

5

OBSERVATIONS SUR LES CONVICTIONS RELIGIEUSES OU PHILOSOPHIQUES DANS LE DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION : DIALOGUE ET OBJECTIVATION PROCÉDURALE CONTRE INCERTITUDES ET STÉRÉOTYPES

Louis-Léon CHRISTIANS

professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain
titulaire de la Chaire Droit & Religions

Léopold VANBELLINGEN

chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain
chercheur postdoctoral à la Chaire Droit & Religions

Sommaire

Introduction	184
Section 1	
Religion : un critère protégé et ses aléas	186
Section 2	
Neutralité d'apparence ou discrimination ? Quelles conditions jurisprudentielles pour la prohibition de signes convictionnels ?	195
Section 3	
Autres actualités et jurisprudences variées	205
Section 4	
De la complexité à l'intersubjectivité ? Procéduralisation, concertation, dialogue	213

Introduction

Les critères protégés par le droit de la non-discrimination ont progressivement été étendus au-delà des critères de l'origine et du sexe, pour englober de façon spécifique la religion et la conviction philosophique. Sans doute la garantie de liberté de religion et de conscience comportait-elle déjà un versant anti-discriminatoire, confirmé par la Convention européenne des droits de l'homme en son article 14, mais la mise en œuvre spécifique de ce droit de la non-discrimination en matière religieuse a été plus récente, même si de premières balises avaient été formalisées, notamment aux Nations Unies dès 1981, par la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 novembre 1981 (résolution 36/55)¹. On trouvera dans ce document nombre de précisions toujours pertinentes concernant un principe qui, par la suite, ne fut pas adopté sans mal en Europe, d'abord dans la directive européenne 2000/78/CE² puis en droit belge dans les lois successives du 25 février 2003³ et du 10 mai 2007⁴. Par ses incertitudes et ses complexités, la jurisprudence ultérieure a montré combien ce droit de la non-discrimination, et singulièrement en matières religieuses, demeure peu prévisible, et selon certaines études, peu efficace⁵.

¹ Voy. notamment J. TEMPERMAN, « 25th Anniversary Commemoration of the Adoption of the 1981 UN Declaration on the Elimination of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief : a Report », *Religion and Human Rights – An International Journal*, 2007, vol. 2, n° 1-2, pp. 19-30 ; M. WIENER, « Thirty Years 1981 Declaration as Reflected in Twenty-Five Years Mandate Practice of the United Nations Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief », in M. Evans, P. Petkoff et J. Rivers (éd.), *Changing Nature of Religious Rights under International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

² Parmi des analyses récentes, voy. L. VANBELLINGEN, *La neutralité de l'entreprise face aux expressions religieuses du travailleur*, Bruxelles, Bruylant, 2022 et E. HOWARD, *Headscarves and the Court of Justice of the European Union*, Londres-New York, Routledge, 2024. On renverra aussi, en droit de l'Union européenne, aux discussions suscitées par les *Guidelines EEAS* produites en 2013 à propos de la liberté de religion : M. GATTI, « The Log in Your Eye : Is Europe's External Promotion of Religious Freedom Consistent With its Internal Practice ? », *European Law Journal*, 2016, vol. 22, n° 2, pp. 250-267.

³ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une "horizontalisation" des droits de l'homme », *A.P.*, 2004, pp. 208-252 ; J. VELAERS (dir.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003.

⁴ Voy. J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in P. Wautelet et J. Ringelheim (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, coll. CUP, vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 37-72 ; C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Bruges-Bruxelles, die Keure-la Chartre, 2008.

⁵ J. VRIELINK, « Recht als gelijkmaker? Non-discriminatie, etnisch-culturele diversiteit en het Belgische en Nederlandse recht », in S. Rutten, E. Ramakers, A. van den Eshof (éd.), *Culturele diversiteit en recht*, 2^e éd., Anvers-Gand-Cambridge, Larcier-Intersentia, 2023. Voy. aussi E. BRIBOSIA, I. RORIVE et L. FROMONT, « Le nerf de la guerre : les subventions et les marchés publics sont-ils aussi des outils de lutte contre les discriminations en Belgique ? », *A.P.*, 2021/3, pp. 393-416 ; P. LAGASSE, « Le retrait d'agrément ou de subvention comme mode de lutte contre la discrimination dans les entreprises / De intrekking van een vergunning of een subventie als instrument in de strijd tegen discriminatie in de bedrijvenwereld », in J. Ringelheim,

La lutte contre la discrimination en matière religieuse fait l'objet d'une littérature abondante sur le plan international⁶, mais relativement peu développée en droit belge si l'on excepte les controverses récurrentes sur l'étendue du principe de neutralité au regard du port du foulard islamique⁷. On se rappellera que désormais l'ensemble des hautes juridictions⁸ a validé la coexistence légitime des objectifs de deux conceptions politiques de la neutralité, tantôt assimilée à une obligation déontologique d'impartialité, tantôt étendue à des exigences concernant l'apparence vestimentaire. Seule la proportionnalité des moyens destinés à atteindre l'un ou l'autre des deux objectifs légitimes constitue désormais l'incertitude véritable de l'examen judiciaire pour chaque espèce. On développera ce point dans une section 2, en y introduisant différentes hypothèses et précisions.

Mais il serait trop restrictif de limiter la question de la discrimination aux seuls contentieux relatifs au port de signes confessionnels dans les relations d'emploi, de droit public ou de droit privé. Bien d'autres situations ont pu susciter des contestations. On évoquera quelques cas récents dans une troisième section de ce chapitre, sans exhaustivité, mais suffisamment pour montrer la diversité des situations et des réponses judiciaires. On distinguera notamment des cas de discriminations « contre » la religion et des cas de discriminations « au nom de » la religion, des cas de discriminations entre particuliers, ou par des institutions, publiques ou privées, de façon directe ou indirecte, par des actes ou par des propos d'incitation à discrimination.

S. Van Drooghenbroeck, J. Vrielink et P. Wautelet (éd.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination – Een hernieuwde impuls voor de strijd tegen discriminatie*, Anvers-Gand-Cambridge, Larcier-Intersentia, 2023, pp. 283-315.

⁶ Parmi les études récentes, on conseille les études particulièrement minutieuses de M. VAN DEN BRINK, « The Protected Grounds of Religion and Belief : Lessons for EU Non-Discrimination Law », *German Law Journal*, 2023, vol. 24, n° 5, pp. 855-880, et de S. VAN DROOGHENBROECK, « Existe-t-il une communauté de sources de la liberté de religion? », *Revue du droit public*, 2023/3, p. 650; S. VAN DROOGHENBROECK, « Protection against discrimination on the grounds of non-religious beliefs », *European Equality Law Review*, 2023, pp. 36-53. Pour une approche de droit comparé, voy. M. HILL QC (éd.), *Religion and Discrimination Law in the European Union – La discrimination en matière religieuse dans l'Union européenne*, Trèves, European Consortium for Church and State Research, 2012, disponible sur <https://ubt.opus.hbz-nrw.de/frontdoor/index/index/docId/521>; E. BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015.

⁷ E. BREMS, « Discrimination against Muslims in Belgium », in Melek Saral et Şerif Onur Bahçecik (éd.), *State, Religion and Muslims Between Discrimination and Protection at the Legislative, Executive and Judicial Levels*, coll. Muslim Minorities, vol. 33, Leyde, Brill, 2020, pp. 65-108; E. BRIBOSIA, R. MEDARD INGHILTERRA et I. RORIVE, « Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non-discrimination », *J.T.T.*, 2021, n° 1393, pp. 145-153; C. VAN DE GRAAF, « Perceptions of Discrimination of Muslim Women in Belgium : A Study of Discriminatory Incidents Across Public and Private Organizations Reported to the National Equality Body », *Islamophobia Studies Journal*, 2021, vol. 6, n° 2, p. 221; L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties 2.0*, op. cit., pp. 91-118 (« Hoofdstuk 2 – Godsdienst of overtuiging »); voy. par ailleurs l'excellente grille d'analyse proposée par Unia : www.ediv.be/theme/unia2019/library.php?id=24.

⁸ C.E., 21 décembre 2010, X. c. *Ville de Charleroi*, n° 210.000; C.E., 7 mars 2013, n° 223.042; C.C., n° 81/2020 du 4 juin 2020; C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *OP c. Commune d'Ans*, 28 novembre 2023, C-148/22 (voy. *infra*); Cour eur. D.H., décision *Mikyas et al. c. Belgique*, 9 avril 2024, req. n° 50681/20. Voy. *infra*, section 2.

Dans une quatrième section, on conclura en montrant l'importance du principe contradictoire et plus largement le renforcement de processus multilatéraux impliquant l'ensemble des parties prenantes, au sein ou en dehors du formalisme juridique.

Avant cela, dans une première section, on s'interroge plus fondamentalement sur les spécificités juridiques du critère protégé en matière de discrimination religieuse, par rapport aux dizaines d'autres critères protégés en droit belge, tout en notant que cette liste diffère de celle(s) prévue(s) par le droit européen ou dans d'autres instruments internationaux. Plus spécifiquement, il faut d'emblée relever et s'interroger sur les incertitudes fréquentes du droit et de la jurisprudence sur la délimitation du champ d'application du « religieux » et du « philosophique », et de là sur les régimes juridiques qui s'y attachent.

Section 1

Religion : un critère protégé et ses aléas

Ne pas tenir le critère protégé des « convictions religieuses et philosophiques » pour secondaire, ni non plus pour évident. Les quelques questions qui suivent ne sont pas les seules, ni n'emportent de réponses certaines. Il s'agit pourtant d'ouvrir la réflexion sur quelques enjeux spécifiques, souvent insuffisamment discutés dans les argumentations judiciaires ou dans la doctrine juridique.

A. Critère suspect ou suspecté ?

L'extension des lois anti-discrimination aux critères religieux et philosophiques ne fut pas acquise sans de longs débats, en raison d'une *approche péjorative*⁹. Alors que la directive européenne 2000/78/CE du 27 novembre 2000 a expressément érigé la religion en critère protégé contre les discriminations, les débats parlementaires belges n'ont pas admis d'emblée qu'une telle extension soit retenue – ce qui avait été critiqué par le Conseil d'État¹⁰. On lira les réticences de l'auteur principal du texte qui allait devenir la première loi anti-discrimination, du 25 février 2003, le Sénateur Philippe Mahoux, qui rappelait que « [d]ans le

⁹ R. TORFS, « Belgium », in M. Hill QC (éd.), *Religion and Discrimination Law in the European Union – La discrimination en matière religieuse dans l'Union européenne*, Trèves, European Consortium for Church and State Research, 2012, pp. 70-79.

¹⁰ « La proposition retient neuf critères pouvant donner lieu à discrimination parmi lesquels ne figurent ni les orientations politiques, philosophiques et religieuses ni l'appartenance à une classe sociale. Or, la haine religieuse et la haine de classe ont été, avec la haine raciale, les causes des plus graves violations des droits de la personne humaine au vingtième siècle. L'article 13 du traité instituant la Communauté européenne ainsi que la proposition de directive du Conseil précitée retiennent la religion et les convictions parmi les critères de discrimination. Il appartient au législateur d'apprécier quelles discriminations doivent être prioritairement combattues et selon quels moyens. Encore faut-il que ce choix soit compatible avec le droit européen et puisse être justifié au regard des articles 10 et 11 de la Constitution » (Avis, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2000-2001, n° 2/15-5).

texte initial, les auteurs de la proposition n'avaient pas voulu étendre le champ d'application de la loi aux discriminations opérées sur la base des orientations politiques, philosophiques ou religieuses, tout en laissant le débat ouvert et en condamnant *a priori* ce type de discriminations. Par souci de concordance avec les instruments internationaux, ces critères ont été intégrés à la proposition. Il faut pourtant garder à l'esprit que la prise en compte de tels critères peut poser problème. Dans certains pays où semblables dispositions existent depuis longtemps, des partis extrémistes ou des organisations intégristes s'appuient en effet sur la loi pour tenter d'interdire toute critique ou toute mise en cause publiques de leurs choix politiques ou des conséquences politiques de leurs choix religieux »¹¹. À l'époque, on lisait dans le même sens les réticences émises par le Centre pour l'égalité des chances, formulées dans un avis au Sénat et selon lesquelles « Dans un premier temps, le Centre avait demandé au précédent ministre de la Justice, M. Declerck, de rendre cette forme de discrimination punissable elle aussi. Le Centre a changé d'avis par la suite, parce que cela résoudrait probablement moins de problèmes que cela n'en créerait. En effet, après un conflit relatif au port du tchador par certaines élèves d'une école bruxelloise, la question s'est posée de savoir si une telle disposition discriminatoire n'aurait pas pu être invoquée, ce qui aurait pour effet de détourner la loi de son objectif »¹² (*sic*).

En l'état, ces diverses annotations semblent annoncer dès l'origine une interprétation particulièrement limitée¹³ et péjorative du critère religieux, qui explique d'une certaine façon la profonde incertitude qui règne dans l'application encore actuelle de la loi du 10 mai 2007. L'annulation de la liste des critères de référence par l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 157/2004 du 6 octobre 2004 a montré très tôt combien une telle « discrimination au sein du projet de non-discrimination » serait illégitime. Il n'en reste pas moins que les débats parlementaires laissent apparaître à quel point l'application de la loi risque d'être sensible à un *tri idéologique* au moment de sa mise en œuvre privée, administrative ou judiciaire¹⁴. Certes, les critères protégés de l'origine et du sexe bénéficient

¹¹ *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1999, n° 2-12/1, p. 2.

