

Les discriminations directes et indirectes à raison de la religion en droit belge et européen

Céline ROMAINVILLE

Professeure à l'Université catholique de Louvain

Introduction

Les États occidentaux font l'expérience d'une pluralité de cultures, de religions et de traditions. Ce défi de la pluralité est considéré comme soulevant diverses questions et controverses, traitées de manière diamétralement opposée selon que l'on se situe dans le modèle français du républicanisme « aveugle aux différences », dans l'optique libérale, dans le multiculturalisme anglo-saxon ou encore dans le pragmatisme de certaines traditions. La gestion de pluralité religieuse fait l'objet de nombreux débats, dans lesquels les caractéristiques d'une délibération démocratique rationnelle cèdent souvent le pas à l'émotion, à l'imaginaire, voire aux fantasmes. Comme le souligne l'Avocate générale Sharpston, ces « questions qui, à une époque relativement récente, étaient considérées comme sans importance ou tout au plus d'importance minimale sont aujourd'hui mises en lumière, d'une manière parfois dérangement¹. À la suite de l'historienne Joan W. Scott, de nombreux auteurs ont ainsi mis en lumière que l'irruption de la « question du voile », en France notamment, ne s'explique pas seulement pour des raisons de politique intérieure, mais aussi, voire surtout, pour des questions de politique étrangère, voire d'héritage colonial. La même auteure a également montré la confusion des causes et des conséquences dans cette « question du voile » française : c'est à l'occasion de l'interdiction du foulard islamique qu'a émergé l'idée d'un « choc des civilisations » contre lequel cette politique d'interdiction était censée lutter².

Dans le processus d'élaboration de ce discours politique sur le voile, aux relents nationalistes et parfois racistes³, le droit est régulièrement convoqué, parfois malmené. La présente contribution entend définir l'une des balises juri-

¹ Mme l'Avocate générale Eleanor SHARPSTON, concl. du 13 juillet 2016, *Bougnaoui* et *ADDH c. Micropole SA*, C-188/15, § 28 (ci-après, « concl. SHARPSTON, *Bougnaoui* »).

² J. W. SCOTT, *The Politics of the Veil*, Princeton, Princeton University Press, 2010, 224 p.

³ J. W. SCOTT, *ibid.*

diques du débat politique : la notion de discrimination à raison de la religion, qui constitue l'une des facettes de la liberté religieuse. Les autres notions souvent évoquées dans ces débats ne seront ici qu'effleurées, qu'il s'agisse du principe du pluralisme à la belge⁴ ou encore de la neutralité⁵. Les lignes qui suivent décrivent et analysent le droit « multiniveau » de la non-discrimination pour des motifs religieux, définissent la notion de discrimination directe et indirecte à raison de la religion, traitent de façon transversale la question des aménagements raisonnables et analysent les variations d'intensité de protection qu'offrent les différents ordres juridiques. Le droit de l'Union garantit un niveau de protection relativement élevé, dont l'intensité a cependant été relativisée par les réponses offertes par la Cour de justice dans deux arrêts du 14 mars 2017 à deux questions préjudicielles portées devant elle par les Cours de cassation belge et française. La Cour européenne des droits de l'homme laisse une large marge d'appréciation à l'État, qui va de pair avec un contrôle concret des justifications des restrictions à la liberté de religion. Quant au droit belge de la lutte contre les discriminations, il peine à déployer une pleine efficacité, et peut rapidement être mis hors-jeu par l'adoption de nouvelles législations.

Avant de plonger dans l'analyse de ces différentes dispositions juridiques, il importe d'appréhender le contexte sociétal dans lequel s'arrime une recherche juridique sur les discriminations religieuses. Ces discriminations s'avèrent particulièrement problématiques pour un groupe en particulier : celui des femmes musulmanes voilées. Pour elles, l'addition presque systématique de la discrimination à raison de la religion à d'autres critères de discrimination se traduit non seulement en un cumul des situations de discrimination, mais aussi, plus profondément, en une transformation de la nature des discriminations et des situations de vulnérabilité qui en résultent. Leur situation doit être comprise à l'aune du concept d'intersectionnalité. Ce concept, à la portée descriptive et normative, concerne les phénomènes d'imbrication et d'accumulation des facteurs de discrimination. Les discriminations intersectionnelles – également dénommées « discriminations multiples » – « visent l'hypothèse dans laquelle une personne subit une inégalité de traitement en raison, non pas d'une seule, mais de plusieurs caractéristiques qui lui sont propres et qui sont, le cas échéant, susceptibles de générer l'inégalité dénoncée indépendamment l'une de l'autre, tout en produisant un effet cumulatif »⁶. Une des premières formulations de ce

⁴ H. DUMONT et X. DELGRANGE, « Le principe de pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique », *Droit et Société*, 2008, n° 1, pp. 75-108.

⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, « Les transformations du concept de neutralité de l'État : quelques réflexions provocatrices », in J. RINGELHEIM, *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 75-121.

⁶ C. HOREVOETS, avec la collaboration de S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 88. Voir également, pour des affinements et des distinctions de catégories de discriminations multiples, E. PLASSCHAERT et O. RIJCKAERT, « Section I – Discrimination multiple », in *Le droit social en chantier(s)*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 327-328.

concept provient d'un article de Kimberlé Crenshaw's⁷, dans lequel l'auteure souligne les effets structurants des règles antidiscrimination face aux discriminations complexes, effets qui peuvent être pervers, en soulignant la négligence des femmes afro-américaines au profit des catégories des femmes blanches et des hommes noirs⁸. Les revendications des membres de groupes marginalisés sur la base de multiples critères doivent, pour rentrer dans les cadres tracés par le droit de la lutte contre les discriminations, être « essentialisées », « réduites » à l'une ou l'autre caractéristique ; elles ne reflètent donc pas la multiplicité des sources de l'oppression de ces groupes et des facettes des identités individuelles⁹. En gardant à l'esprit cette réalité des discriminations intersectionnelles vécues par l'un des groupes les plus affectés par les discriminations fondées sur le critère religieux, c'est-à-dire les femmes musulmanes voilées, nous explorons la protection offerte par le droit de l'Union européenne, qui a connu des remous important en mars dernier (section 1), par la Cour européenne des droits de l'homme (section 2) et, enfin, par le droit belge de la lutte contre les discriminations (section 3).

Section 1

La protection élevée du droit de l'Union européenne contre les discriminations à raison de la religion

Il est indéniable que l'Union européenne a, de manière générale, sur la question de la lutte contre les discriminations, joué un rôle de « locomotive », initiant, en Belgique comme dans la plupart des États membres, l'adoption de législations visant à lutter contre les discriminations. De nombreuses dispositions « constitutionnelles » de l'Union rappellent cet attachement du droit de l'Union au principe de non-discrimination¹⁰. La Charte des droits fondamentaux prévoit, dans son article 21, qu'« est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle »¹¹. D'autres

⁷ K. CRENSHAW's, « Demarginalising the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics », [1989] 89 *U. Chicago Legal F.* 139.

⁸ Voir, également, N. IYER, « Categorical denials: equality rights and the shaping of social identity », (1993) 19 *Queen's L.J.* 179.

⁹ B. COSSMAN et D. SCHNEIDERMAN, « Beyond intersecting rights: the constitutional judge as a "complex self" », Toronto, *University of Toronto Law Journal*, p. 432.

¹⁰ Voir notamment, sur cette question, J. JACQMAIN et L. MARKEY, « Actualités de la lutte contre les discriminations en droit social – Cadre juridique de l'Union européenne en matière de discrimination », in *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, op. cit., pp. 108-116.

¹¹ Art. 21, § 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (*J.O.*, C 364, 2000, p. 1), modifiée et dotée d'une valeur juridique contraignante lors de

dispositions des traités européens prohibent de façon générale la discrimination, comme les articles 2 et 6 du Traité sur l'Union européenne, et les articles 8, 9 et 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

À l'origine du développement de ce droit européen de lutte contre les discriminations, on trouve l'ancien article 119 du Traité CE prohibant les inégalités salariales entre les hommes et les femmes¹². La protection contre les discriminations à l'encontre des femmes a ensuite connu des développements considérables grâce à l'interprétation donnée à cette disposition¹³ par la Cour de justice et à l'insertion d'un article 13 dans le Traité d'Amsterdam autorisant la Communauté à prendre les actions nécessaires, notamment pour lutter contre les discriminations de genre. Fondée sur cette dernière disposition, une série de directives visant à lutter contre les discriminations ont été adoptées, couvrant un large champ d'application, dont les directives 76/207/CEE, 2002/73, 2004/113 et 2006/54.

§ 1. L'introduction de l'interdiction de discriminer pour des motifs religieux

Si le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes est consubstantiel au développement du droit communautaire, la protection contre les discriminations ethniques, raciales et religieuses a, en revanche, été développée plus tardivement par le législateur européen. En particulier, la question de la lutte contre les discriminations pour des motifs religieux n'a été introduite qu'à la faveur de débats lancés à la fin des années 1990 sur les liens entre les discriminations raciales et religieuses et le cumul des discriminations à raison de la religion et de l'origine¹⁴. Dès 1994, la Commission européenne considère que la liberté de circulation au sein du marché unique doit s'accompagner d'une garantie de non-discrimination sur la base de la race, de la religion, de l'âge et du handicap, sans pour autant que la question religieuse soit réellement approfondie¹⁵.

Après de nombreuses controverses sur l'existence d'une base légale satisfaisante pour mener à bien une véritable politique de lutte contre le racisme et la xénophobie¹⁶, et l'insertion subséquente d'une disposition relative à la non-

l'adoption du Traité de Lisbonne (J.O., C 306, 2007, p. 1), ci-après la « Charte des droits fondamentaux ». L'article 20 proclame que « [t]outes les personnes sont égales en droit ».

¹² Voir notamment, sur l'évolution du droit européen de lutte contre les discriminations, S. HAVERKORT SPEEKENBRINK, *European Non-Discrimination Law. A Comparison of EU Law and the CHR in the Field of Non-Discrimination and Freedom of Religion in Public Employment with an Emphasis on the Islamic Headscarf Issue*, Cambridge/Antwerpen/Portland, Intersentia, 2012, pp. 33 et s.

¹³ Voir le célèbre arrêt *Defrenne II*, C.J.C.E., 8 avril 1976, C-43/75.

¹⁴ Voir Résolution du Parlement européen sur le racisme et la xénophobie, J.O., C 342/19, 1993; Résolution du Parlement européen sur le racisme, la xénophobie et l'antisémitisme, J.O., C 323/154, 1994.

¹⁵ Commission européenne, *Livre blanc sur la politique sociale*, COM(1994) 333, p. 40.

¹⁶ Des mesures relevant de la *soft law* ont été adoptées à l'échelle européenne dès la fin des années 1990 afin de mettre sur pied une politique « antiracisme », notamment destinée à contrer les critiques sur la « Forteresse Europe ». Voir Résolution du Conseil sur la lutte contre le racisme et la xénophobie, J.O., 1990.

discrimination dans les traités (l'ancien article 3 CE, devenu article 19 TFUE), le Conseil finit par adopter, le 29 juin 2000, une directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique¹⁷. Cette directive présente un champ d'application remarquablement large : elle concerne non seulement l'emploi, mais également l'accès aux biens et services dont, notamment, l'enseignement, la participation et l'exercice d'activités économiques, sociales, culturelles, accessibles au public, mais également l'accès aux prestations sociales¹⁸.

La directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail consacre explicitement, pour la première fois, l'interdiction de discriminer sur la base de motifs religieux et prévoit des instruments positifs de lutte contre ces discriminations. La discrimination pour des motifs religieux est considérée comme un obstacle à la réalisation des objectifs des traités tels qu'« un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes »¹⁹. Cependant, il faut souligner que le champ d'application de la directive 2000/78 est considérablement moins étendu que celui de la directive 2000/43 et de l'arsenal législatif existant en matière de promotion de l'égalité hommes-femmes. La directive 2000/78 ne concerne que les domaines de l'emploi et du travail ; son champ d'application ne s'étend pas aux domaines énumérés dans la directive 2000/43, tels que « [...] la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé ; [...] les avantages sociaux ; [...] l'éducation ; [et] [...] l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, à la disposition du public, y compris en matière de logement ». Cette dernière directive 2000/78 ne prévoit d'aménagement raisonnable que pour les personnes porteuses d'un handicap²⁰. Une proposition de directive soumise par la Commission au Conseil, et visant à mettre en œuvre de manière générale l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion, de conviction, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, n'a jamais été adoptée par le Conseil²¹.

Aux termes des directives 2000/43 et 2000/78, deux exceptions sont établies à l'interdiction de principe de discriminer, qui intéressent particulièrement la question des discriminations directes à raison de la religion.

¹⁷ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.*, L180 du 19 juillet 2000, pp. 0022-0026 (ci-après, « directive 2000/43 »).

¹⁸ Art. 3 de la directive 2000/43, *op. cit.*

¹⁹ Préambule, considérant 11, directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.*, L303 du 2 décembre 2000, pp. 0016-0022 (ci-après, « directive 2000/78 »).

