



Religion et convictions: discrimination dans l'emploi — Le droit de l'Union européenne



Commission européenne

Religion et convictions: discrimination dans l'emploi — Le droit de l'Union européenne

Lucy Vickers

Réseau européen des experts en matière de non-discrimination

Commission européenne

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales
et de l'égalité des chances

Unité G.2

Manuscrit terminé en novembre 2006

Le contenu du présent rapport ne reflète pas nécessairement l'opinion ou le point de vue de la Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances. Ni la Commission européenne ni aucune personne agissant en son nom ne sont responsables de l'utilisation qui pourrait être faite des informations contenues dans cette publication.

Le texte de ce rapport a été rédigé par Lucy Vickers, membre du Réseau européen des experts en matière de non-discrimination (sur les motifs de la race ou de l'origine ethnique, de l'âge, d'un handicap, de la religion ou des convictions et de l'orientation sexuelle), dirigé par:

Human european consultancy

Hooghiemstraplein 155

3514 AZ Utrecht

Pays-Bas

Tél. (31-30) 634 14 22

Fax (31-30) 635 21 39

E-mail: office@humanconsultancy.com

[http:// www.humanconsultancy.com](http://www.humanconsultancy.com)

The Migration Policy Group

Rue Belliard 205, boîte 1

B-1040 Bruxelles

Belgique

Tél. (32-2) 230 59 30

Fax (32-2) 280 09 25

E-mail: info@migpolgroup.com

<http://www.migpolgroup.com>

La présente publication a été commanditée par la Commission européenne dans le cadre du programme d'action de la Communauté européenne visant à lutter contre la discrimination (2001-2006). Ce programme a été établi en vue de soutenir la mise en œuvre efficace de la nouvelle législation d'antidiscrimination de l'Union européenne (UE). Ce programme de six années cible toutes les parties prenantes qui peuvent contribuer à concevoir l'élaboration d'une législation et de politiques d'antidiscrimination appropriées et efficaces dans les vingt-cinq États que compte l'Union européenne, dans l'Association européenne de libre-échange (AELE) et dans les pays candidats à l'adhésion à l'UE.

Ce programme d'action poursuit trois objectifs principaux, à savoir:

1. Une meilleure compréhension des questions liées à la discrimination
2. Le développement de moyens permettant de traiter efficacement la discrimination
3. La promotion des valeurs qui sous-tendent la lutte contre la discrimination

Pour plus d'information à ce sujet, on pourra se rendre au site:

http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/legln_fr.htm

Si vous souhaitez recevoir le bulletin d'information électronique «ESmail» de la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, envoyez un courrier électronique à l'adresse suivante: empl-esmail@ec.europa.eu — Le bulletin d'information paraît régulièrement en allemand, en anglais et en français.

***Europe Direct est un service destiné à vous aider à trouver des réponses
aux questions que vous vous posez sur l'Union européenne***

Un numéro unique gratuit (*):

00 800 6 7 8 9 10 11

(*) Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas l'accès aux numéros 00 800 ou peuvent facturer ces appels.

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

Une fiche bibliographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007

ISBN 92-79-03115-5

© Communautés européennes, 2007

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

Printed in Belgium

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE

Table des matières

	Résumé	4
I	Introduction	7
II	La religion et les convictions, deux motifs de discrimination couverts par la directive	11
	Discrimination directe	12
	Discrimination indirecte	13
	La question des comparateurs	14
	Harcèlement	16
	Voies de recours et application du droit	17
III	Vers une obligation d'aménagement raisonnable?	19
IV	Définir la religion et les convictions	25
	Définir la religion	26
	Définir les convictions	29
	Les opinions politiques	30
	Les convictions incluent-elles l'absence de conviction?	30
	Déterminer la religion ou les convictions d'une personne	31
V	Les liens entre la religion d'une part et la race et l'origine ethnique d'autre part	33
VI	Le lien entre la protection des droits de l'homme et la directive	37
	Une relation complémentaire	38
	Limitations en matière de droits	39
	Tensions entre les droits	40
	L'expérience européenne en matière de concurrence entre des droits	41
	<i>L'autonomie des organisations religieuses</i>	41
	<i>Les symboles religieux</i>	42
	<i>La religion et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle</i>	43
	<i>L'égalité de traitement en faveur de groupes religieux différents</i>	44
	<i>La liberté religieuse et le respect de la vie privée</i>	44
	Le traitement des tensions par la directive	45
VII	La relation entre les dispositions relatives à la religion et celles relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes	47
	Foulards, liberté de culte et égalité entre les femmes et les hommes	48
	Exigences liées au style de vie	53
VIII	Les exigences professionnelles essentielles et l'exception prévue pour l'éthique religieuse	57
	Transposition de l'article 4	59
	Expérience européenne dans le domaine des exceptions professionnelles religieuses	62
	Déterminer le caractère proportionné des exigences professionnelles	63
IX	Conclusion	65
	Bibliographie	67

Résumé

La directive de 2000 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹ demande à tous les États membres d'assurer une protection contre la discrimination fondée sur la religion et les convictions dans le domaine de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle. Le présent rapport propose un aperçu des dispositions relatives à la religion et aux convictions, et examine comment celles-ci ont été transposées dans la législation des différents États membres de l'Union européenne (UE). Le rapport identifie également une série de problèmes juridiques potentiels et s'interroge sur le degré de protection approprié contre la discrimination fondée sur la religion et les convictions. La complexité de cette question tient au fait que l'Europe s'est engagée tout à la fois à défendre la liberté de culte et à préserver l'égalité et d'autres libertés fondamentales. Dans certains cas, ces droits sont complémentaires, et la protection contre la discrimination religieuse permet alors le plein exercice de la liberté de culte. Il arrive aussi que des droits soient incompatibles. C'est le cas lorsque des groupes religieux n'acceptent pas de reconnaître le droit d'autrui à l'égalité ou les droits des personnes qui ne font pas partie de leur communauté religieuse.

La directive assure une protection contre la discrimination directe et indirecte, le harcèlement et les rétorsions fondés sur la religion ou les convictions. Ces dispositions sont formulées en des termes identiques pour les différents motifs de discrimination, comme l'orientation sexuelle et la discrimination sexuelle. Une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée moins favorablement qu'une autre dans une situation comparable en raison de sa religion ou de son origine ethnique. Une différence de traitement ne peut être justifiée à moins qu'une exigence professionnelle essentielle et proportionnée puisse être identifiée et opposée. Il y a par contre discrimination indirecte lorsqu'une exigence, apparemment neutre, désavantagerait des personnes par rapport à d'autres en raison d'une religion ou de convictions particulières. Cette exigence pourra être justifiée lorsqu'elle poursuit un objectif légitime et que les moyens permettant de réaliser cet objectif sont jugés appropriés et nécessaires. Toutefois, rien ne permet encore de déterminer clairement les types d'éléments que les tribunaux sont susceptibles d'accepter pour justifier une discrimination religieuse indirecte ou l'imposition d'exigences professionnelles essentielles reposant sur la religion ou les convictions. D'aucuns avancent que des tensions pourraient apparaître entre la nécessité de protéger comme il se doit la liberté religieuse des employeurs et des travailleurs et celle de traiter de manière cohérente et uniforme les différents motifs de discrimination interdits par le droit communautaire. Nous songeons ici plus particulièrement à la discrimination touchant à l'égalité entre les hommes et les femmes et à la discrimination fondée sur la religion et les convictions.

Nous pourrions ici soutenir que, d'une certaine manière, les dispositions relatives à la discrimination indirecte imposent aux employeurs l'obligation de tenir compte des besoins de leur personnel religieux dans une mesure raisonnable. La portée d'une telle obligation sera déterminée par le champ des moyens de défense fondés sur une justification qui seront utilisés dans les affaires de discrimination indirecte. Pour une interprétation du terme «justification» conforme à la directive, les tribunaux devront déterminer s'ils doivent exiger les mêmes niveaux de protection pour la discrimination religieuse indirecte que ceux qu'ils exigent pour la discrimination sexuelle. Une telle approche équivaut à imposer aux employeurs une obligation d'aménagement des pratiques religieuses relativement coûteuse. Elle pourrait en outre multiplier les problèmes; nous songeons ici à une éventuelle obligation d'assurer l'égalité entre travailleurs de différentes religions ou de concilier correctement les intérêts des personnes religieuses et de celles qui ne le sont pas.

La directive soulève d'emblée la question de la définition de la religion ou des convictions. À l'instar de la plupart des documents internationaux consacrés aux droits fondés sur la religion et les convictions, la directive elle-même ne propose aucune définition de ces deux termes. Pour remédier à cette lacune, les tribunaux s'inspireront probablement de l'expérience de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui a développé une certaine jurisprudence sur cette question, ainsi que sur l'expérience de plusieurs États membres qui, à d'autres fins, ont défini la religion et les convictions dans leur droit national. L'absence de définition officielle présente toutefois un avantage puisque le concept peut être adapté de façon à refléter l'évolution récente de notre perception de la religion et des convictions. L'absence de définition comporte toutefois l'inconvénient connexe d'un risque d'incohérences en termes de traitement. Ainsi, certains États membres reconnaissent la scientologie comme une religion, mais pas tous. Si les «convictions» ne sont pas davantage définies, nous pouvons cependant, d'ores et déjà supposer que pour bénéficier d'une protection, elles devront se caractériser par un certain degré de force, de sérieux, de cohésion et d'importance². Le traitement des convictions est également loin d'être uniforme dans tous les États membres, certains protégeant les convictions politiques et d'autres non.

¹ Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail [2000] JO L 303, page 16 («la directive»).

² Conformément à la jurisprudence de la CEDH — *X, Y et Z contre Royaume-Uni* (1982) 31 D & R 50, et *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni* (1982) 4 EHRR 293.

D'autres difficultés découlent de la complexité du rapport entre la religion d'une part et la race et l'origine ethnique d'autre part. Les deux directives de 2000 établissent clairement une distinction entre la religion d'une part et la race et l'origine ethnique d'autre part. À ce propos, soulignons que le champ d'application de la directive sur l'égalité raciale est plus étendu que celui de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui protège précisément la religion et les convictions. Pourtant, la frontière entre la race et l'origine ethnique d'une part et la religion d'autre part n'est pas toujours claire. Ainsi, dans ses diverses définitions, l'origine ethnique inclut parfois l'identité religieuse. Ensuite, les groupes religieux peuvent appartenir de manière prépondérante à un groupe racial particulier. Enfin, certaines religions peuvent englober des pratiques ou des rituels culturels qui pourraient aussi être perçus comme étant liés à l'identité ethnique. Étant donné que les limites entre l'origine ethnique et la religion sont parfois floues, la hiérarchie, en termes de protection, entre les deux motifs de discrimination risque de poser problème si l'objectif de la directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail est de mettre fin à la discrimination entre les personnes de religions différentes.

Au regard de la nécessité de préserver l'autonomie des organisations religieuses, d'autres problèmes juridiques pourraient se poser, à savoir dans les questions concernant le port de symboles ou de vêtements religieux sur le lieu de travail ou concernant les conflits entre la liberté de culte et d'autres droits de l'homme comme le respect de la vie privée ou l'égalité entre les hommes et les femmes et quelle que soit l'orientation sexuelle. L'existence de tensions entre les droits fondamentaux est bien connue. La résolution de ces conflits et de ces tensions en droit humanitaire passe par l'application d'exceptions, lesquelles doivent être nécessaires et proportionnées en vue de la réalisation d'un objectif légitime, par exemple la protection des droits d'autrui. La nature non absolue de nombreux droits de l'homme s'accompagne implicitement des notions d'équilibre entre les droits concurrents et de maintien d'un certain équilibre entre eux.

La directive prévoit un mécanisme d'équilibre entre les droits concurrents par des exceptions en matière d'exigences professionnelles essentielles et par la nécessité de justifier les règles qui produiraient une discrimination indirecte. Ainsi, les exceptions au principe de non-discrimination peuvent être soumises à l'examen des tribunaux qui devront en déterminer le caractère objectif et raisonnable. Il appartient donc aux tribunaux de concilier la nécessité de protéger la religion et le respect des droits d'autrui. Pour ce faire, ils doivent évaluer le caractère proportionné des exceptions au principe de non-discrimination à la lumière de la nécessité de garantir l'égalité, de protéger la liberté de culte et de préserver d'autres droits de l'homme comme le respect de la vie privée et la liberté d'expression. En évaluant le caractère proportionné de ces exceptions, les tribunaux doivent également tenir compte des intérêts, en termes de protection de l'égalité, des utilisateurs de services, de la liberté de culte de tous les membres du personnel, de la liberté de non-religion des clients et des collègues et de l'intérêt de l'employeur à la neutralité politique et religieuse. Le point d'équilibre dépendra en partie de la situation et du statut de l'employeur (A-t-il ou non une éthique religieuse? Appartient-il au secteur public ou au secteur privé?) et du monopole qu'il pourrait détenir dans l'offre de certains types d'emplois.

La directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail exige en effet que soient résolus sur le lieu de travail bon nombre des conflits sensibles et des controverses qui peuvent apparaître en cas de conflit entre le droit à l'égalité religieuse et le droit à l'égalité fondée sur d'autres motifs, notamment l'égalité entre les hommes et les femmes et l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle. La directive suggère de résoudre ce conflit en mettant en place une base procédurale appropriée pour l'examen d'arguments contradictoires. Comme l'a reconnu le Tribunal constitutionnel allemand, la recherche d'un équilibre entre des droits concurrents vise à réaliser une «concordance pratique»³, ce qui implique de reconnaître le caractère inconciliable de ces droits mais aussi la nécessité de trouver, malgré tout, un *modus vivendi*.

Pour y arriver, les tribunaux devront mettre en œuvre une approche qui repose à la fois sur les faits et sur la culture. L'inconvénient d'une approche «au cas par cas» de ce type est qu'il s'avère alors particulièrement difficile de prédire l'issue d'une affaire déterminée, vu le nombre d'intérêts en jeu à concilier. Toutefois, et c'est un avantage, cette approche permet d'assurer une cohérence, grâce à des garanties procédurales claires, et de s'assurer ainsi que les restrictions à la liberté religieuse et les exceptions au principe de non-discrimination ne soient appliquées qu'après examen approprié des divers intérêts en jeu en tenant compte aussi du contexte culturel et politique de l'État membre particulier. Il se peut donc que la directive et les personnes amenées à l'interpréter aient pour rôle non pas tant de déterminer avec précision où se situe le point d'équilibre entre les droits des travailleurs à l'égalité et les droits des groupes religieux à la liberté de culte mais au contraire d'établir des garanties procédurales et de veiller ainsi à ce que les tribunaux examinent les bonnes questions dans l'équation de proportionnalité.

³ L'affaire des crucifix dans les classes allemandes: BVerfGE 93, 1, 1 BvR 1087/91.

Suranga | 1984

Chapitre I

Introduction

La directive sur l'égalité en matière d'emploi demande à tous les États membres d'assurer la protection contre la discrimination fondée sur la religion et les convictions dans le domaine de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle. Ce rapport a pour objectif de présenter un aperçu des dispositions relatives à la religion et aux convictions et d'examiner la façon dont les différents États membres de l'Union européenne les ont transposées dans leur législation. Le rapport repère et traite à l'aide d'exemples issus de la jurisprudence et de la législation des États membres quelques-unes des questions juridiques problématiques soulevées par l'application de la directive. Il propose des pistes de résolution des problèmes pour la garantie d'une protection adéquate tant des intérêts religieux que des autres intérêts en jeu sur le lieu de travail.

L'inclusion de la religion et des convictions parmi les motifs de discrimination couverts par la directive découle des principes du droit communautaire, selon lesquels le droit doit être respecté dans le cadre de l'application des traités, comme la convention européenne des droits de l'homme, qui protège la liberté de religion et de conviction⁴. L'inclusion de ces motifs reflète également les obligations des États membres aux termes de la déclaration universelle des droits de l'homme et de la convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui interdit la discrimination fondée sur un certain nombre de motifs, parmi lesquels la religion et les convictions⁵. L'interprétation de la directive devrait être influencée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, par la charte sociale européenne de 1961 et la charte sociale révisée de 1996, qui assurent, ensemble, une protection contre la discrimination et une protection de la liberté religieuse⁶.

Pourtant, déterminer l'étendue appropriée de la protection contre la discrimination fondée sur la religion et les convictions soulève de très nombreuses questions, complexes et sujettes à controverse. Ces difficultés sont dues en partie aux multiples façons qui permettent de protéger la religion dans les ordres démocratiques représentés par les États membres de l'UE. Outre leurs obligations découlant des traités des droits de l'homme et de la directive, de nombreux États membres sont aussi tenus par leur Constitution de protéger la liberté de religion. Outre leur obligation de préserver la liberté de culte, de nombreux États membres ont aussi à respecter de solides engagements envers le christianisme. Citons, pour illustrer notre propos, quelques-uns seulement des nombreux liens entre la religion et l'État dans l'UE. Le Royaume-Uni a ainsi sa propre Église, l'Église anglicane. La Constitution irlandaise stipule clairement être fondée sur le christianisme⁷. La Finlande lève des impôts religieux tandis que sa législation confère son autonomie à l'Église luthérienne. Quant à l'Espagne et l'Italie, toutes deux ont des liens étroits avec l'Église catholique, réglés par des traités avec le Saint-Siège.

La détermination des paramètres des dispositions de la directive en matière de non-discrimination pose encore d'autres difficultés, dues aux tensions qui apparaissent lorsque l'on tente de protéger de manière appropriée les membres de minorités religieuses. Certains groupes peuvent être qualifiés de minoritaires du fait de leur appartenance à de nouvelles religions. D'autres seront minoritaires car membres d'autres grandes religions du monde mais arrivés en Europe récemment, ils ne partagent pas les liens historiques étroits avec l'État. Le non-respect des intérêts religieux des minorités peut être associé à d'autres formes de discrimination, comme la discrimination raciale, et venir ainsi exacerber les problèmes des minorités.

La tension fondamentale qui existe entre la liberté de religion, protégée par le droit international comme un droit de l'homme fondamental, et le droit à l'égalité explique également la complexité et les controverses. À certains moments, ces droits iront de pair et seront complémentaires. Grâce à la protection contre la discrimination religieuse, les citoyens pourront profiter pleinement de leur liberté de culte, ainsi que de la liberté d'expression, de la libre association, du droit au respect de la vie privée et de la liberté de conscience. Ces différents droits de l'homme ne peuvent s'épanouir que lorsque les groupes religieux ne sont pas victimes de discriminations.

Toutefois, il existe aussi une tension entre ces deux droits. Des problèmes particuliers se posent en raison du conflit possible entre les droits collectifs des personnes religieuses, et les droits des personnes qui ne font pas partie de ce

⁴ Article 6, paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne, et premier considérant de la directive.

⁵ Considérant 4 de la directive.

⁶ Voir plus loin. De Schutter Olivier, *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme* [Human european consultancy et Migration Policy Group (MPG), 2005], publié par la Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances.

⁷ Le préambule de la Constitution irlandaise stipule : «Au nom de la Très Sainte Trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et de l'État doivent se conformer en vue de notre fin, Nous, le peuple d'Irlande, reconnaissant humblement toutes nos obligations envers notre Seigneur Jésus-Christ, qui soutint nos pères tout au long des siècles, et nous rappelant avec gratitude leur lutte héroïque [...] adoptons et promulguons la présente Constitution, à laquelle nous nous soumettons.» De la même manière, dans son préambule, la Constitution polonaise affirme «[...] Nous la Nation polonaise — tous les citoyens de la République, aussi bien qui voient en Dieu la source de vérité, de justice, de bien et de beauté, ainsi que ceux qui ne partagent pas cette croyance mais qui respectent ces valeurs universelles, découlant à leurs yeux d'autres sources, égaux en droits et en obligations dans la poursuite du bien commun, la Pologne [...] Reconnaissant notre responsabilité devant Dieu ou nos propres consciences. [...]»

groupe religieux. La directive semble certes avoir pour objectif de régler les relations au sein de la société civile, en protégeant les libertés civiles et le droit à l'égalité de traitement des différents groupes religieux⁸. Toutefois, la protection contre la discrimination religieuse peut finir par restreindre la liberté des groupes religieux à se tenir à distance des «non-membres» en vue de préserver l'intégrité du groupe.

À certains moments, la protection de la liberté de culte d'un groupe impliquera inévitablement d'agir à l'encontre des intérêts des personnes qui ne sont pas membres de ce groupe. Ainsi, le plein exercice de la liberté de religion et de la liberté d'association impliquera d'autoriser les groupes religieux à employer des personnes qui partagent leur religion. Conséquence immédiate, les personnes qui ne partagent pas la religion de ce groupe, ou qui n'en partagent pas tous les aspects, auront droit à un traitement moins favorable que celles qui partagent la religion de l'employeur. Cette situation soulève une série de questions complexes. Dans quelle mesure la liberté de religion ou la liberté d'association exige-t-elle que des groupes religieux puissent être en mesure de travailler, dans le cadre d'une relation de travail, avec des coreligionnaires? Si des groupes religieux offrent du travail, peuvent-ils, au nom de leur liberté de religion, refuser d'embaucher des personnes n'appartenant pas à leur groupe? Ces groupes religieux peuvent-ils exiger que leurs travailleurs religieux vivent leur vie privée selon les principes de leur confession? Le licenciement pour non-respect est-il contraire au principe de non-discrimination? S'agit-il également d'une violation du droit des travailleurs au respect de leur vie privée?

Mais d'autres tensions peuvent aussi apparaître entre le droit à l'égalité et le droit à la liberté de culte. Cela pourra être le cas, par exemple, lorsqu'un groupe religieux n'est pas partisan de l'égalité des femmes. Un conflit de droit apparaîtra alors entre le plein exercice de la liberté religieuse et la protection de l'égalité entre les femmes et les hommes. De même, l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle peut être incompatible avec certaines convictions religieuses.

La directive ne traite pas toujours directement la difficulté de conciliation des intérêts contradictoires entre les droits religieux et des droits à l'égalité, mais cette difficulté s'amoindrira nécessairement avec l'élaboration de la jurisprudence en matière de discrimination fondée sur la religion et les convictions. Le champ d'application de cette partie de la directive est loin d'être clairement défini vu l'interaction entre le droit à la liberté de religion et le principe de non-discrimination ainsi que l'absence d'une définition précise des termes «religion et convictions». Nous explorerons plus loin ces diverses difficultés.

Le chapitre suivant propose un aperçu des dispositions de la directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail relatives à la religion et aux convictions. Il identifie les formes de discrimination couvertes par la directive, ainsi que les dispositions relatives aux exceptions fondées sur des exigences professionnelles essentielles et aux exceptions particulières pour les organismes dont l'éthique est fondée sur la religion. Le chapitre III examine dans quelle mesure la directive peut ou devrait être interprétée de façon à imposer aux employeurs une obligation d'aménagement raisonnable. Les difficultés posées par la définition des termes «religion» et «convictions» font quant à elles l'objet du chapitre IV, lequel examine aussi si la directive doit être interprétée comme couvrant également la protection des opinions politiques. Le chapitre V se penche sur certains aspects complexes de la relation entre la religion d'une part et la race et l'origine ethnique d'autre part. La relation entre les droits de l'homme et la protection de la religion au titre de la directive est étudiée dans le chapitre VI. Cette question est examinée sous deux angles: tout d'abord le caractère éventuellement complémentaire de cette relation et ensuite certaines des tensions qui existent entre ces deux formes de protection. Parmi les questions examinées, citons celle de l'autonomie octroyée aux organisations religieuses, l'utilisation des symboles religieux et les conflits entre la liberté de culte et d'autres droits de l'homme, comme le droit au respect de la vie privée. Le chapitre VII examine de manière détaillée les conflits de droit, et notamment les interactions entre la religion et l'égalité entre les femmes et les hommes. Le chapitre VIII évalue le champ d'application des exceptions au principe de non-discrimination en rapport avec les exigences professionnelles essentielles et de l'exception particulière accordée aux employeurs dont l'éthique est fondée sur la religion. Enfin, le dernier chapitre, qui conclut le présent document, met en lumière les difficultés que doivent résoudre les personnes chargées de la mise en œuvre et de l'interprétation des dispositions de la directive en rapport avec la religion et les convictions. *Nous renvoyons, tout au long du présent ouvrage, à la législation et aux pratiques des États membres. Les exemples détaillés sont extraits des rapports nationaux rédigés par le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination (fondée sur la race ou l'origine ethnique, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle)*⁹.

⁸ Bell, «A Patchwork of Protection: The New Anti-Discrimination Law Framework», 67 *Modern Law Review* (2004), 465; Bell and Waddington, «Reflecting on inequalities in European equality law», 28 *European Law Review* (2003), 349; Waddington and Bell, «More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», 38 *Common Market Law Review* (2001), 587.

⁹ Ce réseau a été mis en place et est financé au titre du programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006). Il est géré conjointement par Human european consultancy et le Migration Policy Group. Toutes les publications du réseau sont disponibles sur le site internet de la Commission européenne à l'adresse suivante:
http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/pubst_fr.htm#leg

Hanneke | 1984

Chapitre II

La religion et les convictions, deux motifs de discrimination couverts par la directive

La directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail interdit la discrimination directe et indirecte ¹⁰, le harcèlement ¹¹, l'injonction à pratiquer la discrimination ¹² ainsi que les rétorsions ¹³ fondés sur la religion et les convictions ¹⁴. Ces termes sont définis de manière identique pour les différents motifs de discrimination, et leur interprétation s'appuiera probablement sur l'expérience des tribunaux dans l'interprétation de la protection existant actuellement dans l'UE contre la discrimination fondée sur le sexe. Mais en matière de discrimination fondée sur la religion ou les convictions, il est possible qu'apparaissent des aspects problématiques tout à fait spécifiques à ce motif de discrimination.

