



LES EXIGENCES PROFESSIONNELLES
ESSENTIELLES ET DETERMINANTES

ACADEMIE DE DROIT EUROPEEN
TREVES, 29-30 SEPTEMBRE 2008

OLIVIER DE SCHUTTER
olivier.deschutter@uclouvain.be





LES EXIGENCES PROFESSIONNELLES ESSENTIELLES ET DETERMINANTES

I. EN GENERAL

(art. 4 Dir. 2000/43/CE et art. 4 § 1 Dir. 2000/78/CE)

II. LE CAS DES EGLISES ET DES ORGANISATIONS DONT L'ETHIQUE EST FONDEE SUR LA RELIGION OU LES CONVICTIONS (art. 4 § 2 Dir. 2000/78/CE)



ARTICLE 4 DIR. 2000/43/CE / ART. 4 § 1er DIR. 2000/78/CE

...les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique [sur laquelle aucune différence de traitement ne peut en principe être fondée ('motif suspect')] 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.**

ARTICLE 4 DIR. 2000/43/CE / ART. 4 § 1er DIR. 2000/78/CE

Les hypothèses auxquelles s'applique l'exception : exigence professionnelle 'essentielle et déterminante'

Art. 5(2) Race Relations Act 1976 (UK)

Being of a particular racial group is a genuine occupational qualification for a job only where—

- (a) the job involves participation in a dramatic performance or other entertainment in a capacity for which a person of that racial group is required for reasons of authenticity; or
- (b) the job involves participation as an artist's or photographic model in the production of a work of art, visual image or sequence of visual images for which a person of that racial group is required for reasons of authenticity; or
- (c) the job involves working in a place where food or drink is (for payment or not) provided to and consumed by members of the public or a section of the public in a particular setting for which, in that job, a person of that racial group is required for reasons of authenticity; or
- (d) the holder of the job provides persons of that racial group with personal services promoting their welfare, and those services can most effectively be provided by a person of that racial group.

EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE

CJCE, C-285/98, Kreil (arrêt du 11 janvier 2000) : interprétation de l'article 2 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40):

1. Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial.

2. 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.

CONTEXTE : refus d'engager Mme Kreil dans la Bundeswehr pour être employée dans le service de maintenance (électromécanique d'armes), les femmes pouvant être engagées uniquement dans les services de santé et dans les formations de musique militaire.

EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE

26. (...), le refus d'engager la requérante au principal dans le service de la Bundeswehr dans lequel elle souhaitait être employée a pour fondement les dispositions du droit allemand qui prévoient l'exclusion totale des femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire.

27. Compte tenu de sa portée, une telle exclusion, qui s'applique à la quasi-totalité des emplois militaires de la Bundeswehr, ne peut être regardée comme une mesure dérogatoire justifiée par la nature spécifique des emplois en cause ou par les conditions particulières de leur exercice. Or, les dérogations prévues à l'article 2, paragraphe 2, de la directive ne peuvent viser que des activités spécifiques (...).

EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE

28. Au demeurant, eu égard à la nature même des forces armées, le fait que les personnels servant dans ces forces puissent être appelés à utiliser des armes ne saurait justifier à lui seul l'exclusion des femmes de l'accès aux emplois militaires. (...), il existe d'ailleurs dans les services de la Bundeswehr qui sont accessibles aux femmes une initiation au maniement des armes, destinée à permettre au personnel de ces services de se défendre et de porter secours à autrui.

29. Dans ces conditions, même en tenant compte de la marge d'appréciation dont elles disposent quant à la possibilité de maintenir l'exclusion en cause, les autorités nationales n'ont pu, sans méconnaître le principe de proportionnalité, considérer d'une manière générale que la composition de toutes les unités armées de la Bundeswehr devait demeurer exclusivement masculine.

EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE

CJCE, 26 octobre 1999, *Angela Maria Sirdar contre The Army Board et Secretary of State for Defence, C-273/97* (refus d'engager l'intéressée comme cuisinière dans les Royal Marines)

29 (...), le refus d'engager la demanderesse au principal en qualité de cuisinière dans les Royal Marines est motivé par l'exclusion totale des femmes de ce corps d'armée, en raison de la règle dite de l'«interopérabilité» instituée dans le but d'assurer l'efficacité au combat.

30 À cet égard, il ressort du dossier que, selon les constatations déjà effectuées par la juridiction de renvoi, l'organisation des Royal Marines diffère fondamentalement de celle des autres unités des forces armées britanniques, dont ils représentent la «pointe de la flèche». Il s'agit d'une force dont l'effectif est modeste et dont les personnels ont vocation à intervenir en première ligne. Il est établi que, au sein de ce corps, les cuisiniers sont effectivement appelés à servir eux aussi en tant que commandos de première ligne, que tous les membres du corps sont engagés et entraînés à cette fin et qu'il n'existe aucune exception à cette règle au moment du recrutement.

EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE

CJCE, 26 octobre 1999, *Angela Maria Sirdar contre The Army Board et Secretary of State for Defence*, C-273/97 (refus d'engager l'intéressée comme cuisinière dans les Royal Marines)

31 Dans de telles conditions, faisant usage de la marge d'appréciation dont elles disposent quant à la possibilité de maintenir l'exclusion en cause compte tenu de l'évolution sociale, les autorités compétentes ont pu, sans méconnaître le principe de proportionnalité, considérer que les conditions spécifiques d'intervention des unités d'assaut que constituent les Royal Marines, et en particulier la règle de l'«interopérabilité» à laquelle elles sont soumises, justifiaient que leur composition demeurât exclusivement masculine. .

EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE

Appréciation laissée au juge au cas par cas ou bien désignation des activités susceptibles d'être exemptées en raison des 'exigences essentielles et déterminantes' liées à un critère susceptible de différence de traitement?

PREAMBULE DIR. 2000/78, 23ième considérant
PREAMBULE DIR. 2000/43, 18ième considérant

(23) Dans des circonstances très limitées, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'une caractéristique liée à la religion ou aux convictions, à un handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Ces circonstances doivent être mentionnées dans les informations fournies par les États membres à la Commission.

Comp. art. 2 § 5 de la Loi belge du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme

‘Dans le domaine des relations de travail (...), une différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable 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’.

PREAMBULE DIR. 2000/78, 23ième considérant
PREAMBULE DIR. 2000/43, 18ième considérant

CJCE, aff. 318/86, *Commission c. France*, arrêt du 30 juin 1988

Concerne : recrutement dans la fonction publique en France, prévoyant pour certains corps la possibilité de fixer dans l'arrêté de concours les pourcentages d'hommes/de femmes devant faire l'objet du recrutement; les corps concernés ici sont cinq corps de la police nationale, le personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire (surveillants chefs chargés de diriger les maisons d'arrêt) et d'autres corps de l'administration pénitentiaire, professeurs d'éducation physique et sportive (après l'audience, seule demeure litigieuse la situation de la police nationale et recrutement de surveillants-chefs de l'administration pénitentiaire)

PREAMBULE DIR. 2000/78, 23ième considérant
PREAMBULE DIR. 2000/43, 18ième considérant

24 A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 2 para. 4 de la directive laisse aux Etats membres la faculté d'exclure de son champ d'application certaines 'activités professionnelles' et que l'article 9 para. 2 de la directive leur fait obligation de procéder périodiquement à un examen de ces activités afin d'apprécier, compte tenu de l'évolution sociale, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question. L'article 9 para. 2 ajoute que les Etats membres communiquent le résultat de cet examen à la Commission.

25 Il résulte de ces dispositions que les dérogations prévues à l'article 2 para. 2 ne peuvent viser que des **activités spécifiques**, qu'elles doivent avoir une certaine **transparence** permettant un contrôle utile par la Commission et qu'elles doivent, en principe, être **susceptibles d'adaptation à l'évolution sociale**. (...)