¹² *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2001-2002, n° 2-12/15, p. 39.

¹³ Selon le gouvernement, « [l]es convictions qui n'ont aucun lien avec des questions se rapportant à l'existence ou pas d'un dieu (*sic*), telles que les convictions politiques ne sont pas concernées » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2000-2001, n° 2/15-6, justification de l'amendement n° 6).

¹⁴ On évoquera également en ce sens l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 16 juillet 2024 (inédit) qui conclut à l'irrecevabilité d'une tierce opposition introduite par le Centre d'Action Laïque et l'Observatoire bruxellois des fondamentalismes à l'encontre d'une ordonnance du 3 mai 2021 rendue par le vice-président du tribunal du travail francophone de Bruxelles, en faveur d'une candidate portant foulard, contre la STIB. Outre l'absence de consentement de la personne protégée, la cour note qu'« une multitude d'associations se proposent, dans leurs statuts, de défendre les droits de l'homme et de combattre la discrimination. Selon leurs options philosophiques, religieuses et politiques les plus diverses et, plus largement, selon la conception des relations sociales propre à chacune d'elles, ces associations peuvent défendre des visions différentes, voire opposées, de la manière dont il faut combattre la discrimination. Admettre une conception large de l'intérêt d'associations à attaquer des décisions judiciaires par la voie de la tierce opposition aux fins de faire prévaloir leur propre vision de la lutte contre la discrimination ouvrirait les prétoires à des luttes idéologiques sans fin, dans lesquelles se trouveraient entraînés les protagonistes du procès originaire ».

d'une protection spécifique particulièrement élevée dans les législations elles-mêmes. C'est dans la mise en œuvre judiciaire des autres critères protégés (handicap, orientation sexuelle, opinion politique, etc.) que doit être particulièrement maintenue une réflexion sur le risque d'une méta-discrimination entre critères protégés.

B. Définitions ?

Si la définition du « religieux » en philosophie ou en sciences humaines demeure empreinte d'une grande difficulté et d'une belle variété, on doit ici veiller à ne pas confondre les registres¹⁵. C'est comme notion de droit que le vocable est ici mobilisé, au gré des textes législatifs nationaux ou internationaux pertinents. Il a souvent été écrit que les systèmes juridiques libéraux n'ont précisément pas de définition de la religion à offrir, de façon à y admettre la variété la plus large de réalités. Seules des définitions en extension (par liste) se voient écartées, non la détermination normative de critères de compréhension. Même ce déplacement n'exclut toutefois pas certaines variations dans diverses tentatives de compréhensions normatives¹⁶. Bref une prudence particulière s'impose même au sein de l'analyse juridique. On voudrait ici souligner quelques aspects de ces difficultés, en vue de permettre une vigilance plus grande face à certaines fausses évidences.

C. Connue, reconnue, méconnue ?

Il faut tout d'abord rappeler que le critère protégé est étranger à la question de la *reconnaissance légale* des cultes et philosophies. Ainsi l'appartenance à un culte reconnu en droit belge, même majoritaire, peut être invoquée comme critère protégé, de même et tout autant que l'appartenance à un mouvement minoritaire, non reconnu, voire socialement contesté, même s'il est (et peut-être précisément parce qu'il est) mis en cause comme réputé obscurantiste ou encore tout simplement inconnu jusque-là. Les cas de pure parodie demeurent en revanche exclus¹⁷. Enfin, l'imputation d'une telle appartenance, même fausse, enclenche elle aussi les mécanismes de protection individuelle.

Ceci ne signifie pas que collectivement l'accès même aux procédures et régimes de reconnaissance ne puisse pas être lui-même tenu pour discriminatoire.

¹⁵ P. ROLLAND, « Définir la religion. Sociologues et juristes », in J. Baubérot, Ph. Portier et J.-P. Willaime (dir.), *La Sécularisation en question. Religions et laïcités au prisme des sciences sociales*, Paris, Classiques Garnier, 2019, pp. 599-612.

¹⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « Protection against discrimination on the grounds of non-religious beliefs », *European Equality Law Review*, 2023, pp. 36-53, spéc. p. 47 (« IV. Can religious beliefs and non-religious beliefs protected by Directive 2000/78/EC be “dissociated”? »); L. PERONI, « Deconstructing “Legal” Religion in Strasbourg », *Oxford Journal Law and Religion*, 2014, pp. 235-257.

¹⁷ Voy. l'exclusion du pastafarianisme de la protection des articles 9 et 14 de la Convention européenne : Cour eur. D.H., décision *Hermína Geertruida De Wilde c. Pays-Bas*, 9 novembre 2021, req. n° 9476/19.

C'est précisément ce qu'a laissé entendre la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt désormais bien connu du 5 avril 2022, rendu au bénéfice des Témoins de Jéhovah contre la Belgique¹⁸. C'est d'ailleurs ce mouvement qui a obtenu le plus de succès dans la jurisprudence européenne pour violation de l'article 14 de la Convention. En revanche, les qualifications constitutionnelles de l'État lui-même (laïque comme la France, ou confessionnel comme l'Angleterre) sont tenues comme toutes également acceptables au regard de la Convention européenne, tant que des cas individuels n'établissent pas des faits spécifiques de discrimination.

D. Simple choix ?

Un second aspect théorique qu'il convient d'évoquer, tellement il est sensible, tient à la prétendue priorité qu'il y aurait à accorder aux critères « *intangibles* », dont la conviction religieuse ne serait pas porteuse, dès lors qu'elle serait fondée sur un simple choix. Le débat sur l'intangibilité des caractéristiques humaines et sur l'effet de ce classement est riche et diversifié en éthique ou en philosophie morale et politique. On doutera aujourd'hui qu'aucun des critères protégés par le droit puisse être cadencé comme « intangible »¹⁹. Une telle condition mettrait en péril la plupart des critères protégés, comme l'annonçait déjà Amy Gutman dès les années 1990²⁰. En sens inverse, l'appartenance religieuse ou philosophique n'est pas réduite à un simple choix ou à une simple opinion, en anthropologie, ni même en philosophie politique. Elle est retenue comme une figure particulière d'intégrité personnelle²¹, certes plus mobile que

¹⁸ L.-L. CHRISTIANS, « La Belgique condamnée pour discrimination envers les cultes non reconnus. À propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 5 avril 2022 », *Commentaire de la Chaire Droit & religions de l'UCLouvain*, 2022/2; B. GARCIA DA SILVA et S. VAN DROOGHENBROECK, « La reconnaissance des cultes : une copie constitutionnelle (de plus) à revoir », note sur Cour eur. D.H., 5 avril 2022, *J. T.*, 2022, pp. 681-687; P. MINSIER, « La nécessité de repenser les relations entre État et religions ou, à tout le moins, le régime de reconnaissance des cultes », note sous Cour eur. D.H., 5 avril 2022, *J.L.M.B.*, 2022, pp. 761-767; S. WATTIER, « La Cour de Strasbourg remet en cause tout le système belge de reconnaissance des cultes (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Assemblée chrétienne des Témoins de Jéhovah d'Anderlecht et autres c. Belgique*, 5 avril 2022) », *Rev. trim. dr. h.*, 2023, n° 133, pp. 265-283.

¹⁹ Voy. par exemple J. RINGELHEIM, « Juger la "race" et l'"ethnicité". Les tribunaux internationaux face aux dilemmes du référentiel racial », *Critique internationale*, 2020/1, n° 86, pp. 91-113, qui constate que les « juridictions s'écarterent des visions anciennes et essentialistes des notions de race et d'ethnicité, en reconnaissant l'importance du critère subjectif des perceptions de soi et d'autrui [...] », du moins « comme constructions sociales ».

²⁰ Amy Gutman dans ses commentaires anticipant les enjeux du statut de la femme, dans Ch. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997.

²¹ Voy. les travaux importants de Cécile Laborde sur la pertinence simultanée de diverses approches de la conviction religieuse, notamment celle de l'intégrité personnelle : C. LABORDE, « Negotiating Religion in Constitutional Politics and Political Philosophy », in Fr. Guesnet, C. Laborde et L. Lee (éd.), *Negotiating Religion. Cross-disciplinary perspectives*, New York, Routledge, 2017; comp. M. HUNTER-HENIN, « Negotiating with Religion from a Legal Perspective », in *ibid.*; C. LABORDE, « La liberté de religion à l'âge séculier », in E. Bribosia et I. Rorive (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés – Canada, Europe, Belgique*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2015, pp. 29-43.

l'appartenance ethnique, mais moins labile que la plupart des simples opinions : *des goûts et des couleurs...* Il reste que pour le juriste, ce débat demeure en réalité sans pertinence *de iure*. La question n'est pas ici de trancher un débat philosophique ou anthropologique, mais de déterminer quelles ont été les options du système juridique lui-même, sur lequel la souveraineté platonicienne des philosophes n'a pas de pertinence. Les grands instruments juridiques sont clairs sur cette question : ils conjoignent précisément à la fois la garantie absolue d'un libre choix de la religion ou de la philosophie de vie, assortie du droit d'en changer, et érigent pour ces traits humains un régime élevé de protection en raison de leur particularité commune. Cette particularité a été définie juridiquement par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt de jurisprudence constante, *Campbell et Cosans*²². Même si (et parce que) ce qui est (ou doit être tenu pour) libre est la conscience morale de chaque personne humaine, la Cour en vient à édicter, traitant à l'origine des convictions philosophiques, mais généralisé par la suite aux religions elles-mêmes, que « [c]onsidéré isolément et dans son acception ordinaire, le mot “convictions” n'est pas synonyme des termes “opinion” et “idées” tels que les emploie l'article 10 (art. 10) de la Convention qui garantit la liberté d'expression ; on le retrouve dans la version française de l'article 9 (art. 9) (en anglais “beliefs”), qui consacre la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance. Quant à l'adjectif “philosophiques”, il ne se prête pas à une définition exhaustive et les travaux préparatoires ne fournissent guère d'indications sur son sens précis. La Commission relève que “philosophie” s'entend de nombreuses manières : ce vocable sert à désigner un système pleinement structuré de pensée tout comme, plutôt vaguement, des idées relatives à des questions plus ou moins futiles ». Et de continuer, « Eu égard à la Convention toute entière, y compris l'article 17 (art. 17), l'expression “convictions philosophiques” vise en l'occurrence, aux yeux de la Cour, des convictions qui méritent respect dans une “société démocratique” [...], ne sont pas incompatibles avec la dignité de la personne [...] ». Ces définitions sont au cœur de l'analyse juridique des droits fondamentaux. Elles relevaient au départ du cadre interprétatif de la liberté de religion et de conscience, alors que le cadre du droit de la non-discrimination mettra davantage l'accent sur les appartenances collectives qui en découlent et qui pourraient susciter divers préjugés et stéréotypes. La marge entre ces deux cadres, qui méritent l'attention d'une vaste littérature, n'est pas décisive à ce stade, dès lors qu'il y a consensus en jurisprudence et en doctrine que le droit anti-discrimination prend en compte tout à la fois le for interne (la conscience et l'appartenance) et le for externe (les manifestations de la croyance ou de la conscience « individuellement ou collectivement, en public ou en privé »).

²² Cour eur. D.H., arrêt *Campbell et Cosans*, 25 février 1982, req. n^{os} 7511/76 et 7743/76, § 36.

E. Politique ?

Religion ou philosophie d'une part, et opinion politique d'autre part, ne sont et ne peuvent être confondues dans le droit anti-discrimination. Cette distinction légale mérite d'être prise au sérieux et mieux argumentée dans les contentieux.

On touche ici une singularité des débats et motivations judiciaires concernant le critère protégé de religion et conviction philosophique. Autant la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle rappelé qu'en droit de l'Union, ces deux aspects (religion et philosophie) sont les deux faces d'une même pièce, autant constate-t-elle que les opinions politiques relèvent d'un autre statut : d'une part, parce qu'elles ne sont pas protégées par la directive 2000/78/CE, mais aussi d'autre part, en tant que ces opinions n'atteignent pas un « certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance ». La Cour de justice l'a récemment précisé dans le cadre de la directive 2011/95/UE concernant les motifs de persécution dans un arrêt relatif au droit des réfugiés et de l'asile²³ : « la notion d'« opinions politiques » peut comprendre toute opinion ou toute question impliquant l'appareil étatique, le gouvernement, la société ou une politique, indépendamment de sa force ou de son *enracinement* chez le demandeur ». On peut certes imaginer que pour certaines personnes l'engagement politique ne soit pas une simple opinion parmi d'autres, mais constitue le cœur de leur intégrité personnelle, atteignant pour elles « un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance ». Il ne s'agira plus alors, en droit, d'une simple opinion, mais d'une manifestation de l'intégrité humaine de leur conscience, protégée spécifiquement au titre de son importance reconnue par le système juridique.

