

Trimestriel ■ 30^e année ■ N° 119 ■ 1^{er} juillet 2019

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NÉMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Sous la présidence de **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire, ancien directeur de la *revue*, président d'honneur de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

Fi. BENOÎT-ROHMER, professeur des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

L. BURGOGUE-LARSEN, professeur à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

A.A. CANÇADO TRINDADE, ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et juge à la Cour internationale de justice.

C. CHAINAIS, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de l'Institut international des droits de l'homme – René Cassin.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, professeur émérite de l'Université de Lille II.

E. DECAUX, professeur à l'Université de Paris II.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMEPPE, conseiller à la Cour de cassation (b.).

M. DELMAS-MARTY, professeur honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

Fr. DELPÉRÉE, député et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, vice-président de l'Institut international des droits de l'homme, ancien greffier et juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeur à l'Université de Genève.

M. HOTTELIER, professeur à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse en République socialiste démocratique du Sri Lanka et en République des Maldives.

A. NUSSBERGER, vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'Etat (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrate de Thrace.

G. RAIMONDI, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et juge au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

P. TAVERNIER, professeur émérite de l'Université Paris XI.

Fr. TEITGEN, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

H. TIGROUDJA, membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil d'Etat (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur à l'Université de Strasbourg.

L'entreprise de tendance, c'est tendance!

(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Egenberger*, 17 avril 2018, C-414/16 et Gde Ch., arrêt *IR*, 11 septembre 2018, C-68/17)

PAR

Xavier DELGRANGE¹

Premier auditeur chef de section au Conseil d'État, chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles

Résumé

Alors que la Cour européenne des droits de l'homme se réfère depuis une dizaine d'années à la notion d'entreprise de tendance consacrée par l'article 4.2. de la directive 2000/78/CE, la Cour de justice de l'Union européenne n'avait pas eu l'occasion de donner son interprétation de cette figure. Ce paradoxe a été levé par deux arrêts rendus en 2018. Si la Cour de justice confirme la portée extensive de la notion, elle entend la baliser davantage que la Cour de Strasbourg. Pour ce faire, la Cour de justice consacre plus explicitement le droit de l'employé à un recours effectif contre le refus d'engagement ou le licenciement dont il est victime. Elle requiert également un lien étroit entre les critères d'embauche ou l'obligation de loyauté pesant sur l'employé et la nature des fonctions qu'il est appelé à exercer ou exerce au sein de l'entreprise.

¹ Je remercie vivement Filip Dorssemont, professeur à l'Université catholique de Louvain, qui m'a très aimablement communiqué son article «Het discriminatieverbod als catalysator van de negatieve vrijheid van religie in identiteitsgebonden organisaties», à paraître dans *Tijdschrift voor recht, religie en samenleving*. J'ai également fait mon miel des réflexions émises par Vincent Valentin, professeur à Sciences Po Rennes, dans son exposé «L'objection de conscience dans l'entreprise privée» lors du colloque *Contesting in the Name of Religion in 'Secularised' Societies Between Doctrine and Militancy/Contester au nom de la religion dans des sociétés 'sécularisées', Entre doctrine et militance*, qui s'est tenu à Venise les 4 et 5 avril 2019. Ce texte a bénéficié de la lecture pertinemment tendancieuse de personnalités de diverses tendances : Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive, professeures à l'Université libre de Bruxelles; Filip Dorssemont; Hélène Lerouxel, secrétaire en chef du greffe législation du Conseil d'État de Belgique et assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles; Vincent Valentin.

Abstract

While the European Court of Human Rights has referred for some ten years to the concept of an ethos-based company enshrined in Article 4(2) of Directive 2000/78/EC, the European Court of Justice had not had the opportunity to give its interpretation of this figure. This paradox was resolved by two judgments given in 2018. If the Court of Justice confirms the broad scope of the concept, it intends to define it more clearly than the Strasbourg Court. To this end, the Court of Justice more explicitly enshrines the employee's right to an effective remedy against the refusal of employment or dismissal of which he is a victim. The Court also requires a close link between the hiring criteria or the obligation of loyalty incumbent on the employee and the nature of the duties he or she is called upon to perform or performs within the company.

1. L'entreprise de tendance est consacrée en droit de l'Union européenne par l'article 4.2. de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette disposition permet le maintien de législations étatiques autorisant les «églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions» à: d'une part, lors de l'embauche, distinguer sur la base de la religion ou de la conviction en énonçant «une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation» (art. 4.2., al. 1^{er}); d'autre part, dans la relation de travail, requérir de son personnel «une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation» (art. 4.2., al. 2).

Deux décisions rendues en 2018 par la Cour de justice de l'Union européenne en Grande Chambre, sur question préjudicielle de la Cour fédérale allemande du travail – l'arrêt *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* du 17 avril 2018 et l'arrêt *IR c. JQ* du 11 septembre 2018 – invitent à faire le point sur la portée de cette disposition. Il s'agit notamment d'apprécier si la Cour de justice s'est inscrite dans les pas de la Cour européenne des droits de l'homme, qui se réfère à l'article 4.2. de la directive depuis une dizaine d'années.

Le hasard veut que la Cour de justice a été saisie des deux aspects de l'article 4.2. de la directive. En effet, le premier arrêt traite d'une discrimination à l'embauche. Une diaconie de l'Église protestante d'Allemagne refuse d'engager Mme Egenberger dans le cadre d'une mission de recherche au motif qu'elle n'appartient pas à cette église (*Egenberger*, §§ 24-30). Le second arrêt traite

des relations de travail. Le docteur JQ, chef du service de médecine interne de l'hôpital catholique IR, est licencié pour s'être remarié alors que son premier mariage n'a pas été annulé selon les règles du droit canon (IR, §§ 23-29).

Après avoir recherché les origines de cette disposition afin d'en apercevoir les contours (I), nous constaterons que les prérogatives de l'entreprise de tendance se libèrent de leur caractère d'exception à l'exigence de non-discrimination pour constituer une règle autonome déduite de l'article 17 TFUE (II). Les entreprises de tendance peuvent être classées en quatre catégories (III). Elles font peser sur les employés des contraintes potentiellement très lourdes (IV).

I. Les origines de l'entreprise de tendance en droit européen

2. Le 24^e considérant de la directive 2000/78/CE indique l'origine de la consécration de l'entreprise de tendance: «L'Union européenne a reconnu explicitement dans sa déclaration n° 11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles, annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam, qu'elle respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres et qu'elle respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles. Dans cette perspective, les États membres peuvent maintenir ou prévoir des dispositions spécifiques sur les exigences professionnelles essentielles, légitimes et justifiées susceptibles d'être requises pour y exercer une activité professionnelle».

Le traité d'Amsterdam de 1997 a initié un double mouvement qui a notamment débouché sur la directive 2000/78/CE². D'un côté, il a engagé l'Union européenne dans un élargissement de la lutte contre les discriminations jusqu'alors limitée aux critères de la nationalité et du sexe. Désormais, aux termes de l'article 13 du traité CE devenu l'article 19 TFUE, le Conseil, statuant à l'unanimité et après approbation du Parlement, «peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation

² Voy. également L.-L. CHRISTIANS, «Droit et religion dans le traité d'Amsterdam: une étape décisive?», in Y. Lejeune (coord.), *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 195-223; C. ROMAINVILLE, «Les discriminations directes et indirectes à raison de la religion en droit belge et européen», in C. Romainville, M. Verdussen, N. Bonbled et S. Wattier (dir.), *État et religions*, Anthemis, Limal, 2018, pp. 145-183, spécialement pp. 148-151.

sexuelle»³. De l'autre côté, une déclaration relative au statut des Églises a été adoptée à «l'initiative des églises allemandes soucieuses de voir préservé leur statut national traditionnel»⁴ ⁵. Contrairement à l'extension du domaine de la lutte contre les discriminations qui entrainait par la grande porte de l'inscription dans le traité fondateur, la reconnaissance du statut des Églises dut se faufiler par la lucarne d'une déclaration annexée au traité. Elle fut néanmoins ensuite intégrée dans l'article I-52 du traité avorté établissant une Constitution pour l'Europe (2004), repris à l'article 17 TFUE (2007), qui lui adjoint un troisième paragraphe relatif au dialogue entre l'Union et les Églises au sens large⁶:

«1. L'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres.

2. L'Union respecte également le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les organisations philosophiques et non confessionnelles.

3. Reconnaissant leur identité et leur contribution spécifique, l'Union maintient un dialogue ouvert, transparent et régulier avec ces Églises et organisations.»

³ Voy. E. BRIBOSIA, «La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée», in C. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck (éd.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, die Keure, Bruges, 2008, pp. 31-62, spécialement pp. 45-48.

⁴ P. ROLLAND, «Article I-52», in L. Burgogue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 1, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 670-677, spécialement p. 673. Voy. également L.-L. CHRISTIANS, «Droit et religion dans le traité d'Amsterdam: une étape décisive?», *op. cit.*, p. 216, note 66; F. MARGIOTTA BROGLIO, «La Constitution européenne et la laïcité», in A. Dierkens et J.-Ph. Schreiber, *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne*, coll. Problèmes d'histoire des religions, vol. 16, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2006, pp. 229-237, spécialement pp. 230-231. Sur le régime allemand de «séparation-coopération» des Églises et de l'État, voy. Th. RAMBAUD, «La séparation des Églises et de l'État en Allemagne et en France: regards croisés», *Société, droit et religion*, CNRS Éditions, Paris, 2012/1, n° 2, pp. 113-141.

⁵ Les premières moutures de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme contenaient également une réserve précisant que la liberté de conscience et de religion ne pouvait être considérée «comme portant atteinte aux réglementations nationales déjà existantes qui s'appliquaient) aux institutions et fonctions religieuses, ou à l'appartenance à certaines confessions» (R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 713).

⁶ Sur la portée de ce troisième paragraphe, voy. S. WATTIER, «Entre sécularisation et retour du religieux: repenser les relations entre État et religions dans une Belgique paradoxale», in C. Romainville, M. Verdussen, N. Bonbled et S. Wattier (dir.), *État et religions*, *op. cit.*, pp. 19-39, spécialement pp. 37-38.

Cette disposition a survécu, à titre de contrepartie⁷, au vif débat relatif à la référence aux racines chrétiennes de l'Europe dans le préambule de la Constitution pour l'Europe⁸. Dans l'affaire *Egenberger*, l'avocat général Tanchev propose l'analyse suivante, références à l'appui : «le texte de l'article 17 TFUE a été discuté au sein de la convention sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. L'article 17 apparaissait en tant qu'article I-52 du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, qui aurait été marquée par un *lobbying* tenace en faveur de l'insertion d'une référence à l'héritage religieux et singulièrement chrétien de l'Europe, un *lobbying* contré de façon tout aussi tenace par des groupes laïcs et par les États membres connaissant une stricte séparation des Églises et de l'État» (§ 97). À la tête de ces États figuraient la France et la Belgique⁹. Il apparaît que la disposition est demeurée car «l'analyse des défenseurs de la laïcité en France et du 'religieux' en Allemagne aboutit aux mêmes conclusions : il faut préserver les acquis nationaux en la matière»¹⁰.

⁷ A. LEVADE, «Préambule», in L. Burgorgue-Larsen, A. Levaide et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, op. cit., pp. 3-37, spécialement p. 33.

