

# L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination

## État des lieux

Par Gwénaële CALVÈS, Professeure à l'Université de Cergy-Pontoise

### PLAN

#### I. Une faculté de dérogation ouverte aux États membres

- A. « Les États membres peuvent prévoir » (article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>)
- B. « Les États membres peuvent maintenir » (article 4, paragraphe 2)

#### II. Une dérogation liée à l'activité professionnelle : l'hypothèse de droit commun

- A. Le fondement de la différence de traitement : une « caractéristique liée à un motif protégé »
- B. L'identification d'une « exigence professionnelle essentielle et déterminante »
- C. Le contrôle de proportionnalité de la différence de traitement

#### III. Une dérogation plus spécifique : le cas des Églises et des organisations de tendance

- A. La spécificité des activités professionnelles concernées
- B. Le contrôle de l'exigence professionnelle spécifique
- C. Le contrôle de l'exigence de bonne foi et de loyauté

Le droit européen de la non-discrimination en matière d'emploi et de travail s'organise autour de trois directives (« verticale » (1), « horizontale » (2) et « refonte » (3)), qui prévoient toutes qu'une différence de traitement en principe prohibée peut se trouver justifiée par l'invocation d'une « exigence professionnelle essentielle ». Certaines conditions étant remplies, une discrimination illicite en raison des motifs sur lesquels elle repose (race ou origine ethnique ; religion ou convictions, handicap, âge, orientation sexuelle ; sexe) devient licite.

Cette hypothèse de dérogation au principe de non-discrimination est apparue dans le droit social européen avec la directive 76/207/CEE relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (4), dont l'article 2§2, prévoyait que « la présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante ». Cette disposition a été profondément remaniée en 2002, pour rapprocher son libellé de celui des directives verticale et horizontale adoptées en 2000 (5).

Les textes évoquent aujourd'hui une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » (art. 4 de la directive verticale et 4§1 de la directive horizontale), « essentielle, légitime et justifiée » (art. 4§2 de la directive horizontale), ou « véritable et déterminante » (art. 14§2 de la directive refonte). L'identification d'une telle exigence suppose un examen de la nature de l'activité professionnelle en cause, ou des conditions de son exercice (« contexte dans lequel elle est exercée », dit l'art. 4§2 de la directive horizontale, « cadre dans lequel elle se déroule » pour la directive refonte). La différence de traitement doit être proportionnée à la poursuite d'un objectif légitime ou (article 4§2 de la directive horizontale) « s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire ».

Quelle portée faut-il accorder à ces différences rédactionnelles ? La notion d'exigence professionnelle essentielle s'appréhende-t-elle de la même manière d'un texte à l'autre, et donc pour tous les motifs de discrimination protégés par le droit dérivé de l'Union européenne ? La question – qui se pose

(1) Directive 2000/43/CE 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, JOCE L 180 du 19 juillet 2000.

(2) Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE L 303 du 2 décembre 2000.

(3) Directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JOCE L 204 du 26 juillet 2006.

(4) Directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre 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 professionnelle, et les conditions de travail, JOCE L 039 du 14 février 1976. Cette directive est sortie de vigueur le 15 août 2009.

(5) Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE préc., art. 1<sup>er</sup>, p.2, 6<sup>e</sup>, repris à l'article 14§2 de la directive « refonte » préc.

pour d'autres notions ou mécanismes transversaux du droit européen de la non-discrimination – ne peut pas recevoir de réponse ferme, car seul l'article 4 de la directive horizontale a fait l'objet, à ce jour, d'arrêts préjudiciels de la Cour de justice.

Sa jurisprudence assez fournie (huit arrêts au total), inaugurée en 2010 par l'arrêt *Wolf* où la Cour a décidé, de son propre chef, d'analyser la disposition qui nous occupe (6), n'est certes pas exempte de zones d'ombre. Bien des questions restent en suspens. Il est toutefois possible, selon nous, de proposer une première synthèse de l'interprétation – très constructive – promue par la Cour, qui a d'ores et déjà exploré les deux hypothèses de dérogation envisagées par l'article 4 de la directive horizontale (dite aussi « Égalité de traitement »).

La première hypothèse, énoncée au paragraphe 1<sup>er</sup>, vaut pour tout type d'activité professionnelle, et pour les quatre motifs protégés par la directive (religion ou convictions, handicap, âge, orientation sexuelle). La Cour en a examiné les

conditions d'application à des différences de traitement fondées sur l'âge (cinq arrêts (7)), puis sur la religion ou les convictions (un arrêt (8)). La seconde hypothèse, visée par le paragraphe 2, ne concerne que « les activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions » et n'envisage que des différences de traitement à raison de la religion ou des convictions. Ce paragraphe, long et obscur, comporte deux alinéas qui ont chacun donné lieu, en 2018, à un arrêt préjudiciel (9).

Les deux hypothèses de dérogation – ou de « différences de traitement justifiées », comme dit souvent la Cour – s'inscrivent, l'une comme l'autre, dans le cadre d'une simple faculté ouverte aux États membres (I). La dérogation liée à l'activité professionnelle forme l'hypothèse de droit commun (II). C'est à son aune que la Cour a décidé d'interpréter la dérogation, pourtant spécifique, instituée au bénéfice des Églises et organisations de tendance (III).

## I. Une faculté de dérogation ouverte aux États membres

L'article 4 n'a pas pour objet d'imposer une obligation aux États membres. Il les autorise simplement à prévoir deux séries de dérogations liées à la notion d'exigence professionnelle essentielle. La marge de manœuvre dont ils disposent est toutefois plus étroite dans le cadre du paragraphe 2 que dans celui du paragraphe 1<sup>er</sup>.

### A. « Les États membres peuvent prévoir » (article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>)

Les États membres « peuvent prévoir » qu'une différence de traitement qui découle d'une exigence professionnelle « essentielle et déterminante » ne constitue pas une discrimination : les termes de l'article 4§1 sont clairs. Mais, comme l'a souligné la Cour, ils « ne se réfèrent à aucun instrument juridique précis » (10). Contrairement aux causes générales de dérogation énumérées à l'article 2§5, qui vise à « prévenir et

arbitrer un conflit » (11) entre le principe de l'égalité de traitement et diverses exigences d'intérêt général, l'exception tirée d'une exigence professionnelle essentielle ne doit pas nécessairement être « prévue par la législation nationale ».

