieux en matière contractuelle et d'apprécier la pertinence des dispositifs existants.

Cette analyse aboutit à un constat en demi-teinte, tant en ce qui concerne la formation du contrat que son exécution, car le juge et le législateur peinent à trouver un juste équilibre, d'une part, entre la protection de la liberté religieuse et celle de la liberté contractuelle et, d'autre part, entre la protection de la liberté religieuse et celle de la force obligatoire du contrat.

Summary:

The French Law gradually moved away from its religious sources in order to move towards a secular model. Contract law didn't escape this trend. However it has to face the claims of different religious communities. Moreover it must limit the abuses that believers could be victim of under the influence of the spiritual head of their community.

This study's aim is to identify the measures taken both by the legislator and the courts to face the difficulties related to the religious phenomenon in the contractual area and to appreciate their efficiency.

The study leads to an assessment in a subdued style, not only concerning the formation of contracts but also with regard to their fulfilment. Indeed, both the judge and the legislator struggle to find a balance between religious freedom and the principles of contract law.

Un auteur contemporain, regrettant les excès du solidarisme contractuel, déclarait il y a quelque temps déjà que « *contracter, ce n'est pas entrer en religion ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire des affaires* »¹. Ne serait-il pas tentant, de prime abord, de lui donner raison ? En effet,

¹ J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in C. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 99 et s.

là où le contrat vise la satisfaction des intérêts individuels, la religion promeut, pour sa part, un idéal de charité et de renoncement. Néanmoins, il serait vain, en réalité, de vouloir nier tout rapport entre le droit des contrats et le phénomène religieux.

Une similitude émerge déjà lors de l'effort de définition, car le moins que l'on puisse dire est que les notions de contrat et de religion sont aussi difficiles à cerner l'une que l'autre. L'on s'attache parfois à dire que la première est en crise, tandis que l'autre n'a jamais vraiment fait l'objet d'une définition.

Aux termes de l'article 1101 du Code civil, le contrat est la « convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Bien que certains des termes de cet énoncé soient parfois remis en cause², on appréciera quand même l'effort réalisé sur ce point par le législateur qui évite soigneusement de définir d'autres notions. Tel est le cas notamment en ce qui concerne la religion.

Nombreuses sont les dispositions en droit français qui se réfèrent à la religion, mais le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont jamais véritablement cherché à se pencher sur la question de sa signification³, de sorte que ni les règles de droit en vigueur, les travaux préparatoires des textes de loi ne sont d'aucune aide. Le manque d'empressement des pouvoirs publics à définir ce terme résulte sans doute de la crainte d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui considère que l'article 9 de la Convention européenne oblige les États à garantir la protection de toute croyance religieuse sans discuter de sa légitimité⁴. Au surplus, le législateur manifeste ainsi son souci de ne pas violer le principe de laïcité⁵, qui lui interdit également d'émettre un jugement de valeur sur certaines croyances. Cette obligation de neutralité s'impose également aux juridictions⁶, bien que certaines d'entre elles aient osé proposer une définition de la religion. La Cour d'appel de Lyon a ainsi jugé, dans un arrêt très remarqué, que la religion pouvait « *se définir par la coïncidence de deux éléments, un élément objectif, l'existence d'une communauté même réduite, et un élément subjectif, une foi commune* »⁷. Cette définition n'en est qu'une parmi d'autres entre lesquelles il n'a jamais été tranché. En effet, certains auteurs définissent la religion comme un ensemble de croyances définissant le rapport de l'homme avec le sacré et présentant un caractère contraignant⁸. Cette approche, quoiqu'elle manque de

² On pense ici à la distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire.

³ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis, coll. *Traités*, 2003, p. 23, n° 57.

⁴ Cour EDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis c/ Grèce*, req. n° 18748/91.

⁵ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, *op. cit.*, p. 24, n° 62.

⁶ Cass. Crim., 30 juin 1999 : *D.* 2000, jur., p. 655, note B. GIARD.

⁷ Lyon, 28 juillet 1997 : *D.* 1997, IR p. 197 ; *JCP G* 1998, II, 10025, note M.-R. RENARD.

⁸ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, *op. cit.*, p. 30, n° 73.

précision, permet cependant de faire le départ entre la religion et le culte. Dans la mesure où le culte consiste uniquement en des pratiques rituelles, le terme est plus restrictif que celui de religion⁹. À cette définition, nous préférons pour notre part celle selon laquelle doit être qualifiée de religion toute activité considérée comme telle par celui qui la pratique¹⁰, pourvu qu'elle ait un contenu formel identifiable¹¹. Cette définition présente l'avantage de faire échapper les pouvoirs législatif et réglementaire au risque de violer le principe de laïcité et répond sans doute plus que les précédentes aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle évite de surcroît de se poser la question de la distinction entre les religions et les sectes. Il semble en effet, pour les raisons déjà exposées, que toute discrimination entre les sectes et les religions soit mal vue par la Cour européenne des droits de l'Homme¹².

Selon Karl Marx, « le droit n'a pas davantage que la religion une histoire qui lui soit propre »¹³. On ne saurait guère lui reprocher d'être dans l'erreur puisque, dès l'Antiquité, l'on peut découvrir des règles de droit dans les textes sacrés des grandes religions monothéistes. On pense, par exemple, dans la Bible, à la célèbre loi du talion. Néanmoins, il y a peu de choses à dire concernant cette période sur les rapports entre le contrat et la religion. Tout au plus sait-on que le droit romain considérait à l'époque que le fait religieux était hors du commerce juridique¹⁴. Il est plus facile en revanche de trouver des règles de droit des obligations en rapport avec la religion sous l'Ancien droit. En effet, l'on ne peut que souligner l'importance du rôle joué par les canonistes dans le développement du consensualisme et de la force obligatoire du contrat¹⁵, ou encore l'adoption de nouvelles normes juridiques ayant pour objet d'encadrer la capacité à contracter des religieux¹⁶. On ne pourra que relever l'incroyable longévité de ces règles qui ont pour beaucoup été transposées dans le Code civil. Ainsi, le principe de la force obligatoire du contrat figure expressément à l'article 1134 du Code civil. Au-delà du Code civil, on trouve également quelques lois éparses qui sont venues encadrer les relations des religieux avec leur communauté¹⁷.

⁹ *Ibid.* p. 24, n° 62.

¹⁰ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, *op. cit.*, p. 23, n° 58.

¹¹ Com. EDH, 15 mai 1980, *T. Mac Feeley c/ Royaume-Uni*, req. n° 8317/78.

¹² V. par ex. Cour EDH, 23 juin 1998, *Hoffmann c/ Autriche* : LPA 1993, n° 1, p. 20. En l'espèce, l'Autriche fut condamnée pour discrimination après avoir refusé à une mère la garde de ses enfants au regard de sa seule appartenance aux Témoins de Jéhovah.

¹³ K. MARX, *L'Idéologie allemande*, 1845-1846.

¹⁴ G. DOLE, *Les professions ecclésiastiques, Fiction juridique et réalité sociologique*, préf. J. CARBONNIER, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, T. 24, 1987, p. 449 et s.

¹⁵ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. *Précis*, 10^e éd., 2009, p. 147 et s., n° 130.

¹⁶ D. MARTEL, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, *RJPF* 2011-2/29.

¹⁷ On songera par exemple à une loi du 24 mai 1825 qui limitait la capacité de disposer des membres de congrégations de femmes.

Les rapports entre la religion et le contrat se sont encore accrus au vingtième siècle. L'une des premières raisons de ce renforcement réside dans l'adoption, le 9 décembre 1905, de la loi de séparation des Églises et de l'État qui garantit le libre exercice des cultes. L'on pourrait se dire, à première vue, que ce texte n'a aucun rapport avec le droit des contrats. Néanmoins, il faut savoir qu'il a obligé à repenser les relations des communautés religieuses avec leurs ministres du culte¹⁸. La seconde cause du rapprochement est sans doute l'adoption en 1972 d'une loi pénale visant à réprimer certains types de discrimination et, en particulier, pour ce qui nous intéresse, la discrimination à raison de la confession, dans les relations contractuelles. Enfin, la question de l'immixtion de la religion dans les relations conventionnelles a connu un renouveau avec l'influence croissante des droits fondamentaux. S'étant vu conférer un effet horizontal, ces derniers sont aujourd'hui invocables dans les relations entre personnes privées¹⁹. Or, nul n'ignore que le pouvoir constituant a choisi au lendemain de la Révolution de proclamer la liberté de chacun de pratiquer la religion de son choix ou de ne pratiquer aucune religion en adoptant l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ainsi les croyances religieuses n'échapperont ni à la problématique de la fondamentalisation du droit des contrats, ni à celle de la contractualisation des droits fondamentaux.

Le fait religieux a également une influence dans les autres systèmes juridiques. En effet, consacrée en droit interne, la liberté de religion l'est aussi en droit international. Elle est garantie par les articles 18 du Pacte international sur les droits civils et politiques et de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, mais surtout par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Nombreuses sont les affaires jugées par la Cour de Strasbourg qui touchent à la religion des parties à un contrat. Mais c'est sans doute dans les pays islamiques que se manifeste le plus le lien entre la religion et le droit des contrats, car les règles applicables aux conventions sont directement inspirées de la Charia. Aucune norme ne peut prospérer dans ces systèmes juridiques si elle est contraire à la parole de Mahomet²⁰.

Compte tenu de cette abondance de jurisprudence et de législation prenant en compte le fait religieux en France comme à l'international, il est surprenant qu'à ce jour, aucune étude n'ait été menée de manière approfondie sur les relations entre la religion et le droit des contrats. Cette lacune est d'autant plus étonnante que la pratique du culte est très répandue dans la société française contemporaine et que les sources de problème sont ainsi multiples. Puisque le droit des contrats

¹⁸ Antérieurement à la loi de 1905, en effet, les ministres du Culte étaient rémunérés par l'État français. À la suite de l'adoption de ce texte, qui a reporté la charge de la rémunération sur les Églises, il a fallu se demander si ces dernières étaient devenues les nouveaux employeurs des ministres du culte. Sur cette question, v. par ex. G. DOLE, *Les professions ecclésiastiques, Fiction juridique et réalité sociologique*, op. cit., p. 140, n° 95 ; F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, op. cit., p. 1038, n° 2375.

¹⁹ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Paris, Dalloz, coll. *Hypercours*, 2^e éd., 2007, p. 15, n° 19 et s.

²⁰ P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2005, p. 17.

entend, pour son élaboration, se détacher des ordres religieux, des tensions pourront apparaître, l'un étant en concurrence avec les autres. De surcroît, la religion est un facteur de conflits dans tous les contrats empreints d'un fort intuitu personae, comme les contrats bancaires ou les contrats de travail, et le risque de discrimination est alors important. Aujourd'hui, l'on constate ainsi que le droit des contrats a vocation à réguler les conflits liés à la religion, non seulement dans les relations familiales et non professionnelles, mais aussi dans les relations d'affaires et les contrats de consommation.

En somme, il peut être intéressant de mesurer l'ampleur de l'influence des convictions religieuses sur notre droit des contrats et d'évaluer l'efficacité des méthodes employées : comment le législateur et le juge réagissent-ils face aux différentes revendications des communautés religieuses ? Le droit des contrats est-il suffisamment respectueux de la liberté religieuse des parties ? Arrive-t-il à concilier, de manière efficace, la liberté contractuelle et le droit de chacun à ne pas avoir de religion ou à pratiquer la religion de son choix ? Permet-il de véritablement de limiter l'emprise des mouvements spirituels sur leurs fidèles ?

La logique voudrait que le législateur et les juridictions fassent preuve d'indifférence à l'égard du fait religieux. Ne serait-ce pas le meilleur moyen de garantir un traitement identique à toutes les religions ? Mais à vrai dire, lorsque l'on cherche à répondre à ces problématiques, on aboutit à un constat en demi-teinte. Le juge et le législateur se montrent à la fois bienveillants et suspicieux à l'égard des contractants et de leur religion. Ceci vérifie aussi bien lorsque l'on s'intéresse aux conditions de formation du contrat (I) qu'à son exécution (II).

I.- L'influence des convictions religieuses sur la formation du contrat

Si certaines religions ont leur propre corps de normes, leurs organes n'en demeurent pas moins soumis aux règles étatiques, donc au droit français des contrats, sans pour autant être toujours traités comme n'importe quel autre contractant. Leur force de persuasion fait craindre des abus de confiance à l'égard des fidèles ou, à l'inverse, des distinctions illégitimes entre les dévots et les impies. On mesure par là que la préservation de la liberté religieuse implique parfois un aménagement des règles du droit des contrats. De manière générale, les convictions religieuses pourront avoir une influence sur la validité des conventions (B). Mais il est des éléments qui intéressent préalablement les parties et qui tiennent au choix du partenaire contractuel, à tout le moins lorsque l'engagement est qualifié de contrat (A).

A.- L'influence des convictions religieuses sur la prédétermination du cadre contractuel

Dans de nombreux cas et pour des raisons plus ou moins convaincantes, les croyances religieuses de l'une des parties vont influencer sur la qualification de ses relations avec les tiers (1). La protection accordée à la liberté religieuse à ce stade par les juridictions peut parfois apparaître excessive, car elle se heurte à l'ordre public. De surcroît, et quelle que soit la qualification contractuelle retenue, lors de la phase de négociation, les croyances des individus sont susceptibles d'entraîner des discriminations : elles pourraient encourager l'offrant à retirer son offre après avoir eu connaissance des croyances d'un individu ou à émettre une offre destinée uniquement à des personnes partageant les mêmes convictions religieuses. La foi peut donc avoir une influence également sur le choix du contractant, influence dont il convient de juguler les effets (2).

1/ L'influence des convictions religieuses sur la qualification contractuelle

Les institutions religieuses et les personnes ayant décidé de consacrer leur vie à la religion sont amenées, comme toutes les autres, à conclure des conventions qui vont régir les rapports qu'elles nouent avec les tiers. Il serait cependant hâtif de conclure à un traitement identique à celui de tout contractant, la jurisprudence ayant jugé que certaines des fonctions exercées par le personnel religieux empêchaient de qualifier le lien qui l'unissait à d'autres personnes de contrat (a). Cela dit, les difficultés ne se limitent pas à ces gens en particulier, mais s'étendent jusqu'aux contrats d'affaires. En effet, si la qualification contractuelle ne fait dans ce cas aucun doute, la religion des parties pourra cependant avoir des conséquences sur le choix du contrat (b). Il s'agit là de se pencher sur les contrats utilisés dans le cadre de la finance islamique.

a/ La qualification des engagements des institutions et du personnel religieux

Les institutions cultuelles sont libres de s'entendre avec les membres de leurs communautés de croyants, en particulier avec ceux qui ont fait vœu d'obéissance, afin que ces derniers réalisent certaines activités au profit d'une cause qui les intéresse. La qualification contractuelle de ces accords de volonté a cependant donné lieu à controverse en jurisprudence, peu important qu'ils aient été conclus en vue de l'exercice d'une activité profane ou spirituelle.

La qualification des engagements pris en vue de l'exercice d'une activité profane. Les croyants réalisent souvent des activités dépourvues de toute finalité spirituelle dans le cadre d'entités laïques. Compte tenu du fait que ces personnes sont parfois poussées à réaliser de telles activités par le mouvement auquel elles se sont jointes et à l'égard duquel elles ont peut-être fait vœu d'obéissance, la

qualification de leurs engagements a longterm fait débat et continue de faire l'objet de discussions.

La situation des religieux agissant au profit de tiers laïcs a été résolue de longue date. L'une des hypothèses les plus controversées avait trait au statut des religieuses mises à la disposition des hôpitaux par leur congrégation. Étrangement, un contrat type en date du 6 août 1839 et un arrêté du ministre de la Santé en date du 14 août 1964 avaient exclu la qualification de louage de services²¹, de même que la Cour de cassation²². Pourtant la solution adoptée apparaissait difficilement soutenable, car les juridictions faisaient preuve de peu de cohérence dans son application. Ainsi, dans un arrêt du 16 juillet 1910, la Chambre criminelle avait clairement évoqué l'existence d'un « *louage de services* » avant de constater qu'il n'existait entre l'établissement hospitalier et les religieuses aucun lien de subordination²³. Par ailleurs, la liberté religieuse permettait d'échapper aux règles d'ordre public instaurées par le législateur au profit d'une qualification hasardeuse alors que des laïcs pouvaient également se mettre en contact avec des hôpitaux par l'intermédiaire d'organismes de placement, sans que personne n'ait l'idée de remettre en cause l'existence de leur contrat de travail²⁴. On se félicitera donc de voir que, dès 1943, la Chambre sociale considéra que l'intermédiation d'une congrégation ne faisait pas obstacle à la reconnaissance d'un contrat de travail entre les religieuses et les hôpitaux dès lors qu'étaient présents tous les éléments nécessaires à cette qualification²⁵. Certes, l'amélioration du sort des religieuses fut cependant de courte durée, car la Chambre civile de la Cour de cassation estima en 1947 que le vœu d'obéissance des religieuses faisait obstacle à la libre conclusion d'un contrat de travail²⁶, tandis que la Chambre sociale maintenait sa position²⁷. Mais le débat fut définitivement tranché par la Chambre mixte, qui se prononça en 1972²⁸, et qui se montra favorable à la thèse du louage de services.

En revanche, les juridictions civiles jugeaient toujours que l'engagement religieux faisait obstacle à la reconnaissance d'un louage de services lorsque les croyants acceptaient d'intégrer une communauté religieuse au profit de laquelle ils allaient exercer des activités non spirituelles²⁹. L'évolution concerne en premier

²¹ G. DOLE, *op. cit.*, p. 125, n° 70 ; F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, LexisNexis *op. cit.*, p. 1021, n° 2325.

²² Cass. Civ. 3^{ème}, 30 octobre 1912 : S. 1913, 1, p. 379, note A. SACHET.

²³ Cass. Crim., 16 juillet 1910 : S. 1911, 1, p. 601, note A. MESTRE.

²⁴ G. DOLE, *op. cit.*, p. 108, n° 71.

²⁵ Cass. Soc., 5 novembre 1943 : S. 1944, Tables, Assoc. soc., n° 19 ; *Doc. cath.*, 42 (1945), 379, note J. ROUVIÈRE – 4 mai 1944 : *Gaz. Pal.* 1944, 2, p. 61.

²⁶ Cass. Civ., 29 novembre 1947 : S. 1948, p. 113.

²⁷ L'arrêt de 1947 est présenté par Monsieur Dole comme un revirement de jurisprudence. Ceci étant, il serait plus judicieux d'y voir une divergence de points de vue entre la Chambre sociale et la Chambre civile. Il semble en effet qu'aucun arrêt de la Chambre sociale postérieur à 1943 ne permette d'étayer la thèse d'un retour en arrière.