⁸ Voy. G. BOSSUAT, «Histoire d'une controverse. La référence aux héritages spirituels dans la Constitution européenne», *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n° 78, La laïcité, un enjeu sur la voie de l'émancipation humaine, 2005, pp. 68-82; A. LEVADE, op. cit., pp. 30-33; R. MEHDI, «L'Union européenne et le fait religieux. Éléments du débat constitutionnel», *Rev. fr. dr. const.*, 2003/2, pp. 227-248; O. ROY, *L'Europe est-elle chrétienne?*, Seuil, Paris, 2019, pp. 135-137. La première version de la déclaration n° 11 faisait référence à «l'héritage culturel commun» des États membres (L.-L. CHRISTIANS, «Droit et religion dans le traité d'Amsterdam : une étape décisive?», op. cit., p. 216).

⁹ Le Gouvernement «violette» (coalition libérale-socialiste) de l'époque réclamait «la suppression de l'article I-51 relatif au dialogue de l'Union avec les Églises et les organisations non confessionnelles. Le gouvernement belge n'est pas convaincu de la valeur ajoutée de cette disposition. En effet, les relations avec la société civile sont déjà l'objet de l'article I-46 [...]. Le ministre Michel a rappelé d'une part le refus de la Belgique de voir figurer dans le préambule la référence aux valeurs religieuses et d'autre part le souhait du gouvernement de supprimer l'article I-51» (déclaration du secrétaire d'État Hervé Jamar au nom du Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères, Louis Michel, *Ann. Parl.*, Sénat, 2003-4, n° 3-25, séance du 5 décembre 2003, pp. 37-42, spécialement p. 41). Dans le même sens, voy. l'exposé des motifs des projets législatifs ratifiant cette Constitution (par exemple le projet de décret de la Commission communautaire française, *Doc. parl.*, COCOF, 2004-05, n° 32/1, p. 35). Voy. B. MASSIGNON, «Les lobbies laïques face au défi de la construction européenne», in A. Dierkens et J.-Ph. Schreiber, *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne*, op. cit., p. 168. À propos d'autres oppositions à cette disposition, voy. G. BOSSUAT, op. cit., pp. 76-77. En France, les opposants à la ratification de la Constitution pour l'Europe s'appuyaient notamment sur cet article dont ils dénonçaient la contrariété avec le principe de laïcité (voy. notamment L. FABIOUS, «Pourquoi il faut dire non à la Constitution européenne», *Libération*, 23 novembre 2004).

¹⁰ F. MESSNER, «Le droit des religions dans une Europe interculturelle», *Hermès*, 1999, nos 23-24, pp. 57-64, spécialement p. 59. Dans le même sens, F. MARGIOTTA BROGLIO (op. cit.,

→

L'article 17 TFUE, en affirmant non seulement le respect du statut des Églises mais également l'absence de préjugé à leur égard, propose en effet une déclinaison particulière du principe de subsidiarité¹¹. C'est une neutralité « au carré » qui est en quelque sorte proclamée : l'Europe est neutre par rapport à la façon dont les États définissent leur propre neutralité, notamment dans leur conception du principe de la séparation des Églises et de l'État¹².

3. La directive 2000/78/CE est un magnifique cas d'école illustrant la difficulté de concilier les dimensions individuelle et collective d'une liberté. Dans ses conclusions précédant le premier arrêt où la Cour de justice de l'Union européenne a été confrontée à l'article 4.2., l'avocat général Tanchev relevait que les deux parties se revendiquaient de cette même directive (§ 42). La requérante, évincée d'un emploi qu'elle convoitait au motif qu'elle est sans confession alors que la fonction était réservée à une personne de confession chrétienne¹³, s'estimait victime d'une discrimination en raison de ses convictions, au mépris des articles 1^{er} et 2 de la directive, qui posent le principe de la lutte contre la discrimination fondée notamment sur la religion et les convictions. La défenderesse, association religieuse, invoquait son statut d'entreprise de tendance consacré par l'article 4.2. de la directive.

À l'origine, la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'elle était interprétée par ses organes strasbourgeois, évitait le dilemme en privilégiant la dimension individuelle des droits de l'homme¹⁴. Certes, en reconnaissant des droits à des personnes et non à des individus, la Convention « protège, en principe, non seulement les personnes physiques, mais également les per-

←

p. 234), qui insiste par ailleurs sur la mise sur un pied d'égalité des Églises et des organisations philosophiques (*op. cit.*, p. 232).

¹¹ L.-L. CHRISTIANS, « Droit et religion dans le traité d'Amsterdam : une étape décisive? », *op. cit.*, p. 217 ; P. ROLLAND, *op. cit.*, p. 673.

¹² Selon l'avocat général Tanchev, l'article 17 TFUE « signifie que les États membres disposent d'un pouvoir discrétionnaire absolu dans le choix du modèle qui régira leurs relations avec les organisations et communautés religieuses et que l'Union n'a d'autre possibilité que de rester dans une position neutre à ce sujet » (§ 99).

¹³ L'offre d'emploi énonçait la condition suivante : « L'appartenance à une église protestante ou à une église membre de la communauté de travail des églises chrétiennes en Allemagne et l'identification avec la mission diaconale sont des prérequis. Veuillez indiquer votre confession dans votre *curriculum vitae* » (cité dans C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, 17 avril 2018, aff. C-414/16, § 25).

¹⁴ Voy. J.-P. SCHOUPE, « La dimension collective et institutionnelle de la liberté religieuse à la lumière de quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme », *cette Revue*, 2005, pp. 611-633.

sonnes morales»¹⁵. La liberté de religion, en particulier, comporte une importante dimension collective sans laquelle elle ne peut se déployer, ce que l'article 9 rappelle en visant sa manifestation «individuellement ou collectivement, en public ou en privé»¹⁶. Toutefois, «les personnes morales ne peuvent évidemment être titulaires que des droits et libertés compatibles avec leur nature. Des droits comme [...] la liberté de conscience ou de religion [...] leur sont intrinsèquement étrangers»¹⁷. Dès lors, «à l'origine, la Commission estimait qu'une Église, en tant que personne morale, ne pouvait se prétendre lésée dans un de ses droits reconnus à l'article 9 de la Convention [...]. Cette jurisprudence n'était pas exempte de tout reproche dans la mesure où elle introduisait une distinction artificielle entre l'Église et ses membres [...]. L'exercice de la liberté religieuse comporte souvent des aspects collectifs qu'on ne saurait ignorer, sous peine d'ôter à cette liberté une grande partie de son effectivité. C'est pourquoi la Commission a ultérieurement opéré un revirement de jurisprudence et admet désormais qu'une Église puisse prétendre à des droits propres au titre de l'article 9»¹⁸ : «grâce aux droits reconnus à ses adhérents par l'article 9, l'Église elle-même bénéficie d'une protection dans sa liberté de manifester sa religion, d'organiser et de célébrer son culte, d'enseigner les pratiques et ses rites, et elle peut assurer et imposer l'uniformité en ces matières»¹⁹. Avec pour conséquence que si une personne liée contractuellement à une église se trouve en désaccord doctrinal avec celle-ci, sa liberté de religion est préservée par la possibilité de renoncer à ses fonctions : «se soumettre ou se démettre, tel est le choix offert au rebelle»²⁰.

¹⁵ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme, extrait du Répertoire pratique du droit belge*, Complément, t. VII, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 71.

¹⁶ Voy. G. GONZALEZ, «L'autonomie ecclésiastique au risque relatif des droits de l'homme», *cette Revue*, 2014, pp. 803-818, spécialement p. 804.

¹⁷ J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 72, qui renvoient à Comm. eur. dr. h., décisions du 17 décembre 1968, req. n° 3798/68 et du 13 décembre 1971, req. n° 4733/71.

¹⁸ J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, p. 583.

¹⁹ Comm. eur. dr. h., décision du 8 mars 1976, *X. c. Danemark*, req. n° 7374/76. Dans le Guide sur l'article 9 de la Convention qu'elle publie sur son site, la Cour énonce : «une organisation religieuse ou son organe ecclésiastique peuvent, comme tels, exercer au nom de leurs fidèles les droits garantis par l'article 9 de la Convention (*Cha'are Shalom V. Tzedek c. France* [GC], § 72 ; *Leela Förderkreis e.V. e.a. c. Allemagne*, § 79). Dès lors, un grief émanant d'une organisation religieuse ou de son organe ecclésiastique et alléguant une violation de l'aspect collectif de la liberté de religion de ses fidèles, est compatible *ratione personae* avec la Convention, et l'organisation ou l'organe peuvent se prétendre 'victimes' de cette violation, au sens de l'article 34 de la Convention» (Cour eur. dr. h., *Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme*, mise à jour au 31 décembre 2018, p. 7, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_FRA.pdf).

²⁰ G. GONZALEZ, *op. cit.*, p. 808. *Adde* J.-P. SCHOUPPE, *op. cit.*, p. 627.

Reconnaissant les dimensions individuelle et collective de la liberté de religion, la Cour européenne des droits de l'homme a dû arbitrer des conflits entre employés et employeurs, qui se revendiquent tous deux des mêmes droits garantis par la Convention²¹.

L'évolution de la jurisprudence strasbourgeoise vers une plus grande reconnaissance des droits des organisations religieuses ne va toutefois pas jusqu'à leur reconnaître une conscience. Le Guide sur l'article 9 de la Convention établi par les services de la Cour, dans sa version de décembre 2018, précise : « si une personne morale peut se prétendre victime d'une violation de sa liberté de pensée et de religion, elle ne peut pas exercer, en tant que telle, la liberté de conscience »²². Est-ce pour cette raison que la Cour européenne des droits de l'homme complète ses normes de référence par un emprunt au droit de l'Union européenne, plus précisément à la notion d'entreprise de tendance, à savoir une entreprise dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, consacrée par l'article 4.2. de la directive 2000/78/CE ? Depuis l'arrêt *Lombardi Vallauri* de 2009, la Cour se fonde sur cette disposition lorsqu'elle doit apprécier les restrictions aux droits fondamentaux des employés imposés par des entreprises au nom de leur éthique²³. Depuis, si une entreprise n'a toujours pas de conscience, elle peut avoir une éthique.

Il faudra attendre 2018 et les arrêts *Egenberger* puis *IR* pour que la Cour de justice ait l'occasion d'appliquer cette disposition²⁴. Comme l'annonçait l'avo-

²¹ Voy. A. GARAY, « L'exercice collectif de la liberté de conscience religieuse en droit international », *cette Revue*, 2006, pp. 597-614 ; A. OVERBEEKE, in B. Callebat, H. de Courreges et V. Parisot (dir.), *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 373-374.

²² Cour eur. dr. h., *Guide sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 8, n° 13. La Cour renvoie à la décision de la Commission du 12 octobre 1988, *Kontakt-Information-Therapie et Hagen c. Autriche*, req. n° 11921/86 : « les droits essentiellement invoqués, à savoir le droit à la liberté de conscience au sens de l'article 9 de la Convention et celui de ne pas être soumis à un traitement ou un châtement dégradant (article 3) ne sont pas, par nature, susceptibles d'être exercés par une personne morale telle qu'une association privée. S'agissant de l'article 9, la Commission estime qu'il faut distinguer à cet égard entre la liberté de conscience et la liberté de religion qui peut, elle, être exercée par une église en tant que telle (cf. n° 7805/77, *X. et Church of Scientology c. Suède*, déc. 5.5.79, D.R. 16 p. 68). »

²³ Cour eur. dr. h., arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 octobre 2009, §§ 23 et 41 ; arrêt *Schüth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, §§ 40 et 70 ; arrêt *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, §§ 27 et 51 ; arrêt *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 février 2011, § 46 ; Gde Ch., arrêt *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, 9 juillet 2013, §§ 60 et 142 ; Gde Ch., arrêt *Fernández Martínez c. Espagne*, 12 juin 2014, §§ 66 et 138 ; arrêt *Travaš c. Croatie*, 4 octobre 2016, § 46.

