

La discrimination religieuse sur le lieu de travail ERA, décembre 2017

D^r Ronan McCrea
University College de Londres



This training session is funded under the 'Rights, Equality and Citizenship Programme 2014-2020'
of the European Commission.

La discrimination fondée sur la religion ou les convictions : facteurs de complexité

- La religion est un motif justifiant à la fois le droit à la protection contre la discrimination et le droit à la discrimination
- La discrimination fondée sur la religion ou les convictions se situe en chevauchement avec un droit fondamental (le droit à la liberté de pensée, de conscience et de convictions)
- Une tension oppose l'individualisme de la liberté religieuse (y compris l'obligation de traiter les convictions religieuses et non religieuses sur un pied d'égalité) et la mise en exergue des désavantages collectifs dans la législation sur la discrimination indirecte

- Directive 2000/78 : interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions
- L'égalité entre les convictions religieuses et non religieuses est un trait essentiel de la jurisprudence fondée sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme

Directive 2000/78 : discrimination directe

- Discrimination directe : article 2, paragraphe 2, point a) : une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er
- Une discrimination directe peut uniquement être justifiée 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, paragraphe 1)

Directive 2000/78 : discrimination indirecte

- b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :
- i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que

Discrimination fondée sur la religion à l'égard d'une personne : arrêts récents de la CJUE

- Affaire C-157/15, *Achbita* : question préjudicielle déférée par la Cour de cassation belge visant à établir si l'interdiction faite à une travailleuse musulmane de porter le foulard sur son lieu de travail doit être assimilée à une discrimination directe si l'employeur concerné interdit à tous ses travailleurs de porter tout signe extérieur de convictions politiques, philosophiques ou religieuses au travail.
- Affaire C-188/15, *Bougnaoui* : question préjudicielle déférée par la Cour de cassation française visant à établir si le souhait d'un client que des services ne lui soient pas fournis par une travailleuse portant le foulard islamique peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de la directive.

Interdiction des symboles religieux ou convictionnels : discrimination indirecte

- *Achbita* (point 30) : « la règle (...) se réfère au port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses et vise donc indifféremment toute manifestation de telles convictions. Ladite règle doit, dès lors, être considérée comme traitant de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, notamment une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tels signes. »

MAIS :

- Afin d'éviter une discrimination directe, l'interdiction doit être « véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique » (*Achbita*, point 40)

Exigence de neutralité : un objectif légitime

- *Achbita* (point 37) : « 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. »
- Mention de la liberté d'entreprise protégée par l'article 16 de la CDF de l'UE et la jurisprudence de la Cour EDH sur l'article 9 de la CEDH

- En conséquence, une demande exprimée dans les termes « pas de voile la prochaine fois » est susceptible d'être jugée directement discriminatoire car elle cible une religion spécifique.
- Une règle interdisant tous les « signes religieux, politiques ou philosophiques » est quant à elle indirectement discriminatoire.

(Il revient toutefois à la juridiction nationale de statuer sur les faits)

Préférences des clients et EPED

- *Bouagnaoui* (points 37 et 38) : une caractéristique liée à la religion ne peut constituer une EPED que « dans des conditions très limitées »
- La jurisprudence est claire : « c'est non pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante »

Achbita et Bougnaoui : éléments à retenir

- L'exigence de neutralité est légitime, mais elle doit être appliquée de façon systématique et généralisée
- Postes en contact avec les clients : la Cour admet dans ses arrêts que les signes religieux, tout comme les autres signes de convictions politiques ou philosophiques, peuvent susciter la controverse et, par conséquent, perturber l'harmonie des relations entre une entreprise et ses clients. Le caractère polémique des convictions religieuses joue toutefois aussi un rôle dans l'harmonie des relations à l'intérieur d'une entreprise (p. ex. Ladele c. Islington, Eweida c. Royaume-Uni).
- L'invocation de la liberté d'entreprise est controversée (article 16 CDF)
- La satisfaction de préférences des clients ne peut être une EPED