²⁸ Cass. Ch. mixte, 26 mai 1972 : *Bull. civ. ch. mixte*, n° 4 et 5.

²⁹ Cass. Soc., 20 novembre 1986 : *Bull. civ.* V, n° 549 ; *Dr. soc.* 1987, p. 375, note J. SAVATIER ; *JCP G* 1987, II, 20798, note T. REVET ; *RTD Civ.* 1987, p. 571, obs. P. RÉMY – Cass. Ass. Plén.,

lieu les membres non ordonnés³⁰. Le changement est notable, car, si les membres d'une association classique pouvaient bénéficier d'un contrat de travail dès lors que les avantages étaient supérieurs aux frais qu'ils avaient exposés³¹, la jurisprudence concluait à une absence de contrat de travail au sein des communautés religieuses. Mais la nouvelle solution n'est pas moins problématique, le risque étant désormais que les associations cultuelles s'éloignent de leur objet et soient disqualifiées. L'évolution concerne en second lieu les profès, la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant jugé en 2010 que « *l'engagement religieux d'une personne n'est susceptible d'exclure l'existence d'un contrat de travail que pour les activités qu'elle accomplit pour le compte et au bénéfice d'une congrégation ou d'une association cultuelle légalement établie* »³². De manière générale, on peut donc conclure d'une part qu'en dehors des congrégations et des associations cultuelles, les religieux sont nécessairement liés à leur institution religieuse par un contrat de travail dès lors que les critères sont remplis. D'autre part, désormais, l'appartenance à une congrégation ou à une association cultuelle ne peut plus faire obstacle à l'existence d'un contrat de travail. La solution, confirmée depuis³³, élargit l'emprise du droit du travail et permet surtout de protéger les croyants contre les sectes³⁴ qui pourraient être tentées de les exploiter. Cela dit, il peut s'avérer difficile de distinguer les sociétaires qui ont voulu s'engager en contrepartie d'une rémunération des autres membres de la communauté. De plus, comme pour les non profès, si l'activité de ces nouveaux salariés s'écarte trop de l'objet des associations cultuelles qui est, comme l'indique leur nom, l'exercice du culte, le risque est de voir ces associations requalifiées par le Conseil d'État en associations loi 1901. Enfin, la décision peut surprendre, s'agissant des congrégations, compte tenu de l'existence d'un contrat *sui generis*, le contrat congréganiste.

En définitive, on pourrait penser que la religion n'influe plus que partiellement sur la qualification des engagements pris par des croyants en vue de l'exercice d'une activité profane. C'est oublier cependant que le nombre de communautés prenant la forme d'une association de droit commun et important, l'accès aux statuts d'association cultuelle et de congrégation étant fortement réglementé. Rares sont désormais les hypothèses où le vœu d'obéissance des religieux pourra faire obstacle à la conclusion d'un contrat. En revanche, il conserve une importance considérable lorsque des activités sont réalisées par des religieux au sein même de leur communauté.

8 janvier 1993 : *Bull. civ.* V, n° 2 ; *Dr. soc.* 1993, p. 391, rapp. Y. CHARTIER ; *JCP G* 1993, II, 22010, concl. M. JÉOL, note Y. SAINT-JOURS ; *RDSS* 1993, p. 479, obs. G. VACHET.

³⁰ Cass. Soc., 29 octobre 2008 : *JCP S* 2009, 1646, note C. PUIGELIER.

³¹ J. MOULY, « L'«exception religieuse» au contrat de travail : un coup d'arrêt aux risques de dérive sectaire ? », *Dr. soc.* 2010, p. 1070.

³² Cass. Soc., 20 janvier 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 623, chr. J. SAVATIER ; *JCP S* 2010, 1137, note G. VACHET ; *RJS* 4/10, n° 303 ; *D.* 2010, p. 377, note B. INÈS.

³³ Cass. Soc., 8 juin 2011 : *JCP S* 2011, 1424, note C. PUIGELIER.

³⁴ J. MOULY, « L'«exception religieuse» au contrat de travail : un coup d'arrêt aux risques de dérive sectaire ? », préc.

La qualification des engagements pris en vue de l'exercice d'une activité religieuse. Antérieurement à la loi du 9 décembre 1905, les ministres du Culte étaient rémunérés par l'État. Postérieurement à son entrée en vigueur, cette charge pesant désormais sur les Églises, il fallait déterminer si ces derniers étaient désormais employés par les institutions culturelles auxquels ils se rattachaient. Dans le silence de la loi, la Cour de cassation a jugé de longue date et à plusieurs reprises que les ministres du Culte ne concluaient pas de contrat de travail avec les institutions culturelles pour l'exercice de leur ministère³⁵, ce qui n'est pas sans soulever de critiques.

Le premier argument, consistant à rapprocher le ministère du Culte d'une profession libérale, ne nous persuade guère plus dès lors que l'on observe dans les professions libérales une tendance à l'ouverture au salariat³⁶. Ainsi, accomplissant ses actes de diagnostic de manière autonome, un médecin n'en est pas moins tenu de respecter quelques règles de discipline, notamment en termes d'horaires³⁷. Le second argument, selon lequel la prohibition de la discrimination religieuse ferait obstacle, par exemple, au rejet d'une candidature féminine en vue de l'exercice de la prêtrise³⁸ n'est guère plus persuasif, car, si la discrimination religieuse est effectivement exclue de nos jours en droit du travail³⁹ celui-ci tient compte malgré tout de la spécificité des entreprises de tendance afin d'assouplir les règles relatives à la conclusion du contrat, plus spécifiquement au choix du contractant⁴⁰. De surcroît, ne sommes pas plus convaincus par le troisième argument qui consiste à dire que, si le contrat par lequel une personne s'engage à subvenir aux besoins d'une autre pour le restant de sa vie est licite, le contrat de travail qui lierait un salarié à son employeur jusqu'à sa mort serait en revanche nécessairement nul⁴¹. Déjà il fut objecté par Monsieur Dole que le juge devait prendre sa décision en fonction des circonstances de chaque espèce⁴². Par ailleurs, il fut précisé que comme pour tout accord de volontés⁴³, la nullité ne devait être encourue que si les parties avaient fait de la durée du contrat sa cause impulsive et déterminante⁴⁴. Nous pensons à vrai dire, pour notre part, qu'il faut aujourd'hui se placer sur un autre terrain pour répondre à cette question. En effet, l'on considère actuellement que bon nombre de ministres du culte sont liés à leur communauté par un contrat *sui generis*. Or, les engagements perpétuels ne sont pas plus tolérés dans la théorie

³⁵ V. par ex. Cass. Civ., 23 décembre 1913 : *D.* 1918, 1, p. 90 – 23 avril 1913 : *S.* 1, p. 377, note A. SACHET.

³⁶ G. DOLE, *op. cit.*, p. 218, n° 153.

³⁷ Cass. Civ., 26 juillet 1938 : *D.H.* 1938, p. 530.

³⁸ G. DOLE, *op. cit.*, p. 204.

³⁹ C. pén., art. 225-1 et 225-2.

⁴⁰ On verra plus tard en détail que les différences de traitement fondées sur les convictions religieuses sont admises lorsqu'elles ont un lien avec l'emploi. Cela vaut en particulier pour les entreprises de tendance.

⁴¹ V. par ex. A. LAVAGNE, *Dr. soc.*, 1950, p. 135, cité par G. DOLE, *op. cit.*, p. 221 et s., n° 155.

⁴² G. DOLE, *op. cit.*, p. 223, n° 156.

⁴³ Cass. Soc., 8 janvier 1965 : *Bull. civ.* IV, n° 15.

⁴⁴ G. DOLE, *op. cit.*, p. 223.

générale des contrats que dans le droit du travail. Par ailleurs, sur le terrain du droit social, l'article 1780 du Code civil doit être concilié avec les dispositions du Code du travail. Si tant est que l'on assimile la relation de l'ecclésiastique avec son évêché à un contrat de travail, dans la mesure où il ne respecterait pas les cas de recours aux contrats à durée déterminée prévus par la loi⁴⁵ et où il dépasserait la durée légale maximale⁴⁶, ce contrat serait inévitablement requalifié en contrat à durée indéterminée. Il tomberait alors sous le coup de la prohibition des engagements perpétuels et pourrait être résilié à tout moment par le ministre salarié sous réserve d'un préavis⁴⁷.

Enfin l'on se demande pourquoi la jurisprudence opère une différence de traitement selon les cultes concernés. On comprend difficilement, par exemple, pourquoi l'exercice du sacerdoce dans la religion juive relève du louage de services au seul prétexte que le ministre officiant n'a pas à être investi par une autorité religieuse hiérarchiquement supérieure⁴⁸. L'important n'est-il pas qu'il réalise des actes relevant, selon cette autorité, des attributions du ministre du Culte ? De même, pourquoi un ministre du culte officiant pour une association qui a pris ses distances avec le Vatican mérite-t-il plus d'être protégé par la réglementation spécifique au contrat de travail⁴⁹ que celui qui est au service d'une institution qui respecte scrupuleusement les rites de la confession catholique ? Sauf à démontrer le contraire, ces religieux ne sont pas plus animés par une intention lucrative que les autres⁵⁰.

La qualification des contrats relatifs à l'acquisition de matériel nécessaire à l'activité religieuse. Au-delà des contrats conclus par les ministres du Culte avec leur hiérarchie en vue de l'accomplissement de leurs activités sacerdotales, l'exercice d'activités religieuses joue également un rôle dans la qualification des conventions portant sur l'acquisition ou l'attribution de la jouissance d'un bien devant servir à l'exercice de l'activité religieuse, la question étant de savoir si l'exercice d'une activité pastorale constitue une activité professionnelle. La reconnaissance de cette qualité va entraîner l'application d'un régime spécifique.

En premier lieu, en ce qui concerne les baux, la jurisprudence se montre très généreuse. Non contente d'assimiler le local cultuel à un local professionnel, elle adopte par ailleurs une conception extensive des actes du ministre du Culte pouvant être qualifiés de professionnels. Outre la célébration des offices religieux, qui constitue l'essentiel de l'activité sacerdotale, les ministres du Culte peuvent également bénéficier d'un bail professionnel pour les locaux dans lesquels ils

⁴⁵ C. trav., art. L. 1242-2 et L. 1242-3.

⁴⁶ C. trav., art. L. 1242-8.

⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 5 février 1985 : *Bull. civ.* I, n° 54 ; *RTD civ.* 1986, p. 105, obs. J. MESTRE – Com. 14 novembre 1989 : *Bull. civ.* IV, n° 286.

⁴⁸ Paris, 7 mai 1986 : *JCP G* 1986, II, 20761, note T. REVET.

⁴⁹ Angers, 3^{ème} ch., 26 septembre 1989, *Juris-Data* n° 1989-051990.

⁵⁰ E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2012*, Paris, Dalloz, coll. *Hypercours*, 6^e éd., 2011, p. 30, n° 32.

donnent des cours de catéchisme⁵¹ ou forment les choristes de la paroisse⁵². La solution pourrait s'autoriser des travaux préparatoires d'une loi du 31 mars 1922, les parlementaires ayant estimé pour les besoins de son application que les locaux voués à l'exercice du culte étaient des locaux professionnels⁵³. Elle soulève néanmoins certaines interrogations. Constituait un professionnel, au sens de la loi de 1922, toute personne autre qu'un fonctionnaire public, peu important le caractère désintéressé ou lucratif de son activité. Le champ d'application se voulait extrêmement large, de sorte que les dispositions s'appliquaient également aux œuvres de bienfaisance. Eu égard au contexte de l'après-guerre, on pourrait donc se dire que le législateur a voulu faire profiter le plus grand nombre possible de locataires des mesures de faveur qu'il entendait mettre en œuvre. D'autre part, la définition applicable en matière de bail est bien plus large que celle qui a cours par ailleurs. Conformément à la jurisprudence, en effet, le local professionnel est non seulement celui où est exercée une profession, mais également celui où est exercée une fonction grâce à laquelle le locataire va percevoir un revenu de façon habituelle⁵⁴. Or, un auteur a fait remarquer à juste titre que, bien qu'il agisse à titre désintéressé, le ministre du Culte perçoit dans le cadre de son activité des sommes participant à sa subsistance⁵⁵.

Tout aussi problématique est la qualification des contrats par lesquels les ministres du Culte acquièrent du matériel en vue de l'exercice de leurs fonctions. Se pose alors la question de savoir si l'exercice de l'activité sacerdotale ouvre droit au bénéfice de la législation consumériste. Il arrive bien souvent, en effet, que ces derniers demandent l'annulation de contrats de location pour non-respect des obligations d'information précontractuelle prévues par le Code de la consommation, et l'on pourrait imaginer également qu'ils cherchent à profiter de la législation sur les clauses abusives. Contrairement à certaines juridictions du fond⁵⁶, la Première Chambre civile estima en 1988 qu'« *il ne suffisait pas que le photocopieur eût été acheté aux fins d'être utilisé par la paroisse pour que cet achat fût considéré comme effectué "pour des besoins professionnels"* »⁵⁷. La solution est pour le moins ambiguë. D'un côté, il est permis de penser que la Cour de cassation entend dénier la qualité de professionnels aux ecclésiastiques agissant dans le cadre de leur ministère parce que, justement, ils n'exerceraient pas de profession. Pourtant d'un autre côté, en déclarant que l'opération n'a pas pour but de satisfaire des besoins professionnels, peut-être la Haute juridiction admet-elle, implicitement, que l'activité sacerdotale correspond à une profession, mais que,

⁵¹ Com. sup. cass., 2^{ème} sect. 29 juillet 1921 : *Rev. Loyers*, 1921, p. 199.

⁵² Com. sup. cass., 2^{ème} sect., 13 mars 1924 : *Doc. cath.*, 1924, 1, 1343.

⁵³ Cette loi interprétait une loi du 9 mars 1918 qui entendait prolonger les baux à usage professionnel conclus avant la Première Guerre mondiale.

⁵⁴ Paris, 30 octobre 1995 : *D.* 1995, IR p. 248 ; *Loyers et copr.* 1996, n° 111.

⁵⁵ G. DOLE, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁶ TGI Châteauroux, 2 décembre 1982 : *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. p. 144.

⁵⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 1988 : *Bull. civ.* I, n° 125 ; *D.* 1988, somm. p. 407, note J.-L. AUBERT ; *RTD Com.* 1989, p. 110, obs. B. BOULOC ; *RTD Civ.* 1989, p. 62, obs J. MESTRE ; *D.* 1990, jurispr. p. 61, note J. KARILA DE VAN ; *JCP G* 1988, IV, 237.

s'agissant d'un contrat conclu en dehors de la sphère de compétence des ministres du Culte, il ne pouvait être question d'exclure la qualité de consommateur⁵⁸. Si cette dernière solution est en contradiction avec l'ancienne rédaction de l'article L. 121-22 du Code de la consommation, elle n'est pas à exclure. D'une part, des arrêts qui ne sont pas relatifs à l'activité de ministre du Culte viennent étayer cette thèse⁵⁹. D'autre part, le fait est que le nouvel article L. 121-22 exclut de la législation protectrice sur le démarchage les contrats en rapport direct avec l'activité professionnelle. Ce changement peut être présenté comme une consécration de la jurisprudence. En tout état de cause, une fois rejetée l'interprétation selon laquelle le ministre du Culte ne serait pas un professionnel, on ne peut que conclure que la Cour de cassation a voulu signifier que le nombre des activités professionnelles du ministre du Culte devait être entendu de manière limitative. Contrairement à certains auteurs⁶⁰, nous pensons donc qu'il est inutile de se demander si l'activité professionnelle du ministre du Culte se limite à l'exercice du sacerdoce ou s'il faut y inclure les activités telles que l'enseignement religieux ou l'organisation d'une chorale. Mais en tout état de cause, que l'on retienne une approche large ou stricte, l'exercice du ministère ne répond pas vraiment à la définition du professionnel que l'on retient habituellement en droit de la consommation⁶¹. Certains auteurs définissent en effet le professionnel comme celui qui exerce une activité économique, autrement dit une activité de production, de distribution ou de prestation de services⁶². Mais ces mêmes auteurs ne se contredisent-ils pas lorsqu'ils admettent à demi-mot que le ministère du Culte constitue une profession en se référant dans leurs écrits relatifs à la réglementation du démarchage à l'arrêt de 1988⁶³, dont nous proposons ici une interprétation ?

En somme, en dépit de quelques évolutions, le législateur et le juge se montrent plutôt bienveillants à l'égard des personnes physiques ou morales réalisant des activités religieuses lorsqu'elles agissent dans le cadre d'une activité pastorale. Ils le sont un peu moins lorsqu'il s'agit de qualifier des contrats utilisés par des croyants dans le cadre d'une activité qui n'est pas nécessairement religieuse. On pense ici aux problèmes que pourrait poser la finance islamique.

⁵⁸ J. COUARD, *L'entreprise congréganiste en droit des affaires*, préf. PH. LE TOURNEAU, Defrénois, coll. *Doctorat & Notariat*, T. 41, 2009, p. 400, n° 593 bis.

⁵⁹ Cass. Civ., 15 avril 1982 : *D.* 1984, jur. p. 439, note J.-P. PIZZIO – 14 mars 1984 : *RTD com.* 1985, p. 348, obs. J. HEMARD et B. BOULOC.

⁶⁰ J. KARILA DE VAN, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 1988, préc.

⁶¹ J. KARILA DE VAN, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 1988, *D.* 1990, jurisp. p. 61 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 1988, *JCP G* 2004, I, 123.

⁶² J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd., coll. *Précis*, 2010, p. 4, n° 3. – PH. LE TOURNEAU, « Les critères de la qualité de professionnel », *LPA* 2005, n° 181, p. 4 – Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} édition, 2010, p. 29, n° 39.

⁶³ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 129, n° 112.

b/ La qualification des contrats de la finance islamique

L'étude des textes sacrés de l'Islam révèle l'existence de règles qui ont inspiré le droit musulman, mais qui ne sont pas sans poser de problèmes. La soumission des contrats de la finance islamique à ces règles ne suscite le plus souvent aucune difficulté particulière dans la mesure où bon nombre d'entre elles sont, pour la plupart, identiques à celles de notre droit des contrats et ne se heurtent pas à des dispositions d'ordre public⁶⁴. Néanmoins, le droit français se montre parfois plus libéral que la loi musulmane. L'une des questions les plus problématiques concerne sans nul doute la prohibition de l'intérêt.