Discrimination directe

La discrimination directe implique qu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre en raison de sa religion ou de ses convictions. Pour illustrer concrètement cette forme de discrimination, nous pourrions citer le cas d'un employeur qui refuse d'engager des personnes religieuses ou qui, s'il accepte de le faire, refuse les candidats appartenant à une religion en particulier. C'est le cas, par exemple, d'un employeur qui accepterait d'avoir du personnel chrétien, mais qui refuserait d'engager des membres de l'Église scientologique. Il y aura également discrimination directe lorsque des organisations religieuses refusent d'embaucher des travailleurs qui ne partagent pas la confession de leur organisation (bien que, dans certains cas, l'exception d'«exigence professionnelle essentielle» puisse alors s'appliquer) ¹⁵.

La discrimination directe doit «être fondée» sur la religion ou les convictions. La directive ne se limite pas aux traitements moins favorables liés à la religion ou aux convictions d'une victime. Elle couvrira dès lors tout traitement, inégal, reposant sur la religion supposée d'une personne, même si cette hypothèse doit s'avérer fausse. La directive interdira aussi toute discrimination fondée sur l'association d'une personne avec des membres d'une religion déterminée (par exemple la discrimination à l'encontre d'une personne mariée à un membre d'un groupe religieux). Dans de nombreux États membres ¹⁶, ces aspects ne sont pas abordés de manière directe mais la discrimination fondée sur des caractéristiques présumées ou sur une association avec des personnes présentant des caractéristiques particulières est considérée comme étant implicitement couverte par la définition de la discrimination directe. Dans certains États membres, comme la Belgique et la Finlande, la liste de motifs de non-discrimination n'est pas exhaustive, et nous pouvons supposer que la protection contre la discrimination fondée sur de tels motifs y est assurée ¹⁷. D'autres pays de l'Union européenne, comme l'Irlande, interdisent explicitement la discrimination basée sur une caractéristique présumée ¹⁸ ainsi que la discrimination par association ¹⁹.

La directive peut également assurer une protection contre la discrimination liée aux opinions religieuses de l'employeur. Par exemple, si un employeur catholique licencierait un travailleur qu'il juge «coupable» d'avoir épousé une personne divorcée, ce traitement moins favorable serait également considéré comme «fondé sur la religion», possibilité que certains États membres, comme le Royaume-Uni, ont toutefois expressément exclue ²⁰.

¹⁰ Article 2, paragraphe 2.

¹¹ Article 2, paragraphe 3.

¹² Article 2, paragraphe 4.

¹³ Article 11.

¹⁴ Les termes «religion» et «convictions» ne sont pas définis par la directive. Voir le chapitre IV ci-dessous.

¹⁵ Article 4, et discussion au chapitre VIII.

¹⁶ Par exemple l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, l'Autriche. Voir leurs rapports nationaux respectifs pour 2006: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG)].

¹⁷ Rapport national pour la Belgique: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), février 2006], Rapport national pour la Finlande: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), décembre 2004].

¹⁸ Loi sur l'égalité dans l'emploi 1998-2004, section 6(1) et loi sur l'égalité des statuts 2000-2004, section 3(1).

¹⁹ Loi sur l'égalité des statuts 2000-2004, section 3(1)(b) et loi sur l'égalité dans l'emploi 1998-2004, section 6(1)(b).

²⁰ Au Royaume-Uni, le règlement 3(2) de la réglementation de 2003 relative à l'égalité en matière d'emploi (religion et convictions) prévoit que «la référence [...] à la religion ou aux convictions n'inclut pas la religion ou les convictions [de la personne qui se rend coupable de discrimination]».

La définition de la discrimination directe ne propose aucune exception ou justification d'ordre général ²¹, même si des exceptions spécifiques sont mentionnées. La directive admet une première exception générale au principe de non-discrimination lorsqu'une mesure est nécessaire à la sécurité publique, à la défense de l'ordre public ou à la protection des droits et des libertés d'autrui ²². Une deuxième exception est prévue lorsqu'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 l'exigence proportionnée ²³. Exiger d'un prêtre qu'il soit catholique ou d'un professeur de coran qu'il soit musulman ne donnera donc pas lieu à une discrimination directe illicite. Une troisième exception, de nature un peu plus générale est prévue lorsque l'employeur est une Église ou une autre organisation dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions. En vertu de cette exception, des fondations religieuses comme des hôpitaux, dont la gestion est régie par une éthique fondée sur la religion ou des convictions, pourront exiger de leur personnel la fidélité à cette éthique. Cette exception s'applique même au médecin, par exemple, pour qui le partage des convictions religieuses ne constitue pas une exigence essentielle à l'exercice de ses devoirs. Une telle exigence ne saurait toutefois justifier une discrimination fondée sur un autre motif ²⁴. Nous examinons ci-dessous plus en détail le champ d'application de ces exceptions.

Discrimination indirecte

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 [...] donnés» à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne puisse être justifié ²⁵. Comme exemple concret de discrimination indirecte parmi d'autres, nous pouvons citer le cas d'un employeur qui imposerait des exigences en termes de port d'uniforme ou d'horaires de travail que des personnes d'une religion particulière pourraient avoir du mal à respecter. Ainsi, l'exigence d'être rasé de près pourrait poser des problèmes à un sikh; travailler le dimanche pourrait être problématique pour certains chrétiens, tandis que l'exigence d'appartenance à un groupe religieux particulier pour travailler dans une organisation religieuse pourrait être difficile pour les personnes qui ne font pas partie de ce groupe ²⁶.

La discrimination indirecte peut être justifiée lorsque la pratique ou le critère peut être justifié impartialement par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ²⁷. Cette disposition vise à garantir que les exigences professionnelles soient bien en rapport avec l'emploi en question et doit permettre d'éviter l'imposition d'exigences inutiles qui ont un impact disproportionné sur les personnes d'une religion particulière.

La question de la justification est généralement du ressort des tribunaux nationaux. Toutefois, personne ne peut encore préciser quel est le type de facteurs que les tribunaux doivent accepter pour justifier la discrimination religieuse indirecte. Les justifications à caractère commercial seront-elles par exemple acceptées? Un employeur peut-il prétendre qu'il ne peut fournir un autre uniforme car une telle décision risque de déplaire aux clients qui pourraient alors décider d'aller faire leurs achats dans un autre magasin? Un employeur peut-il refuser de procéder à des aménagements car ceux-ci supposeraient une charge financière excessive? Un employeur qui

²¹ S'agissant de la discrimination sexuelle, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a confirmé dans l'affaire *Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941 que la discrimination directe ne pouvait être justifiée.

²² Article 2 (paragraphe 5).

²³ Article 4 (paragraphe 1).

²⁴ Article 4 (paragraphe 2). Toute exigence par rapport à la religion ou aux croyances doit constituer une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée, eu égard à l'éthique de l'organisation. Notez que, contrairement à l'exception générale mentionnée au premier paragraphe de l'article 4, l'exigence ne doit pas être «déterminante».

²⁵ Article 2 (paragraphe 2).

²⁶ Posée par certaines religions, une telle exigence pourra également poser des problèmes aux personnes homosexuelles. Pour en savoir plus sur les conflits possibles entre divers motifs de discrimination, consultez le chapitre VI ci-dessous.

²⁷ Article 2 (paragraphe 2)(b).

souhaite véhiculer une image de modernité auprès de sa clientèle pourra-t-il invoquer ce motif pour restreindre légalement le port de vêtements religieux? La Cour suprême du Danemark ²⁸ a autorisé un employeur à justifier des instructions vestimentaires visant à créer un lieu de travail religieusement neutre, mais rien ne permet d'affirmer avec certitude qu'une telle interprétation soit conforme à la directive.

Pour que l'exigence puisse être considérée comme proportionnée, l'employeur devrait avancer un motif valable de vouloir créer un lieu de travail religieusement neutre, étant donné l'impact potentiellement discriminatoire d'une telle exigence. Si la neutralité religieuse du lieu de travail est trop facilement admise comme étant un objectif légitime, la protection contre la discrimination religieuse ne sera que très faiblement assurée. Il convient, en outre, d'examiner aussi le bien-fondé d'une telle instruction vestimentaire: même si l'exigence est reconnue comme ayant l'objectif légitime de présenter une certaine image de l'entreprise, elle devra également être proportionnée. Un certain nombre de facteurs devront être pris en compte pour déterminer si une discrimination indirecte se justifie. Ces facteurs pourront être le type d'entreprise, la nature des aménagements requis, le caractère obligatoire ou non du vêtement religieux pour la religion (il ne doit pas s'agir uniquement d'une pratique courante des adeptes ou d'une pratique simplement inspirée par la religion) ²⁹, et l'importance des contacts avec le public du membre du personnel en question.

Dans le domaine de la discrimination sexuelle, les critères permettant de justifier la discrimination indirecte sont particulièrement stricts: toute exigence doit avoir un objectif légitime, les moyens choisis pour le réaliser doivent correspondre à une nécessité réelle pour l'entreprise, ils doivent être appropriés pour réaliser l'objectif en question et être nécessaires à cette fin ³⁰. Le coût économique ou la préférence des clients ne justifiera généralement pas la discrimination fondée sur le sexe. Un tel niveau de justification n'apparaît pas approprié dans les cas de discrimination fondée sur la religion ou les convictions, vu les difficultés potentielles que cela entraînerait pour les employeurs qui tentent de concilier les différents intérêts identifiés ci-dessus ³¹. Toutefois, le développement de différents degrés de normes pour justifier la discrimination religieuse et la discrimination sexuelle risque d'aboutir à des incohérences au niveau du traitement des différents motifs de discrimination dans le droit communautaire.

La question des comparateurs

La discrimination directe et la discrimination indirecte nécessitent toutes deux des comparateurs ou des éléments de comparaison. La discrimination indirecte est définie comme un traitement moins favorable qu'un autre «dans une situation comparable» ³² tandis que la discrimination indirecte suppose une situation ou un traitement désavantageux «par rapport à d'autres personnes» ³³. Ces définitions soulèvent d'emblée la question suivante: à quel moment deux situations données pourront-elles être qualifiées de comparables? Des difficultés sont apparues à ce niveau dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe ³⁴ et cela sera vraisemblablement aussi le cas s'agissant de la religion et des convictions.

La directive ne précise pas clairement le comparateur à utiliser. Un traitement peut se révéler moins favorable si la comparaison est établie entre le demandeur religieux et une personne sans religion, par exemple lorsqu'un employeur laïc refuse d'engager des personnes croyantes. Toutefois, il se peut aussi que le traitement moins

²⁸ Décision 22/2004 du 21 janvier 2005.

²⁹ Voir *Arrowsmith contre Royaume-Uni* (1978) 19 D & R 5 sur la distinction entre les activités motivées par la religion ou les convictions, et celles qui ne représentent qu'une manifestation de la religion. La protection assurée par l'article 9 de la CEDH ne s'applique qu'aux expressions de la religion, et non à toutes les actions inspirées par celle-ci.

³⁰ *Bilka-Kaufhaus contre Weber von Hartz* [1986] ECR 1607.

³¹ Voir également la partie du chapitre III consacrée à l'obligation d'aménagement raisonnable.

³² Article 2 (paragraphe 2)(a).

³³ Article 2 (paragraphe 2) (b).

³⁴ Voir *Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (JVJ-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941.

favorable ne soit mis en évidence que lorsque le demandeur est comparé à un fidèle d'une autre religion. Prenons par exemple le cas d'un employeur refusant d'embaucher toute personne n'étant pas de confession chrétienne. Dans ce cas, le traitement moins favorable à l'égard d'un musulman n'apparaîtra pas en cas de comparaison avec une personne athée ou avec un hindou mais uniquement en cas de comparaison avec des chrétiens. Et les difficultés ne s'arrêtent cependant pas là, car plusieurs variables peuvent encore intervenir. Il pourra s'agir d'un demandeur pratiquant une religion minoritaire, par exemple. Dans ce cas, le traitement moins favorable ne se révélera qu'en cas de comparaison avec une personne adepte d'une religion majoritaire. La discrimination restera inapparente en cas de comparaison avec une autre religion minoritaire. Dans un pays comme le Royaume-Uni, qui s'est doté de sa propre Église, l'Église anglicane, reconnue par la loi comme étant l'Église officielle du pays ³⁵, les anglicans se trouvent-ils dans une situation identique à celle d'un membre d'une autre Église? En Espagne et en Italie, deux pays qui ont des liens étroits avec l'Église catholique, le traitement des catholiques est-il comparable à celui réservé aux fidèles d'autres religions?

En outre, certains États membres reconnaissent que des pratiques historiquement chrétiennes, comme celle du repos dominical, sont à ce point établies qu'elles doivent désormais être considérées davantage comme des pratiques culturelles que comme des pratiques religieuses ³⁶. Cet exemple montre toute la complexité des comparaisons de traitement entre les religions: si une pratique religieuse est en réalité traitée comme culturelle plutôt que religieuse uniquement, le traitement réservé à la religion concernée diffère-t-il de celui réservé à une autre? Refuser à un adventiste du septième jour de prendre congé le samedi équivaldrait alors à le défavoriser par rapport aux chrétiens, qui peuvent prendre congé le dimanche, puisque les chrétiens sont les seuls à pouvoir ne pas travailler le jour de repos de leur religion. Cependant, nous pourrions également avancer que ces deux groupes religieux ne se trouvent pas dans une situation comparable: il convient en effet d'admettre que le congé dominical n'est pas un aménagement religieux octroyé aux seuls chrétiens, mais simplement l'acceptation d'une norme culturelle ³⁷.

La directive ne fournit pas de réponse précise à la question du comparateur le plus approprié, et dans les États membres, la législation nationale transposant la directive a généralement intégré la formulation de la directive, ou ne l'a modifiée que très légèrement, sans aborder la question des comparateurs. Il semblerait que, pour garantir le respect des dispositions du préambule ainsi que des engagements envers l'égalité et l'observation des droits humains qui y sont énoncés, l'aspect discriminatoire devrait pouvoir être établi une fois qu'un traitement moins favorable peut être mis en évidence en comparaison avec un autre groupe, qu'il s'agisse d'une religion majoritaire, d'une religion minoritaire, d'une religion établie ou de l'absence de religion. Le fait que le traitement en question puisse être semblable à celui réservé aux membres d'un troisième groupe ne devrait pas empêcher le constat d'une discrimination entre les deux groupes de comparaison choisis ³⁸.

Pour en revenir à l'exemple de la comparaison entre les adventistes du septième jour et les chrétiens, une possibilité serait ici d'accepter que l'adventiste du septième jour est victime d'une discrimination indirecte par rapport aux chrétiens, étant donné que l'exigence de travailler le samedi désavantage particulièrement ce groupe religieux. Toutefois un employeur désirant justifier ici une quelconque exigence pourra insister sur la norme culturelle selon laquelle le samedi est jour ouvrable et le dimanche jour de repos. Dans ce cas, il ne s'agit donc plus

³⁵ Le chef d'État est donc aussi le chef de l'Église anglicane.

³⁶ Voir la décision du Tribunal constitutionnel espagnol (19/1985, 13 février), qui a estimé que le fait de considérer le dimanche comme le jour habituel de repos hebdomadaire (article 37.1 de la loi sur les travailleurs) repose non pas sur une règle religieuse, mais sur une tradition séculaire. Rapport national pour l'Espagne: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

³⁷ Voir également les observations de la Commission européenne des droits de l'homme dans *Ahmad contre Royaume-Uni* (1982) 4 EHRR 126, au paragraphe 28.

³⁸ L'approche est similaire à celle suivie dans les affaires en rapport avec l'égalité de traitement, où une femme peut comparer son travail à celui des hommes qui, à travail égal, touchent un salaire supérieur, même s'il se trouve que des bas salaires concernent aussi des hommes qui occupent le même grade.

d'identifier le comparateur le plus approprié, il s'agit de la justification d'une éventuelle exigence. Pour le demandeur, l'avantage d'une telle approche réside dans le fait que la charge de justifier la discrimination sera déplacée sur le défendeur.

Harcèlement

La directive considère le harcèlement comme une forme de discrimination, lorsque se manifeste un comportement indésirable lié à la religion ou aux convictions, qui 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 ³⁹. La plupart des États membres ont transposé, pour lutter contre le harcèlement, des dispositions similaires à cette définition ⁴⁰.

La directive ne précise pas comment déterminer s'il a été porté atteinte à la dignité ni comment établir si un environnement est hostile ou offensant. Cette lacune pourrait être à l'origine de problèmes particuliers en ce qui concerne le harcèlement religieux. En effet, non seulement les termes «religion» et «convictions» ne sont pas définis ⁴¹, mais il peut aussi y avoir une absence de consensus quant à l'impact probable de certains comportements sur des personnes religieuses. Les fidèles d'une même religion ne s'accorderont d'ailleurs pas toujours sur ce qui est considéré comme offensant. Ainsi, un débat hostile sur des questions religieuses, comme le port du foulard, pourrait-il avoir un caractère offensant pour les musulmans? Une femme chrétienne offensée par une discussion sur l'avortement, peut-elle invoquer le harcèlement si elle est offensée en raison de sa religion? Et que se passe-t-il si le débat ne heurte pas d'autres chrétiens, mais qu'il peut, par contre, choquer des personnes d'autres religions ou sans religion? Nous disposons de peu d'éléments indiquant quel traitement réserver à ces questions.

Certains États membres ont commencé à s'intéresser à cette question dans leur législation de transposition. La Slovaquie fait ainsi référence à un traitement «que la personne en question peut à juste titre percevoir» comme un harcèlement ⁴². La République tchèque couvre quant à elle «la conduite objectivement perçue par la personne concernée comme inopportune, inadéquate ou offensante» ⁴³. Quant au Royaume-Uni, il envisage aussi bien l'aspect subjectif qu'objectif puisque le comportement est jugé offensant, etc. lorsque, «eu égard à toutes les circonstances, y compris, en particulier, la perception de [la victime], ce comportement peut raisonnablement être considéré comme produisant cet effet» ⁴⁴.

Toutefois, même dans les cas où la législation de transposition prévoit que des critères objectifs devront être utilisés, celle-ci ne précise pas clairement l'approche qui doit être utilisée pour juger du caractère offensant d'un comportement. S'agissant des religions bien établies, une réponse pratique pourra être de tenir compte de l'opinion des autorités religieuses officielles. Toutefois, d'aucuns pourront avancer qu'une telle approche risque vraisemblablement de ne pas protéger suffisamment la personne religieuse, à titre individuel, étant donné que les convictions religieuses constituent une question très personnelle. Le degré d'offense peut donc difficilement être établi par des organismes extérieurs, même s'il s'agit d'organismes religieux officiels. En outre, des groupes religieux moins connus risquent de n'avoir pas de déclaration de foi bien précise, et il pourrait ne pas toujours être facile de conclure avec certitude que des personnes, pour de justes raisons, sont offensées. Toutefois, autoriser des

³⁹ Article 2, paragraphe 3.

⁴⁰ L'Estonie constitue ici une exception: dans ce pays, la conduite indésirable doit viser une personne se trouvant dans une relation de subordination ou de dépendance. Rapport national pour l'Estonie: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

⁴¹ Voir chapitre IV ci-dessous.

⁴² Section 2(5) de la loi sur la non-discrimination n° 365/2004.

⁴³ Section 3(5) du projet de loi sur la non-discrimination [Rapport national pour la République tchèque: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination (human european consultancy, Migration Policy Group [MPG], 2006)].

⁴⁴ Règlement 5 de la réglementation de 2003 relative à l'égalité en matière d'emploi (religion ou convictions).

critères trop subjectifs pour établir une éventuelle offense risque de nuire dangereusement à la liberté d'expression ⁴⁵.

Voies de recours et application du droit

La directive demande aux États membres de mettre en place des voies de recours efficaces. La plupart d'entre eux ont transposé cette disposition en organisant des voies de recours en cas de non-respect de la directive, par le biais de leurs procédures civiles générales ou des procédures du droit du travail ⁴⁶. Il existe, en outre, diverses autres procédures visant à assurer l'application du droit comme l'inspection du travail ⁴⁷, les médiateurs ⁴⁸, ou encore les commissions ou bureaux des droits de l'homme ⁴⁹. Les États membres prévoient un large éventail de recours, parmi lesquels l'indemnisation, la réintégration, ou les amendes. Les pays de l'Union ont prévu des voies de recours individuels et curatifs plutôt que préventifs, même si certains États membres, comme l'Irlande, prévoient, à titre de recours, que les employeurs soient tenus de prendre des mesures spécifiques et d'indemniser et réintégrer les victimes ⁵⁰.

⁴⁵ Voir chapitre VI ci-dessous dans lequel nous examinons l'interaction entre la directive et d'autres droits, comme la liberté d'expression.

⁴⁶ Voir Tobler, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne*, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2005]; Cormack and Bell, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 États membres de l'Europe*, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2005] chapitres VII et VIII.

⁴⁷ Grèce, Espagne, France, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Portugal et Finlande.

⁴⁸ Espagne, Chypre.

⁴⁹ Lettonie.

⁵⁰ Pour en savoir plus, voir Cormack and Bell, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 États membres de l'Union européenne*, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2005], et Tobler, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne*, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2005].

Wiena | 1983

Chapitre III

Vers une obligation d'aménagement raisonnable?

La protection dont bénéficie la religion au titre de la directive se limite à l'interdiction de la discrimination directe et indirecte, du harcèlement et de la rétorsion. À première vue, elle n'impose pas aux employeurs l'obligation de procéder à des aménagements raisonnables pour répondre aux besoins des travailleurs religieux. À cet égard, notons ici le contraste avec l'obligation d'aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées, laquelle est spécifiquement prévue par le texte de la directive. D'où la question suivante: est-il possible de développer la protection contre la discrimination fondée sur la religion, de façon à inclure une obligation d'aménagement raisonnable?

Cette question soulève plusieurs points complexes. La première difficulté est liée au fait que les aménagements en faveur du personnel religieux pourraient être considérés comme discriminatoires par rapport aux autres personnes. Des problèmes complexes peuvent en effet surgir si les personnes sans religion sont protégées par la directive⁵¹. Toute prise en compte d'un besoin religieux risque d'être interprété comme une discrimination à l'encontre des personnes d'une autre religion⁵².

Illustrons ce qui précède par un exemple, celui du travail durant le week-end. Certains travailleurs peuvent souhaiter avoir congé le samedi, et ce pour toute une série de raisons. En présence d'une obligation d'aménagement raisonnable, rien ne permet de déterminer clairement l'ordre de priorité à appliquer par un employeur ou un tribunal. Tel membre du personnel pourrait ainsi souhaiter prendre part à des pratiques religieuses, un autre pourrait vouloir consacrer du temps à l'un de ses passe-temps, très important à ses yeux, par exemple des activités sportives ou un cours de yoga. D'autres pourront vouloir avoir un jour de congé pour passer du temps avec le reste de leur famille, pour enrichir leur vie familiale. D'aucuns pourraient avancer que ces deux derniers motifs ont une importance moindre que le motif religieux. Rien n'est cependant moins sûr, surtout si le travailleur sollicite ce jour de congé pour effectuer une activité en rapport avec ses convictions politiques, comme un travail de bénévolat au sein d'un parti politique⁵³. Il ne sera pas toujours possible d'établir qu'une activité religieuse est nécessairement plus importante qu'une autre activité si la demande de «congé pour raison familiale» est reformulée comme une demande de congé de garde d'enfant. Dans ce cas en effet, la demande fera intervenir un autre droit à l'égalité, à savoir celui de l'égalité entre les hommes et les femmes. Pour les raisons qui précèdent, l'obligation d'aménagement pour raison de religion ou de convictions pourrait poser d'énormes difficultés aux employeurs. Ces exemples illustrent clairement les tensions et les conflits existant entre la protection de la liberté de la pratique religieuse et l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion.

En dépit des difficultés qu'elle entraîne, l'obligation d'aménagement pour raisons religieuses n'en demeure pas moins un élément essentiel de la protection contre la discrimination religieuse. En effet, lorsque la discrimination religieuse a été interdite aux États-Unis dans les années 60, les dispositions de non-discrimination ont rapidement été renforcées par un devoir d'aménagement raisonnable, reconnaissant ainsi le fait que la liberté de religion exige la protection de la pratique et des rites religieux, ainsi que la protection des convictions. La protection des droits des membres du personnel à pratiquer leur religion exige un certain degré d'aménagement. Pour cette raison, la loi sur les droits civils (Civil Rights Act) de 1964 qui interdisait pour la première fois la discrimination religieuse dans le domaine de l'emploi a été amendé en 1972, et depuis lors, les employeurs sont tenus de prendre en compte les pratiques religieuses de leurs travailleurs, pour autant que ces aménagements n'entraînent pas pour

⁵¹ Cet aspect sera examiné de manière plus détaillée au chapitre IV, qui aborde aussi la question de la définition de la religion et des convictions.

⁵² Voir le débat sur cette question dans le contexte de la protection constitutionnelle de la religion, dans l'affaire irlandaise *Quinn's Supermarket contre Attorney General* [1972] IR 1, dans laquelle il avait été avancé que le fait que les bouchers juifs kasher ne soient pas tenus de respecter le repos dominical prévu par la loi était discriminatoire à l'encontre des commerçants non-juifs. Cet argument n'a pas été accepté, et l'exception a donc été maintenue, sur la base du fait qu'il était nécessaire de protéger correctement la liberté de religion de la communauté juive.

⁵³ Voir le chapitre IV, où nous nous demandons si la directive couvre également les opinions politiques.

l'employeur une difficulté injustifiée ⁵⁴. Parmi les aménagements les plus fréquents, citons l'aménagement des horaires de travail afin de permettre un congé pour pratiques religieuses et les amendements aux règles relatives à l'uniforme ou à l'apparence, afin de tenir compte des codes vestimentaires religieux.

Une des difficultés liées à l'introduction d'un devoir d'aménagement consiste à déterminer la portée d'une telle obligation. Quel est le degré d'aménagement raisonnable, et à quel moment une difficulté est-elle considérée comme «injustifiée»? Si des aménagements trop importants sont exigés, la liberté de religion d'une personne pourra imposer des coûts significatifs à autrui. Toutefois, si seuls des aménagements minimes sont prévus, l'exigence perdra de son sens.