Dans les débats publics, on entend fréquemment que le religieux est « politique », ou encore que l'on devrait assimiler tout signe religieux avec un signe politique, et qu'autoriser le port d'un signe religieux conduirait à devoir reconnaître le port de tout signe politique même extrémiste. On ne disconviendrait pas, en sciences sociales, que « tout est politique » ou encore que « tout est culturel ». Mais il ne s'agit précisément pas ici de débattre en sciences sociales, mais d'observer les catégories fixées par le droit, et en l'occurrence par la distinction fixée par la loi entre le critère religieux ou philosophique et le critère politique. Et si la loi du 20 mai 2007, à la différence de la directive 2000/78/CE, inclut parmi les critères protégés « les convictions politiques », elle le fait à un titre distinct et séparé.

De ce point de vue, imaginer qu'il suffise d'étendre aux convictions politiques une formule de prohibition du port de signes « religieux, philosophiques ou politiques » pour exonérer une telle formule étendue de toute suspicion de

²³ C.J.U.E., arrêt *S. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 21 septembre 2023, C-151/22, points 31-33.

discrimination semble interrogeable. Le principe d'égalité doit conduire soit à l'abandon de ces rapprochements, soit à leur extension à tout signe manifestant une narrativité quelconque²⁴. Si l'on devait retenir que « tout est politique », tout signe exprimant une conviction ou une appartenance, même sans atteindre « un degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance », devrait être soumis à un régime analogue. En sens inverse, singulariser le statut des seuls signes correspondant à des convictions atteignant « un degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » empêcherait de placer sur le même pied des signes simplement politiques. En ce cas, la prohibition du port de signes politiques ne rendrait pas d'emblée légitime la prohibition de signes engageant une dimension plus intense de l'intégrité personnelle, protégée comme telle, et cela sans qu'il soit possible d'imputer à ces derniers une signification politique, à tout le moins qui ne serait pas spécifiquement établie en l'espèce.

F. Visible ou lisible ?

Un quatrième préalable concerne la protection juridique absolue du for interne, sans cesse rappelée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le secret des convictions est une garantie absolue. Aucun tiers ne peut contraindre ou inciter une personne à indiquer ses convictions. Cette révélation ne peut être que volontaire et éclairée. Appliquer le droit anti-discrimination au critère protégé, religieux ou philosophique, revêt ainsi une singularité très particulière, que l'on retrouve *mutatis mutandis* dans une vaste littérature relative à la distinction entre les critères visibles et invisibles de discrimination. À défaut d'une revendication claire de l'intéressé, il n'appartient à aucun tiers, privé ou public, de violer la garantie absolue du secret des convictions en imputant à telle ou telle personne, ou à tel ou tel signe, une qualification religieuse ou philosophique, que la personne n'aurait pas préalablement assumé²⁵. Historiquement bien des contentieux en discrimination ont assurément reposé sur une revendication volontaire de leur religion ou de leur philosophie par les personnes qui ensuite allaient s'estimer discriminées. Discriminer une personne selon une fausse interprétation de sa religion serait certes déjà une

²⁴ Pour Fabienne Kéfer, « [l]a règle vise indistinctement les T-shirts Je suis Charlie, ceux portant un slogan anti-avortement, les Gilets jaunes, le triangle rouge des territoires de la mémoire, les pin's Touche pas à mon pote ou Nucléaire non merci, ainsi que tout signe de propagande politique. Elle empêche aussi le port de croix, kippas ou foulard islamique » (F. KÉFER, « La religion du travailleur », in L.-L. Christians, S. Wattier et Fr. Amez (dir.), *Les grands arrêts belges en matière de religions et de philosophies*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 506-533, spéc. p. 516).

²⁵ Voy. C. K. ROBERTS, *Freedom of Religion or Belief in the European Convention on Human Rights. A Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, pp. 91-119 (« 4. A High Degree of Forum Internum Protection under ECHR Article 9 ») et réf. Un arrêt récent du Conseil d'État de France du 27 septembre 2024, n° 487944, ajuste sa motivation pour valider la prohibition du « port de vêtements de type abaya » dans les écoles publiques, au titre de la loi du 15 mars 2004 sur les signes religieux dans les écoles publiques créant l'article L.141-5-1 du Code de l'éducation, en notant que « le ministre ne s'est pas, en tout état de cause, prononcé sur la signification religieuse intrinsèque des tenues de type abaya ».

violation du droit, mais sera plus directement encore contraire à la protection du for interne garantie par l'article 9 de la Convention européenne. De ce point de vue, si la formule qui consiste à prohiber le port de « couvre-chef » (plutôt que les « signes confessionnels ») évite toute subjectivité dans la qualification de l'objet visé, et donc toute violation du for interne, on verra plus loin que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne estime désormais que la « survisibilité » d'un signe n'est plus un critère admissible pour en limiter le port. Signes de grandes tailles ou de petites tailles doivent être traités sur un pied d'égalité. Sera dès lors discriminatoire une prohibition de signes convictionnels qui s'imposerait en fonction de leur taille ou de leur « ostensibilité »²⁶.

G. Performatif : quand croire c'est faire ?

À l'arrière-plan du critère protégé se jouent diverses justifications, dont l'objectif mais aussi les moyens doivent être contrôlés. Certaines sont parfois imputées à des biais xénophobes, lorsque la religion dissimule un indicateur ethnique. Sont aussi en débat la dangerosité de certains fondamentalismes et leurs glissements potentiels, ou avérés, vers d'éventuels radicalismes, dont l'appartenance religieuse ou la pratique seraient un « signe faible ». Comment ne pas confondre, en droit de la non-discrimination, les personnes, les idées, les comportements²⁷ ? La façon dont le débat public se prononce sur cette question est très instable. Tantôt il est bien affirmé que seule la personne se trouve protégée des discriminations et des appels à la discrimination, et non « ses idées »²⁸. Les « religions » et leurs « doctrines » n'ont pas à être immunisées de critiques, moqueries ou de condamnations morales. À d'autres moments de débat, les « idées » se trouvent utilisées pour prétendre justifier un traitement spécifique de la personne – personne suspectée d'y être assujettie par une soumission totale à sa religion. La religion semble alors tenue pour pleinement performative : elle réaliserait sur la personne en quelque sorte ce qu'un logiciel opère dans un robot. Cette perception performative qui lierait indéfectiblement personnes et idées est parfois le fait d'autorités publiques ou privées, au titre d'un principe de précaution. Elle est parfois imputée par ces mêmes responsables aux simples usagers et leurs biais ou à leurs clients et leurs répulsions. C'est alors derrière les stéréotypes de ces tiers que ces autorités se retranchent parfois pour faire prédominer les sensibilités des employés majoritaires ou invoquer la rentabilité économique de leur entreprise. On va revenir sur ces points à la section suivante, tant la Cour de justice de l'Union européenne semble peu à l'aise face à ces différentes figures.

²⁶ C.J.U.E., arrêt *O.P. c. Commune d'Ans*, 28 novembre 2023, C-148/22, point 39 ; cf. *infra*.

²⁷ Voy. par exemple S. VAN DROOGHENBROECK, « Les transformations du concept de neutralité de l'État : quelques réflexions provocatrices », in J. Ringelheim (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 75-121.

²⁸ Voy. nos développements in L.-L. CHRISTIANS, « Polémiques religieuses et intentions cachées. Nouvelles sacralités et méta-discrimination en droit contemporain », in A. Dierkens et J.-Ph. Schreiber (dir.), *Le blasphème : du péché au crime*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, pp. 107-121.

On voudrait souligner l'importance croissante que la jurisprudence accorde à l'*objectivation* de tels rapprochements entre idées et personnes. Il convient de faire la preuve que des comportements dommageables sont à craindre de façon claire et imminente. Certes cette preuve n'implique pas d'établir que des dérives seraient avérées antérieurement²⁹. L'utilité, voire la nécessité, d'une anticipation raisonnable du risque de passage des idées aux actes demeure pleinement acquise par la jurisprudence. C'est donc bien la *performativité* des doctrines religieuses ou philosophiques qui est ici en discussion. Un fidèle pieux peut-il se voir suspecter, par anticipation, de l'ensemble des comportements requis formellement par sa religion ? Peut-on lui imputer *de iure* un manque d'agentivité, une soumissivité qui annihilerait toute distance entre une doctrine et une personne ?

La Cour européenne des droits de l'homme³⁰, puis le Conseil d'État belge³¹ ont récemment rappelé l'importance d'un strict protocole de vérification et d'objectivation, qui semble pertinent également dans les procédures en discrimination. Alors qu'une habilitation de sécurité avait été retirée à un agent, par ailleurs musulman pieux et pratiquant, dont la Sûreté de l'État évoquait la « proximité avec les milieux fréristes », le Conseil d'État note que cette « proximité » n'est pas recevable : « Il résulte de ce qui précède qu'à tout le moins une des conditions fixées par l'article 9, § 2, de la [Convention européenne des droits de l'homme], telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme, n'est pas remplie. L'appartenance du requérant à la mouvance du salafisme scientifique, telle qu'elle résulte des éléments auxquels l'autorité administrative a pu avoir égard au moment où elle a pris sa décision, *ne peut constituer un élément suffisant* pour conclure que le retrait immédiat de la carte d'agent de gardiennage du requérant, et le refus d'en délivrer une nouvelle, s'imposent en raison d'un risque que ce dernier ferait courir pour la sécurité intérieure ou extérieure de l'État ou pour l'ordre public »³². De même on se souviendra de la jurisprudence européenne concernant les craintes de dérives d'infiltration de certaines loges maçonniques dans l'appareil judiciaire italien, à la suite de tentatives de déstabilisation du pays. La position de la Cour de Strasbourg est très ferme : autant l'objectif de sécurité est légitime, autant les moyens doivent être proportionnés et nécessaires en démocratie. Lever le secret des appartenances sans aucun élément précis et individualisé de comportements dommageables est contraire à la Convention européenne³³.

²⁹ Cour eur. D.H. (irrecevabilité), décision *Mikyas et al. c. Belgique*, 9 avril 2024, req. n° 50681/20, spéc. § 73.

³⁰ Cour eur. D.H., Gde Ch., avis consultatif du 14 décembre 2023. Voy. G. GONZALEZ, « Salafiste "scientifique" et agent de sécurité », *La Semaine juridique*, 2024, p. 43 ; *id.*, « De la compatibilité entre l'idéologie salafiste "scientifique" et la profession d'agent de sécurité », *Rev. trim. dr. h.*, 2024, n° 139, pp. 767-781.

³¹ C.E., 17 mai 2024, X. c. *État belge*, n° 259.771.

³² *Ibid.*, pp. 22-23.

³³ Cour eur. D.H. (1^{re} instance), arrêt *Grande Oriente D'Italia Di Palazzo Giustiniani c. Italie* (n° 2), 31 mai 2007, n° 26740/02 ; Cour eur. D.H. (1^{re} instance), arrêt *Grande Oriente D'Italia Di Palazzo Giustiniani c. Italie*, 2 août 2001, req. n° 35972/97.

Un examen plus spécifique de la jurisprudence européenne relative aux *conditions* auxquelles une exigence de neutralité d'apparence doit être soumise pour passer le test de non-discrimination apportera-t-il plus de certitudes ?

Section 2

Neutralité d'apparence ou discrimination ? Quelles conditions jurisprudentielles pour la prohibition de signes convictionnels ?

Tel que consacré par la Convention européenne des droits de l'homme et la directive 2000/78/CE, le droit à la liberté de religion et à la non-discrimination en raison de la religion trouve à s'appliquer dans la sphère sociale au sens large, en ce compris sur le lieu de travail. À cet égard, comme le précise la Cour européenne des droits de l'homme en 2013, dans le cas où la religion du travailleur entrerait en tension avec les règles de l'entreprise, la simple possibilité pour le travailleur de démissionner ne constitue pas une garantie adéquate et suffisante pour la protection de sa liberté de religion³⁴.

Sur le plan de la non-discrimination, toute restriction apportée par l'employeur aux expressions religieuses d'un travailleur est soumise à diverses conditions, tantôt communes à l'ensemble des critères de non-discrimination – dans le cas de la discrimination indirecte –, tantôt spécifiques au critère de la religion ou des convictions – dans le cas de la discrimination directe. En toute hypothèse, on ne confondra pas les exigences relatives à l'examen de la légitimité des objectifs, aisément franchi, et celles concernant le contrôle des moyens et de leur proportionnalité, qui se renforce lentement.

A. Neutralité générale v. Justification casuistique

S'agissant de l'interprétation des termes de la directive 2000/78/CE concernant la non-discrimination liée à la religion en matière d'emploi, il aura fallu plus de dix ans pour voir la Cour de justice de l'Union européenne fournir ses premières balises. Depuis les premiers arrêts *Achbita*³⁵ et *Bouagnaoui*³⁶ rendus en 2017, les décisions rendues sur question préjudicielle par les juges du Kirchberg

³⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, req. n^{os} 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, § 83 : « Vu l'importance que revêt la liberté de religion dans une société démocratique, la Cour considère que, dès lors qu'il est tiré grief d'une restriction à cette liberté sur le lieu de travail, plutôt que de dire que la possibilité de changer d'emploi exclurait toute ingérence dans l'exercice du droit en question, il vaut mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'est examiné le caractère proportionné de la restriction ».