Murabaha. L'un des contrats les plus problématiques est sans nul doute la *murabaha*⁶⁵. Le professeur Philippe Malaurie met en garde contre la *murabaha* et évoque un risque de requalification qui pourrait coûter cher aux financeurs⁶⁶. Conformément à l'article 12 du Code de procédure civile, le juge n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties à un contrat. S'agissant des contrats de la finance islamique, le risque serait de voir l'accord de volonté requalifié en contrat de crédit. Or, dans la mesure où ce contrat ne respecterait ni les dispositions de l'article 1907 du Code civil, qui impose que la mention du taux d'intérêt soit expressément stipulée, ni celles de l'article L. 313-2 du Code de la consommation, relatives à la mention écrite du taux effectif global dans tout contrat de prêt, qui sont d'ordre public, le financeur s'exposerait à des sanctions pénales et civiles. En revanche, selon Messieurs Serhal et Cekici, si l'on s'en tient à la prestation caractéristique, l'opération consistant en un transfert de propriété, et non en une mise à disposition de fonds, celle-ci devrait logiquement s'analyser en une vente au sens de l'article 1582 du Code civil, et non en un contrat de crédit. Le fait que le paiement se fasse de manière échelonnée n'y changerait rien⁶⁷. Dès lors, on conclurait que la *murabaha* n'a pas à respecter l'obligation de faire mention du taux d'intérêt et du taux effectif global.

Mais à la vérité, si l'on tient ce raisonnement, les inquiétudes de Philippe Malaurie apparaissent malgré tout fondées. L'article L. 313-2 du Code de la consommation exige en effet la détermination par écrit du taux effectif global dans tout contrat de prêt « régi par la présente section », consacrée au taux d'intérêt. L'article suivant, qui appartient à cette même section, précise que « les crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament sont (...) assimilés à des

⁶⁴ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Les principes de la finance islamique : présentation et illustration », *RD banc. fin.* 2011, n° 13.

⁶⁵ Dans ce type d'opération économique, une personne va s'adresser à une autre personne pour lui demander d'acquérir un bien dont elle a besoin auprès d'un tiers, puis de lui en transférer la propriété. L'intermédiaire ne perçoit pas d'intérêts à proprement parler. Cependant, il sera bien rémunéré puisqu'il concède le bien à un prix supérieur à celui auquel il l'a acheté.

⁶⁶ P. MALAURIE, « Finance islamique : interdiction coranique du prêt à intérêt et subterfuges civils et fiscaux », *JCP N* 2010, act. p. 888.

⁶⁷ C. J. SERHAL, I. Z. CEKICI, « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *Banque et Droit*, juil.-août 2009, p. 3.

prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet ». Or, l'on s'accorde généralement à dire que la *murabaha* est une opération constituée par des ventes à tempérament⁶⁸. Dès lors, pour les besoins de la protection des consommateurs, elle tombe sous le coup de l'article L. 313-3. Elle fait donc partie des contrats régis par la section relative au taux d'intérêt et devrait en toute logique être soumise au formalisme requis à l'article L. 313-2.

Musharaka. Des problèmes de qualification existent également en ce qui concerne la *musharaka*⁶⁹ qui devrait être assimilée, selon certains auteurs, à un prêt participatif. Dans ce cas, l'application de l'article L. 313-2 du Code de la consommation ne ferait guère de doute. En outre, elle n'échapperait pas à l'obligation de mentionner le taux d'intérêt à l'écrit. C'est la raison pour laquelle il a été proposé de fixer le taux de l'intérêt fixe à zéro. De cette façon, la rémunération du prêteur serait seulement fonction de la clause de participation⁷⁰. Une telle astuce, qui n'est pas sanctionnée par le Code monétaire et financier⁷¹, permettrait de concilier efficacement liberté religieuse et liberté contractuelle. Quoiqu'il en soit, assimiler la *musharaka* au prêt participatif plutôt qu'au contrat de société aurait des conséquences non négligeables. Certes, la mise en place d'un prêt participatif est plus souple, alors que la gestion d'une société peut représenter au quotidien une contrainte pesante. Cependant, ce type de prêt ne peut être accordé qu'à certaines personnes physiques ou morales, les seuls bénéficiaires mentionnés par la loi étant les entreprises artisanales, industrielles et commerciales⁷². En revanche, l'usage de la *musharaka* ne se limite pas à ces types d'activités, et l'on ne saurait retenir une qualification distincte selon que le contrat soit ou non conclu par une personne autorisée à bénéficier d'un prêt participatif. Du point de vue civil, le risque est considérable pour le prêteur, et incontestablement plus grave que celui qu'il encourt en cas de violation de l'article L. 313-2 du Code de la consommation. En effet, selon la jurisprudence, l'emprunteur qui se voit accorder un prêt participatif en violation des conditions personnelles prévues par la loi n'a pas à rembourser les sommes dont il a bénéficié⁷³.

Au vu de ce qu'il précède, il serait sans doute mieux indiqué de transposer la *musharaka* en droit français par le biais du contrat de société. Au-delà des

⁶⁹ La *musharaka* est une technique de financement issue du droit musulman qui consiste pour une personne à apporter des fonds en vue de la réalisation d'un projet sans être certaine de récupérer sa mise, puisqu'elle doit participer aux pertes et profits de l'opération économique réalisée.

⁷⁰ C. J. SERHAL, I. Z. CEKICI, « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », art. préc.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² C. mon. fin., art. L. 313-13.

⁷³ Cass. Com., 18 juin 2002 : *RJDA* 2002, n° 1310 ; *Banque et Droit*, nov.-déc.2002, p. 54, obs. T. BONNEAU.

considérations étymologiques⁷⁴, cette solution s'imposerait sur le plan juridique. En effet, le droit musulman pose un principe de répartition des profits et des pertes⁷⁵. Eu égard à cela, la *musharaka* répond à la définition posée à l'article 1832 du Code civil, dans la mesure où plusieurs personnes participent à l'opération, en réalisant un apport en numéraire. Par ailleurs, la personne qui finance l'opération ne se contente pas de récolter une partie des profits de celui à qui elle accorde les sommes, mais se doit également de supporter les risques de l'opération. En tout état de cause, si l'on considère que la *musharaka* est un contrat de société, il conviendra de s'abstenir d'y faire figurer une clause de participation, qui laisserait penser que les parties ont voulu conclure un prêt participatif⁷⁶.

La qualification des contrats de la finance islamique constitue un enjeu de taille. L'ensemble des dispositions d'ordre public applicables en droit français rend difficile la prise en compte des exigences de la *Charia*. On ne saurait cependant reprocher au législateur de vouloir garantir l'effectivité du droit de la consommation. S'il commençait en effet à admettre des dérogations en raison de l'appartenance religieuse des parties, il lui serait difficile ensuite d'empêcher que les bailleurs de fonds ne se détournent de la finance classique au profit de la finance éthique.

En somme, l'influence de la religion sur les contrats est particulièrement forte en matière de qualification même si l'on sent chez les juridictions un certain désir de revenir à plus d'orthodoxie. L'on pense ici surtout aux contrats conclus pour organiser la vie en commun au sein des communautés religieuses. L'influence de la religion se manifeste, en matière de qualification, par la mise à l'écart du droit étatique au profit de celles de l'ordre religieux. Mais c'est parfois sous une autre forme que se manifeste l'influence de la religion dans le contrat. Il s'agit alors de lutter contre les discriminations religieuses injustifiées. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne le choix du contractant.

2/ L'influence des convictions religieuses sur le choix du contractant

Lorsque la considération de la personne du cocontractant est déterminante du consentement, le contrat se voit appliquer un régime particulier, lors de sa formation. Or, la religion fait justement partie des qualités susceptibles d'être prises en compte pour refuser la conclusion d'un contrat, mais dont le législateur a choisi de réguler la prise en considération. L'interdiction est d'autant plus lourde qu'elle ne s'applique pas seulement aux refus de contracter discriminatoires, mais affecte également certains réfractaires à la conclusion d'une convention en l'absence de toute différence de traitement entre les différents partenaires potentiels, quitte à porter atteinte à leur propre liberté religieuse. Cette prohibition

⁷⁴ Le terme « *musharaka* » est issu du terme arabe « *sharika* », qui signifie société.

⁷⁵ M. BALI, « Le réveil de la société en participation par les finances éthiques », *RD banc. fin.* 2011, n° 3.

⁷⁶ *Ibid.*

a donc un domaine étendu (a), mais elle n'est pas absolue, car l'émergence de certaines entités ayant pour objet la réalisation d'activités à forte connotation religieuse a nécessité un assouplissement des règles de droit (b).

a/ La prohibition étendue du refus de négocier ou de contracter

La religion, motif non légitime de discrimination. L'article L. 225-2 du Code pénal sanctionne le refus de contracter dans une multitude de contrats⁷⁷. Il influe donc nécessairement sur la liberté contractuelle des parties. Cela dit, à supposer que l'individu accusé n'arrive pas à démontrer qu'il n'était pas animé d'un dessein discriminatoire, les sanctions civiles pouvant être prononcées à son encontre ne sont guère nombreuses. Aucune sanction n'est véritablement déterminée par la loi, si ce n'est, en droit du travail, l'annulation de la procédure de recrutement⁷⁸. La question est importante, car l'on constate que la sanction pénale est uniforme, mais que les sanctions civiles varient selon la nature du contrat et la qualité qui a conduit à une discrimination. Le moins que l'on puisse dire est que la liberté de religion n'est guère favorisée.

L'offre de contrat qui est faite à une personne indéterminée engage le pollicitant à l'égard du premier acceptant. Néanmoins, un régime spécifique est réservé aux offres de contrat lorsque la considération de la personne est de première importance. Selon Madame Contamine-Reynaud, l'hypothèse dans laquelle l'offrant refuse de contracter avec une personne qui possède une certaine qualité participerait de l'*intuitu personae* négatif, ce qui aurait pour conséquence de lier l'offrant au premier acceptant ne possédant pas des qualités qu'il juge rédhibitoires. Son refus pouvant faire l'objet d'un contrôle juridictionnel visant à en apprécier la validité, il devrait être motivé. S'appuyant sur la jurisprudence⁷⁹, l'auteur fait valoir que le refus fondé sur un motif illégitime est dépourvu d'effet⁸⁰. À partir de là, on pourrait considérer que celui qui aurait accepté de contracter avec une personne si elle n'avait pas appartenu à une religion déterminée devrait être sanctionné. En effet, le motif invoqué serait nécessairement illégitime puisque sa prise en compte est interdite par la loi. L'acceptant serait fondé à réclamer l'exécution forcée en nature du contrat conclu. En réalité, cette explication semble difficilement admissible en l'état actuel du droit. Force est de constater que le législateur considère parfois que le refus de contracter pour des raisons contraires à l'ordre public peut être sanctionné par la conclusion forcée du contrat, mais qu'il

⁷⁷ T. corr. Paris, 19 décembre 1991, Juris-Data n° 1991-051715 : *Gaz. Pal.* 1996, 1, Somm. p. 51 (à propos d'un poste de dentiste qui ne visait que les femmes de confession musulmane) – Nancy, 8 octobre 2008 : *Annuaire Droit et Religions*, Vol. 4, 2009-2010, p. 574, note J. COUARD (condamnation du propriétaire d'un gîte rural pour avoir demandé à deux clientes de confession musulmane d'ôter leur voile dans les parties communes de son établissement).

⁷⁸ C. trav., article L. 1132-4.

⁷⁹ Bordeaux, 8 mars 1881 : S. 1882, II, p. 63 ; D. 1882, II, p. 208 – Cass. Req., 2 mars 1932 : S. 1932, p. 166, note J.-L. AUBERT.

⁸⁰ M. CONTAMINE-REYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse dactylographiée, Université Paris II-Panthéon-Assas, 1974, p. 56, n° 44.

se refuse à considérer l'offrant comme étant définitivement engagé dans une relation contractuelle. Ainsi, l'article 54 de la loi du premier septembre 1948, relative aux baux d'habitation et professionnels, oblige le bailleur qui refuse de louer un immeuble à une personne à raison du nombre de ses enfants à consentir un bail pour une durée minimale de trois ans⁸¹. Pourquoi le législateur aurait-il expressément prévu, dans des hypothèses exhaustives, la conclusion forcée du contrat si celui-ci était déjà parfait ? Une telle disposition serait absolument dénuée d'utilité. La position de la loi diffère fortement de celle de la jurisprudence. Cela étant, il ne semble guère plus indiqué de se mettre à la recherche de dispositions qui prévoient la conclusion forcée du contrat. L'étude des textes conduit à penser qu'aucun article ne vise le cas particulier de la discrimination religieuse. À vrai dire, on comprend mal pourquoi la discrimination religieuse ne donne pas lieu aux mêmes sanctions que celles qui ont cours en matière de discrimination à raison du nombre d'enfants. Cela étant, cette solution se veut peu réaliste. Le temps que se tiennent le procès, le contractant aurait déjà certainement conclu une convention avec un tiers et ne serait pas en mesure de donner satisfaction au demandeur, sauf à lui octroyer une réparation pécuniaire. On préférera donc au point de vue de Madame Contamine-Reynaud celui de la partie de la doctrine qui considère que la responsabilité qui découle du refus de contracter discriminatoire est d'ordre délictuel⁸².

Madame Contamine-Reynaud considère également que si l'*intuitu personae* est positif, que l'offrant a préféré à une personne une autre personne qui possédait certaines qualités, il peut toujours retirer son offre s'il découvre, après coup, que la personne choisie possède une qualité qu'il juge rédhibitoire. L'auteur estime qu'on peut difficilement empêcher l'offrant de retirer son offre puisque, de toute façon, celui-ci pourra demander la nullité du contrat pour erreur sur les qualités substantielles de la personne⁸³. Cela étant, une telle demande suppose selon nous que la qualité jugée rédhibitoire ne soit pas l'une de celles dont la loi interdit la prise en compte. Dans le cadre de la présente étude, l'on conclura donc que l'offrant ne pourrait révoquer l'offre de contrat faite à une personne après avoir pris connaissance de ses opinions religieuses. Qui plus est, le droit français prévoit des dispositions qui sanctionnent le refus de contracter discriminatoire. Ces dispositions ne permettent pas de faire le départ entre les cas relevant de l'*intuitu personae* négatif de ceux relevant de l'*intuitu personae* positif. On ne pourra tenir rigueur au législateur de ne pas s'être inspiré de cette proposition doctrinale tant il est difficile, en pratique, de distinguer l'*intuitu personae* positif de l'*intuitu personae* négatif⁸⁴. Il serait probablement plus judicieux de s'en tenir à une sanction unitaire, la réparation pécuniaire.

⁸¹ L. BOYER, Rép. Civ. Dalloz, v° *Contrats et conventions*, n° 123.

⁸² N. DAMAS, Rép. Civ. Dalloz, v° Baux d'habitation et mixtes (Rapports locatifs individuels : loi du 6 juillet 1989), n° 54.

⁸³ M. CONTAMINE-REYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 56, n° 44.

⁸⁴ D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, préf. P. LE TOURNEAU, impr. La Mouette, coll. Doctorat et Notariat, 2001, p. 211, n° 380.

À l'analyse, le dispositif de lutte contre les discriminations religieuses à cet effet se révèle, sur le plan civil, bien moins efficace que celui qui a été mis en place en vue de garantir le respect de certaines autres qualités, compte tenu de l'absence de disposition permettant la conclusion forcée du contrat. On ne saurait cependant s'attarder sur l'inconvénient. Bien plus choquant est le sort réservé aux convictions religieuses dans le cadre de la législation sur les refus de vente.

La religion, motif non légitime de refus de vente. L'article L. 122-1 du Code de la consommation fait interdiction aux professionnels de refuser de vendre des biens ou de réaliser une prestation de service pour un non-professionnel ou un consommateur à moins d'invoquer un motif légitime. Si dans cette hypothèse, le refus de contracter ne résulte pas forcément d'une volonté de discrimination, il n'en sera pas moins admis. L'hypothèse la plus problématique concerne les pharmaciens qui refusent de vendre à leurs clients des pilules contraceptives ou des pilules abortives du fait de leurs convictions religieuses. Poursuivis sur le fondement de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, ces derniers arguaient que la préservation de leurs croyances constituait un motif légitime de refus. Condamnés par la Cour de cassation, ils saisirent la Cour de Strasbourg⁸⁵, qui jugea que cette restriction était justifiée par le monopole institué au profit des pharmaciens pour la délivrance des pilules abortives. L'argument n'est pas infaillible, car il faut tenir compte du contexte dans lequel est intervenue l'adoption de cette disposition permettant à certains professionnels de la santé uniquement de refuser de fournir un bien ou une prestation de service. À l'époque, il n'était pas possible de se procurer des produits pharmaceutiques ou abortifs dans des officines pharmaceutiques⁸⁶, de sorte qu'une clause de conscience n'avait pas d'utilité. Or, en dépit de l'évolution des produits abortifs et contraceptifs, la législation n'a jamais été étendue aux pharmaciens. Par ailleurs, certains auteurs ont fait valoir qu'il est possible de préserver les convictions religieuses des professionnels de toute atteinte tout en ménageant les intérêts des clients, dès lors qu'il est possible de procéder à une substitution de débiteur⁸⁷. On peut étendre cette idée au cas des pharmaciens. En tout état de cause, puisque la sanction du refus de vente opposé par les pharmaciens d'officine reposerait sur des considérations de santé publique on peut imaginer que d'autres professionnels, en dehors du domaine de la santé, puissent avec succès invoquer des motifs religieux pour refuser de consentir à une vente ou à la réalisation d'une prestation de services, sans pour autant bénéficier d'une clause de conscience, dès lors qu'ils ne sont pas en situation de monopole. La jurisprudence française est malheureusement silencieuse sur la question.

Le cas des pharmaciens d'officine témoigne de la rigueur des tribunaux à l'égard du fait religieux et d'une conception stricte de la liberté religieuse.

⁸⁵ Cour EDH, 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c/ France* : JCP E 2002, II, 1045, note J. RAYNAUD.

⁸⁶ G. MÉMÉTEAU, « Avortement et clause de conscience du pharmacien », JCP G 1990, I, 3443.

⁸⁷ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, Paris, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, T. 235, 1993, p. 224, n° 394 et s.

Néanmoins, les dispositions relatives à la discrimination viennent atténuer ce constat, car elles garantissent le respect de la liberté de croyance face à la liberté contractuelle. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas croire que ces textes interdisent toute préférence à raison de l'appartenance religieuse dans le processus de formation des conventions.

b/ La prohibition non absolue du refus de négocier ou de contracter

L'admission de la préférence religieuse dans les hypothèses non visées par la loi. À s'en tenir au raisonnement de Monsieur Desideri, il ne saurait exister de discriminations entre particuliers dans la mesure où cela implique de pouvoir choisir entre plusieurs offres⁸⁸. L'opinion soutenue par cet auteur semble en fait peu convaincante puisque l'on voit bien que l'article 225-1 du Code pénal ne fait aucune distinction. Il importe donc peu que l'offrant et la personne discriminée soient tous les deux des non professionnels. On pourrait également émettre des objections à l'égard de l'idée développée par le professeur Laurent Leveneur, pour lequel « *il convient de signaler que les limitations expresses de la liberté de choix atteignent presque exclusivement la personne qui offre un bien, un service ou un emploi. Le consommateur, le travailleur, le candidat locataire ou acheteur d'un logement restent, eux, totalement libres de choisir leur cocontractant* »⁸⁹. En réalité, la liberté des particuliers trouve également ses limites dans la mesure où le Code pénal réprime les actes qui entravent l'exercice d'une activité économique⁹⁰. Aussi nous semble-t-il possible de sanctionner, au niveau civil, le refus d'une offre de conclure l'un des contrats ci-dessus mentionnés en considération de l'appartenance religieuse de l'offrant, puisqu'un tel comportement contrevient à l'ordre public.