Quelle peut être sa source, dans l'ordre interne ? La question, à ce jour, n'a pas été abordée par la Cour. Les différences de traitement qu'elle a examinées depuis 2010, lorsqu'elles ne résultaient pas d'une loi adoptée par un parlement national ou régional (ou ne pouvaient pas s'en réclamer), avaient été décidées (affaire *Prigge*) par les partenaires sociaux ou (affaire *Cafaro*) par des titulaires du pouvoir réglementaire, dont la compétence est admise pour l'adoption des « mesures prévues par la législation nationale » au sens de l'article 2§5, sous réserve qu'ils agissent sur la base d'une règle d'habilitation suffisamment précise.

(6) CJUE, gde ch., 2 janvier 2010, *Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, aff. C-229/08 (la juridiction de renvoi estimait que c'était l'article 6§1 qui était applicable à l'espèce, mais la Cour a jugé d'office qu'il y avait lieu de se fonder sur l'article 4).

(7) *Wolf*, préc., suivi de CJUE, gde ch., 13 septembre 2011, *Prigge e.a. c. Deutsche Lufthansa*, aff. C-447/09, CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Pérez c. Ayuntamiento de Oviedo*, aff. C-416/13, CJUE, gde ch., 15 novembre 2016, *Salaberria Sorondo c. Academia Vasca de Policía y Emergencias*, aff. C-258/15 et CJUE, 7 novembre 2019, *Gennaro Cafaro c. DQ*, aff. C-396/18.

(8) CJUE, gde ch., 14 mars 2017, *Bougnouei et ADDH c. Micropole SA*, aff. C-188/15.

(9) CJUE, gde ch., 17 avril 2018, *Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung*, aff. C-414/16 et CJUE, gde ch., *IR c. JQ*, gde ch., 11 septembre 2018, aff. C-68/17.

(10) *Prigge*, préc., p. 59.

(11) *Prigge*, préc., p. 55 (l'article 2§5 dispose que « la présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui »).

Les conditions plus strictes de l'article 2 §5, étant remplies, il n'était pas utile de mener une analyse spécifique sous l'angle des conditions de transposition de l'article 4 §1.

S'agissant de la forme que la dérogation peut revêtir dans l'ordre interne, la jurisprudence développée dans le cadre de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes – sous l'empire de la directive 76/207 – offre un point de repère à certains égards pertinent. Il n'est certes pas question, ici, de reconnaître aux États membres « *la faculté d'exclure certaines activités professionnelles du champ d'application de la directive* » (12). Les seules activités professionnelles qui peuvent être exclues « en bloc » relèvent, pour les motifs de l'âge et du handicap, de l'article 354 de la directive (13). On peut penser, en revanche, que l'article 4§1, à l'instar de son prédécesseur de la directive de 1976, « *n'a pas pour objet ni pour effet d'imposer aux États membres une forme déterminée pour l'exercice de cette faculté de dérogation* » (14).

Le recours à la technique de la liste – très courant dans le cas des différences de traitement entre hommes et femmes – est toutefois malaisé dans le cas des motifs protégés par la directive horizontale. La plupart des États membres semblent ainsi avoir adopté la même solution : celle d'une formule générale décalquée, plus ou moins fidèlement, de l'article 4§1. Rares sont ceux qui n'ont pas intégré dans leur droit la dérogation relative aux exigences professionnelles essentielles. La France, par exemple, après s'y être refusée dans sa première loi de transposition de la directive, a fini par l'introduire – *grosso modo* – dans son code du travail (15).

Cela invite à souligner que le caractère facultatif des dérogations liées aux exigences professionnelles déterminantes est un peu en trompe l'œil. Le droit de la non-discrimination ne saurait imposer que des tâches professionnelles soient confiées à des personnes incapables de les assumer, en raison des caractéristiques – même protégées – dont elles sont

dotées. La directive n'a donc pas vraiment pour but, comme l'avait rappelé en son temps l'Avocat général Mancini, « *d'autoriser les États membres à admettre des traitements discriminatoires toutes les fois que cela est nécessaire, parce qu'un tel pouvoir est déjà in rerum natura ; la directive ne l'attribue pas, mais le 'trouve'* » (16) ; elle a simplement pour fonction (ce qui n'est pas rien) d'objectiver et d'encadrer l'exercice du pouvoir de dérogation afin, notamment, d'en permettre le contrôle juridictionnel.

## B. « Les États membres peuvent maintenir » (article 4, paragraphe 2)

L'article 4§2, dans sa rédaction proposée en janvier 2000 par la Commission, relevait, lui aussi, d'une forme d'évidence : « *il est évident que dans des organisations qui promeuvent certaines valeurs religieuses, certains emplois ou professions doivent être exercés par des salariés qui partagent les mêmes convictions religieuses* » (17).

L'évidence du dispositif s'étant dissoute au fil du processus de réécriture de l'article 4§2 (voir *infra*, III), les conditions de sa transposition dans les ordres juridiques internes ont été durcies. Si les États membres décident de l'intégrer dans leur droit, deux possibilités seulement leur sont offertes : ils peuvent soit « *maintenir* » une législation nationale relative aux Églises et entreprises de tendances, soit édicter une nouvelle législation « *reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la [...] directive* ».

Comment ne pas relever, ici, la contradiction interne qui affecte l'article 4§2 ? D'un côté, il semble justifier la dérogation par le « *droit* » des Églises et des entreprises de tendances de « *requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers [leur] éthique* » ; de l'autre, il permet aux États de bafouer ce même droit, en les autorisant à ne pas prévoir de régime spécifique pour les entreprises de conviction. « *Or il ne se conçoit pas qu'une directive vienne priver une église du bénéfice de sa liberté de*

(12) CJCE, 30 juin 1988, *Commission c. Allemagne*, aff. C-248/83, pt. 36.

(13) « *Les États membres peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées sur l'handicap [sic] et l'âge* ».

(14) *Commission c. Allemagne*, préc., p. 36. Dans le même sens, voir, *mutatis mutandis*, l'analyse de l'article 6§1 par l'Avocat général dans l'affaire *Age Concern* (C-388/07, pt. 54) : « *On ne peut pas en déduire que les États membres ont une obligation d'exposer, dans leurs instruments de transposition, une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime. De plus, compte tenu de la diversité des situations dans lesquelles de telles différences de traitement peuvent se produire, il est sans doute impossible d'établir une telle liste à l'avance sans restreindre de manière indue la portée de la justification prévue à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2000/78* ».

