

La discrimination fondée sur la religion

Etude de cas relative à l'exclusion fondée sur la religion

Séminaire: *La lutte contre la discrimination: Les directives relatives à la race et l'emploi*

Académie de droit européen – ERA, Trèves, Allemagne

5-7 mars 2004

Professeur Rikki Holtmaat

Chaire de droit européen de la non-discrimination

Université de Leiden, Pays-Bas

A. La lutte contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions

Mise en œuvre / Effet direct

La discrimination fondée sur la religion ou les convictions est interdite par la directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive 2000/78/CE). La date de mise en œuvre de cette directive a expiré le 2 décembre 2003. Par conséquent, chaque Etat membre de l'UE doit disposer maintenant d'une législation nationale interdisant cette forme de discrimination. Au cas où cette législation ne serait pas conforme à la directive, les normes de cette dernière peuvent exercer un effet direct (vertical) dans les Etats membres. Tout dépend de l'interprétation que la Cour de justice européenne (CJEU) donnera de ces normes. Par rapport aux directives existantes en matière d'égalité entre les hommes et les femmes, la CJEU a jugé à plusieurs reprises que les normes relatives à l'égalité de traitement contenues dans ces directives peuvent avoir un effet direct. On peut donc prédire que la CJEU arrivera à la conclusion que la plupart des dispositions de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi peuvent également avoir un effet direct. Les critères applicables à l'effet direct indiquent qu'une disposition doit être claire, précise et suffisamment inconditionnelle pour être considérée comme justiciable (C-63/99: Gloszczuk).

La définition de la religion et des convictions

La directive elle-même ne définit pas ce qui devrait être considéré comme une religion ou des convictions. Le préambule de la directive ne contient pas non plus quoi que ce soit sur ces termes. En d'autres mots: ce qui devrait être considéré comme une religion ou des convictions peut faire l'objet d'un débat juridique ouvert.

Conformément à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), le concept d'une religion mentionné à l'art. 9 de la Convention européenne des droits de l'homme devrait être interprété au sens large. Cet article protège aussi le droit de ne pas avoir de religion (voir CEDH du 18 février 1999, *Buscarini et autres contre le San Marino*, n° 24645/94)!

Mais, l'opinion personnelle de quelqu'un selon laquelle chaque jeudi représente une journée sainte au cours de laquelle des «esprits» envoient des messages à la Terre constitue-t-elle une «conviction» à respecter?

Aux Pays-Bas, nous avons recueilli une certaine expérience avec l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion ou des convictions. C'est de cela que nous pouvons dériver quelques «lignes directrices».

Selon la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement, quelque chose ne représente une conviction au sens de la loi néerlandaise relative à l'égalité de traitement que s'il s'agit d'un complexe d'idées cohérentes concernant des opinions partagées et fondamentales sur l'existence humaine. A cet égard, le législateur néerlandais et la Commission ont déclaré que la protection contre la discrimination sur cette base ne couvre pas seulement le fait que quelqu'un a (en son for intérieur) une conviction religieuse déterminée, mais concerne également le comportement visible (de l'extérieur) inspiré par/fondé sur cette conviction. La question qui s'ensuit est celle de savoir quel type de comportement est considéré comme essentiel pour les convictions religieuses d'une personne. Est-il nécessaire que tous les membres d'une certaine communauté religieuse souscrivent à ces pratiques? Un exemple: Quelques femmes islamiques déclarent que le port du voile constitue un élément essentiel de la foi islamique, tandis que d'autres femmes disent qu'il n'en est rien.

Nous devons attendre pour voir comment la CJE va interpréter les concepts de la religion et des convictions.

Les normes

La directive 2000/78/CE interdit la discrimination *directe* et indirecte ainsi que le *harcèlement* fondés sur la religion ou les convictions et le comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer cette forme de discrimination.