PREAMBULE DIR. 2000/78, 23ième considérant
PREAMBULE DIR. 2000/43, 18ième considérant

26 Quant à la **transparence** nécessaire, force est de constater qu'elle fait défaut. Le système de recrutements distincts consiste à fixer, dans chaque arrêté de concours, le pourcentage de postes qui sera attribué respectivement aux hommes et aux femmes; cette fixation n'est régie par aucun critère objectif défini dans un texte législatif ou réglementaire.

27 Ce défaut de transparence a également des conséquences sur le respect de l'autre exigence posée par la directive, celle relative aux **activités concernées**. En effet, le système de recrutement litigieux empêche toute forme de contrôle de la part de la Commission et es juridictions aussi bien que de la part des personnes lésées par des mesures discriminatoires, visant à vérifier si les pourcentages des recrutements distincts retenus correspondent effectivement aux activités spécifiques pour lesquelles, (...) le sexe constitue une condition déterminante.



**LES EGLISES ET LES ORGANISATIONS
DONT L'ETHIQUE EST FONDÉE SUR LA
RELIGION OU LES CONVICTIIONS**

.



ART. 4 § 2 DIR. 2000/78:

les églises et organisations de tendance

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 [1], 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 [2]. ...

ART. 4 § 2 DIR. 2000/78: les églises et organisations de tendance

...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 [3], et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif [4]. 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 [5].

ART. 4 § 2 DIR. 2000/78: les églises et organisations de tendance

[1] convictions : convictions philosophiques, non seulement politiques ou syndicales (mais France, Chypre, Rép. tchèque, Danemark, Estonie, Finlande, Hongrie, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Slovénie, Espagne, Royaume-Uni : incluent l'interdiction de discrimination fondée sur l'opinion politique). Comp. Commiss. eur. D.H., *Van der Heijden c. Pays-Bas*, déc. du 8 mars 1985 (licenciement de la Fondation limbourgeoise pour l'immigration d'un employé ayant des vues d'extrême droite)

[2] exigence professionnelle

- essentielle au regard de la nature des activités ou du contexte dans lequel elles sont exercées : comp. Commiss. eur. D.H., *Rommelfanger c. Allemagne*, déc. du 6 septembre 1989 (licenciement d'un hôpital catholique d'un médecin pour ses vues exprimées à propos de l'avortement); Cass. fr. (plén.), 19 mai 1978 (licenciement d'une institutrice par un établissement scolaire catholique suite à son choix de se remarier après divorce)

ART. 4 § 2 DIR. 2000/78: les églises et organisations de tendance

- légitime : exclusion de la différence de traitement fondée sur les sentiments d'hostilité à l'égard d'un groupe déterminé (comp. Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999; mais comp. aussi Cour suprême des Etats-Unis, *Boy Scouts of America v. J Dale*, 28 juin 2000 ('The forced inclusion of an unwanted person in a group infringes the group's freedom of expressive association (...) the presence of that person affects in a significant way the group's ability to advocate public or private viewpoints'))

ART. 4 § 2 DIR. 2000/78: les églises et organisations de tendance

[3] respect dû à la Convention européenne des droits de l'homme et aux garanties figurant dans les constitutions et législations nationales

Cour eur. D.H., *Lucia Dahlab c. Suisse* du 15 fév. 2001 (irrecevabilité) : 'la Cour relève que le Tribunal fédéral a justifié la mesure d'interdiction de porter le foulard prise à l'égard de la requérante uniquement dans le cadre de son activité d'enseignement, d'une part, par l'atteinte qui pouvait être portée aux sentiments religieux de ses élèves, des autres élèves de l'école et de leurs parents et par l'atteinte au principe de neutralité confessionnelle de l'école. A cet égard, il a tenu compte de la nature même de la profession d'enseignant de l'école publique, détenteur de l'autorité scolaire et représentant de l'Etat, mettant ainsi en balance la protection du but légitime que représente la neutralité de l'enseignement public et la liberté de manifester sa religion. Il a noté, d'autre part, que la mesure litigieuse plaçait la requérante devant une alternative difficile, estimant cependant que les enseignants de l'école publique devaient tolérer des restrictions proportionnées à leur liberté religieuse. ...

