

Comment appréhender le concept d'exigences professionnelles essentielles?

Trèves, 31 octobre 2006

Dr. Susanne Burri, Université d'Utrecht, les Pays-Bas

1. Introduction

La notion d'exigences professionnelles essentielles est un concept dynamique. Ainsi, les vues concernant les activités professionnelles qui devraient être accomplies uniquement par des hommes ou par des femmes ont certainement évolué ces dernières décennies. Jusqu'au début des années 80, par exemple, le métier et la formation de sage femme étaient exclus des dispositions relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes au Royaume- Uni. Cette exclusion a conduit la Commission européenne à entamer une procédure d'infraction. La Cour de Justice européenne est en 1983 encore sensible à des arguments qui reflètent des idées figées sur le rôle des hommes et des femmes dans ce domaine. Elle constate que «à l'heure actuelle, des susceptibilités personnelles peuvent jouer un rôle important dans les relations entre la sage-femme et sa patiente».¹ La Cour juge que le Royaume-Uni n'avait pas dépassé les limites permises par la Directive 76/207/EEC et que cette exclusion du champ d'application de la Directive était justifiée. Quinze ans plus tard, la Commission européenne constatait que la profession de sage-femme est totalement accessible aux hommes dans l'ensemble des États membres.² Cet exemple illustre bien le dynamisme du concept d'exigences professionnelles essentielles. Les exceptions en relation aux discriminations fondées sur le sexe ont souvent rapport à des professions traditionnellement dominées par les hommes, comme la police, certaines institutions pénitentiaires ou certaines parties de l'armée. Mais elles ont également rapport à des activités artistiques, des fonctions religieuses, le métier de mannequin etc.

Dans la jurisprudence de la Cour de Justice européenne et la législation une évolution se dessine également. La législation actuelle reflète en partie la jurisprudence de la Cour, qui a jusqu'à maintenant eu trait à des exceptions au principe d'égalité entre hommes et femmes. Souvent deux différents droits fondamentaux sont en conflit. Dans l'exemple précité, il s'agit d'une part de la protection de la vie privée et d'autre part, du principe fondamental d'égalité de traitement entre hommes et femmes. Souvent, il faut trouver un équilibre entre le respect des convictions religieuses et par exemple l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La législation en donne un exemple dans la directive cadre 2000/78/EC (article 4, paragraphe 2). Des considérations de sécurité publique peuvent quelques fois également s'opposer à l'application du principe d'égalité de traitement. Différents arrêts de la Cour ont trait à ce sujet.

Je vous propose de faire un tour des dispositions légales sur les exigences professionnelles essentielles en rapport avec différentes formes de discriminations et de la jurisprudence de la Cour en cette matière.

¹ Arrêt du 8 novembre 1983, affaire 165/82, Recueil 1983, p. 3431 (*Commission/Royaume-Uni*), paragraphe 20.

² COM (2000) 334 final, p. 8.

2. Législation communautaire

2.1 Égalité de traitement entre hommes et femmes

La première disposition sur les exigences professionnelles dans le droit communautaire a été l'article 2, paragraphe 2 de la Directive 76/207/CEE sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail. Cet article interdit toute discrimination fondée sur le sexe, qu'elle soit directe ou indirecte. Mais une exception au principe d'égalité de traitement est possible lorsque les conditions du second paragraphe sont remplies: « La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante. » Cette disposition a été amendée par la Directive 2002/73/EC et l'article 2, paragraphe 6 de la version consolidée de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'emploi est maintenant rédigé de la façon suivante:

« Les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. »

On notera que la nouvelle disposition ne s'applique plus à des activités professionnelles en général, mais seulement à l'accès à l'emploi et la formation d'activités professionnelles particulières. Le cadre dans lequel ces activités se déroulent peut être pris en compte. Quant aux exigences professionnelles, il faut désormais que ce soit une exigence professionnelle véritable et déterminante. De plus, l'objectif doit être légitime et le principe de proportionnalité doit être appliqué. Il faut donc que l'exception soit appropriée et nécessaire pour atteindre le but recherché. Il s'agit d'examiner chaque cas en particulier.

