



A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux



Commission européenne

La présente publication bénéficie du soutien du programme communautaire pour l'emploi et la solidarité sociale (Progress) (2007-2013). Ce programme est géré par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne. Il a été établi pour appuyer financièrement la poursuite des objectifs de l'Union européenne dans les domaines de l'emploi et des affaires sociales, tels qu'ils sont énoncés dans l'agenda social, et contribuer ainsi à la réalisation des objectifs de la stratégie de Lisbonne dans ces domaines.

Le programme, qui s'étale sur sept ans, s'adresse à toutes les parties prenantes susceptibles de contribuer à façonner l'évolution d'une législation et de politiques sociales et de l'emploi appropriées et efficaces dans l'ensemble de l'EU-27, des pays de l'AELE-EEE ainsi que des pays candidats et précandidats à l'adhésion à l'Union européenne (UE).

Progress a pour mission de renforcer la contribution de l'UE et d'aider ainsi les États membres à respecter leurs engagements et à mener à bien leur action en vue de créer des emplois plus nombreux et de meilleure qualité et de bâtir une société plus solidaire. Dès lors, il contribuera:

- à fournir une analyse et des conseils dans les domaines d'activité qui lui sont propres;
- à assurer le suivi et à faire rapport sur l'application de la législation et des politiques de l'UE dans ces mêmes domaines;
- à promouvoir le transfert de politiques, l'échange de connaissances et le soutien entre les États membres concernant les objectifs et priorités de l'Union, et
- à relayer les avis des parties prenantes et de la société au sens large.

Pour de plus amples informations, veuillez consulter:
<http://ec.europa.eu/progress>

A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux

Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination

Emmanuelle Bribosia¹ et Isabelle Rorive²

Commission européenne

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

Unité G.2

Manuscrit terminé en février 2010

¹ Professeure de droit à l'Université Libre de Bruxelles (ULB), directrice de la section juridique de l'Institut d'Etudes européennes de l'ULB, membre du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination.

² Professeure à la Faculté de droit de l'ULB, rattachée au Centre Perelman de philosophie du droit de l'ULB, membre du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination.

Ce rapport a été financé par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne pour ses besoins propres. Il ne représente pas nécessairement la position officielle de la Commission.

Le texte du présent rapport a été rédigé par Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive au nom du **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) géré par:

Human European Consultancy

Maliestraat 7
3581 SH Utrecht
Netherlands
Tel +31 30 634 14 22
Fax +31 30 635 21 39
office@humanconsultancy.com
www.humanconsultancy.com

The Migration Policy Group

Rue Belliard 205, Box 1
1040 Brussels
Belgium
Tel +32 2 230 5930
Fax +32 2 280 0925
info@migpolgroup.com
www.migpolgroup.com

Pour plus d'informations sur les publications du réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, consultez: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=615&langId=fr&moreDocuments=yes>

© Photographies et conception: Ruben Timman/www.nowords.nl

Pour les photos non protégées par les droits d'auteur de l'Union européenne, il convient de demander directement l'autorisation aux détenteurs desdits droits d'auteur pour toute utilisation ou reproduction.

***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 catalographique ainsi qu'un résumé figurent à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2010

ISBN 978-92-79-15827-8

doi: 10.2767/34671

© Union européenne, 2010

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

Printed in Luxembourg

Imprimé sur papier blanchi sans chlore élémentaire (ECF)

Table des matières

Résumé	5
Introduction	11
I Une approche générale des conflits entre principe de non-discrimination et droits fondamentaux concurrents	13
1 Une inflation des conflits entre droits fondamentaux	14
2 A la recherche d'une typologie	15
3 A la recherche d'une méthodologie	19
3.1 La question des vrais et des faux conflits	19
3.2 L'argument hiérarchique	20
3.3 De quelques balises propres à encadrer le raisonnement juridique	23
II Cas particuliers de conflits entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux	27
1 Le droit au respect de la vie privée et le principe d'égalité de traitement	28
1.1 La vie privée comme préservation d'une « sphère d'intimité autour de soi » et « vie privée sociale »	29
1.2 La vie privée comme droit à la protection des données à caractère personnel	33
1.2.1 Protection des données à caractère personnel, recours aux statistiques et actions positives	34
1.2.2 Protection des données à caractère personnel, personnes souffrant d'un handicap et aménagements raisonnables	36
1.3 La vie privée comme droit à l'autonomie personnelle	37
1.3.1 Droit à l'autonomie personnelle et statistiques ethniques	39
1.3.2 Droit à l'autonomie personnelle et vie privée entendue comme vie extra-professionnelle	41
2 Exceptions à l'interdiction de discrimination directe et conflits de droits	42
2.1 Exigences professionnelles essentielles et déterminantes	43
2.2 Exception spécifique pour les églises et organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions	48
2.2.1 Bénéficiaires de l'exception	50
2.2.2 Contours de l'exception	51
2.2.3 Limites de l'exception	53
2.2.3.1 Respect des droits et libertés fondamentaux	55
2.2.3.2 Interdiction de discriminer sur la base d'un autre motif	56
3 L'objection de conscience et le principe d'égalité de traitement	57
3.1 Notion d'objection de conscience	57
3.2 Objection de conscience versus principe de non-discrimination	59
3.3 Objection de conscience et aménagement raisonnable	65
3.4 Lien avec la discrimination indirecte	67
Conclusion	71
Jurisprudence	73
Législation et textes officiels	80
Bibliographie	84

Erwin | 1963

Résumé

Ce rapport identifie les conflits saillants entre certains droits fondamentaux et le droit à l'égalité et à la non-discrimination tel que garanti par les prescrits des directives sur l'égalité raciale (directive 2000/43/CE) et sur l'égalité de traitement dans l'emploi (directive 2000/78/CE). Ils concernent au premier chef le droit au respect de la vie privée, la liberté d'association et la liberté de religion. Les différentes hypothèses de conflits sont abordées avec, pour toile de fond principale, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que, de manière non exhaustive, le droit et la pratiques des Etats membres. En la matière, une meilleure connaissance des approches présentes au sein de l'Union est de nature à guider les autorités nationales, tout en permettant d'échanger de bonnes pratiques. L'exercice est parfois à ce point délicat qu'il mériterait, de la part des autorités de l'Union, le développement de lignes directrices et d'une méthodologie cohérente, lesquelles contribueraient de surcroît à l'application uniforme du droit européen.

Dans son **chapitre I**, le rapport rappelle brièvement que les droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, CEDH) ou d'autres instruments de droit international ratifiés par les Etats membres de l'Union européenne ainsi que ceux tirés des traditions constitutionnelles communes à ces Etats font partie des principes généraux du droit dont la Cour de justice de l'Union européenne assure le respect. La Charte des droits fondamentaux, devenue contraignante avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, vient encore renforcer l'arsenal de garantie des droits de l'homme au sein de l'Union européenne. Partant, les Etats membres de l'Union doivent transposer l'ensemble des directives européennes de lutte contre la discrimination sans porter atteinte aux autres droits fondamentaux contenus dans ces divers instruments. De manière générale, la Cour de justice de l'Union européenne considère que les Etats membres sont tenus de mettre en œuvre les directives qui s'imposent à eux dans le respect des droits fondamentaux et qu'il leur appartient d'accommoder au mieux les tensions entre droits fondamentaux concurrents.

Les tensions qui peuvent surgir entre le droit à l'égalité et d'autres droits ou libertés fondamentaux constituent une des hypothèses de conflits entre droits fondamentaux. Cette question est aujourd'hui cruciale en pratique, comme l'atteste la multiplication des réflexions doctrinales sur le sujet ces dernières années. Afin de donner certaines clés d'analyse au décideur national (législateur ou juge) chargé d'arbitrer un conflit entre le principe de non-discrimination et les droits fondamentaux, le rapport traite, dans son **chapitre II**, de questions théoriques d'ordre général: (1) existe-t-il une typologie utile ou adéquate permettant d'appréhender les conflits entre droits fondamentaux ?; (2) les conflits entre le principe de non-discrimination et les droits fondamentaux sont-ils d'une nature différente des conflits entre les autres droits fondamentaux ?; (3) dans ce débat, où se situent les conflits entre motifs de discrimination, à l'intérieur même du principe d'égalité, ainsi que les tensions qui peuvent tirailler les différentes facettes du droit à l'égalité ?; (4) quelles sont les méthodes qui permettent de résoudre ces conflits et ces méthodes varient-elles en fonction de l'autorité (législateur ou juge) concernée ?

Sur la question de la typologie, la nomenclature des conflits entre droits fondamentaux, proposée récemment par Lorenzo Zucca, paraît particulièrement porteuse et didactique. La thèse de Zucca s'appuie sur deux constats : d'une part, en matière de droits fondamentaux, les conflits soit opposent deux droits ou libertés (conflit *inter-droits*), soit traduisent des tensions à l'intérieur d'un même droit ou liberté (conflit *intra-droit*) ; d'autre part, ces conflits opèrent soit de manière *externe* (des prétentions tirées de la protection des droits fondamentaux opposent deux individus), soit de manière *interne* (des prétentions tirées de la protection des droits fondamentaux s'affrontent dans le chef d'un seul individu).

Transposée aux conflits entre droits fondamentaux impliquant le principe de non-discrimination, la typologie de Zucca fait clairement apparaître que ces conflits dépassent de loin l'hypothèse classique d'un affrontement entre le droit à l'égalité et un autre droit fondamental mobilisés par deux titulaires différents. Elle permet également d'apercevoir que les enjeux sont très différents quand il s'agit de résoudre un conflit interne ou un conflit externe. Dans le premier cas, en effet, le bénéficiaire du principe de non-discrimination devra renoncer, en partie, à un autre droit fondamental pour obtenir un avantage. À partir du moment où cette renonciation est faite en connaissance de cause et moyennant certaines garanties, le conflit peut se résoudre de façon relativement heureuse. Par contre, dans le second cas, le dilemme consiste à ne pouvoir dépasser le conflit qu'en sacrifiant, en tout ou en partie, un droit au profit de l'autre et à faire triompher le droit fondamental d'une personne au détriment de celui d'une autre.

Certains conflits peuvent indifféremment être déclinés comme des conflits inter-droits ou intra-droits sans se différencier fondamentalement. Ainsi, un litige où le droit à l'égalité se heurterait à la liberté religieuse peut parfois être traduit comme un conflit se manifestant à l'intérieur même du droit à l'égalité et impliquant le principe de non discrimination fondé sur la religion ou les convictions. Présenté et argumenté comme un conflit intra-droit opposant deux aspects du droit à l'égalité, il met en exergue les tensions qui peuvent exister entre certains motifs de discrimination et principalement les convictions religieuses, d'une part, et le genre ou l'orientation sexuelle, de l'autre. Le modèle du conflit externe intra-droit dévoile également des tensions inhérentes aux différentes conceptions de l'égalité elle-même, c'est-à-dire entre égalité formelle et égalité substantielle. Comme l'illustre le développement de programmes d'actions positives, des ingérences dans le principe de l'égalité formelle sont aujourd'hui jugées nécessaires à la réalisation de l'égalité substantielle, plus centrée sur les groupes que sur les individus. Il importe cependant de se garder de traduire l'ensemble des obstacles que rencontre la mise en œuvre du principe d'égalité substantielle en termes de conflits de droits.

Outre la présentation d'une typologie apte à rendre compte des conflits entre le principe de non-discrimination et d'autres droits fondamentaux, le rapport s'attelle également à rechercher des balises méthodologiques de nature à guider le raisonnement juridique à l'occasion de leur résolution. À cet effet, sont notamment présentés la notion de « concordance pratique » tirée du droit constitutionnel allemand, la figure de l'abus de droit, la distinction entre la substance et la périphérie des droits fondamentaux, l'incidence des droits des tiers ainsi que l'importance de la qualité de la voie procédurale mise en œuvre. Ces balises méthodologiques sont développées non sans avoir débattu, en amont, de l'éventuel caractère premier du droit à l'égalité sur les autres droits de l'homme. Le rapport conclut à l'inopérabilité de l'argument hiérarchique dans l'hypothèse d'un conflit inter-droits. Au nom du principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'homme, l'inexistence d'une hiérarchisation *a priori* d'un droit sur l'autre est généralement admise, sauf quand le droit international pose des critères de priorité. S'il est indéniable que le législateur de l'Union européenne, en mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement dans différentes directives, a pu considérer que celui-ci était susceptible de restreindre, dans certaines limites, l'exercice d'autres droits fondamentaux, l'on ne peut soutenir que ce législateur ait entendu affirmer le caractère premier du principe de non-discrimination. En effet, dans la mesure où le législateur de l'Union n'est pas compétent pour développer l'ensemble des droits fondamentaux, ce type de choix ne lui revient pas.

L'argument hiérarchique peut également se poser dans l'hypothèse d'un conflit intra-droit. Au sein du droit à l'égalité, le conflit opposera ici différents motifs de discrimination : classiquement, une discrimination fondée sur des convictions religieuses, d'une part, à une différence de traitement fondée sur le genre ou l'orientation sexuelle, d'autre part. À cet égard, le rapport montre que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux critères de distinction suspects est très largement impuissante à régler la question. Le législateur de l'Union européenne a, quant à lui, donné

certaines clés de résolution de conflits entre différents motifs de discrimination. Ainsi, l'article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE dispose expressément que l'exception à l'interdiction de discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions que les Etats peuvent réserver au profit des activités professionnelles menées par les Eglises et les organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions ne peut conduire à la violation du principe de l'égalité de traitement fondée sur un autre motif (comme le genre ou l'orientation sexuelle).

Il apparaît que c'est en relation avec ce type de conflit – au sein même de l'exigence d'égalité – que la responsabilité de l'Union européenne est la plus importante puisqu'elle s'est vue attribuer des compétences en matière de lutte contre les discriminations fondées sur le genre dès le traité de Rome, qui ont été élargies, avec le traité d'Amsterdam, à la race, l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'orientation sexuelle, le handicap et l'âge. Si la question d'une éventuelle hiérarchie entre motifs (par exemple entre les discriminations fondées sur la religion et celles fondées sur le genre ou l'orientation sexuelle) est épineuse, elle s'avère cruciale aujourd'hui. A défaut d'une telle prise de responsabilité en amont, le juge reste en première ligne pour régler les conflits au cas par cas, sans pouvoir disposer d'une méthode assurant un minimum de cohérence et d'uniformité dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne.

Dans son **chapitre II**, le rapport envisage les tensions principales susceptibles d'émerger entre les exigences des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement dans l'emploi, d'une part, et celles tenant au respect de droits fondamentaux, de l'autre. Plus particulièrement, il traite des hypothèses de conflit entre (1) le droit au respect de la vie privée et le principe de non-discrimination, (2) les droits à la liberté de religion, d'association et d'expression dans le contexte des exigences professionnelles essentielles et des « organisations de tendance », (3) le droit à l'objection de conscience pour motif religieux ou philosophique et le principe de non-discrimination fondé sur l'orientation sexuelle ou sur le genre.

- Conflits potentiels entre le principe de non-discrimination et le droit au respect de la vie privée (chapitre II.1)

Les interférences entre le principe de non-discrimination et le droit au respect de la vie privée sont en réalité de divers types car le droit au respect de la vie privée, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, est une notion de plus en plus englobante, qui entretient des rapports ambigus avec l'interdiction de discrimination. La complexité provient notamment des diverses facettes complémentaires du droit au respect de la vie privée consistant tantôt en la préservation d'une « sphère d'intimité autour de soi », recouvrant, par extension, le droit à la « vie privée sociale » ou le « droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables », tantôt en un droit à la protection des données à caractère personnel, tantôt enfin en un droit à l'autonomie personnelle. Chacun de ces aspects de la protection de la vie privée est susceptible d'interférer avec l'interdiction de discrimination, soit en venant limiter le champ d'application de cette interdiction en excluant les sphères relevant de la vie privée et familiale, soit en encadrant le traitement de données à caractère personnel de garanties, soit en contribuant à lutter contre les discriminations par l'interdiction de révéler certains éléments de la vie privée.

La question de l'application du principe de non-discrimination aux affaires privées, qu'il s'agisse d'un emploi domestique, d'un poste dans une entreprise de type familial ou encore de la fourniture de biens et de services dans un cadre privé, constitue un premier cas de figure envisagé par le rapport. L'interdiction de discrimination est ici susceptible d'entrer en tension avec les exigences du droit au

respect de la vie privée et familiale, dans sa facette préservation d'une « sphère d'intimité autour de soi » et « vie privée sociale ».

Le droit à la protection des données à caractère personnel, deuxième facette du droit au respect de la vie privée susceptible d'interagir avec l'interdiction de discrimination, est également examiné par le rapport. En partant du constat bien connu que, pour lutter contre les discriminations, il faut être en mesure de comparer des situations individuelles, en ayant accès à certaines données à caractère personnel, il apparaît d'emblée que les tensions entre cette facette du droit au respect de la vie privée et la lutte contre les discriminations sont inévitables. Ce type d'interaction a pu passer inaperçu dans les premières décennies de la construction européenne au motif que seules les discriminations fondées sur la nationalité ou sur le sexe étaient interdites par le droit communautaire. Or, si les données relatives au sexe et à la nationalité des individus constituent assurément des données à caractère personnel, en ce qu'elles concernent une personne identifiée ou identifiable, elles ne sont pas considérées comme des données « sensibles » au sens de la directive 95/46/CE et de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe. Il en va différemment de la plupart des motifs de discrimination introduits à l'article 13 CE (devenu article 19 TFUE) par le traité d'Amsterdam. Au vu de l'imbrication manifeste entre la lutte contre les discriminations et la protection des données à caractère personnel, le silence des directives de 2000 et des négociations qui y ont abouti sur l'articulation entre ce nouvel arsenal législatif et le traitement des données à caractère personnel peut surprendre. Toutefois, à l'examen, les tensions entre les exigences de non-discrimination fondée sur certains motifs et de la protection des données à caractère personnel pourraient n'être qu'apparentes, en raison de la relation de complémentarité plutôt que de conflictualité qu'elles entretiennent. A cet égard, le rapport examine les liens noués par la protection des données à caractère personnel avec l'usage de statistiques quand il s'agit d'apporter un commencement de preuve de la discrimination ou de mettre en place des actions positives au bénéfice de groupes désavantagés. Le rapport traite également de la situation d'une personne souffrant d'un handicap qui, dans certaines situations, est susceptible de devoir renoncer à son « droit au secret » des données sensibles que sont son état de santé ou le handicap dont elle souffre afin de bénéficier d'un aménagement raisonnable.

Enfin, le droit au respect de la vie privée, appréhendé dans sa troisième facette en tant que droit à l'auto-détermination de l'individu ou à l'autonomie personnelle, est susceptible d'entrer en tension avec le droit de la non-discrimination lorsque ce dernier s'attelle à réaliser une égalité substantielle, par le recours à des méthodes telles que les actions positives ou les statistiques destinées à mettre en lumière des différences de traitement interdites. Dans cette hypothèse, en effet, le point d'attention se déplace de l'individu vers le groupe, ouvrant la délicate question de la catégorisation des individus dans ces groupes. Si l'on imagine difficilement que soit contesté, au nom du droit à l'auto-détermination, le rattachement d'une personne au genre masculin ou féminin ou à une tranche d'âge déterminée, le rapport s'attache à montrer, que la conciliation du droit à l'autonomie personnelle avec la classification d'une personne dans un groupe ethnique ou racial apparaît plus délicate. Par ailleurs, le rapport traite également de l'hypothèse dans laquelle le droit au respect de la vie privée, comme droit à l'autonomie personnelle, protège certains choix effectués par l'individu qui relèvent de sa vie extra-professionnelle.

- Conflits potentiels entre le principe de non-discrimination et les droits à la liberté de religion, d'association ou d'expression dans le contexte des exigences professionnelles essentielles et des « organisations de tendance » (chapitre II.2)

Si la logique de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante ne se présente pas systématiquement sous la configuration d'un conflit de droits, le rapport montre que certains cas de figure où elle est mobilisée illustrent des conflits inter-droits ou intra-droit. Par ailleurs, un conflit particulier se manifeste lorsque l'interdiction de discrimination fondée sur la religion ou les convictions

entre en tension avec la liberté religieuse, entendue comme le droit pour les églises ou les organisations religieuses ou philosophiques de s'organiser sans immixtion de l'Etat. C'est aux fins de fournir des lignes directrices pour encadrer ce type de conflits que le législateur européen a prévu une exception spécifique à l'interdiction de discrimination directement fondée sur la religion ou les convictions (article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE). Les églises et organisations publiques et privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions (dites « organisations de tendance ») peuvent ainsi, à certaines conditions, établir des différences de traitement directement fondées sur la religion ou les convictions des personnes qu'elles souhaitent, par exemple, recruter. Le rapport aborde les questions des bénéficiaires de l'exception, de ses contours et de ses limites en prenant en compte la situation de conflit de droits (inter-droits externe) qui sous-tend cette exception ainsi que les enseignements tirés tant du droit international et européen des droits de l'homme que de certains droits nationaux.

- Conflits potentiels entre le principe de non-discrimination et le droit à l'objection de conscience (chapitre II.3)

La directive 2000/78/CE marque, dans une certaine mesure, la consécration implicite d'une objection de conscience religieuse dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle. En exigeant des Etats membres d'assurer une protection contre les discriminations fondées sur la religion et les convictions, cette norme européenne donne à l'objecteur de conscience un nouvel outil juridique pour faire entendre sa voix. Il est des cas où l'objection de conscience peut venir se heurter au principe de l'égalité de traitement. La jurisprudence nationale des Etats membres de l'Union européenne offre plusieurs illustrations de conflits entre le droit à l'objection de conscience pour motif religieux, d'une part, et le principe de non-discrimination fondé sur l'orientation sexuelle ou celui de l'égalité entre hommes et femmes, d'autre part. Ces affaires ont généralement été traitées sous l'angle du droit de la non-discrimination (et non sous celui de la liberté religieuse). Elles présentent cependant une particularité de taille par rapport aux autres cas de conflits intra-droit externes traités dans ce rapport, dans la mesure où les parties en conflit ne sont pas des titulaires de droits subjectifs tirés du droit de la non-discrimination en raison de motifs de distinction différents. En réalité, ces litiges opposent, d'une part, des requérants se considérant discriminés en raison de leurs convictions religieuses à des personnes excipant des considérations égalitaires (fondées sur le genre ou l'orientation sexuelle) au nom de l'intérêt général.

Certaines affaires relatives à l'objection de conscience illustrent combien cette question peut être intrinsèquement liée à celle de l'aménagement raisonnable en matière religieuse. L'on sait que si la directive 2000/78/CE n'a consacré expressément l'aménagement raisonnable que pour les personnes souffrant d'un handicap (article 5), cette notion n'a pas manqué de resurgir, à l'instar du mouvement imprimé par la Cour suprême du Canada dès 1985, dans certaines hypothèses de discriminations indirectes fondées sur la religion. En effet, pour apprécier le caractère justifié d'une discrimination indirecte, les juges sont parfois amenés à examiner, à l'occasion du contrôle de proportionnalité, si l'objectif légitime à la base de la différence de traitement ne peut pas être poursuivi par des mesures moins attentatoires au principe d'égalité ou à la liberté religieuse.

Bennie | 2000

Martijn | 1971



Introduction

Les droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, CEDH) ou d'autres instruments de droit international ratifiés par les Etats membres de l'Union européenne ainsi que ceux tirés des traditions constitutionnelles communes à ces Etats font partie des principes généraux du droit dont la Cour de justice de l'Union européenne assure le respect³. La Charte des droits fondamentaux, devenue contraignante avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, vient encore renforcer l'arsenal de garantie des droits de l'homme au sein de l'Union européenne. Partant, les Etats membres de l'Union doivent transposer l'ensemble des directives de lutte contre la discrimination sans porter atteinte aux autres droits fondamentaux contenus dans ces divers instruments. Cette exigence vaut, bien évidemment, pour la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique⁴ (ci-après, directive sur l'égalité raciale ou directive 2000/43/CE) ainsi que pour la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁵ (ci-après, directive sur l'égalité de traitement dans l'emploi ou directive 2000/78/CE). Les préambules de ces deux directives y font, du reste, explicitement référence⁶.

De manière générale, la Cour de justice de l'Union européenne considère que les Etats membres sont tenus de mettre en œuvre les directives qui s'imposent à eux dans le respect des droits fondamentaux et qu'il leur appartient d'accommoder au mieux les tensions entre droits fondamentaux concurrents⁷. Dans cet exercice de funambule, il va sans dire qu'une meilleure connaissance des approches présentes au sein de l'Union est de nature à guider les autorités nationales, tout en permettant d'échanger de bonnes pratiques. Comme nous le verrons, l'exercice est parfois à ce point délicat qu'il mériterait, de la part des autorités de l'Union, le développement de lignes directrices et d'une méthodologie cohérente, lesquelles contribueraient de surcroît à l'application uniforme du droit européen.

Ce rapport est l'occasion d'identifier les conflits saillants entre les principes d'égalité et de non-discrimination⁸ et d'autres droits fondamentaux qui émergent des prescrits des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement dans l'emploi⁹. Ils concernent au premier chef le droit au respect de la vie privée, la liberté d'association et la liberté de religion¹⁰.

³ Article 6(2) UE.

⁴ J.O. L 180, 19 juillet 2000, p. 22.

⁵ J.O. L 303, 2 décembre 2000, p. 16.

⁶ Voir les considérants (2) et (4) du préambule de la directive 2000/43/CE et (1) et (5) du préambule de la directive 2000/78/CE.

⁷ Voir notamment C.J.C.E., *Tietosuoja ja valtuutus*, 16 décembre 2008, aff. C-73/07, §§ 50-62 ; C.J.C.E., *Promusicae*, 28 janvier 2008, aff. C-275/06, §§ 61-70 ; C.J.C.E., *Lindqvist*, 20 novembre 2003, aff. C-101/01, §§ 79-90 ; C.J.C.E., *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, aff. C-540/03, §§ 70-76.

⁸ Les expressions « principe d'égalité » et « principe de non-discrimination » sont utilisées de manière équivalente dans ce rapport, dans la ligne des directives européennes et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁹ Dans la mesure où ils sont riches en enseignements, les conflits avec le principe de non-discrimination fondé sur le genre seront ponctuellement pris en considération.

¹⁰ Notez que nous n'aborderons pas ici le cas de l'incitation à la haine (qu'elle soit raciale, religieuse, homophobe, etc.) qui, s'il peut conduire à devoir résoudre des tensions entre principe de non-discrimination et liberté d'expression, sort du cadre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Sur cette intéressante question, voir notamment N. BAMFORTH, M. MALIK, & C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context*, London, Sweet and Maxwell, 2008, chap. 8, pp. 505-516 ; ECRI, *Combating Racism while Respecting Freedom of Expression*, Proceedings of the Expert Seminar held in Strasbourg on 16-17 November 2006, 2007.

Les différentes hypothèses de conflits sont abordées avec, pour toile de fond principale, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que, de manière non exhaustive, le droit et la pratiques des Etats membres. De nombreux exemples de ces derniers sont extraits des rapports nationaux ainsi que de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*¹¹, 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)¹².

Les tensions qui peuvent surgir entre le droit à l'égalité et d'autres droits ou libertés fondamentaux constituent une des hypothèses de conflits entre droits fondamentaux. Cette question est aujourd'hui cruciale en pratique, comme l'atteste la multiplication des réflexions doctrinales sur le sujet ces dernières années¹³. Afin de donner certaines clés d'analyse au décideur national (législateur ou juge) chargé d'arbitrer un conflit entre le principe de non-discrimination et les droits fondamentaux, nous traitons, dans un premier temps, de questions théoriques d'ordre général: (1) existe-t-il une typologie utile ou adéquate permettant d'appréhender les conflits entre droits fondamentaux ?; (2) les conflits entre le principe de non-discrimination et les droits fondamentaux sont-ils d'une nature différente des conflits entre les autres droits fondamentaux ?; (3) dans ce débat, où se situent les conflits entre motifs de discrimination, à l'intérieur même du principe d'égalité, ainsi que les tensions qui peuvent tirailler les différentes facettes du droit à l'égalité ?; (4) quelles sont les méthodes qui permettent de résoudre ces conflits et ces méthodes varient-elles en fonction de l'autorité (législateur ou juge) concernée ? (chapitre II).

Dans un second temps, nous envisageons les tensions principales susceptibles d'émerger entre les exigences des directives sur l'égalité raciale et sur l'égalité de traitement dans l'emploi, d'une part, et celles tenant au respect de droits fondamentaux, de l'autre (chapitre III). Plus particulièrement, nous traitons d'abord des conflits potentiels entre le droit au respect de la vie privée et le principe de non-discrimination (chapitre III.1). Ceux-ci peuvent se manifester à différentes occasions et, principalement, lorsque l'interdiction de discrimination s'étend aux affaires strictement privées, qu'il s'agisse d'un emploi domestique ou de la fourniture de services dans un cadre privé, ou lorsque l'application du principe de non-discrimination implique la collecte et le traitement de données sensibles à caractère personnel. Nous abordons ensuite les conflits potentiels entre les droits à la liberté de religion, d'association et d'expression dans le contexte des exigences professionnelles essentielles et des « organisations de tendance ». Il s'agit, en réalité, de l'unique hypothèse de conflit explicitement envisagée dans le corps de la directive 2000/78/CE (chapitre III.2). Enfin, nous terminons par des exemples de conflits entre le droit à l'objection de conscience pour motif religieux ou philosophique et le principe de non-discrimination fondé sur l'orientation sexuelle ou sur le genre. Ces derniers cas d'espèce sont à la fois susceptibles de refléter des conflits entre le principe de non-discrimination et la liberté religieuse, mais également des tensions à l'intérieur du principe d'égalité lui-même. Ils nous conduisent à nous interroger plus avant sur le concept d'aménagement raisonnable pour motif religieux en lien avec la discrimination indirecte (chapitre III.3).

¹¹ Dans la partie de la Revue intitulée « Nouvelles des Etats membres de l'UE ».

¹² Ce réseau s'inscrit initialement dans le programme d'action communautaire contre la discrimination (2001-2006). Il bénéficie aujourd'hui du soutien du programme communautaire PROGRESS pour l'emploi et la solidarité sociale (2007-2013) et est géré conjointement par le *Human European Consultancy* et le *Migration Policy Group*. Les publications du réseau sont disponibles sur son site internet à l'adresse suivante : <http://www.non-discrimination.net>.