(15) Article L. 1133-1 du code du travail, issu de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 : « *l'article L. 1132-1 [interdisant les discriminations]*

*ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Manquent la grille d'analyse fixée par la directive pour l'appréciation de l'exigence professionnelle, qui ne peut être « *essentielle et déterminante* » qu'« *en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice* », ainsi que la précision relative au fondement de la différence de traitement, qui ne peut pas être le motif protégé lui-même, mais une « *caractéristique liée au motif protégé* ». Il est vrai que cette exigence a été neutralisée par la CJUE (voir *infra*, II-A).

(16) Conclusions sur *Commission c. Allemagne*, préc. p.7. Souligné par nous.

(17) Proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, COM/99/565 final, JOCE C 177 E du 27 juin 2000.

religion, ou une organisation de tendance du bénéficiaire de ses libertés d'association ou d'expression » (18).

La Commission, lorsqu'elle a examiné les instruments de transposition présentés par les États membres, ne semble pas avoir contrôlé le respect

de cette condition d'antériorité, dont la Cour, quant à elle, s'est bornée à dire qu'elle « ne saurait être interprétée comme autorisant les États membres à soustraire le respect des critères énoncés [par l'article 4§2] à un contrôle juridictionnel effectif » (19).

## II. Une dérogation liée à l'activité professionnelle : l'hypothèse de droit commun

L'article 4§1 dispose que « *nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs [protégés] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». Suivons le texte pas à pas.

### A. Le fondement de la différence de traitement : une « caractéristique liée à un motif protégé »

Sous l'empire de la directive de 76/207, des différences de traitement expressément fondées sur le sexe pouvaient, lorsque le sexe constituait une exigence professionnelle « déterminante », échapper à la qualification de discrimination *directe*. Mais les différences de traitement qui découlent de l'application d'un critère apparemment neutre - la force physique, par exemple - n'étaient jamais soumises au test de la « condition déterminante ». Pour ne pas être qualifiées de discriminations *indirectes*, il suffisait qu'elles soient « *objectivement justifi[es] par un but légitime* », sous réserve que « *les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires* » (20).

Avec la directive horizontale, la situation s'inverse. La clause de dérogation semble désormais ignorer les situations de discrimination *directe*, pour se centrer sur les configurations de discriminations *indirectes* présumées (compte non tenu de leur éventuelle requalification en discriminations *directes* (21)). Pour relever de la clause de dérogation de l'article 4§1, la

différence de traitement doit en effet être « *fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs [protégés]* ». Le défaut d'expérience professionnelle, par exemple, en tant qu'il peut être considérée comme une caractéristique liée à l'âge (22), ou les absences pour cause de maladie, caractéristique dont la Cour a déclaré qu'elle pouvait être liée au motif du handicap (23).

Cette analyse littérale, qui exclut les discriminations *directes* du champ de la dérogation, fait surgir deux problèmes, d'inégale importance. D'une part, l'entame du texte devient obscure : pourquoi écrire « *nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2* », si seul le paragraphe 2 b), relatif aux discriminations *indirectes*, est concerné par la clause de dérogation ? D'autre part, l'article 4§1 perd une bonne partie de son effet utile. S'il ne concerne que les discriminations *indirectes* présumées, pourquoi imposer que la caractéristique liée à l'un des motifs protégés constitue « *une exigence professionnelle essentielle et déterminante* », quand il suffit par ailleurs, aux termes de l'article 2§2 b), que la différence de traitement soit « *objectivement justifiée* » ?

Source de perplexité, le libellé de l'article 4§1, a été largement réécrit par la Cour. Dès son arrêt *Wolf*, elle a confirmé que « *c'est non pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante* » (24). Ceci correspond à la lettre du texte. Mais l'affaire *Wolf* concernait une différence de traitement *directement* fondée sur l'âge. En toute rigueur, l'article 4§1 n'était donc pas applicable. La Cour a toutefois opiné en sens inverse, « *prenant ainsi [le texte] à contre-pied* » (25). Et par la suite, seules des discriminations

(18) O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, PIE/Peter Lang, 2001, p. 74.

(19) Egenberger, préc., p. 54, et IR. c. JQ, préc., pt. 44.

(20) Directive 76/207/CEE, préc., art 2, paragraphe 2.

(21) Sur ces opérations de requalification, v. G. Calvès, « L'introuvable définition 'européenne' de la discrimination indirecte. L'exemple du sexe et de l'orientation sexuelle », in D. Borillo et F. Lemaire (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, 2020, pp. 95-114.

(22) En ce sens (lu a contrario), CJUE, 7 juin 2012, *Tyrolean Airlines c. Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways*, aff. C-132/11, pts 29-30.

(23) CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. jointes C-335/11 et C-337/11, p. 76 (« en comparaison avec un travailleur valide, un travailleur handicapé est exposé au risque supplémentaire d'une maladie liée à son handicap »).

(24) *Wolf*, préc., p. 35.

(25) E. Bribosia et T. Bombois, « Interdiction de la discrimination à raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 44.

directes ont été analysées par elle sous l'angle de l'article 4§1. Avait-elle pour autant exclu les discriminations indirectes du champ de la dérogation ? L'hésitation était permise, jusqu'à l'arrêt *Boungaoui*. Dans cette affaire relative au licenciement d'une salariée qui refusait d'ôter le foulard islamique qu'elle portait sur son lieu de travail, la Cour, après s'être interrogée sur le caractère direct ou indirect de la discrimination alléguée, a clairement indiqué que c'est seulement dans la première hypothèse qu'il conviendrait d'examiner si l'interdiction de ce couvre-chef constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de l'article 4§1 de la directive (26).

Dans son interprétation de la clause de dérogation de la directive Égalité de traitement, la Cour a donc renoué – contre la lettre du texte – avec sa jurisprudence relative à la directive de 1976 : la dérogation tirée de l'existence d'une exigence professionnelle essentielle n'est instituée qu'au bénéfice de discriminations directes. Elle assume d'ailleurs ouvertement cette convergence, *obiter* (27) ou dans le corps de certains raisonnements (28).