²⁴ C.J.U.E., *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, préc. ; Gde Ch., arrêt *IR c. JQ*, 11 septembre 2018, aff. C-68/17. Voy. X DELGRANGE, « Arrêt 'IR' : l'entreprise

cat général Tanchev dans ses conclusions précédant l'arrêt *Egenberger*, il revenait à la Cour de justice de se positionner par rapport à la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme²⁵. Les lignes qui suivent ont pour objet de relever les éléments permettant, dans une première approche, d'apprécier comment, dans ses deux premiers arrêts faisant application de l'article 4.2. de la directive 2000/78/CE, la Cour de justice de Luxembourg s'est positionnée par rapport à la jurisprudence que la Cour de Strasbourg a développée depuis dix ans.

II. De l'exception à la règle

4. À partir du moment où l'Union européenne entendait prohiber toute discrimination fondée notamment sur la religion dans les relations de travail, il fallait nécessairement établir une dérogation au profit des églises et autres associations culturelles²⁶. L'on imagine en effet difficilement contraindre celles-ci à ouvrir sans restriction les postes de ministres du culte, au risque de devoir nommer une personne adepte d'une autre religion ou animée d'une autre conviction²⁷.

La directive 2000/78/CE, après avoir prohibé toute discrimination directe ou indirecte fondée notamment sur «la religion ou les convictions» dans le domaine du travail (art. 1^{er}), permet aux États membres de «maintenir dans

←

de tendance, de Strasbourg à Luxembourg», observations sous C.J.U.E., *IR c. JQ*, préc., *J.D.E.*, 2019, n° 1, pp. 17-19.

²⁵ Ces conclusions contiennent une recension particulièrement complète de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux entreprises de tendance (nos 68-75). Contrairement à ce qu'elle avait fait dans ses arrêts *Boungaoui* et *Achbita* du 14 mars 2017, la Cour de justice, dans les deux arrêts commentés, s'abstient de se référer à la jurisprudence strasbourgeoise (en ce sens, J. MOULY, «Discriminations fondées sur la religion, entreprises de tendance et droit de l'Union. La question du licenciement en raison du remariage après divorce (À propos de C.J.U.E., 11 septembre 2018, aff. C-68/17)», *Droit social*, 2018/11, pp. 915-920; F. DORSSEMONT, «Het discriminatieverbod als catalysator van de negatieve vrijheid van religie in identiteitsgebonden organisaties», à paraître).

²⁶ Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Les droits fondamentaux, gardiens et garde-fous de la diversité religieuse en Europe», in E. Bribosia et I. Rorive (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse, Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2015, pp. 171-202, spécialement p. 185.

²⁷ Comme le rappelle l'avocat général Tanchev en s'appuyant sur la jurisprudence strasbourgeoise, «le principe d'autonomie interdit à l'État d'obliger une communauté religieuse à admettre en son sein de nouveaux membres ou d'en exclure d'autres. L'État ne saurait obliger une communauté religieuse à confier à un individu une responsabilité religieuse quelconque.» (§ 107)

leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption» de la directive «ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive», une exception au profit «des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions»: «une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation» (art. 4.2, al. 1^{er}). Elle précise encore: «pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation» (art. 4.2, al. 2).

À l'origine, quatre bornes avaient été posées afin de contenir la dérogation et assurer une effectivité maximale à l'exigence de non-discrimination. La première a été enlevée lors des travaux préparatoires de la directive 2000/78/CE, qui ont abouti à un élargissement de la définition de l'entreprise de tendance (A). La seconde, l'interprétation stricte de l'exception, a été ôtée par la Cour de justice dès son premier arrêt rendu en la matière (B). La troisième, la clause de *standstill* en vertu de laquelle les États membres ne pourraient que maintenir des pratiques existantes au moment de l'entrée en vigueur de la directive, ne semble guère préoccuper la jurisprudence (C). La quatrième borne est énoncée en fin du premier paragraphe de l'article 4: la différence de traitement qu'une entreprise de tendance peut s'autoriser «doit s'exercer dans le respect des dispositions et des principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif»²⁸. Elle débouche notamment sur l'incorporation du principe de proportionnalité, qui n'est pas explicitement énoncé à l'article 4.2., au contraire de l'article 4.1. C'est la seule borne à se tenir fièrement debout dans les deux arrêts de la Cour de justice, ici commentés. Elle est à ce point centrale dans le raisonnement de la Cour qu'elle en devient un phare guidant le chemin que doivent emprunter les États membres (voy. ci-après, n° 21).

²⁸ À propos de l'interdiction de fonder une distinction sur un autre motif que la religion ou les convictions, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Les droits fondamentaux, gardiens et garde-fous de la diversité religieuse en Europe», *op. cit.*, pp. 187-189.

Il est intéressant d'apprécier la solidité des trois premières bornes au regard de l'article 17 TFUE²⁹, d'autant que le préambule de la directive affirme la volonté de se conformer à cette disposition, ce dont prend acte la Cour de justice³⁰.

A. *La définition extensive de l'entreprise de tendance*

5. La notion d'entreprise de tendance trouve son origine dans le droit allemand où une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, est appelée «Tendenzbetrieb», généralement traduite en français par «entreprise de tendance», étant entendu qu'en allemand, le «tendenz» n'est affublé d'aucune connotation négative comme pourrait l'être l'adjectif «tendancieux»³¹. Il est vrai qu'à l'origine, cette qualification était réservée aux organisations faisant œuvre prosélyte. Ainsi, Philippe Waquet les définissait-il comme «des associations, des syndicats ou des groupements (partis politiques, églises ou autres groupes à caractère religieux) dans lesquels une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique sont expressément prônées. Autrement dit, l'objet essentiel de l'activité de ces entreprises est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique»³². Dans ses premières versions, la proposition de directive maintenait une définition étroite de l'entreprise de tendance, la réservant à celles «qui ont pour objectif direct et essentiel l'orientation idéologique dans le domaine de la religion ou de la croyance en ce qui

²⁹ Comme le rappelle l'avocat général Tanchev, «[l]orsqu'il est nécessaire d'interpréter un texte du droit communautaire dérivé, il convient, dans la mesure du possible, de l'interpréter dans le sens de sa conformité avec les dispositions des traités et les principes généraux du droit de l'Union. L'article 17, paragraphes 1 et 2, TFUE est donc directement pertinent aux fins de l'interprétation de l'article 4, paragraphe 2, la directive 2000/78.» (point 88)

³⁰ «Le fait que (la déclaration n° 11 annexée au traité d'Amsterdam) soit explicitement citée au considérant 24 de la directive 2000/78 met en évidence que le législateur de l'Union a nécessairement tenu compte de ladite déclaration lors de l'adoption de cette directive, en particulier de son article 4, paragraphe 2, puisque cette disposition renvoie précisément aux législations et pratiques nationales en vigueur à la date d'adoption de ladite directive» (*Egenberger*, préc., § 57; *IR*, préc., § 48).

³¹ Voy. D. CUYPERS, «Discriminatierecht in non-profitondernemingen: identiteitsgebonden ondernemingen en het arbeidsrecht», in C. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck (éd.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, op. cit., pp. 689-724, spécialement pp. 693-694.

³² Ph. WAQUET, «Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance», *Gaz. Pal.*, 1996, pp. 1427-1432, spécialement p. 1427.

concerne l'enseignement, l'information et l'expression d'opinions»³³. Dans sa version définitive, la directive retient une définition bien plus large de la notion, qui «ne vise plus seulement la finalité de diffusion d'une doctrine, mais bien toute activité 'dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions' », ce qui permet par exemple d'y inclure une clinique dont le pouvoir organisateur est confessionnel³⁴. Les premières consécutions de l'entreprise de tendance en droit européen retenaient également une définition plus restrictive³⁵. L'avocat général Tanchev cite le rapport du Parlement européen sur la proposition de la Commission : «Il s'agit d'étendre le texte aux activités 'sociales' au sens large des organisations religieuses tout en le limitant au personnel participant directement à l'orientation idéologique (à l'exclusion par exemple des réceptionnistes ou des concierges)» (§ 86, note 82). Est-ce pour conjurer cette interprétation extensive qu'une doctrine française préfère le vocable d'«entreprise de conviction»³⁶?

6. L'on peut se demander si la définition extensive de l'entreprise de tendance retenue par la directive 2000/78/CE ne va pas au-delà de ce que conçoit

³³ Proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O.C.E.*, n° C 177 E du 27 juin 2000, p. 42). Voy. D. CUYPERS, *op. cit.*, pp. 702-704; Y. STOX, *Discriminatie in identiteit. Identiteitsgebonden werkgevers in het Belgisch en Europees arbeidsrecht*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 50; L.-L. CHRISTIANS, «Diversité au travail. Entre cultures et consciences, entre identité et éthique. Enjeux juridiques des recompositions postmodernes du religieux», in J. Ringheleim (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 623-653, spécialement p. 643.

³⁴ L.-L. CHRISTIANS, «Les mutations du concept d'entreprise de tendance. Essai de prospective juridique sur les futures entreprises postséculières», in B. Callebat, H. de Courrèges et V. Parisot (dir.), *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, *op. cit.*, pp. 253-270, spécialement p. 257. Voy. déjà L.-L. CHRISTIANS, «Diversité au travail...», *op. cit.*, pp. 644-650.

³⁵ Voy. par exemple l'article 8.3. de la directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, qui vise les entreprises «qui poursuivent directement et essentiellement un but d'orientation idéologique relatif à l'information et à l'expression d'opinions». Pour d'autres exemples, voy. F. DORSSEMONT, *op. cit.*

³⁶ Voy. M. SWEENEY, «Les règles (civiles) de non-discrimination en raison de la religion», in B. Callebat, H. de Courrèges et V. Parisot (dir.), *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, *op. cit.*, pp. 287-329, spécialement p. 318, note 128. L'auteur fait siens les termes retenus par la Cour d'appel de Paris dans la saga *Baby Loup* (voy. S. HENNETTE VAUCHEZ et V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ, Paris, 2014, p. 42; D. KOUSSENS, *L'épreuve de la neutralité, la laïcité française entre droits et discours*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 198-204).

l'article 17 TFUE qui, rappelons-le, ne vise que « les Églises et les associations ou communautés religieuses » et « les organisations philosophiques et non confessionnelles ». Cette formulation ne semble inclure que les associations qui ont pour objet de diffuser une conviction³⁷. Dans ce cas, la directive ne méconnaît-elle pas l'équilibre que le Traité d'Amsterdam et à sa suite le TFUE ont instauré entre l'autonomie des Églises et les exigences de la non-discrimination, consacré par des dispositions très proches, les articles 17 et 19 TFUE ?