Discrimination directe

Il s'agit d'une discrimination directe lorsqu'une différence de traitement repose directement sur le fait qu'une personne a une religion ou des convictions données (art. 2, al. 2 (a) de la directive.) Un exemple: Un employeur refuse d'embaucher quelqu'un parce que cette personne a déclaré d'être chrétien, tandis que l'employeur (une boucherie juive) ne voudrait occuper que des juifs. En cas de discrimination directe, les seules justifications susceptibles d'être présentées sont celles mentionnées dans la directive (voir ci-dessous).

Discrimination indirecte

Il s'agit d'un cas de discrimination indirecte 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 données (art. 2, al. 2 (b) de la directive.)

Il y a lieu de procéder à cet égard à une double analyse:

1. Y a-t-il (a) un *impact incompatible* de (b) certaines *dispositions, critères ou pratiques*?
2. Y a-t-il une justification objective pour cet état de choses?

Ad 1 (a): Comment analyser s'il en est ainsi? (voir ci-dessus: solutions différentes!)

Comment le prouver? Qu'y a-t-il de particulier (quelle doit être la grandeur de la différence?) Preuves statistiques? Ou bien la notoriété publique? Il reste à voir quel type de preuve sera demandé par la CJE.

Ad 1 (b) Disposition, critère et pratiques: C'est très général. Il importe de démontrer une «cause» des résultats différents pour les groupes en question et cette cause doit

être en rapport, d'une manière ou d'une autre, avec les activités (ou l'absence d'activités!) du défendeur.

Ad 2. En présence d'éléments suffisants indiquant un cas de discrimination indirecte, il faut toujours établir qu'il n'y a pas de justification objective pour cette disposition, ce critère ou cette pratique (voir ci-dessus.)

Un exemple: Une école a décrété un code vestimentaire pour l'ensemble de ses élèves. Tous doivent porter le même uniforme bleu et gris. Le code vestimentaire prévoit en outre que les élèves n'ont pas le droit de porter des casquettes, des voiles ou autre chose sur la tête. Tout élève dont la tenue vestimentaire ne respecte pas ce code devra quitter l'école. Un tel code vestimentaire peut établir une discrimination indirecte envers les élèves contrainte de porter le voile en raison de leurs convictions religieuses lorsqu'il est démontré que ce code vestimentaire a un impact négatif disproportionné sur les droits de ces élèves. En présence d'un tel cas de discrimination indirecte, le comité de gestion de l'école peut faire valoir des arguments justifiant la discrimination indirecte (voir ci-dessous).

Harcèlement

Il s'agit d'un harcèlement lorsqu'un comportement indésirable lié à la religion ou aux convictions a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant (art. 2, al. 3 de la directive.) Un exemple: Un travailleur sihk, qui porte le turban, doit constamment subir des farces de la part de ses collègues et l'employeur refuse d'agir contre ces pratiques. Il faut avoir présent à l'esprit que la directive ne prévoit aucune possibilité pour justifier un cas établi de harcèlement.

Injonction à quiconque de pratiquer une discrimination

Nous sommes en présence d'une injonction de pratiquer une discrimination lorsqu'un employeur enjoint à des personnes qui travaillent sous sa surveillance ou avec lesquelles il conclut des contrats de pratiquer une discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion. Ainsi, un employeur enjoindra à une agence de travail temporaire de ne pas lui envoyer du personnel d'une religion donnée. Il n'est pas clair dans quelle mesure de telles injonctions de pratiquer une discrimination peuvent être justifiées. Certains commentateurs assument que, dans un tel cas, le système de

justifications se référant aux discriminations directe et indirecte ainsi qu'à l'harcèlement est applicable en fonction du type des justifications possibles dans une telle situation.

Justifications possibles pour une discrimination fondée sur la religion

Une clause d'exception générale s'applique à l'ensemble des différents motifs de non-discrimination couverts par la directive 2000/78/CE. A l'art. 2, al. 5 il est déclaré que cette 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.

Pour donner un exemple: Une certaine «église» pratique le sacrifice d'animaux vivants à son «dieu» en les brûlant dans une forêt au milieu de la nuit. Le gouvernement peut interdire ces pratiques pendant une période de sécheresse comportant un grand risque d'incendie de forêt. Ou bien le gouvernement peut déclarer que le fait de brûler des animaux vivants est contraire à la législation pénale nationale interdisant un traitement cruel d'animaux.