¹³ Voir, notamment, L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, O.U.P., 2007; E. BREMS (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008.

Partie I

Une approche générale des conflits entre principe de non-discrimination et droits fondamentaux concurrents

1 Une inflation des conflits entre droits fondamentaux

Si la question des conflits entre droits fondamentaux n'est pas nouvelle, elle suscite un intérêt renouvelé ces dernières années, notamment en raison de la multiplication du nombre de conflits de ce type déferés aux juges nationaux, européens et internationaux. Les raisons avancées pour expliquer cette croissance sont de divers ordres¹⁴. D'abord, le catalogue des droits fondamentaux juridiquement protégés n'a cessé de croître, non seulement par l'adoption de nouvelles dispositions en ce sens, mais surtout par le jeu de l'interprétation extensive des textes existants. L'exemple de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée) est particulièrement significatif à cet égard. Ensuite, la reconnaissance toujours plus étendue d'un effet horizontal des droits de l'homme, c'est-à-dire de leur application dans les relations entre particuliers (que ce soit des individus, des groupes, des organisations ou des entreprises) et non plus uniquement entre l'Etat et les citoyens, a multiplié les occasions de conflits. Les autorités publiques ne sont, en effet, plus uniquement tenues de respecter les droits fondamentaux en s'abstenant de poser des actes qui les violeraient, elles sont également amenées à protéger les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers. Cette obligation positive de protection suppose l'adoption de mesures législatives, administratives, judiciaires et matérielles de nature à prémunir les individus contre la violation de leurs droits fondamentaux par d'autres individus. Elle entraîne nécessairement un accroissement des recours fondés sur la violation des libertés individuelles et donc, une inflation des manifestations de conflits entre droits fondamentaux. Enfin, avec Sébastien Van Drooghenbroeck, on ne peut s'empêcher de penser que la multiplication des conflits entre droits fondamentaux trouve son explication dans un changement de registre « rhétorique » du pouvoir politique¹⁵. A partir du moment où les valeurs classiques (comme l'intérêt général, l'ordre public ou la sécurité publique) au nom desquelles les droits et libertés étaient limités ne font plus recette, il peut paraître porteur, pour convaincre le juge ou l'opinion publique, de les décliner dans le registre discursif des droits fondamentaux. Ainsi, la lutte contre le terrorisme s'identifie plus aujourd'hui à la défense de la vie et de l'intégrité des personnes qu'à celle de l'ordre public ou de la sécurité publique. Il importe également de garder à l'esprit que la multiplication des conflits entre droits fondamentaux est parfois exagérément gonflée à des fins idéologiques. La montée en puissance du religieux sur la scène politique participe incontestablement de ce phénomène¹⁶, si l'on songe notamment aux questions de bioéthique, d'interruption volontaire de grossesse, de mariage entre personnes de même sexe ou d'adoption par des couples homosexuels.

¹⁴ Voir, notamment, E. BREMS, « Introduction », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., 2008, p. 2 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in J.-L. Renchon (dir.), *Les droits de la personnalité*, Actes du X^e colloque de l'Association 'Famille et Droit', Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 299 et s., n° 11-13.

¹⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », *Les droits de la personnalité*, op. cit., pp. 299 et s., n° 13.

¹⁶ L. ZUCCA, « Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 22. De manière plus générale, sur cette question voir le volume 30 de la *Cardozo Law Review* de juin 2009, rassemblant les contributions défendues à l'occasion du symposium « Constitutionalism and Secularism in an Age of Religious Revival : The Challenge of Global and Local Fundamentalism ».

2 A la recherche d'une typologie

La nomenclature des conflits entre droits fondamentaux, proposée récemment par Lorenzo Zucca¹⁷, nous paraît particulièrement utile d'un point de vue didactique dans la mesure où, transposée aux conflits opposant le principe de non-discrimination à d'autres droits fondamentaux, elle permet non seulement de distinguer les conflits entre droits des conflits entre motifs de discrimination, mais également de mettre à jour certaines des tensions inhérentes au droit de l'égalité lui-même. La thèse de Zucca s'appuie sur deux constats : d'une part, en matière de droits fondamentaux, les conflits soit opposent deux droits ou libertés (conflit *inter-droits*), soit traduisent des tensions à l'intérieur d'un même droit ou liberté (conflit *intra-droit*) ; d'autre part, ces conflits opèrent soit de manière *externe* (des prétentions tirées de la protection des droits fondamentaux opposent deux individus), soit de manière *interne* (des prétentions tirées de la protection des droits fondamentaux s'affrontent dans le chef d'un seul individu).

*Nomenclature de L. Zucca transposée : droit à l'égalité v. autres droits fondamentaux*¹⁸

Conflit	Inter-droits	Intra-droit
Interne	Ex. : égalité v. vie privée (programme d'actions positives et origine ethnique ; aménagement raisonnable et handicap ¹⁹)	Egalité v. égalité (aménagement raisonnable et handicap ²⁰ ; aménagement raisonnable pour motif religieux ²¹)
Externe	Ex. : égalité v. liberté de religion (recrutement dans une « organisation de tendance » ²²) Ex. : égalité v. vie privée (recrutement de gens de maison ²³ ; champ d'application matériel du principe de non-discrimination ²⁴)	Egalité v. égalité (mariage entre personnes de même sexe et officier d'état civil objecteur de conscience ; fonctionnaire refusant de serrer la main des personnes du sexe opposé ²⁵)

Un conflit « *inter-droits* » de type *externe* concerne l'hypothèse la plus classique où deux personnes fondent leurs requêtes sur des droits fondamentaux distincts. Le principe de non-discrimination peut, par exemple, s'opposer au droit au respect à la vie privée. L'extension de l'interdiction de discrimination aux « affaires privées », qu'il s'agisse du recrutement du personnel de maison ou de la location d'une

¹⁷ L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, op. cit., pp. 64-66.

¹⁸ Il est intéressant de noter que, dans une contribution ultérieure, L. Zucca a légèrement amendé cette typologie pour mettre l'accent sur les dilemmes constitutionnels constitutifs de « conflits totaux » qui impliquent des incohérences normatives et qui, dans une certaine mesure, sont indécidables, pour les différencier des « conflits partiels » qui peuvent être tranchés sans mettre en cause l'essence normative d'un droit fondamental (« Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 26).

¹⁹ Ces exemples sont développés *infra*, chapitre III.1.

²⁰ Cet exemple est développé *infra*, chapitre III.1.

²¹ Cet exemple est développé *infra*, chapitre III.3.

²² Cet exemple est développé *infra*, chapitre III.2.

²³ Cet exemple est développé *infra*, chapitre III.1.

²⁴ Cet exemple est développé *infra*, chapitre III.1.

²⁵ Ces exemples sont développés *infra*, chapitre III.3.

chambre dans son domicile, interfère, en effet, avec la sphère intime du bénéficiaire du service qui constitue l'une des facettes protégées de la vie privée au titre du respect des droits fondamentaux.

Un conflit « *inter-droits* » de type interne vise le cas où, dans le chef d'un même individu, s'affrontent des prétentions contradictoires tirées de deux droits fondamentaux distincts qui lui sont garantis. Ici, le principe de non-discrimination peut, à nouveau, s'opposer au droit au respect à la vie privée lorsque le premier implique le traitement de données sensibles relatives à l'origine raciale ou ethnique, aux convictions religieuses, au handicap ou à l'orientation sexuelle. Le travailleur qui souhaite profiter d'un programme d'actions positives réservé aux personnes partageant une origine ethnique particulière a-t-il d'autre choix que celui de dévoiler son origine au mépris potentiel du respect de sa vie privée ? Comment le travailleur souffrant d'un handicap peut-il prétendre au bénéfice d'un aménagement raisonnable sans révéler à son employeur le handicap qui l'affecte ?

Un conflit « *intra-droit* » de type externe se produit lorsque deux personnes fondent des prétentions contradictoires sur le même droit ou la même liberté. En droit de l'égalité, il s'agit, par exemple, du non-renouvellement du contrat d'un officier d'état civil au motif qu'il/elle refuse, pour des motifs religieux, de célébrer des mariages entre personnes de même sexe reconnus par la législation nationale. Dans cette hypothèse, l'officier d'état civil peut considérer faire l'objet d'une discrimination indirecte fondée sur ses croyances religieuses. Sous un autre angle, son comportement peut être vu comme étant discriminatoire à l'égard des personnes homosexuelles. Un autre exemple peut être tiré du non-recrutement d'une personne qui refuse, pour des motifs religieux, de serrer la main des personnes de l'autre sexe. Ici encore, cette personne peut s'estimer victime d'une discrimination indirecte fondée sur ses convictions alors que son comportement peut poser question quant au respect du principe d'égalité entre hommes et femmes.

Enfin, un conflit « *intra-droit* » de type interne survient lorsque, dans le chef d'un même individu, s'affrontent des prétentions contradictoires tirées du même droit fondamental dont il est bénéficiaire. Si les cas d'espèce illustrant ce type de conflits paraissent extrêmement rares, un exemple peut être tiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Kosteski*²⁶ relative à la question des aménagements raisonnables invoqués pour motifs religieux dans le domaine de l'emploi. Mr. Kosteski, qui s'est absenté de son lieu de travail sans permission de son employeur, justifie son absence par sa participation au festival de Bayram, une fête religieuse musulmane qui constitue un congé public pour les citoyens macédoniens de foi musulmane, en vertu de la Constitution et de dispositions législatives. Ayant fait néanmoins l'objet de sanctions disciplinaires, il invoque à la fois une violation de sa liberté religieuse ainsi que de son droit à la non-discrimination fondé sur ses croyances religieuses devant la juridiction des droits de l'homme de Strasbourg²⁷. Tout en restant extrêmement prudente, la Cour n'écarte pas complètement l'idée que l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la liberté religieuse) puisse fonder une demande de congé aux fins d'assister à une fête religieuse. Mais la Cour relève que l'examen du bien fondé de pareille demande peut être subordonné à la démonstration de la sincérité des croyances religieuses de l'individu qui la réclame. Or, une telle exigence porte atteinte à la liberté de religion garantie par la Convention : il en résulte en

²⁶ Cour eur. D.H., *Kosteski c. Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 13 avril 2006 (req. n° 55170/00). Cet exemple est tiré de la contribution de S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », *Les droits de la personnalité*, op. cit., pp. 299 et s., n° 9.

²⁷ Devant la Cour européenne des droits de l'homme, Mr. Kosteski invoque une violation de l'article 14 de la CEDH (principe de non-discrimination) combiné à l'article 9 de la CEDH (liberté religieuse). Pour rappel, l'article 14 de la CEDH est une disposition non-indépendante en ce sens qu'elle garantit une protection contre les discriminations dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention.

pratique que M. Kostas ne peut véritablement revendiquer son droit à l'égalité de traitement sans distinction fondée sur la religion qu'en sacrifiant un autre aspect de sa liberté religieuse²⁸.

Transposée aux conflits entre droits fondamentaux impliquant le principe de non-discrimination, la typologie de Zucca nous permet de comprendre clairement que ces conflits dépassent de loin l'hypothèse classique d'un affrontement entre le droit à l'égalité et un autre droit fondamental mobilisés par deux titulaires différents. Elle nous permet également d'apercevoir que les enjeux seront sans doute très différents quand il s'agira de résoudre un conflit *interne* ou un conflit *externe*. Dans le premier cas, en effet, le bénéficiaire du principe de non-discrimination devra renoncer, en partie, à un autre droit fondamental pour obtenir un avantage. A partir du moment où cette renonciation est faite en connaissance de cause et moyennant certaines garanties²⁹, le conflit peut se résoudre de façon relativement heureuse. Par contre, dans le second cas, le dilemme consiste à ne pouvoir dépasser le conflit qu'en sacrifiant, en tout ou en partie, un droit au profit de l'autre et à faire triompher le droit fondamental d'une personne au détriment de celui d'une autre.

Certains conflits peuvent indifféremment être déclinés comme des conflits *inter-droits* ou *intra-droits* sans se différencier fondamentalement. Ainsi, un litige où le droit à l'égalité se heurterait à la liberté religieuse peut parfois être traduit comme un conflit se manifestant à l'intérieur même du droit à l'égalité et impliquant le principe de non discrimination fondé sur la religion ou les convictions. Présenté et argumenté comme un conflit intra-droit opposant deux aspects du droit à l'égalité, il met en exergue les tensions qui peuvent exister entre certains motifs de discrimination et principalement les convictions religieuses, d'une part, et le genre ou l'orientation sexuelle, de l'autre. Le modèle du conflit externe intra-droit dévoile également des tensions inhérentes aux différentes conceptions de l'égalité elle-même, c'est-à-dire entre égalité formelle et égalité substantielle. Comme l'illustre le développement de programmes d'actions positives, des ingérences dans le principe de l'égalité formelle sont aujourd'hui jugées nécessaires à la réalisation de l'égalité substantielle, plus centrée sur les groupes que sur les individus. Il importe cependant de se garder de traduire l'ensemble des obstacles que rencontre la mise en œuvre du principe d'égalité substantielle en termes de conflits de droits.

La difficulté de trouver des exemples répondant au modèle du conflit *interne intra-droit* nous rappelle, enfin, que les discriminations multiples ou intersectionnelles³⁰ ne traduisent pas des conflits entre différents aspects du droit à l'égalité. Au contraire, l'enjeu consiste ici à prendre en compte une dimension cumulative ou interactive entre plusieurs motifs de discrimination pour lesquels un individu est discriminé, et non à analyser ces motifs de manière antinomique.

²⁸ Même si ce sont deux facettes de la liberté religieuse qui entrent ici en conflit (et non deux aspects du droit à l'égalité), ce cas d'espèce paraît pertinent car il concerne la question des aménagements raisonnables qui est centrale en droit de l'égalité.

²⁹ A ce sujet, voir O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité : face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 443-481. Voir aussi, Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés : la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles Bruylant, 2001.

³⁰ Par exemple, une femme originaire d'Afrique noire s'estimant victime d'une discrimination à l'embauche peut invoquer le dispositif anti-discriminatoire relatif à l'égalité de traitement fondée sur le genre, mais également sur la « race » (discrimination multiple). Elle peut également considérer que la violation du principe d'égalité de traitement à son égard n'était pas due au fait qu'elle est une femme et qu'elle est noire, mais qu'elle est une femme noire (discrimination intersectionnelle). Voy. M. MALIK, *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy*, London, Equality and Diversity Forum, 2008, p. 5, disponible sur le site de l'Equality and Diversity Forum à l'adresse suivante : http://www.edf.org.uk/blog/wp-content/uploads/2009/02/competing-rights-report_web.pdf. Voir aussi, DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, *Lutte contre les discriminations multiples : pratiques, politiques et lois*, Commission européenne, 2007.

Gea | 1978

3 A la recherche d'une méthodologie

3.1 La question des vrais et des faux conflits

Dans son modèle destiné à traiter les questions afférentes aux droits en conflit, Eva Brems préconise, comme première étape, d'« écarter les faux conflits »³¹. A cette fin, elle indique que, dans certaines hypothèses, le conflit entre droits fondamentaux ne constitue pas une caractéristique essentielle du cas d'espèce, mais le fruit d'une approche particulière de celui-ci³². En réalité, le conflit peut ici être écarté en trouvant une solution susceptible de protéger les deux droits de manière simultanée. Dans sa recherche des dilemmes constitutionnels, Lorenzo Zucca réduit drastiquement cette catégorie en indiquant que la plupart des conflits entre droits fondamentaux, quand ils ne sont pas fallacieux, peuvent être résolus aisément dans la mesure où une revendication l'emporte rationnellement sur l'autre³³. Lorsqu'Olivier De Schutter et la juge Françoise Tulkens analysent la méthode de la Cour européenne des droits de l'homme pour trancher les conflits entre droits fondamentaux, ils commencent par distinguer les conflits réels des conflits imaginaires à l'aune de l'ordre juridique particulier de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses Protocoles additionnels³⁴.

Si, sur le plan des principes, il nous paraît indispensable d'éviter de gonfler artificiellement la problématique des conflits entre droits fondamentaux et de déclasser les situations qui n'en relèveraient pas³⁵, il nous semble que les approches préconisées par ces auteurs sont peu opérationnelles lorsqu'il s'agit de contribuer à la résolution des conflits entre le principe du droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux qui nous préoccupent ici. D'une part, la distinction entre un vrai et un faux conflit est délicate à mettre en œuvre dans la mesure où elle dépend intrinsèquement du contexte de référence. En d'autres termes, le résultat obtenu est tributaire de l'ordre juridique considéré et pourra diverger selon que l'autorité saisie du conflit est un juge national, la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour européenne des droits de l'homme. La mission impartie à une juridiction, ses compétences, le libellé ainsi que l'interprétation des droits applicables dans l'ordre juridique dont elle relève influenceront inmanquablement son analyse. D'autre part, il nous paraît également que cette première étape d'élimination des faux conflits, et donc de la qualification d'une situation comme étant constitutive d'un conflit de droits, implique souvent de débattre déjà en amont des solutions envisageables. En réalité, ce processus nous entraîne souvent dans des étapes ultérieures du raisonnement juridique.

La question de l'identification des vrais conflits entre droits fondamentaux pose également celle de leur distinction avec les conflits opposant un droit fondamental et un « simple » intérêt. Traditionnellement,

³¹ E. BREMS, « Introduction », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 4.

³² Ainsi, une disposition législative visant à garantir le respect du droit à être jugé dans un délai raisonnable en imposant des délais procéduraux uniquement à charge de l'accusé, et non au procureur, restreint le droit de l'accusé de bénéficier de l'égalité des armes. L'exigence tenant au délai raisonnable et au respect de l'égalité des armes constituent deux aspects du procès équitable qui, suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ne doivent pas être sacrifiés au profit de l'autre. Voir E. BREMS, « Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2005, pp. 294-326.

³³ L. ZUCCA, « Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 28.

³⁴ « Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 174.

³⁵ A ce sujet, voir nos développements dans le point précédent (chapitre II.2).

les auteurs soulignent la spécificité des premiers par rapport aux seconds³⁶. Dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arbitrage d'un conflit survenant entre un droit fondamental et un intérêt public est au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne. Il est, en principe, gouverné par une approche accordant *in abstracto* une position privilégiée au droit fondamental (*priority-to-rights principle*)³⁷ et qui mobilise la technique bien connue de la *proportionnalité*, souvent rattachée à l'évaluation du caractère « nécessaire dans une société démocratique » de l'ingérence au droit fondamental ou à la liberté considéré. L'affaire « linguistique belge », à l'occasion de laquelle la Cour livra ses premiers développements sur le principe de non-discrimination, est topique à cet égard. La Cour européenne y affirme que « la Convention implique [...] un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'Homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers »³⁸. Cette démarche de la *priority-to-rights* est cependant impuissante à résoudre les conflits entre droits fondamentaux qui sont *a priori* placés sur un pied d'égalité³⁹.

3.2 L'argument hiérarchique

Dans l'hypothèse d'un conflit inter-droits, il importe de se demander si le droit à l'égalité ne primerait pas les autres droits fondamentaux. En d'autres termes, le principe de non-discrimination est-il supérieur aux autres droits et libertés ? De manière générale, la question d'une éventuelle hiérarchie entre les droits de l'homme et de la définition de critères permettant de les classer a fait couler beaucoup d'encre⁴⁰. Au nom du principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits des l'homme⁴¹, l'inexistence d'une hiérarchisation *a priori* d'un droit sur l'autre est généralement admise, sauf quand le droit international pose des critères de priorité⁴². S'il est indéniable que le législateur de l'Union européenne, en mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement dans différentes directives, a pu considérer que celui-ci était susceptible de restreindre, dans certaines limites, l'exercice d'autres droits fondamentaux, l'on ne peut

³⁶ Voir, par exemple, F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 214, n° 151 ; L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, *op. cit.*, pp. 49-51 ; M. MALIK, *From Conflict to Cohesion : Competing Interests in Equality Law and Policy*, *op. cit.*, pp. 5-6. Dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme, voir O. DE SCHUTTER & F. TULKENS, "Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution", in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, *op. cit.*, pp. 175-178.

³⁷ S. GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 203-213, spéc. 208.

³⁸ *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, 23 juillet 1968 (req. n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Série A, n° 6, § 5.

³⁹ L. CARILOU, « The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁰ Voir, par exemple, E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 82, 2008, 2^{ème} éd., pp. 84 et s. Voir aussi les références mentionnées par E. BRIBOSIA, « Classification des droits de l'homme », in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, S. Rials et F. Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2008, pp. 159-164.

⁴¹ Voir, notamment, la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, adoptés le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, § 5 (Assemblée générale, Nations Unies, A/CONF.157/23) ; la Résolution 60/251, adoptée le 15 mars 2006 par l'Assemblée générale des Nations Unies (A/RES/60/251).

⁴² Par exemple, dans le système de la CEDH, le fait qu'une poignée de droits consacrés par la Convention sont absolus alors que d'autres sont susceptibles de dérogations, même si un examen de la jurisprudence nous montre que les droits absolus n'échappent pas toujours à une certaine relativité (voir, pour l'interdiction de la torture (art. 3 CEDH) : Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006 (req. n° 54810/00), §§ 77-83 et l'opinion concordante du juge Nicolas Bratza ; pour le principe de la légalité en droit pénal (art. 7 CEDH) : Cour eur. D.H., *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995 (req. n° 20166/92), §§ 36 et 44, Cour eur. D.H., *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995 (req. n° 20190/92), §§ 34 et 42).

soutenir que ce législateur ait entendu affirmer le caractère premier du principe de non-discrimination. En effet, dans la mesure où le législateur de l'Union n'est pas compétent pour développer l'ensemble des droits fondamentaux, ce type de choix ne lui revient pas.

Certains auteurs ont pu plaider en faveur du caractère premier du droit à l'égalité au motif que le principe de non-discrimination a été consacré en vue de définir le contenu propre à chaque droit de l'homme, qu'il en constitue en quelque sorte le fondement initial⁴³. Cette approche permet notamment de disqualifier de la catégorie des conflits entre droits fondamentaux, une incompatibilité entre un précepte religieux discriminatoire envers les femmes et le droit à l'égalité de traitement fondée sur le genre⁴⁴. Autrement dit, à partir du moment où un précepte religieux est discriminatoire, le croyant ne pourrait pas bénéficier de la protection accordée par la liberté religieuse au motif que le principe de non-discrimination constitue l'une des pierres angulaires de tout droit fondamental.

Si une telle démarche peut paraître séduisante, elle semble difficilement défendable en des termes aussi absolus⁴⁵. Sur le plan des principes d'abord, elle affiche un parti pris idéologique posant la préséance de l'égalité sur la liberté qui est au cœur même d'un débat philosophique insoluble et qui est loin de recueillir l'unanimité sur la scène politique et judiciaire⁴⁶. Sur le plan opérationnel surtout, elle ne nous semble pas de nature à régler de manière satisfaisante l'ensemble des conflits qui peuvent opposer le droit à l'égalité aux autres droits fondamentaux (au-delà de la liberté religieuse), ne fût-ce que parce que la conception même de l'égalité est plurielle et qu'elle combine aujourd'hui égalité formelle et égalité substantielle, égalité des chances et égalité des résultats.

L'argument hiérarchique peut également se poser dans l'hypothèse d'un conflit intra-droit. Au sein du droit à l'égalité, le conflit opposera ici différents motifs de discrimination⁴⁷ : classiquement, une discrimination fondée sur des convictions religieuses, d'une part, à une différence de traitement fondée sur le genre ou l'orientation sexuelle, d'autre part. L'on sait que la Cour européenne des droits de l'homme a, au fil de sa jurisprudence, dégagé bon an mal an, des critères de distinction suspects⁴⁸, au

⁴³ A. STUART, « Back to Basics : Without Distinction – A Defining Principle ? », in E. Brems (eds), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp. 101-130. Voir, aussi, mais dans le contexte plus limité de la discrimination raciale, de la ségrégation et de l'apartheid, D. SHELTON, « Mise en balance des droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., pp. 157-158.

⁴⁴ A. STUART, « Back to Basics : Without Distinction – A Defining Principle ? », in E. Brems (eds), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 102.

⁴⁵ Voir, notamment, F. BENOÎT-ROHMER, « L'égalité dans la typologie des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., pp. 135-152.

⁴⁶ Dans une affaire relative au recours d'une étudiante exclue d'une université turque pour avoir porté le foulard islamique, voir l'opinion dissidente de la juge Tulkens dans laquelle elle déclare : « Dans une société démocratique, je pense qu'il faut chercher à accorder – et non à opposer – les principes de laïcité, d'égalité et de liberté » (Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005 (req. n° 44774/98), § 4).

⁴⁷ Pour de plus amples développements sur les conflits entre motifs de discrimination, voir M. MALIK, *From Conflict to Cohesion : Competing Interests in Equality Law and Policy*, op. cit., pp. 13 et s.

⁴⁸ Pour une présentation critique de cette jurisprudence, voir D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 272-284, n° 398-418.

premier chef desquels sont rangés le genre⁴⁹, la race et l'origine ethnique⁵⁰, les convictions religieuses⁵¹, l'orientation sexuelle⁵², la nationalité⁵³, la naissance hors mariage⁵⁴. Pour la Cour, des différences de traitement fondées sur de tels critères ne peuvent être justifiées qu'au regard de raisons « très fortes », « particulièrement graves » ou de considérations « impérieuses »⁵⁵. Cette jurisprudence, construite sur une clause de non-discrimination comprenant une liste ouverte de motifs de distinction prohibés (article 14 CEDH), plaide en faveur d'une certaine hiérarchisation au sein du principe de l'égalité de traitement. Elle ne nous permet cependant pas de résoudre de nombreux conflits tombant dans le champ d'application des directives européennes puisque, excepté pour l'âge⁵⁶ et le handicap⁵⁷, l'ensemble des motifs de discrimination visés par l'article 13 CE (devenu article 19 TFUE), introduit par le traité d'Amsterdam, sont aujourd'hui qualifiés de critères suspects. Sauf à considérer que ces critères suspects soient eux-mêmes hiérarchisés, ce qui, à part dans une certaine mesure pour la discrimination raciale⁵⁸, ne nous semble pas ressortir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il n'en reste pas moins que le législateur de l'Union européenne a donné certaines clés de résolution de conflits entre différents motifs de discrimination. Ainsi, l'article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE dispose expressément que l'exception à l'interdiction de discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions que les Etats peuvent réserver au profit des activités professionnelles menées par les Eglises et les organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions ne peut conduire

⁴⁹ Voir notamment, Cour eur. D.H., *Abdulaziz, Cabales et Bakandali c. Royaume-Uni*, 28 juin 1985 (req. n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81), § 78.

⁵⁰ Voir notamment les arrêts cités *infra* (note 55). La jurisprudence de la Cour n'est cependant pas exempte d'incohérences : voir, par exemple, Cour eur. D.H., *Oršuš c. Croatie*, 17 juillet 2008 (req. n° 15766/03 ; affaire renvoyée devant la Grande Chambre le 1^{er} décembre 2008) où la 1^{re} section de la Cour n'a retenu qu'une différence de traitement fondée sur les compétences linguistiques (critère de différenciation non-suspect) et a refusé d'examiner l'affaire sous l'angle d'une discrimination raciale indirecte.

⁵¹ Voir notamment, Cour eur. D.H., *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993 (req. n° 12875/87), § 36.

⁵² Voir notamment, Cour eur. D.H., *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999 (req. n° 33290/96), § 36.

⁵³ Voir notamment, Cour eur. D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996 (req. n° 17371/90), § 42.

⁵⁴ Voir notamment, Cour eur. D.H., *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987 (req. n° 8695/79), § 41.

⁵⁵ Il importe de souligner que pour la Cour, « aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne saurait être objectivement justifiée » (Cour eur. D.H., *Timichev c. Russie*, 13 décembre 2005 (req. n°s 55762/00 et 55974/00), § 58 ; Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *D.H. c. République Tchèque*, 13 novembre 2007 (req. n° 57325/00), § 176 ; Cour eur. D.H., *Sampanis c. Grèce*, 5 juin 2008 (req. n° 32526/05), § 69).

⁵⁶ Voir également les importants débats jurisprudentiels qui ont suivi l'arrêt *Mangold* sur l'existence d'un principe général de droit communautaire relatif à la non-discrimination fondée sur l'âge. Pour une synthèse de ces débats, consulter les conclusions de l'avocate générale Sharpston précédant l'arrêt de la C.J.C.E., *Bartsch*, 22 mai 2008, aff. C-427/06, ainsi que l'article de E. BRIBOSIA, « La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », in *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. Bayart, S. Sottiaux & S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Brugge, La Charte, Die Keure, 2008, pp. 31-62.

⁵⁷ Dans son arrêt *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009 (req. n° 13444/04), la Cour européenne des droits de l'homme s'est abstenue de qualifier le handicap de critère suspect, tout en exerçant un contrôle de proportionnalité rigoureux et en ne réservant qu'une marge d'appréciation « fortement réduite à la Suisse » pour justifier une législation qui « peut se révéler être en contradiction avec la nécessité de lutter contre la discrimination envers les personnes handicapées et de promouvoir leur pleine participation et intégration dans la société » (§ 84).

⁵⁸ L'on peut, en effet, relever que la Cour considère, que l'on ne saurait en aucun cas admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination raciale au motif que « pareille renonciation se heurterait à un intérêt public important » (*D.H. c. République Tchèque* (G^{de} Ch.), 13 novembre 2007 (req. n° 57325/00), § 204 ; *Sampanis c. Grèce*, 5 juin 2008 (req. n° 32526/05) § 95, alors qu'en matière de liberté religieuse, la Cour admet des dérogations contractuelles (voir, *infra*, chapitre III.3).

à la violation du principe de l'égalité de traitement fondée sur un autre motif (comme le genre ou l'orientation sexuelle)⁵⁹.

3.3 De quelques balises propres à encadrer le raisonnement juridique

Le législateur démine parfois certains conflits en amont, mais, à l'évidence, c'est au juge qu'il revient très souvent de se prononcer quand le droit à l'égalité s'oppose à un autre droit fondamental. Si la résolution d'un tel conflit sera inévitablement abordée suivant des voies différentes en fonction du juge saisi (national, Cour de justice de l'Union européenne ou Cour européenne des droits de l'homme) et si aucune méthode ne s'impose à ce stade comme étant idéale, divers éléments nous paraissent de nature à guider le raisonnement juridique.