B. *L'abandon de l'interprétation restrictive de l'exception*

7. La position de la Cour de justice était attendue sur une question de principe. Allait-elle confirmer la grande latitude accordée par la Cour de Strasbourg aux organisations, au détriment des droits individuels de leurs employés³⁸ ou rejoindre la Commission européenne pour considérer que l'article 4.2. n'ouvre qu'une « dérogation » qui « doit être interprétée de manière restrictive puisqu'il s'agit d'une exception » au principe de non-discrimination que la directive consacre³⁹ ? La Cour de justice avait tenu un raisonnement similaire à propos de l'article 2.5. de la directive 2000/78/CE, qui précise que celle-ci « ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui ». Cet article, « instituant une dérogation au principe d'interdiction des discriminations, il doit être interprété de manière stricte »⁴⁰. La Cour faisait un sort identique, pour les mêmes motifs, à l'article 4.1. de la directive, qui traite des « exigences professionnelles essentielles et déterminantes »⁴¹. Ce que rappelle l'avocat général Tanchev dans ses conclu-

³⁷ Selon Louis-Léon Christians, la déclaration n° 11 annexée au traité d'Amsterdam « confère une légitimité nouvelle et une protection *qualitate qua* aux régimes nationaux des cultes » (« Droit et religion dans le traité d'Amsterdam : une étape décisive ? », *op. cit.*, p. 215).

³⁸ Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Le droit de tendance des pouvoirs organisateurs », in X. Delgrange, L. Detroux et M. El Berhoumi (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'enseignement*, Larcier, Bruxelles, 2017, pp. 78-97 ; A. OVERBEEKE, *op. cit.*, pp. 382-383 et 386.

³⁹ Rapport de la Commission européenne sur les directives anti-discrimination, 17 janvier 2014, COM(2014) 2 final, p. 17.

⁴⁰ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Reinhard Prigge e.a. c. Deutsche Lufthansa AG*, 13 septembre 2011, aff. C-447/09, § 56. Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination/Equality and Non-Discrimination », *Journ. eur. dr. h.*, 2014/2, pp. 205-237, spécialement p. 219.

⁴¹ C.J.U.E., *Prigge*, préc., § 72. Voy. les conclusions de l'avocate générale Sharpston avant C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme*



sions précédant l'arrêt *Egenberger*: l'article 4.2, de même que l'article 4.1. et l'article 2.5, «constitue une dérogation au principe de non-discrimination qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte» (§ 79).

Pourtant, dans l'arrêt *Egenberger*, la Cour de justice estime que, si la directive vise «à protéger le droit fondamental des travailleurs à ne pas faire l'objet d'une discrimination en fonction de leur religion ou de leurs convictions, il n'en demeure pas moins que, à travers son article 4, paragraphe 2, ladite directive entend également tenir compte du droit à l'autonomie des [entreprises de tendance], tel qu'il est reconnu à l'article 17 TFUE et à l'article 10 de la Charte, qui correspond à l'article 9 [de la Convention européenne des droits de l'homme]». L'article 4.2. «a ainsi pour objectif d'assurer un juste équilibre» entre cette autonomie et «le droit des travailleurs à ne pas faire l'objet, notamment lors de leur recrutement, d'une discrimination fondée sur la religion ou les convictions, dans des situations dans lesquelles ces droits peuvent être concurrents». Il n'est plus question d'une exception à un droit mais d'une «mise en balance à laquelle il convient de procéder pour assurer un juste équilibre entre ces droits éventuellement concurrents»⁴² (§§ 50-52). La Cour de justice rejoint les principes énoncés dans les arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme⁴³.

C. Une clause de *standstill* inappliquée?

8. La première condition d'application de l'article 4.2. de la directive est le respect de la clause de *standstill* qui y est énoncée, à savoir que l'exception n'est envisageable que si elle est permise par la législation ou la pratique de l'État

←

(*ADDH*), 14 mars 2017, aff. C-188/15, § 95. Il est vrai que, comme le rappelle l'avocate générale, l'interprétation restrictive de l'article 4.1. de la directive s'appuie sur le 23^e considérant de la directive. Celui-ci n'admet qu'une différence de traitement fondée notamment sur la religion constitue «une exigence professionnelle essentielle et déterminante» que «dans des circonstances très limitées». Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Why a global approach to non-discrimination law matters: Struggling with the 'conscience' of companies», in E. Bribosia et I. Rorive (éd.), *Human Rights Tectonics. Global Dynamics of Integration and Fragmentation*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 111-140, spécialement pp. 137-138.

⁴² La Cour reprend ainsi à la lettre les conclusions de l'avocat général Tanchev, rappelant, en invoquant pourtant l'arrêt *Prigge* (§§ 52-64) qu'il incombe aux juridictions de pratiquer «l'exercice de mise en balance [...] lorsque des droits en jeu sont concurrents» (n° 56).

⁴³ Voy. récemment Cour eur. dr. h., arrêt *Travas c. Croatie*, 4 octobre 2016, § 109. Voy. A. OVERBEEKE, *op. cit.*, pp. 382-383.

considéré, existantes à la date d'adoption de la directive, le 20 novembre 2000⁴⁴, ce que rappelle d'ailleurs l'article 8.2. de la directive, en vertu duquel la mise en œuvre de la directive ne peut conduire à l'« abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé » par l'État.

Pas plus que la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice ne se préoccupe explicitement du respect de cette condition dans les deux arrêts ici annotés. Cette apparente indifférence s'explique peut-être par le fait que les deux affaires se déroulent en Allemagne. Puisque la notion d'entreprise de tendance trouve son origine dans le droit allemand, ce que rappelle la juridiction de renvoi dans la première affaire (*Egenberger*, § 31⁴⁵), il est évident que cette condition y est remplie⁴⁶. D'ailleurs, dans les deux affaires, la Cour indique à la juridiction de renvoi qu'il lui appartient d'adopter une interprétation de la législation allemande qui soit conforme à l'article 4.2. de la directive, au besoin en opérant un revirement de jurisprudence (*Egenberger*, §§ 71-73 ; *IR*, §§ 63-64) et, si cela n'est pas possible car débouchant sur une interprétation *contra legem*, de laisser inappliquée la législation nationale contraire au droit européen (*Egenberger*, § 79 ; *IR*, § 68). Il serait néanmoins très intéressant de voir si la Cour de justice, confrontée à un autre droit national, procéderait explicitement au contrôle du respect de l'exigence de *standstill*.

9. En Belgique, la première transposition de la directive 2000/78/CE a été effectuée par la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme⁴⁷. Celle-ci n'a pas saisi l'opportunité offerte par la directive de consacrer l'entreprise de tendance. Les amendements y tendant ont été rejetés, manifestement par crainte d'un usage abusif de cette notion⁴⁸. Il faudra attendre la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes

⁴⁴ Voy. D. CUYPERS, *op. cit.*, p. 705 ; L.-L. CHRISTIANS, « Diversité au travail. Entre cultures et consciences, entre identité et éthique. Enjeux juridiques des recompositions postmodernes du religieux », *op. cit.*, pp. 643-650.

⁴⁵ Voy. les conclusions de l'avocat général Tanchev, n^{os} 29-31 et n^o 82.

⁴⁶ Cela n'empêche pas l'avocat général Tanchev de rappeler que la législation allemande en cette matière est « problématique » et qu'elle a fait l'objet de critiques émanant notamment de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et de la Commission européenne (point 125).

⁴⁷ Voy. J. TOJEROW, « La réforme du 10 mai 2007 : motifs et orientations », in C. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck (éd.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten/ Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, *op. cit.*, pp. 1-30.

⁴⁸ Voy. notamment le Rapport de la Commission du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n^o 2-12/15, pp. 141-144 ; le Rapport de la Commission de la Chambre, *Doc. parl.*, Ch. repr., n^o 50-1578/8, pp. 45-48. Voy. D. CUYPERS, *op. cit.*, pp. 711-715.

de discrimination, pour que la notion soit consacrée par la loi⁴⁹. Ce faisant, le législateur a fait usage de la possibilité accordée par l'article 4.2. de la directive de prévoir une législation future «reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption» de la directive. Si de telles pratiques étaient entérinées en droit belge s'agissant des institutions chargées de diffuser une conviction⁵⁰, il n'est pas certain qu'elles s'appliqueraient à des entreprises n'ayant pas pour objet de diffuser une éthique mais seulement de s'y conformer, comme un hôpital⁵¹.

10. En France, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, n'a pas transposé la notion d'entreprise de tendance⁵². En se fondant sur la jurisprudence ayant consacré le statut «d'entreprise identitaire» qui «sont en droit, au nom d'un minimum de cohérence, d'exiger de leurs salariés qu'ils se conforment à cette doctrine ou cette foi, y compris dans leur vie personnelle», et où «l'autonomie des organisations religieuses bénéficie d'une prééminence sur les droits et libertés fondamentaux de leurs salariés», qui remonte à l'arrêt *Dame Roy* du 19 mai 1978, rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation⁵³, le législateur français pourrait consacrer la notion d'entreprise de tendance. Il n'appartient cependant pas au juge de le faire de manière prétorienne. Non seulement la directive réserve cette initiative à la législation, mais encore, comme le relève le Procureur général Marin, «envisager une telle transposition de cette notion dans notre État républicain pourrait s'avérer quelque peu hasardeux et surtout aller au-delà de l'office du juge. D'ail-

⁴⁹ Voy. L.-L. CHRISTIANS, «Diversité au travail. Entre cultures et consciences, entre identité et éthique. Enjeux juridiques des recompositions postmodernes du religieux», *op. cit.*, pp. 643-645. L'auteur relève que l'article 13 de cette loi ne reprend pas la notion de «l'éthique de l'organisation» figurant à l'article 4.2. de la directive, lui préférant celle du «fondement de l'organisation». À ses yeux, il s'agit d'un «lapsus révélateur de la crainte d'une extension trop 'éthique' du concept d'entreprise de tendance» (p. 645).

⁵⁰ À propos des établissements d'enseignement, voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, pp. 83-88; X. DELGRANGE, «Qui la liberté académique délivre-t-elle de qui?», *J.T.*, 2019, pp. 293-305, spécialement pp. 297-302.

⁵¹ Voy. L.-L. CHRISTIANS, «Diversité au travail. Entre cultures et consciences, entre identité et éthique. Enjeux juridiques des recompositions postmodernes du religieux», *op. cit.*, p. 644.

⁵² Comme le relève le procureur Jean-Claude Marin dans son avis précédent l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2014 clôturant l'affaire *Baby Loup*, «en tout état de cause, la France, à l'inverse d'autres États, a préféré ne pas transposer l'exception visée à l'article 4, paragraphe 2 dans sa législation. À ce jour, aucune loi, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la date d'adoption de la directive, ne régit spécifiquement les entreprises de conviction.» (n° E13-28.369, p. 19, www.courdecassation.fr/IMG/Avis_PG_pleniere_140625ano.pdf)

⁵³ J. MOULY, «L'applicabilité des règles de droit du travail aux membres de l'organisation religieuse», *Revue du droit des religions*, mai 2018, n° 5, pp. 87-104, spécialement p. 102. *Addé* J.-Cl. MARIN, *op. cit.*, p. 2.

leurs n'est-il pas emblématique de relever, à cet égard, que le législateur français, au contraire du législateur allemand, n'a pas souhaité utiliser la possibilité qui lui était offerte à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 d'adopter une législation reprenant la jurisprudence nationale sur les entreprises de tendance ?»⁵⁴ Il n'est toutefois pas davantage certain que la Cour européenne des droits de l'homme s'encombrerait de telles considérations pour s'abstenir de se référer à la notion d'entreprise de tendance et, à tout le moins, pour faire primer les intérêts de l'entreprise sur les droits de ses employés. Selon Jean Mouly, même non transposée, la notion d'entreprise identitaire n'a pas disparu du droit français : «cette notion est, en effet, reconnue par la Convention européenne des droits de l'homme et les organisations religieuses ne manqueraient pas de saisir la Cour de Strasbourg si un juge interne s'avisait de méconnaître leur autonomie et les restrictions qu'elle implique pour les droits et libertés de leurs salariés»⁵⁵.