Reste néanmoins à définir ce qu'il convient d'entendre par l'expression « activité économique ». Si l'on s'en tient à la jurisprudence, une vente entre particuliers n'entre pas dans le champ d'application des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal⁹¹. Autrement dit, le champ des activités économiques ne s'étend pas aux conventions entre particuliers. De tout cela, il ressort qu'une personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle ne pourrait pas échapper à la législation sur les discriminations. En revanche, une personne n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle, si elle pouvait être sanctionnée pour avoir

⁸⁸ J.-P. DÉSIDÉRI, « Les discriminations dans le choix de son cocontractant », *Dr. et Patr.*, n° 60, mai 1998.

⁸⁹ L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA* 1998, p. 676.

⁹⁰ Toulouse, 1^{er} décembre 1988, *Juris-Data* n° 1988-049083 : sanction d'un prévenu qui avait refusé d'être assisté par un avocat commis d'office du seul fait de sa couleur de peau. La solution pourra aisément être transposée en matière de religion.

⁹¹ *Crim.* 24 mai 2005 : *Bull. crim.*, n° 151 ; *Dr. pénal* 2005, comm. p. 120, note M. VÉRON – 28 novembre 2006 : *Bull. crim.*, n° 294 ; *Dr. pénal* 2007, comm. p. 130, note M. VÉRON ; *RSC* 2007, p. 79, obs. Y. MAYAUD ; *Rev. pénit. dr. pén.* 2007, p. 681, note M. DANTI-JUAN.

refusé d'acheter un bien à un particulier, pourrait continuer à refuser l'offre d'achat émise par un non professionnel.

Dans les contrats qui n'entrent pas dans ce cadre peut se profiler une certaine préférence religieuse. Tel est le cas, par exemple, du contrat de mariage⁹². À ces hypothèses dans lesquelles le comportement ne pourra pas être sanctionné, faute d'entrer dans le domaine des articles sanctionnant la discrimination, il faut ajouter celles où la préférence religieuse sera admise alors même qu'elle serait commise dans l'un des cas prévus par le législateur.

L'admission de la préférence religieuse dans des cas pourtant visés par la loi. L'article 225-3 du Code pénal énonce plusieurs cas dans lesquels le refus de contracter avec un individu pour l'un des motifs invoqués à l'article 225-1 n'est plus répréhensible. Le texte vise l'état de santé, le handicap, le sexe ou encore la nationalité. Néanmoins, aucune dérogation n'est expressément prévue dans le cas de l'appartenance religieuse. Faut-il en conclure pour autant que le refus de négocier ou de contracter sera toujours, dans cette hypothèse, pénalement sanctionné ? De même, le droit du travail admet les différences de traitement fondées sur l'âge, l'état de santé et le handicap. Mais de la même façon que le droit pénal, il n'a rien prévu en ce qui concerne l'appartenance confessionnelle. Pourtant, dans ce domaine, il est sans nul doute possible d'échapper à une sanction dans la mesure où il existe un lien entre le motif religieux à l'origine du refus et la nature de la prestation objet du contrat. C'est ainsi que la religion des salariés peut être prise en compte dans les entreprises de tendance.

Cette solution serait dictée par le souci de préserver la liberté d'organisation des groupes religieux⁹³. Il est vrai qu'aujourd'hui, la jurisprudence estime qu'il est possible de conclure à l'existence de contrats de travail au sein de congrégations ou d'associations culturelles⁹⁴. En outre, certains mouvements religieux sont simplement constitués sous la forme d'associations de droit commun. Dans ces cas, la dévotion des croyants n'a jamais fait obstacle à la qualification de louage de services. Or, le refus de contracter est en la matière très réglementé. L'idée est conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme.

Mais l'on constate finalement que cette possibilité n'est pas ouverte qu'aux groupements religieux. C'est du moins ce que l'on peut penser suite à l'affaire *Fernandez Martinez*⁹⁵. En l'espèce, un prêtre faisant office de professeur de religion dans un lycée public avait dû faire face au non-renouvellement de son contrat de travail. L'évêque avait émis un avis défavorable à la conclusion d'un nouveau contrat, car le salarié avait fait part dans un journal de son opposition au

⁹² J.-P. DÉSIDERI, « Les discriminations dans le choix de son cocontractant », préc.

⁹³ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOERHLING, *Traité de droit français des religions*, op. cit., p. 721, n° 1501.

⁹⁴ Cass. Soc., 29 octobre 2008, préc. ; Cass. Soc., 20 janvier 2010, préc.

⁹⁵ Cour EDH, 15 mai 2012, *Fernandez Martinez c/ Espagne* : *AJDI* 2012, p. 1726, chron. L. BUGORGUE-LARSEN.

célibat des prêtres et avait critiqué les opinions de l'Église catholique en matière d'avortement, de divorce, de sexualité et de contraception. Or, l'avis de l'évêché liait l'administration. Le prêtre se prévalut en justice de la violation de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme, mais n'obtint pas gain de cause. Cependant, on peut penser que la solution aurait été la même s'il avait invoqué l'article 9. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé qu'il fallait préserver l'autonomie des Églises, garantie par l'article 9 de la Convention, au prétexte que celle-ci était « *indispensable au pluralisme dans une société démocratique* ». La Cour précise que cette autonomie est. La solution de l'affaire pourra néanmoins surprendre, car le prêtre n'exerçait pas ses fonctions de professeur au sein de l'Église, mais dans un établissement public.

En définitive, lorsque l'on s'interroge sur l'influence de la religion sur le choix d'un contrat et d'un cocontractant, on aboutit à un constat en demi-teinte. Le législateur et la jurisprudence semblent tiraillés entre le souci de préserver l'autonomie des organisations religieuses et leur volonté de garantir le respect de la liberté de conscience des personnes physiques qui œuvrent au sein de ces mouvements. Parallèlement à cela, ils doivent également trouver un équilibre entre la liberté contractuelle et la liberté religieuse. Le plus souvent, il faut bien constater que cette dernière finit par l'emporter sur la première. Il s'agira de voir maintenant si cette tendance se confirme au regard des règles relatives à la validité des contrats.

B.- L'influence des convictions religieuses sur la validité du contrat

Les convictions religieuses d'une personne sont susceptibles d'être fortement mises à mal lors de la conclusion d'un contrat, soit qu'elle fasse l'objet de discriminations, soit qu'on cherche à encadrer ses choix. En outre, sachant que les religions promeuvent pour la plupart des idéaux de charité et incitent à mettre de côté les richesses matérielles, le croyant pourrait être tenté de se dépouiller au profit de son Église. La théorie générale des contrats viendra fort heureusement limiter les risques encourus par le contractant. Le droit des contrats ne permet donc pas seulement de protéger la liberté religieuse du contractant (1). Il constitue également un instrument de lutte contre l'influence sectaire ou religieuse (2).

1/ La protection contre une remise en cause de la liberté religieuse

Des contractants pourront chercher à imposer autrui leurs convictions religieuses. Ils ne sont pas toujours animés, cependant, d'un dessein discriminatoire. Tel est le cas notamment des entreprises de tendance. Il serait donc excessif de prohiber de manière absolue toute renonciation à la protection des convictions lorsqu'un encadrement suffirait à garantir l'effectivité de la liberté religieuse. Mais c'est parfois après coup que le contractant cherchera à obtenir l'annulation de la convention, une fois qu'il aura eu vent des opinions religieuses de son cocontractant. Dans ce cas, la jurisprudence a choisi, sans que l'on puisse

véritablement le lui reprocher, d'apporter des nuances aux règles du droit commun des contrats. En tout état de cause, la liberté religieuse sera protégée tant par une admission limitée des vices du consentement (a) que par l'encadrement de l'objet du contrat (b).

a/ La protection par une admission limitée des vices du consentement

Des tribunaux ont pu refuser la nullité d'un contrat alors qu'il était reproché à un salarié d'avoir caché son appartenance au clergé⁹⁶. Cette solution ne peut surprendre, car, en droit social, le rejet du dol est appuyé par une disposition spécifique à la matière⁹⁷. En dehors du droit du travail, en revanche, la jurisprudence relative au dol n'est guère foisonnante en ce qui concerne les convictions religieuses. La jurisprudence ayant précisé que la réticence dolosive était également condamnable⁹⁸, l'on pourrait croire que le contrat serait susceptible d'annulation en cas de mensonge de l'une des parties sur sa confession. Pourtant, il serait logique de considérer qu'il existe, pour tous les types de contrats, un droit au mensonge, dès lors que sont concernées les convictions religieuses et que l'on se situe dans le domaine des textes relatifs à la lutte contre la discrimination. De même, l'absence de disposition ne doit pas laisser croire à l'absence d'aménagement en ce qui concerne l'erreur. Tout comme le dol, l'erreur portant sur la chose est peu problématique et n'a pas nécessairement vocation à être rejetée, bien que la chose ait un caractère religieux. Il suffit simplement que la qualité invoquée ait été connue des deux parties. Bien plus complexe en revanche est la détermination du domaine de l'erreur sur la personne. Invoquant un arrêt de 1899⁹⁹, une partie de la doctrine contemporaine laisse entendre que l'annulation d'un contrat pour cause d'erreur sur la religion du contractant serait susceptible d'être admise eu égard à sa confession¹⁰⁰. En l'espèce, un salarié, recruté par une société en vue de la représenter au Maghreb, avait omis de préciser qu'il était juif. À la suite d'une série d'évènements qui avaient entraîné une nette dégradation de la condition des israélites en Algérie et qui avait conduit l'employeur à lui retirer ses attributions, celui-ci demandait en justice la résiliation de son contrat de travail et réclamait à la société des dommages et intérêts. Cette dernière invoquait, pour sa défense, la nullité du contrat pour cause d'erreur sur la personne. Saisie du litige, la Cour d'appel de Besançon jugea cependant que l'erreur sur la religion du représentant ne pouvait conduire à l'annulation de la convention dans la mesure où la société n'était pas en mesure de prouver que cette qualité avait été déterminante de son consentement. Cette solution est conforme à la jurisprudence relative à l'article 1110 du Code civil, selon laquelle l'erreur doit porter sur une qualité jugée

⁹⁶ Cass. Soc., 17 octobre 1973 : *JCP G* 1974, II, 17698, note Y. SAINT-JOURS.

⁹⁷ C. trav., art. L. 1221-6.

⁹⁸ Civ. 3^{ème}, 15 janvier 1971 : *Bull. civ.* III, n° 38 ; *RTD civ.* 1971, p. 839, obs. Y. LOUSSOUARN – 2 octobre 1974 : *Bull. civ.* III, n° 330.

⁹⁹ Besançon, 15 juin 1926 : *S.* 1926, 2, p. 119.

¹⁰⁰ S. PLANA, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, Paris, L'Harmattan, coll. La Librairie des Humanités, 2006, p. 282, n° 464.

substantielle et dont l'importance est connue des deux contractants. Toutefois, l'arrêt étudié apparaît relativement ancien. Il a été rendu avant que ne soit adoptée, en 1972, une loi pénale qui sanctionne les discriminations religieuses. Sans doute faut-il donc aujourd'hui distinguer plusieurs hypothèses. Si l'on invoque l'erreur sur la personne pour une convention étrangère au domaine de la lutte contre les différences de traitement illégitimes, la logique voudrait que l'on puisse invoquer la nullité pour erreur sur la religion. Mais si l'on invoque l'erreur sur la religion dans une convention qui tombe sous le coup des dispositions qui condamnent la discrimination religieuse, comment pourrait-on admettre une erreur sur les convictions religieuses d'un contractant tout en sanctionnant le refus de contracter ? En effet, lorsque l'une des parties à une convention en requiert en justice la nullité du fait de l'appartenance religieuse de l'autre partie, cela signifie nécessairement qu'elle n'aurait pas conclu le contrat si elle en avait été avisée plus tôt. Elle aurait donc opposé à son cocontractant un refus de contracter fondé sur un motif discriminatoire. Sauf à faire état d'un motif légitime, autrement dit d'un lien direct avec l'objet du contrat, une telle argumentation ne semble pas recevable. Mais ne serait-il pas possible de distinguer les hypothèses dans lesquelles le demandeur invoque une erreur portant sur la religion de l'autre partie qui le conduiraient finalement à préférer les membres de certaines religions en particulier, de celles où l'erreur aurait pu être invoquée, quelle que soit la religion du cocontractant ? On pourrait invoquer, au soutien de cette proposition, un arrêt ancien en date du 7 février 1938¹⁰¹. En l'occurrence, un contrat de bail avait été annulé, car la bailleresse avait découvert que les locataires vivaient en concubinage, alors qu'elle pensait avoir à faire à un couple marié. Elle se prévalait de la méconnaissance des règles de vie établies par sa propre religion. Dans une telle hypothèse, il n'était pas possible de parler de discrimination religieuse, car la solution avait vocation à être la même, quelle que fût la confession des locataires. Si une telle affaire venait à se reproduire dans le contexte actuel, les locataires éconduits pourraient sans doute se prévaloir cette fois d'une discrimination à raison de la situation familiale. On ne ferait finalement que déplacer le problème. Toutefois, n'est-il pas possible d'envisager d'autres cas dans lesquels la règle religieuse invoquée par le demandeur ne susciterait pas de telles difficultés ?

Il faut noter par ailleurs que la Cour de cassation adopte une conception très généreuse de l'erreur dans le contrat de mariage qui renforce la protection de la liberté de religion, ainsi que l'illustre un arrêt en date du 4 juillet 1995. En l'occurrence, les héritiers d'une personne décédée avaient entrepris de demander la nullité du mariage de cette dernière en invoquant une erreur sur les motifs religieux du mariage¹⁰². La Première Chambre civile rejeta la requête au motif que l'action en nullité pour erreur sur la personne ou sur ses qualités substantielles revêtait un caractère éminemment personnel et qu'il aurait par conséquent fallu qu'elle soit introduite par l'époux décédé. Ainsi que le fait remarquer Monsieur

¹⁰¹ Rennes, 7 février 1938 : *Gaz. Pal* 1938, 1, p. 692.

¹⁰² Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1995 : *D.* 1996, p. 233, note F. BOULANGER.

Krajeski, la solution peut paraître étonnante dans la mesure où l'erreur ne porte pas véritablement sur la personne de l'épouse, mais sur le caractère religieux du mariage¹⁰³. À s'en tenir à la lettre de l'article 180 du Code civil, la validité d'un mariage ne saurait être remise en cause pour une telle raison, les seules causes de nullité prévues par ce texte étant la violence, l'erreur sur l'identité de la personne et l'erreur sur ses qualités substantielles. Pourtant, la Cour laisse entendre que l'issue du litige aurait pu être différente si l'action avait été introduite par une personne ayant qualité à agir.

Au total, combinés aux mesures adoptées pour combattre les discriminations, le dol et l'erreur devraient donc constituer des remparts efficaces contre une remise en cause de la liberté religieuse des contractants. Néanmoins, les vices du consentement ne peuvent, à eux seuls, permettre de faire face à l'ensemble des remises en cause de la liberté de religion. Il faut en outre vérifier qu'aucune stipulation attentatoire aux opinions religieuses ne viendra s'immiscer dans le contrat au travers de son objet.

b/ La protection par l'encadrement de l'objet du contrat

La possibilité de contracter sur les convictions religieuses. Le droit romain considérait que les choses sacrées ne pouvaient faire l'objet de conventions et les activités religieuses étaient mises à l'écart du commerce juridique¹⁰⁴. Existe-t-il également de telles prohibitions, aujourd'hui, en droit français ? À la vérité, tout porte à croire que les convictions religieuses peuvent être l'objet d'une obligation. Il n'est pas exclu par exemple que le contrat ait pour objet l'accomplissement de la foi. Il suffit de penser au contrat *sui generis*, invoqué précédemment, qui lie les ministres du Culte à leur Église. On pourrait donc donner tort à ceux qui ont considéré que l'activité religieuse devait échapper au commerce juridique et qu'en application de l'article 1128 du Code civil, elle ne saurait faire l'objet de conventions. Ainsi, les contrats portant sur des actes considérés, au sein d'une religion, comme ne pouvant faire l'objet d'un contrat devraient, selon eux, être annulables en raison de leur objet illicite¹⁰⁵.

Dans le cas précédemment cité, les considérations religieuses participent de l'objet de l'obligation. Cependant, elles peuvent également faire partie des modalités d'exécution du contrat. Il est d'ailleurs plus que conseillé à l'heure actuelle de mentionner les exigences de conformité de la prestation aux considérations religieuses¹⁰⁶. Néanmoins, l'on est en droit de se demander si le contractant devra procéder à une énumération exhaustive des éléments à prendre

¹⁰³ D. KRAJESKI, préc., p. 222, n° 397 et s.

¹⁰⁴ G. DOLE, *op. cit.*, p. 449 et s.

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 449 et s.

¹⁰⁶ Il ressort en effet de l'ensemble de la jurisprudence que les convictions religieuses n'ont aucun impact sur l'exécution du contrat dès lors qu'elles n'y ont pas été expressément intégrées. V. par ex. Cass. Soc., 24 mars 1998 : *Bull. civ.* V, n° 171 ; *Dr. soc.* 1998, p. 614, obs. J. SAVATIER.

en compte ou s'il pourra se contenter d'un renvoi aux normes gouvernant sa religion. Opérant un rapprochement avec la jurisprudence administrative, Monsieur Couard estime qu'une clause de renvoi pourrait ne pas être jugée satisfaisante¹⁰⁷. Il est d'autres cas cependant dans lesquels le législateur se refuse à prendre en compte des règles religieuses alors qu'elles auraient été érigées en modalités de l'obligation. Ainsi, dans un arrêt du 20 décembre 1985, la Cour d'appel de Bastia a-t-elle nié toute valeur à la clause d'un contrat de vente subordonnant la réitération de la vente d'un immeuble devant un notaire à l'obtention d'une autorisation des plus hautes instances de l'Église catholique¹⁰⁸. La solution peut apparaître excessive, car il ne devrait pas être possible d'ignorer une telle condition dans la mesure où elle ne contrarie pas l'ordre public.