Dans la recherche d'une méthode capable d'appréhender les conflits entre droits fondamentaux, Sébastien Van Drooghenbroeck indique combien la notion de *praktische konkordanz* (« concordance pratique ») est plébiscitée ces dernières années par la doctrine : « Héritée de la doctrine constitutionnelle allemande, cette idée complexe de 'concordance pratique' insiste sur le fait que, lorsque deux droits fondamentaux sont en conflit, aucun d'entre eux n'a de vocation à se voir *a priori* sacrifié au profit de l'autre. Les deux droits en conflit se doivent des concessions réciproques : leurs requêtes respectives doivent être rabotées aux fins de surmonter, ou à tout le moins, de 'réduire' ou encore de 'repousser' au maximum le conflit qui les oppose »⁶⁰. Le statut de cette approche ne doit cependant pas être surestimé : il s'agit avant tout d'un « 'horizon régulateur' s'imposant à l'activité interprétative de celui qui affronte un conflit de droits fondamentaux, et sommant celui-ci de faire œuvre d'inventivité et d'imagination »⁶¹. Du reste, il importe de garder à l'esprit que le principe de « concordance pratique », théorisé par le constitutionnaliste Konrad Hesse, a été construit au fil de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* (tribunal administratif fédéral) pour répondre à des conflits issus de la Loi fondamentale allemande dans laquelle un certain nombre de libertés fondamentales⁶² sont exprimées, pour des raisons historiques, en termes absolus⁶³.

A partir du moment où le principe de « concordance pratique » est envisagé comme un « horizon régulateur », une ligne de conduite générale servant de guide au juge, il reste à définir la technique d'adjudication à mettre en œuvre dans cet horizon. Les réflexions développées à ce sujet ont généralement pour toile de fond la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ce contexte, d'aucuns considèrent que le *test de proportionnalité*, classiquement utilisé pour régir les conflits entre un droit fondamental et un intérêt public, s'applique aussi aux conflits entre droits fondamentaux, à la condition d'être adapté à l'« horizon régulateur » du principe de « concordance pratique » qui tend à éviter de sacrifier un droit fondamental au bénéfice d'un autre⁶⁴. D'autres, par contre, considèrent que ce test n'est opérationnel que dans un cadre permettant de mettre en œuvre le principe du *priority-to-*

⁵⁹ Cet exemple est développé *infra*, chapitre III.2.

⁶⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », *Les droits de la personnalité*, *op.cit.*, pp. 299 et s., n° 26. Pour des exemples de l'application de ce principe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir cet auteur, n° 28-33.

⁶¹ *Ibidem*, n° 27.

⁶² Par exemple, la liberté de religion (art. 4 §§ 1-2 de la Loi fondamentale) ou la liberté d'expression artistique et académique (art. 5 § 3 de la Loi fondamentale).

⁶³ T. MARAUHN & N. RUPPEL, « Balancing Conflicting Human Rights : Konrad Hesse's Notion of 'Praktische Konkordanz' and the German Federal Constitutional Court », in E. Brems (eds), *Conflicts Between Fundamental Rights*, *op.cit.*, pp. 274-276.

⁶⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », *Les droits de la personnalité*, *op.cit.*, pp. 299 et s., n° 35.

*rights*⁶⁵. Ils préfèrent mobiliser la figure de la *balance (ou pesée) des intérêts en présence* tout en concluant que « *Balancing [...] raises more questions than it provides answers* »⁶⁶. Rentrer plus avant dans cette controverse nous ferait sortir du cadre du présent rapport. Plutôt qu'une technique d'adjudication englobante, impossible à trouver si l'on se place du point de vue des juges nationaux, il nous semble important ici de dégager les garde-fous et critères susceptibles de guider le juge dans sa mission. A cette fin, il est intéressant de reprendre et d'enrichir les éléments mis en exergue par les auteurs afin de gérer les conflits entre droit fondamentaux en général et d'évaluer leur pertinence dans la résolution des conflits opposant le principe de non-discrimination à un autre droit ou liberté fondamentale.

Premièrement, la figure de l'abus de droit, telle qu'elle a pu émerger de la jurisprudence de plusieurs systèmes juridiques civilistes aux 19^{ème} et 20^{ème} siècles, peut contribuer à déminer certaines hypothèses de conflits de droits. A l'époque, il s'agissait de désacraliser le droit de propriété consacré de manière absolue, notamment dans le Code Napoléon de 1804, afin d'en limiter l'exercice lorsque, dans un premier temps, son propriétaire l'utilisait dans l'intention de nuire à autrui ou, lorsque, dans un deuxième temps, l'avantage que procurait l'exercice de ce droit était disproportionné ou minime par rapport au tort causé⁶⁷. Si la figure de l'abus de droit, quoique largement adaptée, a été reprise dans la Convention européenne des droits de l'homme (article 17) et mobilisée à plusieurs reprises dans la jurisprudence de la Cour européenne pour circonscrire l'exercice de la liberté d'expression dédiée à un discours raciste ou haineux, elle pourrait également être utile quand il s'agit de limiter la manifestation, dans l'espace public, de préceptes religieux qui portent atteinte au principe de l'égalité de traitement des femmes ou des personnes homosexuelles, par exemple.

Deuxièmement, Eva Brems insiste sur l'importance de distinguer la substance de la périphérie des droits en conflit afin de privilégier l'application du droit dont la substance est mise à mal par rapport à celui dont seule la périphérie serait affectée par le conflit⁶⁸. Ce critère nous amène nécessairement à évaluer la gravité de l'interférence causée par l'exercice respectif d'un droit sur l'autre. En ce qu'il vise à éviter qu'un droit ne soit sacrifié au profit d'un autre, il rejoint la mise en œuvre du principe de « concordance pratique ».

Troisièmement, la mise en cause d'autres droits dans le conflit, en raison de l'implication indirecte de tiers, incite Eva Brems à recommander d'accorder une protection moindre à l'exercice de la liberté fondamentale qui affecte, par ricochet, les droits des tiers⁶⁹. Le même raisonnement vaut lorsqu'un intérêt général important pèse en faveur de l'un des droits en conflit.

Quatrièmement, Eva Brems s'interroge sur le point de savoir si l'on peut considérer qu'une ingérence directe d'une autorité étatique (obligation négative de respecter les droits et libertés) s'avère plus grave qu'une carence de celle-ci (obligation positive de protéger les droits et libertés) en sorte que la première devra être appréciée de manière plus critique que la seconde dans le cadre d'un conflit entre droits fondamentaux. Dans la même veine, Marjolein van den Brink a soutenu qu'en présence d'un conflit interne au droit à l'égalité qui opposerait la prohibition d'une discrimination directe et celle concernant

⁶⁵ O. DE SCHUTTER & F. TULKENS, "Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution", in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp. 188-191.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 197.

⁶⁷ En ce sens, voir M. GALENKAMP, « Towards a Socialisation of Fundamental Rights », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., pp. 158-160.

⁶⁸ E. BREMS, « Introduction », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., p. 5.

⁶⁹ *Ibidem*.

une discrimination indirecte, l'interdiction de la première devrait être privilégiée⁷⁰. Cette hiérarchisation *a priori* des discriminations directes et indirectes qui repose sur la prémisse classique du caractère socialement plus grave de la discrimination directe par rapport à la discrimination indirecte nous semble devoir être relativisée à la lumière des études montrant comment les acteurs économiques et sociaux s'adaptent aux dispositifs antidiscriminatoires et combien le concept de discrimination indirecte ou structurelle est essentiel à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement⁷¹. Du reste, Marjolein van den Brink raisonnait dans le contexte des fonctionnaires objecteurs de conscience aux Pays-Bas pour justifier de résoudre le conflit entre, d'une part, la discrimination indirectement subie par ceux-ci en raison de leurs convictions religieuses et, d'autre part, la discrimination directement subie par les personnes homosexuelles souhaitant se marier, en faveur de ces dernières⁷². Ce raisonnement nous paraît de portée très limitée dans la mesure où le fonctionnaire objecteur de conscience aurait pu se considérer victime, non pas d'une discrimination indirecte fondée sur ses convictions religieuses, mais d'un harcèlement pour le même motif. Dans ce cas, aucun argument de nature hiérarchique n'aurait aidé le juge à régler le conflit.

Cinquièmement, avec la Juge Françoise Tulken, Olivier De Schutter⁷³ ou Sébastien van Drooghenbroeck⁷⁴, la voie procédurale nous paraît constituer une piste fructueuse pour réduire le subjectivisme inhérent aux solutions visant à trancher les conflits entre droits fondamentaux. Plusieurs dimensions sont couvertes par cette approche procédurale. Tout d'abord, dans la résolution d'un conflit *in concreto*, il s'agira de vérifier la qualité du processus délibératif mis en œuvre par l'« autorité » impliquée (autorité publique, employeur, autorité scolaire, pouvoir législatif, organisme de promotion de l'égalité de traitement, juge national, ...) ⁷⁵ pour concilier, autant que faire se peut, les droits en conflit dans le respect d'une « éthique de la discussion » ⁷⁶. Ensuite, il appartiendra au juge saisi du litige d'évaluer dans quelle mesure il constitue le *forum* le plus approprié pour prendre une décision de principe sur le conflit en cause. Pour la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne, cela peut signifier avoir recours à la marge nationale d'appréciation, tandis que pour le juge national, cela peut impliquer, tout en tranchant l'affaire *in casu* en s'inspirant autant que faire se peut du droit comparé, de renvoyer la balle au législateur et de susciter un débat dans des assemblées démocratiquement élues. Cette dernière approche peut être particulièrement utile quand la transformation de l'arrière-plan sur lequel un conflit se greffe de manière récurrente s'avère nécessaire.

⁷⁰ M. VAN DEN BRINK, « 'If there is anyone, who has an objection to this marriage...' Religious objections to conducting marriages of same-sex couples in the Netherlands », communication présentée à l'occasion du séminaire intitulé *Religion in the public sphere*, Université d'Utrecht, 8 mai 2008 et citée par E. Brems à l'occasion du *Séminaire juridique sur la mise en œuvre du droit communautaire en matière d'égalité des chances et de lutte contre les discriminations*, Commission européenne, Human European Consultancy, Migration Policy Group & Université d'Utrecht, 9 octobre 2009. Au sujet des fonctionnaires objecteurs de conscience, voir nos développements *infra*, chapitre III.3.

⁷¹ Voir, par exemple, P. SIMON, *Etude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux Etats-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*, Rapport à la Commission européenne, DG Emploi et Affaires sociales, Droits fondamentaux et antidiscrimination, Luxembourg, 2004, notamment pp. 86-89.

⁷² Cet exemple est développé *infra*, chapitre III.3.

⁷³ O. DE SCHUTTER & F. TULKENS, "Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution", in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, *op. cit.*, pp. 207-213.

⁷⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », *Les droits de la personnalité*, *op. cit.*, pp. 299 et s., n° 61-69.

⁷⁵ Tout dépend ici du niveau où l'on se place : ainsi le juge national pourra être amené à examiner la qualité du processus mis en œuvre par une autorité publique ou un employeur pour résoudre un conflit entre deux valeurs conflictuelles ; la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour européenne des droits de l'homme seront quant à elles également intéressées à évaluer la qualité de la procédure devant le juge national, etc.

⁷⁶ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, trad. de l'allemand par M. Hunyadi, Paris, Cerf, 1992.

Berdien | 1984

Partie II

Cas particuliers de conflits entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux

1 Le droit au respect de la vie privée et le principe d'égalité de traitement

Le droit au respect de la vie privée, reconnu notamment à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et dans les Constitutions des Etats membres est l'un des droits fondamentaux avec lesquels le principe d'égalité de traitement consacré dans les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE est susceptible d'interagir.

Les interférences sont en réalité de divers types car le droit au respect de la vie privée, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, est une notion de plus en plus englobante⁷⁷, qui entretient des rapports ambigus avec l'interdiction de discrimination. Pour reprendre les termes d'Olivier De Schutter, « la question des rapports entre non-discrimination et vie privée est en fait d'une complexité redoutable »⁷⁸.

La difficulté provient notamment des diverses facettes complémentaires du droit au respect de la vie privée consistant tantôt en la préservation d'une « sphère d'intimité autour de soi »⁷⁹, recouvrant, par extension, le droit à la « vie privée sociale » ou le « droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables »⁸⁰, tantôt en un droit à la protection des données à caractère personnel⁸¹, tantôt enfin en un droit à l'autonomie personnelle⁸². Chacun de ces aspects de la protection de la vie privée est susceptible d'interférer avec l'interdiction de discrimination, soit en venant limiter le champ d'application de cette interdiction en excluant les sphères relevant de la vie privée et familiale, soit en encadrant le traitement de données à caractère personnel de garanties, soit, encore, en contribuant à lutter contre les discriminations par l'interdiction de révéler certains éléments de la vie privée.

⁷⁷ F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 336 pages (en particulier, F. SUDRE, « Rapport introductif. La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie privée », pp. 11-33) ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit.

⁷⁸ O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2001, pp. 33 et s.

⁷⁹ C'est le « droit à l'intimité de la vie privée », l'aspect principal que recouvrait la vie privée, telle que reconnue à l'origine dans la Convention européenne des droits de l'homme (F. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », op. cit., p. 13).

⁸⁰ Cour eur. D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992 (req. n° 13710/88), commenté in F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENORE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 4^{ème} édition, pp. 463-469.

⁸¹ Cette facette du droit au respect de la vie privée a été reconnue comme relevant de l'article 8 de la CEDH, par la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de son arrêt *Rotaru c. Roumanie* (G^{de} Ch.), 4 mai 2000 (req. n° 28341/95)). A ce sujet, voir O. DE SCHUTTER, « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, pp. 137-183.

⁸² Cette notion est présentée, au départ de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002 (req. n° 2346/02), in F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENORE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 452-463.

1.1 La vie privée comme préservation d'une « sphère d'intimité autour de soi » et « vie privée sociale »

Un premier cas de figure dans lequel les exigences du droit au respect de la vie privée et familiale sont susceptibles d'entrer en tension avec l'interdiction de discrimination, telle qu'elle résulte du droit de l'Union européenne, concerne l'application de cette interdiction aux affaires privées, qu'il s'agisse d'un emploi domestique ou dans une entreprise de type familial ou encore de la fourniture de biens et de services dans un cadre privé. Ces hypothèses impliquant toutes une interférence avec la vie privée sont susceptibles de nombreuses applications pratiques (conflits inter-droits externes). Par exemple, une famille à la recherche d'une aide domestique pour s'occuper d'une femme âgée peut-elle refuser ce poste à un homme ? Dans une petite annonce concernant le recrutement d'une « nounou » à domicile, est-il possible d'exiger qu'elle soit de la même origine ethnique ou de la même conviction religieuse que celle de la famille et des enfants dont elle devra s'occuper ? Un employeur dans une entreprise de type familial peut-il invoquer son droit au respect de la vie privée pour recruter ses proches collaborateurs sans respecter les prescrits du principe d'égalité de traitement consacré en droit de l'Union européenne ?

Répondre à ces questions impose au préalable de s'interroger sur les éventuelles limites du champ d'application matériel de l'interdiction de discrimination imposée par le droit de l'Union, au nom du droit au respect de la vie privée et familiale.

Cette interrogation fut au cœur d'un recours en manquement à l'encontre du Royaume-Uni, pour défaut de transposition dans le délai prescrit de la directive 76/207/CEE en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'emploi⁸³. L'un des griefs de la Commission concernait l'exclusion des emplois dans une résidence privée (*private household*) et des entreprises employant moins de 5 employés du champ d'application du *Sex Discrimination Act* de 1975 (section 6(3)). Le Royaume-Uni prétendait que cette exception rentrait dans la notion d'exigence professionnelle essentielle prévue par la directive 76/207/CEE en son article 2 § 2⁸⁴. A cette occasion, la Cour de justice a reconnu que l'exception relative à l'emploi dans une résidence privée « vise à concilier le principe de l'égalité de traitement avec celui, également fondamental, du respect de la vie privée [et que] cette conciliation fait partie des éléments qui doivent être pris en considération pour déterminer le champ d'application de l'exception prévue à l'article 2 § 2 de la directive »⁸⁵. Toutefois, la Cour a jugé le libellé de l'exception britannique trop large, au motif que le sexe ne constitue pas une condition déterminante de tous les emplois dans des résidences privées, en raison de la nature des activités ou des conditions de leur exercice⁸⁶. Il en va de même de l'exception qui concerne toutes les petites entreprises employant moins de 5 employés car il n'est nullement démontré que le sexe du travailleur serait une condition déterminante dans toute entreprise de cette taille⁸⁷.

Plusieurs enseignements peuvent être dégagés de cette décision. Tout d'abord, l'invocation du droit au respect de la vie privée et familiale ne suffit pas pour exclure les emplois domestiques du champ d'application matériel de la directive. Ensuite, la Cour de justice indique que des considérations relatives à la vie privée peuvent néanmoins être introduites par le vecteur spécifique de l'exception prévue lorsque le sexe constitue une condition déterminante d'une activité professionnelle, eu égard à sa

⁸³ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (J.O. L 39, 14 février 1976, pp. 40–42). C.J.C.E., *Commission c. Royaume-Uni*, 8 novembre 1983, aff. 165/82.

⁸⁴ *Ibidem*, point 12.

⁸⁵ *Ibidem*, point 13.

⁸⁶ *Ibidem*, point 14.

⁸⁷ *Ibidem*, point 15.

nature ou aux conditions de son exercice. Enfin, elle rejette l'exception, telle qu'elle avait été libellée en droit anglais, au motif qu'elle s'avérait trop large et, par conséquent, disproportionnée par rapport à l'interprétation restrictive qu'il convient de donner à cette exception.

A l'examen, ni la directive 2000/43/CE, ni la directive 2000/78/CE n'excluent, par principe, les emplois domestiques de leur champ d'application matériel puisque les discriminations sont interdites dans « les conditions d'accès à l'emploi aux activités non salariées ou au travail, [...], quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle »⁸⁸. Du reste, la directive 2000/43/CE a exercé une influence importante sur le droit du Royaume-Uni à cet égard. A l'origine, le *Race Relations Act* de 1976 prévoyait un même type d'exception à l'interdiction de discrimination concernant les petites entreprises de maximum 5 employés et les emplois dans les résidences privées. Ces exceptions qui pouvaient se justifier au nom d'une certaine conception du droit au respect de la vie privée ont été supprimées pour répondre aux exigences de la directive 2000/43/CE. Seule une exception plus limitée a été maintenue suivant laquelle la race peut constituer une exigence professionnelle essentielle quand il s'agit, pour l'employé, de fournir aux membres de ce même groupe racial des services promouvant leur bien être et pouvant être mieux dispensés par une personne de ce groupe⁸⁹. L'on retombe, alors, sur la possibilité d'échapper à l'interdiction de toute discrimination directement fondée sur la race ou l'origine ethnique lorsque celle-ci peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, eu égard à la nature et aux conditions d'exercice de l'activité concernée, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée⁹⁰. La prise en compte du caractère privé ou domestique de l'emploi intervient comme l'un des éléments façonnant les conditions d'exercice de celui-ci sans en déduire une exclusion pure et simple du champ d'application de la directive.

De ce point de vue, la conformité avec les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE du champ d'application matériel de l'*Employment Equality Act* 1998-2007 adopté par l'Irlande est sujette à caution. Il y est expressément prévu que l'interdiction de discrimination ne s'applique pas à la fourniture de services personnels dans un domicile privé, à savoir « ceux qui sont fournis au domicile d'une personne, en ce compris mais pas exclusivement les services qui sont par nature des services rendus à la place d'un parent 'in loco parentis' ou qui impliquent de prendre soin des personnes résidant dans la maison »⁹¹.

Pour l'interdiction de discrimination dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services, la directive 2000/43/CE, qui est la première à avoir couvert ce domaine matériel, précise expressément que seuls sont visés ceux mis « à la disposition du public »⁹². Sous l'influence probable des importants débats intervenus en Allemagne, lors de la transposition de la directive 2000/43/CE, au sujet de la mise en balance de l'interdiction de discrimination et du droit au respect de la vie privée⁹³, cette

⁸⁸ Articles 3 § 1^{er} a) des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

⁸⁹ Section 5(2) (d) du *Race Relations Act* de 1976. Voir N. BAMFORTH, M. MALIK & C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context*, op. cit., p. 857; M. BELL, « Direct Discrimination », in D. Schieck, L. Waddington & M. Bell, *Non-Discrimination Law. Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2007, p. 286.

⁹⁰ Article 4 de la directive 2000/43/CE. A ce sujet, voir *infra*, chapitre III.2.1.

⁹¹ Section 2 (1) de l'*Employment Equality Act* 1998-2007 (notre traduction). O. O'FARRELL, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Ireland Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2008, section 3.2.1.

⁹² Cette précision est renforcée par le considérant (4) de la directive 2000/43/CE qui souligne qu'« [i]l est également important, dans le contexte de l'accès aux biens et services et de la fourniture de biens et services, de respecter la protection de la vie privée et familiale ainsi que les transactions qui se déroulent dans ce cadre ».

⁹³ M. BELL, « Direct Discrimination », op. cit., p. 292.

précision s'est trouvée renforcée dans la directive 2004/113/CE⁹⁴. Celle-ci étend le champ d'application de l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe « à toutes les personnes fournissant des biens et services qui sont à la disposition du public indépendamment de la personne concernée, tant pour le secteur public que pour le secteur privé y compris les organismes publics, et *qui sont offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale*, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre » (article 3)⁹⁵. La proposition de directive du 2 juillet 2008⁹⁶, actuellement en discussion, prévoit également, dans son exposé des motifs, qu'« [e]n termes d'accès aux biens et services, seules les activités professionnelles ou commerciales sont couvertes. En d'autres termes, les transactions entre les personnes privées agissant à titre privé ne sont pas couvertes: il n'y a pas lieu de traiter la location d'une chambre dans une habitation privée de la même manière que la location de chambres dans un hôtel »⁹⁷.

Ces différentes précisions relatives à l'exclusion expresse des transactions entre personnes privées du champ d'application de l'interdiction de discrimination dans l'offre de biens et services jettent un éclairage ambigu sur la situation qui prévaut dans le domaine de l'emploi. Cela signifie-t-il *a contrario* qu'à défaut d'une telle stipulation expresse, les emplois domestiques ne sont pas exclus en tant que tels du champ d'application des directives européennes, sauf à faire jouer l'exception des exigences professionnelles essentielles ? Au contraire, faut-il en déduire que les emplois, au même titre que les transactions entre personnes privées, sont d'office hors du champ de l'interdiction de discrimination au nom du respect du droit à la vie privée ? Les travaux préparatoires des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE ne fournissent aucune clarification à cet égard.

L'exposé des motifs du Protocole n° 12 à la CEDH semble faire pencher la balance en faveur de la seconde interprétation. Afin de définir les obligations positives susceptibles d'être imposées aux Etats au titre de l'interdiction de discrimination dans le domaine des relations entre particuliers, le Protocole précise qu'elles concerneraient « [...] au mieux, les relations dans la sphère publique normalement régie par la loi, pour laquelle l'État a une certaine responsabilité (par exemple: le refus arbitraire d'accès au travail, l'accès aux restaurants ou à des services pouvant être mis à disposition du public par des particuliers, tels que les services de santé ou la distribution d'eau et d'électricité, etc.) ». Et de rajouter qu'« [i]l est entendu que les affaires purement privées ne seraient pas affectées. La réglementation de telles affaires serait également susceptible d'interférer avec le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, garanti par l'article 8 de la Convention ». Cette option a été reprise à son compte par le législateur allemand, afin de concilier non-discrimination et vie privée. Ainsi, l'article 19 § 5 de la loi allemande sur l'égalité de traitement adoptée en 2006 pour transposer les directives antidiscriminatoires stipule que « les règles de ce chapitre ne s'appliquent pas aux obligations de droit civil dont le contenu se caractérise par une relation de confiance ou particulièrement étroite entre les parties ou leurs proches [...] »⁹⁸. Une interprétation clarificatrice de la Cour de justice de l'Union européenne serait certainement bienvenue dans ce domaine.

⁹⁴ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, J.O. L 373, 21 décembre 2004, pp. 37-43.

⁹⁵ Notre accent.

⁹⁶ Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, 2 juillet 2008, COM(2008) 426 final.

⁹⁷ Article 3 § 1^{er} d) relatif à l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et services mis à la disposition du public, y compris en matière de logement : « Le point d) s'applique aux particuliers uniquement dans la mesure où ceux-ci exercent une activité professionnelle ou commerciale ».

⁹⁸ M. BELL, « Direct Discrimination », *op. cit.*, p. 292 (notre traduction).

Gabriël | 1989

Marloes | 1993



1.2 La vie privée comme droit à la protection des données à caractère personnel

Le droit à la protection des données à caractère personnel constitue la deuxième facette du droit au respect de la vie privée susceptible d'interagir avec l'interdiction de discrimination. Ce droit a été consacré, dans un premier temps, par la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981⁹⁹ et, dans un deuxième temps, au sein de l'Union européenne, par la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁰⁰. La Cour européenne des droits de l'homme l'a ensuite reconnu comme relevant du droit au respect de la vie privée (article 8 de la CEDH)¹⁰¹ et ce droit à la protection des données à caractère personnel a finalement trouvé une consécration expresse à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les exemples de conflits potentiels sont nombreux. Un employeur qui souhaiterait adopter une attitude proactive en vue d'éviter de se voir accuser de commettre des discriminations à l'encontre des personnes d'origine étrangère, peut-il, sans violer le droit au respect de la vie privée de ses travailleurs, établir des statistiques propres à son entreprise, dans lesquelles serait reprise notamment leur origine ethnique ? Par ailleurs, la mise sur pied d'actions positives au bénéfice de personnes partageant une même origine ethnique ou une religion déterminée n'implique-t-elle pas, par définition, la collecte et le traitement des données relatives aux caractéristiques pertinentes des individus à qui elles se destinent ? Comment concilier ces exigences avec la protection des données à caractère personnel ? Enfin, peut-on refuser de révéler certaines données médicales à son employeur ou de se soumettre à un examen médical d'embauche au nom de son droit au respect de la vie privée ? Dans certains cas ne risque-t-on pas d'être contraint de révéler son handicap si l'on souhaite qu'il puisse être pris en compte par l'employeur afin d'apporter, le cas échéant, les aménagements raisonnables nécessaires aux horaires ou au poste du travail brigué ?

En partant du constat bien connu que, pour lutter contre les discriminations, il faut être en mesure de comparer des situations individuelles, en ayant accès à certaines données à caractère personnel, il apparaît d'emblée que les tensions entre cette facette du droit au respect de la vie privée et la lutte contre les discriminations sont inévitables¹⁰². Ce type d'interaction a pu passer inaperçu dans les premières décennies de la construction européenne au motif que seules les discriminations fondées sur la nationalité ou sur le sexe étaient interdites par le droit communautaire. Or, si les données relatives au sexe et à la nationalité des individus constituent assurément des données à caractère personnel, en ce

⁹⁹ Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985. L'article 2 de cette Convention définit les données à caractère personnel comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Amann c. Suisse*, 16 février 2000 (req. n° 27798/95), § 65).

¹⁰⁰ J.O., L 281, 23 janvier 1995, p. 31. Il importe de garder à l'esprit la limite du champ d'application matériel de la directive 95/46/CE qui ne vise que la collecte et le traitement des données dans le domaine du droit communautaire, à l'exclusion notamment des traitements : (1) relatifs à « la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État (y compris le bien-être économique de l'État lorsque ces traitements sont liés à des questions de sûreté de l'État) et les activités de l'État relatives à des domaines du droit pénal », (2) effectués « par une personne physique pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques » (article 3 § 2 de la directive). Pour une présentation détaillée du système de protection des données sensibles dans l'Union européenne, voir, A. CAMMILLERI-SUBRENAT & C. LEVALLOIS-BARTH, *Sensitive Data Protection in the European Union*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 250 pages.

¹⁰¹ Cour eur. D.H., *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000 (req. n° 28341/95), § 43 (« des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics »).

¹⁰² J. RINGELHEIM & O. DE SCHUTTER, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies : Reconciling the Promotion of Equality with Privacy Rights*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 7 (sous presse).

qu'elles concernent une personne identifiée ou identifiable, elles ne sont pas considérées comme des données « sensibles » au sens de la directive 95/46/CE et de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe. Il en va différemment de la plupart des motifs de discrimination introduits à l'article 13 CE (devenu article 19 TFUE) par le traité d'Amsterdam qui, en tant que « données sensibles », bénéficient du système de protection renforcé mis sur pied par la directive 95/46/CE. Ce système s'applique en effet aux « données à caractère personnel qui révèlent *l'origine raciale ou ethnique*, les opinions politiques, *les convictions religieuses ou philosophiques*, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des *données relatives à la santé et à la vie sexuelle* » (article 8 § 1^{er})¹⁰³. Au vu de l'imbrication manifeste entre la lutte contre les discriminations fondées sur certains motifs tels que la race, la religion ou l'orientation sexuelle, d'une part, et la protection des données à caractère personnel, de l'autre, le silence des directives de 2000 et des négociations qui y ont abouti sur l'articulation entre ce nouvel arsenal législatif et le traitement des données à caractère personnel peut surprendre¹⁰⁴. A l'examen, les tensions entre les exigences de non-discrimination fondée sur certains motifs et la protection des données à caractère personnel pourraient n'être qu'apparentes, en raison du rapport de complémentarité plutôt que de conflictualité qu'elles entretiennent.