²⁰ Art. 5 de la directive 2000/78.

²¹ Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, Commission, 2 juillet 2008, COM(2008) 426 final 2008/0140 (CNS).

Premièrement, dans le domaine de l'emploi, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions peut être admise si elle correspond à une « exigence professionnelle essentielle et déterminante », pour autant que cette exigence soit objectivement légitime et que l'exigence soit proportionnée²². La loi belge du 10 mai 2007 précise qu'« [u]ne caractéristique déterminée liée à l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique ou à un handicap est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées » et que « l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci ».

Deuxièmement, une telle distinction de traitement peut être admise lorsqu'elle concerne une « entreprise de tendance ». En effet, les États membres peuvent maintenir ou entériner des différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions « dans le cas des activités professionnelles d'[É]glises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions [...] 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 »²³. Ainsi, « des [É]glises 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 » peuvent « requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation ». Cette exception pour les « entreprises de tendance » doit cependant « s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif »²⁴.

Enfin, la directive 2000/78 admet que les États, dans le domaine de l'emploi et du travail, adoptent des « 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 »²⁵.

Au-delà des domaines de l'emploi et du travail, une différence de traitement fondée sur des motifs religieux ne peut être critiquée au regard des directives européennes établissant un cadre pour la lutte contre les discriminations

²² Directive 2000/43, art. 4; directive 2000/78, art. 4, § 1^{er}: « [...] les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

²³ Art. 4, § 2, de la directive 2000/78.

²⁴ Art. 4, § 2, de la directive 2000/78.

²⁵ Art. 2, § 5, de la directive 2000/78.

que lorsqu'elle se double d'une discrimination fondée sur la prétendue race, l'origine ethnique ou le sexe. Dans les autres cas, une situation de discrimination pour des motifs religieux ne pourra impliquer qu'un contrôle plus abstrait, moins précis, qui mobilisera l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union et des dispositions contenues dans les Traités.

La Cour n'avait jamais interprété ces différentes dispositions concernant les discriminations religieuses avant les deux arrêts du 14 mars 2017 commentés ci-dessous, que ce soit dans des affaires de discrimination « simple » ou « complexe » où l'intersectionnalité aurait pu être analysée.

§ 2. La définition de la discrimination pour des motifs religieux

La question de la définition de la notion communautaire de « discrimination fondée sur la religion » n'est pas aussi évidente qu'il y paraît. En ce qui concerne la notion de « discrimination », on rappellera d'abord que toute distinction de traitement n'est pas constitutive d'une discrimination : la discrimination s'entend comme une distinction, une différence de traitement non justifiée²⁶. L'appréciation du critère religieux pose quant à elle une série de questions délicates. Comment définir juridiquement un phénomène aussi complexe que les convictions religieuses ? Faut-il avoir égard à des considérations « subjectives » ou « objectives » ? Les acteurs du droit, et le juge en particulier, doivent-ils s'autoriser des incursions sur le terrain théologique pour déterminer ce qui relève d'une conviction religieuse de ce qui n'en relève pas ? On remarquera qu'il ne sera pas toujours aisé pour le juge de se prononcer sur ce qui relève d'un comportement dicté par des convictions religieuses de ce qui n'en est pas un. L'affaire canadienne des *succahs* dans un immeuble à appartements illustre à merveille cette problématique²⁷.

Dans ses deux premiers arrêts en matière de discrimination pour des motifs religieux, rendus le 14 mars 2017, la Grande Chambre de la Cour de justice a abordé ces différentes problématiques à l'occasion de questions préjudicielles portées devant elle par les Cours de cassation belge et française.

Dans la première affaire, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solution NV*, une entreprise privée avait interdit à l'une de ses réceptionnistes de porter un voile ; devant son refus d'obtempérer, cette dernière avait été licenciée. Le tribunal du travail et la cour du travail ont rejeté la qualification de « discrimination directe » dans le cas d'espèce, considérant que tous les travailleurs étaient soumis à l'interdiction du

²⁶ B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », in P. WAUTHELET (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, CUP, vol. 6, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 23-24.

²⁷ Cour Suprême du Canada, *Moïse Amselem, Gladys Bouhadana, Antal Klein et Gabriel Fonfeder*, 30 juin 2004, [2004] 2 RCS 551. Voir la contribution d'André Braën dans le présent ouvrage.

port de signes religieux. Dans son pourvoi en cassation, Mme Achbita considère que cette interprétation méconnaît les notions de « discriminations directes et indirectes » au sens de l'article 2, § 2, de la directive 2000/78 précitée. La Cour de cassation belge, face à l'absence d'indicateurs pour interpréter correctement ces notions de droit européen, pose une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg sur la portée de la notion de discrimination directe²⁸. Avant d'aborder cette question conceptuelle, l'Avocate générale Kokott, dans ses conclusions générales, observe que « [ce] qui relève de la "religion" est naturellement une question complexe, dans laquelle des considérations objectives se mêlent à des éléments de la conviction subjective de chaque individu »²⁹. Ainsi, poursuit l'avocate générale, « la notion de "religion" utilisée à l'article 1^{er} de la directive 2000/78 doit être entendue au sens large. [...] [e]lle ne comprend pas seulement la croyance d'une personne en tant que telle (*forum internum*), mais aussi la pratique de cette religion ainsi que sa profession, et cela également dans la sphère publique (*forum externum*) »³⁰. Cette interprétation large se déduit notamment de l'importance conférée au principe d'égalité en droit de l'Union européenne³¹. La Cour suivra son avocate générale sur la question de l'appréhension de la notion de « religion » de l'article 1^{er} de la directive. La Grande Chambre interprète en effet cette notion à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : pour la Cour, cette notion couvre « tant le *forum internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions, que le *forum externum*, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse »³².

La deuxième affaire (*Bougnaoui et Association de défense des droits humains [ADDH] c. Micropole SA*), portée devant la Cour de justice par la Cour de cassation française, a également donné lieu à certains développements sur la notion de discrimination religieuse. À l'origine de cette deuxième affaire, on trouve également un licenciement motivé par un refus de retirer un foulard islamique. Mme Bougnaoui, ingénieure d'études, portait déjà le foulard lorsqu'elle fut engagée par la société d'informatique Micropole. Mais, en l'espèce, son licenciement est principalement expliqué par la demande de clients de ne plus être en contact avec une employée portant le voile. La Cour de cassation française décide d'interroger la Cour de justice, afin d'apprécier si la notion « d'exigence professionnelle essentielle et déterminante en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice » peut concerner le souhait

²⁸ Cass., 9 mars 2015, *J.T.T.*, 2015, pp. 257 et s.

²⁹ Conclusions de Mme l'Avocate générale Juliane KOKOTT du 31 mai 2016, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, § 34 (ci-après, « concl. KOKOTT, Achbita »).

³⁰ Concl. KOKOTT, Achbita, § 35.

³¹ Concl. KOKOTT, Achbita, § 35.

³² C.J.U.E. (Gde Ch.), *Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions*, 14 mars 2017, C-157/15, § 28 (ci-après, « C.J.U.E., Achbita ») : C.J.U.E. (Gde Ch.), *Bougnaoui et ADDH c. Micropole SA*, 14 mars 2017, C-188/15, § 31 (ci-après, « C.J.U.E., Bougnaoui »).

d'un client de ne plus voir des prestations de services assurées par un travailleur pour l'un des motifs protégés par la directive. Dans ses conclusions générales, l'Avocate générale Sharpston observe la variabilité, la grande diversité et l'hétérogénéité qui caractérisent les pratiques religieuses³³, et, en particulier, la diversité des écoles de pensée existant dans la religion islamique sur le type de vêtement porté par les femmes³⁴. L'avocate générale constate, en outre, l'inexistence de solutions alternatives dans certains cas : « [p]arfois, [...] il n'est pas raisonnable de demander à la personne concernée de faire un choix "discret". Ainsi, on conçoit difficilement comment un Sikh de sexe masculin pourrait être discret ou passer inaperçu en observant l'obligation de porter un *dastar*. Soit il porte le turban prescrit par sa religion, soit il ne le porte pas »³⁵. Sur la question particulière du port du voile, l'avocate générale souligne l'importance de reconnaître le libre arbitre des femmes musulmanes : « [c]ertains voient dans le port d'un foulard une affirmation féministe, représentant le droit d'une femme à affirmer ses choix et sa liberté religieuse d'être une musulmane qui souhaite manifester sa foi de cette manière. D'autres voient dans le foulard un symbole d'oppression des femmes. Les deux positions trouveront sans aucun doute confirmation dans des cas individuels et des contextes particuliers. Ce que la Cour ne doit pas faire, selon moi, c'est adopter le point de vue selon lequel, parce que le port du foulard peut ou doit dans certains cas être considéré comme une oppression, tel est toujours le cas. Je suivrais plutôt la position de la Cour européenne des droits de l'homme [...] ; la chose doit être considérée comme une expression de liberté culturelle et religieuse »³⁶. Quant à la Cour de justice, elle répondra à ces développements relatifs au libre arbitre en reprenant exactement le même développement consacré à la définition de la notion de religion que celui développé dans l'affaire *Achbita*³⁷.

§ 3. La distinction entre les discriminations directes et indirectes pour des motifs religieux

La directive 2000/43, comme la directive 2000/78, distingue entre la discrimination directe qui « se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » et la discrimination indirecte qui « se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés [...]

³³ Concl. de Mme l'Avocate générale Eleanor SHARPSTON du 13 juillet 2016, *Bouagnaoui et ADDH c. Micropole SA*, C-188/15, (ci-après, « Concl. SHARPSTON, *Bouagnaoui* »), § 29.

³⁴ Concl. SHARPSTON, *Bouagnaoui*, § 32.

³⁵ Concl. SHARPSTON, *Bouagnaoui*, § 33.

³⁶ Concl. SHARPSTON, *Bouagnaoui*, § 75.

³⁷ C.J.U.E., *Bouagnaoui*, §§ 29 et 30.

à moins que [...] cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires»³⁸.

Dans les deux cas, il convient d'abord d'apprécier la comparabilité des situations. Pour les discriminations directes, il y a recoupement entre la cause du traitement différencié entre les deux catégories de personnes et le critère prohibé. Si c'est bien ce critère qui, en l'espèce, distingue les deux catégories de personnes, alors il y a discrimination. Dans le cas de discriminations indirectes, le critère protégé qui distingue *en réalité* deux catégories de personnes est occulté par l'utilisation d'un autre critère, en apparence neutre.

La Cour a été amenée à préciser la différence entre discriminations directes et indirectes dans un arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*. Dans cet arrêt, la Cour estime que, dans le concept de discrimination directe, ce qui importe est que le critère protégé ait « déterminé la décision d'instituer le traitement différencié »³⁹. Dans cette affaire, relative au placement de compteurs électriques à une hauteur importante dans des quartiers habités par des Roms, la Cour a appelé la juridiction de renvoi à « prendre en compte toutes les circonstances entourant la pratique litigieuse, afin de déterminer s'il existe suffisamment d'indices pour que les faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur l'origine ethnique soient considérés comme établis »⁴⁰. Parmi ces faits, la Cour estime que « [l]a juridiction de renvoi doit [...] tenir compte du caractère imposé, généralisé et durable de la pratique litigieuse qui, du fait, d'une part, qu'elle a ainsi été étendue sans distinction à tous les habitants du quartier, indépendamment des points de savoir si les compteurs individuels de ceux-ci ont fait l'objet de manipulations ou donné lieu à des branchements illicites et de l'identité des auteurs de ces comportements, et, d'autre part, qu'elle perdure toujours près d'un quart de siècle après qu'elle a été instaurée, est de nature à suggérer que les habitants de ce quartier, dont il est notoire qu'il abrite essentiellement des ressortissants bulgares d'origine rom, sont, dans leur ensemble, considérés comme des auteurs potentiels de tels comportements illicites. En effet, une telle perception peut également constituer un indice pertinent pour l'appréciation globale de la pratique en cause »⁴¹.

³⁸ Art. 2, 2), a) et b), de la directive 2000/78; art. 2, 2), a) et b), de la directive 2000/43.

³⁹ C.J.U.E., *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14 (ci-après, « C.J.U.E., *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD* »), § 76.

⁴⁰ C.J.U.E., *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, § 80.

⁴¹ C.J.U.E., *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, § 84.

§ 4. La justification des discriminations directes et indirectes pour des motifs religieux

La justification des différences de traitement est une question cruciale dans le droit de la non-discrimination. Comme le résume Christine Horevets : « Deux systèmes de justification peuvent être envisagés : un système de justification ouvert, qui permet de conclure à l'absence de discrimination s'il est démontré que la différence de traitement contestée est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens mis en œuvre pour réaliser ce but sont appropriés et nécessaires, et un système de justification fermé qui implique qu'une différence de traitement peut uniquement être justifiée sur la base de motifs de justification limités, spécifiques et précisés au préalable »⁴².