L'encadrement de la renonciation à la protection des convictions religieuses. Cependant l'on admettra, les relations contractuelles étant de susceptibles de porter atteinte à la liberté religieuse des parties, qu'il convient dans certains cas d'encadrer la renonciation des contractants à la protection de leurs convictions religieuses. La renonciation à la protection des convictions religieuses fait l'objet de traitements variés dans les droits étrangers. En droit belge, il est impossible de renoncer, par avance, à la protection accordée par la loi, notamment en matière religieuse¹⁰⁹. En revanche, en droit américain, le salarié a la faculté de renoncer, par le biais d'une convention, à la protection contre les discriminations religieuses, protection dont il bénéficie aux termes du titre VII du *Civil Rights Act* de 1964¹¹⁰. Dès lors il n'est pas question de mettre en balance la liberté à laquelle il renonce et les avantages que lui procure la convention. Pourrait-on en France imaginer qu'un salarié, dans le cadre d'une rupture conventionnelle, renonce à se prévaloir des règles de l'article L. 1132-1 du Code du travail ?

Il est admis depuis longtemps en doctrine que les droits et libertés fondamentaux ne peuvent revêtir le caractère absolu que leur prêtent les écrits constitutionnels. Il serait bien difficile, dans le cas contraire, de les concilier entre eux. En outre, la Cour européenne des droits de l'Homme a admis expressément que l'on déroge à certains des droits et libertés qu'elle garantit¹¹¹. Néanmoins, la liberté religieuse est une liberté dite substantielle. Or, une partie de la doctrine considère que les libertés substantielles ne peuvent faire l'objet d'aucune renonciation¹¹². Cette opinion est cependant battue en brèche par une abondante jurisprudence démontrant qu'il est possible de renoncer à la protection de certains droits substantiels, et notamment à la liberté de religion¹¹³.

¹⁰⁷ J. COUARD, *L'entreprise congréganiste en droit des affaires*, op. cit., p. 267, n° 376.

¹⁰⁸ Bastia, 20 décembre 1985 : *D.* 1987, p. 363, note J. MONÉGER.

¹⁰⁹ N. VAN LEUVEN, « Contrat et discrimination en Belgique », *RDC* 2010, p. 1471.

¹¹⁰ P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, « La rupture conventionnelle. Rupture conventionnelle et contrôle du consentement du salarié », *RDT* 2008, p. 550.

¹¹¹ Cour EDH, 10 février 1983, *Albert et le Compte*, req. n° 7299/75 et 7496/76 – 30 novembre 1987, *H. c/ Belgique*, req. n° 8950/80.

¹¹² J.-F. FLAUSS, « Liberté de religion et fiscalité », *RTDH* 1992, p. 191.

¹¹³ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de*

La liberté religieuse relève de l'ordre public. Un contrat par lequel un individu tendrait à y renoncer pourrait par conséquent être annulé sur le fondement de l'article 6 du Code civil. Néanmoins, la Cour de cassation considère depuis plusieurs décennies qu'il est possible de renoncer à une liberté d'ordre public¹¹⁴, pourvu que la renonciation soit « éclairée, consentie sans fraude et porte sur un droit acquis »¹¹⁵. Cela étant, toute atteinte aux droits fondamentaux ne peut être admise. En effet, le juge doit vérifier si les objectifs poursuivis par les parties apparaissent légitimes et si l'atteinte subie est raisonnable eu égard au bénéfice escompté¹¹⁶. Autrement dit, il va se livrer à un contrôle de proportionnalité.

Au regard de ce qui précède, la renonciation contractuelle à un droit fondamental apparaît bien plus facile en droit français qu'en droit canadien. La Cour suprême du Canada a en effet jugé que le consentement à la renonciation doit être libre, et que le contractant doit avoir pleinement conscience des effets de la renonciation opérée : de ce fait, la renonciation devait être claire et expresse¹¹⁷. Le moins que l'on puisse dire est que cette solution est difficile à mettre en œuvre, car un contractant pourra difficilement identifier les clauses d'un contrat qui seraient susceptibles de heurter un précepte religieux, à moins de pratiquer lui-même le culte en question. Le croyant n'est-il pas le plus à même de procéder à cette analyse¹¹⁸ ?

Finalement, le droit des contrats est particulièrement efficient lorsqu'il est employé afin de lutter contre une remise en cause de la liberté religieuse des parties. Il se veut également pragmatique, car il admet la renonciation du contractant à la protection qui lui est offerte. En effet, une interdiction totale de contracter sur les convictions religieuses conduirait à la paralysie des mouvements ayant des activités en lien avec la foi. On ne peut pas en dire autant lorsqu'il s'agit de lutter contre l'influence des sectes et des religions sur leurs adeptes.

2/ La protection contre l'influence sectaire ou religieuse

Une personne pieuse peut être amenée à se dépouiller de tous ses biens pour se conformer à l'idéal de pauvreté que véhiculent certains mouvements spirituels. C'est pourquoi des incapacités de contracter ont été instaurées par le législateur en matière de donations, et parfois étendues par la jurisprudence (a/). La liberté contractuelle est alors fortement entamée. De manière plus générale, le croyant

l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle, Bruylant, coll. *Droit international*, 2001, p. 338 et s.

¹¹⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 27 octobre 1975 : *Bull. civ.* III, n° 310 – Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998 : *Bull. civ.* I, n° 120 : CCC 1998, comm. n° 86, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1998, p. 749, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1998, II, 10148, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *RTD Civ.* 1998, p. 670, obs. J. MESTRE.

¹¹⁵ P. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, coll. *Droit civil*, 4^e éd., 2009, p. 327, n° 652.

¹¹⁶ E. GARAUD, « La violation d'un droit fondamental », in *Lamy Droit du contrat*, n° 245-15.

¹¹⁷ P.-G. JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », *RTD Civ.* 2007, p. 33.

¹¹⁸ *Ibid.*

floué pourra plaider, après coup, l'absence de consentement (b/). Néanmoins, les chances de succès de ses prétentions sont faibles.

a/ La remise en cause de la capacité à contracter des religieux

Le législateur napoléonien a érigé à l'encontre des religieux des incapacités spéciales de contracter, qui les affectent à l'occasion de la réalisation d'actes à titre gratuit, notamment de donations faites par eux ou à leur profit. Ainsi, le religieux est considéré tantôt comme un contractant faible qui mérite une protection particulière, tantôt comme un individu contre qui le simple croyant mérite d'être protégé par le biais d'incapacités dont l'efficacité demeure incertaine, car le législateur ne pense pas toujours à neutraliser les stratagèmes contractuels qui permettent de les contourner.

Protection des religieux. Les religieux qui font vœu d'obéissance et de pauvreté confient souvent leurs biens à la congrégation qu'ils intègrent. Le législateur avait entendu réglementer ces aliénations en érigeant une incapacité spéciale de donner ne visant que les religieuses. La capacité des religieuses avait d'abord été affectée par un règlement en date du 18 février 1809 qui faisait obstacle aux donations réalisées au profit des congrégations dont elles étaient membres. L'article 5 de la loi du 24 mai 1825 a conduit à un renforcement de leur liberté contractuelle en leur permettant d'effectuer des donations ou des legs en faveur de leur congrégation ou de l'un des membres de la même communauté. Toutefois, il leur était interdit de réaliser de tels actes de disposition dès lors que la valeur de la donation ou du legs excédait 50 000 francs et qu'elle représentait plus du quart de leurs biens. Au fond, bien qu'elle ait eu pour effet de diminuer la protection accordée aux religieuses, cette abrogation semble se justifier. En premier lieu, l'on ne voit pas vraiment pourquoi elle ne s'appliquait qu'aux congrégations de femmes alors que l'influence des congrégations sur leurs membres masculins n'était sans doute pas moindre et que le risque était tout aussi grand que ces derniers se retrouvent démunis en cas de renonciation à la vie en communauté¹¹⁹. En second lieu, il fallait, pour que cette incapacité trouve à jouer, que les transferts de propriété réalisés s'analysent en des actes de donation. Or, l'on s'accorde à dire que les congréganistes attribuent à la communauté qu'elles intègrent une dot moniale qui ne constitue aucunement une donation, mais plutôt un bail à nourriture¹²⁰. Il est vrai qu'en contrepartie de l'aliénation de ses biens, la congrégation s'engage à fournir à la religieuse tous les moyens nécessaires à sa subsistance jusqu'à la fin de sa vie.

Protection contre les religieux. Par ailleurs, s'il entendait protéger les religieux contre leur communauté, le droit des contrats semblait également s'en méfier de depuis longtemps. Dès l'Ancien droit, le législateur et les instances

¹¹⁹ T. RAMBAUD, *J.-Cl Administratif, Cultes*, Fasc. 215, 2009, n° 192.

¹²⁰ Cass. Civ. 12 décembre 1851 : *DP* 1852, 1, p. 37 – 10 février 1969 : *DP* 1868, 1, p. 179.

juridictionnelles ont fait preuve d'une grande méfiance à l'égard des actes de disposition réalisés au profit de personnes exerçant des fonctions religieuses. Ainsi, une ordonnance royale rendue par le roi Henri II en 1549 frappait de nullité les donations consenties indirectement à des institutions religieuses¹²¹. La suspicion était toujours de mise sous la plume des codificateurs en 1804 et ne s'est jamais estompée. En effet, l'article 909 du Code civil frappe de nullité les libéralités consenties par des donateurs au cours de leur dernière maladie à des médecins, mais surtout, en ce qui concerne la présente étude, à des ministres du culte qui leur procurent au cours de cette période un traitement spirituel. L'application faite de ce texte par la jurisprudence apparaît regrettable à bien des égards. Il semble étrange, par exemple, d'appliquer l'article 909 du Code civil au curé qui se contente d'administrer l'extrême-onction à un mourant¹²². La nullité aurait sans nul doute été plus justifiée si, au-delà de l'administration de ce saint sacrement, ce prêtre s'était rendu régulièrement au chevet du donateur. Pire encore, on se demande comment une juridiction peut appliquer à un prêtre la présomption de captation, sans démontrer l'administration d'un traitement spirituel, au prétexte qu'il rendait visite plusieurs fois par jour à une personne jugée influençable et « *très attachée à toutes les manifestations du culte et aux œuvres religieuses* »¹²³.

L'article 911 du Code civil pose une présomption irréfragable de captation qui s'étend à toutes les incapacités de recevoir à titre gratuit. Cela étant, il n'est pas certain que cette incapacité soit insurmontable. Sans doute est-il possible de recourir à la technique des libéralités avec charges. Dans ce cas, le disposant cèderait un bien à une personne intermédiaire, ministre du Culte, en faisant peser sur elle une obligation d'en céder le bénéfice à une autre personne, conformément au mécanisme de la stipulation pour autrui. Les conséquences de l'admission d'un tel procédé ne seraient pas négligeables. En effet, si le respect des conditions de formation du contrat s'apprécie, en cas de simulation par interposition de personne, en la personne du bénéficiaire réel, la validité de la libéralité assortie d'une charge doit en revanche être examinée au regard de la personne chargée d'exécuter cette dernière. Ce procédé a déjà été employé dans des situations voisines, puisque la Cour de cassation a admis la validité de donations assorties d'une charge devant bénéficier à des personnes futures ou incertaines¹²⁴. Celles-ci sont pourtant frappées d'une incapacité par l'article 906 du Code civil¹²⁵. Néanmoins, il n'existe aucune jurisprudence en ce qui concerne l'article 909, de sorte qu'il est assez difficile de se faire une idée de la conduite à suivre.

¹²¹ D. MARTEL, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, *RJPF* 2011-2/29.

¹²² Agen, 27 décembre 1911 : *Gaz. Trib. Midi*, 31 mars 1912 ; S. 1929, 1, p. 151.

¹²³ Cass. Civ. 3^{ème}, 3 juin 1959 : *Bull. civ.*I, n° 278.

¹²⁴ Cass. Req., 14 janvier 1941 : *DA* 1941, p. 102 ; *JCP G* 1941, II, 1699, note P. VOIRIN ; *RTD Civ.* 1941, p. 475, obs. R. SAVATIER.

¹²⁵ J. HÉRAIL, *Rép. Civ. Dalloz*, v° *Legs*, n° 124.

En somme, s'agissant des incapacités, le législateur a remis en cause la protection des religieux, mais a maintenu la protection contre les religieux. Cela dit, les incapacités ne concernent finalement que les actes à titre gratuit. Eu égard au caractère irréfragable de la présomption de captation, de telles incapacités, si elles étaient étendues aux aliénations consenties à titre onéreux, conduiraient finalement à anéantir tous les actes translatifs de propriété accomplis en faveur de religions ou de sectes. Cela semble excessif même si la théorie générale des obligations est peu efficace dans la lutte contre l'influence sectaire ou religieuse. Le fait est qu'il est difficile pour le croyant de faire constater une absence ou vice du consentement.

b/ La constatation de l'absence de consentement

Admission de la violence. La mise en jeu de la théorie des vices du consentement au stade de l'adhésion à une association religieuse ou à une congrégation n'a que peu d'intérêt du point de vue pécuniaire. En revanche, postérieurement à l'adhésion au mouvement religieux, le croyant peut conclure des actes sous la pression des membres de sa communauté. L'influence sectaire ou religieuse caractérise alors parfois la contrainte physique ou morale nécessaire à l'admission du vice du consentement. C'est ce que démontre notamment un arrêt qui n'a fait que peu d'émules. En l'occurrence, une femme avait accepté de se constituer caution solidaire afin de faciliter l'obtention d'un prêt par la communauté à laquelle elle appartenait. Lorsqu'elle fut mise en demeure de payer, puis poursuivie par la banque qui avait avancé les fonds, elle demanda la nullité du contrat de cautionnement en prétextant avoir subi des contraintes. En effet, la communauté obligeait tous les sociétaires salariés à garantir ses emprunts auprès des banques, les réfractaires étant accusés par le prêtre dirigeant l'association d'être possédés par Satan. La Cour d'appel de Douai jugea alors que « *la menace de l'éviction, sanction de la désobéissance, ainsi que la diabolisation de cette attitude, constitue une violence morale de nature à provoquer la crainte d'un mal suffisamment considérable pour vicier sa volonté de cautionner* », de sorte que la caution obtint gain de cause¹²⁶. De prime abord, cette solution ne présente aucune originalité par rapport à la théorie générale des contrats, car l'article 1111 du Code civil ne distingue pas entre les violences d'origine physique et la contrainte d'origine morale. Toutefois l'on peut se demander ce qu'il serait advenu si les pressions subies s'étaient réduites à des menaces de damnation éternelle, la menace se singularisant par son caractère relativement incertain alors que nul ne pourrait attester, preuve à l'appui, de l'existence de Satan et de l'Enfer. Or, le caractère invérifiable des croyances religieuses fait obstacle, par exemple, à la caractérisation de manœuvres dolosives¹²⁷.

¹²⁶ Douai, 29 juin 2006, Juris-Data n° 2006-321046.

¹²⁷ Bourges, 17 décembre 1984, Juris-Data n° 043344.

Difficile caractérisation du dol et de l'erreur. En témoigne notamment un arrêt de la Cour d'appel de Bourges datant de 1984. En l'espèce, un « *guérisseur spirituel* » avait promis à une personne âgée de l'héberger dans son château le jour où arriverait la fin du monde, après quoi celle-ci lui avait fait don de six millions de francs. Après lui avoir promis l'asile, cependant, le guérisseur l'avait abandonnée à son sort. Regrettant après coup son acte de générosité, la donatrice tenta d'obtenir l'annulation de la libéralité sur le fondement de l'article 1116 du Code civil. Si la Cour d'appel de Bourges lui donna raison¹²⁸, elle ne se plaça cependant pas sur le terrain du dol, mais sur celui de la résolution pour inexécution. Elle jugea en effet que la convention constituait une donation avec charge et que le guérisseur avait failli à ses obligations lorsqu'il avait quitté ses disciples. Certes, la Cour de cassation avait déjà jugé antérieurement qu'un simple mensonge émanant d'une partie à un contrat pouvait être constitutif de dol¹²⁹. Là est cependant tout le problème pour la Cour de cassation : il est impossible d'apprécier la véracité des dires du guérisseur¹³⁰.

Rejet de l'insanité d'esprit. La protection que peut espérer le contractant qui se prévaut d'une absence de consentement est aussi illusoire. La jurisprudence se refuse presque systématiquement à admettre l'insanité d'esprit lorsque le trouble mental invoqué porte sur des convictions religieuses. Sans doute le juge fait-il preuve de prudence, car il est difficile de distinguer des croyances loufoques de la véritable insanité d'esprit. La jurisprudence exige donc que les aliénations qui auraient pu être consenties soient accompagnées d'autres actes de nature à attirer la suspicion quant à l'état mental du contractant¹³¹. Une fois encore l'on ne peut guère se montrer plus protecteur à l'égard de la liberté religieuse.

En somme, le droit des contrats ne permet guère de protéger efficacement le croyant contre l'influence sectaire ou religieuse. En dépit des multiples précautions prises, les incapacités relatives édictées par le législateur sont contournables, ce qui amoindrit considérablement leur utilité. En outre, en dehors des hypothèses de violence, il reste difficile de faire reconnaître un vice du consentement. En revanche, le droit des contrats peut constituer un redoutable instrument de lutte contre les tentatives de remise en cause de la liberté religieuse dans la période de formation du contrat. Le constat est plus mitigé lorsque l'on se penche sur les règles applicables lors de l'exécution.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 6 novembre 1970 : *Defrénois* 1971, p. 1265, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1971, II, 16942, note J. GHESTIN – Rennes, 11 janvier 1994 : *Gaz. Pal.* 1994, 1, 376, note L. CADIOU.

¹³⁰ En ce qui concerne l'erreur, les affaires qui ont trait à la religion ne sont pas légion. Cela dit, le dol n'étant rien de moins qu'une erreur provoquée, on peut supposer que la solution aurait été la même si la requérante s'était placée sur ce terrain.

¹³¹ Limoges, 6 février 1889, *DP* 1980, II, 73, note M. PLANIOL.

II.- L'influence des convictions religieuses sur l'exécution du contrat

Lorsque la validité d'un accord de volontés, qualifié de contrat, ne fait plus guère de doutes, la force obligatoire s'oppose à ce que les parties se déroberent à son exécution. Leur défaillance les expose aux sanctions classiques de l'inexécution des obligations contractuelles. Néanmoins, le caractère fondamental de la liberté de religion et le risque de discrimination conduisent la plupart du temps à un renforcement des conditions de mise en œuvre des remèdes à une mauvaise exécution du contrat ou à l'inaction du débiteur (B). Des arrêts récents ont par ailleurs soulevé une importante problématique tenant à la révision du contrat pour des motifs religieux. Il ressort de cet ensemble jurisprudentiel récent que les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont guère favorables à la révision du contrat lorsqu'elle est motivée par les convictions religieuses (A).