## B. L'identification d'une « exigence professionnelle essentielle et déterminante »

Quelques précisions sémantiques s'imposent à titre liminaire.

« *Exigence professionnelle* » : la version française de la directive (de même que la version italienne) omet de préciser qu'il doit s'agir d'une activité *spécifique*, c'est-à-dire concrète (« *concreta* », dans la version espagnole), déterminée (« *bestimmte* » dans le texte allemand), particulière (« *particular* », en anglais). Il n'en est pas moins certain que les hypothèses de

dérogation envisagées par l'article 4§1 ne sauraient concerner un métier en général, ni – *a fortiori* – tout un secteur professionnel : seuls sont visés des emplois précis, auxquels se trouvent affectées des tâches déterminées. Cette mise en garde avait été clairement formulée par la Cour à propos de la directive 76/207 (29) (la nouvelle rédaction du texte en prend acte (30)), et il est certain que l'approche au cas par cas s'impose également pour l'interprétation de la directive horizontale. Il s'agit là, au demeurant, d'une exigence classique en droit de la non-discrimination (31).

« *Essentielle et déterminante* » : la formule, à vrai dire, est un peu étrange. Elle résulte des difficultés de compréhension – et donc de traduction – apparues lors des négociations qui ont précédé l'adoption de la directive verticale « race ou origine ethnique » (32) : la notion de « *véritable exigence professionnelle* » (*genuine occupational requirement*), empruntée par la Commission au droit de certains États membres (Royaume-Uni, Irlande, Pays-Bas et Danemark), avait suscité le malaise des représentants d'États où l'interdiction de la discrimination « raciale » était conçue de manière plus stricte. D'où la traduction, dans la plupart des versions linguistiques, de « *véritable* » par « *essentielle* », et l'ajout de l'adjectif « *déterminant* ». Mais il en résulte que la formule retenue dans ces versions a une tournure franchement pléonastique : l'essence d'une activité n'est-elle pas ce qui la définit, c'est-à-dire *détermine* son contenu ? La version anglaise se comprend mieux, car elle ne dit pas « *essentielle et déterminante* », mais « *véritable (genuine) et déterminante* ». Cette formulation – généralisée en 2002 lors de la révision de la directive 76/207 – met en avant deux idées qui ont le mérite d'être distinctes l'une de l'autre : l'exigence, d'une part, doit être véritablement

(26) « En revanche, pour le cas où le licenciement de madame Boungaoui ne serait pas fondé sur l'existence d'une règle interne [en apparence neutre mais aboutissant, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou des convictions données], il convient d'examiner si la volonté de l'employeur de tenir compte du souhait d'un client de ne plus voir de services fournis par une travailleuse [...] qui porte un foulard islamique, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 » (*Boungaoui*, préc., p. 34, souligné par nous). L'Avocate générale Sharpston estimait quant à elle (au p. 90 de ses conclusions) que l'article 4§1 s'applique indifféremment aux discriminations directes et indirectes.

(27) CJUE, 22 mai 2014, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, aff. C-356/12, pt. 49 (*obiter*).

(28) CJUE, 18 octobre 2017, *Ypourgos Esoterikon c. Maria-Eleni Kalliri*, aff. C-409/16. Analysant une condition de taille minimale (1,70 m) pour l'accès à un corps de la fonction publique, la Cour ne pouvait pas se demander, sous l'empire de la directive 76/207 applicable à l'espèce *ratione temporis*, si ce critère de sélection, appliqué aux deux sexes de manière indifférenciée, constituait une « *condition déterminante* » pour l'exercice des fonctions. Mais, tout en l'analysant comme une source de discrimination indirecte, elle s'est appuyée sur des arrêts qui avaient examiné,

sous l'angle de l'article 4§1 de la directive horizontale, des conditions d'âge maximum établies pour l'accès à des corps de police, c'est-à-dire... des discriminations directes.

(29) CJCE, 30 juin 1988, *Commission c. France*, aff. C-318/86, p. 25 (« les dérogations prévues à l'article 2, paragraphe 2, ne peuvent viser que des activités spécifiques ») et CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, aff. C-285/98, p. 27 (l'exclusion des femmes de la quasi-totalité des emplois militaires de la Bundeswehr « ne peut être regardée comme une mesure dérogatoire justifiée par la nature spécifique des emplois en cause ou par les conditions particulières de leur exercice »).

(30) V. *supra* note 5.

(31) V. par exemple le rapport du Comité d'experts pour l'application de la Convention n° 111 de l'OIT, *Étude d'ensemble : Égalité dans l'emploi et la profession*, publications du BIT, 1988, qui souligne, à propos de l'article 1§2 de la Convention, que « la notion d'emploi déterminé fait référence à un poste, à une fonction ou à un travail particulier et définissable » (p. 126).

(32) Directive 2000/43, préc. Sur ces difficultés, v. A. Tyson, « The Negotiation of the European Directive on Racial Discrimination », *European Journal of Migration and Law*, 2003, vol. 3, pp. 210-211.

professionnelle (à l'exclusion de tout autre ordre de considérations) ; elle doit former, d'autre part, un *requisit* pour la conduite de l'activité professionnelle en cause.

Doit-elle, pour autant, être une condition *nécessaire* pour l'exercice de l'activité ? Ou peut-elle être fixée à titre de condition simplement désirable pour l'exercice le plus efficient de l'activité en cause ? La question – capitale – n'a pas encore été tranchée. L'exemple classiquement invoqué pour l'illustrer est celui du metteur en scène qui souhaiterait engager un acteur noir pour jouer le rôle de Nelson Mandela, alors qu'un acteur d'une autre couleur de peau serait parfaitement capable de l'interpréter, au prix, peut-être, d'une « *crédibilité amoindrie* » (33). Dans le contexte de la directive horizontale, l'argument de l'« *authenticité* » pourrait-il être invoqué pour réserver à une personne (visiblement ?) homosexuelle un emploi de serveur dans un bar gay, ou l'accès à un poste à responsabilité dans une association de défense des droits des LGBT (34) ? Il faudrait admettre qu'une « *apparence* » homosexuelle est une « *caractéristique liée à l'orientation sexuelle* » (la marche est peut-être un peu haute...). En toute hypothèse, l'« *exigence professionnelle essentielle et déterminante* » serait tirée non pas de la nature de l'activité en cause, mais de ses « *conditions d'exercice* ».