C'est au stade de la justification que la distinction entre discriminations directes et indirectes déploie ses effets les plus nets. En effet, si les discriminations indirectes connaissent un système ouvert de justification – qui les rapproche du système des restrictions et donc du test de proportionnalité⁴³ –, les discriminations directes, quant à elles, ne peuvent être justifiées que dans des cas limitativement énumérés dans la législation européenne.

Pour les discriminations directes, dès lors que le lien de causalité entre la distinction opérée et le critère interdit est établi, la mesure ne peut être objectivement justifiée⁴⁴. La mesure ne peut être justifiée que par des facteurs objectifs étrangers à la discrimination⁴⁵. Dans le domaine de la lutte contre les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique, la Cour a ainsi rappelé, dans son arrêt *Feryn*, qui concernait des propos témoignant d'une politique discriminatoire d'embauche, qu'aucune justification ne pouvait être admise dès lors que la distinction de traitement fondée sur la race et l'origine ethnique était attestée⁴⁶.

En ce qui concerne plus particulièrement les discriminations directes fondées sur la religion, ces mesures ne peuvent en aucun cas être justifiées lorsqu'elles concernent l'accès à un bien ou à un service à disposition du public. Seules deux justifications sont prévues dans le domaine de l'emploi. N'est pas considérée comme discriminatoire la mesure qui est instituée par ou au sein d'une « entreprise de tendance », c'est-à-dire d'une organisation structurée sur la conviction religieuse ou philosophique, dont la nature des activités ou le

⁴² C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations. Section 3 – Les différences de traitement admises et les discriminations prohibées », in *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, op. cit., p. 39.

⁴³ Voir concl. de Mme l'Avocate générale SHARPSTON, § 63.

⁴⁴ Voir, notamment, C.J.C.E., 4 octobre 2001, *Tele Danmark*, C-109/00, § 31.

⁴⁵ Voir C.J.U.E., *Maurice Leone et Blandine Leone c. Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales*, 17 juillet 2014, C-173/13 ; E. ELLISE, *EU Anti-Discrimination Law*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 212 ; C. BARNARD et B. HEPPLER, « Substantive equality », *Cambridge Law Journal*, vol. 59, n° 3, 2000, pp. 562-585.

⁴⁶ C.J.C.E., 10 juillet 2008, *Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme c. Firma Feryn*, C-54/07.

contexte dans lequel celles-ci sont exercées font que la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'organisation⁴⁷. N'est pas non plus considérée comme discriminatoire une mesure instituant un traitement différencié sur la base de la religion qui correspond à une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » au sens de l'article 4, § 1^{er}, de la directive 2000/78⁴⁸. La Cour de justice, dans l'affaire *Bougnaoui*, était interrogée sur la question de savoir si « la volonté d'un employeur de tenir compte du souhait d'un client de ne plus voir de services fournis par une travailleuse qui, telle Mme Bougnaoui, a été assignée par cet employeur auprès de ce client et qui porte un foulard islamique, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante » – dans le cas où le licenciement de Mme Bougnaoui pourrait être constitutif de discrimination directe⁴⁹. La Cour estime que « la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de cette disposition, renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client »⁵⁰. Elle juge donc que « l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doit être interprété en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition »⁵¹.

⁴⁷ « Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'[É]glises 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. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif.

Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des [É]glises 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, de la directive 2000/78).

⁴⁸ « [...] les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée » (art. 4, § 1^{er}, de la directive 2000/78).

⁴⁹ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 34.

⁵⁰ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 40.

⁵¹ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 41.

En ce qui concerne les discriminations indirectes, c'est-à-dire des distinctions de traitement en apparence neutres, mais qui sont susceptibles d'entraîner un désavantage particulier pour certains individus, la distinction de traitement ne sera pas qualifiée de discrimination si cette distinction est objectivement justifiée par un but légitime et si les moyens utilisés pour atteindre ce but sont appropriés et nécessaires. En d'autres termes, on recourt ici à un test de proportionnalité classique.

§ 5. La qualification et la justification des mesures d'interdiction du port de signes convictionnels

La qualification des mesures d'interdiction du port de signes religieux a été balisée dans les deux arrêts de la Cour de justice du 14 mars 2017 susmentionnés, qui interprètent la portée de l'article 2, 1^o et 2^o, de la directive 2000/78 concernant l'interdiction des discriminations pour motifs religieux dans les relations de travail.

A. Les mesures d'interdiction du port de signes convictionnels : des distinctions de traitement indirectes

Dans l'affaire dont est issue la première question préjudicielle, posée par la Cour de cassation belge, le pourvoi en cassation était dirigé contre un arrêt de la Cour du travail d'Anvers. Cette dernière avait jugé qu'une interdiction générale adressée à tous les travailleurs de porter des signes extérieurs de convictions politiques, philosophiques ou religieuses ne pouvait constituer une discrimination directe, mais qu'elle pouvait s'analyser en une discrimination indirecte si elle ne reposait sur aucune justification raisonnable, ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁵². La Cour de cassation fut saisie par Mme Achbita et le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, qui entendaient critiquer l'arrêt de la Cour du travail d'Anvers du 23 décembre 2011. Les requérants considèrent que la qualification de discrimination directe doit être retenue dès qu'une personne est traitée défavorablement par rapport à une autre dans une situation comparable sur la base de l'un des critères retenus à l'article 1^{er} de la directive 2000/78/CE. L'Avocate générale Kokott, dans ses conclusions générales, a estimé qu'une telle mesure devait être analysée sous l'angle de l'interdiction des discriminations indirectes⁵³. L'avocate générale reconnaît d'abord qu'« [à] première vue, une interdiction comme celle édictée par G4S pourrait être considérée comme une discrimination directe au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive. En effet, le règlement de travail de G4S interdit expressément aux travailleurs de porter au travail des signes visibles de leurs convictions religieuses, de sorte que la formulation de ce règle-

⁵² Trib. trav. Anvers, 23 décembre 2011, *Chron. D.S.*, 2014, pp. 346 et s.

⁵³ Concl. de Mme l'Avocate générale Kokott, §§ 43 et s.

ment vise directement la religion »⁵⁴. Elle observe ensuite que cette interprétation serait cohérente avec la jurisprudence de la Cour, « [...] généralement fondée jusqu'à présent, pour ce qui concerne diverses interdictions de la discrimination en droit de l'Union, sur une interprétation large de la notion de "discrimination directe" » et, en conséquence, « a toujours reconnu l'existence d'une telle discrimination lorsqu'une mesure est indissociablement liée au motif d'inégalité de traitement en cause »⁵⁵. Mais, selon l'avocate générale, il y a lieu de revenir, dans le cas des discriminations à raison de la religion, sur cette interprétation large de la notion de discrimination directe. La justification de cette distinction de traitement des types de discriminations résiderait dans le fait que, dans les autres affaires, « [...] il s'agissait [...] toujours de particularités physiques inséparables de la personne ou de caractéristiques liées à la personne, par exemple, le sexe, l'âge ou l'orientation sexuelle, et non de comportements reposant sur une décision ou une conviction subjective comme, en l'espèce, le fait de porter ou [de] ne pas porter un couvre-chef »⁵⁶. Cette appréciation, qui, dans une certaine mesure, vide de sa substance le concept de discrimination directe pour des motifs religieux⁵⁷, amène l'avocate générale à conclure qu'« [...] à y regarder de plus près, le concept de discrimination directe ne convient pas pour apprécier correctement une interdiction telle que l'interdiction litigieuse ». En effet, l'élément décisif pour qu'il y ait discrimination religieuse directe « est que la personne concernée soit, sur la base de la religion, "traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait" ». Or, selon l'avocate générale, « [e]n l'espèce, rien n'indique que l'intéressée aurait été "traitée de manière moins favorable". [...] [o]n ne constate en l'espèce ni que les membres d'une communauté religieuse donnée seraient traités de manière moins favorable que les adeptes d'autres religions ni que les personnes religieuses seraient traitées moins favorablement que les personnes non religieuses ou les athées déclarés »⁵⁸. L'argumentaire de l'avocate générale

⁵⁴ *Ibid.*, § 43.

⁵⁵ *Ibid.*, § 44.

⁵⁶ *Ibid.*, § 45.

⁵⁷ En effet, la considération selon laquelle le port des signes distinctifs manifestant ses opinions religieuses n'est pas une caractéristique physique inséparable de la personne, mais une décision subjective, et l'idée que cette décision subjective ne peut impliquer de discrimination directe revient dans une certaine mesure à vider de sa substance la notion de discrimination directe pour des motifs religieux, en ce qui concerne la manifestation de cette religion. On peut en effet se demander quand la notion de discrimination directe pour des motifs religieux pourrait encore s'appliquer – en dehors de la contrainte à révéler son for intérieur. En outre, ce raisonnement pose la question de savoir si les autres critères de discrimination prohibés qui ne peuvent être assimilés à des « caractéristiques physiques » devraient être, eux aussi, exclus d'office de la catégorie des discriminations directes. Enfin, plus fondamentalement, il y a lieu de s'interroger sur la justification de cette exclusion des caractéristiques « non physiques ». Est-il pertinent de présumer que la manifestation de signes convictionnels est « séparable » de la personne au regard des processus de constitution de l'identité ? Est-il au fond pertinent d'opérer une distinction entre la conviction et la manifestation d'une conviction au regard de l'impératif de non-discrimination ? N'est-on pas en train de toucher à la raison d'être de la prohibition des discriminations pour des motifs religieux qui est la raison d'être de la directive ?

⁵⁸ *Ibid.*, § 48.

est fondé sur deux arguments principaux : premièrement, sur la distinction entre les discriminations sur la base de particularités physiques inséparables de la personne et les discriminations fondées sur l'expression d'une religion, deuxièmement, sur un choix quant à la comparabilité des situations, non pas entre croyants et incroyants, mais entre plusieurs catégories de croyants. La Cour ne confirme pas explicitement le raisonnement de son avocate générale ; elle se limite à considérer que la « règle doit [...] être considérée comme traitant de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, notamment une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tels signes »⁵⁹. Partant, la Cour invite la juridiction de renvoi à analyser les interdictions générales de port de signes convictionnels sous l'angle des discriminations indirectes.

Le deuxième renvoi préjudiciel, émanant de la Cour de cassation française, portait principalement sur l'interprétation à donner à la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Interpréter cette dernière notion impliquait de trancher la question de la qualification de la distinction de traitement en cause, un licenciement motivé principalement par le souhait de clients de ne plus voir une employée voilée. On rappellera en effet que le recours à la justification d'un traitement différencié pour « exigence professionnelle essentielle et déterminante » n'est possible qu'en cas de discrimination directe. Sur cette dernière question, l'Avocate générale Sharpston aboutit à des conclusions diamétralement opposées à celles proposées par l'Avocate générale Kokott. L'Avocate générale Sharpston constate le lien direct entre le licenciement de Mme Bougnaoui et l'interdiction du port de tenues vestimentaires religieuses. Plus précisément, nuance-t-elle, « le licenciement n'a en fait pas été fondé sur la religion (c'est-à-dire le fait que la travailleuse appartenait à la religion musulmane) mais sur la manifestation de cette religion (c'est-à-dire le fait qu'elle portait un foulard) »⁶⁰. Or l'avocate générale, s'appuyant sur les articles 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et 10 de la Charte, estime que la prohibition édictée par la directive 2000/78 concerne aussi la manifestation de ses opinions religieuses ; en disposer autrement reviendrait à refuser de protéger le droit de manifester ses croyances et donc à priver le croyant « de la protection que la directive a précisément pour objectif de lui accorder »⁶¹. Partant, pour l'avocate générale, « [...] il semble impossible de ne pas conclure que Mme Bougnaoui a été traitée de manière moins favorable, sur la base de sa religion, qu'une autre personne ne l'aurait été dans une situation comparable. Un ingénieur d'études travaillant chez Micropole qui n'aurait pas choisi de manifester ses croyances religieuses en portant une tenue vestimentaire particulière n'aurait pas été licencié. Le licenciement de Mme Bougnaoui constituait donc une discrimination directe à son encontre, basée sur sa religion ou

⁵⁹ C.J.U.E., *Achbita*, § 30.

⁶⁰ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 85.

⁶¹ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 87.

ses convictions, au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78 »⁶². En conséquence, souligne l'avocate générale, « ce licenciement n'aurait été licite qu'en cas d'application d'une des dérogations prévues à la directive »⁶³. Ces conclusions sur la qualification de discrimination directe ou indirecte sont tout à fait contradictoires avec celles de l'Avocate générale Kokott dans l'affaire *Achbita*. Or la Cour ne suivra pas, dans l'affaire *Bougnaoui*, les conclusions de son avocate générale. Considérant que la décision de renvoi ne permet pas à la Cour de savoir si ladite juridiction a constaté l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la Cour estime néanmoins que, s'il existe une règle interne en vigueur interdisant le port de tout signe visible de convictions politiques philosophiques ou religieuses, il s'agit d'une mesure devant être analysée sous l'angle des discriminations indirectes⁶⁴. Dans ce cas, la juridiction de renvoi doit vérifier si « cette règle en apparence neutre aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, telles que Mme Bougnaoui »⁶⁵. Dans ce cas, il y aurait alors lieu de conclure à l'existence d'une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou sur les convictions, au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, sauf dans le cas où une telle discrimination peut être justifiée⁶⁶. La Cour précise toutefois que, dans le cas où une telle interdiction généralisée du port de signes convictionnels n'existe pas, il y a lieu de qualifier la situation de discrimination directe. Et la Cour de préciser que cette discrimination directe ne peut être justifiée par le recours à la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante »⁶⁷.