1.2.1 Protection des données à caractère personnel, recours aux statistiques et actions positives

Une lutte effective contre les discriminations implique souvent le recours à des statistiques afin d'apporter un commencement de preuve de la discrimination ou la mise en place d'actions positives au bénéfice de groupes désavantagés. L'usage de ces statistiques (par exemple, dans des cas de discriminations fondées sur l'origine ethnique, la religion ou les convictions) peut se heurter aux exigences de la vie privée au titre de la protection des données à caractère personnel¹⁰⁵. Certes, les directives de 2000 n'ont pas rendu obligatoire le recours aux statistiques comme mode de preuve de la discrimination, mais leur usage pourrait s'avérer inéluctable si les Etats membres considèrent, dans certaines circonstances, qu'il y a discrimination indirecte lorsqu'une mesure ou pratique apparemment neutre a un impact disproportionné vis-à-vis d'une catégorie de personnes protégées contre la discrimination¹⁰⁶. Pour ce qui est de l'adoption de dispositifs d'actions positives en vue de réaliser une pleine égalité dans la pratique, les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE ont ménagé une large marge d'appréciation aux Etats qui sont libres « de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés [aux motifs de discrimination prohibés] »¹⁰⁷. Si un Etat opte pour l'octroi d'un traitement préférentiel au bénéfice de certains individus sur la base de leur origine ethnique

¹⁰³ Notre accent. Ne sont pas visés l'âge ou le sexe d'une personne qui ne sont pas considérés comme des données « sensibles » protégées au nom de la protection de la vie privée. Avec Olivier De Schutter, il est toutefois utile de relever que le sexe et l'âge sont couverts par la notion de « vie privée » dégagée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme comme couvrant toute forme de traitement de données à caractère personnel, à savoir celles se rapportant à une personne identifiée ou identifiable. Une violation du droit au respect de la vie privée en découlera si le traitement n'est pas effectué dans un objectif légitime, s'il a lieu hors d'un cadre réglementaire suffisamment précis ou s'il crée une immixtion dans la vie privée jugée disproportionnée eu égard à l'objectif légitime poursuivi (*Discriminations et marché du travail*, op. cit., p. 34).

¹⁰⁴ Au sujet de cette articulation et des précisions qui pourraient y être apportées, voir O. DE SCHUTTER, « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2006, vol. 57, n° 1, pp. 22-33.

¹⁰⁵ *Ibidem* ; M. DE VOS, *Au-delà de l'égalité formelle. L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Commission européenne, 2007 ; E. DUBOUT, « Vers une protection de l'égalité collective par la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, pp. 851-884.

¹⁰⁶ O. DE SCHUTTER, « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », op. cit., p. 22.

¹⁰⁷ Article 5 de la directive 2000/43/CE ; article 7 de la directive 2000/78/CE.

par exemple, des données permettant de relier les individus aux catégories pertinentes devront être collectées et traitées conformément aux exigences de la vie privée.

De nombreux auteurs parlent du paradoxe européen opposant la lutte effective contre les discriminations et la production de statistiques portant sur des données personnelles sensibles ; paradoxe qu'il serait nécessaire et possible de dépasser¹⁰⁸. En réalité, il n'y a guère de contradiction ou de conflit entre les exigences de protection des données à caractère personnel, d'une part, et le traitement de données rendu nécessaire par des politiques proactives de lutte contre les discriminations, de l'autre¹⁰⁹.

Tout d'abord, le recours à des statistiques pour évaluer l'impact de politiques publiques, de législations ou de pratiques privées sur certains groupes protégés contre la discrimination est parfaitement possible, moyennant certaines garanties, en vertu des exigences relatives à la protection des données à caractère personnel en Europe. De ce point de vue, il importe de rappeler la définition des données à caractère personnel comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable ». Cela signifie que, dès lors que les données collectées à des fins statistiques sont anonymes ou « anonymisées », elles ne rentrent plus dans le champ de la protection de la directive 95/46/CE ou de la Convention n° 108. Dans l'hypothèse où les données concernent des personnes identifiées ou identifiables, la directive 95/46/CE prévoit qu'à condition qu'elles aient été initialement collectées en vue de « finalités déterminées, explicites et légitimes », « [u]n traitement ultérieur à des fins historiques, statistiques ou scientifiques n'est pas réputé incompatible [avec l'objectif initial], pour autant que les États membres prévoient des garanties appropriées »¹¹⁰. Pour les données sensibles, le traitement à des fins historiques, statistiques ou scientifiques doit, en outre, recueillir le consentement de l'intéressé ou répondre à un « motif d'intérêt public important »¹¹¹. Entrent parfaitement dans cette catégorie, la garantie et la promotion de l'égalité de traitement ou la facilitation de la recherche scientifique et l'établissement de statistiques gouvernementales. C'est en se fondant sur un « motif d'intérêt public important » que le Royaume-Uni a reconnu, dans ses lois sur la protection des données, que la surveillance des lieux de travail notamment par un « monitoring ethnique » est une forme légitime de traitement de données sensibles¹¹². Par ailleurs, le traitement des données doit respecter le principe de proportionnalité, notamment en ne portant que sur des données exactes, adéquates pertinentes et non excessives au regard des finalités poursuivies¹¹³. Concrètement, comme l'expose Timo Makkonen, le respect de la proportionnalité implique de privilégier la collecte de données secondaires plutôt que primaires, les enquêtes anonymes, les enquêtes sur échantillons plutôt que celles à grande échelle et les enquêtes volontaires plutôt qu'obligatoires¹¹⁴. En outre, dans ces différents cas de figure, il est nécessaire d'avoir égard aux principes énumérés dans la Recommandation n° R (97) 18 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques¹¹⁵.

¹⁰⁸ P. SIMON, *Etude comparative de la collecte de données*, op. cit., p.86.

¹⁰⁹ O. DE SCHUTTER, « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », op. cit., p. 25; J. RINGELHEIM & O. DE SCHUTTER, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies*, op. cit.; T. MAKKONEN, *Measuring Discrimination. Data Collection and EU Equality Law*, European Commission, 2006, pp. 49-82.

¹¹⁰ Article 6 § 1^{er} b) de la directive 95/46/CE.

¹¹¹ C'est ce qui résulte de la combinaison des articles 6 et 8 de la directive 95/46/CE.

¹¹² T. MAKKONEN, *Measuring Discrimination*, op. cit., p. 61.

¹¹³ Pour une présentation systématique et détaillée de ces garanties, voir T. MAKKONEN, *Measuring Discrimination*, op. cit., pp. 55-57.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 62.

¹¹⁵ Adoptée par le Comité des Ministres le 30 septembre 1997 à la 602^{ème} réunion des représentants des Ministres. Pour une synthèse de ces principes, voir O. DE SCHUTTER, « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », op. cit., pp. 27-28.

Les exigences de la protection des données ne constituent, en principe, pas non plus un obstacle à la possibilité pour des victimes supposées de discrimination de présenter des données statistiques en vue d'obtenir un déplacement de la charge de la preuve en justice¹¹⁶. Dans les Etats où ce mode de preuve est admis, cela conduit très souvent à devoir admettre que les employeurs puissent procéder à un monitoring de l'impact de leurs décisions sur la composition de leur force de travail. A nouveau, un tel monitoring n'est pas exclu en vertu de la directive 95/46/CE. Il pourrait se prévaloir de certaines exceptions à l'interdiction du traitement de données personnelles sensibles, lorsque ce traitement est nécessaire, dans le domaine de l'emploi, au respect d'obligations en matière de droit du travail ou, y compris hors du domaine de l'emploi, à la défense d'un droit en justice et donc, par exemple, pour anticiper des plaintes pour discrimination en matière de recrutement ou de promotion¹¹⁷. Enfin, lorsqu'il s'agit de récolter des données personnelles en vue de conférer aux membres de groupes minoritaires certains avantages ou en vue de leur offrir un traitement spécifique, dans le cadre d'actions positives, nul obstacle incontournable ne résulte des garanties inhérentes à la protection des données à caractère personnel. Dans ce cas de figure, c'est principalement l'exception qui permet le traitement de données sensibles moyennant le consentement libre, informé, explicite et spécifique de la personne concernée qui devra être mobilisée¹¹⁸.

Les controverses récentes intervenues aux Pays-Bas, autour de l'élaboration d'une banque de données relevant l'origine ethnique de certains jeunes d'origine antillaise ou caribéenne considérés comme « à risque », sont révélatrices de l'équilibre délicat à trouver entre les exceptions à l'interdiction de traitement des données sensibles et les risques de dérives discriminatoires¹¹⁹. Alors que le législateur néerlandais a ménagé expressément un espace dans la loi de protection des données afin que des données sensibles – *in casu* liées à l'origine ethnique – puissent être recueillies lorsqu'il s'agit de mener des actions positives afin de lutter contre les discriminations dont ces groupes font l'objet, une utilisation abusive de ces exceptions peut générer des discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique. Bien que vie privée et lutte contre les discriminations pouvaient *a priori* apparaître comme étant conflictuelles, c'est ici une interprétation stricte des exigences de la vie privée qui permet d'éviter des dérapages.

1.2.2 Protection des données à caractère personnel, personnes souffrant d'un handicap et aménagements raisonnables

L'interdiction de discrimination fondée sur le handicap entretient un rapport particulier avec le droit à la protection des données à caractère personnel. Dans le domaine de l'emploi, il sera le plus souvent souhaitable, pour éviter les discriminations fondées sur le handicap, que celui-ci, s'il n'est pas visible, ne soit pas dévoilé à l'employeur, ce qu'assure d'ailleurs généralement l'intervention d'un médecin du travail

¹¹⁶ O. DE SCHUTTER, « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », *op. cit.*, pp. 28-29.

¹¹⁷ Article 8 § 2 e) de la directive 95/46/CE.

¹¹⁸ Article 8 § 2 a) de la directive 95/46/CE.

¹¹⁹ Pour des détails sur cette controverse, voir Justice initiative, *Legal Opinion in the case of Reference Index of Antilleans 'verwijsindex Antilliaanse'*, mars 2008, disponible sur le site <http://www.yudikorsou.com/download/OSJI%20VIA%20Legal%20Opinion.pdf>. Voir aussi, K. GROENENDIJK, « Noot onder ABR 3 september 2008 (VIA) », in T.E. van Dijk a.o. (eds), *Uitsprakenbundel Wet bescherming persoonsgegevens*, The Hague, Sdu, 2009, pp. 407-415 ; R. HOLMAAT, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Netherlands Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2008, p. 12 ; J. RINGELHEIM & O. DE SCHUTTER, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies*, *op. cit.*, pp. 49-50.

tenu au secret professionnel, y compris vis-à-vis de l'employeur, pour évaluer l'aptitude au travail¹²⁰. Dans ce premier cas de figure, les exigences liées à la protection des données à caractère personnel n'entrent nullement en conflit avec celles de la lutte contre la discrimination mais, au contraire, contribuent à son effectivité.

Une personne souffrant d'un handicap est toutefois susceptible, dans certaines situations, de devoir renoncer à son « droit au secret » des données sensibles que sont son état de santé ou le handicap dont elle souffre¹²¹. Il s'agit notamment de cas dans lesquels cette personne est apte à exercer la fonction moyennant des aménagements des horaires ou de son environnement de travail n'entraînant pas une charge disproportionnée pour l'employeur, que le médecin du travail peut recommander sur la base de l'examen médical d'aptitude. Faut-il rappeler l'obligation de l'employeur de prévoir des « aménagements raisonnables » au bénéfice des personnes handicapées, expressément prévue à l'article 5 de la directive 2000/78/CE ? Cette disposition stipule que « l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée ». Afin qu'une telle obligation puisse être remplie par l'employeur, le travailleur souffrant d'un handicap doit inéluctablement renoncer à la protection de son droit à la vie privée, pour révéler ce handicap à son employeur (conflit inter-droits interne).

Olivier De Schutter synthétise fort bien la tension qui se noue, dans ce contexte, entre la protection de la vie privée et le principe d'égalité : « la vie privée permet au travailleur de s'opposer à toute divulgation relative à sa santé qui n'est pas strictement nécessaire à évaluer son aptitude à occuper l'emploi proposé ; s'il veut pouvoir occuper l'emploi dans des conditions satisfaisantes, il doit cependant divulguer le handicap dont il souffre, y compris là où, le handicap étant invisible, il aurait pu demeurer confidentiel »¹²². Ici, la logique de la protection de la vie privée qui permet l'effacement des caractéristiques distinctives ou des différences ne suffit guère à la réalisation d'une égalité substantielle, impliquant de traiter différemment des situations différentes et dès lors de dévoiler ces mêmes différences.

1.3 La vie privée comme droit à l'autonomie personnelle

Il résulte de l'évolution du droit international des droits de l'homme que le droit au respect de la vie privée doit aussi être appréhendé en tant que droit à l'auto-détermination de l'individu ou à l'autonomie personnelle¹²³. En ce sens, « le droit à la vie privée [...] peut être vu comme une clause anti-totalitaire, garantissant que les individus déterminent librement la vie qu'ils souhaitent avoir, comment ils vont développer leur personnalité et leur identité et même, dans la mesure de ce qui

¹²⁰ A ce sujet, voir l'étude approfondie de O. DE SCHUTTER, *Pre-Employment Inquiries and Medical Examinations as Barriers to the Employment of Persons with Disabilities : Reconciling the Principle of Equal Treatment and Health and Safety Regulations under European Union Law*, Commission européenne, 2004, disponible en ligne à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/mon_en.htm.

¹²¹ Sur la protection des données relatives à la santé en vertu de l'article 8 de la CEDH, voir Cour eur. D.H., *I. c. Finlande*, 17 juillet 2008 (req. n° 20511/03), § 38.

¹²² O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., pp. 38-42.

¹²³ Voir notamment Cour eur. D.H., *Tysac c. Pologne*, 20 mars 2007 (req. n° 5410/03), § 107 : « la notion de 'vie privée' est large et englobe notamment des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu comme le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (...) » (notre accent).

Hans | 1955

est praticable, la manière dont ils sont perçus par les autres »¹²⁴. Le droit à la non-discrimination vise quant à lui, en principe, à rendre illicites certaines différenciations fondées sur des critères jugés non pertinents, tels que la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'âge, un handicap ou l'orientation sexuelle, pour ne citer que les motifs de discrimination repris par les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Lorsque l'objectif consiste à réaliser une égalité substantielle, par le recours aux actions positives ou à des statistiques destinées à mettre en lumière des discriminations, le focus se déplace de l'individu vers le groupe, ouvrant la délicate question de la catégorisation des individus dans ces groupes. Tous les motifs de discrimination prohibés ne sont évidemment pas logés à la même enseigne. Si l'on imagine difficilement que soit contesté, au nom du droit à l'auto-détermination, le rattachement d'une personne au genre masculin ou féminin ou à une tranche d'âge déterminée, la conciliation du droit à l'autonomie personnelle avec la classification d'une personne dans un groupe ethnique ou racial apparaît plus délicate¹²⁵.

1.3.1 Droit à l'autonomie personnelle et statistiques ethniques

La question des catégories dites « ethniques » et de leur construction, véritable bouteille à encre pour les spécialistes, fait l'objet des controverses les plus vives¹²⁶. Sans prétendre ajouter une contribution originale à cet important débat, l'ambition est ici d'inscrire cette question dans le cadre de la mise en balance du principe de l'égalité avec d'autres droits fondamentaux. Si un Etat souhaite, en vue de développer des politiques anti-discriminatoires, recueillir des données relatives à l'origine ethnique ou raciale de sa population, ou de certaines franges de celle-ci, il devra non seulement définir les catégories entre lesquelles les individus seront répartis¹²⁷ mais, en outre, fixer les critères sur la base desquels les personnes seront rattachées à l'une ou l'autre catégorie. C'est dans cette dernière opération que se logent les tensions potentielles entre la catégorisation des individus en vue de lutter contre les discriminations et le droit à l'autonomie personnelle, comme élément du droit au respect de la vie privée (*conflit inter-droits interne ou externe*, selon les cas). Sur un plan statistique, quatre méthodes sont traditionnellement distinguées¹²⁸ : (1) l'auto-identification ; (2) l'identification par un tiers sur la base de l'observation de caractéristiques visibles ; (3) la reconnaissance par le groupe ; (4) et le recours à

¹²⁴ Notre traduction: « Privacy [...] may be seen as an anti-totalitarian clause, ensuring that individuals will freely determine which lives they will pursue, how they will develop their personality and identity, and even, in so far as reasonably practicable, how they will be perceived by others » (J. RINGELHEIM & O. DE SCHUTTER, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies*, op. cit., p. 53).

¹²⁵ D'autres critères de discrimination prohibés, tels que la religion, les convictions, le handicap ou l'orientation sexuelle, sont également susceptibles de poser question au regard du droit à l'auto-détermination (voir au sujet de ces classifications à des fins statistiques, P. SIMON, *Etude comparative de la collecte de données*, op. cit., pp. 71-84 ; T. MAKKONEN, *Measuring Discrimination*, op. cit., pp. 79-80). C'est toutefois la problématique des catégories « ethno-raciales » qui est la plus emblématique de la tension qui peut se manifester entre les exigences de la lutte contre les discriminations, d'une part, et celles du droit au respect de la vie privée dans sa dimension de droit à l'autonomie personnelle, de l'autre.

¹²⁶ A ce sujet, voir notamment P. SIMON, *'Ethnic' statistics and data protection in the Council of Europe countries – Study Report*, Strasbourg, European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), 2007 ; J. RINGELHEIM & O. DE SCHUTTER, *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, op. cit., pp. 53-82 ; P. SIMON, *Etude comparative de la collecte de données*, op. cit., pp. 51-70.

¹²⁷ La race et l'ethnicité étant des constructions sociales, il va de soi qu'il est impossible de dégager un modèle unique de catégories et que celles-ci sont par essence fluctuantes et fonction de l'histoire du pays, de la nature des groupes victimes des discriminations et des sensibilités propres à la société concernée. Voir M. BULMER & J. SOLOMONS, « Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies », *Ethnic and Racial Studies*, 1998, vol. 21, n° 5, p. 822 ; O. DE SCHUTTER & J. RINGELHEIM, *Ethnic monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, op. cit., pp. 53-58 et les références citées.

¹²⁸ P. SIMON, *Etude comparative de la collecte de données*, op. cit., pp. 36 et s.

des critères objectifs permettant la classification en fonction d'une combinaison de variables indirectes comme la nationalité, le pays de naissance des parents ou des grands-parents ou la langue¹²⁹.

La méthode de l'auto-identification est la plus fréquente car elle présente de nombreux avantages, en particulier celui d'être la plus respectueuse du droit au respect de la vie privée entendu comme le droit à l'autonomie personnelle et à la protection des données sensibles¹³⁰. Le principe de l'auto-identification est encouragé dans le droit international des droits de l'homme¹³¹. Ainsi, suivant le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, dans sa Recommandation générale VIII, l'identification des individus comme appartenant à un groupe ou à des groupes raciaux ou ethniques particuliers « doit, sauf justification du contraire, être fondée sur la manière dont s'identifie lui-même l'individu concerné »¹³². C'est également ce qui résulte de l'article 3 § 1^{er} de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales qui stipule que « toute personne appartenant à une minorité nationale a le droit de choisir librement d'être traitée ou de ne pas être traitée comme telle ». Cette disposition ne consacre nullement un droit de choisir arbitrairement à quelle minorité l'on souhaite appartenir, mais laisse aux individus, rattachables à une minorité en fonction de critères objectifs, le choix de révéler leur appartenance à cette minorité et d'être ou non traités comme y appartenant¹³³. Un refus de répondre à des questions de recensement portant sur l'ethnicité ne peut donc pas être sanctionné¹³⁴.

Si l'auto-identification a la faveur du droit international des droits de l'homme, ce dernier ne fournit pas d'éléments permettant de savoir dans quels cas il serait néanmoins permis, voire recommandé, de recourir à d'autres procédés, tels que l'identification par des tiers, ni de régler d'éventuels cas problématiques résultant de la seule application de l'auto-identification¹³⁵. En effet, elle n'est pas exempte de difficultés méthodologiques. Ainsi, par exemple, il importe de définir des catégories idoines, faute de quoi le risque existe que certains individus ne se retrouvent dans aucune catégorie, aient des difficultés à choisir ou refusent purement et simplement de s'identifier à certaines d'entre elles en raison des préjugés qui y sont attachés, comme dans le cas des Roms par exemple. L'admission dans les recensements de la déclaration d'une appartenance multiple, comme pour les Américains multiraciaux aux Etats-Unis, ou la prévision d'une catégorie « autre » pour les identités non reprises dans la classification, sont de nature à favoriser le respect du droit à l'auto-détermination. Enfin, dans le cadre des actions positives, le système de l'auto-identification ne peut fonctionner qu'à la condition que les personnes ne « trichent » pas quant à leur appartenance raciale ou ethnique. Si cette condition est remplie dans la grande majorité des cas, les risques d'abus existent néanmoins, comme en atteste le cas *Malone* aux Etats-Unis. Dans cette affaire, les deux frères Malone, de couleur de peau blanche et d'origine italienne, s'étaient déclarés

¹²⁹ Cette dernière méthode est notamment privilégiée aux Pays-Bas dans le cadre des politiques de lutte contre les discriminations (voir J. RINGELHEIM & O. DE SCHUTTER, *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, op. cit., pp. 68-73). Voir supra chapitre III.1.2., à propos des interactions délicates du recours à cette méthode avec le droit au respect de la vie privée dans sa facette de protection des données à caractère personnel.

¹³⁰ Il est à noter qu'aux Etats-Unis, l'extension de l'*affirmative action* à des groupes religieux, effectuée au début des années septante, a été abandonnée en raison de l'impossibilité d'enregistrer la religion autrement que par auto-déclaration. Or, il a été considéré que demander aux employés de déclarer leur appartenance religieuse était incompatible avec le respect dû à leur vie privée (P. SIMON, *Etude comparative de la collecte de données*, op. cit., p. 38).

¹³¹ T. MAKKONEN, *Measuring Discrimination*, op. cit., pp. 77-78.

¹³² Comme le relève T. Makkonen, dans son étude précitée, « le principe de l'auto-identification a aussi été approuvé par l'*European Commission against Racism and Intolerance* et par la Déclaration et le Plan d'action de Durban. Il a également été adopté par certaines juridictions nationales » (*Measuring Discrimination*, op. cit., p. 77).

¹³³ Voir Comité consultatif sur la Convention-cadre, « avis sur Chypre », 6 avril 2001, ACFC/OP/1(2002)004, § 18 ; voir aussi « avis sur l'Azerbaïdjan », 22 mai 2003, ACFC/OP/1(2004)001, § 22.

¹³⁴ Comité consultatif sur la Convention-cadre, « avis sur la Pologne », 27 novembre 2003, ACFC/INF/OP/1(2004)005, § 24.

¹³⁵ T. MAKKONEN, *Measuring Discrimination*, op. cit., p. 77.

« Noirs » dans le formulaire de recrutement pour le corps de pompiers de la ville de Boston. Grâce à cette supercherie, ils avaient pu être embauchés sur les quotas réservés aux Noirs alors que leur score à l'examen les aurait exclus du recrutement en tant que Blancs. Leur fraude ayant été découverte, l'affaire a été portée devant la Cour du Comté du Suffolk dans l'Etat du Massachusetts qui a annulé leur engagement¹³⁶. Cette juridiction s'est retrouvée confrontée à la problématique délicate du rattachement présumé frauduleux de ces deux individus à une catégorie raciale, alors même qu'aucune définition objective de la race n'existe ni ne pourrait être justifiée en droit. Pour pouvoir remettre en cause leur déclaration, la Cour a recouru à trois méthodes supplémentaires d'identification de l'appartenance à une catégorie raciale : « 1) une observation visuelle de leur apparence, 2) des documents mentionnant leur origine, comme le bulletin de naissance, 3) leur perception raciale et celle de leur famille dans leur environnement social »¹³⁷. Cet exemple montre que la méthode de l'auto-identification, si elle semble la plus respectueuse du droit au respect de la vie privée, n'en présente pas moins certains inconvénients et limites. Elle doit donc être maniée avec prudence¹³⁸.

1.3.2 Droit à l'autonomie personnelle et vie privée entendue comme vie extra-professionnelle

Dans le domaine de l'emploi, le droit au respect de la vie privée, comme droit à l'autonomie personnelle, protège certains choix effectués par l'individu¹³⁹. « Envisagée sous ce second angle, la vie privée ne s'oppose pas à la vie publique, mais à la vie professionnelle. Le respect de la vie privée signifie ici que, dès lors qu'ils ne présentent aucune pertinence pour la décision à prendre dans le cadre professionnel, certains faits, même s'ils sont connus, ou si l'individu n'a jamais voulu en préserver la confidentialité, ne peuvent constituer pour lui la source de désavantages »¹⁴⁰. En interdisant les discriminations fondées sur certains motifs qui relèvent du choix de l'individu (religion et convictions ou orientation sexuelle), la directive 2000/78/CE interdit que les comportements, qui résultent de ces choix et qui n'affectent nullement l'exercice des fonctions, soient sanctionnés dans le cadre de la relation d'emploi. Ainsi, un employé dans une entreprise commerciale ayant pignon sur rue ne pourrait être licencié au motif qu'il a participé à la « *Gay Pride* » et affiché, ouvertement à cette occasion, son orientation homosexuelle. Une candidate à un emploi dans un grand-magasin ne pourrait, *a priori*, se voir refuser le poste au seul motif qu'elle signale publiquement sa conviction musulmane en portant le voile. Dans ces deux exemples, l'interdiction de discrimination contenue dans la directive 2000/78/CE implique que ces éléments (orientation sexuelle révélée par la participation à la *Gay Pride* ou religion musulmane révélée par le port du voile) qui relèvent de la vie privée – au sens de la vie extra-professionnelle – ne puissent être pris en compte dans le cadre de décision de licenciement ou d'embauche. C'est ce qu'affirmait plus largement,

¹³⁶ *Malone v. Harley*, n° 88-339 (Sup. Jud. Ct. Suffolk County), Massachusetts, 25 juillet 1989.

¹³⁷ P. SIMON, *Etude comparative de la collecte de données*, op. cit., p. 39, note de bas de page 14.

¹³⁸ Le débat français sur les statistiques de la diversité, qui a culminé à l'automne 2007, constitue une bonne illustration de la délicate articulation entre les objectifs de lutte contre les discriminations, la conception française de l'égalité et les exigences inhérentes au droit au respect de la vie privée. Pour un historique de l'émergence de ce débat en France, voir P. SIMON, « The Controversy on Ethnic Statistics in France », in J. RINGELHEIM & O. DE SCHUTTER, *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, op. cit., pp. 79-81. Voir aussi, J. RINGELHEIM, « Le recueil de données personnelles au service de la lutte contre les discriminations : une tension nécessaire entre non-discrimination et vie privée », in S. Van Drooghenbroeck, S. Sottiaux et Ch. Bayart (dir.), *Les lois fédérales du 10 mai 2007 luttant contre les discriminations*, Bruxelles, éd. La Charte, 2008, pp. 63-100.

¹³⁹ Sur la protection de la vie privée dans le cadre de la vie professionnelle, voir J. MOULY, « Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 279-303.

¹⁴⁰ O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., p. 42.

au nom du respect de la vie privée, la Cour de cassation de France, le 22 janvier 1992, dans l'affaire *Rossard* relative au licenciement d'une employée au motif qu'elle avait acquis une voiture d'une marque différente de celle commercialisée dans l'entreprise : « il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière »¹⁴¹. On le voit, la directive 2000/78/CE ne protège que certains aspects de la vie personnelle en limitant les motifs de discrimination prohibés dans le domaine de l'emploi. Pour le surplus, le droit au respect de la vie privée prend le relais sous la forme du droit à l'autonomie personnelle ou d'une protection de la vie personnelle, définie comme celle qui n'a pas d'impact sur la sphère professionnelle. Dans ce contexte, vie privée et non-discrimination ne sont pas en relation de conflit mais, au contraire, agissent « main dans la main » afin de rendre la lutte contre les discriminations plus effective. Les tensions sont toutefois susceptibles de réapparaître dans le cadre des organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions car, au nom de leur liberté de religion ou d'opinion, une exception spécifique à l'interdiction de discrimination a été ménagée en leur faveur. Cette exception est, comme nous le verrons, susceptible d'entrer en tension avec le droit au respect de la vie privée des personnes qui y sont ou qui souhaitent y être employées¹⁴².

2 Exceptions à l'interdiction de discrimination directe et conflits de droits

Les conflits ou tensions entre différents droits fondamentaux, tels que la liberté d'association, la liberté d'expression, la liberté religieuse, le droit au respect de la vie privée, d'une part, et l'interdiction de discriminations fondées directement sur le genre, la religion ou les convictions ou encore l'orientation sexuelle, de l'autre (conflits inter-droits externes), sont anciens et antérieurs à l'adoption des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Par exemple, au nom de leur liberté d'association, certaines organisations souhaitent engager une femme plutôt qu'un homme pour un service d'accueil aux femmes battues. Par ailleurs, la liberté d'expression d'un médecin relativement à des sujets tels que l'interruption volontaire de grossesse peut entrer en tension avec la liberté religieuse d'un hôpital catholique, exigeant une attitude de loyauté de la part de son personnel¹⁴³. Enfin, nombreux sont les cas où des enseignants se sont vus licencier d'une école catholique en raison de leur divorce ou de leur remariage après divorce, considérés comme une atteinte à l'« éthique » de l'école, entraînant un conflit entre la liberté religieuse de l'école, d'une part, et la liberté de conscience de l'enseignant, son droit à ne pas être discriminé sur la base de ses convictions et son droit au respect de la vie privée, de l'autre.

Les directives anti-discrimination contiennent certaines dispositions pertinentes en vue d'aborder ces tensions entre l'interdiction des discriminations directes et ces différents droits et libertés. En particulier, elles intègrent le souci de protéger ces libertés (de religion, d'association ou d'expression) en prévoyant des exceptions aux interdictions de discrimination directe qu'elles contiennent. Nos développements concernent ici les exceptions prévues dans le domaine de l'emploi, à savoir, d'une part, les exigences professionnelles essentielles et déterminantes et, de l'autre, l'exception spécifique ménagée au

¹⁴¹ Cass. fr. (soc.), 22 janvier 1992, *Bulletin*, n° 30. De même, la Cour de cassation française a jugé que le licenciement pour faute grave d'un clerc de notaire dont l'employeur avait appris, par la presse, qu'il avait été condamné pénalement pour aide au séjour irrégulier d'un étranger, n'avait pas de cause réelle et sérieuse car le fait imputé au salarié relevait de sa vie personnelle et « ne pouvait constituer une faute » (Cass. fr. (soc.), 16 décembre 1997, *Bulletin*, n° 441).

¹⁴² Voir *infra*, chapitre III.2.2.

¹⁴³ Voir Comm. eur. D.H., *Rommelfanger c. Allemagne*, décision du 6 septembre 1989 (req. n° 12242/96), D.R., 62, p. 151 et s.

bénéfice des églises et autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions. Les contours de ces exceptions ne sont pas toujours limpides. En toute hypothèse, celles-ci doivent être interprétées à la lumière des instruments de protection des droits fondamentaux.