Aux États-Unis, l'obligation de procéder à des aménagements a été interprétée de manière assez restrictive. Les aménagements ne sont ainsi requis que lorsqu'ils sont raisonnables et qu'ils n'entraînent pas de difficulté injustifiée ⁵⁵. Il faut ici entendre par difficulté injustifiée que les aménagements ne doivent s'accompagner que d'un coût de minimis, que ce soit en termes de coût financier ou de désorganisation ou de difficultés administratives.

Même si ces obligations minimales peuvent laisser supposer que la protection est insignifiante, l'employeur n'en est pas moins tenu d'essayer de procéder à des aménagements. S'agissant de difficulté, bien que seul un niveau de minimis est requis, il devra s'agir d'une difficulté réelle, et non de difficultés hypothétiques ⁵⁶. L'employeur ne pourra donc pas, par exemple, invoquer le fait que cet aménagement risque de mécontenter d'autres membres de son personnel. Il doit mettre en évidence un réel mécontentement. En effet, l'obligation d'aménagement raisonnable déplace vers l'employeur la responsabilité de prouver qu'il a bien envisagé de procéder à des aménagements et que des raisons réelles expliquent pourquoi de tels aménagements seraient difficiles. Une telle obligation ne protège pas le travailleur de manière absolue et ne porte donc pas considérablement atteinte aux droits d'autrui. La violation des droits d'une autre personne constituerait probablement autant de raisons de ne pas tenir compte des besoins religieux du travailleur. Ce n'est toutefois pas le cas si les droits d'autrui ne sont pas violés, mais risquent seulement de l'être.

Au vu de ce qui précède, dans quelle mesure une telle approche pourrait-elle être requise au titre de la directive? Étant donné que l'article 9 de la convention européenne des droits de l'homme protège la pratique religieuse ainsi que les convictions religieuses, une certaine forme d'aménagement raisonnable sera vraisemblablement nécessaire pour protéger la pratique religieuse, comme c'est déjà le cas aux États-Unis. Malgré l'absence manifeste de disposition spécifique obligeant l'employeur à procéder aux aménagements nécessaires en vue de tenir compte de la religion ⁵⁷, deux affaires peuvent néanmoins servir de base pour demander la reconnaissance d'une telle obligation. Premièrement, ainsi que les juges l'ont accepté dans l'affaire *Thlimmenos contre Grèce* ⁵⁸ portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme, le traitement peut être inégal parce que des personnes se trouvant dans la même situation sont traitées de manière différente ou parce que des personnes, malgré leurs différences, sont traitées de la même façon. Le refus de tenir compte de la différence équivaut donc à une inégalité de traitement, puisqu'il s'agit d'un refus d'octroyer un traitement différent à des personnes différentes.

⁵⁴ «Le terme "religion" inclut tous les aspects de l'observance et de la pratique religieuse, ainsi que les convictions, sauf si un employeur démontre qu'il n'est pas en mesure de proposer des aménagements raisonnables pour la pratique ou l'observance religieuse d'un travailleur ou d'un travailleur potentiel, car de tels aménagements seraient à l'origine de difficultés excessives pour l'employeur, en termes de conduite de ses affaires.» 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(1).

⁵⁵ *Trans World Airlines, Inc. contre Hardison* 432 U.S. 63, (1977), *Ansonia Board of Education v. Philbrook* 479 U.S. 60 (1986).

⁵⁶ *EEOC contre Alamo Rent-A-Car*, mai 2006, *Opuku-Boateng contre California*, 95 F.3d 1461, 1473-74 (9^e Cir. 1996).

⁵⁷ En outre, la jurisprudence de l'article 9 de la CEDH n'impose pas d'obligation de tenir compte de la religion sur le lieu de travail. Voir *Ahmad contre Royaume-Uni* (1981) 4 EHRR 126, *Stedman contre Royaume-Uni* (1997) 23 EHRR CD168, tous deux confirmés dans *Kosteski contre «l'ancienne République yougoslave de Macédoine»* — 55170/00 [2006] CEDH 403, sur laquelle nous reviendrons plus en détail au chapitre VI ci-dessous.

⁵⁸ (2001) 31 EHRR 15.

Le lien entre la discrimination et l'obligation d'aménagement peut aussi être interprété de la manière suivante: le refus de prendre en compte une demande de traitement différent émanant de travailleurs religieux pourrait équivaloir à une discrimination indirecte ⁵⁹ sauf si ce refus peut être justifié ⁶⁰. Par exemple, des travailleurs qui se voient refuser une adaptation de la tenue de travail pour tenir compte de leur pratique religieuse seraient, selon cette interprétation, victimes d'une discrimination indirecte. L'exigence posée par l'employeur du port de ce vêtement de travail s'accompagnerait d'un désavantage particulier pour les membres religieux du personnel, d'où l'obligation de justifier cette exigence.

D'autres demandes d'aménagement de la pratique religieuse porteront vraisemblablement sur des congés pour pratiques religieuses. Certains États membres ont spécifiquement prévu de tels arrangements. En Espagne, des accords de coopération conclus avec diverses communautés religieuses (évangéliques, juives et islamiques) prévoient des aménagements raisonnables sous la forme de jours de congé différents pour les travailleurs de religions particulières ⁶¹. Une disposition prévoit également que les congés religieux puissent remplacer les congés prévus par la loi générale ⁶², moyennant accord des deux parties.

En l'absence d'accords spécifiques portant sur la prise en compte de demandes de ce type, le fait de refuser une demande d'aménagement des horaires de travail peut être considéré comme une discrimination indirecte. L'employeur impose en effet à ses travailleurs l'exigence de travailler selon un horaire particulier. Les travailleurs religieux subiraient de ce fait une discrimination, laquelle devrait donc être justifiée par l'employeur. Le fait que l'exigence soit ou non justifiée dépend de plusieurs facteurs: la nécessité d'assurer un remplacement, la possibilité de trouver un remplaçant et le coût du remplacement, la durée du congé et la fréquence des demandes.

Compte tenu de ce qui précède, nous pouvons avancer que la directive crée l'obligation indirecte de procéder, le cas échéant, à des aménagements raisonnables. Si une obligation d'aménagement raisonnable peut être inférée à partir de la directive, sa portée sera fonction du champ des moyens de défense fondés sur une justification utilisés dans les affaires de discrimination indirecte. Il n'y a pas de discrimination indirecte lorsqu'une exigence peut être objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de le réaliser sont appropriés et nécessaires ⁶³. Si ce critère de justification est interprété de la même façon que dans les affaires d'égalité entre les femmes et les hommes, toute exigence devra avoir un objectif légitime, les moyens choisis pour le réaliser devront correspondre à un besoin réel de l'entreprise, être appropriés à cette réalisation et être nécessaires au but poursuivi ⁶⁴. L'exigence

⁵⁹ Il n'est pas possible de déterminer clairement si le concept de discrimination indirecte peut être utilisé pour créer une obligation d'aménagement en faveur de chaque personne religieuse prise individuellement. La discrimination indirecte est définie en termes de désavantage collectif. Le demandeur doit donc démontrer qu'une exigence mettrait *plusieurs personnes* d'une religion ou de convictions particulières dans une situation de désavantage particulier par rapport à d'autres.

⁶⁰ Pour une évaluation des exigences d'«aménagements raisonnables», voir L. Waddington and A. Hendriks, «The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination» [2002] *IJCLILR* p. 403.

⁶¹ Loi 24/1992 du 10 novembre portant adoption de l'accord de coopération entre l'État et la Fédération des entités religieuses évangéliques d'Espagne, loi 25/1992 du 10 novembre portant adoption de l'accord de coopération entre l'État et les communautés juives d'Espagne et loi 26/1992 du 10 novembre portant adoption de l'accord de coopération entre l'État et la Commission islamique d'Espagne. Les vendredis soirs et toute la journée du samedi peuvent ainsi être accordés aux travailleurs juifs et aux adventistes du septième jour en lieu et place de la règle générale du congé du samedi après-midi ou du lundi matin et de toute la journée du dimanche. De tels aménagements exigent l'accord de toutes les parties, ce qui, conformément à l'interprétation de la jurisprudence, implique qu'ils ne sont possibles que s'ils sont demandés par le travailleur avant la signature du contrat. Les membres des communautés islamiques appartenant à la Commission islamique peuvent demander d'interrompre le travail tous les vendredis de 13 h 30 à 16 h 30 et une heure avant le coucher du soleil pendant le ramadan. Une telle disposition est soumise à l'accord de l'employeur et exige que les heures non prestées soient rattrapées. [Rapport national Espagne: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination (Human european consultancy, Migration Policy Group [MPG], 2006)].

⁶² Article 37 de la loi sur les travailleurs.

⁶³ Article 2(2)(b).

⁶⁴ *Bilka-Kaufhaus contre Weber von Hartz* [1986] ECR 1607.

de justification est donc relativement stricte, et les questions de coût économique ou de préférence du consommateur ne justifieront généralement pas la discrimination sexuelle indirecte.

L'utilisation d'une telle norme lors d'affaires en rapport avec des exigences religieuses imposerait, dans la pratique, des normes relativement difficiles pour les employeurs en termes de prise en compte des pratiques religieuses. Aux États-Unis, le critère modéré de «difficulté injustifiée» a permis aux tribunaux de ne pas mettre en évidence une discrimination religieuse dans les cas où la prise en compte des aspects religieux est susceptible d'entraîner un coût économique, des inconvénients, voire même des plaintes de la part de collègues ⁶⁵. De tels «coûts» pourraient par contre difficilement justifier une discrimination sexuelle indirecte. Le degré de justification requis dans les affaires de discrimination fondée sur le sexe peut être mis en contraste avec la justification de la discrimination en matière de handicap, où les coûts financiers et autres peuvent être pris en compte pour déterminer le caractère proportionné de l'obligation d'aménagement ⁶⁶.

Au moment d'interpréter la «justification» au titre de la directive, les tribunaux devront déterminer s'il convient d'exiger des degrés de protection aussi élevés pour la discrimination religieuse indirecte. Si c'est le cas, les employeurs se verraient opposer, dans la pratique, une obligation d'aménagement relativement coûteuse. Une telle situation risque de compliquer encore davantage la recherche d'un équilibre entre les travailleurs de différentes religions, ainsi que la réalisation d'un équilibre correct entre les intérêts des personnes qui sont religieuses et celles qui ne le sont pas.

⁶⁵ *Trans World Airlines contre Hardison*, 432 U.S. 63, (1976) *Turpen contre Mo.-Kan.-Tex. R.R. Co.*, 736 F.2d 1022, 1027.

⁶⁶ Voir le considérant 21 du préambule de la directive.

Frits | 1962

Chapitre IV

Définir la religion et les convictions

Les termes «religion» et «convictions» sont tout à fait essentiels pour déterminer le champ d'application approprié de la directive. Ces termes n'ont toutefois pas encore été définis. Dans le présent chapitre, nous allons examiner quelques-unes des difficultés que pose la définition de ces termes.

Définir la religion

Même s'il existe un grand nombre de religions reconnues à travers le monde, nous nous heurtons d'emblée à des difficultés lorsque nous souhaitons définir le terme «religion». La croyance en Dieu, trait d'union possible entre le judaïsme, l'islam et le christianisme, apparaît nettement insuffisant pour définir ce terme. En effet, certaines religions, comme l'hindouisme, sont polythéistes, pourra-t-on avancer. De la même façon, les définitions qui reposent sur la «croyance en Dieu ou en plusieurs dieux» ne pourront inclure le bouddhisme, puisque cette religion ne repose pas sur une croyance en un être divin. Pourtant, les religions que nous venons de citer font toutes partie des «grandes religions du monde», et c'est donc sur elles que les rédacteurs de la directive se sont penchés. Les difficultés se poursuivent lorsque nous examinons des religions moins bien connues comme celles issues des traditions païennes ou les «nouvelles» religions, dont les traditions et les croyances sont encore souvent insuffisamment documentées. Dès que nous nous éloignons des grandes religions du monde, d'autres questions apparaissent. Ainsi peut-on parler de religion lorsque qu'un seul individu ou une poignée d'individus seulement adhère à un ensemble de croyances?

La plupart des documents internationaux en rapport avec la protection des droits de l'homme ne proposent pas de définition de la religion. Ainsi, la déclaration universelle des droits de l'homme se garde de toute définition de la religion pouvant faire autorité, privilégiant plutôt une terminologie plus générale, de façon à inclure les croyances déistes, non déistes et athées ⁶⁷.

D'autres juridictions, qui interdisent la discrimination religieuse, ont peiné pour définir la religion. Aux États-Unis, deux grandes approches ont été élaborées ⁶⁸. La première définit le contenu du terme et s'efforce ainsi d'identifier le «tronc commun» des croyances, c'est-à-dire leur contenu fondamental, qui leur confère une nature «religieuse», ou du moins un caractère suffisamment sérieux pour justifier une protection. La nécessité d'une croyance en un dieu ne permet clairement pas de refléter le large éventail de systèmes de croyances qui bénéficient actuellement d'une protection. Une définition plus générale pourra donc faire référence à la «préoccupation ultime» (ultimate concern) d'une personne. Chacun d'entre nous nourrit en effet des préoccupations ultimes, de nature absolue et inconditionnelle et qui donnent un sens et une orientation à notre vie ⁶⁹. Il s'agit là d'un critère très subjectif, et de nombreuses croyances peuvent répondre à cette définition, pour autant qu'elles soient «ultimes» aux yeux du croyant. Cette définition peut présenter un avantage, en ce sens qu'elle justifie la protection des religions minoritaires ou des nouvelles religions, alors qu'elles ne répondent pourtant pas aux critères «objectifs» imaginés par la «majorité» ⁷⁰. Une telle définition permet également d'inclure certains mouvements philosophiques, comme l'humanisme ou l'athéisme, qui ne se fondent pas sur des racines religieuses traditionnelles. Toutefois, ce caractère très général de la définition peut également se révéler être un point faible. Elle n'offre en effet aucun moyen, régi par des principes, permettant de distinguer, par exemple, entre des préoccupations ultimes en rapport avec le football et les préoccupations ultimes inspirées par la doctrine du Coran ⁷¹.

L'autre approche consiste à définir la religion par analogie ⁷². Une liste de critères peut ainsi être identifiée, qui, alors qu'ils ne sont, en soi, ni nécessaires ni suffisants pour définir la religion, peuvent attester du caractère religieux d'un système de croyances s'ils sont présents en quantités suffisantes. Et cela même si une autre religion ne partage aucun

⁶⁷ Voir l'observation générale n° 22 (48) sur l'article 18 de la déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du Comité des droits de l'homme des Nations unies, paragraphe 2, reprise dans (1994) 15 Human Rights L.J. 233.

⁶⁸ Ces approches ont été développées dans des commentaires académiques. Elles ont été approuvées par la jurisprudence. Voir par exemple: *États-Unis contre Seeger* 380 US 163, (1965).

⁶⁹ P. Tillich «Dynamics of Faith» (Harper & Row New York, 1958), cité dans *Seeger*, cité ci-dessus.

⁷⁰ Voir «Toward a Constitutional Definition of Religion» (1978) 91 Harv. L. R. 1056.

⁷¹ Macklem, «Reason and Religion» in P. Oliver et. al. (eds) *Faith in Law: Essays in Legal Theory*, (Hart, Oxford, 2000) à la page 79.

⁷² Certains commentaires académiques préconisent cette deuxième approche. Voir en particulier, K. Greenawalt, «Religion as a Concept in Constitutional Law» (1984) 72 California L. R. 753-816; et G. Freeman III, «The Misguided Search for the Constitutional Definition of Religion» (1983) 71 Georgetown L. J. 1519-1565.

de ces critères ⁷³. L'utilisation de cette approche pour définir la «religion» permet de surmonter les difficultés identifiées ci-dessus, où toute tentative de définition se heurtait à une série d'opinions «religieuses» qui n'entraient pas dans le cadre de la définition. Ces critères pourront inclure: la foi en Dieu ou en un être suprême, une vision globale du monde et de la finalité humaine; la foi en une vie après la mort; une communication avec «Dieu» par le culte et la prière, une vision particulière des obligations morales, dérivée d'un code moral ou d'une certaine conception de la nature de Dieu. Cette approche pourra s'adapter au fil du temps de façon à refléter l'évolution de la vision du «religieux». Toutefois, un tel raisonnement par analogie n'est pas exempt de zones d'ombre. Nous pouvons ainsi nous demander si l'analogie doit être stricte ou si une assimilation grossière est suffisante ⁷⁴?

C'est précisément un compromis entre les définitions fondées sur le contenu et celles qui découlent d'un raisonnement par analogie que la Haute Cour australienne a utilisé dans l'affaire *The Church of the New Faith contre The Commission of Pay-roll Tax (Victoria)* ⁷⁵. La Cour a soutenu qu'aucune caractéristique n'est déterminante en soi, mais que pour qualifier de religieuses des croyances, les critères suivants ont été utiles. Croyance selon laquelle la réalité dépasse ce que nos sens sont capables de percevoir; idées en rapport avec la nature humaine et la place de l'homme dans l'univers et sa relation au supranaturel; idées qui, aux yeux des fidèles, les obligent ou les encouragent à observer des normes ou des codes de conduite particuliers ou à participer à des pratiques spécifiques ayant une signification supranaturelle; existence d'un groupe identifiable d'adeptes (même s'il n'est pas toujours homogène), lesquels considèrent eux-mêmes leurs idées comme étant de nature religieuse ⁷⁶.

À l'instar de la directive, la législation de transposition des États membres ne définit généralement pas ces termes, même si des définitions partielles existent dans certaines Constitutions. En outre, certains pays disposent de notes explicatives qui fournissent davantage d'informations sur la façon dont les termes doivent être compris. Dans certains États membres, des définitions existent, mais elles ont été développées à d'autres fins spécifiques, par exemple l'exonération fiscale.

La législation autrichienne de transposition de la directive ne définit pas la religion ou les convictions. Toutefois, les notes explicatives à sa loi fédérale sur le statut des communautés confessionnelles religieuses contiennent une définition non contraignante: «*Une structure de convictions dont le contenu est représentable et qui s'est développé au fil des ans pour expliquer la nature humaine et le monde — dans leur signification transcendante — et pour les assortir de rites et de symboles spécifiques et leur donner une orientation conforme aux principes et à la doctrine de base*» ⁷⁷. Nous pouvons trouver d'autres pistes dans les notes explicatives qui définissent la religion comme étant «*un système qui aborde, dans ses dogmes, pratiques et manifestations sociales, les questions ultimes de la société humaine et de la vie individuelle et tente d'y apporter des réponses*» ⁷⁸. Cette définition laisse supposer une approche reposant sur l'idée d'une «préoccupation ultimes».

En Allemagne, nous trouvons une définition de la religion et des convictions dans l'interprétation de la garantie de liberté religieuse par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand. Celui-ci considère la religion comme toute certitude spécifique concernant la totalité de l'univers ainsi que l'origine et la finalité de l'être humain, certitude qui donne un sens à la vie humaine et au monde et qui transcende celui-ci ⁷⁹. Ici aussi, l'approche semble reposer sur l'idée d'une «préoccupation ultime», même si nous pouvons également y retrouver, dans une certaine mesure, un raisonnement basé sur l'analogie. Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand a ainsi accepté comme allant de soi le caractère religieux de la croyance Bahá'í ⁸⁰, se fondant ici sur les tendances

⁷³ Une approche similaire a été utilisée par Wittgenstein pour montrer que les «jeux» ne se caractérisent pas par une caractéristique commune, mais qu'ils partagent une famille de ressemblances. L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (Oxford: Basil Blackwell, 1953).

⁷⁴ Voir D. N. Feofanov, «Definition Religion: An Immodest Proposal» (1994) 23 Hofstra L. R. 309; B. Clements, «Defining "Religion" in the First Amendment: A functional approach» (1989) 74 Cornell L. R. 352.

⁷⁵ [1982-3] 154 C. L. R. 120.

⁷⁶ Per Wilson and Deane JJ. à la page 174.

⁷⁷ Rapport national pour l'Autriche: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

⁷⁸ Rapport national pour l'Autriche: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

⁷⁹ BVerwGE (Décisions du tribunal administratif fédéral) 90, 112 (115).

⁸⁰ BVerfGE 83, 341 (353).

actuelles de notre société, les traditions culturelles et la vision de la religion en général ainsi que du point de vue des sciences religieuses ⁸¹.

Dans leur jurisprudence, les Pays-Bas font une distinction entre la religion et les convictions, en s'appuyant sur le fait que la religion implique une «autorité suprême» («Dieu») dont le rôle est central. La Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement a ainsi estimé que le rastafarianisme était une religion ⁸², contrairement à l'Osho, la philosophie de Bhagwan Shree Rajneesh, considérée comme une «conviction» ou une «philosophie de la vie» ⁸³. Par contre, la Commission a estimé que l'Église du Nazaréen n'était ni une religion ni une «philosophie de vie». Un adepte de cette croyance s'était vu refuser l'accès à un snack-bar car il ne se coupait ni la barbe ni les cheveux, préceptes fondés sur ces convictions ⁸⁴.

Certains États membres ont opté pour une définition négative, qui précise uniquement ce qui ne doit pas être considéré comme religieux. Ainsi, en Espagne, l'article 3.2 de la loi organique sur la liberté de culte prévoit que «les activités, les intentions et les entités liées ou participant à l'étude et à l'expérimentation de phénomènes psychiques ou parapsychologiques ou à la diffusion de valeurs humanistes ou spirituelles ou d'autres objectifs similaires non religieux ne peuvent prétendre à la protection prévue au titre de la présente loi» ⁸⁵.

En Belgique, il semblerait ⁸⁶ que la protection soit refusée aux membres de groupes pouvant être définis comme étant des «sectes», définies comme «tout groupement à vocation philosophique ou religieuse [...] qui, dans son organisation ou sa pratique, se livre à des activités illégales dommageables, nuit aux individus ou à la société ou porte atteinte à la dignité humaine» ⁸⁷. Cette définition laisse supposer que les «religions» qui ne respectent pas elles-mêmes les droits d'autrui peuvent se voir refuser le statut de religion aux fins de la protection contre la discrimination.

Certes, il peut sembler surprenant qu'un élément aussi fondamental de protection des droits de l'homme et de l'égalité ne soit pas clairement défini. Toutefois, l'absence de définition précise évite le risque de voir les tribunaux liés à une définition dépassée et trop restrictive. La définition peut ainsi s'adapter de façon à refléter l'évolution moderne de notre vision de la religion ⁸⁸. Toutefois, l'absence de définition a pour inconvénient le risque plus élevé encore de manque de cohérence et d'uniformité en termes de traitement. La scientologie est ainsi reconnue comme une religion sur la base des définitions italiennes ⁸⁹ et australiennes ⁹⁰, alors qu'elle n'est pas reconnue comme telle par les tribunaux allemands du travail ⁹¹ ni par le Royaume-Uni (en particulier sa législation sur les organismes caritatifs) ⁹². De telles incohérences entre les États membres, en termes d'interprétation, ne sont pas compatibles avec la protection assurée par la directive, et une position commune devrait dès lors être développée. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a reconnu la nécessité d'une «interprétation autonome et uniforme» de la directive dans toute la Communauté en ce qui concerne d'autres motifs de

⁸¹ Ibidem. Voir Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

⁸² Opinion de la CET 2005-162.

⁸³ Opinion de la CET 2005-67.

⁸⁴ Opinion de la CET 2005-28.

⁸⁵ Rapport national pour l'Espagne: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

⁸⁶ Rapport national pour la Belgique: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

⁸⁷ Loi du 2 juin 1998 portant création d'un Centre d'information et d'avis sur les organisations sectaires.

⁸⁸ Voir Sadurski, «On Legal Definitions of Religion» (1989) 63 Australia L.J. 834.

⁸⁹ Rapport national pour l'Autriche: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

⁹⁰ *The Church of the New Faith v The Commission of Pay-roll Tax (Victoria)* [1982-3] 154 C.L.R. 120.

⁹¹ Tribunal fédéral du travail, Bundesarbeitsgericht, 22 mars 1995, Neue Juristische Wochenschrift 1996, p. 143, Rapport national pour l'Allemagne: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2005].

⁹² Voir la décision des Charity Commissioners du 17 novembre 1999, <http://www.charity-commission.gov.uk/Library/registration/pdfs/cosdecsum.pdf>

discrimination⁹³. Il se peut que les tribunaux des États membres soient guidés par l'interprétation de la CEDH qui a étendu sa protection à la scientologie⁹⁴. D'autres religions sont protégées par la jurisprudence de la CEDH, comme le druidisme⁹⁵, Divine Light Zentrum⁹⁶ et la Conscience de Krishna⁹⁷. Par contre, il se peut que la scientologie soit au final plutôt définie comme une conviction que comme une religion. La protection assurée au titre de la directive n'en demeure pas moins identique.

Définir les convictions

Les difficultés liées à l'absence de définition commune seront en partie surmontées grâce au fait que la protection de la directive porte sur «la religion ou les convictions». Cette disposition ne résout toutefois pas le problème de la définition; elle ne fait que le déplacer. La ligne de partage se situe entre, d'une part, les religions et les convictions affichant un sérieux suffisant, qui bénéficient à ce titre d'une protection, et, d'autre part, les autres convictions, lesquelles ne sont pas protégées. Une autre question se pose, en outre, dans le contexte de la directive: celle de l'éventuelle protection des opinions politiques.