Dans le cadre de l'article 4§1, l'exigence professionnelle essentielle et déterminante s'appréhende en effet au regard soit de « *la nature d'une activité professionnelle* », soit « *des conditions de son exercice* ». Or on pénètre ici sur un terrain qui n'est pas parfaitement balisé.

Dans les cinq arrêts préjudiciels où une différence de traitement était fondée sur le motif de l'âge, il était allégué que celui-ci se trouvait lié à une caractéris-

tique précise : « *la possession de capacités physiques particulières* ». La Cour a admis l'objectivité d'un tel lien, car il est scientifiquement établi que le type de capacités physiques requis par les activités en cause – pompiers (35), pilotes d'avion (36) et policiers (37) – déclinent au fil des ans. Elle a ensuite estimé que la possession de ces capacités physiques particulières constituait, dans ces différents cas d'espèce, une « *exigence professionnelle essentielle et déterminante* », au terme d'une analyse (soigneusement détaillée) des tâches à accomplir, et donc de « *la nature* » de l'activité professionnelle en cause. La prise en compte des « *conditions de son exercice* », au sein d'un service qui pour être opérationnel doit équilibrer les tranches d'âge auxquelles appartiennent ses agents, n'est intervenue (*sub silentio*) qu'au stade du contrôle de proportionnalité de la mesure litigieuse (voir *infra*, II-C).

On ignore encore les conditions dans lesquelles elle pourrait être intégrée en amont de ce contrôle, pour caractériser une exigence professionnelle essentielle et déterminante. L'affaire *Boungaoui*, où la piste de la « *nature* » de l'activité professionnelle ne pouvait mener nulle part (rien, dans la nature de l'activité d'ingénieur d'études, n'exigeant que le travailleur accomplisse ses tâches tête nue), offrait à la Cour une occasion de se pencher sur la question des « *conditions d'exercice* » de l'activité (en l'espèce : clients rétifs à toute collaboration avec une salariée voilée). Mais l'occasion n'a pas été saisie (38). Si elle devait l'être un jour, il est vraisemblable que la Cour se montrerait plus sourcilleuse que dans le cadre de sa jurisprudence relative à la directive 76/207, où la notion de « *conditions d'exercice* » pouvait se dilater jusqu'à inclure l'« *environnement* » social et politique dans lequel l'activité est exercée (39).

(33) E. Bribosia et I. Rorive, *A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux*, Luxembourg, Office des publications européennes, 2010, p. 43.

(34) Une telle hypothèse était prévue, semble-t-il, dans la législation suédoise antérieure à la transposition de la Directive (E. Bribosia et I. Rorive, préc., p. 44). La Commission, dans son texte de présentation de la future directive 2000/43 (préc.) ne l'avait pas écartée : des cas d'exigence professionnelle essentielle « *peuvent se rencontrer, par exemple, lorsqu'une personne de race ou d'origine ethnique déterminée doit être choisie pour un spectacle pour des raisons d'authenticité, ou lorsqu'il s'agit de fournir des services d'ordre social à des personnes d'un groupe ethnique particulier et que ces services peuvent être le plus efficacement dispensés par une personne du même groupe* » (Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, COM(1999) 566 final, p. 8).

(35) Wolf, préc.

(36) Prigge, préc. (pilotes de ligne) et Cafaro, préc. (pilotes exerçant des missions liées à la protection de la sécurité nationale).

(37) Vital Pérez, préc. (police locale) et Salaberria Sorondo, préc. (police de la Communauté autonome du Pays basque).

(38) La Cour s'est contentée d'énoncer que la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante doit être « *objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client* » (*Boungaoui*, préc., p. 40).

(39) CJCE, 15 mai 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. C-222/84, admettant que si la nature de l'activité professionnelle en cause (fonctions générales de maintien de l'ordre par des policiers armés) ne permettait pas de justifier l'exclusion des femmes, il n'en allait pas de même de « *l'environnement* » dans lequel elles sont exercées : dans une Irlande du Nord alors frappée par le terrorisme, « *on ne saurait exclure la possibilité que [...] le port d'armes à feu par des femmes policiers puisse créer des risques supplémentaires d'attentats sur elles et puisse dès lors être contraire aux exigences de la sécurité publique* » (p. 36).

## C. Le contrôle de proportionnalité de la différence de traitement

Comme toutes les dérogations au principe de non-discrimination, l'hypothèse visée par l'article 4§1 est d'interprétation stricte. Elle ne peut jouer, précise le considérant 23 de la directive, que dans « *des circonstances très limitées* ». Le contrôle de proportionnalité imposé par le dernier membre de phrase de l'article 4§1 doit permettre de s'en assurer : l'exigence professionnelle instituée par la mesure dérogoaire doit être « *proportionnée* » à la réalisation d'un objectif « *légitime* ». Elle ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché, ce qui signifie – si on raisonne, comme y invite la Cour (40), par analogie avec le contrôle des mesures adoptées en application de l'article 2§5 - qu'elle doit être invoquée de manière « *cohérente et systématique* » (son champ d'application, au regard de l'objectif poursuivi, ne doit être ni trop sélectif, ni excessivement large) et/ou (car ce point n'est pas toujours vérifié) qu'il ne doit pas exister, pour l'atteindre, de moyens moins attentatoires au principe de l'égalité de traitement.

Ce contrôle de proportionnalité intervient-il vraiment au troisième stade de l'analyse juridictionnelle ? Le parlement britannique, en 2010, a estimé que l'appréciation de la proportionnalité de la mesure était en fait inhérente à la caractérisation d'une exigence professionnelle « *véritable et déterminante* », et a tout bonnement supprimé ces deux adjectifs de la loi de transposition qu'il avait adoptée en 2003.

L'examen de la jurisprudence de la Cour – dans tous les arrêts où ce troisième stade a été atteint - montre pourtant que c'est *après* avoir qualifié d'« *essentielle et déterminante* » l'exigence professionnelle en cause (« *possession de capacités physiques particulières* ») qu'elle en a recherché l'objectif, et analysé la proportionnalité.