A.- La révision motivée par les convictions religieuses

Dans la mesure où la liberté religieuse implique la possibilité de changer de religion à tout moment, le contrat conclu antérieurement à la conversion d'une partie peut s'avérer inconciliable avec ses nouvelles convictions. Par ailleurs, une révision du contrat peut heurter les convictions qu'un contractant aurait acquises antérieurement à ce changement. Reste alors à se demander si une modification du contrat pourrait être envisagée afin de mieux prendre en compte ces données religieuses. Les arrêts les plus célèbres en la matière, rendus en matière de bail et de copropriété, laissent à penser que les juridictions françaises se refusent à admettre l'existence d'un droit à la révision motivée par les convictions religieuses qui serait applicable à tout contrat (1), adoptant ainsi une position qui pêche par sa rigueur. En revanche, il semble qu'une telle révision puisse être admise dans certains types de contrats par le biais de dispositions qui leur sont spécifiquement applicables. On pense ici surtout au contrat de travail (2).

1/ Le refus d'un droit à la révision applicable à tout contrat

Le large refus de la révision du contrat pour des considérations tenant à la religion de l'une des parties en droit français (b) est d'autant plus critiqué qu'une telle modification est parfois admise en droit comparé. L'une des illustrations les plus remarquables est sans doute issue du droit civil québécois (a).

a/ Une révision encouragée par le droit civil québécois

Obligation d'accommodement. Née au cours des années 1980 avec l'arrêt *Simpsons Sears*¹³² l'obligation d'accommodation est vouée à s'appliquer dans le

¹³² Commission ontarienne des droits de la personne (*O'Malley c/ Simpsons Sears*, [1985] 2 R.C.S.

champ contractuel par le biais de l'article 1434 du Code civil québécois¹³³. De manière générale, il s'agit d'obliger le législateur ou les parties à une convention à adapter une norme ou une stipulation susceptible d'entraîner des discriminations indirectes à l'égard d'un individu ou de son cocontractant¹³⁴. La notion d'obligation d'accommodement, présente notamment dans le droit canadien, a donc vocation à jouer dans des conflits liés à la religion. Les exemples en la matière¹³⁵ nous montrent que la Cour suprême du Canada adopte une solution qui est aux antipodes de celle que retient en France la Cour de cassation¹³⁶. Il est vrai que l'obligation d'accommodement n'existe pas en droit français. Néanmoins, de nombreux textes condamnent les discriminations indirectes et l'on aurait pu envisager de s'en servir pour aboutir au même résultat.

Renonciation encadrée. Les juridictions canadiennes sont allées, ces dernières années, encore plus loin que la simple obligation d'accommodement raisonnable. C'est ce que nous montre notamment la célèbre affaire *Amsellem*¹³⁷. En l'occurrence, des juifs avaient installé des cabanes sur leur balcon pour célébrer la fête du *Souccoth* alors que l'une des clauses du règlement de copropriété leur faisait interdiction d'y réaliser des constructions. Alors qu'ils étaient poursuivis par le syndicat des copropriétaires, la Cour suprême du Canada estima qu'il aurait fallu, pour les condamner, que le règlement de copropriété fasse clairement état de la renonciation par les copropriétaires de la protection de leur liberté religieuse. Ce faisant, elle réduit à néant toute renonciation anticipée à la liberté de religion¹³⁸.

En somme, à l'instar du droit québécois, certains droits étrangers adoptent des solutions variables lorsqu'ils sont interrogés quant à la possibilité de réviser le contrat incompatible avec les convictions religieuses de l'une des parties. Cependant, celles-ci semblent toutes insatisfaisantes. La première, proposée par la Cour européenne des droits de l'homme, apparaît trop limitative. La seconde, retenue par la Cour suprême du Canada, se révèle trop généreuse. Cela étant, il n'est pas certain que le droit français retienne une solution plus adaptée.

536).

¹³³ L'article dispose que « *le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi* » – P.-G. JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », art. préc.

¹³⁴ I. DEBARAT, « Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ? », *JCP S* 2011, n° 26, 1307.

¹³⁵ V. par ex. Commission scolaire régionale de Chambly c/ Bergevin [1994] 2 R.C.S. 525. La Cour suprême du Canada a reproché à une commission scolaire de ne pas avoir pris les mesures qui auraient permis aux enseignants de confession juive de s'absenter pour participer à la célébration du Jour du Grand Pardon, alors que ces mesures n'auraient pas fait peser sur elle une contrainte financière excessive.

¹³⁶ V. par ex. Cass. Soc., 24 mars 1998, préc.

¹³⁷ Syndicat *Northcrest* v. *Amsellem* [2004] 2 S.C.R. 551.

¹³⁸ P.-G. JOBIN, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux contrats : toute une aventure », art. préc.

b/ Un rejet critiqué en droit français

Précision préalable. L'invocation d'un droit fondamental a parfois permis par le passé à des contractants d'obtenir la révision de leurs obligations. Ainsi, a pu être neutralisée la clause d'un contrat de bail qui faisait interdiction à la locataire d'héberger chez elle ses proches, car elle violait le droit au respect de la vie privée et familiale¹³⁹. Les arrêts auxquels on se réfère ici sont généralement étudiés dans le cadre de la formation des conventions. Cependant, on pourrait tout aussi bien considérer que ces décisions aboutissent en réalité à une révision du contrat. On peut ici faire un parallèle avec les clauses de non-concurrence. La Chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'exigence d'une contrepartie pécuniaire dans les contrats de travail est justifiée par un principe de libre exercice d'une activité professionnelle. Ce principe est une liberté fondamentale, au même titre que la liberté de religion. Or, la sanction d'une clause de non-concurrence qui ne respecterait pas les conditions requises par la jurisprudence, et qui violerait donc le principe de libre exercice de l'activité professionnelle ne réside pas nécessairement dans l'annulation de la clause. Certaines juridictions n'hésitent pas, au contraire, à en réduire la portée¹⁴⁰. Tout dépend en réalité de ce sur quoi elle porte. Ainsi, dans l'affaire des Cabanes¹⁴¹, la clause qui faisait interdiction aux copropriétaires d'ériger des constructions sur les balcons n'avait pas vocation à disparaître. Sa portée s'était simplement trouvée réduite. Elle devait pouvoir être maintenue s'agissant des ouvrages n'ayant aucune valeur religieuse.

Refus par les juridictions de la révision motivée par les convictions religieuses. En pratique, cependant, la révision risque de ne pas être admise. En témoigne une première affaire relative au bail d'habitation. En l'occurrence, pour des raisons de sécurité, un bailleur avait fait installer un digicode à l'entrée d'un immeuble abritant notamment des juifs pratiquants qui ne pouvaient, durant le *Shabbat*, entrer en contact avec une source d'électricité. La modification intervenue les mettant obligeant à se terrer chez eux, ils demandaient à la Haute juridiction d'obliger le bailleur à installer une serrure mécanique. La requête fut cependant un échec, la Cour de cassation ayant jugé que « *les pratiques dictées par les convictions religieuses n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune*

¹³⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996 : *JCP G* 1996, I, 3958, n° 1, obs. C. JAMIN ; *RD imm.* 1996, p. 620, obs. F. COLART-DUTILLEUL ; *RTD Civ.* 1996, p. 897, obs. J. MESTRE ; *ibid.* p. 1024, obs. J.-P. MARGUÉNAUD – 22 mars 2006 : *RTD Civ.* 2006, p. 722, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RDC* 2006, p. 1149, obs. J.-B. SEUBE – Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006 : *RDC* 2006, p. 1149 obs. J.-B. SEUBE ; *RTD Civ.* 2006, p. 722, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁴⁰ V. par ex. Cass. Soc., 6 mars 1985 : *D.* 1985, IR 476 – 25 janv. 1984 : *Bull. civ.* V, n° 31, *D.* 1984, IR 443, Y. SERRA – 25 mars 1998 : *Bull. civ.* V, n° 174.

¹⁴¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 juin 2006 : *AJDI* 2006, p. 609, obs. J. RAYNAUD ; *D.* 2006, p. 2887, note C. ATIAS ; *JCP G* 2006, I, 178, n° 8, obs. N. PÉRINET-MARQUET ; *LPA* 5 juil. 2006, p. 9, obs. D. FENOUILLET ; *RJPF* 2006, n° 10, p. 12, note E. PUTMAN ; *RTD Civ.* 2006, p. 724, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

obligation spécifique »¹⁴². Certains auteurs ont cru pendant un temps que l'issue du litige était due à l'objet de la requête, qui consistait dans l'affaire du digicode à ajouter une nouvelle clause au contrat de bail¹⁴³. L'hypothèse émise fut cependant démentie par un arrêt ultérieur, la Troisième Chambre civile ayant eu l'occasion de s'opposer à la modification du contrat en matière de copropriété¹⁴⁴.

Appréciation critique. Le rejet de la modification du contrat peut sembler justifié à certains égards. Les convictions religieuses ont ceci de particulier qu'elles sont propres à chaque individu. Les diverses mouvances existant au sein de chaque religion rendent difficile l'appréhension de ce phénomène tandis qu'il est possible par exemple de retenir une conception unique du droit au respect de la vie privée¹⁴⁵. Le respect de ce dernier n'implique pas de changement majeur pour le bailleur, qui n'aura pas à effectuer de travaux, tandis qu'il lui serait peut-être difficile de concilier les exigences de ses différents locataires, qu'il ne peut d'ailleurs interroger sur leur appartenance confessionnelle. Cela étant, si l'on tient à l'arrêt de 2002, la solution apparaît bien rigoureuse, car, si les locataires n'avaient pas cru bon de contractualiser leurs convictions religieuses, c'est parce que rien ne faisait obstacle à leur exercice antérieurement à l'installation du digicode¹⁴⁶.

Qui plus est l'on pourrait soutenir que cette position est plus rigoureuse que celle des préconisée par la Commission européenne des droits de l'Homme. Certes, celle-ci considère que la liberté religieuse du salarié est préservée dès lors qu'il peut présenter sa démission¹⁴⁷. Mais ne peut-on pas finalement nuancer la solution ? Il n'est pas exclu que la Commission transpose son raisonnement à tous les contrats et qu'elle considère que la liberté religieuse du contractant est préservée dès lors qu'il peut mettre un terme à la convention. Ainsi, dans les contrats à durée indéterminée, dans la mesure où les parties peuvent mettre un terme à leur convention à n'importe quel moment sous réserve du respect d'un délai de préavis, il y a fort à parier qu'elles ne puissent pas requérir la révision du contrat. Mais on peut se demander ce qu'il adviendra des contrats à durée déterminée, pour lesquels les parties sont tenues d'exécuter le contrat jusqu'à son terme, sauf à le résoudre. Le contractant qui entendrait se défaire de ses obligations

¹⁴² Cass. Civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002 : *Bull. civ.* III, n° 262, p. 227 ; *AJDI* 2003, p. 182, avis O. GUERIN et note Y. ROUQUET ; *Dr. et procédures* 2003, p. 157, obs. B. VAREILLE ; *RJPF* avril 2003, p. 9, obs. E. GARAUD ; *RDC* 2004, p. 231, obs. J. ROCHFELD ; *ibid.* p. 348, obs. G. LARDEUX ; *RTD Civ.* 2003, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* p. 383, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.* p. 575, obs. R. LIBCHABER.

¹⁴³ E. GARAUD, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, *RJPF* 2003-4/13.

¹⁴⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 8 juin 2006 : *AJDI* 2006, p. 609, obs. J. RAYNAUD ; *D.* 2006, p. 2887, note C. ATIAS ; *JCP G* 2006, I, 178, n° 8, obs. N. PÉRINET-MARQUET ; *LPA* 5 juil. 2006, p. 9, obs. D. FENOUILLET ; *RJPF* 2006, n° 10, p. 12, note E. PUTMAN ; *RTD Civ.* 2006, p. 724, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁴⁵ N. DAMAS, obs. sur Cass. Civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, *D.* 2004, p. 844.

¹⁴⁶ G. LEJWI, obs. sur Cass. Civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, *Rev. Loyers* 2003, p. 836.

¹⁴⁷ Comm. EDH, 3 décembre 1996, *Konttinen c/ Finlande*, n° 24949/94 – 9 avril 1997, *Stedman c/ Royaume-Uni*, n° 29107/95.

risquerait d'engager sa responsabilité contractuelle puisqu'il se rendrait coupable d'une inexécution. Aussi la rupture du contrat pourrait-elle s'avérer onéreuse.

Nous avouons ne pas partager non plus l'opinion de Madame Clémentine Caumes, qui évoque l'idée selon laquelle la solution retenue par la Cour de cassation est conforme à la solution rendue dans l'affaire *Pichon et Sajous c/ France*¹⁴⁸. Cependant, il faut bien comprendre que le contexte juridique et les circonstances de fait dans lequel les deux affaires se déroulent ne sont pas identiques. Dans l'affaire *Pichon et Sajous c/ France*, c'est au niveau de la formation du contrat que se pose la question de la possibilité de manifester ses convictions religieuses. Or, dans l'affaire du Digicode, pour ne citer qu'elle, c'est en cours d'exécution qu'apparaît la problématique du respect des croyances du contractant. Au surplus, il ne faut pas oublier que, selon la Cour, l'issue de l'affaire relative aux pharmaciens d'officine était liée au monopole dont jouissaient ces derniers dans la délivrance des pilules contraceptives et abortives¹⁴⁹. Enfin, contrairement à certains auteurs¹⁵⁰, il nous semble peu convaincant de dire que la force obligatoire du contrat constitue une exception à la liberté de religion nécessaire dans une société démocratique. Pourquoi en serait-il ainsi dans le cadre de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et non pour le droit au respect de la vie privée¹⁵¹ ou la liberté d'association¹⁵² ? En somme, nous pensons que les solutions de la Cour de cassation auraient en matière de religion auraient été moins critiquables si elles avaient été fondées sur le principe de proportionnalité¹⁵³. Appliqué à l'affaire dite des Cabanes, le principe de proportionnalité aurait permis de valider l'atteinte temporaire au règlement de copropriété, car les installations n'avaient qu'un caractère temporaire.

Ceci étant, il faut bien remarquer qu'à chaque fois, dans les affaires relatives au droit au respect de la vie privée ou à la liberté d'association, était demandée la suppression d'une clause. De ce fait, on peut se demander si les juridictions civiles ne pourraient pas être tentées de rejeter les demandes tendant à l'ajout d'une clause dans un contrat, quoiqu'elle soit en lien avec une liberté fondamentale autre que la

¹⁴⁸ Cour EDH, 24 janvier 2006 : *D.* 2006, p. 1720, obs. J.-F. RENUCCI.

¹⁴⁹ Cour EDH, 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c/ France* : « Dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit ».

¹⁵⁰ A. Marais, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, *RDC* 2003, p. 220. L'auteur estime qu'il existe une exception nécessaire dans une société démocratique, mais précise qu'il existe une disproportion entre l'atteinte portée à la liberté religieuse et le but poursuivi.

¹⁵¹ Civ. 3^{ème}, 6 mars 1996 : *JCP G* 1996, I, 3958, obs. C. JAMIN : *RTD civ.* 1996, p. 897, obs. J. MESTRE ; *ibid.* p. 1024, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁵² Civ. 3^{ème}, 12 juin 2003 : *RTD civ.* 2003, p. 771, obs. J. RAYNARD ; *JCP G* 2003, II, 10190, note F. AUQUE ; *RTD civ.* 2004, p. 280, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2004, p. 231, obs. J. ROCHFELD ; *ibid.* p. 348, obs. G. LARDEUX.

¹⁵³ J.-B. SEUBE, « Un souffle de fondamentalisation du droit des biens », *Dr. et patr.* 2007, n° 161, p. 82.

liberté religieuse¹⁵⁴. En tout état de cause, dans l'attente d'un éventuel revirement, le contractant qui n'aura pas pris la précaution de contractualiser ses convictions religieuses devra compter sur la bonne volonté de son cocontractant – lequel n'est pas tenu d'accepter la révision, sauf à faire état d'une discrimination à son égard.

En définitive, l'on est amené à penser que les juridictions françaises pêchent par excès de méfiance à l'égard du fait religieux. Les décisions rendues, particulièrement respectueuses de la force obligatoire du contrat, seraient accueillies favorablement si l'on ne pouvait reprocher à la Cour de cassation de dévaloriser la liberté religieuse par rapport aux autres libertés fondamentales. On ne saurait que trop lui conseiller de s'inspirer des solutions pouvant être appliquées aux contrats de travail, pour lesquels la révision semble être admise, quand bien même elle serait motivée par les convictions religieuses de l'une des parties.

2/ L'admission de la révision dans les contrats de travail

Les arrêts les plus commentés pourraient laisser à penser que la révision des contrats pour des raisons religieuses n'est jamais accordée. Néanmoins, certaines dispositions applicables au contrat de travail permettent au salarié d'obtenir la révision du contrat en dehors de changements de circonstances économiques. On songe, en premier lieu, à l'obligation de sécurité (a) et, en second lieu, au principe de proportionnalité (b).

a/ La prise en compte des convictions religieuses à travers l'obligation de sécurité

Les articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail, qui font peser sur l'employeur une obligation de sécurité, sont à l'origine d'un abondant contentieux. L'une des affaires relatives à cette obligation attire particulièrement l'attention, car elle est en lien avec le droit au respect de la religion¹⁵⁵. En l'occurrence, un salarié avait conclu avec une société un contrat de travail qui l'amenait à se déplacer à travers le monde. Néanmoins, au cours d'une entrevue, il avait fait savoir à un client de son entreprise qu'il ne pourrait pas se rendre au Proche-Orient en vue de l'exécution d'un contrat : étant de religion juive, il craignait que l'on y attente à sa vie. Le client ayant renoncé à faire appel à la société, l'employé avait été licencié, car on le rendait responsable de la perte du marché. Il avait alors attiré son employeur devant la juridiction prud'homale en vue de faire juger que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. La Chambre sociale estima en effet que, dans la mesure où l'employeur était tenu d'une obligation de sécurité de résultat et que le salarié n'était par ailleurs animé d'aucune intention de nuire, il

¹⁵⁴ On réservera cependant l'hypothèse où une telle requête interviendrait dans le cadre d'un contrat de travail dans la mesure où la loi consacre, en la matière, une exigence de proportionnalité. V. C. trav., article L. 1121-1.

¹⁵⁵ Cass. Soc., 12 juillet 2010 : *CSBP* 2010, n° 223, p. 276, obs. F.-J. PANSIER.

était impossible de considérer qu'il avait commis une faute. Cette solution, très protectrice du salarié, apparaît pour le moins problématique à mettre en œuvre pour l'employeur, qui n'est pas supposé connaître la religion de tous ceux qui sont sous ses ordres. Or, dans le cas où il serait amené à les questionner préalablement à l'embauche, ceux-ci ne seraient pas tenus de lui répondre sincèrement, sauf à considérer qu'il s'agit là d'un élément en lien avec l'accomplissement de la prestation de travail. Par ailleurs, dans une telle hypothèse, le respect par l'employeur de son obligation de sécurité peut le contraindre à la révision du contrat, si jamais l'ensemble des missions du salarié le conduit à se déplacer fréquemment dans un lieu où il encourt un danger en raison de sa confession.