2.1 Exigences professionnelles essentielles et déterminantes

Les directives anti-discrimination comprennent toutes une exception spécifique au domaine de l'emploi. Cette exception permet de tolérer des discriminations directes, moyennant certaines conditions, lorsqu'en raison de la nature ou du contexte de l'activité professionnelle, le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelle constituent une exigence professionnelle essentielle et déterminante¹⁴⁴. L'exemple le plus éloquent à cet égard est celui du réalisateur de cinéma qui sera autorisé à recruter un acteur noir de peau pour jouer le rôle de Nelson Mandela. La logique sous-jacente à cette exception consiste à autoriser une atteinte à l'interdiction des différences de traitement fondée sur la race (couleur de peau), dans un cas où l'on considère que cette entorse à l'égalité formelle est justifiée au regard de la nature et des conditions d'exercice de l'activité en cause. Dans un tel cas, une personne ne disposant pas de la caractéristique en question (être noir de peau) ne serait pas incapable d'exercer la profession (jouer le rôle de Nelson Mandela) mais sa crédibilité serait forcément amoindrie.

S'agissant d'une exception à l'interdiction des discriminations directes, l'exigence professionnelle essentielle doit présenter un caractère exceptionnel et être interprétée restrictivement¹⁴⁵. Les directives imposent que le critère de différenciation (sexe, race, religion ou autre) soit essentiel et déterminant au regard de la nature ou du contexte de l'activité professionnelle, que l'objectif poursuivi soit légitime et que l'exigence soit proportionnée au regard de ce principe. Ce régime mobilise, en réalité, les exigences classiques qui encadrent les restrictions à l'exercice d'un droit fondamental.

La logique de l'exigence professionnelle essentielle ne se présente pas systématiquement sous la configuration d'un conflit de droits. Ainsi, le recrutement d'un acteur en fonction de sa couleur de peau, pour interpréter Nelson Mandela, n'implique aucun conflit entre le principe de non-discrimination et un autre droit fondamental. Il s'agit uniquement de définir les contours de l'interdiction des discriminations directes en autorisant des entorses circonscrites à ce principe. Il en va de même, à notre estime, pour les affaires qui ont été soumises à la Cour de justice de l'Union européenne relativement à des situations où le sexe avait été considéré comme constitutif d'une exigence professionnelle essentielle pour occuper des fonctions dans les corps de police armée en Irlande du Nord, dans l'armée en Allemagne ou encore dans les *Royal Marines* au Royaume-Uni¹⁴⁶.

D'autres cas de figure illustrent néanmoins que des conflits inter-droits ou intra-droit sont susceptibles de se nouer lorsque la notion d'exigence professionnelle essentielle est mobilisée.

¹⁴⁴ Article 2 § 2 de la directive 76/207/CEE refondu dans l'article 14 § 2 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (J.O. L 204, 26 juillet 2006, pp. 23–36) ; article 4 de la directive 2000/43/CE et article 4 § 1^{er} de la directive 2000/78/CE.

¹⁴⁵ Il est à noter que des controverses existent quant aux contours des obligations formelles qui s'imposent aux Etats lorsqu'ils font usage de cette exception. La transposition de cette exception dans le domaine de l'égalité de genre révèle une grande variété de situations. Pour des exemples d'approches nationales, voir M. BELL, « Direct Discrimination », *op. cit.*, pp. 275–278.

¹⁴⁶ C.J.C.E., *Johnston*, 15 mai 1986, aff. 222/84, §§ 29–40 ; C.J.C.E., *Kreil*, 11 janvier 2000, aff. C-285/98, §§ 20–29 ; C.J.C.E., *Sirdar*, 26 octobre 1999, aff. -273/97, §§ 21–32.

Dans nos développements consacrés à l'articulation entre le respect de la vie privée et l'égalité de traitement¹⁴⁷, nous avons vu que l'exception relative aux exigences professionnelles essentielles et déterminantes avait constitué le vecteur par lequel des considérations relatives à la vie privée avaient pu être prises en compte afin de baliser le champ d'application matériel de l'interdiction des discriminations directes dans l'emploi. Ce cas de tension entre l'interdiction de discrimination et le droit au respect de la vie privée semble résolu par le droit de l'Union européenne en accordant une priorité à l'interdiction de discrimination qui ne cède le pas, face aux exigences du respect de la vie privée, qu'à la condition que ces dernières soient corsetées dans les conditions strictes auxquelles est subordonnée l'exception visant les « exigences professionnels essentielles ». Il ne suffit pas à l'employeur d'invoquer son droit au respect de la vie privée *in abstracto*, mais il lui faut démontrer qu'en raison de la nature et du contexte de l'activité domestique pour laquelle une personne est recrutée son sexe, son origine ethnique ou sa religion peuvent être considérés comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante « pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

Le cas d'une association pour la défense des droits des homosexuels souhaitant recruter une personne partageant cette orientation sexuelle pour un poste à responsabilité constitue un autre exemple emblématique de conflits de droits potentiels autour de cette exception. Une telle situation révèle un conflit entre le droit à la liberté d'association dans le chef de l'organisation qui recrute, l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le chef des candidats à l'emploi et, enfin, le droit au respect de la vie privée de ces derniers, vu la difficulté d'imaginer un mécanisme permettant de vérifier l'orientation sexuelle des candidats sans interférer avec leur vie privée¹⁴⁸. Ce cas de figure était expressément pris en considération dans les travaux préparatoires de l'ancienne législation suédoise interdisant les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi (*Prohibition of Discrimination in Working Life because of Sexual Orientation Act* (1999:133))¹⁴⁹, qui précisait que l'orientation sexuelle pouvait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour une « position vitale » dans une organisation travaillant dans le domaine des droits des homosexuels¹⁵⁰. Par contre, en Allemagne, la Cour fédérale du travail a décidé, en 1998, qu'un poste de représentant pour l'égalité des chances destiné à couvrir les questions d'égalité de genre dans un Land allemand ne pouvait valablement être réservé aux femmes. La Cour allemande a considéré, à cette occasion, que le sexe ne constitue une condition indispensable à l'exercice de la profession, au sens de la loi allemande, que si un représentant du sexe opposé était incapable de remplir les exigences contractuelles et que cette incapacité était fondée sur des motifs conformes aux valeurs constitutionnelles relatives à l'égalité des sexes¹⁵¹. Or, en l'espèce cette incapacité d'un candidat masculin à exercer les tâches d'un représentant pour l'égalité des chances n'avait pas été démontrée par l'administration du Land concerné.

¹⁴⁷ Voir *supra*, chapitre III.1.

¹⁴⁸ O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹⁴⁹ Il est à noter que cette législation a été remplacée par le *Discrimination Act* du 5 juin 2008, SFS 2008:567, publié le 25 juin 2008 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

¹⁵⁰ M. BELL, « Direct Discrimination », *op. cit.*, p. 279.

¹⁵¹ Cour fédérale du travail (BAG), 12 novembre 1998, anonyme, NZA 1999, p. 371 (cité par M. BELL, « Direct Discrimination », *op. cit.*, p. 287). Voir aussi, au Canada, l'affaire *Vancouver Rape Relief society v. Nixon* tranchée par la Cour suprême de Colombie britannique ([2003] BCSC, 1936). Cette dernière a considéré qu'une association féministe sans but lucratif qui fournit des services aux femmes victimes de la violence masculine n'avait pas commis de discrimination fondée sur le sexe en refusant d'engager une transsexuelle (homme devenu femme) au motif que cette personne n'avait pas vécu l'expérience d'avoir été « opprimée depuis sa naissance » pour être née et avoir grandi femme, expérience jugée nécessaire pour fournir les conseils et soins appropriés aux victimes de violence masculine. Le recours de M^{me} Nixon devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté et il en a été de même de la demande d'autorisation d'appel introduite devant la Cour suprême (*Kimberly Nixon v. Vancouver Rape Relief Society* (B.C.), 31633, 1^{er} février 2007).

Une autre situation de conflit se manifeste fréquemment entre la liberté religieuse, dans sa dimension collective, d'une part, et l'interdiction de discriminer sur la base de l'orientation sexuelle ou sur celle du genre, de l'autre (conflit inter-droits externe). Il est intéressant de mentionner la manière dont ces conflits ont été abordés en droit anglais, car le législateur est intervenu pour les trancher en amont, en créant une exemption spécifique pour les emplois liés à une religion organisée (« *where the employment is for purposes of an organised religion* »), autorisant des discriminations sur la base du sexe¹⁵² ou de l'orientation sexuelle, dans certaines circonstances étroitement circonscrites. L'on traitera ici de l'exemple de l'exception spécifique introduite dans l'*Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations* de 2003 « (a) lorsque l'emploi s'exerce pour une religion organisée ; [et] (b) l'employeur applique une exigence relative à l'orientation sexuelle – afin de se conformer aux doctrines de la religion ou, en raison de la nature de l'emploi et du contexte dans lequel il est exercé, afin d'éviter d'entrer en conflit avec les convictions religieuses profondément ancrées d'un nombre significatif de fidèles » (section 7(3))¹⁵³. La conformité de cette réglementation qui, dans des cas certes limités¹⁵⁴, accorde la priorité à la liberté religieuse sur l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, a été mise en cause par des associations pour la protection des droits des homosexuels et par plusieurs syndicats qui ont porté cette question devant la *High Court* à Londres. Moyennant une interprétation stricte, cette exception a toutefois été jugée conforme à la directive 2000/78/CE (article 4 § 1^{er}) et à la Convention européenne des droits de l'homme (articles 8 et 14), dans l'affaire *R (Amicus-MSF and others) v. Secretary of State for Trade and Industry and Christian Action Research Education and others*¹⁵⁵. A cette occasion, le juge Richards a considéré que cette exception impliquait une mise en balance par le législateur de différents droits en conflits. Il a souligné, d'une part, que ce dernier avait agi délibérément afin de limiter les questions qui auraient dû être tranchées par les cours et tribunaux dans un domaine aussi sensible et, de l'autre, qu'un objectif légitime était poursuivi par cette mesure et que l'équilibre ainsi atteint était approprié¹⁵⁶.

Plus délicats à qualifier de conflits de droits sont les cas dans lesquels un bar qui s'adresse principalement à un public homosexuel ou un restaurant asiatique souhaitent recruter un serveur en se fondant respectivement sur l'orientation sexuelle des candidats ou sur leur origine ethnique. Comme le souligne O. De Schutter, aucune de ces organisations ne poursuit à proprement parler un objectif idéologique de défense des personnes homosexuelles ou des droits des personnes d'origine asiatique, qui permettrait de raisonner sur la base de l'exception spécifique prévue au bénéfice des organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions (article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE)¹⁵⁷. Toutefois, le bar « gay », en se fondant sur la notion de vie privée sociale, pourrait invoquer la volonté des membres

¹⁵² Voir section 19(1) du *Sex Discrimination Act* de 1975 : « (1) *Nothing in this Part applies to employment for purposes of an organised religion where the employment is limited to one sex so as to comply with the doctrines of the religion or avoid offending the religious susceptibilities of a significant number of its followers* ».

¹⁵³ Notre traduction : « *This paragraph applies where - (a) the employment is for purposes of an organised religion; and (b) the employer applies a requirement related to sexual orientation - so as to comply with the doctrines of the religion, or because of the nature of the employment and the context in which it is carried out, so as to avoid conflicting with the strongly held religious convictions of a significant number of the religion's followers* ».

¹⁵⁴ Pour défendre cette réglementation, le gouvernement a précisé que son but était d'éviter de placer les tribunaux devant des litiges les obligeant à entrer dans des controverses théologiques sur le statut de l'homosexualité dans telle ou telle doctrine religieuse. Pour ce motif, il revenait au gouvernement lui-même de trouver l'équilibre délicat entre les droits à l'emploi des personnes homosexuelles et le droit des groupes religieux à la liberté de religion (§ 90). Des précisions sur le type d'emplois visés figurent également dans les développements de la position du gouvernement : « *When drafting Regulation 7(3) we had in mind a very narrow range of employment : ministers of religion, plus a small number of posts outside the clergy, including those who exist to promote and represent religion* » (§ 91).

¹⁵⁵ [2004] IRLR 430.

¹⁵⁶ *Ibidem*, §§ 123-124.

¹⁵⁷ Voir *infra*, chapitre III.2.2.



Natasja | 1970

d'une minorité de se retrouver entre eux et le restaurant asiatique, la rentabilité de son entreprise qui pourrait être favorisée par l'« authenticité » de ses serveurs¹⁵⁸. La question de savoir si l'orientation sexuelle ou l'origine ethnique du candidat au poste de serveur pourront être considérées comme des exigences professionnelles essentielles au sens des directives européennes devra être résolue par le recours au principe de proportionnalité. S'il est délicat de se prononcer de manière tranchée en l'absence de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'on peut avancer que, dans le cas du restaurant asiatique, l'objectif économique de rentabilité devrait peser d'un poids moindre que l'interdiction de discrimination fondée sur l'origine ethnique. Il apparaît, de surcroît, difficile de justifier la nécessité et le caractère proportionné d'une sélection des serveurs sur la base de leur origine ethnique par rapport à cet objectif de rentabilité. Ainsi, par exemple, au Royaume-Uni, il est prévu, dans une exception spécifique du *Race Relations Act* de 1976 que la couleur ou la nationalité pourront être considérées comme une exigence professionnelle essentielle lorsque « l'emploi implique de travailler dans un endroit où de la nourriture ou des boissons sont fournies (gratuitement ou non) et consommées par des membres du public ou d'une partie du public, dans une configuration particulière justifiant d'exiger une personne appartenant à un certain groupe racial pour des motifs d'authenticité »¹⁵⁹. L'absence de toute référence à la proportionnalité dans le libellé de cette exception spécifique pose des problèmes de compatibilité avec la directive 2000/43/CE, à tout le moins en ce qu'elle vise la couleur de peau. La mise en balance des intérêts est plus complexe dans le cas du bar « gay » qui implique un véritable conflit de droits entre l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, d'une part, et la liberté d'association ou le droit au respect de la vie privée dans sa dimension sociale, de l'autre. Une difficulté supplémentaire résulte également, dans cette dernière situation, de l'impossibilité de vérifier l'orientation sexuelle des futurs serveurs sans entraver leur droit à la vie privée, cette fois dans sa dimension de préservation d'une sphère d'intimité autour de soi.

C'est, enfin, une situation un peu particulière de conflit intra-droit, au sein même du principe d'égalité, que soulèvent D. Schieck, L. Waddington et M. Bell lorsqu'ils mettent en évidence les tensions entre égalité formelle et égalité substantielle susceptibles de survenir en fonction de la conception plus ou moins large que l'on adopte de l'exigence professionnelle essentielle. L'exemple d'un appel à candidature exprimant une préférence pour quelqu'un d'origine maghrébine au motif que l'emploi va consister principalement à travailler avec des jeunes de cette origine et que cela facilitera la confiance mutuelle permet d'illustrer ces tensions. La Commission pour l'égalité de traitement des Pays-Bas (*Commissie Gelijke Behandeling* – CGB)¹⁶⁰ a considéré qu'un tel appel à candidature était constitutif d'une discrimination directe au motif que la liste des exigences professionnelles essentielles n'inclut pas d'exception permettant le recrutement d'une personne issue d'un groupe cible, afin de fournir une assistance à des personnes d'une certaine origine ethnique¹⁶¹. Ce même litige aurait pu trouver une issue différente s'il s'était déroulé au Royaume-Uni. En effet, le *Race Relations Act* de 1976 (section 5(2)(d)) prévoit un cas spécifique dans lequel la race

¹⁵⁸ O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., p. 67.

¹⁵⁹ Notre traduction : « *the job involves working in a place where food or drink is (for payment or not) provided to and consumed by members of the public or a section of the public in a particular setting for which, in that job, a person of that racial group is required for reasons of authenticity* » (M. BELL, « Direct Discrimination », op. cit., p. 278).

¹⁶⁰ Il s'agit de l'organisme de promotion de l'égalité de traitement mis en place aux Pays-Bas en 1994. Pour un aperçu de ses fonctions et de sa compétence quasi-judiciaire, voir I. RORIVE, « A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Discrimination and Racism », *New Institutions for Human Rights Protection*, K. Boyle (ed.), Oxford, O.U.P., 2009, pp. 138-173, spec. pp. 149-150.

¹⁶¹ Avis n° 1997-51, disponible en néerlandais sur le site de la CGB : <http://www.cgb.nl>. Il est à noter que, dans la même affaire, la CGB a considéré que la préférence pour un candidat de sexe masculin pour le poste destiné à s'occuper de jeunes maghrébins avait, quant à elle, été justifiée à suffisance en tant qu'exigence professionnelle essentielle, au vu de la nature spécifique des problèmes des jeunes garçons maghrébins avec lesquels le futur travailleur devrait être à même d'établir une véritable relation de confiance (cité par M. BELL, « Direct Discrimination », op. cit., p. 288).

ou l'origine ethnique constitue une exigence professionnelle essentielle, à savoir lorsque « le titulaire d'un emploi fournit aux membres d'un groupe racial des services personnels destinés à promouvoir leur bien être et que ces services peuvent effectivement être mieux dispensés par une personne de ce groupe racial »¹⁶². Au vu de l'interprétation donnée par les juges anglais à cette exception, exigeant des contacts directs entre le fournisseur et le bénéficiaire des services et la connaissance de la langue et/ou des habitudes culturelles ou religieuses du bénéficiaire de services¹⁶³, il apparaît probable que le recrutement d'un candidat d'origine maghrébine en vue de travailler avec des jeunes de cette origine puisse être jugé acceptable en droit anglais. La tension se manifeste ici entre, d'une part, l'interprétation restrictive de l'exigence professionnelle essentielle de la Commission pour l'égalité de traitement des Pays-Bas, n'engendrant qu'une entorse limitée à l'égalité formelle et, de l'autre, celle plus large retenue en droit anglais. Ce dernier semble prendre en compte une conception substantielle de l'égalité justifiant une interprétation plus large de l'exception, afin de favoriser un groupe désavantagé. Le risque existe toutefois de remettre en cause le caractère symétrique de la protection contre les discriminations qui imposerait de considérer discriminatoire la non-désignation d'une personne néerlandaise ou anglaise « de souche » pour travailler avec des jeunes d'origine maghrébine.

Enfin, toujours dans le domaine de l'emploi, l'on peut s'interroger sur l'existence d'une exception plus large à l'interdiction des discriminations directes fondées sur l'un des critères prohibés, qui se fonderait sur le respect de certains droits ou libertés fondamentaux. Une telle hypothèse trouve un fondement exprès, pour les motifs couverts par la directive 2000/78/CE – âge, orientation sexuelle, religion ou conviction et handicap –, dans son article 2 § 5 qui stipule que « [l]a présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires [...] à la protection des droits et libertés d'autrui ». Pour les discriminations raciales, aucune disposition équivalente n'a été insérée dans le corps de la directive 2000/43/CE, mais le considérant 4 de son préambule en vertu duquel « [i]l est important de respecter ces droits fondamentaux et ces libertés fondamentales, y compris la liberté d'association. [...] » atteste d'une démarche similaire. En tout état de cause, cette exception s'enracine dans l'obligation incombant aux Etats membres de transposer les directives en respectant les droits fondamentaux.

2.2 Exception spécifique pour les églises et organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions

Un conflit particulier se manifeste lorsque l'interdiction de discrimination fondée sur la religion ou les convictions entre en tension avec la liberté religieuse, entendue comme le droit pour les églises ou les organisations religieuses ou philosophiques de s'organiser sans immixtion de l'Etat¹⁶⁴. C'est aux fins de fournir des lignes directrices pour encadrer ce type de conflits que le législateur européen a prévu une exception spécifique à l'interdiction de discrimination directement fondée sur la religion ou les convictions. L'article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE prévoit que, moyennant le respect de certaines conditions, des différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions peuvent être autorisées « dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou

¹⁶² Notre traduction : « *the holder of the job provides persons of that racial group with personal services promoting their welfare, and those services can most effectively be provided by a person of that racial group* ».

¹⁶³ Voir les exemples cités et commentés dans M. BELL, « Direct Discrimination », *op. cit.*, p. 286.

¹⁶⁴ A cet égard, il est utile de garder en mémoire la référence, dans le considérant 24 du préambule de la directive 2000/78/CE, à la déclaration n° 11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles, annexée à l'acte final du traité d'Amsterdam. L'Union y reconnaît explicitement « qu'elle respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres et qu'elle respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles ».

privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions »¹⁶⁵. En l'absence de jurisprudence de la Cour de justice sur la question, déterminer la portée exacte de cette disposition, particulièrement nébuleuse, n'est pas une tâche aisée pour l'interprète. Son libellé n'est en effet pas exempt de difficultés. L'exception spécifique prévue au premier alinéa de l'article 4 § 2 est présentée comme une possibilité offertes aux Etats membres apparemment autorisés à décider de l'utiliser ou non dans la transposition en droit interne. Par ailleurs, la référence au *maintien* d'une telle exception dans la législation nationale ou à la codification de pratiques existantes pose la question de la marge de manœuvre dont disposent les Etats pour introduire une telle exception, alors même qu'elle ne résulterait ni du droit positif ni de la pratique en vigueur au moment de l'adoption de la directive. Toutefois, le second alinéa évoque le droit des organisations « de tendance » de « requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation ». Cette affirmation est difficile à réconcilier avec celle présentant l'exception comme une faculté à la disposition des Etats. Ces derniers ne peuvent, en effet, en transposant la directive, faire abstraction de leur obligation de respecter la liberté religieuse des églises et la liberté de conviction des organisations de tendance, ces libertés étant entendues ici dans leur dimension collective. Ces ambiguïtés se reflètent d'ailleurs dans la transposition très diversifiée dont cette exception a fait l'objet dans les Etats membres¹⁶⁶. Or, tant les exceptions libellées en termes trop larges que l'absence d'exception sont susceptibles de poser problème au regard des droits et libertés fondamentaux. En effet, une exception trop large porte atteinte à l'interdiction de discrimination contenue dans la directive 2000/78/CE tandis qu'une absence d'exception, non directement contraire à la directive, pourrait constituer une violation de la liberté religieuse¹⁶⁷.

Les questions des bénéficiaires de l'exception, de ses contours et de ses limites seront abordées en prenant en compte la situation de conflit de droits (inter-droits externe) qui sous-tend cette exception ainsi que les enseignements tirés tant du droit international et européen des droits de l'homme que de certains droits nationaux.

¹⁶⁵ L'article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE est libellé comme suit : « Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit européen, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif.

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

¹⁶⁶ L. VICKERS, *Religion et convictions: discrimination dans l'emploi – Le droit de l'Union européenne*, Commission européenne, 2006, pp. 56-61.

¹⁶⁷ Voir les exemples cités par L. VICKERS, *Religion et convictions*, op. cit., p. 59. Il est à noter toutefois que, dans la plupart des Etats n'ayant pas expressément intégré une telle exception ou l'ayant intégré sous une autre forme, il existe d'autres garanties de la liberté religieuse aboutissant parfois à exclure purement et simplement les membres du « clergé » du champ d'application du droit du travail et du droit de la non-discrimination.

2.2.1 Bénéficiaires de l'exception

Cette exception spécifique est destinée aux « églises et autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions ». Cette formulation a été modifiée au cours des négociations de la directive en vue d'en élargir les bénéficiaires. Dans la proposition de directive initialement déposée par la Commission, il était question des « organisations publiques ou privées qui ont pour *objectif direct et essentiel l'orientation idéologique dans le domaine de la religion ou de la croyance* par rapport à l'enseignement, l'information et l'expression d'opinions, et *pour les activités professionnelles de ces organisations qui ont directement et essentiellement trait à cet objectif* »¹⁶⁸. Sous la pression des églises et communautés religieuses, la Commission européenne a amendé sa proposition initiale afin de pouvoir englober les activités sociales des organisations religieuses¹⁶⁹.

Définir ce qu'il faut entendre par « organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions » renvoie presque inmanquablement à la délicate question de la définition des notions de « religion » et de « conviction ». La directive 2000/78/CE est muette et force est de constater que c'est également le cas des législations nationales de transposition. Conformément à la jurisprudence *Chacon Navas* de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de handicap, une interprétation autonome doit être dégagée au plan européen¹⁷⁰. Si l'on se tourne vers les enseignements des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux et, en particulier, de la CEDH, une conception particulièrement large de la notion de religion se dégage pour définir l'applicabilité de la liberté religieuse garantie à l'article 9 de la CEDH¹⁷¹. L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme ne permet pas de déduire une quelconque définition de la religion : la seule exigence expresse jusqu'ici formulée étant qu'il s'agisse d'une « confession suffisamment identifiable »¹⁷².

Pour ce qui est d'une organisation dont l'éthique est fondée sur la conviction, la délimitation des bénéficiaires de l'exception s'avère encore plus délicate. Quelles convictions sont susceptibles d'être englobées ? S'agit-il exclusivement de convictions religieuses ou la notion peut-elle être étendue à d'autres convictions, y compris politiques ou syndicales, ainsi qu'à l'absence de convictions ? La directive 2000/78/CE ne fournit pas d'indications expresses à ce sujet. S'il est permis d'affirmer, avec Lucy Vickers, que toutes les convictions ne sont pas protégées par la directive et que « [p]ar exemple, la croyance en la supériorité d'une équipe de football sur une autre ne sera pas couverte », la question de la frontière reste posée¹⁷³. La plupart des législations de transposition sont également muettes à ce sujet¹⁷⁴. Certains Etats ont inclus expressément les convictions politiques, et plus rarement les convictions syndicales, comme un motif spécifique de discrimination prohibé, impliquant par là qu'ils ne les considéraient pas comprises dans les « convictions » visées par la directive. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il est généralement admis que les convictions protégées, au titre de l'article 9 de la CEDH, recouvrent les convictions religieuses ou philosophiques, sans englober, en principe, les opinions politiques. Pour être protégées, les convictions doivent recouvrir des « vues ayant atteint un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »¹⁷⁵. L'application de ces exigences par a

¹⁶⁸ Notre accent.

¹⁶⁹ Proposition modifiée de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, 10 octobre 2000, COM(2000) 652 final.

¹⁷⁰ C.J.C.E., *Chacon Navas*, 11 juillet 2006, aff. C-13/06.

¹⁷¹ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 70-74 ; L. VICKERS, *Religion et convictions*, op. cit., p. 29.

¹⁷² Comm. eur. D.H., *X c. RU*, 4 octobre 1977 (req. n° 7291/75), D.R. 11, p. 55.

¹⁷³ L. VICKERS, *Religion et convictions*, op. cit., p. 29.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Cour eur. D.H., *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 février 1982 (req. n° 7511/76 et 7743/76), § 36.

conduit la Cour européenne des droits de l'homme à englober le pacifisme, le végétarisme ou l'athéisme dans la notion de « convictions philosophiques », au sens de l'article 9 de la Convention¹⁷⁶. L'inclusion du pacifisme montre, si besoin en était, à quel point la frontière entre convictions philosophiques et politiques peut se révéler difficile à tracer.

La notion de conviction pourrait-elle être étendue au point de comprendre la « culture d'entreprise » ou l'image de l'entreprise autorisant, par conséquent, un recrutement voire un licenciement sur le fondement de l'adhésion ou non à cette culture ? L'affaire « Club » survenue en Belgique est révélatrice des difficultés de tracer les contours de cette exception et des tensions qui peuvent en découler entre l'interdiction de discrimination fondée sur la religion ou les convictions et la liberté d'entreprise. Dans cette affaire, la société « Club », une librairie et papeterie « grand-public », arguait de son image « ouverte, disponible, sobre, familiale et neutre » pour justifier l'exigence, dans son règlement de travail, de porter un uniforme aux marques de l'entreprise et de s'abstenir de porter des symboles ou vêtements susceptibles de porter atteinte à cette image. En vertu d'un raisonnement critiquable à maints égards, les juridictions du travail n'ont constaté aucune violation de la liberté religieuse ou de l'interdiction de discrimination, sans pour autant que l'exception spécifique au bénéfice des organisations « de tendance » ne soit invoquée en l'espèce¹⁷⁷.

Des précisions de la Cour de justice de l'Union européenne quant à la possibilité d'inclure la « culture d'entreprise » dans la notion de conviction seront nécessaires. En l'état actuel du droit, nous considérons, avec Olivier De Schutter, que ce serait aller trop loin et que « [l']exception de l'article 4 § 2 ne pourrait justifier un traitement discriminatoire en vertu de la conviction [...] simplement parce que le candidat à un emploi [...] n'adhère pas pleinement à la 'culture d'entreprise' ou ne montre aucune fidélité envers le 'projet' dans lequel il lui est demandé de s'investir ». En d'autres mots, cela revient également à dire qu'il ne suffit pas que la conviction de certains travailleurs s'oppose à l'activité de l'entreprise pour qu'elle puisse revendiquer l'exception au bénéfice des organisations de tendance¹⁷⁸. Ces cas de figure ne rentrent pas, par ailleurs, dans la catégorie des conflits de droits, à moins de considérer que la liberté d'entreprise constitue un droit fondamental avec lequel l'interdiction de discrimination entre en conflit. Un tel raisonnement ne peut, selon nous, être suivi car il transformerait l'intégralité du droit anti-discriminatoire dans le domaine de l'emploi en situations de conflits entre l'interdiction de discrimination des travailleurs et la liberté d'entreprendre des employeurs.

2.2.2 Contours de l'exception

A la différence de l'exception prévue à l'article 4 § 1^{er}, l'exception spécifique prévue au bénéfice des églises et organisations de tendance ne requiert pas que l'exigence professionnelle soit déterminante pour la profession à exercer eu égard à sa nature ou à son contexte mais uniquement qu'elle soit essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Si l'effet utile à conférer à cette exception implique qu'elle permette d'aller au-delà de ce qui est autorisé en vertu de l'exception « exigence professionnelle essentielle » classique, son champ d'application n'est pas pour autant aisé à délimiter.

¹⁷⁶ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 547-548.

¹⁷⁷ Cour du travail de Bruxelles (4^{ème} Ch.), *E.F. c. s.a. Club*, 15 janvier 2008, R.G. no 48.695, *Journal des tribunaux du travail*, 2008, p. 140. Voir également le commentaire dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6-7, p. 87.

¹⁷⁸ O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., pp. 75-76.