³⁵ C.J.U.E., arrêt *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, 14 mars 2017, C-157/15 (ci-après « arrêt *Achbita* »).

³⁶ C.J.U.E., arrêt *Asma Bouagnaoui, Association de défense des droits de l'homme c. Micropole S.A.*, 14 mars 2017, C-188/15 (ci-après « arrêt *Bouagnaoui* »).

se sont multipliées sur le sujet, témoignant de l'acuité de ces questions au sein des juridictions nationales de renvoi – en particulier en Belgique, en France et en Allemagne.

Une part importante de ce contentieux porte en l'espèce sur la compatibilité d'une politique de neutralité, visant à restreindre les expressions religieuses au sein de l'organisation de travail, avec le droit de la non-discrimination³⁷. La question au cœur des renvois successivement adressés à la Cour de justice consiste à déterminer dans quelle mesure le caractère général et indifférencié d'une telle politique de neutralité restrictive, incluant l'apparence des travailleurs, peut satisfaire les exigences de justification casuistique inhérentes au droit européen de la non-discrimination et, plus largement, des droits fondamentaux.

Par ailleurs, si la directive – pas plus que la Convention européenne des droits de l'homme – ne distingue pas formellement le contexte du secteur public de celui du secteur privé, une interrogation majeure subsistait quant à la prise en compte éventuelle, par la Cour de justice, des spécificités respectives de ces deux sphères sur le plan de la justification d'une discrimination fondée sur la religion.

B. Légitimité de principe de la neutralité restrictive

S'agissant de la légitimité d'une invocation de la neutralité, les arrêts *Achbita* et *Bougnaoui*, rendus en 2017 à partir de questions préjudicielles posées par les Cours de cassation belge et française, sont l'occasion pour la C.J.U.E. d'affirmer que « la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse doit être considérée comme légitime »³⁸. L'un et l'autre cas concernaient le port d'un signe religieux – le foulard islamique – par une travailleuse détachée par son employeur privé au sein d'une entreprise cliente. La Cour distingue toutefois le cas belge relatif à Mme Achbita de celui, français, de Mme Bougnaoui : dans l'affaire belge, l'invocation de la neutralité par l'employeur n'est pas considérée comme suspecte eu égard à la demande de la travailleuse ; tel est en revanche le cas pour l'affaire française, dans la mesure où l'employeur avait intégré dans sa politique le souhait directement discriminatoire – « *Pas de voile la prochaine fois* »³⁹ – formulé par l'entreprise cliente dans la foulée du port du signe religieux.

Si le caractère directement discriminatoire – et non justifiable – de la restriction opérée vis-à-vis du signe religieux de Mme Bougnaoui ne faisait en

³⁷ Pour une analyse systématique de cette problématique – y compris sur le plan de la liberté de religion –, voy. L. VANBELLINGEN, *La neutralité de l'entreprise face aux expressions religieuses du travailleur*, Bruxelles, Bruylant, 2022. Pour un résumé de cette contribution, voy. « La neutralité comme réponse restrictive de l'employeur aux expressions religieuses des travailleurs. Quatre figures de l'entreprise neutre », *Revue de droit social – Tijdschrift voor sociaal recht*, 2022, n° 4, pp. 389-469.

³⁸ C.J.U.E., arrêt *Achbita*, point 37.

³⁹ C.J.U.E., arrêt *Bougnaoui*, point 14.

l'occurrence pas de doute, la démarcation n'est pas toujours si aisée à tracer entre, d'une part, la prise en compte de desiderata discriminatoires de la clientèle par l'employeur et, d'autre part, la mise en œuvre d'une politique de neutralité. Comment, en effet, s'assurer que, sous couvert d'application indifférenciée à l'ensemble des expressions religieuses, la politique de neutralité ne vise pas en réalité une conviction – voire un signe religieux – en particulier? Cette difficulté renvoie à un autre enjeu tout aussi délicat, s'agissant de l'établissement de la preuve d'intentions discriminatoires cachées dans le chef de l'employeur, qui ferait nécessairement évoluer la qualification juridique de cette politique de neutralité de la discrimination indirecte – justifiable sous conditions – à la discrimination directe⁴⁰ – prohibée.

Les arrêts rendus à la suite de ces deux premières affaires sont l'occasion pour la Cour de justice de répondre à ces critiques, à travers l'ajout de critères d'appréciation du caractère justifié d'une telle neutralité restrictive sur le lieu de travail.

Précisons que, si les affaires *Achbita* et *Bougnaoui* portaient spécifiquement sur la légitimité d'une invocation de la neutralité en tant qu'image de marque d'une entreprise privée vis-à-vis de sa clientèle, les affaires suivantes ont trait à des contextes parfois analogues – une chaîne de drogueries (*Müller*) – mais également distincts, tels qu'une crèche pour enfants (*WABE*), une société immobilière de service public (*L.F. c. S.C.R.L.*) ou une administration communale (*O.P. c. Commune d'Ans*). Dans chaque cas, la Cour valide néanmoins la légitimité de principe du recours à la neutralité dans sa perspective restrictive, tenant compte des « droits et des attentes légitimes des clients ou des usagers »⁴¹, que cette neutralité soit liée à l'image de marque vis-à-vis de la clientèle, au maintien de la paix sociale au sein de l'entreprise, à la relation des travailleurs avec les usagers (parents et enfants) de la crèche, ou encore à la neutralité de l'administration publique⁴².

Une question laissée en suspens à ce stade par les juridictions belges et européennes consiste à savoir si la politique de neutralité, pour revendiquer son caractère non directement discriminatoire, doit englober d'autres convictions – notamment politiques – que les seules convictions religieuses⁴³. En d'autres termes, une restriction des expressions convictionnelles limitée aux convictions

⁴⁰ Précisons que, même dans l'hypothèse d'une discrimination directe, la preuve de l'intention discriminatoire n'est pas formellement requise du point de vue du droit européen : voy. J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in J. Ringelheim et P. Wautelet (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, coll. CUP, vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, p. 48.

⁴¹ C.J.U.E., arrêt IX *c. WABE eV* et *MH Müller Handels GmbH c. MJ*, 15 juillet 2021, aff. jtes C-804/18 et C-341/19 (ci-après « arrêt *WABE-Müller* »), point 65.

⁴² Pour une catégorisation des différentes formes de recours à la neutralité selon le double critère interne/externe et instrumental/idéologique, voy. L. VANBELLINGEN, *La neutralité de l'entreprise face aux expressions religieuses du travailleur*, op. cit.

⁴³ Voy. sur ce point les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Bougnaoui* (point 110).

religieuses peut-elle encore revendiquer son caractère neutre, et satisfaire au critère de légitimité de l'objectif poursuivi ? Si la question peut éventuellement se poser en droit belge, tenant compte de la protection accordée aux convictions politiques, la Cour de justice rappelle en tout cas que le champ d'application du droit de l'Union se limite à « la religion » au sens large, « couvrant tant les convictions religieuses que les convictions philosophiques ou spirituelles »⁴⁴ (« religion ou convictions », en anglais dans le texte : « *religion or belief* »).

C. Nécessité d'une « application cohérente » de la neutralité liée à un « besoin véritable »

Sur le plan de la proportionnalité de la restriction – en l'occurrence, l'interdiction pour les travailleurs de manifester leurs convictions sur le lieu de travail –, la C.J.U.E. insiste dès l'arrêt *Achbita* sur la nécessité d'une mise en œuvre « cohérente et systématique »⁴⁵ d'une telle politique restrictive de neutralité, eu égard à l'objectif poursuivi. Par ailleurs, il convient de limiter les restrictions au « strict nécessaire ». Ainsi, dans l'arrêt *Achbita*, dès lors que la neutralité est invoquée en tant qu'image de marque, seuls les travailleurs en contact avec la clientèle peuvent être visés par la restriction. Sur le plan de la proportionnalité au sens strict, la Cour ajoute même la condition selon laquelle il convient de vérifier la faisabilité d'une mobilité interne au sein de l'entreprise, qui permettrait d'éviter toute restriction en confiant au travailleur concerné un « poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients »⁴⁶. Les affaires ultérieures, pour lesquelles la neutralité est invoquée dans une perspective plus large que la relation avec la clientèle, conduisent néanmoins la Cour à ne pas rejeter l'idée d'une application de la politique de neutralité à l'ensemble des travailleurs.

S'agissant du type d'expressions religieuses visées par une telle politique de neutralité, notons que la Cour de justice n'a eu l'occasion de se prononcer que sur le cas du port visible de signes convictionnels – plus spécifiquement le foulard islamique –, et non sur les cas liés à des pratiques religieuses, telles que la prière sur le lieu ou durant le temps de travail, les demandes de congé ou d'aménagement d'horaires, ou encore la prise en compte d'interdits alimentaires en lien avec les convictions du travailleur. Eu égard aux signes convictionnels, la Cour précise en tout cas qu'une interdiction limitée aux signes de grande taille n'est pas admissible sur le plan de la non-discrimination, dans la mesure où cette mesure pourrait indirectement défavoriser certains courants convictionnels⁴⁷, et parce qu'une telle limitation remettrait « en cause la cohérence même de ladite politique de neutralité »⁴⁸.

⁴⁴ C.J.U.E., arrêt *L.F.c. S.C.R.L.*, 13 octobre 2022, C-344/20 (ci-après « arrêt *L.F.c. S.C.R.L.* »), point 29.

⁴⁵ C.J.U.E., arrêt *Achbita*, point 40.

⁴⁶ *Ibid.*, point 43.

⁴⁷ C.J.U.E., arrêt *WABE-Müller*, point 73.

⁴⁸ *Ibid.*, point 77.

La Cour insiste enfin sur la nécessité pour l'employeur de « démontrer » que sa politique restrictive de neutralité correspond à un « besoin véritable »⁴⁹. En écho aux craintes que les critères développés dans sa jurisprudence antérieure ne servent de « vade-mecum »⁵⁰ ou de « mode d'emploi »⁵¹ aux employeurs pour interdire les expressions religieuses au travail, la Cour précise que « [cette] interprétation est inspirée par le souci d'encourager par principe la tolérance et le respect, ainsi que l'acceptation d'un plus grand degré de diversité et d'éviter un *détournement de l'établissement d'une politique de neutralité* au sein de l'entreprise au détriment de travailleurs observant des préceptes religieux imposant de porter une certaine tenue vestimentaire »⁵².

D. Public-privé : une même neutralité ?

Le dernier arrêt en date rendu par la C.J.U.E. au sujet de la compatibilité d'une politique de neutralité restrictive avec la non-discrimination des travailleurs se distingue des affaires précédentes en ce qu'il a trait au contexte d'une administration publique – en l'occurrence, la commune liégeoise d'Ans⁵³.

Si les faits en l'espèce ne se démarquent pour le reste pas véritablement des cas précédents – la confrontation entre une politique de neutralité d'apparence et le port du foulard islamique –, cet arrêt était néanmoins particulièrement attendu, sur le fait de savoir de quelle manière la Cour allait déployer son appréciation de la neutralité restrictive dans le contexte spécifique de la fonction publique.

Ici encore, la Cour valide la légitimité de l'invocation d'une telle neutralité « exclusive », précisant que la volonté d'une administration publique « d'instaurer en son sein un environnement administratif totalement neutre peut être considérée comme étant objectivement justifiée par un objectif légitime »⁵⁴. Sur le plan du test de proportionnalité, l'arrêt reprend l'essentiel des critères mentionnés précédemment, à l'exception notable de la démonstration d'un « besoin véritable ». Est toutefois précisée la nécessité, pour la juridiction de renvoi, d'effectuer une « pondération des intérêts en présence, [...] d'une part, [...] en l'occurrence, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion [et]

⁴⁹ C.J.U.E., arrêt *L.F. c. S.C.R.L.*, point 40.

⁵⁰ G. GONZALEZ, « *Vade-mecum* pour interdire les signes religieux au travail (à propos des arrêts C.J.U.E., Gde Ch., 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui et Samira Achbita*) », *Revue de l'Union européenne*, 2017, n° 609, pp. 342-347 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Nous sommes Achbita », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, p. 106.

⁵¹ C. WOLMARK, « Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs ? », *Droit ouvrier*, 2017, n° 825, p. 232 ; P. LE MAIGAT, « La restriction à la liberté religieuse dans les entreprises privées. La Cour de cassation précise sa jurisprudence et définit son credo », *Gaz. Pal.*, décembre 2017, p. 17.

⁵² C.J.U.E., arrêt *L.F. c. S.C.R.L.*, point 41 (nous soulignons).

⁵³ C.J.U.E., arrêt *O.P. c. Commune d'Ans*, 28 novembre 2023, C-148/22 (ci-après « arrêt *O.P. c. Commune d'Ans* »).

⁵⁴ C.J.U.E., arrêt *O.P. c. Commune d'Ans*, point 33.

l'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion [...], et, d'autre part, du principe de neutralité en application duquel l'administration publique concernée vise à garantir, par ladite règle limitée au lieu de travail, aux usagers de ses services et aux membres de son personnel un environnement administratif dépourvu de manifestations visibles de convictions, notamment, philosophiques ou religieuses »⁵⁵.