Sur le premier point, les affaires soumises à la Cour ne présentaient aucune difficulté. Dans le cas des limites d'âge fixées pour l'accès à des corps de policiers ou de pompiers, c'est la directive elle-même, au considérant 18, qui qualifie de « *légitime* » l'objectif de maintien du caractère opérationnel des services de police et de secours. Dans le cas de la limite d'âge imposée aux pilotes d'avion pour l'exercice de leur activité, la volonté de garantir la sécurité du trafic

aérien formait un objectif d'autant plus « *légitime* » qu'il était adossé à la clause générale de dérogation de l'article 2§5, au titre de « *mesure nécessaire à la sécurité publique* ».

C'est donc sur le second point que s'est concentrée l'analyse juridictionnelle, plus ou moins approfondie en fonction de l'objectif poursuivi. Lorsque celui-ci consistait à assurer la sécurité du trafic aérien, la Cour s'est abstenue d'examiner elle-même le caractère « *nécessaire* » de la limite d'âge fixée à 60 ans pour l'activité professionnelle des pilotes d'avion. Elle s'en est remise à l'appréciation qui s'évince des réglementations nationales et internationales (autorisant l'exercice de cette activité, sous certaines conditions, jusqu'à l'âge de 65 ans), pour juger disproportionnée une cessation obligatoire d'activité à 60 ans (affaire *Prigge*). Quand l'examen du droit comparé ou international ne lui permettait pas de trancher (affaire *Cafaro*, concernant des vols liés à des missions spécifiques de protection de la sécurité du territoire), elle a renvoyé à la juridiction nationale le soin de vérifier le caractère proportionné de la limite d'âge. Par contraste, les mesures justifiées par un objectif de maintien du caractère opérationnel d'un service de police ou de secours ont fait l'objet d'un contrôle plus poussé. La fixation d'un âge maximal (30 ans) pour l'accès à certaines fonctions demandant selon elle à être envisagée « *de manière dynamique, en prenant en considération les années de service qui seront accomplies par l'agent après qu'il aura été recruté* » (41), la Cour a vérifié de manière très concrète que la limite d'âge était bien de nature à assurer un équilibre entre les différentes tranches d'âge au sein du service, des missions différentes étant attribuées à chacune d'entre elles. Son contrôle ne s'est toutefois jamais étendu à la recherche d'une solution alternative à celle de la limite d'âge, sauf dans l'unique arrêt où elle a conclu au caractère disproportionné de la mesure (42).

On peut relever, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, l'absence totale de référence à l'évolution des mentalités, dimension qui jouait un rôle important dans l'appréciation des exigences professionnelles fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Il est vrai que l'idée d'une exigence un jour perçue comme « *déterminante* », puis qui cesse de l'être pour des raisons sociologiques, était expressément incluse dans la directive 76/207 (43). Elle s'accompagnait

(40) *Prigge*, préc., pts 56 et 72.

(41) *Salaberria Sorondo*, préc., p.47.

(42) *Vital Pérez*, préc., p.55, relevant que le concours d'entrée comprend des « *épreuves physiques exigeantes et éliminatoires qui, selon la juridiction de renvoi, permettent d'atteindre l'objectif que les agents de la police locale aient la condition physique spéciale requise pour l'exercice de leur profession d'une façon moins contraignante que la fixation d'un âge maximal* ».

(43) Directive 76/207/CEE, préc., article 9§2 : « *Les États membres procèdent périodiquement à un examen des activités professionnelles visées à l'article 2 paragraphe 2 afin d'apprécier, compte tenu de l'évolution sociale, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question. Ils communiquent à la Commission le résultat de cet examen* ».

d'une obligation de réexamen périodique, destiné à permettre un contrôle efficace des différences de traitement (44), et leur adaptation à l'évolution des mentalités (45).

Il n'est pas douteux que les motifs protégés par la directive 2000/76 sont enserrés, tout autant que le motif du sexe, dans un réseau de perceptions sociales évolutives. S'agissant par exemple de l'âge, la Cour a reconnu que « *la perception de l'aptitude à travailler au-delà de 65 ans* » a pu évoluer au cours des dernières décennies, en raison notamment de l'allongement de la durée de vie (46). L'avenir dira si ce type de considération peut entrer en ligne de compte dans l'appré-

ciation de la légitimité des « *exigences professionnelles essentielles et déterminantes* », au sens de l'article 4§1.

La Cour sera également appelée à apporter des précisions sur l'articulation entre la dérogation de l'article 4§ 1 et les « *aménagement raisonnables* » prévus à l'article 5. Lorsqu'une exigence professionnelle tenant à la possession de certaines capacités physiques est invoquée (capacités d'audition (47), par exemple, ou capacités visuelles (48)), la preuve doit-elle être rapportée qu'aucun aménagement raisonnable n'est susceptible d'en pallier la non-possession par tel ou tel travailleur ?

### III. Une dérogation plus spécifique : le cas des Églises et des organisations de tendance

La proposition de directive initialement rédigée par la Commission prévoyait qu'une caractéristique « *liée à la religion ou à la croyance* » pouvait constituer, comme au paragraphe 1<sup>er</sup>, une « *condition professionnelle essentielle [...] pour des activités professionnelles [ayant] directement et essentiellement trait* » à « *l'objectif direct et essentiel* » de certaines organisations, cet objectif étant défini comme « *l'orientation idéologique dans le domaine de la religion ou de la croyance en ce qui concerne l'enseignement, l'information et l'expression d'opinions* ».

Cette rédaction, déjà très embrouillée, avait été encore complexifiée au fil d'après négociations entre les États soucieux de préserver le régime particulier dont jouissaient leurs employeurs confessionnels et ceux qui soutenaient la position plus restrictive de la Commission. Un texte sensiblement modifié fut soumis au Conseil « *Emploi et affaires sociales* » du

17 octobre 2000 (49). Il en ressortit, après plusieurs heures de débats houleux, sous la forme labyrinthique qui est aujourd'hui la sienne (50).

La rédaction finalement retenue insiste sur la spécificité des activités professionnelles concernées par la dérogation (A), assouplit les conditions d'invocation d'une exigence professionnelle propre à justifier une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions (B) et comporte un nouvel alinéa relatif à un second type d'exigence : l'« *attitude de bonne foi et de loyauté* » du salarié (C).