Même si les convictions ne doivent pas être de nature religieuse pour être protégées au titre de la directive, il semble y avoir toutefois certaines limites quant aux types de convictions que couvre la législation antidiscrimination. Par exemple, la croyance en la supériorité d'une équipe de football sur une autre ne sera pas couverte. La frontière entre les convictions qui sont protégées et celles qui ne le sont pas n'est toutefois pas définie avec précision. Étant donné que le terme «convictions» inclurait en tout cas les convictions religieuses, nous pouvons supposer que l'inclusion du terme «religion» dans la directive vise d'une certaine façon à assortir la signification du terme «convictions» de certains critères. Cette restriction au champ d'application de la protection des convictions se reflète dans la jurisprudence de la CEDH, selon laquelle les convictions, même si elles ne doivent pas être religieuses pour bénéficier d'une protection, doivent néanmoins «avoir atteint un certain degré de force, de sérieux, de cohésion et d'importance»⁹⁸.

Dans ses notes explicatives, la législation autrichienne de transposition suggère également d'utiliser le terme «religion» pour décrire les paramètres du terme «conviction». *«Le terme "conviction" est étroitement lié au terme "religion" [...]. Les convictions représentent un système d'interprétation constitué des convictions personnelles quant à la structure de base, aux modalités et aux fonctions du monde; il ne s'agit pas d'un système scientifique. Dans la mesure où les convictions revendiquent leur complétude, elles incluent les perceptions de l'humanité, la vision de la vie, et la morale»*⁹⁹. Aux Pays-Bas, le terme «philosophie de vie»¹⁰⁰ est utilisé en lieu et place du terme «convictions»¹⁰¹, ce qui limite les types de convictions pouvant être couverts. Le terme «philosophie de la vie» exige un ensemble cohérent d'idées sur des aspects fondamentaux de l'existence humaine et inclut les grandes philosophies, comme l'humanisme. Il ne s'étend toutefois pas à des visions plus générales de la société. Bien que le concept de religion soit utilisé dans certaines définitions pour traduire le sérieux, la complétude, et la force des convictions avant de pouvoir les protéger, il apparaît très clairement que les convictions ne sont pas religieuses en termes de contenu. L'athéisme bénéficie donc d'une protection aux termes de la convention européenne des droits de l'homme¹⁰².

La terminologie utilisée aux Pays-Bas et en Autriche vise à limiter la protection assurée par la directive au large éventail de philosophies sur le sens de la vie, plutôt que de protéger des convictions personnelles portant sur des

⁹³ «Il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause», *Chacón Navas contre Eures Colectividades SA* (2006) C-13/05, au paragraphe 40, une affaire faisant intervenir la définition du handicap.

⁹⁴ *X et la Church of Scientology contre Suède* (1976) 16 D & R 68.

⁹⁵ *Chappel contre Royaume-Uni* (1988) 10 EHRR 510 (Commission européenne des droits de l'homme), *Pendragon v. UK* (1998) EHRR CD 179.

⁹⁶ *Swami Omkaramda et the Divine light Zentrum contre Switzerland* (1981) 25 D & R 105 (CEDH).

⁹⁷ *ISKCON contre Royaume-Uni* (1994) 76A D & R 90.

⁹⁸ *X, Y et Z contre Royaume-Uni* (1982) 31 D & R 50, et *Campbell et Cosans contre Royaume-Uni* (1982) 4 EHRR 293.

⁹⁹ Notes explicatives de la loi modifiée sur l'égalité de traitement, Rapport national pour l'Autriche: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁰⁰ «*levensovertuiging*».

¹⁰¹ «*overtuiging*».

¹⁰² *Angelini contre Suède* (1988) 10 EHRR 123 (Commission européenne des droits de l'homme).

questions de moindre envergure. Selon cette approche, les convictions ne devraient donc pas couvrir celles qui se limitent à une seule question ou problématique. La protection de la convention européenne des droits de l'homme a toutefois été étendue, dans certaines affaires, à des convictions portant manifestement sur une question unique, comme le pacifisme ¹⁰³, et le véganisme ¹⁰⁴. Dans certaines affaires, l'attention portée à la question de la définition a été bien maigre, et ce sont alors d'autres motifs qui ont présidé à la décision de la Cour. Il se pourrait donc que toutes les convictions portant sur une seule question ne bénéficient pas automatiquement de la protection de la religion et des convictions assurée par la directive. Il semble n'y avoir toutefois aucun consensus suffisant sur les limites à apporter à la protection des convictions.

Les opinions politiques

La situation est également assez confuse en ce qui concerne la question de savoir si la protection doit s'étendre aux opinions politiques. Ici aussi, nous pouvons mettre en évidence un large éventail de pratiques et d'approches. La protection des opinions politiques est ainsi assurée en Belgique, en République tchèque, au Danemark, en Estonie, en Irlande du Nord uniquement, en Espagne, en France, en Italie, à Chypre, en Lettonie, au Luxembourg, en Hongrie, à Malte, aux Pays-Bas, en Pologne, au Portugal, en Slovénie, en Finlande et au Royaume-Uni. Il semble que les autres États membres n'aient pas inclus de dispositions spécifiques pour protéger les opinions politiques.

Ce manque d'uniformité est à l'origine de plusieurs difficultés. Tout d'abord, certaines convictions politiques, comme le communisme, peuvent répondre aux critères des philosophies de vie; d'autres convictions se concentreront par contre très clairement sur une seule question, par exemple l'opinion d'un seul individu sur le mode de financement des services de soins de santé. Dans certains cas, il peut s'avérer difficile de préciser la frontière entre les convictions et les convictions politiques. Ainsi, des convictions en matière d'avortement pourront être considérées comme des convictions religieuses, politiques ou simplement générales.

Un deuxième problème, plus fondamental, se pose également en ce qui concerne les opinions politiques diamétralement opposées aux valeurs reflétées par la directive. Il n'est nullement certain que la directive ait été conçue pour protéger contre la discrimination les personnes dont les opinions politiques ne partagent pas l'objectif de promotion du respect de la dignité et des droits de l'homme, d'éradication du racisme et de la réalisation de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes ¹⁰⁵. Nous remarquerons qu'aux termes des définitions données dans certains pays ¹⁰⁶, la religion doit respecter la dignité d'autrui pour pouvoir bénéficier d'une protection. Une telle exigence devrait être requise pour les groupes politiques souhaitant bénéficier d'une protection contre la discrimination au titre de la directive.

Les convictions incluent-elles l'absence de conviction?

La signification des mots religion et convictions, au sens de la directive, couvre clairement l'athéisme et d'autres opinions non religieuses. Nous pouvons par contre nous demander si la directive peut, par symétrie, protéger non seulement les personnes qui ont des convictions mais aussi celles qui n'en ont pas. Les notes explicatives des règlements britanniques stipulent que les renvois à la religion ou aux convictions incluent les renvois à l'absence de convictions particulières ¹⁰⁷. Ces notes vont donc au-delà de la seule protection des athées. Il semblerait aussi que l'on puisse en déduire qu'un employeur qui n'engagerait que des chrétiens se rendrait coupable de discrimination, et cela à l'encontre des musulmans, des athées, des «agnostiques» ou des «personnes qui se disent

¹⁰³ *Arrowsmith contre Royaume-Uni* (1978) 19 D & R 5.

¹⁰⁴ *H contre Royaume-Uni* (1993) 16 EHRR CD 44.

¹⁰⁵ Voir par exemple *Serco Ltd. contre Redfearn* [2006] EWCA Civ 659. Une plainte pour discrimination raciale avait été déposée en raison d'un licenciement pour cause d'appartenance à un parti d'extrême-droite véhiculant une idéologie raciste. Redfearn était chauffeur de bus. La prétendue discrimination pouvait être directe, en raison de la race des passagers qui pouvaient être offensés par les opinions du chauffeur, ou indirecte, car le parti auquel celui-ci appartenait était à prédominance blanche. La Cour d'appel a estimé qu'il n'y avait pas de discrimination raciale vu que le licenciement aurait été appliqué à n'importe quel parti politique raciste.

¹⁰⁶ En Belgique par exemple.

¹⁰⁷ Notes explicatives du DTI pour les règlements relatifs à l'égalité dans l'emploi (religion et convictions), au paragraphe 14.

sans opinion»¹⁰⁸. Cet aspect n'est pas abordé de manière directe par la directive mais si celle-ci était interprétée de façon à inclure l'«absence de convictions», comme le suggère le Royaume-Uni, son champ d'application s'en trouverait élargi.

Déterminer la religion ou les convictions d'une personne

Mis à part la question de savoir si un ensemble déterminé de convictions constitue une religion ou une conviction, des difficultés peuvent aussi apparaître en ce qui concerne des religions bien établies, où il peut exister plus d'un point de vue sur ce en quoi consiste l'observance religieuse. Le problème peut apparaître en cas de discrimination au sein d'une tradition religieuse. Par exemple, un organisme catholique de bienfaisance souhaitant n'employer que des catholiques serait coupable de discrimination aussi bien à l'égard des chrétiens protestants que des non-chrétiens. Rien ne permet de déterminer clairement si une discrimination est proportionnée «eu égard au contexte» où elle se produit¹⁰⁹. Un tribunal pourrait estimer que les deux parties partagent la même religion. Au terme d'une approche plus fouillée de la question, un tribunal pourrait toutefois estimer que les deux parties ne partagent pas la même religion.

Aux fins de la directive, la reconnaissance de l'existence de nombreux courants différents au sein de l'opinion religieuse permettra de tenir compte comme il se doit de la liberté individuelle de religion. Une telle reconnaissance irait dans le sens de la jurisprudence de la CEDH, qui reconnaît que les états ne peuvent avoir compétence pour évaluer la légitimité de convictions religieuses¹¹⁰ et exige qu'ils veillent à ce que des groupes opposés se tolèrent mutuellement, même s'ils sont originaires du même tronc commun religieux¹¹¹. Ainsi, le fait que certains groupes soient identifiés comme étant distincts des autres au sein de la même grande religion devrait être reconnu aux termes de la directive. Telle est l'approche adoptée par les Pays-Bas, où la jurisprudence développée par la Commission pour l'égalité de traitement suggère que pour bénéficier de la protection de la directive, il n'est pas nécessaire qu'un acte ou un comportement qu'une personne affirme être religieux soit considéré de cette façon par tous les autres membres du groupe¹¹². Ainsi, les individus peuvent encore être considérés comme ayant une religion ou des convictions, même s'ils s'écartent d'une opinion religieuse majoritaire. Permettre aux individus de déterminer de cette façon leur identité religieuse assure une protection maximale de la liberté de religion.

Une telle approche peut être à l'origine de problèmes en ce qui concerne la discrimination indirecte. Ainsi, si un employeur autorise des variations au niveau des codes vestimentaires pour tenir compte des principales croyances religieuses, un individu ou un petit groupe d'individus pourra-t-il exiger des aménagements plus personnalisés? Si la liberté de religion est protégée sur une base individuelle, comme le suggère l'approche suivie aux Pays-Bas, nous pourrions avancer que les personnes qui ne sont pas en mesure de respecter ce code vestimentaire ont fait l'objet d'une discrimination. Toutefois, la non prise en compte d'une vision personnelle de la religion ne signifie pas automatiquement qu'il y ait discrimination indirecte. Tout d'abord, la discrimination indirecte exige un certain degré de désavantage collectif et nous ne pouvons affirmer que c'est le cas lorsque seul un petit nombre de personnes se trouve désavantagé¹¹³. Ensuite, même lorsqu'un désavantage collectif peut être identifié, toute évaluation du caractère proportionné d'un refus d'adapter le lieu de travail prendra vraisemblablement en compte le nombre d'individus affectés. Si un employeur refuse d'adapter une règle portant sur l'uniforme pour refléter les codes vestimentaires d'une proportion importante de son personnel, un tel refus pourrait être considéré comme disproportionné; par contre, le refus de tenir compte des opinions religieuses d'un petit nombre de personnes pourrait être plus facilement considéré comme proportionné.

¹⁰⁸ Telle est l'approche suivie dans l'affaire nord-irlandaise de *Gibson contre Police Authority of Northern Ireland* [2006] NIFET 00406_00 (24 mai 06). Il s'agissait d'une plainte pour traitement moins favorable d'un officier de police au motif qu'il n'était pas membre de l'ordre maçonnique, une organisation qui implique un engagement envers certains types particuliers de religion ou de convictions. Le tribunal a estimé qu'il s'agissait d'une discrimination fondée sur la religion ou les convictions.

¹⁰⁹ Article 4 (premier paragraphe).

¹¹⁰ Voir cependant *Kosteski contre «l'ancienne République yougoslave de Macédoine»* 2006] CEDH 403, où la CEDH a admis, dans le contexte d'un conflit du travail, qu'il ne convenait pas de s'interroger sur les convictions particulières d'un travailleur.

¹¹¹ *Église métropolitaine de Bessarabie contre République de Moldavie* — Requête n° 45701/99, 13 décembre 2001.

¹¹² Opinions 2004/148, 2004/129. Rapport national pour les Pays-Bas: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹¹³ L'article 2, paragraphe 2, de la directive définit la discrimination indirecte comme se produisant «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 [...] donnés».

Marcia | 1980

Chapitre V

Relations entre la religion d'une part et la race et l'origine ethnique d'autre part

La directive fait une nette distinction entre la religion d'une part et la race et l'origine ethnique d'autre part. Le champ d'application matériel de la directive relative à l'égalité raciale est plus large que celui de la directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail. Cette dernière s'applique à l'emploi et au travail ¹¹⁴ tandis que la directive sur l'égalité raciale s'applique à la discrimination dans le domaine de l'emploi, de la sécurité sociale, des soins de santé, des avantages sociaux, de l'éducation et de l'accès aux biens et aux services, et à leur fourniture, y compris le logement ¹¹⁵. Il est donc important, lorsqu'une personne porte plainte pour discrimination en matière de logement ou d'éducation, que cette plainte puisse être fondée sur la discrimination raciale ou ethnique, plutôt que sur la religion, même si les frontières entre les deux concepts ne sont pas toujours précises, que ce soit en théorie ou en pratique.

La différence entre les deux directives, en termes de couverture, pourrait laisser supposer que les concepts de race et d'origine ethnique, d'une part, et de religion, d'autre part, sont clairement délimités. Toutefois, cette frontière devient floue à certains moments. Une série de facteurs explique ce manque de clarté. L'origine ethnique est parfois définie comme incluant l'identité religieuse, alors que des groupes religieux peuvent être issus majoritairement d'un groupe racial particulier. À d'autres instants, la situation est encore plus complexe, certains pays préférant ne pas reconnaître les catégories fondées sur la différence raciale. En outre, aux yeux de certains groupes religieux, la religion pourra inclure des pratiques ou des rites culturels, qui pourraient donc aussi être perçus comme étant liés à l'identité ethnique.

Si ces frontières entre la race et la religion se confondent, c'est tout d'abord parce que, dans certains États membres, le terme «groupe ethnique» est défini d'une manière telle qu'il inclut aussi une identité religieuse commune. Les sikhs ¹¹⁶ ont ainsi été définis au Royaume-Uni comme un groupe ethnique, même s'ils forment aussi un groupe religieux. De même, les juifs sont définis à la fois comme un groupe ethnique et racial et comme un groupe religieux ¹¹⁷.

Une seconde raison explique l'absence de frontière bien nette entre la religion et la race: dans de nombreux États membres, les membres d'une religion particulière appartiennent majoritairement à un même groupe racial ou ethnique. Ainsi, à Chypre, la ligne qui sépare les chypriotes grecs des chypriotes turcs est la même que celle qui existe entre les chrétiens et les musulmans de l'île. Une discrimination à l'égard des chypriotes turcs correspondrait alors à une discrimination religieuse indirecte. Le lien entre la religion et le statut de minorité est également essentiel pour les autres groupes minoritaires reconnus par la Constitution chypriote. Les maronites se sont plaints d'avoir été désignés comme un groupe religieux; ils estiment aussi former «un groupe ethnique spécifique» et préféreraient être reconnus comme une minorité nationale. En outre, la communauté latine ¹¹⁸ de Chypre n'est pas satisfaite d'avoir été qualifiée de «latine», un terme qui, à ses yeux, ne traduit pas comme il se devrait leur identité religieuse catholique romaine ¹¹⁹. Au Royaume-Uni, la population musulmane est majoritairement d'origine asiatique, d'où des conclusions, en droit domestique, selon lesquelles la discrimination à l'égard des musulmans pourrait s'apparenter à de la discrimination raciale indirecte ¹²⁰.

Mais au fond, il convient surtout de reconnaître le caractère intrinsèquement instable de ces catégories. Dans certains pays, l'utilisation du terme «race» est en soi controversée. Le terme d'«affiliation ethnique» sera alors

¹¹⁴ Article 3 de la directive-cadre sur l'égalité 2000/78/CE.

¹¹⁵ Article 3 de la directive sur l'égalité raciale 2000/43/CE.

¹¹⁶ *Mandla contre Lee* [1983] 2 A.CONTRE 548. Au moment de déterminer l'importance d'un groupe ethnique au Royaume-Uni, un élément clé a été d'examiner si le groupe partageait une religion commune.

¹¹⁷ Voir *Seide contre Gillette* [1980] IRLR 427 au Royaume-Uni.

¹¹⁸ Les Latins sont l'un des trois «groupes religieux» reconnus par la Constitution. Ils constituent une petite communauté de personnes d'origine latine et de foi catholique.

¹¹⁹ Voir l'opinion sur Chypre de la Commission consultative sur la convention-cadre de protection des minorités nationales 2001.

¹²⁰ *J.H. Walker v. Hussain* [1996] IRLR 11.

privilegié, car il traduit une sensibilité particulière par rapport à la langue ¹²¹. Cette vision se reflète dans le considérant 6 de la directive sur l'égalité raciale, qui affirme que l'UE rejette toutes théories tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. Dans le passé, le terme «race» a été utilisé pour désigner des groupes d'individus que l'on croyait distincts sur le plan biologique. Plus récemment, toutefois, la notion de race a été étendue et implique aujourd'hui un groupe d'individus ayant des caractéristiques sociales et culturelles similaires. Cette définition plus large confond les concepts de race et d'origine ethnique, et pourrait finir par effacer encore davantage les frontières entre la race et la religion et les convictions.

La confusion qui s'installe entre la religion et l'origine ethnique n'a pas une importance particulière lorsque la discrimination se produit dans le domaine de l'emploi ou du travail, deux domaines bénéficiant d'une protection identique aux termes des deux directives. Toutefois, lorsque le champ d'application de la directive sur l'égalité raciale est plus étendu, dans les domaines de la sécurité sociale, de l'éducation ou de la santé, la protection contre la discrimination ne sera assurée que si celle-ci est fondée sur la race et l'origine ethnique. Les pressions en faveur d'une définition plus générale de la race et de l'origine ethnique, de façon à inclure certains groupes religieux, ne feront que se confirmer. Si le champ d'application de la directive sur l'égalité en matière d'emploi n'est pas élargi de façon à correspondre à celui de la directive sur l'égalité raciale, le risque d'incohérences en termes de degré de protection assuré aux différents groupes religieux subsistera. En fait, une hiérarchie se crée alors, de sorte que les groupes religieux pouvant revendiquer une identité ethnique distincte bénéficient ici d'une plus grande protection contre la discrimination que ceux qui sont restés un groupe exclusivement religieux. Il pourrait également naître une hiérarchie entre États membres s'ils ne reconnaissent pas tous de la même façon certains groupes religieux comme étant des groupes ethniques. La création de hiérarchies de ce type entre groupes religieux différents va à l'encontre des objectifs de la directive sur l'égalité en matière d'emploi, qui doit mettre fin à la discrimination entre les membres de religions différentes.

¹²¹ Voir Rapport national pour l'Autriche: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006]. Voir également le Rapport national pour l'Allemagne: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

Nico | 1954

Chapitre VI

Le lien entre la protection des droits de l'homme et la directive

La protection contre la discrimination religieuse garantie par la directive sur l'égalité en matière d'emploi fait partie d'un corpus plus général de textes destinés à protéger les intérêts religieux en Europe, la liberté religieuse étant également protégée au titre de la convention européenne des droits de l'homme et des Constitutions de nombreux États membres. Ce chapitre examinera comment ces différents types de protection peuvent se renforcer mutuellement ainsi que les tensions qui peuvent apparaître.

Une relation complémentaire

La reconnaissance du droit à la liberté religieuse peut encore renforcer, dans une certaine mesure, les droits à la non-discrimination créés par la directive. En effet, le droit à la liberté de culte et le droit à l'égalité pour des motifs religieux peuvent être considérés comme étant étroitement liés. Ces deux droits sont fondés sur les concepts de dignité et d'égalité. L'idée selon laquelle les êtres humains peuvent s'attendre à ce que les autres protègent la dignité inhérente à leur nature humaine est pour ainsi dire universellement admise¹²². La notion de dignité englobe elle-même deux autres aspects. Tout d'abord, l'idée selon laquelle tous les êtres humains sont égaux en termes de valeur morale¹²³ et que la préservation de cette égalité est un bien objectif de même que le fait de s'employer à créer une société dans laquelle tout un chacun peut s'épanouir. La dignité implique aussi la notion d'autonomie, dans le sens que les êtres humains peuvent se faire leurs propres idées sur le bien et exercer un certain contrôle sur leur vie¹²⁴. Ces divers aspects du concept de dignité se trouvent préservés dès lors que sont garanties la protection de la liberté religieuse ainsi qu'une protection contre la discrimination religieuse.

Le respect de la liberté religieuse et de l'égalité religieuse peut également être exigé au titre du respect des droits des minorités. Si la majorité impose ses propres valeurs à un groupe religieux, ou qu'elle force un groupe minoritaire à adopter les idées de la majorité, ce groupe se voit en fait imposer une vision différente du bien, ce qui est préjudiciable à l'autonomie et à la dignité du groupe minoritaire en question¹²⁵. Ce qui peut être interprété comme l'absence d'un traitement approprié correspondant aux besoins des membres du groupe minoritaire, puisqu'il se voit imposer la morale «majoritaire». La liberté de religion peut donc être envisagée comme un aspect important du «pluralisme indissociable à une société démocratique»¹²⁶.

Nous pouvons donc avancer que les opinions religieuses d'autrui doivent être respectées (ce qui ne signifie pas qu'il faille les adopter), car sans le respect de ces convictions, le respect des choix opérés quant à la vision du bien n'est pas assuré¹²⁷. La protection de la liberté de religion peut donc se fonder sur l'idée du respect de la dignité et de l'autonomie de tous.

En outre, admettre que l'exercice de cette liberté entraîne des différences non justifiées en termes de perspectives de vie porte encore davantage atteinte à la dignité individuelle, ce qui apporte des arguments en faveur de l'interdiction de la discrimination religieuse. En effet, la pleine jouissance de l'autonomie, de l'égalité et de la dignité nécessite à la fois la protection contre les discriminations religieuses et celle de la liberté de religion.

La reconnaissance des liens entre les droits de l'homme et les normes antidiscriminatoires de la directive a, entre autres, pour conséquence la reconnaissance, dans le droit humanitaire, de la dimension collective des droits religieux. Les groupes religieux jouissent du droit à la liberté d'association, et la liberté religieuse s'étend au droit à manifester sa religion, individuellement ou collectivement¹²⁸. Le respect des droits religieux collectifs implique

¹²² Idée qui se retrouve à l'article 1^{er} de la déclaration universelle des droits de l'homme: «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits» ainsi que dans le préambule de la charte des Nations unies et dans les préambules respectifs du ICCPR (pacte international relatif aux droits civils et politiques) et du ICESCR (pacte international relatif aux droits économiques, sociaux, et culturels).

¹²³ Voir R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth Press, 1977) et *A Matter of Principle* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985).

¹²⁴ Rawls, *A Theory Of Justice* (Oxford, OUP, 1999, revised edition).

¹²⁵ Voir Parekh, *Rethinking Multiculturalism*, (Palgrave, Hampshire, 2000).

¹²⁶ *Kokkinakis contre Grèce* [1993] 17 EHRR 397, paragraphe 31.

¹²⁷ M. Nussbaum, «A plea for difficulty» in Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women* (ed. Cohen, Howard, Nussbaum, Princeton University Press, Princeton, 1999).

¹²⁸ Article 9 de la CEDH.

que des groupes religieux doivent être en mesure d'avoir accès à des conditions d'emploi et de travail leur permettant de mieux organiser ou faciliter l'activité religieuse. Ainsi par exemple, toute restriction de la liberté d'un groupe religieux à engager un enseignant ou un ministre du culte porterait atteinte à la liberté religieuse du groupe. De même, limiter la liberté de personnes religieuses à travailler avec d'autres dans le cadre de l'expression de leur engagement religieux pourrait aussi porter atteinte à leur liberté religieuse. Le respect réel de leur autonomie implique la reconnaissance du fait que les groupes religieux ont un intérêt particulier à pouvoir travailler ensemble ou à agir en temps qu'employeurs dans le cadre du respect dû à l'autonomie et à la dignité du groupe.

Limitations en matière de droits

Le lien avec les droits de l'homme montre aussi le type de limites qu'il est acceptable d'imposer à la liberté religieuse. Bien que le droit à la liberté d'opinion, de conscience et de religion bénéficie d'une protection absolue au titre de l'article 9 de la convention européenne des droits de l'homme, il n'en va pas de même pour la liberté d'exprimer ou de manifester ses convictions. Le droit à manifester sa foi, ou à pratiquer sa religion, peut être limité lorsque ce droit est incompatible avec les droits d'autrui. Dans de tels cas, ce droit ne pourra être exercé que dans la mesure où l'exercice de ce droit est nécessaire et proportionné ¹²⁹. Par conséquent, si la prise en compte de la liberté de culte sur le lieu de travail porte atteinte aux droits d'autrui, les tribunaux devront déterminer comment concilier ces intérêts: en préservant la liberté religieuse ou en protégeant les intérêts d'autrui.