ART. 4 § 2 DIR. 2000/78:

les églises et organisations de tendance

Questions autour de la situation présentée par *Dahlab* au regard de la directive 2000/78:

1. L'interdiction du port du foulard constitue-t-elle une différence de traitement fondée (directement) sur la religion, ou une mesure apparemment neutre créant un désavantage particulier à l'encontre des adhérents d'une religion déterminée (discrimination indirecte)?
2. Laïcité de l'enseignement public : constitue-t-elle l'enseignement public en 'organisation publique (...) dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions' (art. 4 § 2 Dir. 2000/78)?
3. En choisissant de devenir institutrice dans l'enseignement cantonal, Mme Dahlab a-t-elle renoncé à sa protection contre la discrimination fondée sur sa religion ?

ART. 4 § 2 DIR. 2000/78: les églises et organisations de tendance

Article 16 Dir. 2000/78 : 'Les États membres prennent les mesures nécessaires afin que (...) soient ou puissent être déclarées nulles et non avenues ou soient modifiées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les contrats ou les conventions collectives, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des professions indépendantes et des organisations de travailleurs et d'employeurs'.

ART. 4 § 2 DIR. 2000/78:

les églises et organisations de tendance

3. Dans *Dahlab*, la Cour européenne des droits de l'homme s'approprie le raisonnement du Tribunal fédéral suisse qui avait estimé que 'l'atteinte portée au droit de la requérante de manifester librement sa religion se justifiait ainsi par la nécessaire protection, dans une société démocratique, du droit des élèves de l'enseignement public à recevoir une formation dispensée dans un contexte de neutralité religieuse. Il en ressort que les convictions religieuses ont été pleinement prises en compte face aux impératifs de la protection des droits et libertés d'autrui, de la préservation de l'ordre et de la sécurité publics'. L'Etat peut-il justifier, au nom de la protection des droits d'autrui, des restrictions apportées au droit de chacun à l'égalité de traitement sans discrimination fondée notamment sur la religion ou les convictions?

Article 2 § 5 Dir. 2000/78 : 'La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui'.

ART. 4 § 2 DIR. 2000/78: les églises et organisations de tendance

[4] ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif.

Ex. 1. Cass fr. (soc.), 17 avril 1991, *Painsecq c Association Fraternité Saint Pie X* (licenciement par une association de chrétiens traditionalistes d'un sacristain homosexuel et séropositif)

Ex. 2. Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003

This paragraph applies where -

- (a) the employment is for purposes of an organised religion;
- (b) the employer applies a requirement related to sexual orientation -
 - (i) so as to comply with the doctrines of the religion, or
 - (ii) because of the nature of the employment and the context in which it is carried out, so as to avoid conflicting with the strongly held religious convictions of a significant number of the religion's followers; and
- (c) either -
 - (i) the person to whom that requirement is applied does not meet it, or
 - (ii) the employer is not satisfied, and in all the circumstances it is reasonable for him not to be satisfied, that that person meets it.

ART. 4 § 2 DIR. 2000/78: les églises et organisations de tendance

R (Amicus-MSF and others) v Secretary of State for Trade and Industry and Christian Action Research Education and others [2004] IRLR 430 : donne une interprétation restrictive de l'exception figurant dans les Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 afin de conclure à la compatibilité avec les limites imposées par l'article 4 § 1 de la Directive 2000/78/CE

- Quel lien entre les §§ 1 et 2 de l'article 4?
- Quelle incidence du droit des églises (ou autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou des convictions) à la liberté religieuse (article 9 CEDH) ou à la liberté d'expression (article 10 CEDH)?