Un premier critère utile réside dans la nécessité que la religion (ou les convictions) constitue une exigence *professionnelle essentielle*, ce qui impose un lien suffisamment étroit avec l'emploi en question. C'est à défaut d'avoir pu apporter une telle preuve, qu'une organisation humanitaire chrétienne danoise (l'Armée de la Croix chrétienne) a accepté de verser une indemnisation de 8000 euros au travailleur qui avait été licencié de son poste d'agent de nettoyage parce qu'il n'était pas membre de l'Eglise luthérienne nationale, reconnaissant implicitement que les postes de nettoyage ne pouvaient bénéficier de l'exemption en vertu de l'article 4 de la directive 2000/78/CE¹⁷⁹. C'est également en tenant compte du lien avec la nature de l'emploi qu'une distinction est établie, en droit espagnol, entre le travail « idéologique » pour les organisations religieuses (impliquant la transmission de l'idéologie de l'institution) et les tâches neutres eu égard à l'éthique de l'organisation¹⁸⁰. L'on retrouve aussi cette référence à la nature de la profession dans le raisonnement tenu par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Dahlab c. Suisse*, pour rejeter le recours d'une institutrice primaire de l'enseignement public, licenciée au motif qu'elle refusait d'ôter son voile islamique. A cette occasion, la Cour européenne a avalisé la position du tribunal fédéral suisse notamment en ce qu'« il a *tenu compte de la nature même de la profession d'enseignant de l'école publique, détenteur de l'autorité scolaire et représentant de l'Etat*, mettant ainsi en balance la protection du but légitime que représente la neutralité de l'enseignement public et la liberté de manifester sa religion »¹⁸¹.

La plupart des cas sont néanmoins plus complexes et concernent des fonctions dont la nature ne présente pas toujours de lien évident avec l'éthique de l'organisation - médecin dans un hôpital catholique, assistant social pour une organisation caritative liée à une Eglise, professeur de français dans une école musulmane. Pour ce type de professions, l'image que l'organisation donne d'elle-même au travers des personnes qui la constituent peut-elle justifier le refus d'engagement ou le licenciement fondé sur la religion ou les convictions, indépendamment du contenu de l'emploi que l'intéressé devait occuper ou occupait ? Plusieurs considérations de texte pourraient plaider en ce sens. Ainsi, l'évocation du *contexte* dans lequel les activités sont exercées, la disparition de l'exigence expresse de proportionnalité dans le paragraphe 2 ou, enfin, la reconnaissance, en termes quelques peu ambigus, d'un *droit* des églises et des organisations de tendance à exiger des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté par rapport à l'éthique de l'organisation. Comme le souligne O. De Schutter, « dans cette finale de l'article 4 § 2, plus aucun accent n'est mis sur le contenu de l'activité prestée, et sur le lien qui devrait exister entre, d'une part, le contenu de l'activité, et d'autre part, la religion ou les convictions de qui l'exerce ou pourrait l'exercer »¹⁸².

Une affaire concernant un poste d'assistant social auprès d'une sous-organisation de l'Eglise protestante d'Allemagne, à propos de laquelle le tribunal et la Cour du travail de Hambourg ont adopté des positions diamétralement opposées, témoigne de cette mise en balance délicate entre liberté religieuse des organisations religieuses, d'une part, et interdiction de discrimination fondée sur la religion, de l'autre¹⁸³. En l'espèce, il s'agissait d'un appel à candidatures émis par une sous-organisation de l'Eglise protestante d'Allemagne pour un poste d'assistant social, destiné à travailler avec des immigrés dans le cadre du programme « EQUAL », financé par la Commission européenne. La requérante avait reçu un appel téléphonique de l'employeur lui témoignant de l'intérêt pour sa candidature tout en l'interrogeant sur sa confession religieuse. Au vu de la réponse de la candidate, qui se déclara musulmane non pratiquante,

¹⁷⁹ *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2006, n° 3, p. 64.

¹⁸⁰ Ainsi, le tribunal constitutionnel a considéré que le licenciement d'une aide-soignante par un hôpital catholique privé, au motif qu'elle ne respectait pas l'éthique de l'hôpital n'était pas légal car il s'agissait d'un emploi neutre par rapport à l'idéologie de l'hôpital (arrêt du tribunal constitutionnel du 12 juin 1996, 106/1996 (req. 3507/93).

¹⁸¹ Cour eur. D.H., *Lucia Dahlab c. Suisse*, décision du 15 février 2001 (req. n° 42393/98), notre accent.

¹⁸² O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., p. 75.

¹⁸³ *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6-7, p. 109.

il lui fut demandé si elle était prête à changer de religion. Elle communiqua son refus, estimant que ce n'était nullement nécessaire pour l'emploi en question, et elle reçut ultérieurement un courrier lui signifiant que sa candidature avait été rejetée. La candidate déçue porta sa cause devant le tribunal du travail de Hambourg¹⁸⁴ qui lui donna raison. Le raisonnement sur lequel il se fondait est intéressant car il précise les limites dans lesquelles peut être invoquée l'exception prévue au bénéfice des églises, par la loi allemande sur l'égalité de traitement (article 9). Suivant cette juridiction, si cette exception protège l'autonomie des églises, elle ne permet pas d'établir des différences de traitement indépendamment du type de travail concerné. Or, en l'espèce, rien ne justifiait que les fonctions d'un assistant social destiné à aider les immigrés, ne puissent être assurées que par un postulant chrétien. Cette décision fut d'autant plus remarquée que, comme le souligne M. Mahlmann, elle s'écartait de la jurisprudence établie de longue date par les juridictions allemandes, laquelle autorise une plus large autonomie des églises, leur permettant de déterminer elles-mêmes les types de postes qui doivent être occupés par des membres d'une religion particulière¹⁸⁵. Ainsi, dans l'affaire *Rommelfanger*¹⁸⁶, déjà ancienne, la Cour constitutionnelle allemande, suivie par la Commission européenne des droits de l'homme¹⁸⁷, avait jugé le licenciement d'un médecin, par un hôpital catholique, en raison de ses prises de position dans les médias en faveur de l'avortement, conforme à l'autonomie dont jouissent constitutionnellement les églises et organisations religieuses en Allemagne et n'emportant pas de violation de la liberté d'expression du médecin. L'affaire relative au refus d'engager un assistant social non chrétien jugée à Hambourg connut cependant un rebondissement important. Statuant sur recours de l'organisation religieuse, la Cour d'appel du travail, renversa la décision de première instance, arguant du fait que la candidate n'était pas qualifiée pour l'emploi en question et ne pouvait dès lors se plaindre d'une quelconque discrimination à l'embauche¹⁸⁸. Outre le fait que cette juridiction n'a pas, de manière très contestable, examiné l'existence d'un comportement discriminatoire découlant des propos tenus à la candidate lors de l'entretien téléphonique, l'on regrettera particulièrement le refus de la Cour du travail de procéder à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice afin qu'elle précise la portée de l'article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE. Cette dernière décision de la Cour du travail de Hambourg a fait l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure allemande, encore pendant au moment de la rédaction de cette étude.

2.2.3 Limites de l'exception

Le législateur européen fournit des balises pour encadrer le recours à cette exception par les églises et organisations de tendance. Il est expressément prévu, au deuxième alinéa de l'article 4 § 2, que la différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions « doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des Etats membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur d'autres motifs ». Cela revient à exiger que les autres droits et libertés fondamentaux (principes constitutionnels des Etats membres

¹⁸⁴ Décision du 27 mai 2008, 20 Ca 105/07.

¹⁸⁵ M. MAHLMANN, « Flash-Report – Religious Discrimination », avril 2009, disponible en ligne, sur le site du European Network of Legal experts in the Non-discrimination Field, à l'adresse suivante : <http://www.non-discrimination.net>.

¹⁸⁶ Voir les différents arrêts du tribunal du travail d'Essen, de la Cour d'appel de Düsseldorf, de la Cour fédérale du travail et de la Cour constitutionnelle allemande ayant mené à la saisine de la Commission européenne des droits de l'homme (Comm. eur. D.H., *Rommelfanger c. Allemagne*, 6 septembre 1989 (req. n° n°12242/96), D.R., 62, p. 151). Pour une approche plus récente de la question par la Cour européenne des droits de l'homme, consulter l'affaire *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 octobre 2009 (req. n° 39128/05).

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ M. MAHLMANN, « Flash-Report – Religious Discrimination », avril 2009, *op. cit.*

Rosanne | 1987

Stephen | 1989



et principes généraux du droit communautaire) soient respectés et, en particulier le principe de non-discrimination tiré d'autres critères de différenciation protégés.

2.2.3.1 Respect des droits et libertés fondamentaux

Cette référence aux principes généraux du droit communautaire permet notamment de réintégrer l'impératif de proportionnalité qui, à la différence de l'exigence professionnelle essentielle prévue au paragraphe 1^{er}, n'est plus expressément mentionnée au paragraphe 2 de l'article 4.

Cette exigence de proportionnalité sous-tend notamment le raisonnement de la Commission pour l'égalité de traitement des Pays-Bas (CGB) dans un cas de refus d'embauche, par une école musulmane, d'une femme musulmane pour un poste d'enseignant de langue arabe, au motif qu'elle refusait de porter le foulard islamique (hidjab). Dans un avis n° 2005-222 rendu le 15 novembre 2005, la CGB, considérant qu'il s'agissait d'une discrimination directement fondée sur la religion, a vérifié si les conditions d'application de l'exception en matière d'enseignement étaient réunies¹⁸⁹. La CGB requiert notamment que l'exigence soit nécessaire et proportionnée à la réalisation des principes fondateurs de l'institution ; *quod non in casu* car l'école musulmane n'est pas parvenue à prouver que le port du foulard était une condition nécessaire au maintien ou à la réalisation des principes fondateurs religieux de l'école. En effet, l'école avait engagé des enseignantes non musulmanes qui ne portaient pas le foulard et les enseignantes et élèves n'étaient pas obligées de le porter hors de l'école. Suivant la Commission, cela témoignait du fait que cette exigence vestimentaire n'était pas si fondamentale pour assurer la mise en œuvre des principes de l'établissement scolaire. Par ailleurs, aucune preuve n'avait pu être apportée pour montrer que le port du foulard constituait un critère fonctionnel à la bonne exécution de l'enseignement de la langue arabe¹⁹⁰.

Du reste, l'exigence du respect des droits de l'homme inclut logiquement celle du respect de la vie privée. En principe, cela devrait empêcher que des organisations de tendance ne prennent en compte des éléments relatifs à la vie privée qui ne s'avèrent pas déterminants pour la capacité à exercer l'emploi en cause, pour refuser d'embaucher un candidat à l'emploi ou pour licencier un de leurs employés¹⁹¹. Cette limite tirée du respect du droit à la vie privée permet de résoudre les cas emblématiques du licenciement d'une enseignante d'un établissement catholique pour adultère ou remariage après divorce¹⁹² ou du refus d'engager une personne au motif de son homosexualité¹⁹³. Une hypothèse similaire avait été déférée à la Cour de cassation française dans l'affaire *Painsecq contre Association Fraternité Saint Pie X*¹⁹⁴. Appelée à se prononcer sur une décision judiciaire ayant accepté le licenciement d'un sacristain, employé d'une association de chrétiens traditionalistes, après que son employeur eut appris, par une indiscretion, qu'il était séropositif et homosexuel, la Cour de cassation a réformé ce jugement. Elle considéra que le juge d'appel avait fait une application erronée des dispositions du Code du travail

¹⁸⁹ Article 5 (2) (c) de la loi néerlandaise sur l'égalité de traitement de 1994.

¹⁹⁰ *Revue du droit relatif à la non-discrimination*, n° 3, avril 2006, p. 86.

¹⁹¹ Voir *supra*, chapitre III.1.3.

¹⁹² Voir notamment, Cass. fr. (ass. plén), 19 mai 1978, *Dalloz*, 1978, p. 541, concl. R. Schmelck, note Ph. Ardant ; *J.C.P.*, 1979, II, p. 19009, rapp. Sauvageot, note R. Lindon. Voir aussi Conseil d'Etat belge (4^{ème} Ch.), 20 décembre 1985, *Van Peteghem*, n° 25995, commenté in O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 287-305.

¹⁹³ Pour un exemple similaire en Lettonie relatif à un ancien ministre luthérien du culte qui avait perdu son poste après avoir déclaré publiquement son homosexualité, voir *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2005, n° 2, p. 70 et *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2007, n° 5, p. 94.

¹⁹⁴ Cass. fr. (soc.), 17 avril 1991, *Droit Social*, juin 1991, p. 489.

français, en se bornant à « mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise »¹⁹⁵. En principe, dans ce cas de figure, la protection de la vie privée vient en renfort de l'interdiction de discrimination pour limiter, le cas échéant, la liberté religieuse des églises et autres organisations de tendance. Cette protection offerte par le droit au respect de la vie privée, qui fait obstacle à ce que l'employeur recueille des informations qui ne sont pas strictement nécessaires à apprécier la capacité professionnelle de l'intéressé, doit être néanmoins nuancée pour les organisations de tendance¹⁹⁶. Ces dernières bénéficient, en effet, en vertu de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 sur la protection des données à caractère personnel (article 8 § 2 d), de la possibilité de récolter et traiter certaines données « sensibles », relatives à la religion ou aux convictions, aux opinions politiques ou à l'appartenance syndicale, moyennant le respect de certaines conditions. Cette nuance ne nous semble pas pour autant justifier qu'un recrutement ou un licenciement par ces organisations puisse se baser sur des éléments de la vie privée d'une personne, tels que son remariage après divorce ou son orientation sexuelle. Dans ce dernier cas, l'on se heurterait d'ailleurs à l'autre balise prévue par la directive 2000/78/CE, à savoir que cette dérogation à l'égalité de traitement « ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif ».

2.2.3.2 Interdiction de discriminer sur la base d'un autre motif

Encadrer le recours à l'exception par les églises et organisations de tendance est fondamental si l'on songe aux conflits susceptibles de se manifester entre certains dogmes religieux et l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe et sur l'orientation sexuelle¹⁹⁷. Aux Pays-Bas, cette limite a été intégrée dans la loi sur l'égalité de traitement du 2 mars 1994, qui n'autorise les églises ou organisations de tendance à faire des différences de traitement qu'à la condition « que cela n'aboutisse pas à une distinction exclusivement fondée sur l'opinion politique, la race, le sexe, la nationalité, l'orientation sexuelle ou l'état civil » (article 5 (2)). Il ressort des travaux parlementaires que « le seul fait » qu'une personne soit homosexuelle ne peut justifier le refus de l'engager ou son licenciement. Toutefois, il peut en aller différemment si des « circonstances additionnelles » sont prises en compte. L'exemple mentionné est celui d'un professeur de sciences sociales dans une école religieuse qui serait homosexuel, cohabitant avec un partenaire de même sexe, et dont on pourrait craindre qu'il se positionne, dans ses classes, sur l'institution du mariage, en contrariété avec la doctrine de l'école¹⁹⁸.

Un cas tranché par un tribunal administratif finlandais mérite l'attention à cet égard. La Finlande n'a pas introduit d'exception spécifique, sur le modèle de l'article 4 § 2, lors de la transposition de la directive 2000/78/CE : la loi anti-discrimination ne contient qu'une disposition portant sur les exigences professionnelles essentielles (tirée de l'article 4 § 1^{er} de cette directive). Dans une affaire, qui a eu un grand retentissement médiatique, l'Eglise évangélique-luthérienne avait refusé de nommer comme chapelain (assistant de pasteur) une femme vivant publiquement une relation homosexuelle et ayant annoncé qu'elle souhaitait faire enregistrer officiellement ladite relation. Le tribunal administratif de Vaasa a annulé la décision du chapitre cathédral au motif qu'elle était constitutive d'une discrimination fondée sur « tout autre motif relatif à une personne ». Comme le relève T. Makkonen, dans cette décision,

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., pp. 72-73.

¹⁹⁷ A ce sujet, voir M. MALIK, *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy*, op. cit., pp. 17-30.

¹⁹⁸ Voir les références citées par R. HOLMAAT, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Netherlands Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2007, pp. 64-65.

le tribunal n'a pas pris en compte la disposition de la loi anti-discrimination portant sur les exigences professionnelles essentielles¹⁹⁹.

Cette affaire finlandaise peut utilement être rapprochée d'un cas d'espèce similaire *Reaney v. Hereford Diocesan Board of Finance*, porté devant un tribunal du travail anglais²⁰⁰. Les faits étaient très proches puisqu'il s'agissait de l'évêque d'un diocèse de l'Eglise d'Angleterre qui avait refusé d'engager une personne homosexuelle comme jeune clerc dans le diocèse au motif qu'il n'était pas convaincu qu'il s'abstiendrait de tout rapport sexuel pendant la durée de son emploi, comme le requièrent les prescrits de l'Eglise d'Angleterre. Le contexte législatif du Royaume-Uni est différent du contexte finlandais dans la mesure où le législateur anglais a introduit une exception spécifique dans *l'Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations* de 2003 (section 7(3))²⁰¹. Le tribunal du travail a considéré que le poste offert entraînait bien dans le champ d'application de cette exception car, d'une part, ce poste impliquait de représenter le diocèse et l'Eglise d'Angleterre et, d'autre part, la doctrine de l'Eglise d'Angleterre relative à l'absence de relations sexuelles hors mariage, qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles, pouvait impliquer l'interdiction d'employer quelqu'un engagé dans une relation homosexuelle. Il a toutefois accueilli la requête du candidat évincé au motif que ce dernier n'était plus dans une relation depuis quelques mois et s'était engagé à ne pas entrer dans une nouvelle relation homosexuelle pendant qu'il travaillerait pour l'Eglise d'Angleterre²⁰². Comme le montre cette décision, dès lors qu'au nom de la liberté religieuse et des prescrits religieux, une différence de traitement fondée sur la religion implique également une différence de traitement fondée sur un autre motif, en l'espèce, l'orientation sexuelle, l'on retombe sur les critères plus stricts de l'article 4 § 1^{er} n'autorisant à différencier sur la base d'un critère prohibé qu'à la condition qu'il constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante²⁰³.

3 L'objection de conscience et le principe d'égalité de traitement

3.1 Notion d'objection de conscience

L'objection de conscience désigne généralement le refus d'accomplir certaines obligations ou de se soumettre à certains devoirs en s'appuyant sur des convictions religieuses ou philosophiques. En

¹⁹⁹ Tribunal administratif de Vaasa, 27 août 2004, réf. n° 04/0253/3. *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2005, n° 1, pp. 52-53.

²⁰⁰ [2007] Employment Tribunal No. 1602844/2006. Pour des détails et discussions relatifs à cette affaire, voir N. BAMFORTH, M. MALIK, & C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context*, op. cit., pp. 713-714.

²⁰¹ Voir nos développements *supra* dans ce chapitre (texte correspondant aux notes 155 à 159).

²⁰² M. MALIK, *From Conflict to Cohesion : Competing Interests in Equality Law and Policy*, op. cit., p. 25.

²⁰³ L. VICKERS, *Religion et convictions: discrimination dans l'emploi – Le droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 64. Le cas de la politique de sélection des étudiants dans la faculté de théologie d'une université calviniste hongroise, impliquant l'exclusion des étudiants qui mènent ou prônent un mode de vie homosexuel, porté jusqu'à la Cour suprême hongroise par une organisation de protection des droits des gays et lesbiennes, illustre également les cas complexes de conflits de droits susceptibles de se présenter autour de la liberté religieuse et l'articulation délicate des exceptions au principe d'égalité de traitement. Pour une présentation détaillée de cette affaire, voir *Revue du droit relatif à la non-discrimination*, 2005, n° 1, p. 60 et *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2005, n° 2, pp. 66-67.

d'autres termes, l'objecteur de conscience considère qu'il est des actes qu'il ne peut poser au nom d'impératifs liés à sa religion ou à ses convictions.

En Europe, l'objection de conscience est principalement invoquée dans trois types de situation : (1) pour refuser de faire son service militaire ou de servir sous les drapeaux ; (2) pour refuser de célébrer des unions civiles : soit un mariage entre personnes de sexes différents parce qu'un des futurs époux est divorcé, soit, plus fréquemment, un mariage ou un partenariat enregistré entre personnes de même sexe ; (3) enfin, dans le domaine des soins de santé, pour refuser de contribuer à la contraception médicalement assistée, à des processus de fertilisation artificielle, à des interruptions volontaires de grossesses ou à des euthanasies pratiquées dans le respect des prescrits légaux.

Dans les Etats membres de l'Union européenne, le droit à l'objection de conscience est parfois expressément consacré dans un Concordat conclu avec le Saint-Siège qui, après sa ratification, bénéficie du statut de traité en droit international. Dans d'autres Etats, le droit à l'objection de conscience fait partie du droit constitutionnel ou législatif national²⁰⁴. En toute hypothèse, ce droit est une des facettes de la liberté de religion consacrée par la Convention européenne des droits de l'homme, droit qui n'est cependant pas protégé de manière absolue (article 9 § 2). Dans l'affaire *Pichon et Sajous*²⁰⁵, du nom de deux pharmaciens associés dans l'unique officine d'une petite commune du Sud-Ouest de la France, les requérants refusaient, au nom de leurs croyances religieuses, de vendre la pilule contraceptive à trois femmes qui leur avaient présenté les prescriptions médicales requises pour les obtenir. Condamnés pénalement par des juridictions de police françaises, ils avaient invoqué une violation de leur droit à la liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme. A cette occasion, cette juridiction avait rappelé que « l'article 9 de la Convention ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par [sa] conviction ». Elle avait rejeté ce recours au stade de la recevabilité en estimant que « dès lors que la vente de ce produit est légale, intervient sur prescription médicale uniquement et obligatoirement dans les pharmacies, les requérants ne sauraient faire prévaloir et imposer à autrui leurs convictions religieuses pour justifier le refus de vente de ce produit, la manifestation desdites convictions pouvant s'exercer de multiples manières hors de la sphère professionnelle »²⁰⁶. Il ressort clairement de cette décision que, pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'objection de conscience reste une prérogative limitée tirée de la liberté religieuse qui ne peut conduire à restreindre les droits et libertés d'autrui.

En droit européen, la directive 2000/78/CE marque, dans une certaine mesure, la consécration implicite d'une objection de conscience religieuse dans le domaine de l'emploi et de la formation professionnelle. En exigeant des Etats membres d'assurer une protection contre les discriminations fondées sur la religion et les convictions, cette norme européenne donne à l'objecteur de conscience un nouvel outil juridique pour faire entendre sa voix. Ainsi, le médecin, employé dans un centre de soins, licencié sur la base du règlement de travail pour avoir refusé de participer à une interruption de grossesse légale, pourra plaider avoir été victime d'une discrimination indirecte et demander à son employeur d'établir le caractère justifié et proportionné de son licenciement. Pour certains auteurs, la directive 2000/78/CE va même jusqu'à consacrer, aux côtés de l'objection de conscience religieuse, une objection de conscience idéologique. D'après Olivier De Schutter, cette directive, « dès lors qu'elle interdit la discrimination fondée

²⁰⁴ Voir les exemples nationaux donnés dans l'Opinion n° 4-2005 du Réseau de l'Union européenne d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *The Right to Conscientious Objection and the Conclusion by EU Member States of Concordats with the Holy See*, 14 décembre 2005, pp. 6-14, disponible sur le site de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/avis/2005_4_en.pdf.

²⁰⁵ Cour eur. D.H., *Pichon et Sajous c. France*, décision du 2 octobre 2001 (req. n° 49853/99).

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 5 de la décision publiée en français sur le site de la Cour européenne : http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_FR.

sur la conviction, reconnaît un véritable ‘droit à l’objection de conscience idéologique’ au travailleur, à qui son employeur ne pourra reprocher, par exemple, de refuser de collaborer à un projet qui porte des graves atteintes à l’environnement ou aux droits d’autrui : l’entreprise ne pourra sanctionner l’usage qu’il fait de ce droit que si elle-même conduit ses activités dans un but idéologique, ou si, à tout le moins, elle peut se présenter comme une entreprise dont l’éthique est fondée sur des convictions »²⁰⁷. Telle qu’elle, cette affirmation paraît trop péremptoire et doit être nuancée, car elle revient à reconnaître un caractère quasi absolu à l’objection de conscience. En réalité, comme nous le verrons en tentant d’articuler les notions d’objection de conscience, de discrimination indirecte et d’aménagement raisonnable, n’importe quelle objection de conscience dans la sphère du travail n’a pas voix au chapitre. Il s’agit *in fine* pour le juge d’effectuer un contrôle de proportionnalité où seront pris notamment en compte la nature de l’emploi concerné et de l’engagement contractuel (avec la délicate question de la renonciation aux droits fondamentaux) ainsi que la charge que l’objection de conscience fait peser sur l’employeur, mais aussi sur les droits et libertés d’autrui.

De manière plus générale, il est intéressant de noter, avec Maleiha Malik²⁰⁸, l’importance des développements qu’a connus la liberté religieuse au cours des dix dernières années. Alors que l’exigence de garantir la liberté religieuse dans les démocraties libérales est initialement associée à l’idée de tolérance religieuse qui, aux côtés de la liberté d’expression et d’association, doit permettre aux individus de vivre en accord avec leurs croyances dans la sphère privée, la consécration d’un principe de non-discrimination fondé sur des motifs religieux et philosophiques traduit l’émergence d’un nouveau standard dans la sphère publique ou semi-publique : l’interdiction des discriminations directes fondées sur les convictions religieuses des individus dans un domaine sociétal aussi fondamental que l’emploi, ainsi que l’obligation, dans certaines circonstances, de modifier les pratiques existantes lorsqu’elles sont constitutives de discriminations indirectes ou structurelles. A ce principe de non-discrimination s’ajoutent souvent des politiques visant à encourager le pluralisme culturel et le multiculturalisme, favorisant un aménagement de l’environnement de travail de nature à inclure (ou à ne pas exclure) les minorités religieuses.

3.2 Objection de conscience *versus* principe de non-discrimination

Il est des cas où l’objection de conscience peut venir se heurter au principe de l’égalité de traitement. La jurisprudence nationale des Etats membres de l’Union européenne offre plusieurs illustrations de conflits entre le droit à l’objection de conscience pour motif religieux, d’une part, et le principe de non-discrimination fondé sur l’orientation sexuelle ou celui de l’égalité entre hommes et femmes, d’autre part. Ces affaires ont généralement été traitées sous l’angle du droit de la non-discrimination (et non sous celui de la liberté religieuse). Elles présentent cependant une particularité de taille par rapport aux autres cas de conflits *intra-droit externes* traités dans ce rapport, dans la mesure où les parties en conflit ne sont pas des titulaires de droits subjectifs tirés du droit de la non-discrimination en raison de motifs de distinction différents. En réalité, ces litiges opposent des requérants se considérant discriminés en raison de leurs convictions religieuses à des personnes excipant des considérations égalitaires (fondées sur le genre ou l’orientation sexuelle) au nom de l’intérêt général.

²⁰⁷ *Discriminations et marché du travail*, op. cit., p. 76. Par « entreprise dont l’éthique est fondée sur des convictions », Olivier De Schutter fait référence aux organisations visées à l’article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE. A ce sujet, voir les développements *supra*, chapitre III.2.

²⁰⁸ N. BAMFORTH, M. MALIK, & C. O’CINNEIDE, *Discrimination Law: Theory and Context*, op. cit., pp. 866-870.

Aux Pays-Bas, la Commission pour l'égalité de traitement (CGB) a été saisie, à plusieurs reprises, de recours introduits par des officiers d'état civil, ou par des candidats officiers d'état civil, qui refusaient de célébrer des mariages entre personnes de même sexe²⁰⁹ pour des motifs religieux et dont, pour cette raison, le contrat n'était pas renouvelé, ou dont l'engagement n'était pas conclu. Dans un premier temps, la Commission pour l'égalité de traitement a considéré que ces officiers d'état civil avaient été victimes d'un traitement discriminatoire indirectement fondé sur leur religion. Dans deux avis rendus en 2002 et 2005²¹⁰, cet organisme a, en effet, estimé, que les municipalités devaient rechercher des « solutions pratiques » visant à aménager les horaires de travail afin de faire célébrer les mariages entre personnes de même sexe par des fonctionnaires n'ayant pas d'objection de conscience tout en employant également des personnes ayant de telles objections. La Commission fondait notamment ses avis sur les travaux préparatoires de la loi néerlandaise générale de non-discrimination²¹¹ qui préconisaient, dans la mesure du possible, le respect des objections de conscience²¹².

Dans un deuxième temps, la Commission pour l'égalité de traitement est revenue sur cette jurisprudence en considérant objectivement justifiée le fait d'imposer à un candidat officier d'état civil de célébrer des mariages entre personnes de même sexe²¹³. Suivant la Commission néerlandaise, la décision de refus d'embauche de la municipalité poursuivait l'objectif légitime de lutter contre la discrimination à l'encontre des personnes homosexuelles dont les droits étaient en jeu. A son estime, il était « difficile de justifier » qu'une municipalité permette à un officier d'état civil de traiter différemment les couples homosexuels des couples hétérosexuels. D'après Rikki Holmaat²¹⁴, la Commission pour l'égalité de traitement a, dans cette affaire politiquement sensible, rendu, le 7 mars 2008, un avis de principe, s'écartant des solutions pragmatiques préconisées antérieurement et mettant l'accent sur le « rôle exemplaire » que doit jouer une autorité publique dans la lutte contre les discriminations. Dans ce contexte, la conscience religieuse personnelle du fonctionnaire doit plier face à un intérêt plus général.

Cette solution est loin d'être partagée par tous aux Pays-Bas puisque le gouvernement national entend garantir à la fois le droit des couples homosexuels et ceux des officiers d'état civil qui excipent, à titre individuel, d'une objection de conscience à l'égard du mariage entre personnes de même sexe. Cette politique est consacrée dans une convention signée par les maires néerlandais en vertu de laquelle ceux-ci s'engagent à ce que les mariages homosexuels soient célébrés dans leur municipalité, tout en traitant de manière pragmatique les objections de conscience²¹⁵. Elle trouve également un écho dans

²⁰⁹ En Europe, les Pays-Bas ont été pionniers dans la reconnaissance du mariage homosexuel : la loi du 21 décembre 2000 ouvrant l'accès au mariage à des personnes de même sexe est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001. Auparavant, la loi du 5 juillet 1997 sur l'introduction du partenariat enregistré, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, avait donné la possibilité aux couples homosexuels de régler officiellement leur vie commune.