B. La justification des mesures d'interdiction du port de signes convictionnels

La Cour ne s'est pas limitée à statuer sur les qualifications de discriminations directes et indirectes. Elle pose aussi un certain nombre de règles d'interprétations que les juridictions nationales devront suivre dans leur analyse de la proportionnalité de ces interdictions générales de signes religieux ou philosophiques.

Premièrement, la Cour reconnaît la légitimité du but poursuivi par ces mesures d'interdiction générale, à savoir l'image de neutralité dont une entreprise veut se prévaloir. Cette reconnaissance n'est pas sans poser de questions par rapport au concept de neutralité, qui, en principe, s'attache à l'appareil étatique, et non à des personnes privées.

⁶² C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 88.

⁶³ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 89.

⁶⁴ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 31.

⁶⁵ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 32.

⁶⁶ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 33.

⁶⁷ C.J.U.E., *Bougnaoui*, § 34.

Deuxièmement, la Cour estime qu'il faut analyser *in concreto* « le caractère approprié » de la règle interne interdisant les signes religieux ou convictionnels – qu'elle n'exclut pas d'emblée –, mais qu'il convient de confronter à la réalité de la vie de l'entreprise. Elle estime en outre qu'il faut vérifier si la politique de neutralité est « véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique »⁶⁸.

Troisièmement, en ce qui concerne le « caractère nécessaire de l'interdiction en cause au principal, il convient de vérifier si cette interdiction se limite au strict nécessaire ». Pour la Cour, cette exigence de nécessité implique que « l'interdiction du port visible de tout signe ou vêtement susceptible d'être associé à une croyance religieuse ou à une conviction politique ou philosophique » ne peut viser uniquement que « les travailleurs de G4S qui sont en relation avec les clients »⁶⁹.

Quatrièmement, dans l'appréciation de cette nécessité, la Cour évoque l'exigence d'un aménagement raisonnable (voir *infra*). En effet, elle précise que, dans le cas de Mme Achbita, le juge devra vérifier si, « tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à G4S, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement »⁷⁰.

C. Les conséquences des deux arrêts du 14 mars 2017

Dans ces deux arrêts du 14 mars 2017, la Cour de justice a donc précisé la notion de discrimination directe et indirecte sur la base de la religion à l'occasion de mesures d'interdiction du port de signes convictionnels. Soit il s'agit d'une interdiction ne reposant sur aucune règle interne et, dans ce cas, la mesure d'interdiction constitue une discrimination directe qui ne peut être justifiée par le recours à la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante fondée sur les souhaits des clients. Soit l'interdiction est formulée dans une règle interne à l'entreprise visant généralement l'ensemble des signes religieux, convictionnels, politiques et philosophiques, auquel cas l'interdiction doit être analysée comme une distinction de traitement indirectement fondée sur la religion. Cette mesure doit alors être strictement proportionnée à l'objectif d'assurer une image de neutralité, qui peut être considéré comme étant légitime. Trois éléments doivent être vérifiés. Premièrement, la mesure doit être appropriée, ce qui implique que la politique de neutralité revendiquée par l'entreprise soit « véritablement conduite de manière systématique et cohérente ». Deuxièmement, la mesure doit être nécessaire, ce qui implique que l'interdiction ne peut viser que les employés « qui sont en relation avec les

⁶⁸ C.J.U.E., *Achbita*, § 40.

⁶⁹ C.J.U.E., *Achbita*, § 42.

⁷⁰ C.J.U.E., *Achbita*, § 43.

clients». Troisièmement, dans l'appréciation de la nécessité de la mesure, il faudra avoir égard aux alternatives au licenciement dont disposait l'entreprise, notamment la possibilité d'offrir à l'employée un poste de travail sans contact visuel avec des clients : il faut vérifier, en tenant compte des « contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire », s'il eût été possible « à G4S, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement »⁷¹.

Il est encore tôt pour se prononcer sur les conséquences concrètes de ces deux arrêts, qui reflètent les tiraillements de la Cour et la difficulté d'aboutir à une position de compromis. Tout au plus peut-on se livrer à quelques devinettes. D'abord, ces deux arrêts étendent considérablement les contours de la notion de neutralité, qui peut désormais être revendiquée par des entreprises privées, ce qui est plutôt surprenant vu les racines de cette notion. Ensuite, ces arrêts incitent les employeurs désireux de ne pas avoir d'employées voilées à insérer dans leur règlement de travail une interdiction générale du port de tout signe religieux pour les travailleurs du *front office*. Or il n'est pas exclu que, dans certains cas, l'adoption de ces règlements dissimule des discriminations directes. En outre, ces deux arrêts conduisent à renforcer la distinction entre conviction et expression d'une conviction. Ils aboutissent à neutraliser, dans une certaine mesure, la portée de l'interdiction des discriminations directes sur la base de motifs religieux. Les mesures d'interdiction de manifestation de croyances religieuses, qui seront à l'avenir probablement enchâssées dans des règlements de travail interdisant le port de signes religieux, seront d'emblée analysées sous l'angle de l'interdiction des discriminations indirectes. On ne voit pas bien dans quelles hypothèses des distinctions de traitement sur la base de la religion seraient encore traitées sous l'angle, plus protecteur, faut-il le rappeler, des discriminations directes. Enfin, les deux jugements de la Cour de justice impliquent que la charge de la preuve d'une discrimination pour des motifs religieux fondée sur l'interdiction du port de signes religieux est alourdie. En effet, les travailleuses devront concrètement démontrer que la politique de neutralité affichée par l'entreprise n'est pas systématique et qu'elle n'est pas justifiée, avant de démontrer qu'aucune justification de cette mesure ne peut être retenue.

§ 6. Les discriminations complexes

La situation concrète des deux travailleuses voilées aurait très certainement gagné à être analysée sous l'angle des discriminations complexes. Ces situations n'ont toutefois été envisagées qu'au regard de l'interdiction des discriminations fondées sur des motifs religieux. Or l'on sait en effet que le fac-

⁷¹ C.J.U.E., *Achbita*, § 43.

teur religieux produit des discriminations complexes⁷², très étroitement liées aux discriminations fondées sur la prétendue race ou l'origine ethnique⁷³. Dans le cas particulier des interdictions du port de signes religieux dont, pour M. Malik, « les femmes musulmanes sont les seules cibles »⁷⁴, une analyse de la situation en termes de combinaison de différents motifs de discrimination (sexe, race ou origine ethnique et religion) serait tout indiquée⁷⁵.

La problématique de l'intersectionnalité se fraie doucement un chemin parmi les institutions de l'Union européenne⁷⁶ : la Commission, le Parlement et le législateur européen se sont déjà emparés de la notion⁷⁷. La jurisprudence de la Cour de justice est marquée par une grande réserve à l'égard de cette notion. L'influence des systèmes de *common law*, rompus à cette notion⁷⁸, et les soutiens académiques et de la société civile promouvant le concept de discriminations multiples n'ont à ce jour abouti qu'à une prise en compte très limitée de la problématique de l'intersectionnalité dans la jurisprudence luxembourgeoise⁷⁹. La Cour semble même avoir rejeté une interprétation intersectionnelle de la directive 2000/78 dans l'affaire *Dr. David L. Parris c. Trinity College Dublin e.a.*, qui concernait la combinaison de deux facteurs de discrimination : l'âge et l'orientation sexuelle. En effet, le partenaire de M. Parris n'a pas droit à une pension de survie, au motif que leur union a été contractée après le 60^e anniversaire de M. Parris. Or la possibilité pour M. Parris de se marier avec son partenaire n'a été ouverte en Irlande qu'après son 60^e anniversaire. Dans ses conclusions, l'Avocate générale Kokott souligne que « [...] l'éventuelle discrimination de l'intéressé est peut-être due au concours de deux facteurs, à savoir l'âge et l'orientation sexuelle : la Cour ne pourra dès lors s'inscrire dans la réalité de la vie que si elle apprécie dûment la combinaison de ces deux facteurs, au lieu d'examiner isolément les aspects respectivement

⁷² M. MALIK, *Muslim Legal Norms and the Integration of European Muslims*, EUI RSCAS, MUSMINE, Working Papers, 2009/29.

⁷³ M. MALIK, « Complex equality: muslim women and the "headscarf" », *Droit et Société*, 2008/1, p. 135.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 135.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 134. On remarquera que l'argument de l'égalité hommes-femmes n'est convoqué dans ce débat que pour renforcer les dispositifs d'interdiction du foulard.

⁷⁶ Malgré certains obstacles identifiés dans H. KOLIMBA, « Les entraves à l'approche "intersectionnelle" canadienne de la discrimination », *Rev. dr. h., online*, 7 mars 2016, consulté le 26 avril 2017.

⁷⁷ Voir notamment la directive de 2006 qui prévoit que, « dans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement, la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples ».

⁷⁸ Voir, notamment, pour le Canada, Commission ontarienne des droits de la personne, 9 octobre 2001, « Approche intersectionnelle de la discrimination, pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples », document de travail disponible en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/fr/approche-intersectionnelle-de-la-discrimination-pour-traiter-les-plaintes-relatives-aux-droits-de-la>.

⁷⁹ C.J.C.E., 19 avril 2012, *Galina Meister*, C-415/10; 18 novembre 2010, *Kleist*, C-356/09 (EU:C:2010:703); 6 décembre 2012, *Odar*, C-152/11 (EU:C:2012:772); 18 mars 2014, Z, C-363/12 (EU:C:2014:159); 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15.

de l'âge et de l'orientation sexuelle [...] »⁸⁰. La juridiction irlandaise s'interrogeait sur la question de savoir si, « au regard de la directive 2000/78, on est en présence d'une discrimination interdite même lorsqu'une mesure n'a pas d'effet défavorable "seulement" en raison de l'âge ou "seulement" en raison de l'orientation sexuelle, mais produit néanmoins un tel effet en raison d'une combinaison de ces deux motifs d'inégalité de traitement »⁸¹. Relevant que la Commission, comme le Parlement, se sont déjà penchés sur cette question, et que le législateur de l'Union avait cette préoccupation à l'esprit lors de la rédaction de la directive, l'avocate générale conclut que « [...] [c]e serait méconnaître l'importance de l'interdiction de discrimination consacrée par l'article 1^{er}, en combinaison avec l'article 2 de la directive 2000/78, que de disséquer une situation de vie comme celle de la présente espèce et de l'apprécier isolément, du point de vue seulement de l'un ou de l'autre motif d'inégalité de traitement ». Il s'agit, pour l'avocate générale, de situations qui peuvent être qualifiées de discriminations indirectes⁸². Elle estime que la combinaison d'au moins deux des motifs d'inégalité de traitement énumérés dans la directive 2000/78 doit déployer ses effets dans le cadre du contrôle de proportionnalité : « lorsque l'on met en balance les différents intérêts, le plateau de la balance [apparaît] plus chargé du côté des travailleurs désavantagés, ce qui augmente la probabilité que l'on soit en présence d'une "atteinte excessive" des intérêts des intéressés [...] »⁸³. La Cour de justice n'a cependant pas suivi son avocate générale. Elle a considéré que, « si [...] une discrimination peut être fondée sur plusieurs des motifs visés à l'article 1^{er} de la directive 2000/78, il n'existe, toutefois, aucune nouvelle catégorie de discrimination résultant de la combinaison de plusieurs de ces motifs tels que l'orientation sexuelle et l'âge, dont la constatation puisse être effectuée, lorsque la discrimination en raison desdits motifs, isolément considérés, n'a pas été établie »⁸⁴. Pour la Cour, « lorsqu'une disposition nationale n'institue ni une discrimination fondée [sur un critère] ni une discrimination fondée [sur un autre critère], une telle disposition ne saurait établir une discrimination fondée sur la combinaison de ces deux facteurs »⁸⁵. Ceci revient à amenuiser considérablement la portée utile de la reconnaissance des discriminations intersectionnelles. En l'état actuel du droit européen, l'argument de l'intersectionnalité des discriminations fondées sur des motifs religieux avec d'autres motifs de discrimination, tels que le genre ou encore la race ou l'origine ethnique, reste cependant intéressant à invoquer dans l'appréciation de la proportionnalité de la discrimination indirecte éventuellement constatée.

⁸⁰ Concl. de Mme l'Avocate générale Juliane Kokott, présentées le 30 juin 2016 (1), *Dr. David L. Parris c. Trinity College Dublin e.a.*, C-443/15, § 4.