Mais le débat qui anime – le terme est faible – la doctrine française depuis l'affaire *Baby Loup* est celui de savoir si la loi française pourrait consacrer la notion d'entreprise de conviction «laïque»⁵⁶. À ce jour, le droit français ne connaît pas cette notion⁵⁷. Or, comme le rappelle la Cour de cassation de France dans son arrêt *Baby Loup*, «la création d'un type d'entreprise de conviction fondée sur le seul principe de neutralité ne peut résulter que de la loi au sens organique du terme»⁵⁸. Et le législateur ne pourrait plus le faire puisqu'aux termes de l'article 4.2. de la directive, une «législation future» ne peut que reprendre des «pratiques nationales existant» à la date d'entrée en vigueur de la directive, en 2000. À cet égard, il est permis de se demander si

⁵⁴ J.-Cl. MARIN, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁵ J. MOULY, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁶ Voy. V. VALENTIN, «La notion d'entreprise de conviction 'laïque'», in B. Callebat, H. de Courrèges et V. Parisot (dir.), *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, *op. cit.*, pp. 271-284.

⁵⁷ Selon la Cour de cassation de France, «les convictions ou tendances d'une entreprise procèdent d'un choix philosophique, idéologique ou religieux et non de la nécessité de respecter des normes juridiques ou des contraintes attachées à la nature des activités de l'entreprise ; que la nécessité prétendue de protéger la liberté de conscience, de pensée et de religion de l'enfant déduite de la Convention de New York ou celle de respecter la pluralité des options religieuses des femmes au profit desquelles est mise en œuvre une insertion sociale et professionnelle dans un environnement multiconfessionnel ne sont pas constitutivement liées à une entreprise de conviction ; qu'en se fondant sur cette 'nécessité' pour qualifier l'association Baby-Loup d'entreprise de conviction en mesure d'exiger la neutralité de ses employés, la cour d'appel a violé [...] l'article 4 § 2 précité de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000» (Cass. fr., ass. plén., arrêt du 25 juin 2014, 13-28369, 2°).

⁵⁸ *Ibid.*, 7°.

la loi *El Khomri* du 8 août 2016, qui permet qu'une entreprise restreigne la manifestation des convictions de ses salariés au non du principe de neutralité qui serait inscrit dans son règlement intérieur⁵⁹, est bien conforme au *standstill* requis par la directive⁶⁰.

11. Reste la question de la conformité de la clause de *standstill* contenue dans l'article 4.2. de la directive avec l'article 17 TFUE. En effet, cette disposition du droit primaire n'entend pas cliquer les situations nationales, mais précise au contraire que «l'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficient, en vertu du droit national», les Églises et associations convictionnelles. Cette formulation ne semble pas figer le droit national dans le temps.

III. Les quatre catégories d'entreprises de tendance

12. L'on peut classer les organisations porteuses des droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme en quatre catégories⁶¹, qui se présentent en autant de cercles concentriques. L'on pourrait s'attendre à ce que plus l'on s'éloigne du centre, plus la balance penche en faveur de l'employé, ce qui reste toutefois à confirmer, même si l'arrêt *IR* semble le faire (voy. ci-après, nos 23 et 25).

A. *Le noyau dur : les Églises et autres associations culturelles*

13. Le premier cercle est constitué des communautés religieuses, des associations culturelles, qui emploient des ministres du culte ou d'autres personnels similaires. Ces institutions constituent le «noyau dur» de l'entreprise de

⁵⁹ La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, a inséré dans le Code du travail un article L.1321-2-1 qui dispose que «[l]e règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché». Voy. V. VALENTIN, *op. cit.*, p. 272.

⁶⁰ En ce sens, M. SWEENEY, *op. cit.*, p. 322.

⁶¹ Adriaan Overbeke distingue trois catégories d'organisations, constatant que l'entreprise exclusivement commerciale est exclue du bénéfice de l'article 9 par la jurisprudence strasbourgeoise. L'auteur assortit toutefois l'exclusion de l'entreprise commerciale des entreprises de tendance d'un point d'interrogation, relevant que l'hésitation est permise (*op. cit.*, pp. 367-371). L'on verra que la Cour de justice adopte une lecture plus large de l'article 4.2. de la directive 2000/78/CE.

tendance, où les exigences pesant sur son personnel sont les plus grandes. La Cour de Strasbourg admet, au sein de ce cercle, que le droit à la vie privée ou la liberté syndicale soient sacrifiés « sur l'autel de l'autonomie ecclésiale »⁶². C'est ainsi à bon droit, aux yeux de la Grande Chambre, que l'État roumain a refusé d'enregistrer un syndicat qui entendait se constituer au sein de l'Église orthodoxe: « l'autonomie des communautés religieuses reconnues par l'État implique, en particulier, l'acceptation par celui-ci du droit pour ces communautés de réagir conformément à leurs propres règles et intérêts aux éventuels mouvements de dissidence qui surgiraient en leur sein et qui pourraient présenter un danger pour leur cohésion, pour leur image ou pour leur unité »⁶³. Pourtant, comme le relevaient l'arrêt de chambre et l'opinion dissidente de six juges, les revendications syndicales se plaçaient exclusivement sur le terrain des droits économiques et sociaux de ses membres et n'entendaient pas porter atteinte « à la légitimité des croyances religieuses ni aux modalités d'expression de celles-ci »⁶⁴.

B. *Les organisations prosélytes*

14. Le second cercle demeure dans la sphère identifiée plus haut des organisations dont l'objet est de diffuser une doctrine religieuse. L'on y trouve essentiellement les institutions éducatives, mais également des centres de recherche ou des médias⁶⁵. L'on peut semble-t-il y ranger également la partie défenderesse dans l'affaire *Egenberger*, l'Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, une association supplétive de l'Evangelische Kirche in Deutschland (l'Église protestante d'Allemagne)⁶⁶.

Lorsque l'objet de l'enseignement est la religion, ce second cercle joute étroitement le premier. Tel est l'enseignement des arrêts *Fernandez Martinez c. Espagne* et plus récemment *Travas c. Croatie*, où, après avoir rappelé que l'atteinte à la liberté individuelle « poursuivait le but légitime de la protection des droits et libertés d'autrui, en l'occurrence ceux de l'Église catholique, et en particulier son autonomie quant au choix des personnes habilitées à enseigner

⁶² G. GONZALEZ, *op. cit.*, p. 810.

⁶³ Cour eur. dr. h., *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, préc., § 165.

⁶⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Sindicatul « Păstorul cel Bun c. Roumanie »*, 31 janvier 2012, § 75.

⁶⁵ A OVERBEEKE, *op. cit.*, pp. 368-370.

⁶⁶ La Cour de justice intègre dans le cadre juridique de l'affaire, au titre du droit allemand, le droit ecclésial de l'Église protestante d'Allemagne, qui précise notamment que l'on ne peut déroger à l'exigence d'appartenir à cette église que pour des « tâches qui ne relèvent pas de la proclamation de l'évangile, de la pastorale, de l'enseignement ou de la direction » (§ 20).

la doctrine religieuse»⁶⁷, la Cour considère que ce professeur de religion «a accepté en connaissance de cause et volontairement un devoir de loyauté accru envers l'Église catholique, ce qui a limité dans une certaine mesure l'étendue de son droit au respect de sa vie privée et familiale. Pareilles limitations contractuelles sont acceptables au regard de la Convention lorsqu'elles sont librement consenties (*Rommelfanger*⁶⁸). En effet, du point de vue de l'intérêt de l'Église à la défense de la cohérence de ses préceptes, l'enseignement de la religion catholique à des adolescents peut passer pour une fonction cruciale exigeant une allégeance particulière [...]. À cet égard, la situation d'un professeur de religion qui est membre d'une association dont les idées vont à l'encontre des enseignements de cette religion, et qui milite publiquement pour cette association, se distingue de celle, par exemple, d'un professeur de langue qui serait en même temps membre du Parti communiste (*Vogt*, 26 septembre 1995, série A n° 323). Ce qui justifie le devoir de loyauté accru incombant au premier tient au fait que pour être crédible, l'enseignement de la religion doit être donné par une personne dont le mode de vie et les déclarations publiques ne sont pas en contradiction flagrante avec la religion en question, dès lors surtout que celle-ci prétend régir la vie privée et les convictions personnelles de ses adeptes (Directive 2000/78/CE, *Schüth*, précité, § 40, *Obst*, précité, § 27, et *Lombardi Vallauri*, précité, § 41).»⁶⁹

À lire l'arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie* du 20 octobre 2009, la situation d'un professeur qui n'enseigne pas la religion mais une autre matière, en l'espèce la philosophie du droit, n'est guère différente⁷⁰. La Cour, rappelant que conformément à l'article 4 de la directive, «dans certains établissements, la religion peut constituer une exigence professionnelle, eu égard à l'éthique de l'organisation», a estimé que «la subordination de la nomination des professeurs de l'Université catholique à l'agrément du Saint-Siège», «pouvait être considérée comme inspirée par le but légitime de protéger un 'droit d'autrui', en l'occurrence l'intérêt qu'avait l'Université à ce que son enseignement s'inspire de la doctrine catholique» (§ 41).

⁶⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Fernandez Martinez c. Espagne*, 12 juin 2014, § 122; *Travas c. Croatie*, préc., § 86.

⁶⁸ Comm. eur. dr. h., décision du 6 septembre 1989 sur la recevabilité, *Rommelfanger c. Allemagne*, req. n° 12242/86.

⁶⁹ Cour eur. dr. h., *Fernandez Martinez c. Espagne*, préc., §§ 135 et 138. Dans l'arrêt du 4 octobre 2016, *Travas c. Croatie*, l'on peut lire : «by engaging in the arrangement between the Church and the State concerning the teaching of Catholic religious education in schools, and knowingly and voluntarily accepting all the above-mentioned privileges and limitations concomitant with that position, the applicant consented to meeting the requirement of special allegiance towards the teachings and doctrine of the Church, including the duty to be 'outstanding in true doctrine, in the witness of [his] Christian life, and in [his] teaching ability'. His status of a teacher of religious education was related to one of the essential functions of the Church and its religious doctrine» (§ 93).

⁷⁰ Voy. à cet égard X. DELGRANGE, «Qui la liberté académique délivre-t-elle de qui?», *op. cit.*, pp. 297-299.