Dans le contexte professionnel, l'équilibre, en termes de droit humanitaire, ne consistera pas toujours à protéger la liberté religieuse. Dans le droit humanitaire européen, le droit de démission est souvent interprété comme garantissant suffisamment les droits religieux sur le lieu de travail. Ainsi, dans l'affaire *Stedman contre Royaume-Uni*, le licenciement d'un travailleur qui refusait de travailler le dimanche n'a pas été considéré comme une violation du droit à la liberté de religion. La liberté de démission du travailleur garantissait ses droits au titre de la convention: celui-ci avait à tout moment la liberté de quitter son emploi pour exercer sa liberté de culte ¹³⁰. Ainsi, si la directive doit être interprétée de façon à respecter les normes prescrites en matière de droits de l'homme, il ne faut pas s'attendre à ce que des droits absolus à la prise en compte des intérêts religieux prennent naissance. Les droits à la non-discrimination créés par la directive n'ont aucunement un caractère absolu, comme en témoignent les exceptions liées aux exigences professionnelles essentielles et le fait que la discrimination indirecte peut être justifiée. Au moment d'évaluer le caractère proportionné de toute exception au principe de non-discrimination, il pourra être tenu compte des limites qui ont été acceptées à l'obligation de respecter la liberté de religion ¹³¹.

La reconnaissance du lien entre la non-discrimination et les droits de l'homme ne se limite pas à un lien avec la liberté de religion; des interactions existent en effet entre d'autres droits de l'homme et les droits à l'égalité de traitement. Certaines pratiques et rituels religieux impliquent l'exercice du droit à la libre expression, le culte public implique l'exercice de la liberté d'association, tandis que le droit à la liberté de religion et de conviction peut également être interprété comme un aspect du droit au respect de la vie privée. Ces différents droits de l'homme ne peuvent s'exprimer pleinement que lorsque les personnes et les groupes religieux se voient offrir la possibilité d'agir sans risque de faire l'objet de discriminations.

Appréhender les droits à la non-discrimination comme étant liés au droit à la liberté de religion et d'autres droits de l'homme nous permet de mieux comprendre les dispositions relatives à la non-discrimination. La jurisprudence de la CEDH et les dispositions constitutionnelles des États membres qui protègent la liberté de religion peuvent être utilisées pour déterminer plus clairement les limites à la protection garantie par la directive.

¹²⁹ Les restrictions ne peuvent être autres «que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.» CEDH, article 9, paragraphe 2.

¹³⁰ *Stedman contre Royaume-Uni* (1997) 23 EHRR CD168, faisant suite à *Ahmad contre Royaume-Uni* (1981) 4 EHRR 126. Ces deux décisions ont été confirmées dans *Kosteski contre «l'ancienne République yougoslave de Macédoine»* — 55170/00 [2006] CEDH 403 (13 avril 2006).

¹³¹ Voir Evans, C. *Freedom of Religion under the ECHR* (OUP, Oxford, 2001).

Tensions entre les droits

Dans certaines situations, des tensions pourront toutefois apparaître entre le droit à la liberté de religion et le droit à la non-discrimination. Des conflits de droit peuvent se faire jour pour plusieurs raisons. Tout d'abord, de nombreuses religions ne reconnaissent pas les droits fondamentaux et les libertés d'autrui, par exemple le droit à ne pas subir de discrimination en raison de sa naissance, de son statut, de son sexe, de son orientation sexuelle, etc. On pourrait dès lors soutenir qu'une société qui attache de l'importance aux principes d'égalité et de dignité ne doit pas protéger ceux qui ne partagent pas ces valeurs fondamentales ni tenir compte de leurs besoins ¹³².

Ensuite, des conflits de droit peuvent aussi apparaître entre différents droits de l'homme lorsque des intérêts religieux sont en jeu. Le fait que le harcèlement religieux soit interdit sur le lieu de travail porte inévitablement atteinte à la liberté individuelle d'expression: les membres du personnel ne peuvent donc pas toujours dire ce qu'ils voudraient à leurs collègues, dans les cas où leurs propos peuvent être offensants ou créer un environnement hostile. Des heurts peuvent aussi apparaître entre la liberté de culte et le droit au respect de la vie privé. C'est le cas si des employeurs interrogent les candidats à un poste à propos de leur appartenance religieuse dans le cadre de la procédure d'embauche ou s'ils imposent à leur personnel des exigences quant à la moralité de leur style de vie privée. À l'instar de la liberté de religion, le droit à la libre expression et le droit au respect de la vie privée n'ont pas un caractère absolu. Ils pourront donc être restreints si une telle restriction s'avère nécessaire et proportionnée pour la protection des droits d'autrui ¹³³. Au moment d'interpréter les dispositions de la directive, le tribunal saisi devra donc déterminer comment concilier ces droits conflictuels.

Enfin, et il s'agit sans doute là de l'aspect le plus important, il est difficile de déterminer le lien entre la liberté de religion et les droits à la non-discrimination religieuse (l'aspect positif de la liberté de religion) et la liberté plus générale à ne pas avoir de religion (l'aspect négatif de la liberté de religion). Le conflit entre ces deux aspects a été reconnu par la CEDH dans l'affaire *Kokkinakis contre Grèce* ¹³⁴. La Cour a confirmé qu'un prosélytisme excessif était incompatible avec le respect de la liberté religieuse d'autrui. La Cour a toutefois établi une distinction entre le témoignage de la foi chrétienne (qui constitue un aspect essentiel de la liberté de manifester sa religion) et le prosélytisme excessif, qui peut porter atteinte à la liberté de conscience d'autrui.

Le traitement des symboles religieux sur le lieu de travail ou dans d'autres lieux publics est un autre domaine où peut apparaître ce conflit entre la «liberté de religion» et la «liberté de non-religion». Dans certains pays, le maintien d'un environnement public laïc constitue un aspect important de la liberté de religion. Toutefois, mettre ainsi l'accent sur la *laïcité* peut également s'apparenter à une atteinte à la liberté de religion. Ces intérêts conflictuels sont difficiles à concilier puisque la prise en compte des intérêts d'une personne ou d'un groupe va forcément de pair avec le non-respect des intérêts d'autrui. Le problème se manifeste tout particulièrement lorsque l'employeur est l'État. La tolérance de symboles religieux sur le lieu de travail implique ici un certain degré d'adhésion religieuse alors que le multiculturalisme et le pluralisme pourraient supposer l'emploi d'une main-d'œuvre diversifiée, reflet de la composition de la population d'un pays.

La directive n'aborde pas de manière directe le conflit insoluble entre les aspects positifs et négatifs de la liberté de religion et de conscience. Ces droits sont incompatibles, et les personnes responsables de la mise en œuvre de la directive devront déterminer comment trouver un semblant d'équilibre entre ces intérêts inconciliables. Le caractère non absolu de la protection de la liberté religieuse et du principe de l'égalité quelle que soit la religion et le fait que, dans le droit humanitaire européen, la liberté de religion puisse être protégée par le droit de démissionner ¹³⁵ nous font entrevoir de possibles compromis. La directive autorise des exceptions proportionnées en présence d'exigences professionnelles essentielles ¹³⁶, et la discrimination indirecte peut être justifiée pour autant que l'exigence soit proportionnée. C'est la question de la proportionnalité qui permettra de trouver un

¹³² Voir Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?* (ed. Cohen, Howard and Nussbaum) (Princeton University Press, New Jersey, 1999).

¹³³ Article 10 (paragraphe 2) CEDH, article 8 (paragraphe 2) CEDH.

¹³⁴ [1993] 17 EHRR 397.

¹³⁵ *Ahmad contre Royaume-Uni* (1981) 4 EHRR 126, *Stedman contre Royaume-Uni* (1997) 23 EHRR CD168.

¹³⁶ Article 4.

certain équilibre. Néanmoins, l'existence d'intérêts conflictuels mais valables laisse supposer que la recherche d'un juste équilibre restera davantage une question de jugement qu'une opération de constatation de fait ¹³⁷.

L'expérience européenne en matière de concurrence entre des droits

La protection de la liberté de religion, de l'égalité et d'autres droits de l'homme étant inscrite dans les Constitutions de nombreux États membres, nous pouvons en déduire que ceux-ci possèdent déjà une expérience permettant à leurs tribunaux de concilier des intérêts contradictoires. Certains pays de l'Union ont également inclus, dans leur législation de transposition, des dispositions visant spécifiquement à résoudre les tensions que nous venons d'identifier.

Diverses questions ont déjà été examinées dans les États membres, comme la détermination du degré d'autonomie à octroyer aux groupes religieux dans leurs affaires internes et du degré d'interdiction des symboles religieux dans les lieux publics ¹³⁸, les modalités de garantie de l'égalité de traitement à différents groupes religieux ou encore le conflit entre la liberté de religion et le respect de la vie privée ou de l'orientation sexuelle.

L'autonomie des organisations religieuses. S'agissant du fonctionnement interne des organisations religieuses, plusieurs États membres n'appliquent pas leur réglementation du travail aux litiges et aux conflits opposant des ministres du culte. Le tribunal constitutionnel tchèque a ainsi décidé que le licenciement d'un ecclésiastique par l'Église de l'Unité des Frères, une Église protestante tchèque, n'était pas couvert par la réglementation sur les licenciements abusifs. Selon le tribunal, autoriser les tribunaux civils à se prononcer dans des litiges professionnels impliquant des ministres du culte «constituerait une ingérence inadmissible dans l'autonomie interne de l'Église ainsi qu'une ingérence dans sa capacité à prendre librement des décisions» ¹³⁹.

La Constitution allemande sépare l'Église et l'État et établit le principe de neutralité de l'État. Si les organisations religieuses peuvent jouer un rôle dans la vie publique, ce qu'elles font d'ailleurs effectivement en mettant à la disposition des citoyens des écoles et des hôpitaux, le strict respect de l'égalité de traitement de toutes les religions est assuré. Les Églises et les institutions confessionnelles bénéficient d'une autonomie pour autant que leurs activités soient intimement liées à la mission religieuse de l'Église. Il appartient aux Églises elles-mêmes de déterminer l'existence de cette relation étroite. En effet, une partie de leur autonomie réside dans le fait que l'État ne peut déterminer l'ampleur de la mission religieuse de l'Église. S'agissant des Églises chrétiennes, il est admis que des activités comme la gestion de jardins d'enfants et d'hôpitaux s'inscrivent dans la mission religieuse de l'Église. Même si l'autonomie juridique des Églises est limitée par la législation applicable à tous (comme par exemple, les lois régissant la résiliation des contrats), ces lois sont interprétées à la lumière de l'autonomie des Églises ¹⁴⁰.

Un autre exemple de l'exclusion du clergé du champ de protection assuré par la directive nous est donné par l'Estonie, où la loi sur les contrats d'emploi ne s'applique pas «aux personnes chargées de célébrer les services religieux au sein d'une organisation religieuse» ¹⁴¹. La protection contre la discrimination ne s'appliquerait donc pas aux prêtres, etc. Mais les institutions religieuses occupent aussi d'autres catégories de travailleurs, qui sont liés par des contrats de travail et qui bénéficient donc de la protection de la législation antidiscriminatoire ¹⁴².

¹³⁷ Ainsi, il pourrait s'avérer difficile d'identifier des preuves empiriques permettant de démontrer qu'une pratique porte en fait atteinte à la liberté de ne pas avoir de religion.

¹³⁸ La question de l'interdiction du port du foulard sera examinée séparément au chapitre VII. Le chapitre VIII s'intéressera au champ d'application de l'article 4 (paragraphe 2) de la directive, qui prévoit des règles spéciales en ce qui concerne les exigences professionnelles essentielles des organisations dont l'éthique est fondée sur la religion.

¹³⁹ Voir la décision III.ÚS 136/2000 du Tribunal constitutionnel, Rapport national pour la République tchèque: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁴⁰ Les informations présentées dans la présente section sont extraites du Rapport national pour l'Allemagne: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁴¹ Article 7 de la loi sur les contrats d'emploi de 1992. L'exception ne s'applique que si les statuts de l'organisme n'exigent pas la signature d'un contrat d'emploi avec la personne concernée.

¹⁴² Rapport national pour l'Estonie: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

Aux Pays-Bas également, la loi générale sur l'égalité de traitement (AGG) ne s'applique pas aux affaires internes des Églises ou d'autres communautés religieuses et associations de nature spirituelle. Cette disposition vise à respecter le principe de séparation entre l'Église et l'État et à préserver le principe de la liberté de religion. Cette restriction ne s'applique toutefois qu'aux affaires internes des Églises.

Même si les exceptions visant à respecter l'autonomie des groupes religieux sont en accord avec l'article 4 de la directive, qui autorise les exceptions en cas d'exigences professionnelles essentielles, le fait de soustraire totalement ces affaires de l'appréciation des tribunaux risque de nuire à la protection du personnel. Les exceptions aux règles de non-discrimination sont autorisées, mais uniquement lorsqu'elles ont un objectif légitime et qu'elles sont proportionnées. Il serait préférable, et davantage en accord avec la directive, d'exiger que toute exception applicable aux Églises soit soumise à l'appréciation des tribunaux, afin de garantir leur caractère objectif et raisonnable. Il est clair que dans de nombreuses affaires impliquant la désignation d'ecclésiastiques ou d'autres personnes assurant l'enseignement ou les services religieux, la discrimination fondée sur la religion sera vraisemblablement proportionnée. Au moment d'interpréter la directive, les tribunaux prendront en considération la jurisprudence clairement établie de la Cour européenne des droits de l'homme qui protège le droit des groupes religieux à choisir leurs propres dirigeants, dans le cadre de la protection due aux groupes religieux ¹⁴³. Il est toutefois préférable de soumettre les exceptions aux tribunaux, et d'utiliser le critère de la proportionnalité, plutôt que d'exempter purement et simplement les organismes religieux ¹⁴⁴.

Les symboles religieux. Le traitement des symboles religieux sur le lieu de travail varie considérablement d'un État membre à l'autre. Certains considèrent comme droit fondamental la nécessité de la neutralité religieuse tandis que d'autres privilégient la liberté de religion des personnes qui portent un symbole religieux.

En Autriche, le port de symboles et de vêtements religieux est considéré comme faisant partie de l'expression de la croyance religieuse. En tant que tel, le port de signes religieux sera protégé au titre des dispositions légales transposant la directive. D'autres États membres n'ont pas interdit de porter ou d'arborer des symboles religieux. Ainsi, à Chypre, il est habituel de trouver des symboles religieux dans les écoles, les icônes orthodoxes décorant même les salles de classe. La seule université d'État du pays a sa propre Église, aménagée sur le campus universitaire ¹⁴⁵.

D'autres États membres ont autorisé certaines restrictions à la liberté du personnel de porter des symboles religieux sur le lieu de travail. En Allemagne, les restrictions en matière de symboles religieux sont autorisées, mais toutes les religions doivent être traitées de la même façon ¹⁴⁶. Au Danemark, la Cour suprême ¹⁴⁷ a autorisé un employeur à justifier des instructions vestimentaires qui visaient à créer un lieu de travail religieusement neutre, alors même que ces instructions avaient un impact négatif sur les musulmanes.

La France a connu un vaste débat sur les limites de l'application du principe constitutionnel de neutralité, visant à déterminer l'importance de la neutralité dans le secteur public par rapport aux prérogatives de la vie privée et au droit à l'expression publique de la foi. La loi sur les signes religieux dans les écoles publiques a été adoptée en mars 2004. Elle interdit «le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics». Le port de signes religieux discrets reste toutefois autorisé. D'autres instructions administratives ¹⁴⁸ précisent que «les signes et tenues qui sont interdits sont ceux dont le port conduit à se faire immédiatement reconnaître par son appartenance religieuse tels que le voile islamique [...], la kippa ou une croix

¹⁴³ «L'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection offerte par l'article 9.» *Hasan et Chaush contre Bulgarie* (2002) 34 EHRR 55, al. 62; voir aussi *Serif contre Grèce* (2001) 31 EHRR 20.

¹⁴⁴ Les commentaires présentés dans ce paragraphe se bornent à l'interprétation de la clause de la directive relative à la religion et aux convictions.

¹⁴⁵ Informations issues du Rapport national pour Chypre: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁴⁶ Tribunal constitutionnel fédéral (*Bundesverfassungsgericht*), 2 BvR 1436/02, Rapport national pour l'Allemagne: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁴⁷ Décision du 21 janvier 2005, 22/2004.

¹⁴⁸ Instruction administrative du 18 mai 2004, circulaire n°2004-084 du 18 mai 2004.

de dimension manifestement excessive». À première vue, la terminologie utilisée est neutre, puisque la règle s'applique de manière identique à toutes les religions. Son impact n'est toutefois pas perçu par tous de la même façon. L'interdiction de symboles religieux s'avère particulièrement problématique pour les juifs et les musulmans, étant donné que leurs symboles s'en trouvent d'emblée interdits, alors que les croix ne sont interdites que si elles sont «de dimension manifestement excessive». En outre, les musulmans et les juifs sont davantage enclins que les chrétiens à estimer que leur religion exige le port de tels symboles. Nous constatons une fois encore que cette interdiction a un impact négatif plus fort sur certains groupes que sur d'autres.

La directive n'aborde pas de manière explicite la question des symboles religieux sur le lieu de travail. Toutefois, il semble que cet aspect puisse être couvert par les dispositions relatives à la discrimination indirecte. L'interdiction, par l'employeur, des symboles religieux équivaut en fait à imposer aux travailleurs une exigence (de porter une tenue vestimentaire religieusement neutre) que les fidèles de certaines religions risquent d'avoir du mal à respecter. Toute exigence de ce type devra être justifiée. Au moment de justifier une telle pratique, il s'avérera nécessaire de concilier un large éventail d'intérêts divers, notamment le droit de l'employeur à créer un lieu de travail religieusement neutre, les intérêts du personnel et des clients ou utilisateurs de services, qui peuvent souhaiter de bénéficier de la liberté de non-religion, par opposition à la liberté de religion, ou encore la liberté d'expression du travailleur qui se voit interdire le port d'une certaine tenue vestimentaire, et l'intérêt de promouvoir la diversité sur le lieu de travail ¹⁴⁹.

La religion et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. En Hongrie, la Cour suprême a eu à traiter d'une affaire illustrant le conflit de droit entre la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et la liberté de religion. L'affaire en question concernait le licenciement d'un étudiant en théologie, qui avait avoué son homosexualité à l'un de ses professeurs. La faculté universitaire de théologie calviniste Károli Gáspár a alors publié une déclaration dans laquelle elle soutenait que l'Église ne pouvait approuver la formation, le recrutement et l'emploi de pasteurs et d'enseignants croyants qui mènent ou encouragent un mode de vie homosexuel. Une plainte a été déposée par un organisme de défense des droits des homosexuel(le)s, qui exigeait une déclaration reconnaissant que l'université avait violé les droits à l'égalité de traitement des homosexuel(le)s. La Cour suprême a rejeté la plainte, arguant qu'il s'agissait d'une université confessionnelle, et qu'à ce titre, elle n'était pas tenue de garantir l'égalité de traitement, étant donné qu'il était objectivement raisonnable d'exclure les homosexuels de l'éducation religieuse, ces jeunes étant normalement appelés à devenir pasteurs. Toutefois, étant donné que tous les étudiants porteurs d'un diplôme en théologie ne deviennent pas automatiquement pasteurs, l'exception autorisée par la Cour suprême nous apparaît trop générale. En outre, cette décision n'est sans doute pas compatible avec le paragraphe 2 de l'article 4 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail. En effet, la disposition de cet article ne permet pas que des exceptions au principe de non-discrimination religieuse viennent justifier une discrimination fondée sur d'autres motifs, comme l'orientation sexuelle ¹⁵⁰.

Au Royaume-Uni, le conflit entre le droit à la liberté de religion et le droit à l'égalité fondée sur l'orientation sexuelle est géré par une exception spécifique à la législation interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ¹⁵¹. Cette exception concerne l'emploi d'ecclésiastiques ou de personnel religieux ¹⁵² lorsque la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pourrait se justifier par la nécessité de respecter la doctrine religieuse ou les sensibilités religieuses d'un nombre important de fidèles. Ladite exception autorise les Églises à refuser l'ordination de prêtres homosexuels mais aussi de prêtres hétérosexuels favorables à l'ordination de prêtres gays. La loi interdisant la discrimination sexuelle ¹⁵³ prévoit une exception similaire, couvrant le refus de certaines Églises d'ordonner des femmes.

¹⁴⁹ Le traitement des foulards ou des voiles sera examiné de manière plus détaillée au chapitre VII.

¹⁵⁰ Rapport national pour la Hongrie: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁵¹ Loi de 1975 sur la discrimination sexuelle section 19, et règlements de 2003 sur l'égalité au travail (orientation sexuelle), règlement 7(3).

¹⁵² Les personnes employées aux fins d'une religion organisée.

¹⁵³ Section 19 de la loi sur la discrimination sexuelle de 1975.

Les craintes selon lesquelles cette disposition pourrait couvrir un large éventail de personnes travaillant pour des organisations religieuses, comme les enseignants ou les infirmières des fondations religieuses ont été atténuées par une décision de la High Court anglaise. Statuant dans l'affaire *Amicus*¹⁵⁴, la Cour a limité les termes «aux fins d'une religion» à la nomination des dirigeants religieux et des enseignants, par exemple les prêtres ou les imams. Interprétée de manière plus stricte, l'exception satisfait probablement désormais au critère de proportionnalité exigé par l'exception en rapport avec les exigences professionnelles essentielles prévue au titre de l'article 4 de la directive, notamment si la liberté de religion est prise en compte pour évaluer la proportionnalité. Toutefois, comme c'est le cas avec les exceptions générales accordées par certains États à des organismes religieux que nous avons évoquées ci-dessus, il serait préférable de prévoir explicitement que la proportionnalité des exceptions au principe de non-discrimination soit soumise à l'appréciation des tribunaux.

L'égalité de traitement en faveur de groupes religieux différents. Bien que l'égalité religieuse soit inscrite dans la Constitution de nombreux États membres, il arrive que de tels engagements coexistent avec des dispositions particulières applicables à certaines religions déterminées. On comprend mal comment l'égalité religieuse peut alors être garantie. Il se pourrait que l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, comme le prévoit la directive, devienne un mécanisme permettant de réaliser l'égalité de traitement de différents groupes religieux.

Ainsi, la Constitution italienne¹⁵⁵ stipule que «toutes les croyances religieuses sont égales en liberté devant la loi»¹⁵⁶, et que «chacun a le droit de professer librement sa foi religieuse, sous n'importe quelle forme, individuelle ou collective, de faire de la propagande pour sa foi et d'en exercer le culte en privé ou en public, pourvu qu'il ne s'agisse pas de rites contraires aux bonnes mœurs»¹⁵⁷. Toutefois, ces engagements en faveur de l'égalité coexistent avec une disposition constitutionnelle selon laquelle: «L'État et l'Église catholique sont, chacun dans son ordre particulier, indépendants et souverains»¹⁵⁸. Outre ce lien particulier qui unit l'Église catholique et l'État, certains autres groupes religieux sont eux aussi liés par un accord avec l'État pour ce qui concerne les congés et d'autres actes internes propres aux groupes religieux. Les groupes avec lesquels l'Italie a signé un accord sont les suivants: les adventistes, les communautés juives, les assemblées de Dieu, le mouvement baptiste et l'Église luthérienne. Les témoins de Jéhovah et les musulmans n'ont pas signé un accord de ce type. Ils se retrouvent donc dans une position de faiblesse relative lorsqu'il s'agit de demander la prise en compte de leurs intérêts religieux. Toutefois, au titre des dispositions de la directive, les employeurs seront tenus de justifier toute exigence imposée à leur personnel susceptible de désavantager des personnes religieuses. La directive ne prévoit pas un traitement différent pour les groupes religieux ayant signé des accords spéciaux avec l'État. Il se peut donc que la directive contribue finalement à la mise en place d'un mécanisme capable de réduire le risque de différence de traitement entre les groupes religieux différents. Une telle situation ne se traduira pas par une diminution de la protection dont peuvent se prévaloir les groupes ayant signé un accord spécifique avec l'État. Par contre, la protection accordée à tous les groupes religieux pourrait s'en trouver améliorée.

La liberté religieuse et le respect de la vie privée. En Irlande, «les personnes employées au domicile d'une autre personne aux fins d'assurer des services aux personnes» ne peuvent prétendre à une protection contre la discrimination¹⁵⁹. Le terme «services aux personnes» est défini, de manière non limitative, comme des «services qui s'apparentent, de par leur nature, aux services ayant le rôle d'un parent (*loco parentis*) ou [qui] impliquent des soins à des personnes résidant audit domicile»¹⁶⁰. Cette disposition semble une nouvelle fois avoir pour but de concilier des droits incompatibles, en particulier le droit à la liberté religieuse et le droit au respect de la vie privée. Toutefois, on peut soutenir que cette exception est trop vaste pour qu'elle puisse respecter les dispositions de la directive. Pour que l'esprit de la directive soit respecté, le tribunal doit disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour déterminer le caractère proportionné de toute exigence imposée en matière de recrutement du

¹⁵⁴ Affaire X (à la demande de Amicus — MSF et d'autres) contre ministre britannique du commerce et de l'industrie et d'autres [2004] IRLR 430.

¹⁵⁵ Les informations figurant dans cette section sont extraites du Rapport national pour l'Italie: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁵⁶ Article 8, section 1.

¹⁵⁷ Article 19.

¹⁵⁸ Article 7, section 1.

¹⁵⁹ Equality Act (loi sur l'égalité) de 2004, section 3.

¹⁶⁰ Employment Equality Act (loi sur l'égalité dans l'emploi) 1998-2004, section 2(1).

personnel. Pour les personnes qui travaillent au domicile d'une autre dans le cadre de services aux personnes, l'exigence d'une caractéristique liée à la religion pourra, dans de nombreux cas, être proportionnée compte tenu de la concurrence entre le droit à l'égalité et le droit au respect de la vie privée. Ainsi, l'exigence posée par un parent religieux que l'infirmière soit de la même religion que la famille pourra être jugée proportionnée. Il semble toutefois préférable de soumettre de telles questions à l'appréciation du tribunal, dans les cas où, comme ici, les intérêts en conflit peuvent être pondérés plutôt que couverts par une exception globale.