²¹⁰ Avis n° 2002-25, § 5.8 et avis n° 2005-26, disponibles en néerlandais sur le site de la CGB : <http://www.cgb.nl>.

²¹¹ *Algemene wet gelijke behandeling (AWGB)*, 2 mars 1994 (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1994).

²¹² Notez que cette approche se situe dans la ligne d'avis rendus antérieurement par la CGB (avis n° 1997-46 concernant un témoin de Jéhovah refusant une transfusion sanguine ; avis n° 2000-13 concernant la non-admission à un stage de formation d'une étudiante refusant de prêter sa collaboration à des interruptions volontaires de grossesse ou à des euthanasies).

²¹³ Avis n° 2008-40, disponible en néerlandais sur le site de la CGB : <http://www.cgb.nl>, et commenté dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6/7, pp. 119-120.

²¹⁴ European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, *Netherlands Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2008, section 0.3.

²¹⁵ Dans une recommandation accompagnant son avis n° 2008-40, la CGB a invité le gouvernement à ne pas autoriser les officiers d'état civil à refuser des mariages entre personnes homosexuelles (*Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand. Trowens ? Geen bezwaar !*, Recommandation n° 2008-04 CET disponible en néerlandais sur le site de la CGB : <http://www.cgb.nl>).

une décision rendue par un tribunal de première instance en 2003 qui avait jugé illégal le renvoi d'un officier d'état civil dans des circonstances similaires²¹⁶. Reste à savoir si l'avis rendu par la Commission pour l'égalité de traitement en mars 2008 pourrait induire un renversement de jurisprudence.

Au Royaume-Uni, le même type d'affaire s'est présenté donnant lieu à une importante décision de la Cour d'appel du travail, le 19 décembre 2008²¹⁷. Madame Ladele, officier d'état civil au service de l'arrondissement londonien d'Islington depuis 1992, refusa, après l'entrée en vigueur de la législation relative aux partenariats civils adoptée en 2004²¹⁸, d'exécuter la moindre obligation associée à l'inscription des partenariats civils²¹⁹ au motif que cette institution était contraire à sa foi chrétienne qui considère toute union entre personne de même sexe comme étant contraire à la loi de Dieu et constitutive de péché. Après avoir insisté sans succès auprès de cette fonctionnaire pour qu'elle accomplisse au moins certaines de ses obligations liées à l'enregistrement des partenariats civils, le Conseil municipal lui infligea une sanction disciplinaire et menaça de la licencier. En première instance, le tribunal du travail avait retenu une discrimination fondée directement sur les croyances religieuses de Madame Ladele, une situation de harcèlement au travail, ainsi qu'une discrimination indirecte²²⁰. Pour le tribunal, exiger de l'ensemble des officiers d'état civil, et donc de la requérante, la célébration de partenariats civils ne saurait se justifier par la protection des droits de la communauté homosexuelle étant donné que des officiers de l'état civil ne faisant pas valoir d'objection de conscience pouvaient se charger de cette tâche. Autrement dit, si l'objectif poursuivi par l'autorité publique était légitime (promouvoir les droits de la communauté homosexuelle), le caractère absolu de sa mise en œuvre violait les droits de la requérante. Cette décision fut entièrement réformée en appel. La Cour du travail conclut que la discrimination directe (ainsi que le harcèlement) faisait défaut : la sanction disciplinaire infligée à la requérante réprimait, non ses convictions religieuses, mais le fait qu'elle n'ait pas accompli des tâches inhérentes à son poste de travail²²¹. Toute autre personne tenue contractuellement de participer à l'inscription des partenariats civils qui s'en serait abstenue, pour quelque motif que ce soit, aurait été traitée d'une manière identique²²². Comme l'a souligné la Cour du travail, cette solution est, en pratique, la seule tenable étant donné qu'une discrimination directe fondée sur les convictions religieuses ne peut être justifiée dans le système mis en place par la directive 2000/78/CE. La position défendue en première instance revient, en effet, à obliger les employeurs d'accéder à toute demande de leurs employés motivée par des convictions religieuses sincères (adaptation des horaires, temps de prière, tenue vestimentaire, etc.)²²³, quelle que soit la nature de ces convictions²²⁴. A cet égard, la Cour du travail développe l'exemple éloquent d'un officier d'état civil, adepte d'une Eglise chrétienne aux Etats-Unis prônant la supériorité de la « race » blanche, qui pourrait invoquer cette croyance pour refuser de prononcer des mariages

²¹⁶ Tribunal de 1^{ère} instance de Leeuwarden, 24 juin 2003, LJN AH8543, commenté dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6/7, p. 120.

²¹⁷ *London Borough Islington v. Ladele* [2008] UKEAT 0453_08_1912, disponible à l'adresse suivante : http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2008/0453_08_1912.html, et commenté dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2009, n° 8, pp. 79-80.

²¹⁸ *Civil Partnership Act*, 2004.

²¹⁹ Le partenariat civil permet aux partenaires homosexuels de conclure une convention à laquelle sont attachés des droits équivalents à ceux conférés par le mariage.

²²⁰ Tribunal du travail de Londres central, *Ladele v. London Borough Islington*, aff. n° 2203694/2007 (non publié).

²²¹ Dans le même sens, voir *McClintock v. Department of Constitutional Affairs* [2008] IRLR 29, disponible à l'adresse suivante : http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2007/0223_07_3110.html. Cette affaire concerne un juge de paix qui refusa de siéger dans des instances où il pouvait être amené à placer des enfants chez des couples homosexuels.

²²² *London Borough Islington v. Ladele* [2008] UKEAT 0453/08/RN, 10 décembre 2008, §§ 52-55.

²²³ *Ibidem*, § 72. Dans le même sens, voir A. McCOLGAN, « Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace », *Industrial Law Journal*, 2009, vol. 38, n° 1, pp. 11-14.

²²⁴ *London Borough Islington v. Ladele* [2008] UKEAT0453/08/RN, 10 décembre 2008, § 106.

Brandon | 1993

mixtes. Cette juridiction conclut également à l'absence de discrimination indirecte au motif qu'exiger de l'ensemble des officiers d'état civil de mener des cérémonies de partenariats civils était une mesure de nature à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement auquel les autorités publiques sont légalement soumises. Partant, l'objectif poursuivi était légitime et la Cour considéra que le principe de proportionnalité avait été respecté :

« sur le point de savoir si le conseil aurait été en droit d'éviter de soulever cette question en ne désignant pas la requérante, il n'était, selon nous, nullement obligé de le faire. Nous considérons que le conseil était en droit de ne pas accepter de faire une exception pour la requérante. Il n'était pas tenu de tolérer ce qu'il considérait être un comportement discriminatoire inadmissible en relevant la requérante des obligations susdites. Il était en droit de se fixer pour objectif un engagement sans équivoque en faveur de la prestation non discriminatoire de services par l'ensemble du personnel qui, dans le cadre normal de ses activités, serait tenu de rendre lesdits services. Faire une exception pour la requérante irait nécessairement à l'encontre de cet objectif. En conséquence, le refus du conseil de prendre en compte les convictions religieuses de la requérante n'emporte pas, à notre avis, de discrimination indirecte illicite. »²²⁵.

Cette position ne paraît pas en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté d'expression reconnue aux fonctionnaires, notamment dans l'arrêt *Vogt* rendu en Grande Chambre en 1995²²⁶. Cet arrêt concerne la révocation disciplinaire d'une fonctionnaire de l'enseignement public secondaire en République fédérale allemande, révocation fondée sur son engagement au sein du parti communiste par lequel elle aurait manqué à son « obligation de loyauté politique » envers la Constitution. Si « [l]a Cour rappelle que le droit d'accès à la fonction publique a été délibérément omis de la Convention » et que « [l]e refus de nommer quelqu'un fonctionnaire ne saurait donc fonder en soi une plainte sur le terrain de la Convention », elle ajoute qu'« [i]l n'en ressort pas pour autant qu'une personne désignée comme fonctionnaire ne puisse dénoncer sa révocation si celle-ci enfreint l'un des droits garantis par la Convention »²²⁷. En l'espèce, la Cour condamne l'Allemagne, notamment pour violation du droit à la liberté d'expression de la requérante en jugeant disproportionnée la sanction infligée à l'enseignante. Sa décision s'appuie sur les éléments suivants : (1) en raison de leur statut, les fonctionnaires peuvent légitimement être soumis à une obligation de réserve²²⁸ ; (2) aucun reproche n'avait été adressé à l'enseignante dans l'exercice même de ses fonctions²²⁹ ; (3) « aucun autre Etat membre du Conseil de l'Europe ne semble avoir imposé une obligation de loyauté de pareille rigueur et [...], même en Allemagne, ce devoir n'a pas été interprété et appliqué de la même manière à travers le pays »²³⁰ ; (4) les tâches exercées par Mme Vogt en tant que fonctionnaire ne comportaient aucun risque pour la sécurité et partant son engagement dans le parti communiste n'était pas de nature à mettre à mal l'objectif poursuivi par l'obligation de loyauté politique, à savoir instaurer, « après le cauchemar du nazisme », une « démocratie apte à se défendre »²³¹.

La situation des officiers d'état civil chrétiens réticents à participer à l'union de personnes de même sexe peut être rapprochée de celle de personnes musulmanes refusant de serrer la main d'un individu de l'autre sexe. Ce dernier cas se présente cependant sous un jour quelque peu différent dans la mesure où le fait de serrer la main, lorsqu'il est érigé au rang d'une exigence professionnelle, relève plus d'une coutume liée au vivre-ensemble propre au monde occidental que d'une obligation légale ou statutaire.

²²⁵ *Ibidem*, § 117.

²²⁶ Cour. eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Vogt c. Allemagne*, 2 septembre 1995 (req. n° 17851/91).

²²⁷ *Ibidem*, § 43.

²²⁸ *Ibidem*, § 53.

²²⁹ *Ibidem*, § 54.

²³⁰ *Ibidem*, § 59.

²³¹ *Ibidem*, §§ 51-60.

Plusieurs affaires de ce type ont été traitées aux Pays-Bas. Dans la première, à l'occasion de laquelle la Commission pour l'égalité de traitement (CGB) a rendu un avis le 27 mars 2006, une femme musulmane n'avait pu s'inscrire dans une école pour suivre une formation d'assistante en éducation au motif qu'elle avait indiqué ne souhaiter, en aucun cas, serrer la main d'un homme²³². La CGB conclut à l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur les convictions religieuses de la requérante. De l'avis de la Commission, cette différence de traitement ne pouvait être justifiée par la politique éducative de l'école suivant laquelle les élèves devaient respecter les normes et les valeurs générales de la société néerlandaise. Cette politique avait pour effet d'exclure les élèves de cultures minoritaires, or serrer la main n'est qu'un des modes de communication par lequel le respect pour un interlocuteur peut se marquer. Sur le point de savoir si le refus de serrer la main des hommes (et non des femmes) ne violait pas le principe d'égalité entre les sexes, la Commission indiqua que ce principe pouvait être préservé en demandant à la requérante de s'abstenir de serrer la main de quiconque. La position de la Commission néerlandaise n'a cependant pas été suivie dans un autre litige opposant une enseignante musulmane, qui avait décidé de s'abstenir à l'avenir de serrer la main des hommes, et son employeur, une école publique. Tant en première instance qu'en appel²³³, les juridictions ont considéré que le renvoi était licite dans la mesure où l'école pouvait raisonnablement demander à ses enseignants de se comporter conformément aux règles de vie de la société néerlandaise. Cette exigence était d'autant plus importante dans une école où la majorité des élèves appartenaient à des minorités ethniques dans la mesure où ils devaient être préparés au fait que serrer la main constitue l'une des règles de conduite principale pour se saluer et témoigner du respect à l'égard de l'autre.

Une autre affaire concerne le non-engagement d'un candidat musulman pour le poste de directeur de clientèle dans le département des services sociaux de la ville de Rotterdam au motif notamment²³⁴ qu'il refusait de serrer la main des femmes. Alors que la CGB, dans la ligne de son avis précédent, avait retenu une discrimination indirecte fondée sur les convictions religieuses du requérant²³⁵, le tribunal de première instance de Rotterdam trancha en faveur de la municipalité en août 2008²³⁶. Celle-ci avait soutenu qu'il lui incombait de protéger les femmes des comportements discriminatoires d'un fonctionnaire et que la bonne relation entre les autorités locales et les citoyens était un des aspects essentiels du poste de directeur de clientèle. Cette argumentation a convaincu le tribunal du caractère justifié de la différence de traitement. Il a jugé que la ville de Rotterdam pouvait légitimement « s'en tenir aux règles d'étiquette et aux coutumes en matière de salutations habituelles aux Pays-Bas ».

²³² Avis n° 2006-51, disponible en néerlandais sur le site de la CGB : <http://www.cgb.nl>, et commenté dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2006, n° 4, p. 80.

²³³ Tribunal de 1^{ère} instance d'Utrecht, 30 août 2007 et Conseil central d'appel (*Centrale Raad van Beroep*, juridiction administrative supérieure), 11 mai 2009. Ces décisions sont rapportées par Rikki Holtmaat dans le cadre du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, News report du 26 juin 2009 : « Dismissal of female teacher lawful », disponible sur le site du réseau : <http://www.non-discrimination.net>.

²³⁴ L'autre aspect de l'affaire concernait le port de la djellaba par le candidat à l'emploi. La CGB a jugé que le rejet de ce mode vestimentaire par le département des services sociaux de la ville de Rotterdam constituait une discrimination directe fondée sur la religion qui était illégale. Voir les références de l'affaire à la note suivante.

²³⁵ Avis n° 2006-202 du 5 octobre 2006, disponible en néerlandais sur le site de la CGB : <http://www.cgb.nl>, et commenté dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2007, n° 5, pp. 101-102.

²³⁶ Tribunal de 1^{ère} instance de Rotterdam, 6 août 2008, LJN BD9643, commenté dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2009, n° 8, pp. 64-65.

3.3 Objection de conscience et aménagement raisonnable

Cette jurisprudence nationale traitant de manière plus ou moins explicite de l'objection de conscience illustre combien cette question peut être intrinsèquement liée à celle de l'aménagement raisonnable en matière religieuse. L'on sait que si la directive 2000/78/CE n'a consacré expressément l'aménagement raisonnable que pour les personnes souffrant d'un handicap (article 5), cette notion n'a pas manqué de resurgir, à l'instar du mouvement imprimé par la Cour suprême du Canada en 1985²³⁷, dans certaines hypothèses de discriminations indirectes fondées sur la religion²³⁸. En effet, pour apprécier le caractère justifié d'une discrimination indirecte, les juges sont parfois amenés à examiner, à l'occasion du contrôle de proportionnalité, si l'objectif légitime à la base de la différence de traitement ne peut pas être poursuivi par des mesures moins attentatoires au principe d'égalité ou à la liberté religieuse.

Ainsi, dans son célèbre arrêt *Thlimmenos*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « [l]e droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est [...] transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²³⁹. Et de poursuivre en estimant que si la Grèce a un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable, « une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession »²⁴⁰. L'exclusion du requérant au motif qu'il n'avait pas les qualités requises témoignait bien d'un traitement discriminatoire injustifié fondé sur ses convictions religieuses. En « adoptant la législation pertinente sans introduire les exceptions appropriées à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime », l'Etat grec a enfreint le droit du requérant de ne pas subir de discrimination dans la jouissance de son droit à la liberté religieuse²⁴¹.

C'est bien dans une perspective d'aménagement raisonnable que la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise a raisonné lorsqu'elle a considéré que les municipalités devaient rechercher des « solutions pratiques » visant à aménager les horaires de travail des officiers d'état civil afin de garantir à la fois la célébration des mariages homosexuels et l'emploi de personnes objectant à de telles unions²⁴². Elle a procédé de la même manière pour concilier le refus de serrer la main d'une personne de l'autre sexe avec le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, en suggérant qu'aucune main ne soit serrée²⁴³. Cette approche a également été développée, en Grande-Bretagne, dans l'affaire *Ladele*²⁴⁴. La Cour d'appel du travail anglaise y soulignait, en effet, qu'il ne s'agissait pas d'un recours motivé par une

²³⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) v. Simpsons-Sears* [1985] 2 R.C.S. 536 (dite affaire *O'Malley*).

²³⁸ A ce propos, voir E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 319-373 ; E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « L'aménagement raisonnable pour motif religieux : un concept issu d'Amérique du Nord en voie d'intégration en Belgique et en Europe », *Actualités du droit de la non-discrimination*, Ch. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck (dir.), La Charte, Die Keure, Bruxelles, Brugge, 2009, pp. 354-390.

²³⁹ Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000 (req. n° 34369/97), § 44. La Cour se détache ici de l'approche adoptée dans l'arrêt *Valsamis c. Grèce*, 18 décembre 1996 (req. n° 31787/93) où elle avait considéré que la participation obligatoire d'une élève à un défilé commémorant l'entrée en guerre de la Grèce avec l'Italie n'avait pas violé la liberté de religion de son père, témoin de Jéhovah, qui s'était opposé à cette participation pour des motifs religieux. Voir aussi, en matière de handicap, Cour eur. D.H., *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009 (req. n° 13444/04), §§ 94-96.

²⁴⁰ *Ibidem*, § 47.

²⁴¹ *Ibidem*, § 48.

²⁴² Avis n° 2002-25 et 2005-26 précédemment cités.

²⁴³ Avis n° 2006-51 et n° 2006-202 précédemment cités.

²⁴⁴ *London Borough Islington v. Ladele* [2008] UKEAT 0453/08/1912, § 52, précédemment cité.

différence de traitement directement fondée sur la religion de la requérante, mais bien d'une action reposant sur le refus de l'autorité administrative d'Islington d'aménager le travail de cette fonctionnaire au regard d'impératifs liés à sa foi. À la lumière de quelques décisions des instances de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴⁵, la juridiction d'appel anglaise avait considéré que la distinction indirecte dont avait fait l'objet la requérante ne violait pas son droit à la liberté religieuse.

Cette jurisprudence se situe dans la ligne de décisions plus anciennes rendues par la Cour constitutionnelle espagnole. En 1985, celle-ci avait décidé, dans une affaire concernant un adventiste du septième jour souhaitant respecter le sabbath, que l'objection de conscience religieuse n'était pas de nature à modifier de manière unilatérale un contrat de travail existant²⁴⁶. Cette position de la Cour constitutionnelle espagnole fait écho à une jurisprudence des instances strasbourgeoises de protection des droits de l'homme, critiquée par une partie de la doctrine pour son formalisme²⁴⁷, considérant que des restrictions à la liberté religieuse découlant de l'exercice d'un contrat de travail ne violent pas cette liberté dans la mesure où le travailleur a toujours la possibilité de rompre ce contrat (*contracting out approach*)²⁴⁸. En 2000, cette même Cour constitutionnelle espagnole avait, en outre, souligné que la position des fonctionnaires était différente de celles du personnel médical et que les premiers disposaient d'une marge de manœuvre plus réduite quand il s'agissait d'apprécier la mesure dans laquelle ils pouvaient invoquer une objection de conscience pour se soustraire à des devoirs attachés à leurs fonctions²⁴⁹. Pour les officiers d'état civil objecteurs de conscience aux Pays-Bas et en Grande-Bretagne, ce même rôle particulier des autorités publiques dans la mise en œuvre et le respect du principe de l'égalité de traitement est aujourd'hui mis en exergue pour leur refuser un aménagement de leurs fonctions.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme postérieure à l'arrêt *Thlimmenos* illustre combien le droit à l'objection de conscience religieuse et l'obligation corrélative d'aménager une règle ou

²⁴⁵ Comm. eur. D.H., *Ahmad c. Royaume-Uni*, décision du 12 mars 1981 (req. n° 8160/78), D.R. 22, p. 27 : aménagement des horaires de travail d'un employé ; Comm. eur. D.H., *Stedman c. Royaume-Uni*, décision du 9 avril 1997 (req. n° 29107/75) : aménagement des horaires de travail d'un employé ; Cour eur. D.H., *Kalaç c. Turquie*, 1^{er} juillet 1997 (req. n° 20704/92) : liberté de religion plus restreinte pour une personne chargée d'un emploi public.

²⁴⁶ ATC 19/1985, arrêt du 13 février 1985.

²⁴⁷ Voir notamment, J. VELAERS et M.-C. FOLETS, « L'appréhension du fait religieux par le droit. – A propos des minorités religieuses », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, pp. 273-307, pp. 292-293 ; C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2001, pp. 130-131 ; P. CUMPER, « The Public Manifestation of Religion or Belief: Challenges for a Multi-Faith Society in the Twenty-First Century », in R. O'Dair & A. Lewis (eds), *Law and Religion*, Oxford, O.U.P., 2001, pp. 311-328 ; T.J. GUNN, « Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights », in J.D. van der Vyver and J. Witte, Jr (eds), *Religious Human Rights in Global Perspective – Legal Perspectives (vol. 2)*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1996, pp. 305-330, p. 312. Voir aussi *Stephen Copesey c. WWWB Devon Claeys Ltd* [2005] EWCA CIV 932, §§ 31-35 *per* Lord Justice Mummery, §§ 44-66 *per* Lord Justice Rix, § 91 *per* Lord Justice Neuberger.

²⁴⁸ Comm. eur. D.H., *Ahmad c. Royaume-Uni*, 12 mars 1981 (req. n° 8160/78), D.R. 22, p. 39 (instituteur d'une école publique demandant un aménagement de son horaire pour assister à la prière dans une mosquée le vendredi). Voir aussi Comm. eur. D.H., *Konttinen c. Finlande*, 3 décembre 1996 (req. n° 24949/94), D.R. 87-B, p. 68 ; Comm. eur. D.H., *Stedman c. Royaume-Uni*, 9 avril 1997 (req. n° 29107/95), D.R. 89-B, p. 104 ; Pour un exposé de ces décisions, voir E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 349-358.

²⁴⁹ ATC 135/2000, arrêt du 8 juin 2000. Pour l'objection de conscience des fonctionnaires, voir aussi l'évolution décrite en Finlande par l'Opinion n° 4-2005 du Réseau de l'UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux précédemment citée, p. 11.

une pratique pour tenir compte de convictions religieuses particulières sont loin d'être illimités²⁵⁰. Dans la même ligne, les instances nationales restent très réservées²⁵¹, même si certaines décisions consacrent, dans des circonstances particulières, un droit à l'aménagement raisonnable pour motif religieux²⁵². Il nous paraît important de souligner ici combien l'application de la logique de l'aménagement raisonnable à la discrimination religieuse a pour effet de démultiplier les cas de figure de l'objection de conscience, traditionnellement cantonnée aux refus de service militaire, de célébration de certaines unions civiles et de participation à des actes médicaux touchant à la procréation, à l'interruption volontaire de grossesse ou à l'euthanasie.

3.4 Lien avec la discrimination indirecte

Il est remarquable de constater combien, dans la grande majorité des affaires nationales rapportées, l'objecteur de conscience ou la personne qui sollicite un aménagement raisonnable pour motif religieux fonde, à titre principal, sa demande sur une violation du principe de non-discrimination à son encontre, et non sur une violation de son droit à la liberté religieuse. C'est donc dans le contrôle de la justification de la discrimination religieuse indirecte que les instances nationales sont amenées à prendre en compte d'autres dimensions du principe de l'égalité de traitement en articulant la protection qui doit être accordée au regard des convictions religieuses ou philosophiques avec celle qui vise à mettre en œuvre ce principe indépendamment de l'orientation sexuelle ou du sexe des individus. Plutôt que

²⁵⁰ Cette jurisprudence concerne principalement des restrictions au port de signes religieux : Cour eur. D.H., *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, 13 avril 2006 (req. n° 55170/00) : utilisation abusive du droit conféré aux musulmans de prendre congé pour célébrer certaines fêtes religieuses ; Cour eur. D.H., *El Morsli c. France*, décision du 4 mars 2008 (req. n° 15585/06) : refus des autorités consulaires françaises à Marrakech de confier à un agent féminin le contrôle d'identité de Mme El Morsli ; Cour eur. D.H., *Mann Singh c. France*, décision du 13 novembre 2008 (req. n° 24479/07) : refus des autorités ministérielles de renouveler un permis de conduire sans délivrance d'une photo d'identité où le titulaire apparaissait « tête nue » ; Cour eur. D.H., *Dogru c. France et Kervanci c. France*, 4 décembre 2008 (req. n° 27058/05 et 31645/04), § 75 : refus des autorités scolaires d'autoriser deux élèves à porter un bonnet, à la place du foulard, pendant les cours d'éducation physique ; et les six dernières décisions de la Cour rendues le 30 juin 2009 relatives à l'exclusion d'élèves musulmans ou sikhs de leur école en France, en application de la loi de 2004 sur l'interdiction des signes religieux ostensibles à l'école, alors qu'ils avaient proposé une solution alternative pour pouvoir continuer à fréquenter l'école : *Aktas c. France* (req. n° 43563/08) ; *Ghazal c. France* (req. n° 29134/08) ; *Bayrak c. France* (req. n° 14308/08) ; *Gamaleddyn c. France* (req. n° 18527/08) ; *Jasvir Singh c. France* (req. n° 25463/08) ; *Ranjit Singh c. France* (req. n° 27561/08).

²⁵¹ Voir, par exemple, aux Pays-Bas : décision du 13 juillet 2009 de la juridiction cantonale d'Hertogenbosch (refus, au nom de l'exigence de santé publique, d'aménager l'uniforme d'une infirmière musulmane souhaitant porter des manches trois-quarts plutôt que des manches courtes) rapportée par Rikki Holmaat dans le cadre du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, News report du 3 septembre 2009 : « Muslim nurse dismissed because of not meeting clothing requirements », disponible sur le site du réseau : <http://www.non-discrimination.net> ; au Royaume-Uni : décision du 19 octobre 2006 du Tribunal du travail (1801450/06) dans l'affaire *Azmi v. Conseil métropolitain de Kirklees* (suspension d'une institutrice musulmane pour avoir porté le niqab intégral pendant qu'elle donnait des cours d'anglais à des enfants dont ce n'était pas la langue maternelle) rapportée dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2007, n° 5, p. 112 ; au Royaume-Uni : décision adoptée en 2006 par la Chambre des Lords dans la célèbre affaire *R. (on the application of Begum) v. Headteacher, Governors of Denbigh High School* [2007] 1 AC 100.

²⁵² Voir, par exemple, au Portugal : décision de la Cour administrative centrale d'appel de février 2007, *Bar Association v. applicant* (exigence, au nom du respect de la liberté religieuse, que l'association des avocats fixe une date d'examen à la requérante qui ne soit pas un jour férié pour « son Eglise ») rapportée dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6/7, p. 126 ; aux Pays-Bas : avis n° 2009-15 de la CGB du 13 mars 2009, disponible en néerlandais sur son site (l'exigence de porter un maillot laissant les genoux découverts au nom du maintien d'une bonne atmosphère dans une piscine publique affecte de manière disproportionnée les droits des personnes souhaitant porter un burkini pour des raisons religieuses).

d'avoir à résoudre un conflit entre une liberté fondamentale (la liberté religieuse) qui s'est construite indépendamment du principe d'égalité et ce dernier, les juges ou les organismes nationaux de promotion de l'égalité de traitement sont plus généralement amenés à arbitrer des tensions inhérentes au principe de l'égalité de traitement lui-même quand il comprend, au titre de critères de discrimination prohibés, le genre, la religion ou les convictions ainsi que l'orientation sexuelle.

Comme Frances Raday n'a pas manqué de le souligner, la grande majorité des religions et des cultures traditionnelles se fondent sur des normes et des pratiques sociales qui se sont développées dans un contexte patriarcal à une époque où aucune protection n'était systématiquement accordée aux droits individuels de l'homme, en général, et aux droits des femmes à l'égalité ou aux libertés d'autrui, en particulier²⁵³. Il n'est donc pas étonnant qu'il soit, encore à l'heure actuelle, complexe de mettre simultanément en œuvre le principe d'égalité de traitement indépendamment du sexe, des convictions religieuses et de l'orientation sexuelle.

Les décisions nationales illustrent à suffisance que le contrôle de proportionnalité reste l'outil juridique privilégié pour aborder ce type de conflits, ce contrôle s'exerçant dans l'appréciation du caractère justifiable ou non de la distinction indirecte. À cet égard, une jurisprudence du Comité des droits de l'homme suggère que le critère essentiel pour déterminer le caractère acceptable d'un aménagement pour motifs religieux tourne autour du point de savoir si d'autres personnes peuvent être discriminées ou subir des conséquences négatives dans la jouissance de leurs droits fondamentaux en raison de l'octroi de cet aménagement. Ainsi, dans l'affaire *Kenneth Riley*²⁵⁴, deux officiers retraités de la police montée royale canadienne et membres d'une association ayant vocation à faire respecter les traditions de cette police qui se plaignaient de la dérogation faite notamment à un policier Sikh lui permettant de porter le turban plutôt que le « stetson » traditionnel, ont été déboutés par le Comité des droits de l'homme au motif que cette dérogation d'uniforme ne les privait aucunement de la jouissance de leurs droits fondamentaux. Ce critère avait déjà été consacré par la Cour suprême du Canada, notamment dans une affaire où la direction d'un hôpital de l'Ontario avait passé outre l'opposition des parents, témoins de Jéhovah, à ce qu'une transfusion sanguine soit pratiquée à leur enfant alors que cet acte médical était nécessaire à sa survie. Pour la Cour, l'exercice du droit à la liberté de religion se révèle ici incompatible avec le respect du droit (absolu) à la vie de l'enfant et doit donc être limité en conséquence²⁵⁵.

Concernant plus spécifiquement la résolution des conflits entre les intérêts religieux et les droits humains de la femme, un rapport des Nations Unies abonde dans le même sens. Y est clairement affirmée, sans compromis, « 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 de la pleine égalité entre les hommes et les femmes »²⁵⁶. Dans une

²⁵³ « Culture, Religion, and Gender », *International Journal of Constitutional Law*, 2003, vol. 4, pp. 663-715, pp. 664-665. Voir aussi, du même auteur, « Secular Constitutionalism Vindicated », *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, pp. 2769-2798.

²⁵⁴ Comité D.H., *Kenneth Riley et al. v. Canada*, 21 mars 2002, Communication n° 1048/2002.