La Cour semble ici octroyer un *a priori* de légitimité plus large à la neutralité restrictive lorsqu'elle est invoquée dans le contexte de la fonction publique. Toutefois, les juges européens rappellent que le recours à un tel modèle de neutralité n'est certainement pas obligatoire, mais que « la directive 2000/78 [...] laisse une marge d'appréciation aux États membres, [...] compte tenu de la diversité de leurs approches quant à la place qu'ils accordent, en leur sein, à la religion ou aux convictions »⁵⁶. Ainsi, le modèle de « neutralité exclusive » visant à instaurer un « environnement administratif totalement neutre » apparaît *a priori* légitime (« en fonction du contexte propre qui est le sien et dans le cadre de ses compétences »), au même titre qu'un modèle de neutralité consistant en une « autorisation générale et indifférenciée du port de signes visibles de convictions », ou en une autorisation limitée aux fonctionnaires sans contact avec les usagers. Cette « marge d'appréciation [...] doit toutefois aller de pair avec un contrôle »⁵⁷ quant au caractère justifié et proportionné des mesures restrictives, le cas échéant.

Pour le reste, l'arrêt frappe véritablement par l'absence globale de distinction qu'il opère entre le secteur privé et l'administration publique s'agissant de l'invocation de la neutralité exclusive. Même lorsqu'elle est mobilisée dans son contexte étatique originel, la C.J.U.E. laisse entendre que la neutralité ne peut être envisagée comme une formule magique permettant à l'employeur d'échapper aux exigences de justification casuistique du droit de la non-discrimination.

Alors que l'invocation croissante de la neutralité par les employeurs privés semblait jusqu'il y a peu marquer un mouvement de « privatisation » de la neutralité de l'État vers l'entreprise, l'assimilation de l'administration au secteur privé sur ce point témoigne désormais d'un mouvement d'influence inverse, de la neutralité d'entreprise vers celle de l'État.

En insistant sur la pluralité des formes légitimes de mise en œuvre de la neutralité, la C.J.U.E. rejoint ici la position développée par la Cour constitutionnelle de Belgique dans son arrêt du 4 juin 2020 (relatif à l'interdiction des signes convictionnels pour les étudiants d'un établissement d'enseignement supérieur), à l'occasion duquel celle-ci considérait que « différentes conceptions de la “neutralité” peuvent être compatibles » avec les droits fondamentaux et

⁵⁵ *Ibid.*, point 40.

⁵⁶ *Ibid.*, point 34.

⁵⁷ *Ibid.*

qu'il « n'appartient pas à la Cour de privilégier une conception de la “neutralité” par rapport aux autres conceptions envisageables »⁵⁸.

Toutefois, en insistant à plusieurs reprises sur la justification « objective » de la nécessité d'une telle neutralité restrictive, la C.J.U.E. semble clairement envisager cette neutralité dans une perspective instrumentale – au service d'objectifs eux-mêmes extérieurs à la religion, tels que la cohésion sociale –, et exclure ainsi toute légitimité à une neutralité proprement idéologique.

Il revient désormais au juge national – en l'espèce, le tribunal du travail de Liège – de vérifier si l'interdiction des signes religieux fondée sur la neutralité, telle qu'adoptée et mise en œuvre par l'administration communale d'Ans, répond à un besoin objectivable et est mise en œuvre de manière systématique, ou si celle-ci équivaut plutôt à une appréciation idéologique de la neutralité religieuse, considérée comme un « détournement » illégitime de la neutralité « au détriment de certains travailleurs ».

E. La neutralité peut-elle être « de tendance » ?

Convient-il pour autant d'écarter complètement la légitimité d'une invocation idéologique de la neutralité par l'employeur ? En s'appuyant sur le régime juridique dérogatoire de l'entreprise de tendance, tel que formalisé en droit belge et européen, et en prenant en compte la particularité belge liée à la reconnaissance de la laïcité en tant que philosophie non confessionnelle, il est en effet possible d'envisager la neutralité comme un courant convictionnel propre à l'entreprise⁵⁹.

La directive 2000/78/CE prévoit en effet, pour les « organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions »⁶⁰, une dérogation à l'interdiction de la discrimination directement fondée sur la religion du travailleur, en permettant à l'employeur – sous certaines conditions – d'exiger de son personnel un degré accru de loyauté eu égard à l'éthique convictionnelle de l'entreprise. De même la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme octroie-t-elle une certaine latitude aux employeurs de tendance dans la justification d'éventuelles restrictions à la liberté de conscience, à la liberté d'expression ou au droit à la vie privée de leurs travailleurs⁶¹.

⁵⁸ C.C., n° 81/2020 du 4 juin 2020, B.24.2. Sur cet arrêt, voy. S. WATTIER et L. VANBELLINGEN, « L'arrêt n° 81/2020 de la Cour constitutionnelle : de la neutralité pluraliste à la pluralité des formes de neutralité ? », *T.O.R.B.*, 2020-2021, pp. 333-340.

⁵⁹ F. GAUDU, « L'entreprise de tendance laïque », *Droit social*, 2011, n° 12, pp. 1186-1189 ; V. VALENTIN, « La notion d'entreprise de conviction “laïque” », in B. Callebat, H. de Courrèges et V. Louvel-Parisot (dir.), *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs [actes du colloque international, Université de Rouen, 20 et 21 octobre 2016]*, coll. Droit et religion, n° 9, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 271-284.

⁶⁰ Art. 4, § 2, de la directive 2000/78/CE.

⁶¹ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêts *Obst c. Allemagne* et *Schüth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, req. n°s 425/03 et 1620/03.

Encore s'agit-il de s'accorder sur la possibilité, pour l'employeur, de revendiquer une approche convictionnelle ou idéologique – c'est-à-dire non neutre – de la neutralité, qui passerait par une restriction généralisée des expressions religieuses sur le lieu de travail. Cette neutralité areligieuse, voire antireligieuse, s'écarterait de toute prétention à l'impartialité, pour se voir revendiquée par l'employeur en tant que socle convictionnel de son entreprise. De même qu'un hôpital affirmerait son ancrage chrétien, une crèche pourrait ainsi se réclamer « de tendance neutre ».

Cette hypothèse n'a pas encore fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle véritable à ce jour. Outre la discussion sur la possibilité d'une « convictionnalisation » de la neutralité, deux autres éléments de la théorie de l'entreprise de tendance rendent la reconnaissance de l'entreprise de tendance neutre ardue en pratique.

Premièrement, il convient de s'accorder sur le type d'organisations éligibles au statut d'entreprise de tendance⁶². Si le droit de l'Union prévoit un champ d'application *ratione personae* très large, en visant non seulement les « églises », mais aussi les « autres organisations publiques ou privées »⁶³, la Cour européenne des droits de l'homme n'a, à ce jour, pas encore formellement validé l'éligibilité d'une entreprise commerciale au statut d'organisation de tendance. *A fortiori*, l'hypothèse d'une organisation publique – telle qu'une administration communale – revendiquant une tendance soulève de sérieux débats. Sur ce point, la reconnaissance par la Cour constitutionnelle de Belgique, dans l'arrêt évoqué plus haut, d'une pluralité des formes légitimes de neutralité, laisse peut-être entrevoir la pertinence d'une neutralité convictionnelle au sein de l'administration.

Deuxièmement, même à considérer qu'une organisation de travail neutre serait éligible au statut d'entreprise de tendance, encore convient-il, pour l'employeur, d'opérer des restrictions admissibles sur le plan de la liberté de religion et de la non-discrimination du travailleur concerné. Seront ici pris en compte, comme nous l'indique la directive 2000/78/CE et son interprétation par la C.J.U.E.⁶⁴, la « nature des activités » de l'organisation, le « contexte dans lequel elles sont exercées », de même que l'étroitesse du lien entre le contenu de la fonction du travailleur et l'éthique convictionnelle sur laquelle est fondée l'organisation. Ainsi, autant le responsable ou le porte-parole d'une organisation de tendance neutre pourra se voir exiger une conformité d'apparence aux convictions neutres de son employeur, autant une telle exigence s'avérerait plus diffi-

⁶² Voy. X. DELGRANGE, « L'entreprise de tendance, c'est tendance! (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Egenberger*, 17 avril 2018, C-414/16 et Gde Ch., arrêt *IR*, 11 septembre 2018, C-68/17) », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, n° 119, pp. 655-686.

⁶³ Art. 4, § 2, de la directive 2000/78/CE.

⁶⁴ C.J.U.E., arrêt *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, 17 avril 2018, C-414/16, et arrêt *I.R. c. J.Q.*, 11 septembre 2018, C-68/17.

cilement justifiable dans le chef d'une personne chargée de la comptabilité ou de l'entretien des bâtiments au sein de l'entreprise⁶⁵.

F. Le double paradoxe du droit au secret des convictions et de la neutralité

Dans la mise en application concrète de la politique de neutralité d'apparence, une difficulté peut rapidement surgir dans le chef de l'employeur : comme nous l'avons évoquée en première partie, comment celui-ci pourrait-il affubler de manière discrétionnaire le port d'un certain vêtement ou couvre-chef d'une signification religieuse, dans le cas où le travailleur ne revendique pas lui-même le caractère religieux d'une telle apparence, sans que soit ainsi remis en cause le respect de la neutralité et du droit au secret des convictions ? Cet écueil était précisément pointé par le tribunal du travail de Bruxelles, dans le jugement de renvoi préjudiciel à la Cour de justice concernant l'affaire *L.F. c. S.C.R.L.* : y est précisé le fait que le port du foulard islamique par la travailleuse en question « n'est pas en soi un symbole univoque de cette religion, vu qu'une autre travailleuse pourrait choisir de le porter pour des motifs esthétiques, culturels ou même pour un motif de santé et qu'il ne se distingue pas forcément d'un simple bandana ». Dès lors, selon le tribunal, « sauf à laisser libre cours aux préjugés, le marquage convictionnel d'un foulard n'est pas manifeste et ne pourra être mis à jour le plus souvent que si celle qui l'arbore est contrainte de révéler sa motivation à son employeur »⁶⁶.

Comme nous l'avons évoqué en première partie, une interdiction qui viserait le port de tout couvre-chef et non le port de signes convictionnels permettrait certes de conserver une prétention à la neutralité et d'écarter tout risque de violation du droit au secret des convictions. Cependant, dès le moment où le travailleur concerné invoquera le respect de la liberté de religion et la non-discrimination liée à la religion, l'interdiction de simples couvre-chefs s'en verra largement affaiblie. Cette dernière hypothèse requiert néanmoins du travailleur qu'il renonce à son droit à garder le silence sur ses convictions.

G. Comment prouver la nécessité (économique) de la neutralité d'apparence ?

Parmi les critères de proportionnalité de la restriction déployés au fil de la jurisprudence de la C.J.U.E., figure le critère central relatif à la nécessité pour l'employeur de démontrer que sa politique de neutralité correspond à un

⁶⁵ J.-P. SCHOUPE, « Vers un régime juridique des entreprises de tendance à la lumière de la jurisprudence européenne », *Recht, religie en samenleving*, 2018, pp. 45-74.

⁶⁶ Trib. trav. Bruxelles, 17 février 2022, disponible sur www.unia.be.

« besoin véritable »⁶⁷. Entière reste néanmoins la question de savoir par quels moyens l'employeur est en mesure d'apporter une telle preuve. S'agissant en particulier d'entreprises commerciales, démonstration doit-elle être faite de la nécessité économique d'une interdiction des pratiques et signes religieux dans la sphère du travail⁶⁸? Exemple peut être pris d'une méthode qui tendrait à prouver le caractère économiquement profitable – voire indispensable –, pour l'entreprise, de l'absence de toute apparence religieuse chez les travailleurs en contact avec la clientèle : une telle preuve est-elle non seulement possible, mais surtout acceptable? Outre les problèmes d'effectivité qu'il soulève, le risque existe en effet que l'admissibilité d'un tel argument d'ordre économique fasse en réalité basculer l'employeur dans l'intégration illégitime d'injonctions discriminatoires de sa clientèle⁶⁹.

H. Exigences procédurales : bonne foi contractuelle et ouverture au dialogue

Une dernière dimension non négligeable du test d'admissibilité de la politique de neutralité a trait au volet procédural du contrôle de proportionnalité. Il nous semble en effet non seulement pertinent, mais plus fondamentalement nécessaire de prendre en compte certains critères additionnels, moins liés au contenu de la politique de neutralité en tant que tel qu'à la manière dont est effectuée la « pondération des intérêts en présence »⁷⁰.

Le critère de « bonne foi contractuelle »⁷¹ renvoie à cet égard à la responsabilité partagée de l'employeur et du travailleur concernés de se garder de toute prétention excessive dans le cadre d'un tel contentieux : dans le chef du travailleur, l'on pense par exemple à un « prosélytisme de mauvais aloi »⁷² qui fermerait la porte à toute remise en question ; dans le chef de l'employeur, l'on pense au refus systématique de prendre en considération le moindre aménagement de sa politique de neutralité.

L'enjeu porte en ce sens sur l'ouverture simultanée de l'une et l'autre partie à une démarche de dialogue : de même que la sincérité sera évaluée tant dans le chef de l'employeur – du point de vue de la cohérence de sa politique – que

⁶⁷ C.J.U.E., arrêt *L.F. c. S.C.R.L.*, point 40.