La religion en tant qu'opinion ou conviction

AG Kokott dans *Achbita* :

- « Cet impératif de neutralité affecte un travailleur religieux exactement de la même manière qu'il affecte un athée convaincu qui manifeste de manière visible sa position antireligieuse par sa tenue vestimentaire ou un travailleur politiquement actif qui affiche, par des pièces d'habillement, son parti politique préféré ou certains contenus politiques (par exemple, par des symboles, des épinglettes ou des slogans sur sa chemise, son t-shirt ou son couvre-chef). »
- [En conséquence, la religion ne relève pas] « de particularités physiques inséparables de la personne ou de caractéristiques liées à la personne, par exemple, le sexe, l'âge ou l'orientation sexuelle, et non de comportements reposant sur une décision ou une conviction subjective comme, en l'espèce, le fait de porter ou ne pas porter un couvre-chef. »

La religion en tant qu'identité

AG Sharpston dans *Bougnaoui* :

- « (...) pour l'adepte pratiquant d'une religion, son identité religieuse fait partie intégrante de son être même. Les exigences de la foi – sa discipline et les règles de vie qu'elle impose – ne sont pas des éléments à appliquer lorsque l'on ne se trouve pas au travail (par exemple, le soir et le week-end pour ceux qui ont un travail de bureau) mais pouvant être poliment écartés pendant les heures de travail. Naturellement, selon les règles propres à la religion en question et le niveau de pratique de la personne concernée, tel ou tel élément peut ne pas être contraignant pour cette personne et, partant, être négociable. Mais on aurait tort de supposer que, en quelque sorte, tandis que le sexe ou la couleur de peau suivent une personne partout, la religion ne le ferait pas. »

- La CJUE a fait remarquer dans les arrêts *Achbita* et *Bougnaoui* que la directive 2000/78 ne contient pas de définition de la « religion » ou des « convictions ».
- Elle a néanmoins souligné que les considérants de cette directive font référence à l'article 9 de la CEDH (droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion).
- Selon ce raisonnement, la Cour aurait plutôt tendance à se rallier à la conception de la religion exposée dans les conclusions de l'AG Kokott dans l'affaire *Achbita* plutôt qu'à celle qui ressort des conclusions de l'AG Sharpston dans l'affaire *Bougnaoui*.

Tension entre la liberté de religion et la discrimination fondée sur la religion

- La justice a toujours considéré (à juste titre) que le droit à la liberté de religion ou de conviction est essentiellement un droit individuel, qui permet à chacun de choisir ses convictions et qui n'établit aucune distinction entre les convictions traditionnelles partagées par un grand nombre de personnes et les convictions idiosyncratiques ou hétérodoxes, sans favoriser les formes de convictions religieuses par rapport aux formes non religieuses.
- En général, la discrimination indirecte implique une notion de désavantage collectif et l'octroi de droits supplémentaires aux personnes qui montrent leur appartenance à un groupe qui est confronté à davantage de difficultés à cause d'une caractéristique distinctive commune à tous les membres de ce groupe identifiable (p. ex. Cour d'appel britannique dans l'affaire *Eweida c. British Airways*, EWCA Civ [2010] 80).

Discrimination visant à protéger l'éthique d'un employeur

- Article 17 TFUE cité au considérant 24 de la directive 2000/78 :
« L'Union respecte et ne préjuge pas du statut dont bénéficie, en vertu du droit national, les églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres. »
- Article 9 CEDH : le droit à l'autonomie religieuse collective doit être mis en balance avec les droits des travailleurs à la vie privée, à la liberté de religion et à la liberté d'expression (p. ex. Fernandez Martinez c. Espagne [2014] Cour EDH 615).
- Aux États-Unis, l'approche est plus absolutiste, reposant sur l'« exemption ministérielle » (Hosanna Tabord 565 US 171 [2012]).