⁸¹ *Ibid.*, § 147.

⁸² *Ibid.*, § 156.

⁸³ *Ibid.*, § 157.

⁸⁴ C.J.U.E., 24 novembre 2016, *David L. Parris c. Trinity College Dublin*, Higher Education Authority, Department of Public Expenditure and Reform, Department of Education and Skills, C-443/15, § 81.

⁸⁵ *Ibid.*, § 82.

§ 7. Les aménagements raisonnables

L'obligation d'aménagement raisonnable, notion indissociablement liée à l'idée d'«égalité substantielle⁸⁶», fait l'objet d'un traitement très variable en droit national. La directive 2000/78/CE, quant à elle, ne tranche pas la question de savoir si le refus d'un accommodement raisonnable peut constituer une discrimination au-delà du cas spécifique des travailleurs handicapés⁸⁷.

Pourtant, pour reprendre les mots d'Emmanuelle Bribosia, de Julie Ringelheim et d'Isabelle Rorive, «[du] point de vue conceptuel [...] l'obligation d'aménagement raisonnable est étroitement liée à la notion de discrimination indirecte. Elle se fonde sur une conception substantielle de l'égalité (ou égalité réelle), qui reconnaît qu'une norme *a priori* neutre, au sens où elle n'opère pas formellement de distinction fondée sur un critère prohibé, peut se révéler discriminatoire dans ses effets lorsqu'elle préjudicie dans les faits une catégorie d'individus protégés contre les discriminations – ce qui correspond précisément à la notion de discrimination indirecte. Le concept de discrimination indirecte, cependant, permet uniquement de déterminer si une disposition, un critère ou une pratique a un caractère discriminatoire. Et, en principe, lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique se révèlent contraires au principe d'égalité, ils doivent être abolis et remplacés, le cas échéant, par une nouvelle mesure à portée générale non discriminatoire. Mais, dans certains cas, lorsqu'il apparaît que la mesure contestée demeure la plus adaptée pour atteindre un objectif légitime, l'ajustement de celle-ci par l'introduction d'une exception peut se révéler le seul moyen d'en éliminer le caractère discriminatoire sans compromettre le but recherché. Vu sous cet angle, l'aménagement raisonnable peut être envisagé comme une réponse particulière, ayant valeur d'exception, à une discrimination indirecte»⁸⁸. Si, conceptuellement, l'obligation d'aménagement raisonnable est pleinement justifiée, elle n'est consacrée explicitement dans le droit dérivé que pour les personnes handicapées⁸⁹, et pour la grossesse, la maternité et l'allaitement⁹⁰.

L'aménagement raisonnable, comme l'argument de l'intersectionnalité, peuvent réapparaître au stade du test de proportionnalité mis en œuvre pour contrôler l'admissibilité de discriminations indirectes à raison de la religion. Comme le soulignent Emmanuelle Bribosia, Julie Ringelheim et Isabelle Rorive, comment «[u]ne discrimination indirecte peut-elle passer avec succès le test de proportionnalité s'il s'avère qu'un aménagement raisonnable permettrait d'éviter la différence de traitement? [...] La possibilité d'un aménagement

⁸⁶ J. RINGELHEIM, «Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs: la portée transformatrice de la non-discrimination», *J.E.D.H.*, 2013/4, pp. 57-82.

⁸⁷ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et E. RORIVE, «Aménager la diversité: le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse», *Rev. trim. dr. h.*, 2009, n° 78, p. 323.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 323.

⁸⁹ Art. 5 de la directive 2000/78.

⁹⁰ Directive 92/85.

raisonnable, quand elle se vérifie, ne vient-elle pas paralyser la justification de la discrimination indirecte»⁹¹? Cette thèse se trouve confirmée dans l'affaire *Achbita*; la Cour y appelle en effet la juridiction de renvoi à vérifier, pour apprécier la nécessité de la mesure de licenciement fondée sur l'interdiction du port de signes religieux, s'il était possible, « tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire », de « proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients » en lieu et place d'un licenciement.

Section 2

Contrôle concret et marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de liberté de religion

La nature et la portée du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme sur les discriminations fondées sur des motifs religieux diffèrent en théorie du contrôle exercé sous l'angle du droit dérivé de la lutte contre les discriminations. En effet, alors que l'approche privilégiée par la Cour reste arrimée à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, éventuellement lu en combinaison avec l'article 14, la directive 2000/78 et la Cour de justice privilégient, quant à elles, une approche en termes de non-discrimination. La Cour de Strasbourg mobilise ainsi principalement le régime des restrictions dans son analyse des discriminations fondées sur des motifs religieux alors que la Cour de Luxembourg les appréhende à l'aune des concepts de discriminations directes et indirectes. Mais la distinction entre les deux approches ne doit pas être exagérée : elle ne génère de réelles différences de portée que dans le cas des discriminations directes, pour lesquelles le système de justification est fermé (seule l'invocation des dérogations inscrites dans les directives peut venir justifier une distinction de traitement directement fondée sur la religion). Par contre, dans le cas des discriminations indirectes, la différence entre les deux contrôles s'amenuise, puisque les distinctions de traitement indirectement fondées sur un critère prohibé connaissent un système ouvert de justification et amènent le juge à opérer un contrôle de proportionnalité.

⁹¹ E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et E. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », *op. cit.*, pp. 361-362.

§ 1. La nature du contrôle exercé par la Cour en matière religieuse

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît une large marge d'appréciation aux États en matière de religion, qu'elle justifie eu égard à l'absence de consensus européen sur ces questions⁹². Ceci implique notamment que, si un statut et des prérogatives sont reconnus pour les communautés religieuses, ce statut et ces prérogatives doivent être reconnus et attribués de manière non discriminatoire.

La large marge d'appréciation des États en matière religieuse va de pair avec un contrôle *in concreto* de l'admissibilité des mesures de restriction à l'article 9, éventuellement combiné à l'article 14. L'idée que les restrictions aux droits et libertés ne peuvent être validées que si elles sont justifiées par des éléments réels et convaincants s'impose très nettement⁹³.

§ 2. Le contrôle concret des restrictions à la liberté de manifester sa religion

La Cour opère un contrôle concret des restrictions apportées à la liberté de religion, qui implique, aux termes de l'article 9 de la Convention, la liberté de manifester sa religion⁹⁴.

En ce qui concerne le port de signes convictionnels par des élèves et des étudiants, la Cour a rendu des arrêts contrastés, très influencés par la situation concrète de l'affaire. Il est ainsi très intéressant de remarquer que, dans toutes les affaires étudiées, turques, suisses ou françaises, la Cour exclut de se prononcer de manière générale, et se réfugie derrière les spécificités du cas d'espèce, en insistant lourdement sur certaines données particulières comme l'âge des enfants (dans le contexte scolaire), le cadre juridique national, le contexte sociopolitique, le paysage culturel, les spécificités des établissements d'enseignement ou encore les déclinaisons particulières du principe de laïcité. Dans l'affaire *Leyla Sahin*, la Cour considère que « [...] c'est le principe de laïcité tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle qui est la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port de symboles religieux dans les universités. Dans un tel contexte, où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités

⁹² Cour eur. D.H., 26 avril 2016, *Izzetin Dogan c. Turquie*, § 162.

⁹³ Voir S. VAN DROOGHENBROECK, « Les transformations du concept de neutralité de l'État : quelques réflexions provocatrices », *op. cit.*, p. 104 ; M. D. EVANS, *Manuel sur le port des symboles religieux dans les lieux publics*, Conseil de l'Europe, 2009, pp. 2, 23, 89-90 ; plus généralement : Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, § 109.

⁹⁴ Voir, notamment, Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, § 105 ; Cour eur. D.H., 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, § 61.

compétentes aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi estimé comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard islamique»⁹⁵. Dans l'affaire *Dogru c. France*, la Cour note «qu'en France, comme en Turquie ou en Suisse, la laïcité est un principe constitutionnel, fondateur de la République, auquel l'ensemble de la population adhère et dont la défense paraît primordiale, en particulier à l'école»; elle estime par ailleurs «qu'une attitude ne respectant pas ce principe ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester sa religion, et ne bénéficiera pas de la protection qu'assure l'article 9 de la Convention»⁹⁶.

En ce qui concerne le port de signes convictionnels par les enseignants, la Cour a également abouti à un constat de non-violation dans plusieurs affaires suisses, turques et françaises⁹⁷. Dans chacun de ces arrêts, la Cour s'appesantit sur les particularités du cas d'espèce, et sur l'importance du principe de laïcité dans ces contextes nationaux. En particulier, dans l'affaire *Dalhab c. Suisse*, elle souligne qu'il «est bien difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion d'enfants en bas âge», tout en excluant de «dénier de prime abord tout effet prosélyt[e] que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes». Par conséquent, pour la Cour, il semble «difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves», ce qui l'amène à admettre la balance opérée par les autorités suisses.

En ce qui concerne le port de signes convictionnels par d'autres travailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à constater à plusieurs reprises une violation de l'article 9 de la Convention. Dans l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni*⁹⁸, la Cour aboutit à un constat de violation de l'article 9 dans le cas d'une interdiction du port de signes religieux justifiée par la circonstance que le port de ce vêtement touche à l'image de marque de l'entreprise. Elle considère que l'interdiction est disproportionnée et que Mme Eweida aurait dû pouvoir porter visiblement sa croix. Elle estime «qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé en l'espèce. D'une part était en jeu la volonté de Mme Eweida de manifester sa conviction religieuse, [...] [qui est] un droit fondamental [...]. D'autre part était en jeu la volonté qu'avait un employeur de projeter une certaine image commerciale. La Cour estime que, si ce dernier but

⁹⁵ Cour eur. D.H., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, § 116.

⁹⁶ Cour eur. D.H., 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, § 72.

⁹⁷ Voir notamment Cour eur. D.H., 24 janvier 2006, *Kurtulmus c. Turquie*; Cour eur. D.H., 15 février 2001, *Dalhab c. Suisse*.

⁹⁸ Arrêt du 15 janvier 2013.

était assurément légitime, les tribunaux internes lui ont donné trop d'importance. La croix de Mme Eweida était discrète et ne pouvait nuire à son apparence professionnelle »⁹⁹.

Dans l'affaire *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015¹⁰⁰, la Cour estime justifiée l'interdiction faite à une infirmière psychiatrique de porter son voile. Cet arrêt concernait le non-renouvellement d'un contrat d'un agent contractuel de la fonction publique hospitalière qui portait le voile. La Cour admet la proportionnalité de l'ingérence dans la liberté de religion au terme d'une analyse très contextualisée du concept de laïcité à la française, un modèle « qu'il n'appartient pas à la Cour d'apprécier en tant que tel », et à la suite de longs développements sur la nature de la sanction, la contextualisation et la modulation de cette dernière¹⁰¹. L'exigence d'une appréciation concrète du caractère prosélyte des actes ou discours de l'agent¹⁰², qui a émergé dans le cas d'affaires concernant l'affiliation politique de l'agent, et cohérente par rapport au modèle du contrôle concret, est ici explicitement et paradoxalement écartée par la Cour. Cette dernière note qu'il « n'a pas été reproché à la requérante d'actes de pression, de provocation ou de prosélytisme vis-à-vis des patients ou des collègues de l'hôpital », mais que, toutefois, « [l]e port de son voile fut cependant considéré comme une manifestation ostentatoire de sa religion incompatible avec l'espace de neutralité qu'exige un service public »¹⁰³. Ce refoulement de l'exigence d'une appréciation concrète du caractère prosélyte de l'expression religieuse de l'agent est d'autant plus surprenant qu'il apparaît contradictoire avec l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Lautsi c. Italie*, dans lequel la Cour admet la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques. Ainsi, la Cour autorise-t-elle les États (qui ne sont pas titulaires de droits fondamentaux) à exprimer sur les murs de leurs classes leur affiliation religieuse ; par contre, elle semble, dans certains contextes, admettre que l'on interdise aux agents des États, pourtant clairement identifiés comme titulaires de la liberté de religion, le droit de manifester leurs convictions religieuses.

⁹⁹ Cour eur. D.H., 15 janvier 2013, *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, § 94. Dans cet arrêt, la Cour exclut, par contre, deux autres affaires connectées. Dans le cas de Mme Chaplin, infirmière, l'interdiction du port de la croix a été jugée par la Cour comme étant justifiée pour des raisons de santé publique. En ce qui concerne Mme Ladele et M. Mc Farlane, sanctionnés en raison de leur refus (motivé par des convictions religieuses) du mariage entre personnes de même sexe, la Cour estime qu'une politique de promotion de l'égalité peut impliquer des restrictions dans la liberté de conviction.

¹⁰⁰ Voir notamment C. RUET, « Interdiction du port de signes religieux par les agents du service public : la combinatoire subtile de l'arrêt *Ebrahimian* », *Rev. dr. h., online*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 12 septembre 2016, consulté le 8 novembre 2016, URL : <http://revdh.revues.org/2516>; DOI: 10.4000/revdh.2516.