⁶⁸ V. VALENTIN, « Freedom of conscience in private company. An economic or a political problem? », in C. Proeschel, D. Koussens et F. Piraino (éd.), *Religion, Law and the Politics of Ethical Diversity. Conscientious Objection and Contestation of Civil Norms*, Londres, Routledge, 2021, pp. 79-89.

⁶⁹ D. MARTIN, « Cachez ce voile que je ne saurais voir! L'interdiction de discrimination fondée sur la religion vue par la C.J.U.E. », *Droit social*, 2018, n° 4, p. 321 ; F. DORSEMONT, « La liberté de religion sur le lieu de travail et la Cour de justice de l'Union européenne : Retour au principe *Cuius Regio, Illius Religio*? », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2017, n° 2, p. 109.

⁷⁰ C.J.U.E., arrêt *O.P. c. Commune d'Ans*, point 40.

⁷¹ C. WILLMANN, « La bonne foi contractuelle et les convictions religieuses », *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, 1999, n° 21, p. 900.

⁷² Cour eur. D.H., arrêt *Larris e.a. c. Grèce*, 24 février 1998, req. n° 140/1996/759/958-960, § 45.

dans celui de l'employé – s'agissant du lien entre la pratique qu'il revendique et les convictions qu'il invoque –, la prise en compte de possibles « solutions négociées »⁷³ en tant que méthodes non juridictionnelles de résolution du litige n'aura de sens que si chacune des parties s'avère disposée à les envisager.

Section 3

Autres actualités et jurisprudences variées

Contre tous raccourcis idéologiques, la jurisprudence impose progressivement une plus grande méticulosité dans l'appréciation de ces matières. Les pesées de fond deviennent progressivement plus objectives et plus complexes. Moins de latitudes sont laissées aux simples velléités subjectives, soupçonnées de travestir une position arbitraire que ce soit dans le chef de la partie faible ou de la partie forte. Les aspects procéduraux prennent une importance croissante. Il en va notamment de reconstruire intersubjectivement une troisième voie, entre une objectivité inatteignable en ces matières, et une simple subjectivité discrétionnaire. Une dimension procédurale prend ainsi davantage de poids, et avec elle des pratiques de dialogue, de concertation et de médiation entre les parties prenantes⁷⁴.

Si les contentieux les plus médiatisés et les plus virulents concernent la discrimination selon les apparences, notamment comme on vient de le rappeler à propos de certaines prohibitions du port de signes dits convictionnels, on ne peut limiter le contentieux de la discrimination en matière religieuse ou philosophique à ces hypothèses, voire à une religion spécifique, souvent seule au cœur de ces débats. Toutes les appartenances minoritaires constituent un facteur de risque, et les contentieux se compliquent encore lorsque des litiges opposent des minorités entre elles. Et si la façon d'aborder les contextes de droit public ou de droit privé se rapproche progressivement, comme en atteste la jurisprudence qui vient d'être examinée plus haut, les différences de régimes

⁷³ L'on pense ici aux solutions alternatives préconisées par Unia dans le cadre de sa stratégie de résolution des litiges en matière de discrimination. En matière de gestion des expressions convictionnelles au travail, cette stratégie passe en particulier par la méthode du *plus grand dénominateur commun* : sur ce point, voy. P. CHARLIER et N. DENIES, « Religious and cultural diversity in Belgium : Finding the common denominator », in M.-C. Foblets et K. Alidadi (éd.), *Public commissions on cultural and religious diversity. National narratives, multiple identities and minorities*, Londres-New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, pp. 204-213 ; D. BOUZAR et N. DENIES (éd.), *Diversité convictionnelle : Comment l'appréhender ? Comment la gérer ?*, Louvain-La-Neuve, Academia, 2014. À cet égard, voy. aussi E. ROUMÉAS, « Religious Diversity in the Workplace : The Case for Alternative Dispute Resolution », *Political Studies*, février 2020, vol. 68, n° 1, pp. 207-223 ; I. AENDENBOOM et N. DENIES, « What place for mediation and conciliation/negotiation in discrimination cases? », *European Anti-Discrimination Law Review*, 2012, n° 14, pp. 21-33.

⁷⁴ Voy. par exemple comment ont été juridiquement surpassées les plaintes envers les fermetures de lieux de cultes durant la crise du covid et de leurs dimensions discriminatoires : M. NIHOUL, S. WATTIER et F. XAVIER, « L'art de la juste mesure dans la lutte contre le coronavirus face à la dimension collective de la liberté de culte. Obs. sous C.E. fr., ordonnance *M.W. et autres*, 18 mai 2020 [covid] », *Rev. trim. dr. h.*, 2020, n° 124, pp. 1029-1063.

demeurent marquées, au gré notamment de rapports distincts à l'intérêt général. Plus spécifiquement on se souviendra que l'exigence de non-discrimination comporte deux versants : ne pas traiter de façon différente des situations identiques, mais aussi traiter de façon différente des situations différentes⁷⁵.

On voudrait ici en fournir quelques exemples récents qui, loin d'être exhaustifs, contribuent à la réflexion, sans revenir cette fois sur les grands contentieux relatifs à l'apparence et aux effets vestimentaires de nos concitoyens⁷⁶, ni sur les relations de travail. Il y va non seulement du large champ d'application de la loi du 10 mai 2007 et des décrets associés, plus étendus que celui de la directive 2000/78/CE, mais plus généralement aussi de la garantie de non-discrimination dans le cadre des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Un examen rapide de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg de ces trente dernières années indique d'emblée que l'essentiel des affaires en matière religieuse a donné priorité à la question de la liberté (art. 9 C.E.D.H.) sur celle de la discrimination (art. 14 C.E.D.H.). Et sur une centaine d'affaires invoquant une rupture d'égalité liée à un aspect religieux ou philosophique, un peu plus de vingt arrêts concluent spécifiquement au regard des articles 14 et 9 combinés : 10 arrêts à une non-violation, et 13 arrêts à une violation de ces doubles dispositions. Seuls trois types de contentieux ont particulièrement conduit à ces constats de violation et à la condamnation de l'État : des cas de refus injustifié d'admettre un mouvement minoritaire à un régime local de cultes reconnus ; des cas de discrimination entre conjoints de religions différentes dans le cadre de droit de garde des enfants ou d'exercice de l'autorité parentale ; et enfin le constat par la Cour d'une inaction sélective des autorités publiques, généralement policières mais aussi scolaires, face à des formes diverses de harcèlement envers certaines communautés convictionnelles. Plus fondamentalement, la Cour de Strasbourg se désiste depuis de nombreuses années en invoquant la « nature délicate de ces questions » qui demeurent « raisonnablement controversables en démocratie ». La marge d'appréciation accordée aux États est alors si grande que peu de constats de violation sont encore imaginables.

En Belgique, hormis les affaires liées à la neutralité d'apparence, les décisions en la matière sont assez rares. On évoquera récemment la prohibition des abatages rituels sans étourdissement préalable, des plaintes pour discrimination

⁷⁵ On renvoie notamment à Cour eur. D.H., Gde Ch., arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, req. n° 34369/97 (à propos d'un casier judiciaire militaire pour refus de port d'uniforme, tenu pour non pertinent par la Cour pour justifier la décision grecque de refuser l'accès du requérant, Témoin de Jéhovah, à la profession de comptable).

⁷⁶ On renverra aussi à cette catégorie, les contentieux relatifs à la nature des barbes, des tatouages, piercings et badges divers, ou encore à la signification diverse des régimes alimentaires... Voy. à propos d'un arrêt de la Cour de cassation de France du 8 juillet 2020, M. LEROYER, « Comment tailler sa barbe : neutralité religieuse ou discrimination », *Rev. trim. dr. civ.*, 2020, pp. 858-860 ; B. BOSSU, « Port de la barbe et discrimination fondée sur la religion », obs. sous Cass. Fr., 8 juillet 2020, *La Semaine juridique*, éd. S., 2020, n° 2092.

introduite par des fidèles ayant quitté leur Église (en l'occurrence la Congrégation des Témoins de Jéhovah), ou encore le statut des femmes dans l'Église catholique. On mentionnera également les contentieux, non pas en discrimination, mais en incitation à la discrimination impliquant différents discours religieux de condamnation morale collective. Il serait toutefois trompeur de s'en tenir à la rareté des contentieux judiciaires. Le rôle majeur de l'action préventive et médiatrice d'Unia doit être souligné tant les interventions de l'Equality Body belge constituent l'essentiel d'une politique publique et expliquent pour une part significative la rareté du passage au judiciaire, pénal ou civil.

A. Réglementation du bien-être animal : halal ou cachère, tout pareil ?

Un premier dossier marquant est celui de l'imposition d'un étourdissement préalable à l'abattage des animaux de boucherie⁷⁷. L'abandon, en Flandre puis en Wallonie, des dérogations européennes prévues au bénéfice des abattages rituels a non seulement mis en tension liberté de religion et bien-être animal, mais a aussi posé deux questions en termes de discrimination : d'une part entre les restrictions apportées à des pratiques religieuses et le blanc-seing laissé simultanément aux pratiques sportives de la chasse, de la pêche (voire de la corrida dans d'autres pays, au titre du patrimoine national), et d'autre part, d'une discrimination entre les pratiques juives rendues totalement impossibles et les pratiques musulmanes, seules compatibles avec un accommodement négocié et octroyé par les législateurs flamand et wallon. Garantir aux cultes la pratique d'étourdissements « réversibles », c'est-à-dire d'étourdissements qui n'équivalent pas à la mise à mort des bovins par perforation de la boîte crânienne, mais par d'autres techniques plus coûteuses et plus rares d'endormissement provisoire, ne prend en effet en compte que des usages musulmans, conformes à des normes religieuses de certification transnationale émises sous l'égide notamment de la Malaisie, sans portée pertinente dans le judaïsme. Tant les décisions de la Cour constitutionnelle que celles de la Cour européenne des droits de l'homme ont écarté sans guère de motivation ces deux reproches de discrimination. Sur le décalage entre l'abattage rituel et les pratiques sportives de la chasse, seule une motivation laconique vient écarter toute comparabilité entre des pratiques religieuses minoritaires et d'autre part le patrimoine culturel de la bourgeoisie européenne⁷⁸.

⁷⁷ L.-L. CHRISTIANS, « Bien-être animal et minorités religieuses en Belgique. Quand le droit s'écrit entre conflit de conscience(s) et querelle des méthodes », *R.B.D.C.*, 2021, n° 1, pp. 61-91 ; X. DELGRANGE, H. LEROUXEL et J. VRIELINK, « L'abattage rituel », in L.-L. Christians, S. Wattier et Fr. Amez (dir.), *Les grands arrêts belges en matière de religions et de philosophies*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 596 et s.

⁷⁸ Cour eur. D.H. (1^{re} instance), arrêt *Executief van de Moslims van België e.a. c. Belgique*, 13 février 2024, req. n° 16760/22 e.a., § 147 : « les requérants n'ont pas démontré être dans une situation analogue ou comparable aux chasseurs et aux pêcheurs. En effet, la situation des pratiquants juifs et musulmans qui souhaitent consommer de la viande issue de l'abattage rituel se distingue de celle des chasseurs et pêcheurs qui

Sur le décalage entre l'accommodement offert aux musulmans, mais sans pertinence pour les communautés juives, la motivation semble étonnamment elliptique⁷⁹ : lorsque deux cultes présentent des spécificités différentes, comment tenir que l'accommodement pertinent pour l'un suffit à établir la proportionnalité de la mesure envers l'autre, sans réelle discussion ni considération ? Les communautés juives auraient-elles dû ne pas voir jointe leur cause à celles des requérants musulmans, pour obtenir une motivation pertinente à leur égard ? On sait combien les communautés juives, sur bien des dossiers, s'estiment victimes collatérales des politiques publiques suscitées par des pratiques musulmanes (on renverra par exemple aux mêmes constats relatifs à la question de la circoncision⁸⁰, de l'enseignement à domicile⁸¹, etc.). La pratique parlementaire du dialogue et de la concertation avec les parties prenantes a été soulignée comme un élément décisif par la jurisprudence citée, et c'est là un point majeur sur lequel on reviendra en conclusion. Mais ne convenait-il pas que la Cour constitutionnelle et la Cour européenne mesurent précisément de façon

procèdent à la mise à mort d'animaux. En outre, ces conditions de mise à mort se révèlent sensiblement différentes. Tel que l'a relevé la C.J.U.E. (points 91 à 93 de l'arrêt cité aux paragraphes 7 et 8 ci-dessus), l'abattage rituel étant effectué sur des animaux d'élevage, leur mise à mort se déroule dans un contexte distinct de celui des animaux sauvages abattus dans le cadre de la chasse et de la pêche récréative. Il ne saurait en aller autrement de la pêche de poissons d'élevage qui s'effectue dans un milieu aquatique fondamentalement différent des abattoirs. Dès lors que les requérants ne se trouvent pas dans une situation analogue ou comparable à celle des chasseurs et des pêcheurs, il n'y a pas lieu de rechercher si la différence de traitement litigieuse repose sur une justification objective et raisonnable (voy., par exemple, *Fábián*, précité, §§ 133-134) ».