Le traitement des tensions par la directive

Les tensions existant entre les droits fondamentaux sont bien connues: la liberté d'expression peut ainsi porter atteinte au droit au respect de la vie privée, au droit à la liberté de religion, aux droits à l'égalité etc. En droit constitutionnel et en droit humanitaire, ces conflits et tensions sont dans une certaine mesure résolus par les exceptions aux droits, lorsque celles-ci sont nécessaires et proportionnées à la réalisation d'un objectif légitime, comme la protection des droits d'autrui. La nature non absolue de nombreux droits de l'homme s'accompagne implicitement de la notion d'un équilibre entre les droits concurrents, et le maintien d'un certain équilibre.

Au sein de la directive, cet équilibre est réalisé grâce aux exceptions au principe de non-discrimination en présence d'une exigence professionnelle essentielle ayant un objectif légitime, lorsque l'exigence s'avère proportionnée. Lorsqu'une exigence est nécessaire pour protéger les droits d'autrui, le fait qu'une exception au principe de non-discrimination soit jugée ou non acceptable dépendra de son caractère proportionné. De même, la justification d'une discrimination indirecte repose sur la présence d'un objectif légitime et de moyens proportionnés pour le réaliser.

Au moment d'évaluer le caractère proportionné des exceptions au principe de non-discrimination, il conviendra de prendre en compte le droit à la liberté de religion. Bien que le droit à la liberté de religion revête un caractère absolu au titre de l'article 9 de la convention européenne des droits de l'homme, le droit à manifester cette croyance est limité par les «droits d'autrui». Les conflits entre la liberté de religion et le droit à l'égalité apparaissent le plus souvent dans le cadre de l'expression de la religion, par exemple le port de symboles religieux, le fait de travailler dans des groupes religieux exclusifs, et l'exigence de congés pour l'observance religieuse. Les tribunaux devront évaluer le caractère proportionné de toute restriction à la liberté de religion à la lumière du principe du maintien de l'égalité et de la protection d'autres droits de l'homme comme le respect de la vie privée et la liberté d'expression, l'objectif étant de concilier la protection de la liberté de religion et la protection des droits d'autrui. Les tribunaux pourront aussi prendre en compte le fait que la liberté individuelle de religion est protégée, en dernière instance, par le droit de démission des travailleurs.

Les difficultés particulières liées à la nécessité de concilier la liberté de religion et l'égalité entre les hommes et les femmes seront examinées dans le chapitre suivant. Dans le dernier chapitre, nous nous pencherons plus attentivement sur l'exception au titre des exigences professionnelles essentielles, en tentant de déterminer comment celle-ci peut être utilisée pour réaliser la proportionnalité dans le degré de protection accordée aux intérêts religieux. Nous prêterons ici une attention particulière à l'emploi au sein d'organismes dont l'éthique est fondée sur la religion.

Alia | 1980

Chapitre VII

Le lien entre les dispositions relatives
à la religion et celles relatives à l'égalité
entre les femmes et les hommes

Le présent chapitre examine le lien entre la protection des intérêts religieux des individus et le principe de non-discrimination entre les deux sexes. Ces deux intérêts sont parfois en conflit, notamment en raison du fait que certaines religions ne se sont pas engagées à promouvoir le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes. Le conflit potentiel entre la liberté religieuse et l'égalité entre les femmes et les hommes a fait l'objet de nombreuses discussions dans les débats au sujet des droits de l'homme. La conclusion apparaît clairement: l'égalité entre les hommes et les femmes doit l'emporter sur les habitudes et les traditions religieuses ¹⁶¹.

Dans le contexte des relations d'emploi, on rencontre des problèmes en relation avec le travail des femmes au sein d'organismes religieux. Citons l'imposition d'exigences en matière de style de vie susceptibles d'avoir un impact particulier sur les femmes, comme par exemple les exigences relatives à l'avortement ou à la grossesse, ou encore les exigences vestimentaires, comme le port du foulard ou du voile islamique, qui, une fois encore, concernent principalement les femmes.

La plupart de ces questions seront abordées sous l'angle des dispositions relatives aux exigences professionnelles essentielles, selon lesquelles toute exception au principe de non-discrimination doit être objectivement justifiée et proportionnée eu égard à l'objectif, qui doit être légitime. Dans certains cas, il s'agira de déterminer si une discrimination indirecte peut être justifiée sur cette même base. Les affaires examinées ci-dessous illustrent un même thème, à savoir les conflits qui opposent la liberté de religion et l'égalité entre les femmes et les hommes. Parfois, le conflit est encore aggravé par d'autres tensions, que ce soit entre les aspects positifs et négatifs de la liberté de religion (et de non-religion) ou entre la liberté de conscience, la liberté d'expression et le respect de la vie privée.

Foulards, liberté de religion et égalité entre les femmes et les hommes

Le débat sur le port du foulard sur le lieu de travail s'inscrit en quelque sorte dans le cadre du débat plus général au sujet de l'impact de la religion sur les possibilités d'éducation et d'emploi des jeunes filles et des femmes. Par tradition religieuse, des parents peuvent ainsi empêcher des jeunes filles de suivre l'une ou l'autre forme d'enseignement, comme les cours d'éducation physique, les cours de natation et certains cours de science ¹⁶². La religion ou la tradition peut aussi amener certains parents religieux à décourager leurs filles de faire des études supérieures ou de suivre une formation professionnelle. Cette absence de formation influence à son tour, concrètement et négativement, les perspectives d'emploi des jeunes filles et des femmes appartenant à ces groupes religieux.

Malgré ces considérations plus générales, la jurisprudence en rapport avec la sphère de l'emploi de la directive s'est concentrée surtout sur la question de la légalité de l'interdiction du port du voile musulman au travail. Les

¹⁶¹ En 2001, les Nations-unies ont désigné un rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction. En 2002, le rapporteur a publié une étude sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions. Ce rapport souligne à quel point il est difficile de faire la part des choses entre le rôle de la culture et celui de la religion. La discrimination à l'égard des femmes est due, en fait, davantage à des comportements sociaux et culturels qu'à la religion proprement dite. Le rapporteur indique clairement comment résoudre le conflit entre les intérêts religieux et les droits humains des femmes: le point 30 du rapport stipule en effet: «Au total, cette acception est de nature à affirmer la prééminence sur toute coutume ou tradition, qu'elle soit d'origine religieuse ou non, des principes universels de nature impérative que sont le respect de la personne et de son droit inaliénable de disposer d'elle-même, ainsi que la pleine égalité entre les hommes et les femmes. Il ne peut y avoir de compromis à cet égard.» (Rapport du rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction conformément à la résolution 2001/42 de la Commission des droits de l'homme des Nations-unies, E/CN.4/2002/73/Add.2, 5 avril 2002, étude sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions. http://www.wunrn.com/news/02_19_06/021906_un_study.htm).

¹⁶² Ces interdictions ne s'appliquent pas uniquement aux femmes. Par exemple, le refus d'enseigner la théorie de l'évolution dans les écoles religieuses pourrait limiter le choix futur et les possibilités d'emploi des hommes comme des femmes.

conflits qui surgissent sont ainsi singulièrement complexes ¹⁶³. La jurisprudence des États membres et de la CEDH laisserait entendre que l'interdiction du port du foulard dans certains lieux comme les écoles ou les hôpitaux publics ne porte pas atteinte à la liberté de religion des personnes. Toutefois, tout en maintenant la légalité de toute interdiction, les tribunaux n'ont pas établi que le port du foulard porte automatiquement atteinte au droit négatif à la liberté de religion. Autoriser le port du foulard pourrait ainsi être compatible avec ces droits humains fondamentaux.

Cette controverse découle de l'existence d'un éventail complexe d'intérêts contradictoires dans de telles affaires. L'existence d'un aspect positif et négatif dans la liberté de religion est très bien illustrée par le problème du port du voile, notamment dans le secteur public où les utilisateurs de services n'ont alors d'autre choix que d'être en contact avec une fonctionnaire portant le voile. Par conséquent, si les écoles ou les hôpitaux autorisent le port du voile, la liberté religieuse de la personne s'en trouve préservée, mais cette liberté risque de porter atteinte à la liberté de non-religion de l'élève ou du patient. Il s'agit là d'un des conflits de droit impossibles à résoudre mais qui doit être pris en compte pour évaluer la réponse juridique appropriée à apporter aux demandes du port du voile au travail.

Dans ce contexte, nous pourrions établir une distinction entre les emplois publics et privés. Lorsque l'employeur est l'État, nous pouvons avancer que le personnel représente l'État. Dès lors, une femme qui porte le foulard porte atteinte à la neutralité de l'État. Toutefois, à ce niveau également, il existe un contre-argument en vertu duquel même si le personnel représente l'État, celui-ci devrait incarner la diversité de la communauté qu'il représente. Dans ce cas, l'engagement de travailleurs représentant un large éventail de religion refléterait alors l'engagement de l'État à protéger la liberté de religion.

De plus, nous pouvons également nous demander s'il est possible d'affirmer que le port d'un symbole religieux par un membre du personnel témoigne de l'adoption, par l'État, des croyances ainsi représentées. D'une part, le fait que les personnes qui travaillent pour l'État soient autorisées à porter un symbole religieux visible peut laisser entendre que l'État soutient lesdites croyances. D'autre part, on pourrait également soutenir que les codes vestimentaires individuels ne sont que le reflet des convictions personnelles et qu'ils doivent dès lors être considérés comme quelque chose de personnel, et non comme le reflet des opinions de l'État. À cet égard, une distinction peut être établie entre le port de symboles religieux par des membres individuels du personnel et l'affichage de symboles religieux, comme des crucifix, dans les bâtiments publics ¹⁶⁴. Apparaissent alors des arguments en faveur de l'autorisation du port de symboles religieux même par des personnes qui travaillent pour l'État.

Une autre question soulevée par l'emploi, par l'État, de femmes portant le foulard est que toute restriction à leur engagement dans le secteur public risque de nuire gravement à la liberté des femmes musulmanes de poursuivre la profession de leur choix. Dans certains secteurs, l'État a pratiquement le monopole de l'emploi. C'est le cas, par exemple, des services de soins de santé ou de l'éducation. Empêcher le port de symboles religieux dans les emplois publics équivaut alors à empêcher les femmes musulmanes d'avoir pleinement accès à ces deux secteurs.

Une façon de résoudre ce problème serait de limiter l'autorisation de porter des symboles religieux aux membres du personnel qui ne représentent pas les opinions de l'employeur. Ainsi, le personnel de nettoyage ou de cuisine pourrait porter le foulard, étant donné qu'il ne peut pas être considéré comme représentant l'employeur. Par contre, le personnel investi de plus grandes responsabilités pourrait se voir imposer le port de vêtements religieusement neutres. Un tel compromis pourrait répondre aux besoins de l'employeur de montrer un «visage public» de neutralité religieuse, mais serait à l'origine de nouvelles formes de discrimination à l'égard des musulmanes, étant donné que leur emploi serait alors concentré dans les emplois moins qualifiés ¹⁶⁵.

¹⁶³ Pour un examen détaillé des questions soulevées par le débat sur le voile, voir D. McGoldrick, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe* (Hart, Oxford, 2006).

¹⁶⁴ Affaire allemande du crucifix dans les classes, BVerfGE 93, 1, 1 BvR 1087/91.

¹⁶⁵ Voir Schiek, *Just a Piece of Cloth? German Courts and Employees with Headscarves* (2004) 33 *Industrial Law Journal* 68.

L'enjeu de ce conflit ne se limite pas à la liberté des intérêts religieux des musulmans et la liberté d'intérêts non religieux d'autrui. Un conflit peut apparaître entre différents groupes de musulmans quant au sens à donner au port du foulard. Dans plusieurs affaires soumises à la CEDH, il a été fait référence au fait que les musulmanes qui portent le foulard risquaient de faire pression sur celles qui ne le portent pas. Par exemple, dans l'affaire *Sahin contre Turkey*¹⁶⁶, le tribunal a souligné que le port du foulard risquait de contraindre d'autres étudiantes à s'engager dans une voie plus fondamentaliste. L'interdiction du foulard pourrait donc préserver la liberté d'autres personnes du même groupe confessionnel et de leur permettre une plus grande liberté personnelle dans l'interprétation et l'expression de leur foi. Toutefois, interdire une expression de la croyance religieuse afin de maintenir la liberté d'autrui pourrait être considéré comme du paternalisme de la part de l'État. La mesure dans laquelle une telle position peut s'avérer appropriée dépendra du contexte dans lequel cette croyance s'exprime¹⁶⁷. Les restrictions au port du foulard dans des établissements scolaires où de jeunes enfants risquent de subir des pressions pourront être traitées différemment des restrictions imposées dans des contextes où ce sont des adultes qui doivent faire face à ces pressions, étant donné que l'on peut s'attendre à ce que ces derniers soient en mesure d'y résister¹⁶⁸. De la même manière, des pressions pouvant être exercées sur des élèves par des enseignants qui portent le foulard pourront être traitées différemment des pressions exercées par d'autres élèves.

D'autres conflits de droit en rapport avec l'interdiction du port du foulard ont trait à la question de l'égalité. Se pose tout d'abord la question de l'égalité religieuse. À ce propos, il convient ici de tenir compte de la nécessité de concilier la liberté de religion et la liberté de non-religion sans perdre de vue qu'une quelconque interdiction de manifester une appartenance religieuse n'aura pas le même impact sur toutes les religions. Interdire le port du foulard ou d'autres symboles religieux aboutira vraisemblablement à une discrimination indirecte à l'encontre des musulmans. Une telle règle n'affectera pas la majorité des chrétiens étant donné que leurs croyances n'exigent pas un code vestimentaire spécifique. Nous voyons ici qu'une règle apparemment neutre défavorise particulièrement les musulmans et devra donc être justifiée.

En outre, une telle mesure affectera spécifiquement un groupe, les musulmanes. Nous nous trouvons là clairement en présence d'un cas de discrimination multiple¹⁶⁹. L'interdiction des foulards concerne directement les musulmanes, mais n'a pas le moindre impact sur les hommes de cette religion. Pourtant, s'agissant de la compatibilité de l'égalité entre les femmes et les hommes et du port du foulard, la problématique revêt de multiples facettes. Pour de nombreuses personnes, le foulard illustre l'assujettissement des femmes au pouvoir masculin. Faciliter cette pratique en autorisant le port du voile sur le lieu de travail est donc considéré comme à l'antithèse des intérêts des femmes¹⁷⁰. Toutefois sur ce point également, nous pouvons trouver des contre-arguments. Tout d'abord, il n'appartient pas aux tribunaux d'interpréter les leurs actions à la place des femmes¹⁷¹. Deuxièmement, rien ne permet de déterminer clairement comment garantir au mieux les droits des femmes à l'égalité. Si le port du foulard symbolise l'assujettissement des femmes, cet argument pourrait être invoqué en faveur de son interdiction. Toutefois, une telle conclusion ne s'imposera pas toujours. Face à une telle interdiction, il

¹⁶⁶ Requête n° 44774/98 jugement du 10 novembre 2005, paragraphes 115 et 116. Voir aussi la requête *Dahlab contre Suisse*. Décision 42393/98 du 15 février 2001.

¹⁶⁷ En outre, rien ne précise quel type de preuve serait nécessaire pour étayer une telle affirmation.

¹⁶⁸ Cette question était également au cœur de l'affaire X (à la demande de Begum) contre Headteacher and Governors of Denbigh High School [2004].

¹⁶⁹ Fredman, Un double problème: la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne. Revue de la législation européenne relative à l'antidiscrimination, numéro 2.

¹⁷⁰ *Sahin contre Turkey*, Requête n° 44774/98, jugement du 10 novembre 2005, paragraphes 115 et 116. Voir également *Dahlab contre Suisse* requête n° 42393/98, décision du 15 février 2001.

¹⁷¹ Voir *Sahin contre Turquie*, Opinion dissidente de Madame la Juge Tulkens, paragraphe 12. Voir également M. Mahlmann, German Law Journal volume 4 n° 11 Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court's Decision in the Headscarf Case (Tolérance religieuse, société pluraliste et neutralité de l'État: décision du tribunal constitutionnel fédéral dans l'affaire des foulards).

est peu probable que les musulmanes décident de continuer à exercer leur métier de médecin, de juge, d'officier de police ou d'enseignant en se découvrant la tête. Nous pouvons aussi nous attendre à ce qu'elles finissent par renoncer purement et simplement à ces professions. Un tel résultat irait à l'encontre de l'objectif poursuivi d'égalité entre les femmes et les hommes. Nous pouvons en effet nous demander dans quelle mesure le fait que les femmes soient découragées d'exercer le métier d'enseignant ou de médecin favorise la promotion de l'égalité des femmes. Une enseignante qui porte le foulard transmet-elle à ses élèves le message d'une infériorité des femmes par rapport aux hommes? Ou au contraire un message d'égalité, en leur montrant que les femmes peuvent devenir enseignantes? Ici aussi, il semble que les arguments invoqués en faveur de l'égalité soient loin d'être concluants.

D'autres tensions apparaissent par rapport à la liberté d'expression. Le port du foulard peut être considéré comme l'exercice du droit à la liberté d'expression des femmes qui choisissent de le porter. Il n'appartient dès lors ni aux tribunaux ni à d'autres personnes de déterminer le sens de ce code vestimentaire pour chacune des femmes. Certaines femmes exprimeront par ce biais un sentiment de modestie, ou un degré élevé d'engagement religieux. D'autres souhaiteront exprimer un aspect important de leur identité culturelle ou ethnique¹⁷² ou encore exprimer des opinions politiques. Dans certains pays, le port de symboles religieux n'aura pas que des connotations religieuses, cette attitude sera également lourde de connotations politiques. Dans ce cas de figure, les musulmanes choisissent de porter le foulard pour marquer leurs distances par rapport à la culture dominante¹⁷³ ou à un groupe particulier. La liberté de porter de tels symboles sur le lieu de travail devra alors être conciliée avec la liberté dont jouissent d'autres personnes d'avoir accès aux biens et aux services assurés par une force religieusement neutre. Mais la liberté d'expression d'un employeur, qui pourrait souhaiter projeter une image particulière à ses clients, entrera également en ligne de compte¹⁷⁴.

Étant donné les très nombreux et divers arguments et contre-arguments qui alimentent le débat sur le port du foulard, personne ne s'étonnera vraisemblablement de la très grande diversité de pratiques parmi les États membres. La France impose une obligation légale de *laïcité*, et interdit le port de foulards et d'autres symboles religieux dans les établissements scolaires¹⁷⁵. Au même moment, le port des foulards dans le secteur public est une pratique tout à fait courante au Royaume-Uni, où les uniformes officiels sont même parfois adaptés. L'affaire britannique concernant l'interdiction du port de la djellaba, vêtement religieux des musulmans, (voir ci-dessous), est née dans une école qui avait déjà autorisé les vêtements religieux, dont un foulard d'uniforme.

Même si les pratiques varient d'un pays à l'autre, la jurisprudence des États membres où ces interdictions ont été contestées, suit la CEDH en affirmant que de telles interdictions ne portent pas atteinte à la liberté de religion.

En Belgique, l'interdiction du port des foulards décidée dans un établissement scolaire a été contestée au motif que cette interdiction portait atteinte à la liberté de religion¹⁷⁶. À la question de savoir si l'interdiction était compatible avec l'article 9 (paragraphe 2) de la convention européenne des droits de l'homme, le tribunal a

¹⁷² Voir chapitre V ci-dessus où nous examinons les liens entre l'identité religieuse et ethnique.

¹⁷³ Voir *R. [sur la requête de Begum (Shabina)] contre Denbigh High School Governors* [2006] UKHL 15, pour la discussion des significations possibles du port du voile.

¹⁷⁴ La prise en compte d'autres intérêts devra se faire dans le cadre de l'examen, par un tribunal, du critère de proportionnalité, dont nous avons discuté au chapitre II ci-dessus. Si limiter la liberté des femmes à porter un foulard équivaut à une discrimination religieuse indirecte, cette interdiction devra être justifiée objectivement par un objectif légitime, et les moyens utilisés pour atteindre cet objectif devront être appropriés et nécessaires pour être considérés comme légaux.

¹⁷⁵ Conseil d'État du 3 mai 2000 M^{lle} Marteaux N° 217017, Conseil d'État du 15 octobre 2003 n° 244428. L'interdiction des foulards ne s'applique qu'aux écoles primaires et secondaires de l'État. Elle ne s'applique pas aux écoles privées, financées ou non par l'État, ni aux universités et autres établissements d'enseignement supérieur, privés ou publics, ou à tout centre de formation post-secondaire.

¹⁷⁶ Il a également été avancé que l'interdiction violait la directive, mais cette plainte n'a pas pu être maintenue sur cette base, le tribunal ayant estimé que l'enseignement ne faisait pas partie du champ d'application de la directive et de sa législation de transposition. Jugement du 14 juin 2005 rendu par la Cour d'Appel d'Anvers (Hof van Beroep te Antwerpen, AR/2004/2811).

souligné que l'interdiction était précise et accessible, qu'elle poursuivait l'objectif légitime de préserver l'ordre dans l'établissement scolaire et de protéger les droits d'autrui, en particulier contre le prosélytisme excessif, et que la restriction à la liberté de religion des demandeurs était étroitement liée à la réalisation de cet objectif, de sorte que la restriction pouvait être considérée comme nécessaire ¹⁷⁷.

Au Danemark, la Cour suprême a statué sur une affaire impliquant une travailleuse qui avait décidé de porter un foulard au travail, après avoir travaillé un certain temps dans une entreprise. Le code vestimentaire de l'entreprise exigeait le port d'un uniforme et précisait l'interdiction du port du foulard. La travailleuse a été licenciée, et la Cour suprême a maintenu que l'interdiction du port du foulard ne violait ni la loi danoise interdisant la discrimination professionnelle ni l'article 9 de la convention européenne des droits de l'homme, au motif que le code vestimentaire visait à refléter la neutralité politique et religieuse de l'entreprise. Malgré son impact négatif sur les musulmanes, cette politique était objectivement justifiée ¹⁷⁸.

En Allemagne, le Tribunal fédéral du travail a confirmé que le licenciement d'une vendeuse au motif que cette dernière portait le foulard ne pouvait être justifié ¹⁷⁹. Le jugement avait été influencé par le fait que l'employeur n'avait pas été en mesure de mettre en évidence une quelconque perte financière réelle liée au port du foulard, et que les pertes étaient donc purement hypothétiques. Si l'employeur avait pu démontrer l'existence de pertes réelles, l'interdiction du port du foulard aurait pu être maintenue. Le tribunal constitutionnel fédéral a également décidé qu'une enseignante ne pouvait se voir refuser un emploi au seul motif qu'elle portait un foulard. Cette décision s'est fondée sur des motifs procéduraux: une interdiction aurait pu tout aussi bien être constitutionnelle, pour autant qu'elle soit prévue dans la législation ¹⁸⁰. Les décisions sont donc prises au cas par cas, et ne laissent nullement entendre que le port du foulard doit être autorisé d'une manière générale. En effet, la jurisprudence allemande laisse supposer que des procédures appropriées sont nécessaires pour imposer l'interdiction du port de vêtements religieux, mais que, lorsque de telles procédures sont en place, une telle interdiction ne porte pas nécessairement atteinte à la liberté de religion.

De tels «gardes-fous» ont été invoqués également par la Chambre des Lords au Royaume-Uni pour soutenir la légalité d'un refus, par une école, d'autoriser un élève musulman à porter une djellaba à l'école ¹⁸¹. Cette affaire était sans rapport avec l'emploi et le travail, mais l'approche aurait vraisemblablement été similaire si tel avait été le cas. L'école en question imposait un uniforme qui autorisait le port de vêtements religieux, y compris le foulard. Un élève avait souhaité porter une djellaba, un vêtement traditionnel plus religieux qui ressemble à un long manteau. L'école a insisté sur la nécessité de porter l'uniforme prévu, lequel avait été adopté en concertation avec la communauté musulmane locale. La Chambre des Lords a estimé que l'école avait la liberté d'opposer une telle interdiction à l'élève. Cette interdiction était en effet proportionnée compte tenu de la liberté de religion de l'élève, des intérêts concurrents de protéger d'autres étudiants musulmans de la pression familiale ou sociétale de porter un style de vêtement plus conservateur, et du fait que l'élève avait la possibilité de changer d'école et d'opter pour un établissement autorisant le port d'une djellaba. Le fait qu'un large éventail de critères aient été pris en compte par l'école, y compris la liberté de religion de l'élève, implique que la règle a pu être préservée. Comme c'est le cas pour les décisions d'autres tribunaux en rapport avec le port du foulard, le tribunal n'a pas établi que la djellaba devait être interdite, se contentant de préciser que l'interdiction ne portait pas atteinte à la liberté de religion de l'élève.

¹⁷⁷ Rapport national pour la Belgique: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁷⁸ Décision du 21 janvier 2005, 22/2004.

¹⁷⁹ Tribunal fédéral du travail, 10 octobre 2002, 2 AZR 472/01.

¹⁸⁰ Tribunal constitutionnel fédéral, 2 BvR 1436/02.

¹⁸¹ Affaire X [à la demande de Begum (Shabina)] contre Denbigh High School Governors [2006] UKHL 15.

En ce qui concerne le traitement du port du foulard aux termes de la directive, il semblerait que toute interdiction soit potentiellement indirectement discriminatoire, étant donné que les musulmanes auront plus de mal à respecter l'exigence de ne pas se couvrir la tête. Toute exigence devra dès lors être justifiée. L'éventail de questions et de facteurs pouvant justifier une telle exigence est considérable. Le fait qu'un tribunal ou une cour estime qu'une interdiction est justifiée dépendra de la façon dont les juges entendent concilier tous les intérêts contradictoires en jeu que nous avons décrits ci-dessus.