¹⁰¹ Voir C. RUET, *ibid.*

¹⁰² Voir Cour. eur. D.H., 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemande*, § 60.

¹⁰³ Cour. eur. D.H., 26 février 2015, *Ebrahimian c. France*, § 62.

§ 3. La combinaison de l'article 9 et de l'article 14 de la Convention

Les discriminations à raison de la religion peuvent également être appréhendées sous l'angle de l'article 9 combiné avec l'article 14, bien qu'à cette combinaison, la Cour préfère le plus souvent une analyse fondée directement sur l'article 9 de la Convention et sur le régime des restrictions.

L'article 14 mentionne la religion au rang des motifs de discrimination interdits¹⁰⁴. Dépourvu d'existence indépendante, l'article 14 ne peut être invoqué que pour « la jouissance des droits et libertés » que la Convention garantit. Il a cependant une portée autonome¹⁰⁵. Aux termes de l'article 14, le système de justification des distinctions de traitement placées dans des situations comparables est ouvert : une différence de traitement est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable. En d'autres termes, l'État doit justifier de l'existence d'un but légitime et d'un rapport de proportionnalité entre les moyens et l'objectif poursuivi. Par ailleurs, depuis l'arrêt *D.H. c. République tchèque*, la Cour reconnaît la notion de discrimination indirecte : elle considère ainsi qu'une mesure en apparence neutre peut être considérée comme étant discriminatoire si elle a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes.

Une douzaine d'arrêts de la Cour aboutissent à une conclusion de violation de l'article 9 combiné avec l'article 14 dans le cas de distinctions de traitement établies à l'égard de communautés ou associations religieuses. Le 26 avril 2016, la Grande Chambre a eu l'occasion de revenir sur le traitement des discriminations entre communautés religieuses dans un arrêt *Izzetin Dogan c. Turquie*. La Cour observe « [...] qu'il existe diverses formes de relation entre l'État et la religion majoritaire, variables en fonction du contexte dans lequel elles s'inscrivent. [...] Cependant, pour satisfaire aux exigences de l'article 9, tous les systèmes doivent comporter des garanties spécifiques pour la liberté de religion de chacun »¹⁰⁶. La Cour considère que « [la] liberté de religion n'astreint certes pas les États contractants à créer un cadre juridique déterminé

¹⁰⁴ L'article 14 est formulé comme suit : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Voir également à ce sujet : Cour eur. D.H., 15 janvier 2013, *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, § 86.

¹⁰⁵ On rappelle en effet que le principe de non-discrimination eu égard à la liberté de religion peut être violé, même si les exigences propres à la liberté de religion sont respectées. La Cour considère, en effet, que, « [s]i [l'article 14] n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14, les "droits et libertés" reconnus dans la Convention, une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14(14) pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire » ; Cour eur. D.H., affaire linguistique belge. Voir aussi : 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, § 71 ; Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, § 107.

¹⁰⁶ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 26 avril 2016, *Izzetin Dogan c. Turquie*, § 163.

pour accorder aux communautés religieuses un statut spécial impliquant des privilèges particuliers». Cependant, «un État qui a créé un tel statut doit non seulement respecter son devoir de neutralité et d'impartialité, mais également veiller à ce que les groupes religieux aient une chance équitable de solliciter le bénéfice de ce statut et que les critères établis soient appliqués d'une manière non discriminatoire». En l'espèce, l'exclusion de la communauté alévie du service public cultuel, «l'importance pour cette communauté d'être juridiquement reconnue, l'incapacité du gouvernement à justifier le déséquilibre flagrant entre le statut accordé à la conception majoritaire de l'islam, sous la forme d'un service public religieux, l'exclusion presque totale de la communauté alévie du bénéfice de ce service, et l'absence de mesures compensatoires» ont conduit la Cour à conclure à l'existence d'une violation de l'article 14, combiné avec l'article 9¹⁰⁷.

On épinglera enfin un arrêt intéressant, *Vojnity c. Hongrie*, du 12 février 2013, qui sanctionne, sur la base des articles 8 et 14 de la Convention, une décision relative au droit de visite d'un père fondée sur ses convictions religieuses. Dans cet arrêt, la Cour rappelle que des différences de traitement fondées sur des convictions religieuses doivent être fondées sur des motifs particulièrement sérieux¹⁰⁸. Il est intéressant de constater que l'interdiction de port de signes convictionnels n'a, jusqu'ici et à notre connaissance, jamais été qualifiée par la Cour de discrimination indirecte.

§ 4. L'intersectionnalité

La Cour a déjà eu à connaître de la problématique des discriminations complexes, notamment dans l'arrêt *Konstantin Markin*¹⁰⁹ et, plus nettement encore, dans l'affaire *B.S. c. Espagne*. Dans cette dernière affaire, la Cour met en lumière la situation de vulnérabilité particulière qui découlait de la combinaison de deux facteurs de discrimination et a conclu à la violation de l'article 14 combiné à l'article 3 au motif que «les juridictions internes n'ont pas pris en considération la vulnérabilité spécifique de la requérante, inhérente à sa qualité de femme africaine exerçant la prostitution»¹¹⁰. Elle n'a cependant pas encore été amenée à analyser des discriminations multiples impliquant notamment le facteur religieux.

§ 5. Les aménagements raisonnables

Le droit à la non-discrimination consacré par l'article 14, éventuellement invoqué en combinaison avec l'article 9, implique, depuis l'arrêt *Thlimmenos*,

¹⁰⁷ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 26 avril 2016, *Izzetin Dogan c. Turquie*.

¹⁰⁸ Cour eur. D.H. (2^e sect.), 12 février 2013, *Vojnity c. Hongrie*, § 31.

¹⁰⁹ Cour eur. D.H., 22 mars 2012, *Konstantin Markin*, § 122.

¹¹⁰ Cour eur. D.H., 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, req. n° 47159/08, § 71.

qu'une discrimination peut être constatée lorsqu'un État traite de la même manière des personnes situées dans des situations objectivement différentes, c'est-à-dire lorsqu'il n'aménage pas une règle générale, notamment en y introduisant des exceptions, pour éviter d'appliquer un traitement identique à des personnes placées dans des situations différentes. Le jugement de la Cour dans l'affaire *Cha'are Shalom ve Tsedek c. France* évoque cette obligation positive de garantie du respect effectif et sans discrimination de la liberté religieuse. La Cour s'y réfère en effet à « l'engagement positif de l'État visant à assurer le respect effectif de la liberté de religion »¹¹¹ qui pourrait amener des développements jurisprudentiels intéressants.

Section 3

L'efficacité du droit belge de la lutte contre les discriminations

L'arsenal législatif belge luttant contre la discrimination, fédéral et fédéré, est très largement inspiré du droit communautaire déjà largement commenté ci-dessus.

§ 1. Les dispositifs belges de lutte contre la discrimination à raison de la religion

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination énumère la « conviction religieuse ou philosophique » parmi les critères de discrimination prohibés. On remarquera, par contre, que la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie ne reprend pas le critère de la religion.

Le champ d'application de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination est particulièrement large : elle s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce qui concerne l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, les régimes complémentaires de sécurité sociale, les relations de travail, la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal, l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisa-

¹¹¹ Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 27 juin 2000, *Cha'are Shalom ve Tsedek c. France*, § 76.

tions et, finalement, l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public¹¹².

Les législateurs fédérés ont à leur tour adopté un ensemble de règles visant à lutter contre les discriminations dans les matières relevant de leurs compétences. Le législateur wallon a modifié, par un décret du 19 mars 2009, son décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination pour intégrer à la liste des critères prohibés « la conviction religieuse ou philosophique »¹¹³. Ce décret recouvre un large champ d'application ; il doit notamment être respecté en matière de protection sociale et de soins de santé, d'avantages sociaux, d'octroi d'aides à la promotion de l'emploi, d'aides et de primes à l'emploi, de formation professionnelle, de fourniture de biens et services et, globalement, d'accès de participation et de tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public. Il s'applique, en outre, aux relations statutaires de travail au sein des services du Gouvernement wallon, des personnes morales de droit public dépendant de la Région, des pouvoirs locaux. L'ordonnance bruxelloise du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi mentionne également les convictions religieuses et philosophiques, tout comme l'ordonnance visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise et l'ordonnance du 17 juillet 2003 portant le Code bruxellois du logement, telle que modifiée le 19 mars 2009, en vue de créer, dans l'accès au logement, un cadre général pour lutter contre la discrimination. Le décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination intègre, lui aussi, les convictions religieuses à la liste des critères prohibés. Un décret de la Commission communautaire française du 5 juillet 2012 est venu modifier le décret du 22 mars 2007 de la Commission communautaire française relatif à l'égalité de traitement dans la formation professionnelle, qui reprend également les convictions religieuses au rang des critères prohibés, au même titre que le décret du 9 juillet 2010 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement. En Communauté germanophone, un décret du 19 mars 2012 visant à lutter contre certaines formes de discrimination reprend également le facteur religieux. En Communauté flamande, le décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi et le décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de

¹¹² Art. 5 de la loi générale (à l'exclusion toutefois des cas de harcèlement, régis par une autre législation : art. 6 de la loi du 4 août 1996).

¹¹³ Art. 3, 3°, du décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. Le décret crée un cadre général pour la lutte contre les discriminations tel que modifié par le décret du 19 mars 2009. Pour la Communauté flamande, on retiendra le décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi, le décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement et, enfin, le décret du 20 mars 2009 relatif à l'accessibilité des chiens d'assistance en un lieu public.

traitement mentionnent également la protection contre les discriminations à raison de la religion.

Ces législations reprennent *mutatis mutandis* les dispositifs européens relatifs à l'admissibilité de distinctions de traitement, fondées sur les convictions religieuses pour les entreprises de tendance et dans le cas d'exigences professionnelles déterminantes. L'applicabilité de ces différentes législations dépend évidemment de la répartition des compétences. Or, malgré leur origine commune, des différences notables existent entre ces différentes législations, notamment en ce qui concerne les justifications. L'issue des litiges en matière de non-discrimination peut donc être influencée par la répartition des compétences¹¹⁴.

§ 2. La jurisprudence des discriminations fondées sur la religion

Jusqu'ici, les juridictions belges se sont montrées, à certains égards, plus protectrices du droit à l'égalité et à la non-discrimination que les juridictions internationales, mais la jurisprudence reste chaotique sur cette question, si bien qu'il est difficile de dégager des enseignements clairs et stables de cette jurisprudence, au-delà d'un attachement à l'exigence d'une justification *in concreto* des mesures d'interdiction du port des signes religieux.

Le Conseil d'État a eu à connaître de très nombreux recours dirigés contre des interdictions du port de signes religieux ou philosophiques, que la Haute Juridiction administrative a longtemps écartés, se réfugiant derrière l'argument d'irrecevabilité des recours¹¹⁵.

Dans l'affaire *Topal*, qui concernait le licenciement d'une enseignante voilée dispensant des cours de mathématique dans l'enseignement officiel de la ville de Charleroi, le Conseil d'État, dans deux arrêts prononcés en référé, a rejeté la demande de suspension introduite contre le règlement d'ordre intérieur adopté par le conseil communal de la Ville de Charleroi¹¹⁶, avant de rejeter le recours en annulation de ce règlement¹¹⁷. L'Assemblée générale du

¹¹⁴ Voir C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Le contexte normatif du principe d'égalité et de non-discrimination », in *Actualités en matière de non-discrimination*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 29 et s.

¹¹⁵ Voir, par exemple, C.E., 17 mars 2009, *asbl M.R.A.X.*, n° 191.533; les observations de S. VAN DROOGHENBROECK, *J.T.*, 2009, pp. 253 et 254. Voir également C.E., 2 septembre 2005, *Tamarante*, n° 148.566, 15 septembre 2009, n° 196.092; 22 septembre 2009, n° 196.261; 22 septembre 2009, *Karadogan*, n° 196.260; 2 octobre 2009, *Kheir*, n° 196.625; 2 octobre 2009, *Dakir*, n° 196.626; le commentaire de G. NINANE, « L'interdiction des signes religieux et philosophiques dans l'enseignement – Regard sur un cadre juridique et son voile d'incertitudes », *C.D.P.K.*, 2010, pp. 37-39; M. EL BERHOUMI, « Port du voile et nécessité d'une intervention législative », *www.justice-en-ligne.be*, octobre 2009.

¹¹⁶ C.E., 7 avril 2010, *Topal*, n° 202.852 et le recours en suspension ordinaire, C.E., 21 décembre 2010, n° 210.00, *A.P.T.*, 2012/2, pp. 342-36. Voir, sur ce dernier arrêt, M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile », in *Le droit et la diversité culturelle*, *op. cit.*, pp. 569-620.

¹¹⁷ C.E., 27 mars 2013, *X*, n° 223.042.