⁷⁹ Cour eur. D.H. (1^{re} instance), arrêt *Executief van de Moslims van België e.a. c. Belgique*, req. n° 16760/22 e.a., 13 février 2024, § 119 : « Il n'appartient pas à la Cour de dire si cette alternative satisfait aux préceptes de la religion dont les requérants se revendiquent. En revanche, ceci montre, comme la Cour l'a déjà relevé (paragraphes 110 et 110 ci-dessus), que les autorités concernées ont cherché à peser les droits et intérêts en jeu et à trouver un juste équilibre entre ceux-ci (*Association de solidarité avec les Témoins de Jéhovah et autres c. Turquie*, n° 36915/10 et 8606/13, § 103, 24 mai 2016). Aussi la Cour estime que la mesure litigieuse s'inscrit dans le cadre de la marge d'appréciation dont les autorités nationales disposent en la matière » ; § 150 : « en ce qui concerne la situation des pratiquants juifs comparée à celle des pratiquants musulmans (grief invoqué dans les requêtes n° 16849/22, 16850/22, 16857/22, 16860/22, 16864/22, 16869/22, 16877/22, 16881/22), il ne sied pas à la Cour, en tant que juridiction internationale, de se prononcer sur le contenu des préceptes alimentaires en matière religieuse, à plus forte raison lorsque ceux-ci sont discutés (paragraphe 86 ci-dessus). En tout état de cause, la Cour estime, à l'instar de la Cour constitutionnelle (considérant B.44.2 des arrêts de la Cour constitutionnelle), que la seule circonstance que les préceptes alimentaires de la communauté religieuse juive et ceux de la communauté religieuse musulmane sont de nature différente ne suffit pas pour considérer que les croyants juifs et les croyants musulmans se trouvent dans des situations sensiblement différentes par rapport à la mesure litigieuse au regard de la liberté religieuse. Les situations dénoncées ne pouvant être considérées comme sensiblement différentes, il n'y a pas lieu de rechercher si l'absence de différence litigieuse reposait sur une justification objective et raisonnable ».

⁸⁰ Voy. par ex. L.-L. CHRISTIANS, X. DELGRANGE et H. LEROUXEL, « La circoncision rituelle en droit belge », in V. Fortier (dir.), *La circoncision rituelle. Enjeux de droit, enjeux de vérité*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2016 (Société, droit et religion en Europe) ; H. LEROUXEL et X. DELGRANGE, « La circoncision rituelle », in L.-L. Christians, S. Wattier et Fr. Amez (dir.), *Les grands arrêts belges en matière de religions et de philosophies*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 570-595.

⁸¹ M. EL BERHOUMI, « L'enseignement à domicile perquisitionné – Commentaire de l'arrêt 107/2009 de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, 2009/37, n° 6371, pp. 701-705.

plus attentive les poids et mesures radicalement différents attribués par les Parlements aux deux rites mis en cause⁸² ?

Ce premier cas concernait la mise en balance de la garantie de liberté de religion et le droit aujourd'hui constitutionnel de tous les êtres sensibles au bien-être (art. 7bis, al. 2, de la Constitution introduit, après ce contentieux, le 15 mai 2024). L'interrogation soulevée ici est plus spécifique : elle concerne le fait de tenir « les religions » pour une unique réalité homogène, sans en observer les particularités singulières. « Passer au bleu » une telle question ne semble pas honorer ce que devrait être une motivation judiciaire à la hauteur des standards annoncés.

Une deuxième série de cas concerne des plaintes en discrimination au sein même d'organisation religieuse ou philosophique, ou d'une entreprise de tendance. Le droit de non-discrimination s'y trouve balancé par la garantie d'autonomie de ces organisations, tantôt au titre général de la liberté collective de religion et de conscience, tantôt au titre plus spécifique de la liberté d'association ou de la liberté d'entreprendre. Certaines de ces questions ont déjà été examinées plus haut dans le champ de l'emploi, et notamment lorsqu'on s'interrogeait sur le statut de tendance des entreprises se proclamant neutres pour des raisons idéologiques. On voudrait évoquer ici autres cas récents dans des contextes différents, qui ne concernent plus la relation d'emploi.

Une Église (comme tout aussi bien une Loge ou une association de la Laïcité organisée, etc.) peut-elle instaurer des distinctions entre ses fidèles ou ses membres et y attacher des conséquences internes ? Les débats publics évoquent fréquemment la question de l'égalité des sexes dans l'accès à certaines fonctions spirituelles, ou encore l'interpellation publique par des autorités religieuses ou philosophiques à l'encontre de catégories de personnes dont les pratiques, les propos ou les styles de vie se voient moralement interpellés ou discrédités. Les situations évoquées concernent des liens d'intensité variable, entre fidèles ou autorités de la même obédience, envers d'anciens membres, ou encore à l'égard de fidèles d'une autre obédience ou de tiers.

B. Autonomie des cultes et philosophies : appel à la dissidence – blâme à la dissidence : incitations à la discrimination ?

Dans une affaire qui concernait le statut des dissidents et anciens membres des Témoins de Jéhovah et les règles religieuses à leur encontre, la Cour de cassation par un arrêt de principe du 19 décembre 2023, énonce que « les droits

⁸² L.-L. CHRISTIANS et S. WATTIER, « Le bien-être animal et les minorités religieuses », *Ann. dr. Louvain*, vol. 2022, n° 2 (2023), pp. 337-363, spéc. p. 353 où l'on discute la formule ambiguë de l'arrêt qui indique « ne pas examiner la justesse ou la légitimité de cet acte au regard du moindre dogme juif ou islamique ni son importance précise au sein de ces religions » (B.18.2).

fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et la Constitution priment sur les dispositions pénales nationales. Il appartient aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la Convention et la Constitution, sans préjudice de la compétence de la Cour constitutionnelle. Il n'est pas exclu que les droits fondamentaux consacrés par les articles 9, 10 et 11 de la Convention et l'article 19 de la Constitution empêchent, même lorsque les éléments constitutifs des infractions d'incitation de la loi anti-discrimination sont réunis, l'application de ces infractions à un comportement concret inspiré par une règle religieuse »⁸³. Le principe rappelé est formel en droit. Le principe d'autonomie des groupes religieux et philosophiques doit être pris en compte et le cas échéant primer⁸⁴. Il reste que la Cour soumet ce principe à des conditions de proportionnalité, qui doivent être examinées à la lumière des faits de chaque espèce. Pour les dissidents et ex-Témoins, les prescrits religieux de la congrégation constituaient une politique d'évitement telle qu'elle équivalait à une incitation à la discrimination sur la base de leur dissidence religieuse, sanctionnable en vertu de l'article 22 de la loi du 10 mai 2007. C'est ce qu'admit le jugement du tribunal de première instance de Gand du 16 mars 2021, mais qui fut réformé par un arrêt de la cour d'appel de Gand du 22 juin 2022⁸⁵ (à l'encontre duquel le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation). La cour d'appel a estimé en l'espèce que l'impérativité propre des règles religieuses demeurerait très faible, tant en droit religieux qu'en fait. En droit religieux, la cour semble prendre en compte la présentation faite par le chef de culte : « le croyant individuel suivra sa conscience religieuse personnelle pour avoir ou ne pas avoir moins ou ne plus du tout fréquenter cette personne, comme l'indiquent 1 Corinthiens 5:11-13 et Jean 1:9-11 ». Il n'y a aucun doute, poursuit la cour, sur le fait « que la politique d'évitement n'implique pas que les Témoins de Jéhovah volontairement ou involontairement exclus soient activement approchés, assiégés, intimidés, menacés ou harcelés par des membres encore affiliés ». Au surplus, la cour de Gand énonce que « la simple citation de textes bibliques ne peut guère être comprise comme [incitant littéralement à la discrimination] sans violer manifestement les articles 9 de la [Convention européenne des droits de l'homme] et 19 de la Constitution ». La minutie des analyses de la cour d'appel de Gand mérite l'attention – non pas ici pour discuter les faits de l'espèce, mais – pour prendre la mesure des exigences d'objectivation mises en œuvre. Le principe de proportionnalité empêche de surdéterminer la performa-

⁸³ Cass., 19 décembre 2023, J.T., 2024, n° 6992, pp. 487-490, obs. L.-L. CHRISTIANS, « Autonomie des cultes et hiérarchie des normes : règle religieuse *versus* discrimination ? » ; voy. sur des contentieux antérieurs, Y. THIELS, « L'excommunication : une liberté religieuse controversée. Note sous Cass., 18 décembre 2008 », J.L.M.B., 2009, pp. 676 et s.

⁸⁴ Voy. déjà J. VELAERS, « De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten », in J. Velaers (dir.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Anvers, Maklu, 2003, pp. 327-389 ; P. DE POOTER, « De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in de religieuze gemeenschappen en levensbeschouwelijke groepen », in *ibid.*, pp. 489-509.

⁸⁵ Gand, 7 juin 2022, R.G. n° 1654952596, disponible sur www.unia.be.

tivité des rites et prescrits convictionnels, même si leur impact émotionnel demeure très singulier, parfois au-delà du cercle des fidèles. Qu'il s'agisse d'examen à charge ou à décharge, la prise en compte de normativités religieuses doit en cela être « factualisée » : c'est leur efficience pragmatique, plutôt qu'abstraite, réelle plutôt que potentielle, qui est à prendre en compte par le juge. Ce même constat aurait pu conduire à une lecture plus attentive de la variation des usages juifs et musulmans évoqués plus haut en matière d'abattage rituel.

C. Femme en Église : entre formation et ordination religieuse, discrimination selon le sexe ou perte de chance ?

Le 25 juin 2024, le tribunal de première instance d'Anvers, en sa division de Malines⁸⁶, a estimé engagée la responsabilité civile extracontractuelle des ancien et actuel archevêques de Malines-Bruxelles pour avoir refusé la demande d'une fidèle d'être admise à une formation de diacre pour la seule raison de son sexe.

Tout en reconnaissant à titre principal l'autonomie organisationnelle des cultes, le tribunal a estimé que les archevêques avaient commis une faute, en faisant « d'emblée » du sexe de la personne un critère (de refus) à l'admission à la formation diaconale.

Le juge reconnaît qu'un tel constat de faute constitue une ingérence dans l'autonomie reconnue aux cultes par l'article 21 de la Constitution belge, en vertu de la séparation des Églises et de l'État. Néanmoins, celui-ci estime que cette séparation n'est pas absolue, et qu'une telle ingérence est justifiée en l'espèce par un « besoin social impérieux » visant à « garantir l'égalité entre les hommes et les femmes », en tant que « valeur fondamentale de la société démocratique ».

Le tribunal estime qu'il « ne touche pas au cœur de la liberté d'organisation de l'Église », dans la mesure où la demande visée « ne concernait que la *formation* de diacre », qui « n'entraîne pas automatiquement l'*installation* comme diacre ». Pourtant favorables à l'ordination diaconale aux femmes, les deux archevêques ont rappelé pour leur défense que le droit canonique ne permet pas en l'état actuel l'accès des femmes au ministère diaconal.

Par ailleurs, le tribunal se défend de vérifier le bien-fondé des motifs de refus, mais dit se limiter à une appréciation procédurale quant au « *traitement* de la candidature de la plaignante ».

⁸⁶ Tribunal de première instance d'Anvers, division de Malines, 25 juin 2024, R.G. n° 23/788/AA et 24/11/A, inédit (en néerlandais) ; B. D'OTREPPE, « L'Église jugée coupable de discrimination », *La Libre Belgique*, 26 juin 2024 ; G. DE PONTAC, « Condamnée pour avoir refusé à une femme la formation de diacre, l'Église de Belgique se défend de discrimination », *La Croix*, Actualité Religion, vendredi 28 juin 2024 ; Fr. CLOSE, « Ce tribunal n'a-t-il pas négligé le principe de séparation de l'Église et de l'État ? », *La Libre Belgique*, 23 juillet 2024.

Le tribunal reproche en l'occurrence aux autorités religieuses le fait que « sa candidature n'a même pas été prise en considération », quand bien même la requérante n'a « pas de droit subjectif » à être admise à cette formation. Une telle absence de prise en considération constituerait une faute civile qui n'est pas davantage explicitée par le jugement.

Quant au dommage, celui-ci correspond à la « perte de chance » de la candidate, qui correspond à un « préjudice moral » pour elle, « du seul fait qu'elle a été discriminée en raison de son sexe ». Le tribunal évalue ce dommage à 1500 euros, dans le chef de chacun des archevêques qui s'étaient succédé sur ce dossier.

Outre la condamnation des autorités religieuses pour discrimination et l'octroi de dommages et intérêts, la requérante réclamait également du tribunal qu'il intime aux autorités diocésaines de lui permettre d'accéder à la formation, sous peine d'astreinte. Le tribunal a jugé cette demande non fondée, en raison de l'article 21 de la Constitution belge, selon lequel « L'État n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque »⁸⁷.

Deux points méritent attention à la lecture de ce jugement, frappé d'un appel en cours.