De plus, l'article 9, paragraphe 2 de la Directive 76/207/CEE oblige les États membres à examiner périodiquement les exceptions sur les exigences professionnelles compte tenu de l'évolution sociale et de voir s'il est justifié de maintenir ces exclusions. Ils doivent communiquer le résultat de cet examen à la Commission. Cette clause n'a pas été amendée par la Directive 2002/73/CE et a été seulement légèrement modifiée par la Directive 2006/54 (refonte). L'article 31, paragraphe 3 de cette dernière Directive stipule que les États membres doivent communiquer tous les huit ans les résultats de leur examen à la Commission.

Des exceptions relatives à des exigences professionnelles essentielles sont permises également par la Directive 2000/43/CE sur l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et la Directive cadre 2000/78/CE. Les dispositions relatives aux exigences professionnelles essentielles sont formulées en gros de la même façon, mais il existe certaines différences, notamment dans la Directive

cadre. La jurisprudence de la Cour sur ce sujet ne concerne jusqu'à présent que des exceptions au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes.

2.2 Égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique

L'exception concernant les exigences professionnelles n'est applicable que dans des circonstances très limitées, selon le récépissé (18) de la Directive 2000/43/CE. La Commission européenne cite comme exemples lorsqu'une personne d'une race ou origine ethnique déterminée doit être choisie pour un spectacle pour des raisons d'authenticité ou lorsqu'il s'agit de fournir des services d'ordre social à des personnes d'un groupe ethnique particulier et que ces services peuvent être le plus efficacement dispensés par une personne du même groupe.³

L'article 4 de la Directive stipule que « les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. » Le libellé de cet article ressemble en gros à celui de la Directive amendée sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (2002/73/CE). Mais on notera que le champ d'application de l'exception est plus étendu que dans la Directive 2002/73/CE. De plus, la Directive 2000/43/CE ne comprend pas d'obligation spécifique d'examen périodique d'exceptions relatives à cet article, mais une obligation générale de rapportage tous les cinq ans conformément à l'article 17.

2.3 Exigences professionnelles essentielles dans la Directive cadre

L'exception concernant les exigences professionnelles essentielles dans la Directive cadre est en partie formulée presque de la même façon que dans la Directive 2000/43/CE. Elle s'applique en principe aux discriminations fondées sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail. Il faut cependant signaler que les États membres ont le droit d'exclure les forces armées du champ d'application de la Directive cadre en ce qui concerne les discriminations fondées sur le handicap et l'âge (article 3, paragraphe 4). Ainsi tout un secteur peut être exclu, sans nécessité de justification. Cette disposition restreint considérablement la protection que la Directive cadre peut offrir contre des discriminations fondées sur le handicap ou l'âge.

Le premier paragraphe de l'article 4 de la Directive cadre concernant les exigences professionnelles essentielles est formulé de la façon suivante :

« 1. Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause

³ COM (1999) 566, p. 8.

constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. »

Une exception spécifique est formulée dans le deuxième paragraphe ayant trait à des organisations religieuses, leur offrant plus de liberté de choisir des personnes partageant les mêmes convictions religieuses pour certains emplois ou professions. Il est clair que cette possibilité peut être en conflit avec les interdictions de discrimination visées par la Directive cadre. Ceci est en particulier le cas pour des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, certaines églises, sectes ou organisations religieuses condamnant l'homosexualité. Voici le texte de ce deuxième paragraphe :

« 2. Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif.

Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation. »

Ce paragraphe introduit dans la dernière phase des négociations sur la Directive cadre manque particulièrement de clarté.⁴ Avec Ellis, on peut se demander quel est au premier abord son surplus de valeur en comparaison au premier paragraphe.⁵ La relation entre les deux paragraphes mérite également attention. Ainsi par exemple, le test à appliquer suivant le premier paragraphe de l'article 4 est plus strict que celui décrit dans le deuxième paragraphe. Mais une différence de traitement visée par le deuxième paragraphe se saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif.⁶

La Directive cadre ne comprend pas non plus d'obligation spécifique d'examen périodique d'exceptions relatives à l'article 4, mais une obligation générale de rapportage tous les cinq ans conformément à l'article 19.

⁴ Pour une analyse des différents critères à appliquer suivant ce paragraphe voir : C. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union : National Laws and the Employment Equality Directive*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2006, p. 126-128.

⁵ E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, oxford : Oxford University Press 2005, p. 283.

⁶ Ellis donne des exemples de justifications possibles selon les deux paragraphes : E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, oxford : Oxford University Press 2005, p. 284.

3. Jurisprudence de la Cour de Justice sur les exigences professionnelles essentielles

La jurisprudence de la Cour concerne jusqu'à maintenant l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2 de la Directive 76/207/CEE. Certains principes à appliquer se sont dessinés dans l'approche de la Cour dans différents arrêts, dont certains concernant une procédure d'infraction et d'autres, des décisions préjudicielles.⁷ Il est probable que cette jurisprudence, en partie déjà intégrée dans les nouvelles dispositions des Directives 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE et 2006/54/CE, servira à interpréter ces clauses également. Nous n'aborderons ici que les arrêts les plus importants et les aspects qui nous semblent primordiaux.

Les États membres jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour exclure certaines activités professionnelles du champ d'application de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Néanmoins, les dérogations sont soumises à des critères stricts. La Cour a souligné entre autres dans *Johnston* (222/84) qu'une dérogation au droit individuel d'égalité de traitement doit être sujette à une interprétation stricte. L'affaire *Johnston* concernait le port d'armes à feu par des agents masculins uniquement, dans l'exercice de leurs fonctions de policiers en Irlande du Nord. Les femmes policiers n'étaient pas munies d'armes à feu, ne recevaient pas de formation pour manier ces armes et étaient donc exclues de ces fonctions. On considérait entre autres qu'elles risquaient de devenir plus fréquemment des cibles d'attentats, cette politique étant motivée par les conditions particulières en Irlande du Nord, caractérisée par des troubles intérieurs graves. La Cour admet dans ces conditions particulières, une exception au principe d'égalité de traitement.

L'arrêt *Johnston* (222/84) montre qu'il s'agit d'examiner chaque situation en particulier, une exception générale au principe d'égalité de traitement n'est pas admise. De plus, les États membres ont l'obligation d'examiner périodiquement les exclusions dans le droit national. Dans l'arrêt *Commission/Royaume-Uni* (165/82), la Cour considère une exclusion de tous les emplois dans les résidences privées ou dans les entreprises dont le nombre d'employés n'excède pas cinq injustifiée, de par son caractère général. De même, dans l'arrêt *Commission/France* (318/86) la Cour souligne que la dérogation de peut que viser des activités professionnelles spécifiques. Elle ajoute que la dérogation doit avoir une certaine transparence, permettant un contrôle utile par la Commission et, en principe, être susceptible d'adaptations à l'évolution sociale. La Cour juge donc contraire à la Directive un système d'attribution de postes dans un corps de fonctionnaires selon un certain pourcentage respectivement à des femmes ou à des hommes. La Cour suit la même approche dans l'arrêt *Kreil* (C-285/98), qui concerne l'exclusion des femmes de presque tous les postes de la *Bundeswehr* en République fédérale d'Allemagne. Une telle exception ne peut être justifiée par la nature spécifique des postes en question ou le cadre particulier dans lequel ces activités ont lieu. De même, la Cour n'accepte pas une