On admettra que la solution est assez précaire, car le droit à la modification ne sera finalement qu'indirect. Plus intéressantes seront les hypothèses dans lesquelles on fera jouer le principe de proportionnalité.

b/ La prise en compte des convictions religieuses à travers le principe de proportionnalité

Un arrêt de 1998¹⁵⁶ porte à croire qu'un salarié qui n'a pas fait part à son employeur, lors de la conclusion de son contrat de travail, de l'attachement qu'il portait au respect de ses convictions religieuses ne pourrait pas s'opposer à un changement dans ses conditions de travail. L'apport de l'arrêt sur ce point mérite d'être nuancé. En effet, le droit du travail fait partie de ces législations à la faveur desquelles on cherche à rétablir un équilibre entre les contractants. Il est souvent bien plus généreux avec le salarié que ne l'aurait été le seul droit commun des contrats.

Nombreuses sont les affaires qui ont permis à un salarié de s'opposer à la révision de son contrat de travail pour des considérations purement religieuses, alors même que ses croyances n'avaient pas été contractualisées. Il existe donc un contentieux abondant sur la question dans lequel le juge se livre à une appréciation casuistique¹⁵⁷, particulièrement s'agissant du port de signes religieux au sein de l'entreprise¹⁵⁸. En outre, à supposer que le maintien en l'état de ses conditions de travail lui soit refusé sur le fondement de la liberté religieuse, sans doute le salarié pourrait-il, avec plus de succès, invoquer le droit au respect de sa vie personnelle, dans la mesure où une évolution de ses conditions d'emploi ne lui permettrait plus de concilier ses obligations professionnelles et la pratique de sa religion¹⁵⁹. Dans les cas mentionnés, il s'agissait surtout pour le salarié de s'opposer à la révision du contrat pour des raisons religieuses. Mais nous pensons que le principe de

¹⁵⁶ Cass. Soc., 24 mars 1998, préc.

¹⁵⁷ Cass. Soc., 12 janvier 1999 : *D.* 1999, p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et C. MOULY ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, note J.-E. RAY ; *RTD civ.* 1999, p. 395, obs. J. HAUSER.

¹⁵⁸ P. ADAM, « L'entreprise sans foi ... ni voile ? », *RDT* 2011, p. 182 ; C. WOLMARK et PH. WAQUET, « Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? », *RDT* 2009, p. 485.

¹⁵⁹ C. MATHIEU, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », *RDT* 2012, p. 17.

proportionnalité pourrait être utilisé également par le salarié pour obtenir l'adaptation du contrat à ses convictions religieuses.

On le voit, l'interdiction de la révision du contrat n'est donc pas sans poser de difficultés. Mais il n'est guère plus évident de gérer les cas où l'exécution d'une convention est perturbée par les convictions religieuses de l'un des contractants.

B.- L'exécution du contrat perturbée par les convictions religieuses

Les convictions religieuses peuvent être au cœur d'une inexécution, soit parce qu'elles sont à l'origine de la violation, soit parce qu'elles sont l'objet de l'obligation violée. La mise en évidence d'un trouble est évidemment nécessaire (1), mais elle sera vaine dès lors que le contractant qui se dit floué a perdu le droit de s'en prévaloir (2).

1/ La mise en évidence d'un trouble

L'exigence d'un trouble objectif permet de minimiser le risque de discrimination et de préserver la vie privée des contractants. Des difficultés peuvent se présenter qui tiennent au caractère sérieux du trouble. Sur ce point, le moins que l'on puisse dire est que les troubles susceptibles de donner lieu à une sanction ou à l'extinction du contrat sont divers et variés (a). Encore faut-il démontrer l'existence de ce trouble, ce qui n'est pas toujours chose facile (b).

a/ La diversité des troubles

L'immixtion fautive des convictions religieuses dans le contrat. Aux termes de l'article L. 1132-1 du Code du travail, aucun salarié ne doit être stigmatisé en raison de sa religion. Pour autant, la manifestation de ses convictions religieuses par le salarié n'est pas sans limites, et la mise en œuvre abusive de sa liberté l'expose à des sanctions, notamment lorsque l'employé s'adonne à des actes de prosélytisme. L'employeur étant soumis à une obligation de sécurité de résultat, il serait tenu de sanctionner le salarié prosélyte afin de mettre fin à la gêne occasionnée par son attitude au sein du personnel¹⁶⁰. Il ne s'agit là finalement que de l'exigence d'un trouble caractérisé. Mais les décisions de la Cour de cassation ne se cantonnent pas au contrat de travail : elles s'étendent notamment au contrat d'entreprise. En témoigne un arrêt en date du 23 janvier 1998¹⁶¹. Dans cette affaire, un prestataire de services avait profité d'une période de formation pour faire du prosélytisme au profit de l'Église de Scientologie. Restant hermétique au mouvement de fondamentalisation du droit des contrats et conservant un raisonnement est tout à fait classique, la Cour d'appel de Versailles sanctionne toute forme de prosélytisme sans distinguer entre le prosélytisme acceptable et le

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Versailles, 23 janvier 1998 : *JCP E* 1999, n° 21, p. 900, note C. WILLMANN.

prosélytisme abusif¹⁶², ce qui a pu susciter quelques remarques¹⁶³. En effet, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, le prosélytisme abusif consiste en une « *corruption ou déformation ou activité offrant des avantages matériels ou sociaux en vue d'obtenir des rattachements à une église ou pression abusive sur des personnes en situation de détresse ou de besoin* »¹⁶⁴. Eu égard à cette définition, dans le cas étudié, les actes de prosélytisme du formateur n'auraient peut-être pas permis la résolution du contrat d'entreprise. Si l'on met de côté le droit du travail, l'arrêt évoqué constitue une décision isolée, et l'on est donc amené à se demander quelle position pourrait être adoptée par les autres juridictions.

Le contractant qui commet des actes de prosélytisme se livre à une exécution défailante. À plus forte raison, la jurisprudence le juge condamnable lorsqu'il refuse d'exécuter le contrat pour se conformer à des convictions religieuses qui n'ont pas été intégrées au contrat. Sans doute faut-il faire preuve de nuance en matière sociale en dépit d'un arrêt bien connu¹⁶⁵. Certes, les juridictions ont moins d'égards pour la liberté religion que pour d'autres libertés et droits fondamentaux au profit desquels elle n'hésite pas à adopter une conception très extensive de la bonne foi. Ainsi a-t-elle jugé, dans un arrêt du 24 janvier 2007¹⁶⁶, qu'un employeur ne pouvait, sans faire preuve de mauvaise foi, refuser d'examiner la demande de mutation d'une salariée intervenue après la mutation de son concubin. Mais que l'on s'en félicite ou qu'on s'en inquiète, force est de constater qu'en l'occurrence, les juges n'ont guère hésité à tenir compte de données d'ordre personnel, sans aucun rapport avec l'objet de la convention¹⁶⁷. C'est la raison pour laquelle il est possible, à terme, d'envisager un revirement de jurisprudence de la part de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Laïcité ? C'est en adoptant un raisonnement moins classique, mais également dans un souci d'indifférence à l'égard de la religion du contractant que l'on prétend aujourd'hui astreindre certains salariés de droit privé au principe de laïcité. Des affaires récentes portent à croire que l'obligation de neutralité pourrait être étendue aux personnes et aux entreprises relevant du secteur public. Ainsi, les juges prud'homaux ont validé le licenciement d'une puéricultrice travaillant dans une crèche subventionnée par des personnes publiques en jugeant que l'employeur pouvait imposer aux salariés une obligation de neutralité dans la mesure où ils accomplissaient une mission de service public¹⁶⁸. Dans cette hypothèse, il n'est visiblement pas question d'apprécier les effets de la clause au regard des fonctions

¹⁶² C. WILLMANN, « La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses », *JCP E* 1999, n°21, p. 900.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis* : *RTDH* 1994, p. 137, note F. RIGAUD.

¹⁶⁵ Cass. Soc., 24 mars 1998, préc.

¹⁶⁶ Cass. Soc., 24 janvier 2007 : *D.*2007, p. 1480, note G. LOISEAU ; *JCP S* 2007, p. 2143, note S. BÉAL et A.-L. DODET ; *ibid.*, p. 1642, note B. BOSSU.

¹⁶⁷ G. LOISEAU, note sous Soc. 24 janvier 2007, *D.* 2007, p. 1480.

¹⁶⁸ Cons. prud'h. Mantes-la-Jolie, 13 décembre 2010 : *RDT* 2011, p. 182, note P. ADAM – Versailles, 27 octobre 2011 : *D.* 2012, p. 904, obs. J. PORTA.

exercées par le salarié au sein de la structure, ce qui nous conduit à faire deux remarques. En premier lieu, on peut s'interroger sur l'étendue de la transposition des règles de fonctionnement des services de l'État sur les personnes de droit privé délégataires d'une mission de service public. On sait que dans la fonction publique, les chefs de service sont contraints de faire droit aux demandes d'autorisation d'absence pour des motifs religieux, dès lors que l'organisation du service ne s'en trouve pas affectée¹⁶⁹. En second lieu, il n'est pas question pour les juridictions de permettre à tous les employeurs privés de soumettre leurs salariés à une obligation de neutralité, par la voie notamment de leur règlement intérieur. En effet, une telle solution serait contraire aux principes de nécessité et de proportionnalité¹⁷⁰.

La contrariété des convictions religieuses des cocontractants. Appréciation casuistique. À l'inverse, le caractère religieux de certaines entreprises leur permet d'exiger de leurs salariés une loyauté qui affectera jusqu'à leur vie personnelle. La violation de cette obligation permet d'envisager un licenciement. Un tel devoir ne peut exister néanmoins que dans les entreprises de tendance puisque les convictions religieuses doivent avoir un lien avec l'objet du contrat. Cela dit, la sanction du salarié de l'entreprise de tendance ne peut intervenir au seul motif qu'il aurait changé de religion¹⁷¹. La jurisprudence a, certes, déjà admis, par le passé, le licenciement d'un professeur de théologie par une faculté protestante du seul fait de sa conversion, en l'absence de toute manifestation extérieure de ses convictions¹⁷². Cette solution a même été réitérée assez récemment par une juridiction du fond¹⁷³. Qui plus est la Haute cour avait jugé que le fait pour l'enseignante divorcée d'un établissement catholique de se remarier contrevenait aux valeurs défendues par son employeur, valeurs qu'elle avait nécessairement entendu respecter lors de la conclusion du contrat¹⁷⁴. Néanmoins, elle doit aujourd'hui être tenue pour obsolète, car, bien que la liberté religieuse ne soit pas absolue, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 envisagent uniquement la limitation de ses manifestations extérieures. Cette situation est d'ailleurs révolue depuis la célèbre affaire *Painsecq*¹⁷⁵, la Cour de cassation ayant estimé que la validité du licenciement dépendait de la nature des fonctions du salarié, de la finalité propre de l'entreprise et de l'ampleur du trouble provoqué par son comportement, autrement dit d'un trouble objectif. L'affaire du sacristain était assez remarquable pour l'époque dans la mesure où elle témoignait d'une évolution des mentalités quant aux relations de l'employeur avec ses

¹⁶⁹ C. MATHIEU, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », *RDT* 2012, p. 17.

¹⁷⁰ V. d'ailleurs à ce propos. Cass. Soc., 19 mars 2013 :

¹⁷¹ S. FARNOCCHIA, note sous Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997 : *D.* 1998, p. 545.

¹⁷² Cass. Soc., 27 novembre 1986 : *Bull. civ.* V, n° 555.

¹⁷³ Toulouse, 17 août 1995 : *RJS* 1996, n° 247.

¹⁷⁴ Cass. Ass. Plén., 19 mai 1978 : *D.* 1978, p. 541, concl. R. SCHMELCK, note PH. ARDANT ; *RTD com.* 1978, p. 565, obs. R. NERSON.

¹⁷⁵ Cass. Soc., 17 avril 1991 : *Bull. civ.* V, n° 201 ; *D.* 1991, p. 140 ; *Dr. soc.* 1991, p. 485, note J. SAVATIER ; *JCP G* 1991, II, 21724, note A. SERIAUX ; *RTD civ.* 1991, p. 706, obs. J. HAUSER.

subordonnés. La doctrine la plus notoire enseignait en effet que le droit de contrôle de l'employeur s'étendait aux actes de la vie qui n'entraient pas à proprement parler dans le cadre du contrat de travail¹⁷⁶. Mais bien qu'il s'agisse de garantir une meilleure protection des salariés, des voix s'élèvent en pointant du doigt le caractère choquant de la logique jurisprudentielle : de même qu'il serait inacceptable de permettre le licenciement d'un employé de couleur en vue de mettre fin aux appréhensions de la clientèle d'une entreprise, il est inconcevable de justifier la rupture d'un contrat de travail par la volonté de mettre un terme à des pressions sociales ressenties après l'adoption par un salarié d'un comportement contraire à une certaine morale religieuse¹⁷⁷. Contrairement à ces auteurs, on estimera que le raisonnement ne peut être valablement être transposé d'un cas à l'autre. En effet, si la prise en compte de l'appartenance religieuse peut parfois être justifiée, la couleur de peau fait partie des critères qu'il est interdit d'employer en toutes circonstances¹⁷⁸, au même titre, par exemple, que l'appartenance syndicale.

La jurisprudence de la Cour de cassation apparaît sur certains points semblables à celle de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a admis récemment qu'une entreprise de tendance pouvait imposer à ses salariés une obligation particulière de loyauté pour autant qu'elle soit justifiée et proportionnée. Cela supposait donc qu'elle prenne en compte les fonctions exercées par ces derniers¹⁷⁹. Néanmoins, la Cour de Strasbourg requiert la présence d'un critère supplémentaire puisqu'elle apprécie également l'impact de la sanction sur la personne du salarié¹⁸⁰, ce qui suscite deux remarques. En premier lieu, la mise en œuvre de ce dernier critère peut être source de difficultés, car il serait plus logique de réserver la prise en considération de cette donnée aux seules hypothèses dans lesquelles le licenciement serait injustifié. Peut-on véritablement reprocher à une entreprise identitaire de licencier un salarié qui a méconnu son obligation de loyauté sans se soucier de son avenir professionnel¹⁸¹ ? En second lieu, l'analyse de la jurisprudence sociale fait apparaître que des faits de la vie personnelle du salarié peuvent constituer une faute justifiant son licenciement¹⁸². Aucun arrêt, à l'heure actuelle, n'a été émis en ce sens en matière de religion. Les arrêts de Cour de Strasbourg constitueront un garde-fou supplémentaire et l'on ne peut que s'en féliciter. Une telle solution anéantirait tout le mouvement amorcé par la Cour de cassation en faveur de la protection du salarié.

¹⁷⁶ P. WAQUET, « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », *RDT* 2006, p. 304.

¹⁷⁷ P. WAQUET, C. WOLMARK, « Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? », *RDT* 2009, p. 485.

¹⁷⁸ C. MATHIEU, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », *RDT* 2012, p. 17.

¹⁷⁹ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst et Schüth c/ Allemagne*, n° 425/03 et n° 1620/03 : *D.* 2011, chron. p. 1637, obs. J.-P. MARGUÉNAUD et C. MOULY ; *RDT* 2011, p. 45, obs. J. COUARD – 3 février 2011, *Siebenhaar* : *D.* 2011, chron. p. 1637, obs. J.-P. MARGUÉNAUD et C. MOULY.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ J. COUARD, obs. sur Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst et Schüth c/ Allemagne*, préc.

¹⁸² Cass. Soc., 3 décembre 2002 : *Bull. civ.* V, n° 361.

On peut également considérer qu'il existe une contrariété entre les convictions religieuses des contractants en cas de licenciement pour perte de la lettre de mission canonique¹⁸³. Lorsque la lettre de mission est retirée à une personne exerçant des activités en lien avec une institution religieuse, la solution est amenée à varier selon la nature des fonctions exercées. Il semblerait, lorsque sont exercées des fonctions techniques, que la perte de la lettre de mission ne puisse pas entraîner la rupture du contrat¹⁸⁴. En revanche, lorsque la lettre de mission avait été remise en vue de l'exercice de missions spirituelles, son retrait peut justifier à lui seul qu'il soit mis un terme à la relation contractuelle¹⁸⁵. La solution ne peut apparaître choquante dans la mesure où l'exercice des missions spirituelles ne relève pas du contrat de travail. Néanmoins il ne faut pas perdre de vue que certains ministres du culte sont titulaires d'un contrat de travail. Dans ce cadre-là, la solution peut alors apparaître originale et tout à fait dérogatoire par rapport au droit du travail. Il pourrait sembler normal, en effet, dès lors que l'institution culturelle décide de se soumettre à la législation du droit du travail, de lui appliquer l'ensemble des règles relatives à ce type de contrats. D'ailleurs, la jurisprudence semble démontrer que la liberté des institutions religieuses n'est pas sans limitations. Ainsi a-t-elle admis que la perte de la lettre de mission habilitant un animateur pastoral à exercer ses fonctions ne pouvait justifier la rupture avant terme d'un contrat à durée déterminée en l'absence de faute grave et que la perte de la lettre de mission ne constituait pas un cas de force majeure¹⁸⁶. La jurisprudence récente ne donne pas d'exemple en ce qui concerne la rupture des contrats à durée indéterminée. Toutefois, il est permis de penser que les juridictions s'en tiendront à une appréciation rigoureuse. Le premier motif envisageable serait la perte de confiance. Cependant, le retrait de la lettre de mission ne saurait constituer, selon nous, une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il est vrai qu'un arrêt a admis le licenciement par une association d'un salarié engagé en qualité de traducteur, mais qui avait été ordonné, par la suite, comme pasteur, dans la mesure où il avait créé sa propre Église¹⁸⁷. Mais cet arrêt est antérieur à l'affaire *Painsecq*, depuis laquelle la Chambre sociale exige que la perte de confiance soit accompagnée de troubles manifestes¹⁸⁸. Il n'y a guère d'obstacle à ce que le juge apprécie le caractère réel et sérieux du licenciement, dès lors que son appréciation ne porte pas sur les qualités spirituelles exigées par le culte concerné pour l'exercice des missions en cause¹⁸⁹. Certains employeurs poursuivis proposent néanmoins une argumentation pour le moins

¹⁸³ La lettre de mission canonique est un document délivré par les autorités ecclésiastiques et qui va habiliter son détenteur à exercer certaines attributions canoniques.

¹⁸⁴ Cass. Soc., 29 juin 1983 : *Bull. civ.* V, n° 365.

¹⁸⁵ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions, op. cit.*, p. 1031, n° 2356.

¹⁸⁶ Rennes, 28 mars 2002, n° 01/03250.