Tout d'abord, le juge insiste sur un constat de discrimination issu du seul refus de prise en considération de la demande d'accès d'une femme à la formation diaconale, tout en se gardant de remettre frontalement en cause le droit ecclésial réservant l'ordination diaconale aux hommes. Abstraction faite du débat sur l'ouverture du diaconat aux femmes, une telle distinction entre l'accès à une *formation* et l'accès à un statut que la théologie catholique qualifie de *ministère* peut interroger⁸⁸. Ne faut-il pas observer que dans les usages présentés par les diocèses, une telle formation, si elle ne garantit pas automatiquement aux hommes qui la suivent l'ordination diaconale, n'a comme seule vocation que la préparation des personnes qui la suivent à la fonction de diacre, en tant que nouvel « état de vie » ? Cette formation se distinguerait ainsi d'une formation universitaire ou diocésaine en théologie, qui ne serait pas en soi destinée à mûrir la future investiture d'un tel « ministère »⁸⁹.

⁸⁷ Voy. déjà en ce sens, L.-L. CHRISTIANS, « Astreinte et conflits religieux », *Ann. dr. Liège*, 1989, pp. 439-456 ; Fr. AMEZ, « La responsabilité civile des autorités religieuses », *C.D.P.K.*, 2017/1-2, pp. 132-138.

⁸⁸ Si certaines femmes sont impliquées dans la formation des diacres permanents, celles-ci le sont dans le sens et dans la mesure où elles accompagnent leur époux dans la préparation, l'acceptation et l'exercice de ce ministère. On rapprochera le canon 1031, § 2, du Code de droit canonique de l'Église latine qui requiert le consentement de l'épouse du candidat au diaconat permanent.

⁸⁹ Le tribunal justifie sa décision en citant l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle de Belgique le 27 avril 2017, relatif au cas des inspecteurs des cours de religion dans l'enseignement obligatoire, dont le statut est qualifié d'intrinsèquement « hybride », en ce que ces inspecteurs dépendent à la fois de l'autorité civile et de l'autorité religieuse. Cette circonstance spécifique, permettant un contrôle plus étendu de la part du juge, est-elle rencontrée en l'espèce ? Certes, on observerait une « hybridité » entre un accès à la for-

Ensuite, le constat de faute extracontractuelle ne serait-il pas purement procédural en l'espèce, ne visant que l'absence de motivation des archevêques dans leur refus d'admission de la candidate ? En d'autres termes, le tribunal aurait-il conclu à l'absence de faute si les autorités diocésaines avaient pris la même décision tout en s'appliquant à y mettre les formes sur le plan de la motivation, par exemple en la fondant sur le droit canonique relatif au diaconat ? L'évocation par le tribunal d'une « perte de chance »⁹⁰ dans le chef de la requérante s'avère floue sur ce point : le juge vise-t-il ici la perte de chance de devenir diacre, ou la perte de chance de la requérante à s'expliquer et faire comprendre les raisons qui bornaient sa demande à seulement vouloir participer à une formation, sans prétendre devenir effectivement diacre ?

Section 4

De la complexité à l'intersubjectivité ? Procéduralisation, concertation, dialogue

5

Si des phénomènes de discrimination religieuse ou philosophique demeurent nombreux dans le monde et en particulier dans les sociétés monoculturelles face à leurs minorités, la sécularisation progressive des sociétés de l'Europe du Nord-Ouest ne met pas ces dernières à l'abri d'un retour des contentieux. On a souligné la progressive péjoration du religieux qui s'y joue, en partie en réaction à des phénomènes divers de « radicalisation » ou de « fondamentalisation ». Il reste que les polarisations qui se font jour semblent souvent dépasser les risques réels de passage à l'acte. Il ne s'agit pas ici d'aller plus avant dans ces thématiques devenues complexes. Il s'agit de s'interroger sur le rôle que les dispositifs juridiques peuvent (modestement) jouer en la matière.

mation et un accès au diaconat, mais en l'occurrence aucun n'emporte – comme le précise d'ailleurs le jugement – un effet civil. Voy. C.C., n° 45/2017 du 27 avril 2017, B.14.2 et B.14.3 : « [l']inspecteur de religion, en raison de sa nomination par la Communauté, jouit également du statut de fonctionnaire. Il bénéficie dès lors d'un statut hybride, relevant tant de la sphère culturelle que de la fonction publique. [...] Il résulte de ce qui précède que les inspecteurs de religion [...] sont, [...] soumis à un statut différent de celui des inspecteurs des autres cours nommés par la Communauté française. Cette différence découle de l'intervention conjointe des pouvoirs publics et du chef du culte dans la carrière de l'inspecteur de religion ». Sur cette jurisprudence, voy. L.-L. CHRISTIANS, « Droit belge et religions (1990-2022). Nomination et révocation des ministres du culte : entre souverainetés(s) et proportionnalité(s) », *A.P.*, 2022, pp. 233-253 ; R. MERTENS, « Droit belge et religions – L'autonomie contrastée des cultes et des communautés philosophiques non confessionnelles à l'égard des titulaires de fonctions religieuses et philosophiques hybrides », *A.P.*, 2024, pp. 222-237.

⁹⁰ Sur la perte de chance dans le contrôle judiciaire belge de procédures religieuses, voy. Mons, 23 décembre 2008 (*A. von K.*), *J.L.M.B.*, 2009, p. 700, obs. Fr. AMEZ, « Le régime belge des cultes sous la pression de la jurisprudence de Strasbourg » ; A. VATANDAS, *Les défis juridiques de la responsabilité civile dans un cadre religieux. Analyse critique à l'aune du droit national et européen*, UCLouvain, Mémoire de master en droit, 2024. Sur ce type d'application de la théorie de la perte de chance en droit belge, voy. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024 (qui note (note 2206) qu'un courant doctrinal majoritaire, auquel [elle se rallie], refuse toutefois la prise en compte des pertes de chances qui ne sont pas définitivement perdues).

On entrevoyait déjà il y a plus de vingt ans une nouvelle application au fait religieux du « principe de précaution », naguère déployé face à l'incertitude des O.G.M.⁹¹. Comment piloter des phénomènes d'incertitudes sans renforcer les biais de perception ? Deux réponses étaient rapportées par la littérature de l'époque : la première tenait au « moratoire », la seconde insistait sur un renforcement des pratiques de concertation, en prêtant plus d'attention aux capacités réelles des différentes parties prenantes⁹². Certaines pratiques de démocratie participative en ont découlé. Mais, plus proche d'une analyse juridique, ce sont les droits de la défense qui s'en sont vus consolidés, notamment en prenant en compte le statut des parties faibles, par les techniques d'inversion de la charge de la preuve. Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme semble progressivement plus attentive à la qualité du traitement procédural des contentieux nationaux, et à la densité de leurs débats contradictoires, les arrêts évoqués dans cette contribution laissent entrevoir combien cet examen pourrait encore s'améliorer⁹³. Autant la large marge d'appréciation reconnue aux États face aux « délicates questions religieuses » conserve un sens quant au fond du contentieux, autant le contrôle du niveau de concertation réel au cœur de ces affaires appelle une marge de progrès...

Les dispositifs progressivement mis en place par le Centre interfédéral pour l'égalité des chances, Unia, sont décisifs de ce point de vue. Après une période initiale qui laissait entrevoir un certain malaise à l'égard des convictions religieuses et philosophiques comme critère de discrimination, les méthodes mises en place pour le traitement de ces cas sont devenues un axe majeur du dispositif belge en la matière. On en souligne ici trois traits principaux. Les avancées d'Unia en matière religieuse et philosophique sont avant tout liées à des dispositifs préalables de concertation et de médiation, associés à un accompagnement des parties vulnérables dans la recherche créative de solutions⁹⁴. Ensuite, Unia développe de façon récurrente une prise de parole publique, distincte de toute procédure judiciaire, par laquelle cet organe indépendant signifie qu'une attitude ou des propos, à défaut de constituer une infraction, n'en sont pas moins estimés suboptimaux, voire questionnables éthiquement ou démocratiquement. Enfin,

⁹¹ Voy. nos développements dans L.-L. CHRISTIANS, « Vers un principe de précaution religieuse en Europe ? », *Annales d'études européennes*, 2000, pp. 229-273.

⁹² M. CALLON, P. LASCOUSMES et Y. BARTHE, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Seuil, 2001, avec des développements consacrés au port de signes confessionnels ; J. RINGELHEIM, « Le droit et la diversité culturelle : cartographie d'un champ en construction », in J. Ringelheim (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1-69. Voy. aussi la notion de « consentement concerté » chez O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », in H. Dumont, Fr. Ost et S. Van Drooghenbroeck, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441-482, spéc. pp. 466 et 475.

⁹³ M. AMBRUS, « The European Court of Human Rights and Standards of Proof in Religion Cases », *Religion and Human Rights*, 2013, vol. 8, n° 2, pp. 107-137.

⁹⁴ Voy. www.ediv.be/theme/unia2019/library.php?id=6 ; E. RESNE, « Le PGCD : un outil pragmatique », *Revue Politique*, 13 novembre 2020, disponible sur www.revuepolitique.be/le-pgcd-un-outil-pragmatique/.

face aux critiques parfois adressées à une trop grande singularisation des critères religieux et philosophiques, ressentie parfois comme voie trop « privilégiée » pour revendiquer certains aménagements anti-discriminatoires, Unia a adopté une approche plus intégrative. Proche du critère de la « nation la plus favorisée », le principe du « plus grand dénominateur commun » désigne une philosophie de gestion qui permet d'apporter « un bénéfice à tous à partir d'une demande particulière ». Ce concept peut s'appliquer aussi bien pour gérer les usagers d'un service public que des salariés dans une entreprise. Ce concept, précise Unia, « s'appuie sur la méthodologie recommandée par le Conseil de l'Europe » qui estime que « l'élaboration d'une vision et des indicateurs de progrès pour le bien-être pour tous s'appuie sur des processus délibératifs dans lesquels participent, sur un pied d'égalité, des citoyens représentatifs des "différences" sociales, y compris culturelles, religieuses, etc. La recherche d'une vision partagée permet de dépasser les clivages et éventuellement d'aller vers la définition de sens et de projets communs »⁹⁵. Le concept du PGDC repose sur l'idée qu'il y a lieu de « veiller à ce que la solution proposée puisse être appliquée et bénéficier au plus grand nombre sans discriminer "indirectement" les derniers arrivés ». Parmi de nombreux exemples, l'apparence de neutralité d'un horaire de travail peut conduire à des ruptures d'égalités au gré de contraintes religieuses qui ne pèsent que sur certains, par exemple en période de ramadan. Évaluer comment il est possible de réduire ce différentiel de charge ne passe pas alors par la prise en compte des seuls usages islamiques mais « par la concertation avec les "interlocuteurs sociaux", pour tenter de voir comment il est possible d'octroyer à tous les salariés la possibilité d'une plage horaire flexible, dont ils pourront disposer comme bon leur semble ».

Le renforcement des dispositifs de concertations, à tous les niveaux, est un instrument à la fois de prévention et de résolution des conflits. L'enjeu est de dépasser les *a priori* en donnant la parole aux parties prenantes, non pas pour mettre en palabre des dogmes religieux ou idéologiques, mais pour en mesurer les réelles portées pratiques, dans leur charge le cas échéant discriminatoire comme dans leur voie potentielle de solutions pragmatiques.

On a certes quitté ici les réponses les plus formelles du droit à l'égalité pour entrer dans les pratiques recommandées par des dispositifs d'équité. Il reste qu'à travers ces ouvertures progressives, semblent s'estomper certaines spécificités que le droit avait reconnues aux convictions religieuses et philosophiques et à leur protection contre les discriminations.

On distinguera toutefois précisément d'une part le statut spécifique des convictions religieuses et philosophiques quant à leur protection formelle contre les discriminations, qui appelle à examiner les questions qui ont été soulevées plus haut dans ce chapitre et d'autre part les dispositifs informels qui

⁹⁵ www.ediv.be/theme/unia2019/library.php?id=6.

tendent à optimiser des traitements plus intégrés en termes de bonne organisation. Les techniques d'échange et de concertation ont en commun d'être aujourd'hui recommandées sur ces deux versants. Elles demeurent toutefois distinctes dans leurs objectifs, d'égalité ou d'équité, et dans leur nature, obligatoire en droit, ou facultative en management.

Sur ces deux versants, il faudra continuer à s'interroger sur l'équilibre à trouver entre d'une part le statut de protection formelle dont le droit anti-discrimination fait spécifiquement bénéficier les convictions religieuses et philosophiques, comme appartenance mais aussi comme manifestation, et d'autre par l'émergence dans les sociétés sécularisées de nouveaux défis sécuritaires, voire de formes d'« insécurité culturelle »⁹⁶, dont l'objectivation réelle, plutôt que la simple présomption ou la simple invocation, devient un enjeu majeur. On a vu que la jurisprudence, plutôt timide et réservée sur ces questions, en objective lentement des conditions de fond et surtout de forme. Dans la lutte raisonnée contre les discriminations dont les croyants sont parfois victimes parfois auteurs, une des modalités d'objectivation tient en tout cas à renouer avec le « due process » d'un dialogue qui évite les généralisations abusives quant aux personnes, mais aussi quant aux concepts.

⁹⁶ Voy. par ex. O. ROY, *L'aplatissement du monde. La crise de la culture et l'empire des normes*, Paris, Seuil, 2022 ; E. HOWARD, « Religious Discrimination at the CJEU and the Social inclusion Approach », *European Labour Law Journal*, juin 2024, pp. 1-15.