⁷ Il s'agit des arrêts suivants: Arrêt du 8 novembre 1983, affaire 165/82, recueil 1983, p. 3431 (*Commission/Royaume-Uni*) ; arrêt du 21 mai 1985, affaire 248/83, recueil 1985, p. 1459 (*Commission/Allemagne*) ; arrêt du 15 mai 1986, affaire 222/84, recueil 1986, p. 1682 (*Johnston*) ; arrêt du 30 juin 1988, affaire 318/86, recueil 1988, p. 3559 (*Commission/France*) ; arrêt du 26 octobre 1999, affaire C-273/97, recueil 1999, p. 7403 (*Sirdar*) ; arrêt du 11 janvier 2000, affaire C-285/98, recueil 2000, p. 69 (*Kreil*) et arrêt du 11 mars 2003, affaire C-186/01, recueil 2003, p. I-2479 (*Dory*).

dérogation générale concernant des mesures relatives à la sécurité publique (arrêts *Johnston* 222/84, *Kreil* C-285/98, *Sirdar* C-273/97 et *Dory* C-186/01).

La Cour souligne dans de nombreux arrêts, mais en particulier dans *Johnston* (222/84) que le principe de proportionnalité, un des principes généraux du droit communautaire, doit être respecté. La Cour indique dans *Johnston* que : « Ce principe exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et il exige de concilier, dans toute la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement avec les exigences de la sécurité publique qui sont déterminantes pour les conditions d'exercice de l'activité en question. »

Comme dans *Johnston* (222/84), ce sont également des circonstances particulières qui justifient une dérogation dans l'arrêt *Sirdar* (C-273/97). Le Royaume-Uni a exclu du champ d'application de la Directive 76/207/CEE les unités d'assaut des Royales Marines. La Cour considère que les conditions spécifiques d'intervention de celles-ci justifient que leur composition demeure entièrement masculine.

Dans l'arrêt *Dory* (C-186/01) le service militaire obligatoire pour les hommes en Allemagne est en cause. Mr Dory se sent victime d'une discrimination fondée sur le sexe, car durant le service militaire obligatoire, il n'a pas le droit d'exercer une profession et ce service retarde son accès à la vie professionnelle. La Cour indique que les décisions des États membres relatives à l'organisation de leurs forces armées ne sauraient échapper totalement à l'application du droit communautaire. Toutefois, il n'en résulte pas que ce droit régisse les choix d'organisation militaire des États membres qui ont pour objet la défense de leur territoire ou de leurs intérêts essentiels. Le droit communautaire ne s'applique pas à la décision de l'Allemagne d'assurer sa défense par un service militaire obligatoire. La Cour juge que des répercussions défavorables sur l'accès à l'emploi ne saurait avoir pour effet de contraindre l'État membre concerné soit à étendre aux femmes l'obligation que constitue le service militaire et donc à leur imposer les mêmes désavantages en matière d'accès à l'emploi, soit à supprimer le service militaire obligatoire.

4. Conclusions

Il est clair que l'exception concernant les exigences professionnelles essentielles concerne des situations exceptionnelles. La jurisprudence de la Cour relative à cette exception en cas de discrimination fondée sur le sexe montre que l'exception doit être interprétée de manière stricte, qu'elle doit s'appliquer à des activités professionnelles précises et qu'elle requiert un examen de chaque cas particulier. Les principes de proportionnalité et de transparence doivent être appliqués. Le principe de transparence doit permettre une révision périodique des exclusions, pour pouvoir les adapter à l'évolution sociale. Les idées par rapport aux rôles respectifs des hommes et des femmes changent et ceci influence la jurisprudence. En ce qui concerne les forces armées, les personnes victimes de discriminations fondées sur le handicap et l'âge jouissent moins de protection. Dans ce contexte particulier, les personnes se sentant victimes de discriminations fondées sur le sexe jouissent d'une certaine protection, comme le démontre l'arrêt *Kreil* (C-285/98), mais celle-ci reste limitée.