C. *Les institutions non-prosélytes mais fondées sur une éthique convictionnelle*

15. Le troisième cercle concerne des organisations qui ne s'assignent pas une mission de diffusion d'une doctrine religieuse mais qui exercent leurs activités en se revendiquant d'une conviction religieuse ou philosophique, tels que des hôpitaux, des maisons de repos, des garderies d'enfants... C'est ici que l'on quitte la définition traditionnelle de l'entreprise de tendance pour s'aventurer sur les terres conquises par l'article 4.2. de la directive (voy. ci-avant, n° 5). L'on peut y ranger IR, dont l'objet social «consiste en la réalisation, notamment par la gestion d'hôpitaux, des missions de Caritas (confédération internationale d'organisations catholiques à but caritatif), en tant qu'expression de l'existence et de la nature de l'Église catholique romaine. IR ne poursuit pas de but lucratif à titre principal et est soumise au contrôle de l'archevêque catholique de Cologne.» (§ 23)

Dans l'affaire pionnière *Rommelfanger c. Allemagne* de 1989, la Commission européenne des droits de l'homme considère que «si, comme en l'espèce, l'employeur est un organisme établi sur la base de certaines convictions et jugements de valeur qu'il considère comme indispensables à l'accomplissement de ses fonctions dans la société, il est en fait conforme aux exigences de la Convention de donner toute sa portée aussi à la liberté d'expression de l'employeur». En définitive, le devoir de loyauté qui pèse sur l'employé est de la même intensité que dans les deux autres cercles. La Commission «relève que, en assumant des obligations contractuelles vis-à-vis de son employeur, le requérant a accepté un devoir de loyauté envers l'Église catholique qui a limité jusqu'à un certain point sa liberté d'expression. Des obligations semblables peuvent aussi être convenues avec d'autres employeurs que l'Église catholique ou ses institutions. En principe, la Convention autorise des obligations contractuelles de ce type si elles sont librement acceptées par l'intéressé». Elle estime qu'il revient aux juridictions internes de «veiller à ce qu'aucune exigence excessive de loyauté ne soit imposée. L'obligation de s'abstenir de faire des déclarations sur l'avortement contraires aux positions de l'Église n'a pas été perçue comme une exigence excessive à cause de l'importance capitale de ce problème pour l'Église. Dans le cas d'un médecin exerçant dans un hôpital catholique, il était également justifié que l'Église considère l'exercice de fonctions de bienfaisance comme l'une de ses missions essentielles.»⁷¹

16. Ce n'est toutefois pas parce qu'une entreprise impose une attitude de loyauté à son personnel qu'elle est de tendance mais parce qu'elle est de ten-

⁷¹ Comm. eur. dr. h., *Rommelfanger c. République fédérale d'Allemagne*, préc.

dance qu'elle peut imposer certaines exigences en lien avec son éthique. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *IR*, l'avocat général Wathelet indique à la juridiction de fond qu'il lui revient de s'assurer que l'entreprise est bien « une organisation privée dont l'éthique est fondée sur la religion » (§ 45)⁷², à savoir si elle se conforme effectivement au dogme de la religion dont elle se revendique : « la juridiction de renvoi doit apprécier l'éthique d'IR par rapport à ses activités, dont notamment la prestation de services de santé par la gestion d'hôpitaux. Il faudra donc vérifier si la pratique des hôpitaux gérés par IR s'inscrit dans la doctrine de l'Église catholique en ce qui concerne la prestation de ces services d'une manière qui les distingue de façon caractérisée de celle des hôpitaux publics. À cet égard, elle doit tenir compte des questions d'éthique dans le domaine de la santé revêtant une importance particulière dans la doctrine de l'Église catholique, en particulier, l'avortement, l'euthanasie, la contraception ou les autres mesures de régulation de la procréation. » (§ 47)⁷³ Il précise : « s'il s'avère, notamment, que, conformément au catéchisme de l'Église catholique, les hôpitaux gérés par IR ne pratiquent pas l'avortement ou n'administrent pas la pilule dite 'du lendemain' au contraire des hôpitaux publics, IR pourra être qualifié d'organisation privée dont l'éthique est fondée sur la religion au sens de l'article 4, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2000/78. Si, par contre, cette vérification mène à la conclusion que les hôpitaux gérés par IR traitent ces questions de la même manière que les hôpitaux publics, IR ne saurait être considérée comme une organisation privée dont l'éthique est fondée sur la religion. » Dans son arrêt, la Cour confirme que l'article 4.2. s'applique « uniquement » aux entreprises « dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions » (§ 41). Elle ne tranche pas la question de savoir si IR est bien une entreprise de tendance – il s'agit d'une question de fait qu'il appartient au juge national d'apprécier (§ 56) – mais en accepte l'augure pour répondre aux questions⁷⁴.

17. Il est une espèce où la Cour européenne des droits de l'homme n'a eu aucun égard pour le statut d'entreprise de tendance de l'institution qui enten-

⁷² Voy. F. DORSSEMONT, *op. cit.*

⁷³ L'avocat général se fonde sur le *Catechismus Catholicae Ecclesiae* (Catéchisme de l'Église catholique), approuvé et promulgué par la lettre apostolique « Laetamur Magnopere » du pape Jean Paul II, du 15 août 1997. Prendre ainsi une institution au mot est particulièrement indiqué lorsque la religion revendiquée est aussi hiérarchique que le catholicisme. Il serait toutefois intéressant de voir quelles seraient les références retenues si la Cour de justice était confrontée à une religion ou une conviction moins structurée.

⁷⁴ En ce sens, J. MOULY, « Discriminations fondées sur la religion, entreprises de tendance et droit de l'Union ». *op. cit.*, pp. 915-920.

daît justifier une discrimination⁷⁵. Il s'agissait d'un parti politique hollandais qui, fondant sa doctrine sur l'observation d'une forme très orthodoxe du protestantisme, déniait aux femmes le droit d'être élues et donc de se présenter sur ses listes. La Cour n'a cette fois pas pris en compte le droit des communautés religieuses à l'autonomie organisationnelle – qui comprend celui de n'admettre dans ses rangs que les personnes qui partagent leurs convictions⁷⁶ –, mais a fait primer l'égalité des sexes⁷⁷ et le droit à l'éligibilité. Comme le relève Dorothea Staes, l'autonomie organisationnelle est « plus forte dans le chef d'une organisation sociale dont l'activité est dédiée à la seule satisfaction de ses membres, que dans le chef d'une organisation 'publique', c'est-à-dire, tournée vers le public et endossant une mission d'intérêt général. L'organisation 'publique' doit pouvoir tolérer davantage d'immixtions de la part de la puissance publique. »⁷⁸

Au regard de cette espèce, il est tentant de distinguer, parmi les deuxième et troisième catégories, celles qui contribuent à un service public – une institution hospitalière telle IR – de celles qui ne s'adressent qu'aux adeptes d'une religion ou d'une conviction – une école confessionnelle. À la différence des secondes, les premières, notamment dans les services d'urgence, ne peuvent sélectionner leur public. L'on imagine dès lors difficilement qu'elles puissent prétendre aux financements publics parce qu'elles assument une part du service public puis n'offrir celui-ci qu'au gré de leurs convictions. Dans cette logique, une organisation qui ne sélectionne pas son public pourrait plus difficilement sélectionner son personnel.

D. *Les entreprises commerciales fondées sur une éthique convictionnelle*

18. Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé d'octroyer la qualité d'entreprise de tendance à une société purement commerciale : « une personne morale comme une église ou un corps ecclésiastique peut

⁷⁵ Cour eur. dr. h., décision *Staatkundig Gereformeerde Partij c. Pays-Bas*, 10 juillet 2012. Voy. D. STAES, « L'interdiction de discrimination et l'autonomie des partis politiques », *Journ. eur. dr. h.*, 2015/2, pp. 123-144.

⁷⁶ Ce que la Cour fit dans son arrêt *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (ASLEF) c. Royaume-Uni* du 27 février 2007. Voy. D. STAES, *op. cit.*, pp. 133-135.

⁷⁷ La Cour attache une très grande importance à la progression en matière d'égalité des sexes qui constitue un « objectif majeur des États membres du Conseil de l'Europe », de sorte que seules « des raisons impérieuses » (« very wighty reasons ») pourraient justifier une distinction fondée sur le sexe (§ 72).

⁷⁸ D. STAES, *op. cit.*, p. 137.

exercer les droits garantis dans l'article 9 de la Convention [...]. Toutefois, dans ce cas la société requérante est une personne civile fondée exclusivement à des fins commerciales et ne poursuit aucune activité religieuse [...]. La société requérante ne peut ni exercer les droits de ses employés, garantis par l'article 9, ni invoquer elle-même ces droits de l'article 9 pour son propre bénéfice»⁷⁹.

La Cour de justice se montre indifférente à la nature juridique de l'organisme considéré. Dans l'affaire *IR*, la Cour fédérale du travail se demande si une société «constituée selon le droit privé et active dans le secteur de la santé en suivant les pratiques du marché [peut] se prévaloir de droits spécifiques à l'église» et si elle relève donc bien du champ d'application de l'article 4.2. de la directive (§ 32). La Cour de justice répond : «il y a lieu de constater que, eu égard au caractère général des termes utilisés à l'article 4, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2000/78 pour définir ce champ d'application personnel, à savoir les 'églises et [...] autres organisations publiques ou privées', des considérations quant à la nature et à la forme juridiques de l'entité concernée ne sont pas susceptibles d'avoir une incidence sur l'applicabilité de cette disposition à une situation telle que celle en cause au principal. En particulier, la référence aux organisations privées couvre des établissements qui, comme *IR*, sont constitués selon le droit privé» (§ 40).

N'importe quelle entreprise, quelle que soit sa nature juridique ou son domaine d'activité, pourrait donc revendiquer l'épithète de «tendance» pour autant qu'elle démontre que son éthique est effectivement fondée sur une religion ou une conviction (voy. ci-dessus, n° 14).

19. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Boungaoui*, l'avocate générale Sharpston a estimé qu'en raison de la nature de ses activités, l'entreprise en cause ne pouvait revendiquer le statut d'entreprise de tendance⁸⁰. Cela n'empêche pas une société commerciale dont l'éthique n'est pas fondée sur la religion ou une conviction, d'imposer, notamment dans son règlement de travail,

⁷⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Firma EDV für Sie, E/S Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH c. Allemagne*, 2 septembre 2014, §§ 30-31. Voy. L.-L. CHRISTIANS, «Les mutations du concept d'entreprise de tendance. Essai de prospective juridique sur les futures entreprises postséculières», *op. cit.*, pp. 263-269; A. OVERBEEKE, *op. cit.*, pp. 370-371; R. PIERRE, «Les droits fondamentaux invoqués par les entreprises devant les juridictions européennes», *J.D.E.*, 2016, n° 2, pp. 46-51, spécialement p. 50.

⁸⁰ Conclusions de l'avocate générale Sharpston du 13 juillet 2016 avant C.J.U.E., arrêt *Asma Boungaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH)*, préc., § 106. Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Affaires *Achbita* et *Boungaoui* : entre neutralité et préjugés (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêts *Achbita* et *Boungaoui*, 14 mars 2017)», *cette Revue*, 2017, pp. 1017-1037, spécialement pp. 1031-1032; *id.*, «Why a global approach to non-discrimination law matters: Struggling with the 'conscience' of companies», *op. cit.*, pp. 136-137.

des restrictions aux libertés de ses employés. Il lui suffit d'invoquer sa liberté d'entreprendre: «le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients se rapporte à la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte, et revêt, en principe, un caractère légitime, notamment lorsque seuls sont impliqués par l'employeur dans la poursuite de cet objectif les travailleurs qui sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur»⁸¹. Pour Édouard Dubout, il «s'agit d'un jugement de valeur fort qui assume de placer la liberté économique au même plan que la liberté religieuse, ce qui déjà structure le débat d'idées sur un plan politique»⁸².