¹⁸⁷ Cass. Soc. 29 juin 1983, préc.

¹⁸⁸ Cass. Soc., 17 avril 1991, préc.

¹⁸⁹ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions, op. cit.*, p. 1031, n° 2356.

intéressante. Un organisme a ainsi tenté de faire-valoir que la lettre de mission était un agrément dont le retrait pouvait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁹⁰. Pourtant, il convient de faire deux remarques. D'une part, l'agrément justifiant devant les juridictions le licenciement d'un salarié est un agrément administratif. D'autre part, il ressort des décisions que, si ce retrait justifie le licenciement, c'est parce qu'il constitue un cas de force majeure¹⁹¹. Or, il est permis de penser que ce qui ne constitue pas un cas de force majeure dans un contrat à durée déterminée¹⁹² ne saurait l'être non plus s'agissant d'un louage de services à durée indéterminée dans la mesure où les circonstances sont relativement semblables dans toutes les affaires.

En conclusion, on observe sans surprise que la religion des parties est plus facilement sanctionnée lorsque le fait religieux est totalement étranger à l'objet du contrat. Lorsqu'en revanche, la religion est directement en lien avec cet objet, les réactions des tribunaux sont variées. Certes, la jurisprudence n'accorde aucune protection particulière aux religieux qui bénéficient d'un contrat *sui generis*. Mais elle cherche à maintenir un équilibre entre les intérêts de l'entreprise de tendance et la liberté religieuse et le droit au respect de la vie personnelle du salarié. En tout état de cause, quel que soit le régime applicable à l'inexécution invoquée, celle-ci devra être prouvée.

b/ La preuve du trouble

Un assouplissement est parfois prévu par la loi en faveur du contractant qui prétend avoir été victime d'une discrimination pour l'un des motifs visés par l'article L. 1134-1 du Code du travail, ce qui inclut le motif religieux. Ainsi, en droit du travail a été prévue une répartition originale de la charge de la preuve¹⁹³, semblable à celle qui a cours en matière de conclusion de baux d'habitation. En revanche, aucune présomption légale spécifique, aucun renversement de la charge de la preuve n'a été instauré en faveur de celui qui se prétend victime de l'inexécution d'une obligation en dehors des cas des discriminations. Mais s'il n'existe pas de règles de preuve spécifiques aux relations contractuelles des religieux, la qualité religieuse de l'une des parties permet au moins d'évincer la preuve écrite. Tel est le constat qui ressort d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 14 janvier 2003. Une personne prétendait avoir prêté des sommes importantes à un religieux orthodoxe. Après avoir mis ce dernier en demeure, il le poursuivait afin d'obtenir le remboursement des sommes prêtées. Les juges lui ayant reproché, en première instance, de ne pas rapporter la preuve écrite de l'existence du contrat de prêt, le demandeur entendait se prévaloir, au stade de l'appel, de l'article 1348 du Code civil, la qualité particulière du prétendu

¹⁹⁰ Aix-en-Provence, 14 septembre 2009, n° 08/11044.

¹⁹¹ Cass. Soc., 5 mai 1993 : *Bull. civ.* V, n° 143 ; *JCP E* 1994, II, 527 ; *RJS* 1993, n° 606 (à propos du retrait par le Ministère de l'Intérieur de l'agrément donné à l'employé d'un casino).

¹⁹² Rennes, 28 mars 2002, préc.

¹⁹³ C. trav., art. L. 1134-1.

emprunteur étant à l'origine d'une impossibilité morale de se constituer un écrit. Les juridictions n'ont pas fait droit à la requête¹⁹⁴. Toutefois, la formulation utilisée par la cour d'appel porte à croire que l'article 1348 aurait pu être invoqué avec succès si l'appelant n'avait pas tenu de propos injurieux tenus par à l'encontre de l'intimé permettaient de douter du fait que la qualité particulière de ce dernier avait constitué un obstacle à l'établissement d'un écrit.

Si les convictions religieuses conduisent parfois à aménager les critères de caractérisation des inexécutions contractuelles, aucun dispositif particulier dérogeant au droit commun n'a été mis en place en matière de vente de produits alimentaires. Cela dit, une fois que l'on arrive à rapporter la preuve de l'existence d'un élément perturbateur, la jurisprudence admet dans de nombreux cas la sanction du comportement du défendeur. Cependant, dans certaines hypothèses, le contractant ne pourra pas se prévaloir du prétendu trouble causé par les convictions religieuses de son cocontractant.

2/ La perte du droit de se prévaloir d'un trouble causé par les convictions religieuses

Il n'existe pas à proprement parler d'« *excuse de fondamentalité* »¹⁹⁵ en droit français. Un contractant ne peut donc se soustraire à l'exécution du contrat en invoquant sa liberté de religion. Néanmoins, le contractant qui se prétend victime d'un trouble perd le droit de s'en prévaloir dès lors que la mauvaise exécution de l'obligation dont il se prévaut heurte de plein fouet les prescriptions religieuses intégrées d'un commun accord au champ contractuel (a). Dans certains cas, le trouble ne sera pas non plus sanctionné lorsque seront invoquées des considérations étrangères au cadre contractuel (b).

a/ Une impossibilité résultant du respect de prescriptions religieuses contractualisées

Une inexécution ne peut être sanctionnée dès lors qu'elle est justifiée par le respect de convictions religieuses contractualisées. Il peut s'agir des convictions religieuses du prétendu fautif, mais aussi de celles de la prétendue victime.

Le respect des convictions religieuses du prétendu fautif. Les clauses de conscience sont prévues en nombre limitatif par la loi. Néanmoins, les parties à une convention ont le loisir d'y insérer une telle stipulation. Les salariés, en dehors des cas légaux, ne peuvent se permettre de suspendre l'exécution de leurs obligations, si ce n'est dans le cas où ils auraient contractualisé leurs convictions religieuses. Néanmoins, on peut se demander si une telle clause pourrait avoir un sens lorsqu'un salarié est au service d'une entreprise de tendance. N'aurait-elle pas pour effet de vider le contrat de sa cause en contredisant une obligation

¹⁹⁴ Paris, 14 janvier 2003, Juris-Data n° 2003-207335.

¹⁹⁵ B. FAGES, Note sous Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, *RTD Civ.* 2010, p. 557.

essentielle ? Dès lors, certains commentateurs craignent qu'une telle clause ne soit déclarée nulle¹⁹⁶, à l'instar de ce qui a pu être décidé dans l'affaire *Chronopost*¹⁹⁷ s'agissant des clauses limitatives de responsabilité. Toutefois, il se faut se demander si le raisonnement se limite à ces seules clauses. Il est vrai que la Troisième Chambre civile a récemment refusé d'écarter une clause de renonciation anticipée à toute action en résolution judiciaire pour défaut de paiement du prix, alors que la requérante faisait valoir que cette stipulation portait sur une obligation essentielle du contrat¹⁹⁸. La Haute juridiction a fait valoir que l'article 1184 du Code civil n'était pas d'ordre public et que, par conséquent, rien ne faisait obstacle à la validité d'une telle stipulation. Néanmoins, le fait que l'argumentation développée par la requérante ait été rejetée ne permet pas de conclure à un rejet de la jurisprudence *Chronopost* dans l'hypothèse des clauses de conscience. Plusieurs lectures sont possibles. En premier lieu, on pourrait penser que la Troisième Chambre civile n'entend pas étendre le champ d'application de la notion d'obligation essentielle au-delà du cadre des clauses limitatives de responsabilité. Par conséquent, les clauses de conscience, comme les clauses de renonciation anticipée à l'action en résolution, seraient sans nul doute valides. Mais n'est-il pas possible de considérer plutôt que la Troisième Chambre civile n'a fait qu'admettre la validité de principe des clauses de renonciation anticipée à l'action en résolution ? Dans cette hypothèse, les clauses seraient valides à condition de ne pas contredire la portée de l'obligation essentielle. La solution serait identique à celle rendue en 2007, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans le cas des clauses limitatives de responsabilité¹⁹⁹. Rien ne permet de rejeter cette éventualité. En effet, il se peut que, dans le cas d'espèce, la requête des contractants ait été mal dirigée, mais qu'elle aurait abouti si les requérants avaient suivi ce raisonnement. De la même façon, une requête correctement dirigée contre une clause de conscience pourrait conduire à sa neutralisation.

Les clauses de conscience constituent un moyen efficace pour le contractant de s'assurer que ses convictions religieuses seront respectées. En dehors de cette hypothèse, un contractant peut difficilement échapper à la sanction, sauf à démontrer que, par le comportement qui lui est reproché, il favorise finalement le respect des convictions religieuses de la prétendue victime, intégrées au contrat.

Le respect des convictions religieuses de la prétendue victime. De façon habituelle, dans une entreprise non identitaire, le salarié qui s'absenterait sans

¹⁹⁶ J. COUARD, *L'entreprise congréganiste en droit des affaires*, op. cit., p. 503, n° 764.

¹⁹⁷ Cass. Com., 22 octobre 1996 : *Bull. civ.* 1996, IV, n° 261 ; CCC 1997, comm. n° 24, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 1997, p. 121, note A. SÉRIAUX ; *ibid.*, somm. p. 175, obs. P. DELEBECQUE ; *Defrénois* 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *ibid.*, 4025, obs. G. VINEY.

¹⁹⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 3 novembre 2011 : *LPA* 19 janvier 2012, p. 3, note C. DELOBEL.

¹⁹⁹ Cass. Com., 18 décembre 2007, *RDC* 2008, p. 263, obs. T. GENICON ; et p. 287, obs. Viney ; *RTD civ.* 2008, p. 310, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2008, p. 154, obs. X. DELPECH ; *JCP G* 2008, I, 125, n° 13, obs. PH. STOFFEL-MUNCK – D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, chron., p. 1776.

l'autorisation de son employeur se rendrait donc coupable d'une inexécution de nature à justifier un licenciement disciplinaire. Toutefois, les tribunaux se montrent très compréhensifs lorsque le salarié exerce dans une entreprise de tendance. La bienveillance des juridictions s'est manifestée notamment dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris en 1990. Un surveillant rituel juif avait dû s'absenter momentanément pour assister aux obsèques de son fils. Étant rentré au bout de vingt-cinq jours alors que délai légal en France était de trois jours, il s'était vu reprocher par son employeur d'avoir dépassé le délai autorisé. Or, la juridiction saisie du litige estima que la stricte observance des prescriptions hébraïques faisait partie intégrante des obligations du surveillant²⁰⁰ et que son employeur ne pouvait lui reprocher d'avoir voulu s'y conformer. De prime abord, l'issue de cette affaire pourrait surprendre. En effet, le contrat ne mentionnait pas expressément une obligation d'observer strictement la loi juive. Cependant, la solution semble pouvoir se justifier eu égard au fait qu'en cas de non-respect des préceptes du judaïsme, l'employeur aurait pu licencier le salarié au motif que son comportement était à l'origine, au sein de l'entreprise, d'un trouble caractérisé²⁰¹. Les faits de l'espèce conduisent cependant à se demander ce qu'il serait advenu si le surveillant rituel n'avait pas été remplacé, car la cour d'appel insiste à plusieurs reprises sur le fait que l'absence du salarié n'avait causé aucun préjudice à l'employeur du fait de son remplacement. En outre, il semble qu'il faille, en la matière, faire preuve de nuance. Si le salarié n'occupe pas des fonctions impliquant une communion de pensée et de foi avec l'employeur, on peut penser qu'il ne pourra pas opposer à ce dernier le strict respect des convictions religieuses qui participent de son caractère propre.

Au final, il semble qu'on ne puisse pas reprocher à un contractant de ne pas avoir exécuté sa prestation lorsqu'il a simplement voulu garantir le respect des convictions religieuses communes aux deux parties et qui ont été déterminantes de la conclusion du contrat. Le contractant peut-il espérer se décharger aussi finalement de toute responsabilité lorsque ses convictions religieuses sont étrangères au cadre contractuel ?

b/ Une impossibilité de sanctionner résultant de considérations étrangères au cadre contractuel

Pris isolément, le respect des convictions religieuses ne saurait constituer un cas de force majeure dans la mesure où l'on ne peut constater, de ce seul fait, la réunion des critères jurisprudentiels classiques. En effet, l'évènement est imputable à celui qui entend s'en prévaloir : ce critère ne semble pas pouvoir être respecté, car les croyances religieuses sont purement internes à l'individu.

²⁰⁰ Paris, 25 mai 1990 : *D.* 1990, p. 596.

²⁰¹ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience, op. cit.*, p. 184.

S'agissant de la maladie²⁰², la jurisprudence tend à reconnaître la force majeure. Encore faut-il préciser que, selon certains auteurs, elle ne saurait constituer tel un événement lorsqu'elle résulte d'un comportement adopté volontairement par un contractant afin de se conformer à ses convictions religieuses²⁰³. Il est vrai que, dans ce cas, bien que l'évènement soit extérieur à l'individu, sa réalisation lui est imputable. Au surplus, l'irrésistibilité ne pourrait être caractérisée dans la mesure où le croyant a lui-même fait le choix de se soumettre à un impératif personnel²⁰⁴. On pourra alléguer, à l'instar de certains auteurs, qu'il faut constater que la condition d'imputabilité morale a fortement reculé au cours de ces dernières années et, s'il est permis d'engager la responsabilité d'un dément, il serait illogique de ne pas faire de même lorsqu'un individu fait valoir un impératif moral²⁰⁵. Enfin, un arrêt a précisé que la loi ne consacre pas, de manière générale, d'objection de conscience à titre personnel²⁰⁶. Or, admettre le jeu de la force majeure en raison des convictions religieuses d'un contractant conduirait à généraliser les clauses de conscience en matière conventionnelle, sans que les contractants ne se donnent la peine de prévoir une quelconque stipulation en ce sens dans leur accord. En conséquence, même si les règles relatives à la force majeure en matière contractuelle ne sont pas d'ordre public²⁰⁷ et que les parties peuvent donc, si bon leur semble, aménager les critères jurisprudentiels de la force majeure, de manière à retenir une définition plus large²⁰⁸, il semble vain de remédier à la technique contractuelle.

En définitive, bien que la jurisprudence ne se soit jamais prononcée sur la question, il semble que la pratique d'une religion ne puisse être un facteur de justification d'une inexécution contractuelle. On ne saurait cependant reprocher au juge d'appliquer les critères classiques de la force majeure. Il ne serait pas judicieux de faire naître une nouvelle controverse jurisprudentielle en la matière simplement pour favoriser l'exercice de la liberté de religion.

Conclusion

²⁰² Cass. Civ. 1^{ère}, 10 février 1998 : *Bull. civ.* I, n° 53 ; *D.* 1998, p; 539, note D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1998, n° 70, note L. LEVENEUR ; *JCP G* 1998, I, p. 155, obs. C. JAMIN ; *Ibid.* I, p. 185, obs. G. VINEY ; *Ibid.* II, 10124, note G. PAISANT ; *RTD Civ.* 1998, p. 689, obs. P. JOURDAIN – 2 octobre 2001 : *CCC* 2002, n° 24, note L. LEVENEUR.

²⁰³ J.-C. SAINT-PAU, *J.-Cl Civil Code, Droit à réparation*, Art. 1146 à 1155, Fasc. 11-30, 2004, n° 27.

²⁰⁴ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, *op. cit.*, p. 168, n° 283 et s.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 169, n° 285.

²⁰⁶ Paris, 24 février 1988, Ed. Data, n° 88350.

²⁰⁷ P. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 510, n° 953.

²⁰⁸ Cass. Civ. 3^{ème}, 21 octobre 2006 : *JCP G* 2006, IV, 3281 ; *ibid.* 2007, I, 115, n° 13, obs. PH. STOFFEL-MUNCK. Rapprochant ces hypothèses de celle des clauses limitatives de responsabilité et du terme, MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck considèrent cependant que la clause de force majeure ne doit pas affecter l'essence du contrat, ni accorder au débiteur la possibilité discrétionnaire de ne pas exécuter.

Le droit français prétend échapper autant que possible à l'emprise de la religion. Toutefois le refus de transformer les règles religieuses en normes juridiques ne doit pas conduire à l'ignorance d'un phénomène qui imprègne la vie quotidienne des individus et qui doit donc faire l'objet d'une importante régulation. On ne peut que se féliciter, par conséquent, d'assister actuellement au développement de solutions tenant compte du fait religieux en droit des contrats. En effet, le droit des contrats se montre bienveillant à l'égard de la religion en permettant aux institutions destinées à l'exercice du culte de conclure des conventions en vue de l'accomplissement de leurs missions spirituelles dans un cadre respectueux de leur autonomie religieuse. Toutefois, l'on assiste, peu à peu, à une mutation de la qualification de leurs relations contractuelles. Le contrat de travail a réussi à se faire une place de choix au sein de l'ensemble des conventions applicables au sein de ces communautés.

Mais le juge et le législateur font souvent preuve de méfiance à l'égard de la religion des contractants. En effet, l'autorité morale d'une communauté religieuse sur ses fidèles peut être de nature à faire prendre à ces derniers des décisions déraisonnables. Le droit des contrats permet de combattre cette influence excessive, mais la lutte s'avère difficile sur le terrain des vices du consentement. Elle est peut-être plus efficace sur celui des incapacités. En outre, les contractants ne sauraient, au seul prétexte de leur liberté fondamentale, bafouer les convictions d'autrui. On mesure par là que la suspicion manifestée par les acteurs du droit ne conduit pas nécessairement à un recul de la liberté de religion. Les dispositifs de lutte contre la discrimination, qui mènent à une adaptation du régime de l'offre et qui influent sur la mise en œuvre des vices du consentement, témoignent bien de cet état de fait. Il en est de même pour tout le processus visant à encadrer la renonciation par les contractants à la protection de leurs convictions religieuses, ainsi que pour celui qui encadre les licenciements.

Pourtant, il existe encore des domaines dans lesquels l'influence de la religion se fait peu sentir. On pense notamment au refus des juridictions d'accepter la religion en tant que cause légitime de refus de vente ou de prestation de service pour les professionnels, en l'absence de toute discrimination envers la clientèle. Cette indifférence se manifeste également dans la phase d'exécution du contrat, notamment dans le refus de la force majeure, mais plus particulièrement dans le rejet de la révision motivée par les convictions religieuses. De surcroît, il faut bien constater que, dans certains cas, la liberté religieuse est moins bien traitée, dans la sphère contractuelle, que les autres droits et libertés fondamentaux de la personne. On exhortera donc le législateur à uniformiser les solutions, notamment en ce qui concerne le processus de révision des conventions. En attendant des jours meilleurs, les parties pourront obtenir ce que le juge ne veut leur accorder en veillant à contractualiser leurs convictions religieuses.

En définitive, il reste encore un long chemin à faire afin d'arriver à une prise en compte satisfaisante de la religion des contractants.