L'approche retenue par la directive sur un sujet aussi controversé et sensible semble être de fournir une base procédurale appropriée pour l'examen et la prise en compte des contre-arguments. Toute exigence par rapport aux foulards devra être impartialement justifiée par un objectif légitime, et les moyens de réaliser l'objectif devront être appropriés et nécessaires. Si un employeur cherche à justifier son exigence en s'appuyant sur des arguments hypothétiques (par exemple l'opposition possible des clients), ceux-ci ne seront sans doute pas suffisants pour que la justification soit retenue car l'employeur doit démontrer que l'exigence est nécessaire. La nécessité réelle de l'interdiction du foulard doit donc être établie, et les moyens mis en œuvre doivent être étroitement liés à la réalisation de cet objectif. En termes d'objectifs légitimes, la justification pourra toutefois être possible en raison de l'éventail d'intérêts supplémentaires en jeu, comme par exemple le droit à l'égalité des utilisateurs de services, la liberté de religion d'autres membres du personnel, la liberté de non-religion des clients et des collègues¹⁸² ou encore l'intérêt de neutralité politique et religieuse de l'employeur. Le point d'équilibre pourra dépendre en partie du statut de l'employeur et de l'existence d'un éventuel monopole, dans son chef, en matière d'offre de certains emplois.

Comme l'a reconnu le tribunal constitutionnel allemand dans l'affaire des crucifix dans les écoles, cette volonté de concilier des droits aussi complexes et contradictoires vise à parvenir à une «concordance pratique»¹⁸³. Il s'agit de reconnaître le caractère inconciliable de ces droits, et en même temps la nécessité de trouver malgré tout un *modus vivendi*. Pour y arriver, les tribunaux devront mettre en œuvre une approche fondée sur les faits mais aussi inspirée par la culture. Une telle approche n'est toutefois pas sans inconvénient. Il se révèle ainsi difficile de prédire l'issue d'une affaire vu le nombre d'intérêts à prendre en compte. En effet, ce que la directive peut assurer, c'est la cohérence en matière de gardes-fous dans les procédures, afin que les interdictions de codes vestimentaires religieux ne soient imposés qu'après examen approprié des différents intérêts en jeu, dans le contexte culturel et politique d'un État membre particulier. La jurisprudence des États membres et de la CEDH fait toutefois apparaître clairement que de telles interdictions ne constituent pas automatiquement une violation des normes des droits de l'homme, mais aussi que le droit humanitaire n'exige pas forcément de telles interdictions en vue de la protection des droits d'autrui.

Exigences liées au style de vie

Une seconde difficulté en ce qui concerne l'égalité entre les femmes et les hommes et la religion est liée à l'approche des questions de moralité sexuelle dans certaines religions. De telles exigences peuvent certes concerner aussi bien les femmes que les hommes, mais en raison des différences physiologiques et sociales, celles-ci peuvent avoir un impact particulier sur les femmes. Ainsi, ce n'est souvent qu'en cas de grossesse que le non-respect de l'exigence d'abstinence de toute activité sexuelle en dehors des liens du mariage se manifestera au grand jour. La discrimination à l'égard des femmes qui tombent enceintes sans être mariées peut être motivée par un souhait de sanctionner le non-respect d'une exigence portant sur le mode de vie, mais elle sera aussi liée à la grossesse elle-même et elle s'apparentera dès lors à une discrimination sexuelle. Des problèmes similaires, en cas d'interactions entre l'égalité de genre et la religion, risquent aussi d'apparaître si un employeur religieux refuse d'engager une femme ayant subi un avortement.

¹⁸² Nous remarquerons qu'il peut s'avérer difficile d'identifier des éléments attestant qu'il a été porté atteinte à un droit négatif.

¹⁸³ Affaire allemande des crucifix, BVerfGE 93, 1, 1 BvR 1087/91.

Sur cette question, nous pouvons mettre en évidence une variété d'approches de la part des États membres. Au Royaume-Uni, une enseignante d'une école catholique est tombée enceinte et a été licenciée lorsqu'il s'est révélé que le géniteur de l'enfant était un prêtre. Son licenciement a été jugé discriminatoire (discrimination sexuelle) car motivé par la grossesse. L'argument présenté par l'employeur, qui soutenait que le licenciement n'avait pas été motivé par la grossesse mais par le non-respect des normes religieuses, n'a pas été accepté, car la grossesse a en fait précipité et influencé la décision de licencier la jeune femme ¹⁸⁴.

En revanche, en Irlande, la Haute Cour a estimé, dans l'affaire *Flynn contre the Sisters of the Holy Faith* ¹⁸⁵, que le licenciement d'une femme célibataire qui vivait avec un homme marié était légal, car contraire à l'éthique religieuse de l'école. Le divorce n'existait pas à l'époque en Irlande, et la femme est tombée enceinte de son partenaire, qui était encore marié. Depuis cette décision de la Cour, la loi irlandaise a été amendée et autorise désormais le divorce. La loi interdit également le licenciement pour des raisons en rapport avec la grossesse. De nos jours, un tribunal ayant à juger d'une affaire similaire statuera sans doute dans un autre sens. Cette affaire illustre néanmoins dans quelle mesure les exigences d'éthique religieuse peuvent porter atteinte à la vie privée des individus. Des éléments de discrimination fondés sur d'autres motifs peuvent également être mis au jour.

La directive peut autoriser un traitement différencié de la part d'organisations d'éthique religieuse, et leur permettre ainsi d'exiger le respect de leur éthique religieuse. Toutefois, pour être en accord avec les termes de la directive, un tel traitement devra être guidé par l'exigence proportionnée de poursuivre un objectif légitime lié également à une exigence professionnelle essentielle.

Comme pour les affaires en rapport avec le port du foulard, la difficulté, au moment de déterminer le caractère proportionné d'une interdiction, consiste à trouver une solution en droit du conflit. Lorsque l'employeur est un organisme religieux, la loyauté vis-à-vis de l'organisation pourra être exigée. Toutefois, cette autorisation ne saurait justifier une discrimination fondée sur d'autres motifs. Dans certains cas, les femmes pourront avoir plus de mal à respecter les exigences de loyauté, surtout parce qu'il est plus facile d'identifier le non-respect d'une exigence de mode de vie, par exemple dans le cas d'une grossesse et particulièrement chez les mères célibataires. Lorsqu'un traitement moins favorable de la part d'un employeur religieux est en rapport avec une grossesse, nous serons en présence d'une discrimination directe ¹⁸⁶. S'il y a discrimination indirecte, l'organisation pourra chercher à justifier la décision en prouvant qu'elle est nécessaire pour préserver les objectifs religieux de l'organisation. Le caractère proportionné ou non de cette exigence de loyauté pourra être confirmé ou infirmé sur la base d'un large éventail de facteurs, parmi lesquels la nécessité de préserver la liberté de religion de l'individu et de l'organisation et la nécessité d'éviter la discrimination sexuelle.

Le droit au respect de la vie privée est l'autre droit qui pourra également être invoqué en présence d'exigences relatives au mode de vie. Généralement, les questions de moralité personnelle seront considérées comme du ressort de la vie privée, et comme ayant peu d'intérêt pour l'employeur. Toutefois, la mesure dans laquelle le personnel pourra être autorisé à considérer les affaires de moralité personnelle comme ayant réellement un caractère privé dépendra du type d'employeur. Il est inévitable que les questions de moralité personnelle intéresseront un employeur religieux qui souhaite préserver une éthique religieuse, car ces aspects pourront refléter l'attitude religieuse et la loyauté à la religion. Une des conséquences de l'existence, sur le lieu de travail, d'une éthique fondée sur la religion est le partage de matières qui, de l'extérieur, seraient considérées comme étant personnelles et privées. Lorsqu'un travailleur a choisi de travailler pour une organisation religieuse, il pourrait être raisonnable, pour l'employeur, d'insister sur la loyauté à l'éthique religieuse. Cet aspect pourra toutefois être vu sous un autre angle si l'employeur, malgré son éthique religieuse, détient un monopole de l'emploi, ce qui peut

¹⁸⁴ *O'Neill contre Governors of St Thomas More RCVA Upper School* [1996] Industrial Relations Law Reports 372.

¹⁸⁵ [1985] I.L.R.M. 336.

¹⁸⁶ *Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941.

être le cas pour les services de soins de santé et l'enseignement dans certains États membres. Ici aussi, comme c'est le cas pour d'autres exigences professionnelles essentielles, le principe de proportionnalité apparaît comme étant le mécanisme permettant de trouver un équilibre en conciliant les droits contradictoires de liberté de religion, de vie privée et d'égalité.

David | 1987

Chapitre VIII

Les exigences professionnelles essentielles et l'exception prévue pour l'éthique religieuse

De nombreuses questions soulevées par la directive seront finalement résolues en examinant le champ d'application des dispositions relatives aux exigences professionnelles essentielles prévues à l'article 4 de la directive. Celles-ci constituent la seule justification de défense en cas de discrimination directe. Certains termes et concepts sont similaires à ceux de la discrimination indirecte, étant donné que les deux dispositions exigent de justifier les exceptions au principe de non-discrimination comme étant proportionnées et nécessaires à la réalisation d'un objectif légitime. C'est l'interprétation de ces concepts qui permettra de fixer les limites de la protection assurée par la directive contre la discrimination fondée sur la religion.

La directive mentionne deux exceptions à l'exigence professionnelle essentielle: une exception générale limitée à tous les employeurs ¹⁸⁷ et une exception plus large applicable aux organisations ayant une éthique fondée sur la religion ¹⁸⁸. Le premier paragraphe de l'article 4 de la directive prévoit une exception à l'obligation de non-discrimination dans les cas où, eu égard aux activités professionnelles ou à leur contexte, l'appartenance à une religion particulière constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante de l'emploi, l'exigence poursuit un objectif spécifique et elle est proportionnée.

Le premier paragraphe de l'article 4 ne prête pas particulièrement à controverse. Dans le contexte de la discrimination religieuse, il permet de concilier le droit à la liberté de religion et d'autres droits dans le contexte de l'emploi. Il ne s'applique que dans les cas où il existe un lien manifeste entre le travail à accomplir et les caractéristiques requises: l'exigence professionnelle doit être essentielle et *déterminante* et doit être proportionnée dans le cas particulier en cause. Il conviendra donc d'examiner très attentivement les exigences de la fonction avant de pouvoir invoquer l'exception. Ainsi, alors qu'une mosquée pourra exiger d'un imam qu'il soit de religion islamique, pareille exigence pour l'engagement d'un technicien de surface ne pourra pas être autorisée au titre de cette exception. Alors que les personnes religieuses peuvent affirmer qu'elles apportent une dimension spécifiquement religieuse à leur travail, il ne peut être raisonnablement avancé que l'appartenance à une religion particulière est une exigence professionnelle essentielle pour de nombreux emplois. En vertu du premier paragraphe de l'article 4, la discrimination religieuse ne sera probablement considérée comme licite que lorsque l'exception est invoquée dans le cas de personnes engagées pour assurer le service religieux, dont la tâche consiste à enseigner ou à promouvoir la religion ou qui participent aux rites religieux.

Cette exception s'applique à tous les motifs de discrimination, comme par exemple l'orientation sexuelle. Dès lors, nous pourrions avancer qu'une organisation offrant des services de conseils et de soutien à une clientèle gay ou lesbienne pourrait légalement refuser d'engager une personne hétérosexuelle.

L'exception supplémentaire au principe de non-discrimination, prévue au paragraphe 2 de l'article 4 apparaît plus controversée. Cette exception s'applique exclusivement aux Églises ou aux autres organisations publiques et privées dont l'éthique repose sur la religion et les convictions ¹⁸⁹. Dans ce cas, les différences de traitement ne seront pas discriminatoires, lorsque, en raison de la nature des activités ou du contexte au sein duquel celles-ci sont exercées, la religion ou les convictions d'une personne constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée, en raison de l'éthique religieuse de l'organisation. Le champ d'application de cette exception est plus large que celui de l'exception au titre du premier paragraphe de l'article 4, étant donné que l'exigence professionnelle essentielle ne devra pas être *déterminante* bien qu'elle doive encore être légitime et justifiée. Cela laisse entrevoir une approche moins rigoureuse dans la décision visant à établir si l'emploi en question exige une caractéristique particulière plus large que ne le prévoit le premier paragraphe de l'article 4, qui met clairement l'accent sur la nature même de l'emploi en question.

Cette disposition vise à permettre à une organisation d'éthique religieuse d'exiger la bonne foi et la loyauté vis-à-vis de son éthique. S'agissant d'employeurs religieux, il devrait être possible d'avancer qu'un lieu de travail intègre une éthique religieuse particulière, car la totalité des membres du personnel partage une seule et même religion et que ses activités sont réalisées dans le respect de cette éthique religieuse. Un tel contexte pourrait inciter les

¹⁸⁷ Article 4 (premier paragraphe).

¹⁸⁸ Article 4 (paragraphe 2).

¹⁸⁹ Les États membres peuvent conserver des pratiques, ou prévoir une législation future intégrant les pratiques nationales existantes: voir paragraphe 2 de l'article 4.

employeurs à imposer des exigences religieuses à une très grande partie de son personnel, par exemple le personnel administratif, de cuisine ou d'entretien.

Le paragraphe 2 de l'article 4 a toutefois prévu certaines limites. Même si elles ne doivent pas être déterminantes, les exigences doivent néanmoins être essentielles et professionnelles, et donc liées à l'emploi en question. Imposer semblables exigences, par exemple au personnel d'entretien, ne sera vraisemblablement considéré comme proportionné que s'il peut être démontré que tout le personnel de cette catégorie œuvre en faveur des objectifs religieux de l'organisation. L'exception ne s'appliquera donc qu'aux organisations ayant une éthique religieuse, et toute discrimination devra essentiellement se faire en vue de préserver l'éthique religieuse de l'organisation. De surcroît, le paragraphe 2 de l'article 4 prévoit explicitement que cette disposition ne pourra être utilisée pour justifier une discrimination fondée sur un autre motif.

L'autorisation d'exceptions au principe de non-discrimination au profit d'organisations d'éthique religieuse permet une interprétation de la directive à la lumière des dispositions constitutionnelles des États membres, qui sont nombreux à octroyer une autonomie importante aux organisations religieuses, dans l'objectif de préserver leur liberté religieuse.

Transposition de l'article 4

La transposition de l'article 4 dans la législation des États membres manque d'uniformité. Même si certains pays l'ont transposé correctement, ils sont aussi plusieurs à avoir introduit des exceptions d'une portée supérieure à celle prévue par l'article 4. D'autres n'ont pas prévu les nombreuses exceptions qu'ils auraient pu intégrer. Même si les dispositions relatives aux exceptions sont facultative aux termes de la directive, certains groupes seront affectés négativement par l'absence d'exceptions ¹⁹⁰.

Les pays n'ayant pas transposé le paragraphe 2 de l'article 4 et son exception sont les suivants: la Belgique, la République tchèque, l'Estonie, la France, la Lituanie, le Portugal, la Slovaquie et la Suède. Toutefois, bien qu'ils n'aient pas explicitement transposé l'exception liée à l'éthique religieuse, certains possèdent des clauses de sauvegarde constitutionnelles ou autres garantissant la liberté de religion de groupes. Celles-ci peuvent assurer des exceptions susceptibles d'avoir un impact équivalent à celui du paragraphe 2 de l'article 4 sur les ministres du culte. Le Tribunal constitutionnel tchèque a ainsi estimé que les conflits du travail impliquant des ministres du culte n'étaient pas recevables devant les tribunaux civils, et que le droit du travail ne s'appliquait en aucune façon aux relations de travail impliquant des ministres du culte ¹⁹¹. En Estonie et en Lituanie également, l'emploi des prêtres n'est pas soumis au droit du travail ¹⁹².

Le fait que les litiges impliquant le clergé soient totalement exclus d'un pourvoi devant les tribunaux équivaut techniquement à une exception plus générale que celle prévue au paragraphe 2 de l'article 4 de la directive, puisque l'exigence de proportionnalité n'est pas applicable. Il serait pourtant difficile d'imaginer qu'il ne soit pas proportionné d'imposer une exigence en matière de religion à l'emploi d'un dirigeant religieux.

Lorsque le paragraphe 2 de l'article 4 n'a pas été transposé dans la législation nationale, les groupes religieux ne seront pas en mesure d'imposer des exigences religieuses ou de loyauté à d'autres membres de leur personnel. Dans certains pays, comme en Belgique, ce sont alors les exceptions au titre du paragraphe 1 de l'article 4 qui sont appliquées mais les exigences de proportionnalité et de nécessité sont plus strictes. On peut donc craindre qu'un certain degré de liberté religieuse soit refusé aux groupes religieux puisque ceux-ci ne sont pas en mesure d'imposer des exigences religieuses à leur personnel, sauf si celles-ci sont absolument essentielles à l'emploi.

¹⁹⁰ L'article 4, dans son deuxième paragraphe, limite son exception à la législation en vigueur à la date d'adoption de la directive, et la législation future pourra intégrer les pratiques nationales existantes à la date de son adoption.

¹⁹¹ Rapport national pour la République tchèque: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁹² Voir article 7 de la loi de 1992 sur les contrats d'emploi en Estonie. Rapports nationaux pour l'Estonie et la Lituanie: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

D'autres États membres ont transposé le paragraphe 2 de l'article 4 en allant plus loin que les dispositions de la directive. Les organisations dont l'éthique est fondée sur la religion y sont autorisées à une plus grande discrimination que ne le prévoit la directive. Ainsi, en Slovaquie, la loi d'antidiscrimination stipule que, dans le cas d'Églises et d'organisations dont les activités sont inspirées par la religion ou les convictions, les différences de traitement fondées sur l'âge, le sexe, la religion, les convictions et l'orientation sexuelle ne sont pas discriminatoires lorsqu'elles concernent un emploi auprès de telles organisations, ou l'exercice d'activités pour leur compte ¹⁹³. Une telle exception est plus large que celle prévue au paragraphe 2 de l'article 4 étant donné qu'elle autorise des groupes religieux à pratiquer une discrimination fondée, par exemple sur le sexe ou l'orientation sexuelle, et non pas uniquement sur la religion comme le prévoit la directive. En outre, l'exception n'est pas limitée aux exigences professionnelles essentielles mais semble donner aux organisations religieuses une exception totale les autorisant à se montrer discriminatoires dans leurs pratiques d'emploi, l'exception ne devant plus être en rapport avec les besoins d'un emploi particulier ¹⁹⁴.

En Irlande également, la section 37(1) de la loi sur l'égalité dans l'emploi de 1998-2004 a prévu une exception au principe de non-discrimination, en vue de préserver l'éthique religieuse d'une institution. Cette exception est plus large que celle prévue par la directive, car il n'est pas stipulé que la religion ou les convictions doivent être en rapport avec l'emploi en question. L'exception n'est pas davantage limitée à la discrimination fondée sur la religion ou les convictions de manière à ne pouvoir être utilisée pour justifier une discrimination sur un autre motif.

L'Italie illustre d'autres conséquences d'une transposition incomplète de la directive. Le décret transposant la directive correspond au paragraphe 2 de l'article 4, sauf que l'exception n'y est pas limitée aux organisations dont l'éthique est fondée sur la religion mais s'étend à «d'autres organisations publiques ou privées» sans spécifier que leur éthique doit être fondée sur la religion ou les convictions. Un tel décret pourrait autoriser des organisations publiques et privées dont l'éthique n'est pas fondée sur la religion ou les convictions à pratiquer une discrimination religieuse ¹⁹⁵.

Dans des pays comme l'Irlande et la Slovaquie, où l'exception a été envisagée d'une manière plus large que dans la directive, les droits d'autrui à l'égalité, en particulier ceux des homosexuel(le)s, ne sont pas protégés de manière appropriée. L'approche de la directive est préférable car il y est stipulé que toute exigence en rapport avec l'orientation sexuelle doit être essentielle et professionnellement déterminante et doit également avoir un caractère proportionné.

Aux Pays-Bas, le paragraphe 2 de l'article 4 est transposé mais la loi relative à l'égalité de traitement, dite loi AWGB (*Algemene Wet Gelijke Behandeling*) ne s'applique pas aux *affaires internes* des Églises ou d'autres communautés religieuses ou associations de nature spirituelle. Comme c'est le cas dans d'autres pays, l'objectif est de préserver le principe de la *liberté de culte* ainsi que la *séparation de l'État et de l'Église*. Une telle restriction va vraisemblablement dans le sens de la directive si la restriction aux affaires internes limite la discrimination à l'embauche de personnel religieux chargé de l'enseignement ou de la pratique religieuse.

Cette loi prévoit d'autres exceptions pour les Églises et autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions. La première prévoit que de telles organisations pourront pratiquer une discrimination, si nécessaire, eu égard à la finalité de l'organisation, aux fins de la bonne exécution des tâches du poste à pourvoir, pourvu que la discrimination n'aboutisse pas à une distinction fondée uniquement sur l'opinion politique, la race, le sexe, la nationalité, l'orientation hétérosexuelle ou homosexuelle ou l'état civil ¹⁹⁶. Cette exception transpose de

¹⁹³ Rapport national pour la Slovaquie: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁹⁴ En Slovaquie, le débat a porté sur la transposition partielle ainsi que sur l'introduction d'un accord avec le Saint-Siège permettant au personnel d'émettre une objection de conscience dans les services de soins de santé, notamment à l'avortement, à la fécondation in vitro ou assistée, à l'expérimentation et l'utilisation d'organes humains, d'embryons et de cellules humaines, à l'euthanasie, au clonage, à la stérilisation et à la contraception; dans l'éducation et la formation en matière d'éducation sexuelle, dans les services juridiques en matière de divorce. Ces propositions ont à présent été adoptées.

¹⁹⁵ Voir Rapport national pour l'Italie: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006], qui laisse entendre qu'il pourrait s'agir d'une erreur de rédaction.

¹⁹⁶ Article 5(2)a de la loi générale sur l'égalité de traitement.

manière appropriée le paragraphe 2 de l'article 4. La loi AWGB accorde une exception supplémentaire aux établissements d'enseignement privés, autorisant une discrimination, si nécessaire, aux fins de permettre à l'établissement de mettre réellement en œuvre ses principes fondateurs, bien que, ici encore, de telles exigences ne pourraient justifier une discrimination fondée uniquement sur les opinions politiques, la race, le sexe, la nationalité, l'orientation homosexuelle ou hétérosexuelle ou l'état civil ¹⁹⁷. Cette exception supplémentaire pourrait être trop vaste pour être en accord avec le paragraphe 2 de l'article 4 ¹⁹⁸. En effet, la seule exigence étant que la discrimination ne peut pas être «fondée uniquement» sur la race, le sexe, etc., cette disposition pourrait être trop vaste pour respecter la directive. Selon le texte néerlandais, la discrimination pratiquée par une organisation religieuse sera légale aussi longtemps qu'elle répond aux exigences de la section, et aussi longtemps que la discrimination ne porte pas sur les motifs énumérés. Le texte ne semble pas envisager que la discrimination puisse concerner, simultanément, plusieurs motifs. Ainsi, la discrimination à l'encontre d'une femme enceinte non mariée pourrait être une discrimination fondée sur le sexe, mais aussi sur la religion (si cette femme ne respecte pas le mode de vie préconisé par la religion). Il semble dès lors qu'il ne s'agira pas d'une discrimination fondée uniquement sur le sexe. Aux termes de la directive, un tel traitement ne sera pas légal, à moins que l'employeur parvienne à établir que la discrimination sexuelle s'apparente à une discrimination indirecte et qu'elle est justifiée.

La position de l'Allemagne ¹⁹⁹ semblerait également s'aligner sur la directive, selon l'interprétation qui en est faite. Sa formulation est ici aussi différente de celle de la directive. Le droit allemand a prévu des exceptions pour les communautés religieuses, l'objectif étant de refléter le principe de neutralité de l'État et l'autonomie de l'Église. Comme c'est le cas dans d'autres pays, le fonctionnement interne d'une Église n'est pas soumis aux règles du droit public. Toutefois, l'autonomie des Églises ne se limite pas à leur seul fonctionnement. Ce principe d'autonomie s'applique à toutes les institutions en rapport avec l'Église, à condition qu'il existe un lien étroit entre l'institution et la mission religieuse de l'Église, ce qui doit être établi par l'Église en question et non par l'État. S'agissant des Églises chrétiennes, il a été admis que les activités caritatives, comme la gestion d'hôpitaux, font partie intégrante de la mission religieuse du christianisme.

Afin de garantir cette autonomie, les dispositions légales ne s'appliquent pas aux communautés religieuses, et ce sans réserve. Ainsi, le tribunal constitutionnel fédéral a estimé que la loi sur l'organisation des entreprises ²⁰⁰, qui intègre une clause générale de non-discrimination, ne s'applique pas aux hôpitaux en tant qu'employeurs. En outre, lorsque le droit du travail s'applique effectivement aux Églises, ses dispositions devront être interprétées de façon à tenir dûment compte du statut spécial des Églises et sans préjudice de leur autonomie. En cas de non-respect des devoirs et des obligations de loyauté, le contrat d'emploi pourra donc être résilié. Ainsi, une docteure travaillant dans un hôpital religieux pourra être renvoyée si elle quitte l'Église en question ou si elle épouse un divorcé si le divorce est incompatible avec la morale de l'Église en question.

Ces dispositions peuvent se prêter à une interprétation dans le respect du paragraphe 2 de l'article 4 de la directive, même si cette interprétation peut dépendre de la liberté octroyée aux employeurs religieux pour déterminer si leurs activités peuvent être considérées comme faisant partie de la mission de l'Église. Selon la position allemande, l'activité de gestion d'un hôpital peut être considérée comme faisant partie de la mission de l'Église chrétienne. Il est plus difficile par contre de prévoir quelle sera la position des tribunaux allemands dans des affaires où le licenciement pour non-respect des exigences de loyauté à l'égard de la morale religieuse s'accompagne d'une discrimination fondée sur d'autres motifs, comme la discrimination sexuelle.

¹⁹⁷ Article 5(2)c de la loi générale sur l'égalité de traitement.