Discrimination directe

En cas de discrimination directe fondée sur la religion et les convictions, le défendeur peut également présenter un certain nombre (limité) de justifications spécifiques possibles.

Aux termes de la directive 200/78/CE, ce sont:

- des exigences professionnelles liées au fait d'avoir une religion ou des convictions spécifiques (art. 4, al. 1) ;
- des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion (art. 4, al. 2);
- des programmes d'action positive (art. 7, al. 1);
- des programmes d'action positive spécifiques en Irlande du Nord (services de police et enseignants) (art. 15).

Pour ce qui est des exigences professionnelles, le préambule de la directive indique clairement aux Etats que celles-ci doivent être utilisées de façon très restrictive pour justifier une différence de traitement (préambule, al. 23.). Deux conditions sont à respecter: L'objectif de l'exigence doit être légitime (c'est-à-dire non-discriminatoire par lui-même!) et il faut que l'exigence soit proportionnée. L'exemple de la boucherie juive pourrait peut-être illustrer le cas d'une exigence professionnelle acceptable justifiant l'embauche d'un boucher de confession juive (à mon avis, le boucher ne tombe pas sous le coup de l'alinéa 2!).

Quant à la justification pour les églises et les autres organisations religieuses, cette clause de justification de la directive est très discutée. Il y a lieu de supposer qu'elle sera le plus souvent utilisée dans le cas d'une discrimination (présumée) pour un des autres motifs de non-discrimination. (Cet aspect sera discuté ci-dessous, dans la partie B de cet article.)

Or, c'est également dans le cas d'une discrimination fondée sur la religion que cette disposition pourra probablement jouer un rôle. Un exemple: Une école catholique voudrait embaucher un nouveau professeur d'éducation physique et indique dans l'annonce d'offre d'emploi que seuls des candidats catholiques peuvent solliciter cet emploi. Il y a un débat animé parmi les commentateurs du droit européen en matière de non-discrimination sur ce qui exactement tombe ou ne tombe pas sous cette disposition. Pendant l'atelier prévu dans le cadre de ce séminaire, nous allons essayer de mieux préciser les limites de cet argument de justification.

Parfois il faut des programmes d'action positive afin d'assurer, dans la pratique, l'égalité de traitement des membres d'un certain groupe religieux pour compenser les désavantages subis. (Prenons l'exemple de l'Irlande du Nord.) Cela signifie que les membres de cette religion reçoivent un certain «traitement préférentiel» afin de pouvoir surmonter les effets de la discrimination passée ou présente vécue par eux. Bien sûr, cela n'est admissible que dans la mesure où ce groupe est effectivement désavantagé. Vraisemblablement, la CJE interprétera cette clause de manière très restrictive. C'est que toute action positive en faveur d'un groupe religieux donné signifie automatiquement que les membres d'autres religions ou des personnes qui ne sont pas du tout religieuses n'auront pas les mêmes droits dans le cadre de ce programme et subiront (théoriquement) une discrimination. La Cour a formulé

quelques lignes directrices quant à savoir dans quelles conditions des programmes d'action positive sont permis sur la base de sa jurisprudence en matière d'égalité de traitement des deux sexes (p.ex. Kalanke, C-450/93 et Abrahamson, C-407/98.)

La directive prévoit une exception spécifique pour l'Irlande du Nord. A cet égard, la directive définit la condition expresse que les programmes doivent être autorisés par la législation nationale.

Discrimination indirecte

En présence d'un cas de discrimination indirecte, il est possible de présenter des «justifications objectives».

Conformément à l'art. 2, al. 2 (b) sub i, cela signifie qu'il doit y avoir un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif doivent être appropriés et nécessaires.

Dans sa jurisprudence dans le domaine de la discrimination sexuelle, la CJE a fourni des indications assez concrètes quant à savoir ce qui peut être considéré comme un objectif légitime et comment évaluer si des moyens sont appropriés et nécessaires (voir p.ex. Bilka, C-70/84 et Nimz, C-184/89.)