Conseil d'État considère en effet non seulement que l'ingérence dans la liberté religieuse répond à l'exigence de légalité¹¹⁸, mais qu'en outre, cette ingérence est justifiée eu égard au principe de neutralité¹¹⁹ et ceci alors même que l'enseignement avait exercé voilée durant de nombreuses années sans qu'aucun trouble n'ait été relaté. Sarah Ganty et Maxime Vanderstraeten considèrent donc que le Conseil d'État « admet [ici] une limitation *in abstracto* de la liberté religieuse des enseignants en s'appuyant sur le principe de neutralité. Ce faisant, le Conseil d'État opère en réalité – sans s'en justifier – une hiérarchisation des droits, en plaçant le respect des convictions des parents et des élèves au-dessus de la liberté de religion des enseignants »¹²⁰. On constatera avec une certaine stupéfaction que, dans un premier temps, dans l'arrêt n° 210.100, le Conseil d'État n'avait pas hésité à appliquer le concept d'« entreprise de tendance » à l'enseignement officiel, dans son analyse de la mesure d'interdiction du port de signes convictionnels, qualifiée de discrimination directe¹²¹, avant de se raviser dans son arrêt du 27 mars 2013, dans lequel il constate l'existence d'une discrimination indirecte justifiée par l'objectif de neutralité¹²².

Au nord du pays, un vaste contentieux a été généré par l'interdiction, progressivement généralisée, du port de signes convictionnels dans l'enseignement de la Communauté flamande (*GO!*). Dans un premier temps, le Conseil d'État a suspendu, puis annulé, dans une série d'arrêts¹²³, les décisions d'exclusion des enseignants portant le voile islamique au motif que ces décisions ne pouvaient se réclamer d'un fondement légal. Ces arrêts ont poussé la Communauté à déléguer au Conseil de l'enseignement communautaire la mission d'adopter une déclaration de neutralité en 2009. La Cour constitutionnelle validera cette délégation, au terme d'une interprétation conforme, et tout en reconnaissant, paradoxalement, que la neutralité « [...] que les autorités doivent rechercher [...] leur interdit plus précisément de défavoriser, de favoriser ou d'imposer des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses » et qu'elle suppose donc « une reconnaissance et une appréciation positives de la diversité des opinions et des attitudes » – du moins en ce qu'il ne s'agit pas d'opinions constituant une menace pour la démocratie et les droits et libertés

¹¹⁸ Interprétation qui pose problème par rapport à l'article 19 de la Constitution (M. EL BERHOUMI, « Foulard à l'école: le Conseil d'État clôt la saga carolorégienne – Commentaire de l'arrêt n° 223.042 du 27 mars 2013 », *A.P.T.*, 2013, pp. 399-40).

¹¹⁹ J. RINGELHEIM, « Le Conseil d'État et l'interdiction du port du voile par les enseignants: paradoxale neutralité », *A.P.T.*, 2012/2, p. 371.

¹²⁰ S. GANTY et M. VANDERSTRAETEN, « Conclusions », in E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, op. cit., p. 230.

¹²¹ Voir, sur ce dévoiement de la notion d'entreprise de tendance, M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile », op. cit., pp. 596 et s.; J. JACQMAIN, « Les lois anti-discriminations, services publics compris »; C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruxelles, la Charte, 2008, p. 603.

¹²² M. EL BERHOUMI, « Foulard à l'école: le Conseil d'État clôt la saga carolorégienne – Commentaire de l'arrêt n° 223.042 du 27 mars 2013 », op. cit., pp. 404-440.

¹²³ C.E., 18 octobre 2007, n° 175.886; C.E., 2 juillet 2009, n° 195.044.

fondamentaux – ainsi qu’un « accent mis sur les valeurs communes »¹²⁴. Mais les affaires ont continué d’affluer devant le Conseil d’État. Celui-ci, dans un arrêt du 10 juillet 2012 qui abordait cette déclaration, se retranche derrière l’irrecevabilité du recours. Une circulaire du Conseil central de l’enseignement communautaire flamand (*centrale Raad van het Gemeenschapsonderwijs*) du 1^{er} février 2013, effective au 1^{er} septembre 2013, finit par interdire de manière générale le port de signes distinctifs philosophiques et religieux à l’école, avec une exception pour les cours de religion. Cette circulaire contraint les établissements de l’enseignement officiel à modifier leur règlement d’ordre intérieur pour y formuler une telle interdiction. À l’occasion de recours portés devant lui par des élèves, le Conseil d’État a, dans deux arrêts du 14 octobre 2014, estimé qu’une telle interdiction généralisée du port de signes convictionnels imposée dans des écoles où aucun problème particulier n’a été constaté à ce sujet ne peut être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique »¹²⁵ : la nécessité doit relever d’une appréciation *in concreto*¹²⁶. Dans un arrêt n° 233.672 du 1^{er} février 2016 concernant l’interdiction généralisée du port de signes convictionnels dans l’enseignement de la Communauté flamande (GO!), le Conseil annule une série de décisions concernant une enseignante portant le foulard islamique, qui reposaient sur une interdiction générale de port de signes convictionnels pour tous les enseignants, en ce compris les enseignants du cours de religion, dans le cadre de ce cours. Dans un arrêt du 2 juin 2016, le Conseil d’État conteste le refus d’un directeur de prolonger une enseignante voilée dispensant dans son école des cours de religion islamique¹²⁷.

En ce qui concerne les juridictions de l’ordre judiciaire, on doit constater une certaine cacophonie jurisprudentielle. Dans un jugement du 24 septembre 2012, le Tribunal du travail de Bruxelles estime que la rupture d’un contrat de jobiste avec la Région de Bruxelles-Capitale, motivée par son refus d’ôter le voile et fondée sur un règlement assez vague, est justifiée, le tribunal considérant que, « même à admettre l’existence d’une distinction indirecte, l’interdiction de porter tout signe religieux, politique ou philosophique est objectivement justifiée par un but légitime, à savoir le respect du principe de neutralité ». Par contre, dans l’affaire *Actiris* du 16 novembre 2015, le Tribunal du travail de Bruxelles se montrera bien plus sévère dans le cas d’une modification, par Actiris, de son règlement de travail pour y interdire le port de signes religieux, politiques ou philosophiques pour tous ses agents. Le licenciement de Mme Karima R., employée depuis 1990, y est qualifié de discrimination indirecte. Selon le tribunal, le règlement de travail ne se fonde pas sur le principe constitutionnel de neutralité, qui, dans son acception classique, ne concerne

¹²⁴ C.C., 15 mars 2011, B.9.5. Voir, sur cet arrêt, M. EL BERHOUMI, « Les juridictions suprêmes contre le voile », *op. cit.*

¹²⁵ C.E., 14 octobre 2014, X, n° 228.752 ; C.E., 14 octobre 2014, *Singh*, n° 228.748.

¹²⁶ On ajoutera que la Constitution n’impose pas aux élèves une obligation de neutralité, bien au contraire même, l’article 24, § 3, leur reconnaît une liberté de conviction.

¹²⁷ C.E., 2 juin 2016, n° 234.914.

que la neutralité des actes, mais bien une conception étrangère au droit belge, qui serait la neutralité « exclusive » ou la neutralité « des apparences ». Un règlement de travail n'apparaît pas suffisant pour opérer une telle rupture avec la conception belge de la neutralité. Pour le tribunal, Actiris ne justifie pas *in concreto* la nécessité d'une interdiction générale des signes convictionnels, qui s'impose à tous les agents sans exception, et ne démontre pas qu'il serait extrêmement difficile d'opérer une distinction entre les membres du personnel (par exemple, selon qu'ils ont ou non une autorité sur le public). En outre, Actiris ne présente aucun fait précis, aucun incident, ne déplore aucune attitude prosélyte, aucune pression sur des travailleuses musulmanes ne portant pas le voile, aucune tension au sein de l'entreprise ou plainte d'utilisateur ou d'un autre agent indiquant que le port d'un signe convictionnel aurait posé problème.

On mentionnera enfin une ordonnance du juge des référés de Liège du 4 octobre 2016, interdisant à la Haute École de Liège de prohiber le port du foulard à ses étudiantes, ordonnance fondée sur le caractère disproportionné de l'interdiction émise.

Un des seuls éléments d'appréciation qui ressort nettement et de manière stable de notre analyse jurisprudentielle est l'attachement des juridictions à une appréciation *in concreto* de la nécessité de l'interdiction du port des signes convictionnels, qui doit être dûment justifiée par des éléments concrets et réels.

§ 3. La jurisprudence en matière de discriminations fondées sur la religion

Dans sa jurisprudence développée à l'occasion d'une série de propositions visant notamment à interdire les signes convictionnels, la section de législation du Conseil d'État a été amenée à interpréter l'exigence de neutralité du service public, parfois interprétée comme imposant non seulement une neutralité des actes – exigence « intimement liée à l'interdiction de discrimination en général et au principe d'égalité des usagers du service public en particulier » –, mais également une neutralité des apparences.

En ce qui concerne la neutralité des actes, après avoir rappelé, dans divers arrêts, la conception particulière du pluralisme en droit public belge, le Conseil d'État a pu rappeler que, si « l'autorité se doit d'être neutre », c'est « parce qu'elle est l'autorité de tous les citoyens et pour tous les citoyens et qu'elle doit, en principe, les traiter de manière égale sans discrimination basée sur leur religion, leur conviction ou leur préférence pour une communauté ou un parti ». En conséquence de quoi le Conseil d'État estime qu'« [...] on peut dès lors attendre des agents des pouvoirs publics que, dans l'exercice de leurs fonctions, ils observent strictement eux aussi, à l'égard des citoyens, les principes de neutralité et d'égalité des usagers »¹²⁸, tout en soulignant que cette neutralité ne

¹²⁸ Avis n° 44.521/AG, du 20 mai 2008, proposition de loi visant à appliquer la séparation de l'État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles, *Doc., Sén.*, 2007-2008,

peut concerner tous les prestataires de services publics. En effet, en ce qui concerne les prestataires de services publics fonctionnels non neutres – résultant du principe du pluralisme multi-institutionnel belge –, l'exigence de neutralité complète n'a pas de sens¹²⁹.

Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de rappeler qu'en ce qui concerne les prestataires privés de services publics fonctionnels répondant à l'idée de pluralisme, il serait inconstitutionnel de leur imposer une neutralité des apparences¹³⁰. Certains avis du Conseil d'État rendus notamment sur la question du port de signes convictionnels par les enseignants nous informent en outre que le texte constitutionnel belge n'emporte pas l'obligation d'instaurer une « neutralité des apparences » pour les agents du service public. En effet, le Conseil d'État souligne que, si « la conception de la société et de la neutralité qu'entendent [...] défendre les auteurs de la proposition peut être considérée d'une manière générale comme conforme aux valeurs de la Constitution belge et de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme », ceci n'implique pas « évidemment » que cette conception « serait la seule à être conforme à ces valeurs, d'autres approches, mettant par exemple davantage l'accent sur la diversité des conceptions en présence, pouvant également se concevoir dans ces cadres constitutionnels et conventionnels »¹³¹.

Relativement à ces propositions d'interdiction générale du port de signes convictionnels, la section de législation du Conseil d'État a rappelé, à plusieurs reprises, l'importance d'une justification *in concreto* de l'interdiction, motivée par des menaces réelles et concrètes sur l'exigence de neutralité. Pour la section de législation, « [...] la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme [implique] qu'une évaluation *in concreto* est requise pour pouvoir apprécier s'il existe un besoin social impérieux, d'une part, et si la restriction est proportionnée au but poursuivi, d'autre part ». Dans cette perspective, les propositions devraient justifier de manière suffisante « l'obligation qui est faite à tout agent des pouvoirs publics d'observer une même neutralité stricte dans son apparence extérieure, quelle que soit la nature de sa fonction et indépendamment de la circonstance que cette fonction soit exercée en contact ou non avec le public. Compte tenu du principe de proportionnalité, cette justification s'impose d'autant plus que l'obligation inscrite à l'article 5 peut conduire à l'exclusion de citoyens de la fonction publique pour le seul motif qu'ils exercent un droit fondamental, sans qu'il ne soit démontré adéquatement que cet exer-

n° 351/2, n° 4. La section de législation du Conseil d'État a, par ailleurs, eu l'occasion de rappeler l'obligation constitutionnelle d'établir un enseignement neutre établie par l'article 24, § 3, alinéa 3 (avis n° 48.022/AG, 20 avril 2010, p. 33).

¹²⁹ Avis n° 44.521/AG, précité, p. 14.

¹³⁰ Avis n° 44.521/AG, précité, p. 14.