²⁵⁵ *R v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* [1995] 1 R.C.S., p. 315.

²⁵⁶ Rapport soumis par M. Abdelfattah Amor, 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, *Droits civils et politiques et, notamment : Intolérance religieuse - Etude sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions*, E/CN.4/2002/73/Add.2, 5 avril 2002, disponible en ligne : http://www2.ohchr.org/english/issues/religion/docs/E.CN.4.2002.73.Add.2_fr.pdf. Voir aussi le Rapport soumis par Mme Asma Jahangir, Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction conformément à la résolution 6/37 du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, *Promotion and Protection of All Human Rights, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development*, A/HRC/10/8, 6 janvier 2009, §§ 25-28, disponible en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/101/04/PDF/G0910104.pdf?OpenElement>.

Résolution adoptée en 2005, le Conseil de l'Europe affirme également que « [l]a liberté de religion ne peut pas être acceptée comme un prétexte pour justifier les violations des droits des femmes, qu'elles soient flagrantes ou subtiles, légales ou illégales, pratiquées avec ou sans le consentement théorique des victimes – les femmes »²⁵⁷. Une approche similaire doit prévaloir, à notre avis, lorsqu'il s'agit de jauger des conflits entre des intérêts religieux et le principe de non-discrimination à l'égard des personnes homosexuelles. Invoquer la liberté de religion ou la liberté d'expression pour justifier des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle constitue un abus de droit au sens de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁵⁸.

Reste à déterminer ce qui, dans la manifestation de pratiques religieuses, est susceptible ou non de violer le principe d'égalité entre les hommes et les femmes. A cet égard, les significations multiples que revêtent le port du foulard islamique²⁵⁹ montre combien la question peut parfois s'avérer délicate à résoudre. N'en déplaise à la Cour européenne des droits de l'homme qui a pu considérer de manière péremptoire que ce « symbole [...] semblait être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes »²⁶⁰.

²⁵⁷ *Femmes et religion en Europe*, Résolution 1464 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 4 octobre 2005, § 5, disponible en ligne : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta05/FRES1464.htm>.

²⁵⁸ Dans ce sens, voir l'Opinion n° 4-2005 précitée du Réseau de l'Union européenne d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux.

²⁵⁹ C. EVANS, « The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights », *The Melbourne Journal of International Law*, 2006, vol. 7, pp. 52-73, p. 52.

²⁶⁰ Voir notamment Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005 (req. n° 44774/98), § 111 ; *contra* : la juge Tulkens dans son opinion dissidente. Sur ce sujet, voir E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, pp. 951-983 ; I. RORIVE, « Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European answer », *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, pp. 2669-2698, sp. 2683-2684.

Joel | 1984

Conclusion

En s'engageant plus avant dans la lutte contre les discriminations fondées sur la race, l'origine ethnique, la religion, les convictions, l'orientation sexuelle, l'âge et le handicap, par l'adoption des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, l'Union européenne n'avait probablement pas pris toute la mesure des tensions ou conflits potentiels avec d'autres droits fondamentaux que la poursuite de cet objectif d'égalité de traitement pouvait engendrer. Près d'une décennie s'est écoulée depuis l'adoption de ces directives et force est de constater que les hypothèses de conflits émergent dans la pratique sans avoir été toutes déminées, en amont, par le législateur européen. La lourde et délicate tâche de rechercher l'équilibre entre ces différents droits fondamentaux revient dès lors actuellement principalement aux Etats membres (législateurs ou juges), sous la tutelle de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Plusieurs enseignements se dégagent de ce qui précède.

Premièrement, les conflits internes, propres à un seul individu, sont les plus aisés à résoudre. Il s'agit, le plus souvent, pour une personne de renoncer partiellement à un droit fondamental, tel que le respect de sa vie privée par exemple, pour être en mesure de bénéficier pleinement de l'égalité de traitement. Dès le moment où cette renonciation est faite en connaissance de cause et moyennant certaines garanties, le conflit peut se résoudre de façon relativement heureuse. C'est d'ailleurs la logique adoptée par la directive 95/46/CE, en matière de protection des données personnelles « sensibles », comme la race ou l'origine ethnique. Si une lutte effective contre les discriminations fondées sur ces motifs peut requérir la collecte et le traitement de ces données, ils seront autorisés moyennant un encadrement strict.

Deuxièmement, lorsque des conflits opposent plusieurs individus ou organisations entre eux (conflits externes), engendrant des *a priori* inconciliables, les tensions peuvent se manifester aussi bien entre l'exigence d'égalité et des droits fondamentaux concurrents (inter-droits) qu'au sein même du principe d'égalité (égalité formelle v. égalité substantielle), ou entre différents critères de discrimination prohibés (intra-droit).

Or c'est en relation avec ce dernier type de conflit (au sein même de l'exigence d'égalité) que la responsabilité de l'Union européenne est la plus importante. L'on sait que l'Union européenne ne dispose pas d'une compétence générale pour réglementer l'ensemble des droits et libertés consacrés par la Charte des droits fondamentaux. Si tant est que cela soit possible, elle ne pourrait, dès lors, sans risquer d'outrepasser ses pouvoirs, prétendre anticiper et régler, en amont, l'ensemble des conflits inter-droits potentiels. Si l'Union peut fournir certaines balises en réglementant l'interdiction de discrimination, quand cette dernière entre en conflit avec le droit au respect de la vie privée et familiale ou avec la liberté d'association, ce seront, en principe, les Etats membres qui se trouveront en première ligne pour opérer la mise en balance optimale entre ces droits et le principe d'égalité de traitement.

Par contre, dans le domaine de la lutte contre les discriminations, l'Union européenne s'est vu attribuer des compétences, dès le traité de Rome en matière de genre et élargies à d'autres motifs avec le traité d'Amsterdam. Le législateur européen est par conséquent imputé d'une responsabilité particulière en ce domaine pour déminer, là où cela s'avère utile voire nécessaire, les conflits intra-droit entre différentes facettes du principe d'égalité de traitement. Si l'on songe à l'épineuse question d'une éventuelle hiérarchie entre motifs (par exemple entre les discriminations fondées sur la religion et celles fondées sur le genre ou l'orientation sexuelle), l'on mesure aisément combien une réflexion et un débat approfondis à ce sujet peuvent s'avérer cruciaux. A défaut d'une telle prise de responsabilité

en amont, le juge restera en première ligne pour régler les conflits au cas par cas, sans qu'une méthode « prête à l'emploi » et uniforme ne puisse lui être recommandée. Les exemples de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et ceux de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne attestent que l'entreprise d'une hiérarchisation des motifs est périlleuse. L'opportunité des négociations en cours sur la proposition de directive ayant pour objectif d'élargir, au-delà de l'emploi, le champ d'application matériel de l'interdiction de discriminations fondées sur l'âge, le handicap, la religion ou les convictions ainsi que l'orientation sexuelle pourrait être saisie pour approfondir la réflexion sur la cohérence du droit européen de la non-discrimination afin de tenter de déminer certains des conflits internes au principe de l'égalité susceptibles de se manifester.

Jurisprudence

Nations Unies

Comité D.H., *Kenneth Riley et al. v. Canada*, 21 mars 2002, Communication n° 1048/2002

Conseil de l'Europe

Arrêts et décisions :

Cour eur. D.H., *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, 23 juillet 1968 (req. n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64)

Comm. eur. D.H., *X c. RU*, décision du 4 octobre 1977 (req. n° E 7291/75)

Comm. eur. D.H., *Ahmad c. Royaume-Uni*, décision du 12 mars 1981 (req. n° 8160/78)

Cour eur. D.H., *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 février 1982 (req. n° 7511/76 et 7743/76)

Cour eur. D.H., *Abdulaziz, Cabales et Bakandali c. Royaume-Uni*, 28 juin 1985 (req. n° 9214/80; 9473/81; 9474/81)

Cour eur. D.H., *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987 (req. n° 8695/79)

Comm. eur. D.H., *Rommelfanger c. Allemagne*, décision du 6 septembre 1989 (req. n° 12242/96)

Cour eur. D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992 (req. n° 13710/88)

Cour eur. D.H., *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993 (req. n° 12875/87)

Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994 (req. n° 15890/89)

Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Vogt c. Allemagne*, 2 septembre 1995 (req. n° 17851/91)

Cour eur. D.H., *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995 (req. n° 20166/92)

Cour eur. D.H., *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995 (req. n° 20190/92)

Cour eur. D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996 (req. n° 17371/90)

Comm. eur. D.H., *Konttinen c. Finlande*, 3 décembre 1996 (req. n° 24949/94)

Cour eur. D.H., *Valsamis c. Grèce*, 18 décembre 1996 (req. n° 31787/93)

Comm. eur. D.H., *Stedman c. Royaume-Uni*, décision du 9 avril 1997 (req. n° 29107/75)

Cour eur. D.H., *Kalaç c. Turquie*, 1^{er} juillet 1997 (req. n° 20704/92)

Cour eur. D.H., *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999 (req. n° 33290/96)

Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000 (req. n° 34369/97)

Cour eur. D.H., *Rotaru c. Roumanie* (G^{de} Ch.), 4 mai 2000 (req. n° 28341/95)

Cour eur. D.H., *Lucia Dahlab c. Suisse*, décision du 15 février 2001 (req. n° 42393/98)

Cour eur. D.H., *Pichon et Sajous c. France*, décision du 2 octobre 2001 (req. n° 49853/99)

Cour eur. D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002 (req. n° 2346/02)

Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005 (req. n° 44774/98)

Cour eur. D.H., *Timichev c. Russie*, 13 décembre 2005 (req. n°s 55762/00 et 55974/00)

Cour eur. D.H., *Kosteski c. Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 13 avril 2006 (req. n° 55170/00)

Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006 (req. n° 54810/00)

Cour eur. D.H., *Tysac c. Pologne*, 20 mars 2007 (req. n° 5410/03)

Cour eur. D.H. (G^{de} Ch.), *D.H. c. République Tchèque*, 13 novembre 2007 (req. n° 57325/00)

Cour eur. D.H., *El Morsli c. France*, décision du 4 mars 2008 (req. n° 15585/06)

Cour eur. D.H., *Sampanis c. Grèce*, 5 juin 2008 (req. n° 32526/05)

Cour eur. D.H., *Oršuš c. Croatie*, 17 juillet 2008 (req. n° 15766/03)

Cour eur. D.H., *I. c. Finlande*, 17 juillet 2008 (req. n° 20511/03)

Cour eur. D.H., *Mann Singh c. France*, décision du 13 novembre 2008 (req. n° 24479/07)

Cour eur. D.H., *Dogru c. France* et *Kervanci c. France*, 4 décembre 2008 (req. n° 27058/05 et 31645/04)

Cour eur. D.H., *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009 (req. n° 13444/04)

Cour eur. D.H., décisions du 30 juin 2009 : *Aktas c. France* (req. n° 43563/08), *Ghazal c. France* (req. n° 29134/08), *Bayrak c. France* (req. n° 14308/08), *Gamaled dyn c. France* (req. n° 18527/08), *Jasvir Singh c. France* (req. n° 25463/08), *Ranjit Singh c. France* (req. n° 27561/08)

Cour eur. D.H., *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 octobre 2009 (req. n° 39128/05)

Avis :

Comité consultatif sur la Convention-cadre, « avis sur Chypre », 6 avril 2001, ACFC/OP/1(2002)004

Comité consultatif sur la Convention-cadre, « avis sur l'Azebaïdjan », 22 mai 2003, ACFC/OP/1(2004)001

Comité consultatif sur la Convention-cadre, « avis sur la Pologne », 27 novembre 2003, ACFC/INF/OP/1(2004)005

Union européenne

C.J.C.E., *Commission c. Royaume-Uni*, 8 novembre 1983, aff. 165/82

C.J.C.E., *Johnston*, 15 mai 1986, aff. 222/84

C.J.C.E., *Sirdar*, 26 octobre 1999, aff. -273/97

C.J.C.E., *Kreil*, 11 janvier 2000, aff. C-285/98

C.J.C.E., *Lindqvist*, 20 novembre 2003, aff. C-101/01

C.J.C.E., *Chacon Navas*, 11 juillet 2006, aff. C-13/06

C.J.C.E., *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, aff. C-540/03

C.J.C.E., *Tietosuojavaltuutettu*, 16 décembre 2008, aff. C-73/07

C.J.C.E., *Bartsch*, 22 mai 2008, aff. C-427/06

C.J.C.E., *Promusicae*, 28 janvier 2008, aff. C-275/06

Allemagne

Cour fédérale du travail (BAG), 12 novembre 1998, anonyme, NZA 1999, p. 371

Tribunal du travail de Hambourg, 27 mai 2008, 20 Ca 105/07 (décision commentée dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6-7, p. 109)

Belgique

Conseil d'Etat (4^{ème} Ch.), 20 décembre 1985, *Van Peteghem*, n° 25995

Cour du travail de Bruxelles (4^{ème} Ch.), *E.F. c. s.a. Club*, 15 janvier 2008, R.G. n° 48.695, *Journal des tribunaux du travail*, 2008, p. 140 (décision commentée dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6-7, p. 87)

Canada

Vancouver Rape Relief society v. Nixon [2003] BCSC, 1936 (Cour suprême de Colombie britannique)

Bastiaan | 1992

Brandon | 1981



Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) v. Simpsons-Sears [1985] 2 R.C.S. 536 (Cour suprême du Canada)

R v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto [1995] 1 R.C.S. 315 (Cour suprême du Canada)

Kimberly Nixon v. Vancouver Rape Relief Society, 1^{er} février 2007, (B.C.), 31633 (Cour suprême du Canada)

Espagne

Tribunal constitutionnel, arrêt du 13 février 1985, ATC 19/1985

Tribunal constitutionnel, arrêt du 12 juin 1996, ATC 106/1996

Tribunal constitutionnel, arrêt du 8 juin 2000, ATC 135/2000

Finlande

Tribunal administratif de Vaasa, 27 août 2004, réf. n° 04/0253/3

France

Cass. fr. (ass. plén), 19 mai 1978, *Dalloz*, 1978, p. 541

Cass. fr. (soc.), 17 avril 1991 (*Painsecq c. Association Fraternité Saint Pie X*), *Droit Social*, juin 1991, p. 489

Cass. fr. (soc.), 22 janvier 1992, *Bulletin*, n° 30

Cass. fr. (soc.), 16 décembre 1997, *Bulletin*, n° 441

Etats-Unis

Malone v. Harley, n° 88-339 (Sup. Jud. Ct. Suffolk County), 25 juillet 1989 (Cour du Massachussets)

Pays-Bas

Tribunal de 1^{ère} instance de Leeuwarden, 24 juin 2003, LJN AH8543 (décision commentée dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6/7, p. 120)

Tribunal de 1^{ère} instance d'Utrecht, 30 août 2007 (décision rapportée par Rikki Holtmaat dans le cadre du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, News report du 26 juin 2009 : « Dismissal of female teacher lawful », disponible sur le site du réseau : <http://www.non-discrimination.net>)

Tribunal de 1^{ère} instance de Rotterdam, 6 août 2008, LJN BD9643 (décision commentée dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2009, n° 8, pp. 64-65.)

Conseil central d'appel (*Centrale Raad van Beroep*), 11 mai 2009 (décision rapportée par Rikki Holtmaat dans le cadre du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, News report du 26 juin 2009 : « Dismissal of female teacher lawful », disponible sur le site du réseau : <http://www.non-discrimination.net>)

Juridiction cantonale d'Hertogenbosch, 13 juillet 2009 (décision commentée par Rikki Holmaat dans le cadre du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, News report du 3 septembre 2009 : « Muslim nurse dismissed because of not meeting clothing requirements », disponible sur le site du réseau : <http://www.non-discrimination.net>)

Commission pour l'égalité de traitement (*Commissie voor Gelijke Behandeling* - CGB) :

- avis n° 1997-46
- avis n° 1997-51
- avis n° 2002-25
- avis n° 2005-26
- avis n° 2006-51 (commenté dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2006, n° 4, p. 80)
- avis n° 2006-202 (commenté dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2007, n° 5, pp. 101-102)
- avis n° 2008-40 (commenté dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6/7, pp. 119-120)
- recommandation n° 2008-04 accompagnant son avis n° 2008-40, (*Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand. Trowens ? Geen bezwaar*)
- avis n° 2009-15

Ces avis et recommandation sont disponibles en néerlandais sur le site de la CGB : <http://www.cgb.nl>

Portugal

Cour administrative centrale d'appel, février 2007, *Bar Association v. applicant* (décision commentée dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, n° 6/7, p. 126)

Royaume-Uni

R (Amicus-MSF and others) v. Secretary of State for Trade and Industry and Christian Action Research Education and others [2004] IRLR 430 (High Court, London)

Stephen Copsey c. WWWB Devon Claeys Ltd [2005] EWCA CIV 932

Azmi v. Conseil métropolitain de Kirklees [2006] Employment Tribunal No. 1801450/2006 (décision commentée dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2007, n° 5, p. 112)

Reaney v. Hereford Diocesan Board of Finance [2007] Employment Tribunal No. 1602844/2006

R. (on the application of Begum) v. Headteacher, Governors of Denbigh High School [2007] 1 AC 100 (House of Lords)

Ladele v. London Borough Islington [2007] Employment Tribunal No. 2203694/2007

London Borough Islington v. Ladele [2008] UKEAT 0453_08_1912, disponible à l'adresse suivante : http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2008/0453_08_1912.html (décision commentée dans la *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2009, n° 8, pp. 79-80)

McClintock v. Department of Constitutional Affairs [2008] IRLR 29, disponible à l'adresse suivante: http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2007/0223_07_3110.html

Législation et textes officiels

Nations Unies

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969

Assemblée générale des Nations Unies, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, 25 juin 1993 (A/CONF.157/23)

Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 60/251, 15 mars 2006 (A/RES/60/251)

Droits civils et politiques et, notamment : Intolérance religieuse - Etude sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions, Rapport soumis par M. Abdelfattah Amor, 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, disponible en ligne : http://www2.ohchr.org/english/issues/religion/docs/E.CN.4.2002.73.Add.2_fr.pdf

Promotion and Protection of All Human Rights, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, Rapport soumis par Mme Asma Jahangir, Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction conformément à la résolution 6/37 du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, A/HRC/10/8, 6 janvier 2009, §§ 25-28, disponible en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/101/04/PDF/G0910104.pdf?OpenElement>

Conseil de l'Europe

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5

Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, S.T.E. n° 108

Recommandation n° R (97) 18 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques, adoptée par le Comité des Ministres le 30 septembre 1997 à la 602^{ème} réunion des représentants des Ministres

Protocole n° 12 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 2000, STCE n° 177

Résolution 1464 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Femmes et religion en Europe*, 4 octobre 2005, disponible en ligne : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta05/FRES1464.htm>

Union européenne

Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O. L 39, 14 février 1976, pp. 40-42*

Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O., L 281, 23 janvier 1995, pp. 31-50*

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O. L 180, 19 juillet 2000, pp. 22-26*

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O. L 303, 2 décembre 2000, pp. 16-22*

Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services, *J.O. L 373, 21 décembre 2004, pp. 37-43*

Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), *J.O. L 204, 26 juillet 2006, pp. 23-36*

Proposition de directive du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, 2 juillet 2008, COM(2008) 426 final

Irlande

Employment Equality Act (1998-2007)

Pays-Bas

Loi sur l'égalité de traitement (*Algemene Wet Behandeling, AWGB*), 2 mars 1994, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1994

Loi du 5 juillet 1997 sur l'introduction du partenariat enregistré, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998

Loi du 21 décembre 2000 ouvrant l'accès au mariage à des personnes du même sexe, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001

Lydia | 1963

Royaume-Uni

Sex Discrimination Act, 1975

Race Relations Act, 1976

Civil Partnership Act, 2004

Suède

Discrimination Act du 5 juin 2008, SFS 2008 :567, publié le 25 juin 2006, entré en vigueur le 1^{er} janvier

Bibliographie

Doctrine

N. Bamforth, M. Malik, & C. O’Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context*, London, Sweet and Maxwell, 2008.

M. Bell, « Direct Discrimination », in D. Schieck, L. Waddington et M. Bell (eds), *Non-Discrimination Law. Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2007, pp. 185-322.

F. Benoît-Rohmer, « L’égalité dans la typologie des droits de l’homme », in . E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, pp. 135-152.

E. Brems, « Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », *Human Rights Quarterly*, 2005, pp. 294-326.

E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008.

E. Brems, « Introduction », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 1-16.

E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

E. Bribosia et I. Rorive, « Le voile à l’école : une Europe divisée », *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2004, pp. 951-983.

E. Bribosia, « Classification des droits de l’homme », in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, S. Rials et F. Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l’homme*, Paris, P.U.F., 2008, pp. 159-164.

E. Bribosia, « La lutte contre les discriminations dans l’Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », in *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. Bayart, S. Sottiaux & S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Brugge, La Charte, Die Keure, 2008, pp. 31-62.

E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse », *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2009, pp. 319-373.

E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « L’aménagement raisonnable pour motif religieux : un concept issu d’Amérique du Nord en voie d’intégration en Belgique et en Europe », *Actualités du droit de la non-discrimination*, Ch. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck (dir.), La Charte, Die Keure, Bruxelles, Brugge, 2009, pp. 354-390.

M. Bulmer & J. Solomos, « Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies », *Ethnic and Racial Studies*, 1998, vol. 21, n° 5, p. 822.

A. Cammilleri-Subrenat & C. Levallois-Barth, *Sensitive Data Protection in the European Union*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

L. Cariolou, « The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 249-272.

P. Cumper, « The Public Manifestation of Religion or Belief: Challenges for a Multi-Faith Society in the Twenty-First Century », in R. O'Dair & A. Lewis (eds), *Law and Religion*, Oxford, O.U.P., 2001.

Danish Institute for Human Rights, *Lutte contre les discriminations multiples: pratiques, politiques et lois*, Commission européenne, 2007, disponible en anglais et en français sur le site de la Commission européenne: <http://www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2026&langId=fr>.

O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2001.

O. De Schutter, « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, pp. 137-183.

O. De Schutter, *Pre-Employment Inquiries and Medical Examinations as Barriers to the Employment of Persons with Disabilities : Reconciling the Principle of Equal Treatment and Health and Safety Regulations under European Union Law*, Commission européenne, 2004, disponible sur le site de la Commission européenne: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/mon_en.htm.

O. De Schutter et J. Ringelheim, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité : face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 443-481.

O. De Schutter, « Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2006, vol. 57, n° 1, pp. 1-56.

O. De Schutter & F. Tulkens, "Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution", in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 169-216.

O. De Schutter & J. Ringelheim, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies : Reconciling the Promotion of Equality with Privacy Rights*, Bruxelles, Bruylant, 2009 (sous presse).

M. De Vos, *Au-delà de l'égalité formelle. L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Commission européenne, 2007, disponible en anglais, français et allemand sur le site du Migration Policy Group : http://www.migpolgroup.org/publications_detail.php?id=160.

E. Dubout, « Vers une protection de l'égalité collective par la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, pp. 851-884.

European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), *Combating Racism while Respecting Freedom of Expression*, Proceedings of the Expert Seminar held in Strasbourg on 16-17 November 2006, 2007, disponible sur le site du Conseil de l'Europe: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/22-Freedom_of_expression_Seminar_2006/NSBR2006_proceedings_en.pdf.

C. Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2001.

C. Evans, « The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights », *The Melbourne Journal of International Law*, 2006, vol. 7, pp. 52-73.

Ph. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés : la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles Bruylant, 2001.

M. Galenkamp, « Towards a Socialisation of Fundamental Rights », in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 149-165.

S. Greer, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

K. Groenendijk, « Noot onder ABRS 3 september 2008 (VIA) », in T.E. Van Dijk a.o. (eds), *Uitsprakenbundel Wet bescherming persoonsgegevens*, The Hague, Sdu, 2009, pp. 407-415.

T.J. Gunn, « Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights », in J.D. van der Vyver and J. Witte, Jr (eds), *Religious Human Rights in Global Perspective – Legal Perspectives* (vol. 2), The Hague, Martinus Nijhoff, 1996, pp. 305-330.

J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, trad. de l'allemand par M. Hunyadi, Paris, Cerf, 1992.

Justice initiative, *Legal Opinion in the case of Reference Index of Antilleans 'verwijsindex Antillianen'*, mars 2008, disponible sur le site: <http://www.yudikorsou.com/download/OSJI%20VIA%20Legal%20Opinion.pdf>.

M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 82, 2008, 2^{ème} éd.

T. Makkonen, *Quantifier les discriminations. Collecte de données et droit européen sur l'égalité*, Commission européenne, 2006, disponible en anglais, français et allemand sur le site du Migration Policy Group : http://www.migpolgroup.org/publications_detail.php?id=162.

M. Malik, *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy*, London, Equality and Diversity Forum, 2008, disponible sur le site de l'Equality and Diversity Forum: http://www.edf.org.uk/blog/wp-content/uploads/2009/02/competing-rights-report_web.pdf.

T. Marauhn & N. Ruppel, « Balancing Conflicting Human Rights : Konrad Hesse's Notion of 'Praktische Konkordanz' and the German Federal Constitutional Court », in E. Brems (eds), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 273-296.

D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

A. McColgan, « Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace », *Industrial Law Journal*, 2009, vol. 38, n° 1, pp. 1-29.

J. Mouly, « Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 279-303.

L. Potvin-Solis, « La liaison entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans les jurisprudences européennes », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 967-1005.

F. Raday, « Culture, Religion, and Gender », *International Journal of Constitutional Law*, 2003, vol. 4, pp. 663-715.

F. Raday, « Secular Constitutionalism Vindicated », *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, pp. 2769-2798.

Réseau de l'Union européenne d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, opinion n° 4-2005, *The Right to Conscientious Objection and the Conclusion by EU Member States of Concordats with the Holy See*, 14 décembre 2005, disponible sur le site de la Commission européenne: http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/avis/2005_4_en.pdf.

F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

J. Ringelheim, « Le recueil de données personnelles au service de la lutte contre les discriminations : une tension nécessaire entre non-discrimination et vie privée », in S. Van Drooghenbroeck, S. Sottiaux et Ch. Bayart (dir.), *Les lois fédérales du 10 mai 2007 luttant contre les discriminations*, Bruxelles, éd. La Charte, 2008, pp. 63-100.

I. Rorive, « A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Discrimination and Racism », K. Boyle (ed.), *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford, O.U.P., 2009, pp. 138-173.

I. Rorive, « Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European answer », *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, pp. 2669-2698.

D. Schieck, L. Waddington & M. Bell, *Non-Discrimination Law. Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2007.

D. Shelton, « Mise en balance des droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 153-194.

P. Simon, *Etude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux Etats-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*, Rapport à la Commission européenne, DG Emploi et Affaires sociales, Droits fondamentaux et antidiscrimination, Luxembourg, 2004.

P. Simon, *'Ethnic' statistics and data protection in the Council of Europe countries – Study Report*, Strasbourg, European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), 2007, disponible sur le site du Conseil de l'Europe: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/Themes/Ethnic_statistics_and_data_protection.pdf.

P. Simon, « The Controversy on Ethnic Statistics in France », in J. Ringelheim & O. De Schutter (dir.), *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, Bruxelles, Bruylant, 2009 (sous presse).

A. Stuart, « Back to Basics: Without Distinction – A Defining Principle? », in E. Brems (eds), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 101-130.

F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

F. Sudre, « Rapport introductif. La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 11-33.

F. Sudre, J.-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 4^{ème} éd.

Symposium, « Constitutionalism and Secularism in an Age of Religious Revival : The Challenge of Global and Local Fundamentalism », *Cardozo Law Review*, juin 2009, pp. 2331-3012.

S. Van Drooghenbroeck, « Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes », in J.-L. Renchon (dir.), *Les droits de la personnalité*, Actes du X^e colloque de l'Association 'Famille et Droit', Louvain-la-Neuve, 30 novembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 299 et s.

J. Velaers et M.-C. Foblets, « L'appréhension du fait religieux par le droit. – A propos des minorités religieuses », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, pp. 273-307.

L. Vickers, *Religion et convictions: discrimination dans l'emploi – Le droit de l'Union européenne*, Commission européenne, 2006, disponible en anglais, français et allemand sur le site du Migration Policy Group : http://www.migpolgroup.org/publications_detail.php?id=163.

L. Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, O.U.P., 2007.

L. Zucca, "Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas", in E. Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 19-38.

Commission européenne

A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne

2010 — 88 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 978-92-79-15827-8

doi: 10.2767/34671

Cette publication identifie les conflits les plus marquants entre certains droits fondamentaux et le droit à l'égalité et à la non-discrimination.

Les auteurs se sont penchés sur l'établissement d'une typologie et d'une méthodologie en vue d'encadrer le raisonnement juridique du législateur ou du juge national faisant face à un conflit inter-droits entre le principe de non-discrimination et les droits fondamentaux.

Le présent rapport illustre ces tensions par des exemples plus spécifiques relatifs au droit à l'objection de conscience pour motif religieux ou philosophique et au principe de non-discrimination fondé sur l'orientation sexuelle ou sur le genre. Ces derniers cas d'espèce permettent de refléter les conflits intra-droits pouvant également exister à l'intérieur du principe même d'égalité.

Cette publication est disponible en version imprimée en allemand, en anglais et en français.

COMMENT VOUS PROCURER LES PUBLICATIONS DE L'UNION EUROPÉENNE?

Publications gratuites:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- auprès des représentations ou des délégations de l'Union européenne.
Vous pouvez obtenir leurs coordonnées en consultant le site HYPERLINK "<http://ec.europa.eu>" <http://ec.europa.eu> ou par télécopieur au numéro +352 2929-42758.

Publications payantes:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Abonnements facturés (par exemple séries annuelles du Journal officiel de l'Union européenne, recueils de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne):

- auprès des bureaux de vente de l'Office des publications de l'Union européenne (http://publications.europa.eu/others/agents/index_fr.htm).

2010
Année européenne
de lutte contre
la pauvreté
et l'exclusion sociale

Les **publications** de la direction générale de l'emploi,
des affaires sociales et de l'égalité des chances vous intéressent?

Vous pouvez les télécharger ou vous abonner gratuitement:
<http://ec.europa.eu/social/publications>

Vous pouvez également vous abonner gratuitement au bulletin d'information
électronique *L'Europe sociale* de la Commission européenne:
<http://ec.europa.eu/social/e-newsletter>

<http://ec.europa.eu/social>



■ Office des publications