#### A. La spécificité des activités professionnelles concernées

La dérogation du paragraphe 2 concerne « *des activités professionnelles d'églises ou d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* ». S'agissant des églises,

(44) CJCE, 30 juin 1988, *Commission c. France*, aff. C-318/86, insistant sur l'impératif de transparence associé à l'obligation de réexamen périodique.

(45) La profession de sage-femme, par exemple, dont la Cour avait admis en 1983 qu'elle puisse être réservée aux femmes au motif qu'« *à l'heure actuelle, des susceptibilités personnelles peuvent jouer un rôle important dans les relations entre la sage-femme et sa patiente* » (CJCE, 8 novembre 1983, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-165/82, p. 20) était, quinze ans plus tard, « *totalemment accessible aux hommes dans l'ensemble des États membres* » (Commission européenne, Proposition de directive modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, COM(2000)334 final, JOCE C 337 E du 28 novembre 2000, p. 25).

(46) CJUE, 21 juillet 2011, *Fuchs* (aff. C-159/10) et *Köhler* (aff. C-160/10) c. *Land Hessen*, pt. 43.

(47) Aff. C-795/19, pendante devant la Cour.

(48) Aff. C-824/19, pendante devant la Cour.

(49) COM/2000/652 final, JOCE C 062 E du 27 février 2001.

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

il va de soi que les fonctions de ministre du culte ne relèvent pas du champ de l'article 4. Qui songerait à préciser que les candidats à la prêtrise doivent être de confession catholique ? Les activités visées sont, sans aucun doute, ces « *activités dépourvues de finalité strictement religieuse* » évoquées par la Cour dans un autre contexte (51) : activités d'enseignement (à l'exclusion, peut-être, de l'enseignement religieux) ; gestion d'hôpitaux, de maisons de retraite, de crèches, de centres culturels ; services d'aide aux migrants, aux chômeurs ou aux familles ; publication de livres, journaux et magazines, etc.

Les missions confiées aux salariés des Églises et de leurs organisations satellites étant largement identiques à celles qu'exercent leurs homologues employés par des entreprises de droit commun, la spécificité de leur situation tient à l'identité de l'employeur, « *dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* » (la seconde branche de l'alternative restant, pour l'heure, *terra ignognita*).

L'article 4§2 doit se lire à la lumière du considérant 24 de la Directive, rappelant que « *l'Union européenne a reconnu explicitement dans sa déclaration n°11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles, qu'elle respecte et ne préjuge pas du 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 dont bénéficient, en vertu du droit national, les organisations philosophiques et non confessionnelles* ». Il convient de prendre la mesure d'une telle reconnaissance, aujourd'hui inscrite à l'article 17 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

D'une part, l'article 17 TFUE « *vient concrétiser et compléter* » (52) le principe du respect par l'Union de « *l'identité nationale [des États membres], inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* » (article 4§2 du TUE). On sait à quel point l'aménagement des relations entre l'État et les cultes, fruit d'une histoire souvent tumultueuse, est partie intégrante de l'identité constitutionnelle de chaque État européen. Les tâches accomplies par les Églises dans les sociétés irlandaise, britannique, allemande, danoise ou grecque, sont sans commune mesure avec celles qu'elles exercent dans un pays comme la France. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre

la précision formulée par l'article 4§2 : « *la différence de traitement* » autorisée par cette disposition « *doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres* ».

D'autre part, l'article 17 TFUE, lu en combinaison avec l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et donc de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (53) consacre, comme l'a reconnu la Cour, un « *droit à l'autonomie des Églises et des autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* » (54). Ce droit - expressément mentionné au second alinéa de l'article 4§2 - est considéré par le juge de Strasbourg comme « *indispensable au pluralisme dans une société démocratique, et [placé] au coeur même de la protection offerte par l'article 9* » (55).

L'article 4§2 entend donc rappeler que les entreprises de tendance, contrairement aux entreprises ordinaires visées au paragraphe 1<sup>er</sup>, disposent de prérogatives qui ne sont pas justiciables d'une analyse en termes de *dérogation* (fondée sur une hiérarchie entre un principe et une exception), mais en termes de *mise en balance* entre deux droits placés au même niveau par le droit primaire de l'Union : droit individuel d'avoir et d'exprimer des convictions, notamment religieuses, sans être exposé à la discrimination ; droit de promouvoir, collectivement, lesdites convictions, par le biais « *d'organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* ».

La Cour, dans son premier arrêt relatif à l'article 4§2, a reconnu qu'il « *a pour objectif d'assurer [ce] juste équilibre* » (56). Mais elle a estimé que le législateur de l'Union a dûment tenu compte d'éventuelles situations de conflit entre les deux droits garantis par le droit primaire, et indiqué que le juge national, dans le cadre du contrôle juridictionnel effectif qu'il est appelé à assurer, doit se borner à appliquer la grille d'analyse établie par la directive. La Cour a ensuite précisé la manière dont il convenait de comprendre les critères fixés tant à l'alinéa 1<sup>er</sup> (« *exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée* ») qu'au second alinéa (exigence d'une « *attitude de bonne foi et de loyauté* »).

Il n'est pas exagéré de dire qu'elle a largement annihilé la spécificité que les rédacteurs du texte entendaient mettre en exergue.

(51) CJUE, gde ch., 27 juin 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe*, aff. C-74/16 (contentieux des aides d'État). La Cour, dans son arrêt, n'a pas eu un mot pour l'article 17 TFUE, dont l'Avocat général estimait qu'il formait le cœur du problème à résoudre, compte tenu du statut dont bénéficie l'Église catholique dans l'ordre juridique espagnol.

(52) Julian Kokott, concl. sur l'arrêt *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, préc., p. 31.

(53) Sur cette équivalence, v. l'arrêt *Bougnououi*, préc., pts 27-30 et CJUE, gde ch., 14 mars 2017, *Samira Achbita c. G4S Secure Solution*, aff. C-157/15, pts 25-28 (l'article 10 de la Charte revêt « *le même sens et la même portée* » que l'article 9 CEDH, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg).

(54) *Egenberger*, préc., p. 50.

(55) Cour EDH, gde ch., 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, req. n° 30985/96, § 62.

(56) *Egenberger*, préc., p. 51.