¹³¹ Avis n° 48.022/AG, du 20 avril 2010, sur une proposition de décret interdisant le port de signes convictionnels par le personnel des établissements d'enseignement officiel organisés ou subventionnés par la Communauté française, Doc., Parl. Comm. fr., 2009-2010, n° 84/2, pp. 34-35.

cice représente un danger pour la sécurité publique, [...] la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou [...] la protection des droits et libertés d'autrui (article 9, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme) ou pour la sécurité nationale, [...] la sûreté publique, [...] la défense de l'ordre et [...] la prévention du crime, [...] la protection de la santé ou de la morale, [...] la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire (article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme) »¹³². Plus précisément, selon la section de législation, une règle d'interdiction du port des signes convictionnels ne pourrait être justifiée au regard des articles 9 et 10 de la Convention « que dans l'hypothèse où se trouvent en jeu, de manière non pas éventuelle mais réelle et convaincante, des difficultés liées par exemple à une mise en danger de la neutralité de l'État au sens large et de ses organes [...] tel serait le cas par exemple si, dans certains secteurs de la société, devait se développer une tendance au prosélytisme religieux mettant en danger cette neutralité. Il convient d'insister toutefois sur le fait que ces éléments doivent être établis de manière effective et non résulter de simples conjectures »¹³³.

Par ailleurs, la section de législation du Conseil d'État exige qu'une telle restriction tienne compte de la fonction des agents. Dans son avis n° 48.042/AG du 20 avril 2010 relatif à une proposition de décret modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, le Conseil d'État conçoit que des restrictions de la liberté de religion et d'expression des membres du personnel communal, provincial et des intercommunales peuvent être justifiées « à la lumière du principe constitutionnel de neutralité des pouvoirs publics pour les membres du personnel qui, portant des signes convictionnels, peuvent susciter auprès du public le sentiment qu'ils n'exercent pas leur fonction de manière impartiale »¹³⁴. Mais, dans cet avis, la section de législation considère que « pour les autres membres du personnel, les travaux parlementaires devraient mieux expliquer les raisons pour lesquelles une interdiction identique leur est imposée et dans quelle mesure celle-ci est conforme au principe de proportionnalité [...] »¹³⁵. En d'autres termes, le Conseil d'État suggère une distinction entre, d'une part, les membres du personnel qui peuvent susciter auprès du public le sentiment qu'ils n'exercent pas leur fonction d'une manière impartiale et, d'autre part, ceux qui, par leurs fonctions, ne peuvent susciter ce sentiment. Dans cette approche, seuls les agents « ayant autorité sur le public » se verraient imposer l'interdiction de porter des signes convictionnels¹³⁶.

¹³² Avis n° 44.521/AG, précité, pp. 12 et 13.

¹³³ Avis n° 44.521/AG, précité, p. 11, note infrapaginale 3.

¹³⁴ Avis n° 101/2, p. 12.

¹³⁵ Avis n° 48.042/AG, p. 13.

¹³⁶ Avis n° 48.042/AG précité du 20 avril 2010, spécialement en son paragraphe 4.S, du Conseil d'État.

La section de législation du Conseil d'État ne ferme donc pas la porte à l'admissibilité de la légitimité d'une neutralité des apparences pour les agents du service public organique, qui pourrait, le cas échéant, justifier des discriminations directes ou indirectes, mais pose de solides conditions à l'édiction d'une telle interdiction. Elle n'a en outre pas eu l'occasion de se prononcer sur le « paradoxe » de la neutralité des apparences. Comme l'a relevé Sébastien van Drooghenbroeck, la neutralité des « apparences » implique de rechercher et d'écarter toute manifestation d'une conviction religieuse, philosophique ou politique dans le fonctionnement du service public ou l'apparence de ses agents. Ceci implique que l'autorité publique apprécie ces manifestations, foulant ainsi au pied un des objectifs primordiaux de la neutralité de l'État, qui est de placer les autorités publiques en dehors de ce genre de jugements, souvent subjectifs. Ceci est problématique au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui enseigne que « le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de l'État quant à la légitimité des croyances religieuses » ou des « modalités d'expression de celles-ci »¹³⁷. Comme le relève Sébastien van Drooghenbroeck, la référence aux « signes ostensibles » ou « ostentatoires » ne résout en rien le problème, puisqu'elle implique de rechercher les motivations sous-jacentes du comportement des agents, recherche qui ne peut en aucun cas aller jusqu'à forcer les agents à révéler leurs convictions ; dans ce cas, en effet, « on commettrait ni plus ni moins que l'atteinte la plus grave qui se puisse à la liberté de la religion selon la Cour européenne des droits de l'homme »¹³⁸.

§ 4. Les carences et les insuffisances du droit belge de la non-discrimination fondée sur des motifs religieux

L'évaluation des dix ans d'existence des dispositifs belges reste en demi-teinte. Nombreux sont les acteurs du terrain à souligner la persistance, voire l'aggravation des discriminations, comme en témoignent les récents baromètres de la diversité établis par Unia (Centre interfédéral pour l'égalité des chances)¹³⁹. Sur le plan plus strictement juridique, le cadre législatif comporte certaines lacunes et imperfections.

D'abord, comme le soulignent Jean Jacqmain et Laurence Markey, « le droit belge ne prend pas en compte toutes les hypothèses liées au respect du principe d'égalité ». Par conséquent, « [i]l faut [...] dépasser le cadre juridique national et user d'outils juridiques permettant soit une interprétation extensive

¹³⁷ Cour eur. D.H., 13 février 2003, *Refah Partisi e.a. c. Turquie*, § 91 ; 9 octobre 2007, *Hasan*, § 54.

¹³⁸ Cour eur. D.H., 13 avril 2006, *Koteski c. Ex-République yougoslave de Macédoine*, § 39.

¹³⁹ Voir sur le baromètre du logement (2014) : <http://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/barometre-de-la-diversite-logement> ; sur le baromètre « emploi » (2012) : <http://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/barometre-de-la-diversite-emploi>.

du droit ou encore une application directe de la norme européenne»¹⁴⁰. En outre, les lois belges n'ont pas permis de dépasser une série de difficultés majeures telles que la difficulté d'apporter la preuve de la discrimination, les difficultés d'accès à la justice, la lenteur des procédures et le caractère parfois peu dissuasif des peines prononcées. Ces différents lacunes et obstacles peuvent expliquer le nombre peu élevé de recours introduits, notamment en ce qui concerne les discriminations fondées uniquement ou partiellement sur la religion.

Dans un ouvrage d'évaluation de la législation belge, Sarah Ganty et Maxime Vanderstraeten constatent par ailleurs une multiplication des « discriminations indirectes ». « À cet égard, le risque existe que certaines discriminations directes soient de plus en plus travesties – plus ou moins consciemment – au moyen de critères en apparence neutres et perçus comme légalement admissibles. Or, la preuve d'une discrimination indirecte est souvent plus difficile à rapporter qu'en matière de discrimination directe, ce qui rend la justiciabilité du droit à ne pas être discriminé d'autant plus compliquée »¹⁴¹. Cette tendance va clairement s'affirmer en matière de discriminations religieuses, puisque la Cour de justice, dans ses deux arrêts du 14 mars 2017, a incité les employeurs à adopter des règlements de travail qui pourraient éventuellement venir « masquer » des discriminations directes. Sur ce point, « la jurisprudence rappelle – ou devrait rappeler – les exigences qu'emporte le principe de proportionnalité. Des mesures à caractère général remplacent en effet trop souvent le cas par cas et les aménagements raisonnables moins dommageables pour les libertés concernées »¹⁴². Il convient en effet d'exiger, au cas par cas, des justifications des mesures générales d'interdiction qui se généralisent, au nom du principe de nécessité des ingérences.

Enfin, on s'interrogera, à la suite de Sarah Ganty et de Maxime Vanderstraeten, sur la cohérence de la jurisprudence « selon le type de bien ou de service concerné ». La question est particulièrement saillante dans le cas du port de signes distinctifs religieux « qui est appréciée plus ou moins strictement selon que l'on se trouve dans le domaine de l'[H]oreca, dans l'enseignement ou en matière d'emploi ». Pour Sarah Ganty et Maxime Vanderstraeten, « [à] défaut pour les juridictions belges et européennes d'accorder leurs violons sur cette question, le législateur devrait avoir le courage de s'en saisir et de trancher »¹⁴³.

¹⁴⁰ J. JACMAIN et L. MARKEY, « Interactions entre droit européen et droit national », in E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, op. cit., p. 118.

¹⁴¹ S. GANTY et M. VANDERSTRAETEN, « Conclusions », op. cit., p. 245.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

§ 5. Les aménagements raisonnables en droit belge

Jusqu'ici, les juridictions se sont montrées plutôt hostiles à une interprétation du concept de discrimination indirecte sur la base de la religion comme impliquant des aménagements raisonnables. On notera toutefois, dans l'affaire *Actiris*, que le juge constate qu'aucun aménagement raisonnable « conciliant l'objet poursuivi et le droit à la liberté religieuse de Madame K. R. » n'a été proposé à cette dernière.

§ 6. L'intersectionnalité et les discriminations multiples en droit belge

Une autre problématique posée par les lois antidiscrimination est l'adaptation du droit au phénomène des « discriminations multiples », dénoncé depuis des décennies notamment dans une perspective d'analyse féministe du droit^{144 145}.

Une échappatoire aux rigidités du cadre légal pourrait être la combinaison de plusieurs motifs de discrimination. Mais cette solution est compliquée par l'existence des trois législations différentes sur le plan fédéral (sur le plan fédéré, ces trois législations sont réunies). L'appréhension des discriminations intersectionnelles est aussi mise à mal par l'existence de plusieurs organes chargés d'assurer le respect de l'égalité et de la non-discrimination : Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, Unia (Centre interfédéral pour l'égalité des chances)...

Conclusion

Le droit de la non-discrimination présente une architecture multiniveau avec des ordres juridiques mis en réseau. Ce *corpus* de règles est un lieu de fertilisations croisées, de migrations de concepts juridiques et d'un dialogue juridictionnel ouvert qui permet d'enrichir les concepts théoriques par une confrontation avec des cas concrets. Il présente également certains défauts, souvent reprochés au processus de complexification des rapports entre ordres juridiques, comme un manque de cohérence ou une difficulté d'articulation des différents *corpus* juridiques. Ce manque de cohérence, cette difficulté d'articulation ont des conséquences bien réelles, notamment en ce qui concerne les discriminations intersectionnelles.

¹⁴⁴ Voir notamment « Gender, race, religion, faith? Rethinking intersectionality in German feminisms », *European Journal of Women's Studies*, 2015, n° 22, pp. 22-36.

¹⁴⁵ K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Les nouvelles initiatives législatives européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination, un *corpus juris* en quête de cohérence », in *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination – Actuele topics discriminatierecht, op. cit.*, p. 95.

Des lignes qui précèdent, il ressort que l'interdiction des discriminations pour motifs religieux occupe une place particulière dans le droit de la lutte contre les discriminations – même s'il est encore un peu tôt pour se prononcer définitivement (tout dépendra de l'interprétation et de la portée qui seront données aux balises clairement formulées par la Cour de justice, et notamment au critère de l'aménagement raisonnable). Premièrement, la notion de discrimination directe ne déploie pas les mêmes contours en cette matière que pour d'autres. Elle est parfois réduite à l'exigence d'une justification *in concreto* de la discrimination fondée directement ou indirectement sur la religion. Deuxièmement, il semble que l'interdiction de discriminer soit interprétée avec une moindre intensité que pour d'autres motifs de discrimination. De l'analyse des deux arrêts commentés ci-dessus de la Cour de justice de l'Union européenne, les juridictions semblent plutôt s'orienter vers une approche «minimaliste», qui se limite à garantir un seuil en dessous duquel il n'y a pas de violation, plutôt que dans une approche «maximaliste», qui entend «rechercher activement l'option qui restreint le moins les droits humains ou bien celle qui contribue le plus à la protection et à la réalisation de ceux-ci»¹⁴⁶. Troisièmement, force est de constater, à contre-courant de la jurisprudence en matière de discriminations fondées sur le genre, par exemple, ou sur l'origine ethnique, que les juridictions acceptent, de plus en plus largement, des interdictions parfois générales du port du voile, qui dissimulent ou génèrent pourtant des discriminations, directes ou indirectes, dans l'accès à l'emploi public, au droit à l'instruction¹⁴⁷ et qui, d'autre part, conduisent à dévoyer la portée donnée à certains principes au fondement de l'ordre juridique belge, comme le principe de pluralisme ou l'exigence de neutralité.

Ce traitement particulier réservé à l'interdiction de discriminer sur la base de motifs religieux ne pose pas seulement question sur le plan des principes juridiques fondateurs de l'État belge. Il s'avère en outre particulièrement interpellant lorsqu'on le confronte à la réalité des situations d'exclusions vécues par des catégories de personnes particulièrement vulnérables qui sont quotidiennement et systématiquement discriminées sur la base d'une combinaison de motifs, dont le motif religieux. À l'égard de ces situations, le droit constitutionnel belge et européen ne devrait-il pas envoyer un message plus clair, en qualifiant sans détour les discriminations vécues sur la base du motif religieux, et en analysant rigoureusement leur combinaison avec d'autres motifs de discrimination ?

¹⁴⁶ E. BREMS, «Droits humains, étrangers et multiculturalisme: pour une approche maximaliste et inclusive des droits fondamentaux», *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 238-239.

¹⁴⁷ M. EL BERHOUMI, «Les juridictions suprêmes contre le voile», *op. cit.*, p. 618.