Les distinctions imposées au nom de la liberté d'entreprendre devront toutefois s'apprécier au regard d'une application classique du principe de proportionnalité, sans que la société ne puisse sortir le joker de l'exigence de loyauté renforcée que lui confère le statut d'entreprise de tendance⁸³.

IV. Les contraintes pesant sur l'employé d'une entreprise de tendance

20. La Cour de justice impose d'abord aux États membres d'organiser un contrôle juridictionnel effectif, appliquant le droit interne mais également le droit européen, au profit de l'employé qui se voit infliger une différence de traitement ou une exigence de loyauté (A). Elle distingue ensuite les deux moments de la relation entre l'entreprise et son employé, à l'embauche puis dans la relation de travail (B). Dans la foulée de la Cour européenne des droits de l'homme, elle exige une corrélation entre la nature de la fonction exercée et l'intensité de l'exigence de loyauté imposée (C).

⁸¹ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, 14 mars 2017, aff. C-157/15, § 38. À propos de pareille «politique d'entreprise», voy. V. VALENTIN, «Quelles perspectives pour la religion dans l'entreprise», *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n° 1, www.revuedlf.com/droit-social/quelles-perspectives-pour-la-religion-dans-lentreprise.

⁸² E. DUBOUT, «Le libéralisme politique de la Cour de justice – Le cas de la liberté d'entreprise», in L. CLÉMENT-WILZ (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 145-175, spécialement p. 173.

⁸³ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Eweida e. a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, § 94.

*A. Une exigence procédurale très protectrice de l'employé :
un contrôle juridictionnel effectif*

21. Tout comme la Cour de Strasbourg⁸⁴, mais plus explicitement, la Cour de justice pose d'abord, dans les deux affaires présentement commentées, une exigence procédurale que requiert d'ailleurs l'article 9 de la directive : les exigences posées par l'organisation doivent faire l'objet d'un «contrôle juridictionnel effectif» qui garantit que les conditions énoncées à l'article 4.2. sont réunies (*Egenberger*, §§ 54-59 ; *IR*, §§ 43-46). La Cour répond ainsi à la thèse de la Cour constitutionnelle allemande selon laquelle, conformément au «contrôle de plausibilité» effectué en droit allemand, le critère ecclésial déterminant les activités pour lesquelles l'appartenance à la religion est une condition de recrutement, n'est pas susceptible de contrôle juridictionnel (*Egenberger*, §§ 31-33). Comme le précise l'avocat général Tanchev, le contrôle porte sur les activités de l'organisation et non sur son éthique même, qui échappe en principe à tout contrôle (§§ 107-110), sous la réserve, comme on vient de le voir, que l'organisation observe effectivement les principes éthiques dont elle se revendique (voy. ci-avant, n° 15). La Cour précise encore que, même si l'Union abandonne en la matière une large autonomie aux États membres, le contrôle juridictionnel ne doit pas seulement s'opérer au regard du droit interne mais également du droit de l'Union, en particulier des critères énoncés à l'article 4.2. de la directive (*Egenberger*, § 55 ; *IR*, § 47).

22. La Cour de justice livre alors à la juridiction de renvoi un mode d'emploi de cette disposition, en précisant la portée des trois adjectifs qui qualifient l'exigence professionnelle que peut énoncer l'organisation : l'exigence doit être essentielle, légitime et justifiée. Ce faisant, elle esquisse une démarche plus systématique que celle, casuistique, retenue par la Cour de Strasbourg. C'est sans doute le propre du mécanisme de la question préjudicielle où la Cour de justice fournit une méthode à la juridiction de renvoi là où sa consœur strasbourgeoise tranche le litige.

En précisant que l'exigence professionnelle doit être essentielle, le législateur de l'Union requiert que celle-ci apparaisse «nécessaire en raison de l'importance de l'activité professionnelle en cause pour l'affirmation [de l'éthique de l'organisation] de son droit à l'autonomie» (*Egenberger*, § 65 ; *IR*, § 51).

Par «légitime», le législateur entend que l'exigence «ne serve pas à poursuivre un but étranger» à l'éthique de l'organisation (*Egenberger*, § 66 ; *IR*, § 52).

⁸⁴ Voy. G. GONZALEZ, *op. cit.*, pp. 814-818 ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Les droits fondamentaux, gardiens et garde-fous de la diversité religieuse en Europe», *op. cit.*, pp. 190-191.

Enfin, le terme «justifié» implique non seulement le contrôle par une juridiction nationale, mais également que l'organisation «a l'obligation de démontrer, à la lumière des circonstances factuelles du cas d'espèce, que le risque allégué d'atteinte à son éthique ou à son droit à l'autonomie est probable et sérieux, de sorte que l'instauration d'une telle exigence s'avère effectivement nécessaire» (*Egenberger*, § 67; *IR*, § 53).

Ces trois définitions semblent directement empruntées à la jurisprudence strasbourgeoise. L'on peut en effet lire dans l'arrêt *Fernandez Martinez*: «il ne suffit pas à une communauté religieuse d'alléguer l'existence d'une atteinte réelle ou potentielle à son autonomie pour rendre compatible avec l'article 8 de la Convention toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée ou familiale de ses membres. Encore faut-il, en effet, que la communauté religieuse en question démontre, à la lumière des circonstances du cas d'espèce, que le risque allégué est probable et sérieux, que l'ingérence litigieuse dans le droit au respect de la vie privée ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour écarter ce risque et qu'elle ne sert pas non plus un but étranger à l'exercice de l'autonomie de la communauté religieuse»⁸⁵.

23. La juridiction de renvoi doit s'assurer du respect de ces trois critères par l'application du principe de proportionnalité, qui démontrera que l'exigence «est appropriée et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi»⁸⁶ (*Egenberger*, § 68; *IR*, § 54). Cette appréciation doit reposer sur une analyse objective: l'admissibilité, au regard de l'article 4.2. de la directive, «d'une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions est subordonnée à l'existence objectivement vérifiable d'un lien direct entre l'exigence professionnelle imposée par l'employeur et l'activité concernée» (*Egenberger*, § 63; *IR*, § 50). La Cour de justice impose ainsi aux juridictions allemandes un sérieux tour de vis dans l'appréciation des exigences que peuvent énoncer les entreprises de tendance⁸⁷.

Sur un plan théorique, la Cour de justice rejoint la Cour européenne des droits de l'homme (voy. ci-avant, n° 20). Mais concrètement, à Strasbourg, il suffit pour la communauté religieuse de respecter les règles procédurales et

⁸⁵ Cour eur. dr. h., *Fernandez Martinez c. Espagne*, préc., § 132.

⁸⁶ L'avocat général Tanchev précise que si, à la différence du paragraphe 1^{er}, le paragraphe 2 ne fait pas directement référence au principe de proportionnalité (§ 80), ce paragraphe, en précisant que l'exigence professionnelle doit être justifiée et que les principes généraux du droit communautaire doivent être respectés, emportent la nécessité d'effectuer un contrôle de proportionnalité (§ 113).

⁸⁷ F. DORSSEMONT, *op. cit.*

de faire preuve de commisération⁸⁸ pour être absoute. Bref, il faut y mettre les formes. C'est ce que rappelait Jacques Brel dans la chanson Fernand : « si j'étais l'Bon Dieu / Je crois que je ne serais pas fier / Je sais on fait ce qu'on peut / Mais il y a la manière ».

De même, dans l'affaire *Lombardi Vallauri*, la Cour de Strasbourg semble annoncer un contrôle renforcé en soulignant l'importance qu'elle accorde « à la liberté académique, qui doit garantir la liberté d'expression et d'action, la liberté de communiquer des informations, ainsi que celle de 'rechercher et de diffuser sans restriction le savoir et la vérité' » et en énonçant qu'elle doit « mettre en balance le droit du requérant à la liberté d'expression, y compris le droit de transmettre des connaissances sans restriction, et l'intérêt qu'a l'Université à dispenser un enseignement suivant des convictions religieuses qui lui sont propres » (§§ 43 et 44). Elle rappelle encore que « dans le domaine de la liberté d'expression, la marge d'appréciation dont jouissent les États contractants va de pair avec un contrôle européen qui, en raison de l'importance de cette liberté, maintes fois soulignée par la Cour, doit être strict. Le besoin d'une éventuelle restriction doit donc se trouver établi de manière convaincante » (§ 45). Elle se contente toutefois de considérer que, « pour rechercher si ce besoin était présent en l'occurrence, il faut déterminer si le requérant a joui de garanties procédurales adéquates, notamment quant à la possibilité de connaître et de contester les raisons de la limite apportée à son droit à la liberté d'expression » (§ 46). Ici encore, elle demeure donc sur le seul terrain procédural. En l'espèce, l'intéressé n'a jamais été entendu et n'a jamais été informé des opinions qui lui étaient reprochées. Dès lors, « le poids accordé à l'intérêt de l'Université consistant à dispenser un enseignement inspiré de la doctrine catholique ne pouvait pas aller jusqu'à atteindre la substance même des garanties procédurales dont devait bénéficier le requérant en vertu de l'article 10 de la Convention » (§ 55). Elle insiste toutefois, comme pour s'excuser, que c'est en raison des « circonstances particulières de l'espèce », que l'enseignant obtient gain de cause (§ 56).

B. *La distinction à l'embauche et l'exigence de loyauté dans la relation de travail*

24. À lire l'article 4.2. de la directive, deux moments doivent être distingués (voy. ci-avant, n° 1). Lors du recrutement, l'organisation peut énoncer « une

⁸⁸ Dans l'arrêt *Fernandez Martinez*, préc., la Cour note que l'évêque a indiqué que l'intéressé aurait droit au chômage (§ 145).

exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation» (al. 1^{er}). Il s'agit bien ici d'une exception à l'exigence de non-discrimination posée par la directive.

Ensuite, dans la relation de travail, l'entreprise de tendance peut requérir de son personnel «une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation» (al. 2). L'on déborde alors le champ de la discrimination pour aborder celui d'une restriction à une liberté individuelle – le droit à la vie privée, la liberté de religion ou d'expression...

25. La Cour de justice relève, dans l'arrêt *IR*, que l'alinéa 2 s'applique aux «personnes travaillant» pour une entreprise de tendance. Elle en déduit que cette disposition ne couvre que «les activités professionnelles» de ces personnes (§ 42). Or, les manquements à l'éthique reprochés au médecin dans cette affaire ne portent pas sur ses activités professionnelles mais sur un élément de sa vie privée, à savoir un remariage (§§ 58-59). Pareils éléments de vie privée ne peuvent en principe pas être pris en compte, sauf si l'organisation démontre qu'ils font peser sur elle «un risque probable et sérieux d'atteinte à son éthique ou à son droit à l'autonomie» (§ 60). C'est probablement à ce stade du contrôle que l'on pourra vérifier si la catégorie d'entreprise de tendance a une incidence sur l'intensité des exigences qui peuvent peser sur l'employé (voy. ci-avant, n° 10).