La CJE décrit succinctement l'analyse à faire pour déterminer si de telles justifications constituent vraiment «une excuse» pour le fait que des personnes d'une certaine religion ou de certaines convictions sont *de facto* désavantagées en raison d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutres. Elle comporte les phases suivantes:

1. Le défendeur doit illustrer l'objectif de cette disposition, de ce critère ou de la pratique en question et démontrer:
 - a) que cet objectif correspond à un besoin réel de l'entreprise ou satisfait à un objectif réel de la politique sociale d'un Etat membre (voir p.ex. Bilka, C-170/84 et Nimz, C-184/89);
 - b) que cet objectif n'a en soi rien à voir avec une discrimination fondée sur la religion ou des convictions.
2. Le défendeur doit démontrer que les moyens (*) utilisés pour atteindre l'objectif visé sont appropriés et nécessaires. Cela signifie que:

- a) l'objectif n'a pu être atteint par d'autres moyens (moins préjudiciables)
(nécessaire)
- b) que les moyens sont proportionnés à cet objectif et permettent effectivement de l'atteindre (approprié)

(* Les moyens sont la disposition, le critère ou la pratique contestés.

Ainsi, par exemple, dans une situation où une école a introduit pour ses élèves un code vestimentaire dit neutre, il y a tout d'abord lieu de déterminer si des élèves d'une certaine religion se trouvent exclus de cette école en raison de cette exigence (voir ci-dessus). Ensuite, il faudrait établir s'il y a une justification objective pouvant légitimer la discrimination présumée. Cela signifie que l'objectif de cette exigence ne doit renfermer aucune discrimination. Au cas où le comité de gestion admettrait que le code vestimentaire sert à empêcher des élèves musulmans d'entrer à l'école, une telle action n'est pas légitime! Le but poursuivi pourrait consister à prévenir la concurrence entre les élèves ou bien le port de vêtements indécents ou dangereux. Ces objectifs sont en soi légitimes. Il faut ensuite établir si cette exigence de porter un uniforme scolaire est appropriée et nécessaire pour atteindre cet objectif spécifique.

(Je ne vais pas me pencher sur des questions plus techniques telles que la nécessité de preuves statistiques d'une discrimination indirecte et la charge de la preuve. Je suppose que ces aspects seront traités dans d'autres parties de ce séminaire.)

B. La justification de différentes formes de discrimination avec la liberté de la religion ou l'autonomie des églises

En présence d'un cas de discrimination directe ou indirecte fondée sur la race/ethnie, l'invalidité, l'âge ou l'orientation sexuelle, il est possible de faire valoir une justification se référant à la religion et aux convictions. Voir l'art. 4, al. 2 de la directive 2000/78/CE.

Même si, à proprement parler, cette disposition ne peut être avancée que pour justifier une différence de traitement *fondée* sur la religion ou les convictions, elle peut avoir l'effet de justifier une différence de traitement sur la base d'un des autres motifs mentionnés à l'art. 1 de la directive. Le législateur européen a essayé de prévenir un

tel effet en déclarant expressément à l'art. 4, al. 2 que ces dispositions ne sauraient justifier une discrimination fondée sur un autre motif.

Cependant, beaucoup de commentateurs ont exprimé la crainte que, en particulier pour ce qui est de la sexualité et de l'orientation sexuelle, les églises ou les organisations religieuses pourraient se servir de cette disposition afin de justifier la discrimination.

Par conséquent, une organisation peut déclarer qu'elle n'embauchera pas un homosexuel parce que cela serait contraire à ses conceptions éthiques. Elle peut le faire en demandant à chacun de ses employés de s'exprimer ouvertement contre l'homosexualité (une déclaration injurieuse pour les homosexuels).

Avec cette clause de la directive nous sommes entrés dans la zone conflictuelle entre, d'un côté, le droit à la non-discrimination et, de l'autre côté, le droit constitutionnel des individus et des organisations à la liberté religieuse. Ce sera là un des sujets à traiter pendant le débat sur le cas suivant de notre atelier.