¹⁹⁸ Voir Rapport national pour les Pays-Bas: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

¹⁹⁹ Voir Rapport national pour l'Allemagne: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

²⁰⁰ La section 75 de la loi sur l'organisation des entreprises: (*Betriebsverfassungsgesetz*): les employeurs et les comités d'entreprise sont tenus de faire en sorte que tous les travailleurs soient traités dans le respect des principes du droit et de l'égalité, et en particulier qu'aucun d'entre eux ne fasse l'objet d'une discrimination en raison de sa parenté, de sa religion, de sa nationalité, de ses origines, de ses activités ou attitudes politiques ou syndicales, de son sexe ou de son identité sexuelle. Voir Rapport national pour l'Allemagne: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2006].

Au Royaume-Uni, une exception supplémentaire est fournie dans la réglementation relative à l'orientation sexuelle. Elle a pour but d'autoriser une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle lorsqu'elle est nécessaire pour le respect des doctrines de la religion ou pour éviter de heurter les convictions religieuses profondes d'un nombre important de fidèles. Cette exception a été créée de façon à respecter l'autonomie et la liberté religieuse des organisations religieuses. Elle ne concerne que les personnes employées pour servir une religion organisée ²⁰¹. La mention «pour servir une religion organisée» limite donc cette exception à l'emploi de dirigeants religieux et d'enseignants, comme les prêtres et les imams. Ne sont donc pas couverts les travailleurs employés par des organisations religieuses, comme les enseignants ou les infirmières travaillant pour des fondations religieuses ²⁰². L'approche allemande autorise à qualifier de religieuses un bien plus large éventail d'activités, ce qui laisse supposer qu'un plus large éventail d'emplois pourront être considérés comme exigeant une loyauté à l'éthique fondée sur la religion. Le paragraphe 2 de l'article 4 de la directive stipule que la religion est une exigence «essentielle et professionnelle». C'est l'interprétation, plus ou moins stricte, de cette exigence qui permettra de savoir si l'approche britannique va dans le sens de la directive.

Expérience européenne dans le domaine des exceptions professionnelles religieuses

Quelques affaires seulement ont déjà été jugées, et la jurisprudence découlant de l'article 4 de la directive n'est pas encore très développée. Mais les États membres, dans leur droit constitutionnel et leur droit sur le travail préexistants, ont l'expérience de concilier les droits des organisations dont l'éthique est fondée sur la religion et les droits à l'égalité du personnel.

Au Danemark, un jeune travailleur a été licencié de son poste d'agent de nettoyage auprès d'une organisation humanitaire chrétienne (Armée de la Croix chrétienne), et le tribunal a estimé, se fondant sur l'article 4 de la directive, que l'exigence selon laquelle l'ensemble du personnel devait être membre de l'Église luthérienne nationale n'était plus autorisée ²⁰³. Il n'y avait en effet aucune nécessité professionnelle essentielle que le travail de nettoyage soit assuré par une personne membre du même groupe religieux. Cette approche semble aller dans un sens contraire à celui suivi en Allemagne, où tout le travail effectué par une organisation religieuse peut être considéré comme faisant partie de la mission de l'Église.

L'Espagne a également établi une distinction entre le travail «idéologique» pour des organisations religieuses et les tâches «neutres». Les travailleurs des organisations confessionnelles ou idéologiques peuvent être supposés se conformer, dans une mesure minimale, à l'éthique de l'organisation ²⁰⁴ mais uniquement lorsque l'emploi est «idéologique» en ce sens qu'il implique la transmission de l'idéologie de l'institution. Les personnes effectuant un travail «neutre» ne sont donc pas tenues de respecter l'éthique de l'organisation. C'est sur cette base que le tribunal constitutionnel espagnol a annulé le licenciement d'une aide-soignante par un hôpital catholique privé car il s'agissait d'un emploi neutre par rapport à l'idéologie de l'organisation ²⁰⁵.

Plusieurs pays ont mis en place des règles spéciales qui s'appliquent aux écoles religieuses lorsque la liberté des groupes religieux à gérer des écoles conformément à leur éthique s'oppose aux droits à l'égalité du personnel et au droit des parents à éduquer leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses ²⁰⁶.

En Espagne, il existe des règles spéciales régissant les écoles. La loi organique 2/2006 du 3 mai relative à l'éducation stipule que les exigences professionnelles que doivent remplir les professeurs de religion doivent être

²⁰¹ Règlement 7(3) des règlements sur l'égalité en matière d'emploi (orientation sexuelle) de 2003.

²⁰² Affaire X (à la demande de Amicus — MSF et d'autres) contre ministre britannique du commerce et de l'industrie et d'autres [2004] IRLR 430.

²⁰³ L'affaire a été portée devant le tribunal avant la transposition de la directive, mais le tribunal a admis qu'au titre de la directive, une telle discrimination à l'encontre d'un technicien de surface n'aurait pas été autorisée. Voir Rapport national pour le Danemark: Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG) 2006].

²⁰⁴ Voir décision du tribunal constitutionnel du 27 mars 1985, 47/1985.

²⁰⁵ Voir décision du tribunal constitutionnel du 12 juin 1996, 106/1996.

²⁰⁶ Article 2, protocole 1 de la CEDH.

similaires à celles exigées des personnes qui enseignent d'autres matières. Les enseignants doivent être recrutés sur la base des critères objectifs que sont l'égalité, le mérite et les capacités, et les exigences par rapport au mode de vie ne peuvent donc pas être prises en compte. Le droit du travail prévoit en outre que la vie privée d'un travailleur ne peut être invoquée comme motif de licenciement.

En Grèce, les enseignants qui ne sont pas de confession orthodoxe ne peuvent être nommés dans des jardins d'enfants ou des écoles primaires publiques, sauf s'il y a plusieurs postes de professeur de religion et qu'un autre enseignant partage alors la même religion que la majorité des enfants ²⁰⁷. Les enseignants non orthodoxes ne peuvent donner des cours de religion qu'aux élèves de leur religion ²⁰⁸. Enfin, lorsque l'école n'a qu'un seul professeur de religion, les enseignants non orthodoxes ne pourront être nommés que s'ils partagent la religion des enfants de l'école ²⁰⁹.

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, les Pays-Bas prévoient une exception relativement large au principe de non-discrimination pour les établissements d'enseignement privés. La discrimination est ainsi autorisée lorsqu'elle est nécessaire à la protection de l'éthique religieuse d'une organisation ²¹⁰. En Irlande, une exception aux règles de non-discrimination est prévue pour les instituts de formation. Elle vise à assurer la disponibilité d'enseignants de façon à préserver l'éthique religieuse dans les écoles primaires ²¹¹.

En Allemagne, l'organisation de l'enseignement sera considérée comme faisant partie de la mission de l'Église. Le droit du travail devra donc être interprété de façon à ne pas porter atteinte à l'autonomie de l'Église. Si des membres du personnel ne respectent pas l'obligation de loyauté envers l'éthique d'une école religieuse, le licenciement pourrait ainsi être autorisé.

Déterminer le caractère proportionné des exigences professionnelles

Dans de nombreux cas, le fait qu'une exigence professionnelle essentielle puisse être imposée par un employeur sera fonction du caractère nécessaire et proportionné de cette exigence. La question sera particulièrement complexe en cas de conflit entre les droits contradictoires. Cela pourra être le cas lorsque des groupes religieux ne tolèrent pas l'homosexualité ou ne reconnaissent pas l'égalité des femmes.

Il semble y avoir un consensus, parmi les États membres, sur la nécessité de respecter la liberté religieuse des Églises et des groupes religieux en les autorisant à choisir eux-mêmes les professeurs de religion et les personnes qui dirigeront les rites religieux ou y participeront. Des exigences discriminatoires, comme par exemple être de sexe masculin pour les dirigeants religieux seront, dès lors, probablement des exigences professionnelles essentielles, pour autant qu'elles soient nécessaires au maintien de la liberté de religion.

Toutefois, la proportionnalité n'apparaît pas toujours directement. Prenons l'exemple purement théorique d'un cabinet médical d'éthique musulmane qui exigerait du personnel le partage de cette croyance. Le caractère légal ou non de cette exigence dépendra tout d'abord du fait que l'exigence d'appartenance à l'islam puisse être considérée comme une exigence professionnelle essentielle en raison de l'éthique de l'employeur. Le fait que l'appartenance à l'islam ne soit pas directement en rapport avec la mission d'un médecin n'importe pas, étant donné qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 4, l'exigence professionnelle ne doit pas être *déterminante*. Dès lors, la création d'un lieu de travail homogène pourra être considérée comme acceptable, même si le travail n'est pas de nature religieuse.

²⁰⁷ Article 16 de la loi 1771/1988.

²⁰⁸ Article 2 de la loi 1771/1988.

²⁰⁹ Article 3 de la loi 1771/1988.

²¹⁰ L'article 5(2)c de la loi AWGB (Algemene Wet Gelijke Behandeling) relative à l'égalité de traitement. De telles exigences ne peuvent pas aboutir à une discrimination fondée uniquement sur l'opinion politique, la race, le sexe, la nationalité, l'orientation sexuelle ou l'état civil.

²¹¹ Employment Equality Act (loi sur l'égalité dans l'emploi) 1998-2004, section 12(4).

L'exigence de religion pourrait indirectement être discriminatoire à l'égard des personnes homosexuelles, étant donné que la loyauté aux principes de l'islam sera incompatible avec la pratique homosexuelle ²¹². L'exigence d'être un musulman strict ²¹³ défavoriserait les homosexuel(le)s. L'exception créée par l'article 4(2) ne devrait pas être utilisée pour justifier la discrimination fondée sur un autre motif. Cela pourrait laisser supposer que les exigences religieuses qui, en soi, sont discriminatoires, ne seront acceptées que lorsqu'elles respectent les exigences du paragraphe 1 de l'article 4, en ce sens qu'elles constituent des caractéristiques déterminantes de l'emploi. Par conséquent, l'exigence d'être musulman ou catholique, ou encore membre de toute dénomination religieuse qui n'accepte pas l'homosexualité, et qui peut dès lors aller de pair avec une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, ne sera légale que si l'appartenance à une religion particulière est une caractéristique spécifique de l'emploi. En effet, l'emploi devra être religieux de nature. Rien ne permet de déterminer clairement si une caractéristique précise de nombreux emplois est l'appartenance à une religion particulière. S'il est clair qu'un professeur de religion ou un ecclésiastique doit partager la religion de ses élèves ou des autres membres de l'Église, peut-on également affirmer que le poste d'un professeur de mathématiques dans une école religieuse ou d'agent de nettoyage dans une Église ou encore d'un médecin dans un hôpital religieux est défini par la religion?

À ce jour, il est clair qu'il n'existe encore aucune unanimité sur ce point parmi les États membres. Au Royaume-Uni et au Danemark, un tel travail ne sera pas considéré comme étant de nature religieuse. Mais en Allemagne, le travail d'enseignant dans une école confessionnelle ou un travail médical dans un hôpital religieux sera considéré comme faisant partie de la mission de l'Église.

Lorsque l'imposition d'une exigence d'appartenance à une croyance déterminée défavorise, de manière indirecte, un demandeur d'emploi homosexuel, et que l'exigence ne peut faire l'objet de l'exception prévue à l'article 4, il appartient à l'employeur d'avancer que la discrimination indirecte peut être justifiée comme moyen proportionné de réaliser un objectif légitime. L'intégration, dans la directive, d'une exception spéciale pour les organisations dont l'éthique est fondée sur la religion indique que le respect d'une éthique religieuse est un objectif qu'un employeur peut légitimement poursuivre. Toutefois, il demeure difficile de démontrer que la discrimination indirecte pour d'autres motifs est nécessaire et proportionnée, étant donné que la directive vise essentiellement à mettre fin à toute forme de discrimination.

Les exigences professionnelles essentielles prévues par l'article 4(2) de la directive ont pour conséquence que les employeurs religieux sont en mesure de créer des lieux de travail homogènes d'un point de vue religieux, même s'il ne s'agit pas d'un travail de nature religieuse. Toutefois, s'il en résulte une discrimination fondée sur d'autres motifs, comme le sexe ou l'orientation sexuelle, une telle pratique sera contraire aux principes de la directive puisqu'il y aurait alors une discrimination indirecte fondée sur un autre motif. Une exception pourrait être autorisée lorsque le travail est en soi de nature religieuse. Dans ce cas, l'exigence religieuse, qui est indirectement discriminatoire (pour d'autres motifs), pourra être justifiée comme étant proportionnée, en raison de la nécessité de préserver la liberté de religion.

²¹² Il en va de même pour le christianisme. Notons que la question de la compatibilité entre l'homosexualité et l'appartenance à l'islam ou au christianisme est controversée. De nombreux homosexuel(le)s se diront musulmans ou chrétiens, même si cette orientation n'est pas toujours acceptée par d'autres personnes affirmant partager cette identité religieuse. La question de l'appartenance d'une personne à une religion particulière n'est pas du ressort des tribunaux. Mais dans le contexte de la relation d'emploi, c'est l'employeur qui détermine si une personne respecte l'exigence d'appartenir à une religion particulière. Voir la discussion sur la détermination de la religion ou des convictions d'une personne au chapitre IV ci-dessus.

²¹³ Le terme « musulman strict » est également controversé. Il est utilisé ici pour désigner un musulman qui estime que l'homosexualité est incompatible avec l'islam.

Chapitre IX

Conclusion

L'introduction d'une protection contre la discrimination religieuse a fait apparaître de nombreuses difficultés, qui sont autant de défis pour les personnes chargées de mettre en œuvre et d'interpréter les dispositions de la directive en rapport avec la religion et les convictions.

Nous nous heurtons à une première difficulté: la définition. Les termes «religion» et «convictions» n'ont pas été définis, et au moment de transposer la directive, les États membres ont opté pour des approches et des définitions différentes. Certains ont inclus des notes explicatives. D'autres ont exclu les religions ou les convictions qui ne respectent pas le principe d'égalité. Certains ont couvert de manière explicite les convictions politiques, alors que d'autres les ont exclues. Si l'objectif de la directive est d'harmoniser davantage le traitement de cette forme de discrimination entre les États membres, l'absence de définition de termes clés pourrait faire obstacle à sa réalisation.

Une deuxième difficulté majeure est liée à la totale incompatibilité entre certains droits (conflit de droit). Quelques droits ne peuvent être parfaitement conciliés: ainsi préserver la liberté de religion d'une personne se fera au détriment des droits d'une autre personne, comme le droit à la vie privée, le droit à la non-religion, le droit, pour les parents, d'éduquer leurs enfants selon leur propre religion ou le droit à l'égalité et à la dignité, que l'on soit homme ou femme et quelle que soit l'orientation sexuelle. À certains égards, ces conflits peuvent être résolus grâce à la nature non absolue de ces différents droits. Le fait que la discrimination indirecte puisse être justifiée, et que, lorsqu'elles sont proportionnées, des exigences professionnelles essentielles puissent être imposées, laisse aux tribunaux une certaine marge de manœuvre leur permettant de décider comment concilier ces droits contradictoires.

Une troisième difficulté tient au fait que les groupes religieux jouissent aussi du droit à l'autonomie religieuse, droit qui ne serait pas respecté s'ils n'étaient pas autorisés à engager des membres de leur religion. Ici aussi, il convient de trouver un équilibre entre les droits des travailleurs à l'égalité, et les droits des groupes religieux à la liberté et à l'autonomie religieuse.

Il s'avère ainsi difficile de trouver le point d'équilibre, si ce n'est en tenant compte du contexte et des faits. Dans le cadre de la directive, le concept de proportionnalité est utilisé pour tenir compte du large éventail de droits conflictuels identifiés ci-dessus. Déterminer quelle pourrait être une réponse proportionnée dans une affaire précise reste un défi de taille, et à ce jour, il n'existe en la matière aucun consensus à l'échelon européen. Il se peut que le rôle de la directive et de ceux et celles qui ont à l'interpréter ne soit pas tant de déterminer où se situe exactement le point d'équilibre mais de veiller à traiter des bonnes questions dans l'équation de proportionnalité.

Bibliographie

Publications universitaires et spécialisées

Bell, «A Patchwork of Protection: The New Anti-Discrimination Law Framework», 67 *Modern Law Review* (2004), 465.
Bell et Waddington, «Reflecting on inequalities in European equality law», 28 *European Law Review* (2003) 349.

Clements, «Defining «Religion» in the First Amendment: A functional approach» (1989) 74 *Cornell L. R.* 352.

CODICES Data Base, http://www.venice.coe.int/site/main/CODICES_E.asp

Cormack et Bell, *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 États membres de l'Europe*, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), 2005 publié par la Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances 2005].

De Schutter, *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme* [Human european consultancy et Migration Policy Group (MPG), 2005, publié par la Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances].

Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985).

Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth Press, 1977).

Evans, C. *Freedom of Religion under the ECHR* (OUP, Oxford, 2001).

Feofanov, «Definition Religion: An Immodest Proposal» (1994) 23 *Hofstra L. R.* 309.

Fredman, «Un double problème: la discrimination multiple et la législation de l'Union européenne», *Revue de la législation européenne relative à l'antidiscrimination*, numéro 2, 2005.

Freeman, «The Misguided Search for the Constitutional Definition of Religion» (1983) 71 *Georgetown L.J.* 1519-1565.

Greenawalt, «Religion as a Concept in Constitutional Law» (1984) 72 *California L. R.* 753-816.

Macklem, «Reason and Religion» in P. Oliver et al. (eds) *Faith in Law: Essays in Legal Theory*, (Hart, Oxford, 2000) à la page 79.

Mahlmann, *Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court's Decision in the Headscarf Case*, *German Law Journal* volume 4 n° 11.

McGoldrick D., *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe* (Hart, Oxford, 2006).

Nussbaum, «A plea for difficulty» in Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women* (ed. Cohen, Howard, Nussbaum, Princeton University Press, Princeton, 1999).

Observation générale n° 22 (48) sur l'article 18 de la déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du Comité des droits de l'homme des Nations unies, al. 2, reprise dans (1994) 15 *Human Rights L. J.* 233.

Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?* (ed. Cohen, Howard and Nussbaum) (Princeton University Press, New Jersey, 1999).

Opinion sur Chypre de la Commission consultative sur la convention-cadre de protection des minorités nationales 2001.

Parekh, *Rethinking Multiculturalism*, (Palgrave, Hampshire, 2000).

Rapports nationaux: Réseau européen d'experts juridiques spécialisés dans la lutte contre les discriminations [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), publié par la Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2006].

Rawls, *A Theory Of Justice* (Oxford, OUP, 1999, revised edition).

Sadurski, «On Legal Definitions of Religion» (1989) 63 Australia L.J. 834.

Schiek, Just a Piece of Cloth? German Courts and Employees with Headscarves (2004) 33 Industrial L.J. 68.

Tillich «Dynamics of Faith» (Harper & Row New York, 1958).

Tobler, Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination [Human european consultancy, Migration Policy Group (MPG), publié par la Commission européenne, direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2005].

Toward a Constitutional Definition of Religion (1978) 91 Harv. L. R. 1056.

Waddington and Bell, «More Equal Than Others: Distinguishing European Equality Directives», 38 *Common Market Law Review* (2001), 587.

Waddington and Hendriks, «The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination» [2002] *IJCLLR* p.403.

Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (Oxford: Basil Blackwell, 1953).

Affaires

Allemagne

L'affaire des crucifix dans les classes allemandes, BVerfGE 93, 1, 1 BvR 1087/91.

Tribunal constitutionnel fédéral 2 BvR 1436/02.

Tribunal constitutionnel fédéral BVerfGE 83, 341 (353).

Tribunal constitutionnel fédéral BVerwGE90, 112 (115).

Tribunal fédéral du travail, 10 octobre 2002, 2 AZR 472/01.

Australie

The Church of the New Faith contre The Commission of Pay-roll Tax (Victoria) [1982-3] 154 C. L. R. 120.

Belgique

Jugement du 14 juin 2005 rendu par la Cour d'Appel d'Anvers (Hof van Beroep te Antwerpen, AR/2004/2811).

CEDH

Ahmad contre RU (1981) 4 EHRR 126.

Angelini contre Suède (1988) 10 EHRR 123 (ECHR).

Arrowsmith contre Royaume-Uni (1978) 19 D & R 5.

Campbell and Cosans contre Royaume-Uni (1982) 4 EHRR 293.

Chappel contre Royaume-Uni (1988) 10 EHRR 510 (ECHR).

Dahlab contre Suisse Applic. No.42393/98 décision du février 2001.

Église métropolitaine de Bessarabie contre République de Moldavie, demande n° 45701/99, 13 Décembre 2001.

H contre Royaume-Uni (1993) 16 EHRR CD 44.

Hasan and Chaush contre Bulgarie (2002) 34 EHRR 55.

ISKCON contre Royaume-Uni (1994) 76A D & R 90.

Kokkinakis contre Grèce [1993] 17 EHRR 397.

Kosteski contre «l'ancienne République yougoslave de Macédoine» [2006] ECHR 403.

Pendragon contre Royaume-Uni (1998) EHRR CD 179.

Sahin contre Turquie, Demande n° 44774/98 jugement du 10 novembre 2005.

Serif contre Grèce (2001) 31 EHRR 20

Stedman contre Royaume-Uni (1997) 23 EHRR CD 168.

Swami Omkaramamda et the Divine light Zentrum contre Suisse (1981) 25 D & R 105 (Eur. Comm. HR).

Thlimmenos contre Grèce (2001) 31 EHRR 15.

X et l'Eglise de la scientologie contre Suède (1976) 16 D & R 68.

X, Y et Z contre Royaume-Uni (1982) 31 D & R 50.

CJCE

C-170/84 Bilka-Kaufhaus contre Weber von Hartz [1986] ECR I- 1607.

C-13/05 Chacón Navas contre Eurest Colectividades SA (2006)

C-177/88 Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR I-3941.

Danemark

Décision de la Cour suprême du 21 janvier 2005, 22/2004

Espagne

Décision du Tribunal constitutionnel du 15 février 1985, 19/1985.

Décision du Tribunal constitutionnel du 27 mars 1985, 47/1985.

Décision du Tribunal constitutionnel du 12 juin 1996, 106/1996.

États-Unis

Ansonia Board of Education contre Philbrook 479 U.S. 60 (1986).

EEOC contre Alamo Rent-A-Car May 26, 2006.

États-Unis contre Seeger 380 US 163, (1965).

Opuku-Boateng v. California, 95 F.3d 1461, 1473-74 (9th Cir. 1996).

Trans World Airlines, Inc. v. Hardison 432 U.S. 63, (1977).

Turpen contre Mo.-Kan.-Tex. R.R. Co., 736 F.2d 1022, 1027.

France

Instruction administrative du 18 mai 2004, circulaire n° 2004-084 du 18 mai 2004.

Irlande

Flynn contre the Sisters of the Holy Faith [1985] I.L.R.M. 336.

Quinn's Supermarket contre Attorney General [1972] IR 1.

Pays-Bas

Opinion de la Commission pour l'égalité de traitement 2005/162.

Opinion de la Commission pour l'égalité de traitement 2005/22.

Opinion de la Commission pour l'égalité de traitement 2005/67.

Opinions de la Commission pour l'égalité de traitement 2004/148, 2004/129.

République tchèque

Tribunal constitutionnel N° III.ÚS 136/2000.

Royaume-Uni

J. H. Walker contre Hussain [1996] IRLR 11.

Mandla contre Lee [1983] 2 A. C. 548.

O'Neill contre Governors of St Thomas More RCVA Upper School [1996] IRLR 372.

R. (on the application of Amicus — MSF and others) contre Secretary of State for Trade and Industry and others [2004] IRLR 430.

R. (on the application of Begum (Shabina)) contre Denbigh High School Governors [2006] UKHL 15.

Seide contre Gillette [1980] IRLR 427.

Serco Ltd. contre Redfearn [2006] EWCA Civ 659.

Législation

Belgique

Loi du 2 juin 1998 portant création d'un Centre d'information et d'avis sur les organisations sectaires.

CE

Directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail 2000/78/CE.

Directive sur l'égalité raciale 2000/43/CE.

Danemark

Loi relative à l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de travail.

Espagne

Statut des travailleurs.

Loi organique 2/2006, sur l'éducation, du 3 mai.

Loi 24/1992 du 10 novembre portant adoption de l'accord de coopération entre l'État et la Fédération des entités religieuses évangéliques d'Espagne.

Loi 25/1992 du 10 novembre portant adoption de l'accord de coopération entre l'État et les communautés juives d'Espagne.

Loi 26/1992 du 10 novembre portant adoption de l'accord de coopération entre l'État et la Commission islamique d'Espagne.

Estonie

Loi sur les contrats d'emploi de 1992.

États-Unis

Civil Rights Act (loi sur les droits civils), 42 U.S.C. A. § 2000e j.

France

Conseil d'État du 3 mai 2000 n° 217017.

Conseil d'État du 15 octobre 2003 n°244428.

Grèce

Loi 1771/1988.

Irlande

Loi sur l'égalité dans l'emploi 1998-2004.

Loi sur l'égalité des statuts 2000-2004.

Pays-Bas

Loi relative à l'égalité de traitement.

République tchèque

Projet de loi sur la non-discrimination.

Royaume-Uni

Règlementation de 2003 relatif à l'égalité en matière d'emploi (religion ou convictions).

Règlementation de 2003 relatif à l'égalité en matière d'emploi (orientation sexuelle).

Loi sur la discrimination sexuelle de 1975.

Commission européenne

**Religion et convictions: discrimination dans l'emploi —
Le droit de l'Union européenne**

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

2007 — 71 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 92-79-03115-5

Comment vous procurer les publications de l'Union européenne?

Vous trouverez les publications de l'Office des publications disponibles à la vente sur le site de l'EU Bookshop <http://bookshop.europa.eu/>, où vous pourrez passer commande auprès du bureau de vente de votre choix.

Vous pouvez également demander la liste des points de vente de notre réseau mondial par télécopie au (352) 29 29-42758.