C. La corrélation entre la nature de la fonction et l'intensité de l'exigence de loyauté

26. La Cour européenne des droits de l'homme opère une seconde distinction, au sein de l'entreprise cette fois, en établissant une corrélation entre la nature de la fonction exercée par l'employé et l'intensité des restrictions que l'entreprise peut lui imposer: «La Cour reconnaît que du fait de leur autonomie les communautés religieuses peuvent exiger un certain degré de loyauté de la part des personnes qui travaillent pour elles ou qui les représentent. Dans ce contexte, elle a déjà considéré que la nature du poste occupé par ces personnes était un élément important dont il fallait tenir compte lors de l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure restrictive adoptée par l'État ou l'organisation religieuse concernée (*Obst*, précité, §§ 48-51, et *Schüth*, précité, § 69). Singulièrement, la mission spécifique confiée à l'intéressé dans le cadre d'une organisation religieuse est un aspect à prendre en considération pour déterminer si cette personne doit être soumise à une obligation de loyauté accrue»⁸⁹.

⁸⁹ *Ibid.*, § 131.

Cette distinction permet de comprendre pourquoi la Cour de Strasbourg a, le même jour exactement, apprécié différemment la validation, par les juridictions allemandes, d'un licenciement d'employés d'églises pour cause d'adultère⁹⁰. Le premier, dans l'affaire *Obst*, visait le directeur pour l'Europe des relations publiques de l'Église mormone. Il n'y eut pas de violation de l'article 8 de la Convention «en raison de la gravité de l'adultère aux yeux de l'Église mormone et de la position importante que le requérant y occupait et qui le soumettait à des obligations de loyauté accrues»⁹¹. Le second, dans l'affaire *Schüth*, frappait l'organiste d'une paroisse catholique. Se méprenant peut-être sur le rôle édifiant de la musique sacrée, la Cour a dénoncé une violation de l'article 8 au motif que les juridictions internes ne se sont pas suffisamment penchées sur «la question de la proximité de l'activité du requérant avec la mission de proclamation de l'Église»; notamment «l'on ne saurait interpréter la signature apposée par le requérant sur ce contrat comme un engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce», ce qui affecterait «le cœur même du droit au respect de la vie privée de l'intéressé», qui n'était pas soumis à «des obligations de loyauté accrues»⁹².

Dans l'affaire *Siebenhaar*, la Cour a estimé que cette éducatrice dans un jardin d'enfants organisé par l'Église protestante avait manqué à son devoir de loyauté envers son employeur. En vertu de son contrat de travail, elle n'avait «le droit ni d'appartenir ni de participer à une organisation dont les objectifs étaient en contradiction avec la mission de l'Église protestante». La Cour estima, à la suite des juridictions allemandes, «que les obligations de loyauté étaient acceptables en ce qu'elles avaient pour but de préserver la crédibilité de l'Église protestante à l'égard du public et des parents des enfants du jardin d'enfants»⁹³.

27. La Cour de justice emboîte le pas à sa consœur strasbourgeoise.

Il faut que l'exigence professionnelle imposée ait un lien direct avec l'activité concernée (voy. ci-avant, n° 21), un tel lien pouvant «découler soit de la nature de cette activité, par exemple lorsque celle-ci implique de participer à la détermination de l'éthique de l'église ou de l'organisation en cause ou de collaborer à sa mission de proclamation, soit des conditions dans lesquelles ladite activité

⁹⁰ Voy. Fr. KRENC, «Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle», in M. Verdussen et P. Joassart (dir.), *La vie privée au travail*, Anthemis, Limal, 2011, pp. 115-149, spécialement pp. 145-147; A. YERNAUX, *Les convictions du travailleur et l'entreprise*, coll. Études pratiques de droit social, Kluwer, Waterloo, 2014, pp. 94-103; G. GONZALEZ, *op. cit.*, p. 812.

⁹¹ Cour eur. dr. h., *Obst c. Allemagne*, préc., § 51.

⁹² Cour eur. dr. h., *Schüth c. Allemagne*, préc., §§ 69 et 71.

⁹³ Cour eur. dr. h., *Siebenhaar c. Allemagne*, préc., §§ 44 à 46.

doit être exercée, telles que la nécessité d'assurer une représentation crédible de l'église ou de l'organisation à l'extérieur de celle-ci» (*Egenberger*, § 63; *IR*, § 50).

Il y a donc des fonctions, parce qu'elles mettent directement en œuvre, voire nourrissent l'éthique de l'organisation, qui justifient une exigence accrue de loyauté. L'on retrouve la distinction entre les fonctions dirigeantes et les fonctions subalternes énoncée lors de la confection de la directive (voy. ci-avant, n° 5) et appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Il y a aussi des dogmes qui sont essentiels aux yeux d'une religion ou d'une conviction, mais dont la méconnaissance n'a pas d'incidence sur l'exercice de la fonction. C'est le cas de figure de l'affaire *IR*. Le caractère sacré et indissoluble du mariage est essentiel aux yeux de l'Église catholique, mais n'a aucune incidence sur la manière dont un médecin exerce ses fonctions dans un hôpital (§§ 57-58). La Cour de justice semble ici souligner la différence entre le cas qui lui est soumis et ceux dont ont eu à connaître les instances strasbourgeoises dans les affaires relatives aux prises de positions d'un médecin relatives à sa pratique médicale (ci-avant, n° 13) ou dans celles de ces professeurs de religion astreints à respecter les exigences du dogme dans leur vie privée (ci-avant, n° 12). À la différence de l'avocat général Wathelet (§§ 67-69), la Cour ne tranche pas définitivement la question, laissant à la juridiction nationale le soin de vérifier que l'attitude du médecin pourrait entraîner pour l'hôpital «un risque probable et sérieux d'atteinte à son éthique ou à son droit à l'autonomie» (§ 60).

Conclusion

28. Cela fait un moment que Louis-Léon Christians s'inquiète des conséquences d'une compréhension extensive de la notion d'entreprise de tendance. Peu avant les arrêts de 2018, il écrivait : «ouvrir le concept d'entreprise de tendance au-delà d'un objet social exclusivement attaché à une promotion doctrinale conduit à inclure progressivement des organisations et des entreprises dont l'objet peut en soi sembler étranger aux fondements éthiques qui l'animent. Le rapport aux personnes s'en trouve modifié, qu'il s'agisse de la personne morale de l'employeur, d'une part ou de l'intégrité morale des salariés, d'autre part.»⁹⁴

Étant enfin invitée à interpréter l'article 4.2. de la directive 2000/78/CE, la Cour de justice a-t-elle permis d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt géné-

⁹⁴ L.-L. CHRISTIANS, « Les mutations du concept d'entreprise de tendance. Essai de prospective juridique sur les futures entreprises postséculières », *op. cit.*, p. 263.

ral, la liberté religieuse des institutions et les droits fondamentaux de leurs employés, par un encadrement suffisant de cette disposition dérogatoire à l'exigence de non-discrimination? Il est trop tôt pour répondre. Dans les deux affaires, la Cour était confrontée à la législation allemande, très spécifique et à l'origine de la notion d'entreprise de tendance. Aucune de ces deux affaires ne mettait en cause des entreprises purement commerciales. Madame Egenberger postulait un emploi dans une institution de promotion d'une doctrine religieuse, relevant donc du cœur historique de la notion d'entreprise de tendance (ci-avant, n° 12). IR est une institution de soins qui ne poursuit pas un but de lucre et dont l'éthique est manifestement fondée sur la religion (ci-avant, n° 13). Il faudra donc attendre que des cas plus limites, émanant d'autres pays que l'Allemagne, soient soumis à la Cour pour voir comment celle-ci dessinera l'équilibre qu'elle entend assurer. Il faudra notamment voir si la Cour fera respecter la clause de *standstill* (ci-avant, n° 8), ce qui permettrait de prémunir les employés du phénomène de la tache d'huile.

Mais ces deux arrêts indiquent que la Cour de justice entend définir – dans le sens de (dé)limiter – la notion d'entreprise de tendance plus strictement que ne le fait la Cour européenne des droits de l'homme. Si elle n'a pu contenir l'article 4.2. de la directive dans un statut d'exception à la règle de la non-discrimination (ci-avant, n° 7), elle a plus clairement que sa consœur strasbourgeoise affirmé le droit des employés à un contrôle juridictionnel effectif (ci-avant, n° 19), où elle attend du juge national qu'il procède à une véritable mise en balance des intérêts en présence (ci-avant, n° 21). Cela passe notamment par le constat objectif d'un lien étroit entre les exigences de loyauté posées par l'employeur et la nature des fonctions exercées par l'employé (ci-avant, n° 25).

La Cour de justice s'est abstenue de se référer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, alors qu'elle n'avait pas hésité à le faire dans les arrêts *Achbita* et *Bougnaoui* (ci-avant, n° 3). L'on peut y voir la volonté de s'affranchir de cette jurisprudence afin d'en bâtir une plus stricte. En attendant, les juridictions allemandes sont appelées à davantage de vigilance dans leur appréciation du caractère acceptable des exigences énoncées par les entreprises de tendance (ci-avant, nos 19 et 21), ce qui pourrait faire grincer des dents du côté de Karlsruhe⁹⁵.

⁹⁵ En ce sens, A. SCHALL, «Comment on C-68/17 IR/JQ», 28 septembre 2018, www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/commercial-law-centre/blog/2018/09/comment-c-6817-irjq; F. DORSEMONT, *op. cit.*

Conditions d'abonnement pour 2019

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique) : 226 € HTVA

Abonnement annuel Europe (papier et électronique) : 266 € HTVA

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique) : 306 € HTVA

Abonnement électronique : 198 € HTVA

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T.: +32 (0)10 42 02 93

F.: +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2019/10.622/11

ISSN: 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

DOCTRINE

- La reconnaissance du principe de fraternité par le juge constitutionnel français : révolution ou poursuite d'une évolution ?**
par *Xavier Philippe* 565
- Le juge de Strasbourg, la lettre de la *soft law* et l'interprétation**
par *Charlotte Philippe* 579
- La protection des droits fondamentaux de la personne privée de liberté :
quelles évolutions dans la jurisprudence européenne ?**
par *Béatrice Pastre-Belda* 599

CHRONIQUE

- Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux
Chronique de jurisprudence (2018)**
par *L'Institut de droit européen des droits de l'homme* 619

JURISPRUDENCE

- L'entreprise de tendance, c'est tendance !**
(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt Egenberger, 17 avril 2018, C-414/16
et Gde Ch., arrêt IR, 11 septembre 2018, C-68/17)
par *Xavier Delgrange* 655
- Le Tribunal arbitral du sport et le droit au procès équitable :
l'arbitrage bienveillant de la Cour européenne des droits de l'homme**
(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Mutu et Pechstein c. Suisse, 2 octobre 2018)
par *Mathieu Maisonneuve* 687
- Éducation inclusive : la Cour est-elle à bonne école ?**
(obs. sous Cour eur. dr. h., décision Dupin c. France, 18 décembre 2018)
par *Johan Lievens et Marie Spinoy* 707
- Nationalité et citoyenneté, les deux visages du Janus européen
La conformité de la perte de plein droit de la nationalité d'un État membre
au regard du droit européen**
(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt Tjebbes, 12 mars 2019, C-221/17)
par *Xavier Miny et Frédéric Bouhon* 719
- Élection d'un nouveau président de la Cour européenne
des droits de l'homme** 743
- Le septième congrès contre la peine de mort** 745
- Revue des revues** 749
- Informations diverses** 755