Exemptions pour les employeurs fondés sur l'éthique dans la directive 2000/78

- Article 4, paragraphe 2, de la directive : « (...) 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. »

Exemptions pour les employeurs fondés sur l'éthique dans la directive 2000/78 (suite)

- L'exemption prévue permet que la religion d'un travailleur soit considérée comme une EPED en raison de la nature des activités professionnelles (ce qui comprendrait la nécessité d'être catholique pour une personne occupant un poste de prêtre catholique) ou du contexte dans lequel ces activités sont exercées. Cette disposition est importante car elle signifie qu'il peut être considéré qu'un emploi est légitimement réservé aux personnes ayant une identité religieuse spécifique, même s'il n'a pas au premier abord une dimension religieuse, parce qu'il est exercé au sein d'une organisation religieuse.
- La Commission européenne estime que ces exemptions, en ce qu'elles dérogent au principe de l'égalité de traitement, doivent être interprétées de manière stricte (cf. McCrea, *Religion and the Public Order of the European Union*, OUP 2010, p. 166).

Affaire C-414/16, *Egenberger*

- Une ressortissante allemande sans confession n'a pas obtenu un poste à durée déterminée pour la rédaction d'un rapport sur la discrimination raciale qui était proposé par une organisation gérée par l'Église protestante d'Allemagne, sachant que l'offre d'emploi précisait que les candidats devaient être protestants.
- Le droit allemand accorde une marge de manœuvre substantielle aux organisations religieuses pour déterminer si une identité religieuse donnée constitue une EPED en leur sein. La loi générale sur l'égalité de traitement (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) prévoit que ce critère peut être adopté « à l'entière discrétion de l'employeur ».
- « (...) si une religion ou une conviction spécifique constitue une exigence professionnelle justifiée à l'entière discrétion de l'employeur, en vertu du droit à l'autonomie de l'employeur ou de la nature de ses activités » (article 9, paragraphe 1, de l'Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)
- Cette décision discrétionnaire n'est soumise en droit allemand qu'à un « examen de vraisemblance ».

Conclusions de l'AG Tanchev

- « (...) les impératifs constitutionnels de l'Union reflètent, pour reprendre l'expression d'un universitaire, le « pluralisme des valeurs ». Dans cette logique, les éventuels conflits entre des droits distincts, ou les conceptions qui les sous-tendent, sont considérés comme naturels et sont résolus par la mise en balance des éléments en conflit plutôt qu'en privilégiant l'un par rapport à l'autre selon un schéma hiérarchique. » (point 100)
- Il résulte de la directive qu'un employeur religieux « ne peut décider lui-même de manière contraignante que l'appartenance d'un candidat à une religion spécifique constitue, de par la nature de l'activité ou par le contexte dans lequel elle est exercée, une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à son éthique. » (point 101)
- Une mise en balance doit être opérée en prenant en considération l'importante marge d'appréciation accordée aux États membres pour parvenir à un équilibre à cet égard et le droit à la liberté religieuse institutionnelle. Il faut toutefois aussi tenir compte, conformément aux principes généraux du droit de l'UE, de la nécessité d'éviter une limitation disproportionnée des autres droits fondamentaux. De surcroît, les termes « essentielle, légitime » qualifiant une exigence professionnelle dans la directive signifient qu'il faut analyser « la question de la proximité des activités en question avec la mission de proclamation de la défenderesse ».

Religion et droit en Europe : observations générales

- Environnement extrêmement incertain
- Aucune certitude quant à l'approche qui fonctionne le mieux
- Imprévisibilité
- Nécessité d'humilité des juridictions internationales
- La CJUE autorise une flexibilité substantielle, mais exige l'équité dans l'application des règles et la mise en balance des droits.
- Constat émergent : les autorités des États membres sont les mieux placées pour déterminer comment réglementer le rôle des religions dans la société en conjonction avec le respect des prescriptions de l'ordre juridique commun de l'UE, dont il ressort que la réglementation à ce sujet doit respecter une série de principes et de valeurs élémentaires, comme l'égalité et la proportionnalité.