## B. Le contrôle de l'exigence professionnelle spécifique

À la date d'adoption de la directive, le recrutement exclusif ou préférentiel de coreligionnaires par des employeurs ecclésiastiques et leurs organisations satellites était admis dans la plupart des pays européens. L'appartenance confessionnelle formait un critère de recrutement pour l'ensemble des postes à pourvoir dans ces organisations (au Danemark ou en Allemagne, par exemple) ou pour certains d'entre eux seulement (cas de l'Espagne, qui distinguait entre les activités liées à la transmission de l'idéologie de l'institution, et les tâches « neutres ») (57).

Cet état du droit peut être « maintenu » (voir *supra*, I-B) dans les législations nationales, sous réserve qu'il soit adapté aux exigences de l'article 4§2.

Celles-ci apparaissent, à s'en tenir à la lettre du texte, moins contraignantes qu'au paragraphe 1<sup>er</sup>. D'abord, les différences de traitement directement fondées sur « la religion ou les convictions » peuvent être admises lorsque ce motif constitue une « exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation » (et non « essentielle et déterminante »). Pour les identifier, le texte indique ensuite qu'il convient de se référer à la « nature » des activités professionnelles en cause, ou au « contexte » dans lequel elles sont exercées, perspective plus large que celle de leurs « conditions d'exercice ». Enfin, la référence au test de proportionnalité a disparu.

Dans son arrêt *Egenberger* (58), la grande chambre a toutefois réécrit le paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, pour en aligner les termes sur ceux du paragraphe 1<sup>er</sup>, relatif à la dérogation invocable par les employeurs de droit commun. Dans le litige qui a conduit au prononcé de son arrêt, l'activité professionnelle en cause (rédaction d'un rapport sur l'application par l'Allemagne de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale) était réservée par le service social de l'Église protestante d'Allemagne à un candidat issu de ses rangs. Les règles internes de cette organisation prévoient en effet que l'accès à ses emplois laïcs est, sauf exception, réservé aux membres de l'Église, car ses titulaires contribuent à la réalisation d'une mission fondamentale : « témoigner de l'Évangile, en parole et en actes ». En l'espèce, l'offre d'emploi indiquait que « l'apparte-

nance à une église protestante [...] et l'identification avec la mission diaconale sont des prérequis. Veuillez indiquer votre confession dans votre curriculum vitae ». La candidature de madame Egenberger, qui s'était déclarée sans confession, ne fut pas retenue.

Pour l'analyse d'une telle différence de traitement par le juge national, la Cour a dégagé un *vade mecum* placé sous le signe de l'« objectivité ».

Le juge interne doit en effet s'assurer de « l'existence objectivement vérifiable d'un lien direct » entre l'exigence professionnelle imposée par l'employeur (l'appartenance à une église donnée) et l'activité concernée. Comme pour l'identification d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante dans l'entreprise de droit commun, il doit analyser ce lien à partir soit de la nature de l'activité concernée, soit des conditions de son exercice (la Cour a biffé le mot « contexte »). S'agissant de la nature de l'activité, il doit rechercher si « par exemple [elle] impose de participer à la détermination de l'éthique de l'église [...] ou de collaborer à sa mission de proclamation ». Le point important est qu'il doit en décider seul (en compulsant quelques ouvrages de théologie ?) : la Cour de Justice énonce très fermement, dans l'arrêt *Egenberger*, qu'il ne peut plus s'en remettre, pour identifier les tâches qui relèvent de la « mission de proclamation » d'une Église, à la manière dont l'Église se comprend elle-même (*Selbstverständnis der Kirche*). De même, lorsque sont invoquées les « conditions d'exercice » de l'activité, le juge est invité à s'assurer qu'elles répondent objectivement (aux yeux d'un observateur extérieur ?) à « la nécessité d'assurer une représentation crédible de l'église ou de l'organisation » (59).

Une fois établie « l'existence objectivement vérifiable d'un lien direct » entre le poste à pourvoir et la condition d'appartenance confessionnelle, le juge national doit encore vérifier, au cas par cas, si l'exigence est « essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation » (c'est le libellé de l'article 4§2, al. 1<sup>er</sup>), c'est-à-dire (dans la lecture qu'en fait la Cour) « nécessaire ». L'Église doit démontrer, « à la lumière des circonstances factuelles du cas d'espèce, que le risque allégué d'atteinte à son éthique ou à son droit à l'autonomie est probable et sérieux, de sorte que l'instauration d'une telle exigence s'avère effectivement nécessaire » (60). Pour lever toute ambiguïté

(57) Sur ces exemples (et d'autres), v. L. Vickers, *Religions et convictions : discrimination dans l'emploi. Le droit de l'Union européenne*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007, pp. 60-61.

(58) Préc. Nous reprenons ici des éléments de notre note « Salariés laïcs des Églises : la CJUE impose un contrôle de proportionnalité », *Semaine Sociale Lamy*, 2018, n° 1828, pp. 7-11.

(59) En pratique, la nature de l'activité et les conditions de son exercice, dans le cas des entreprises de tendance, se chevauchent très largement. Si par exemple une association caritative estime que distribuer de la nourriture aux pauvres est partie intégrante de l'idéologie qu'elle défend, le salarié chargé de cette distribution « collabore à sa mission de proclamation » et doit en « assurer une représentation crédible ».

(60) *Egenberger*, préc., pt. 67.

sur le sens de l'adjectif « nécessaire », la Cour précise qu'il signifie « conforme au principe de proportionnalité », car même si le contrôle de proportionnalité a été délibérément exclu par les rédacteurs de l'article 4§2, il doit y être réintroduit en sa qualité de « principe général du droit communautaire ».

### C. Le contrôle de l'exigence de bonne foi et de loyauté

Si le 1<sup>er</sup> alinéa du l'article 4§2 concerne la religion ou les convictions du travailleur et « ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif », le second alinéa porte sur son « attitude ». Un autre motif protégé par la directive se dessine alors en toile de fond : celui de l'orientation sexuelle.

Pour plusieurs États membres, il ne suffisait pas d'autoriser les organisations religieuses à sélectionner leurs salariés, ou certains d'entre eux, sur la base de l'appartenance confessionnelle. Ces organisations devaient aussi pouvoir, comme le permettait le droit interne, se séparer d'employés dont le comportement « est incompatible avec les préceptes, ou avec la préservation des principes » d'une religion déterminée (61), ou qui menace de saper (*undermine*) l'« éthos » d'une organisation religieuse (62). Le mot « éthos », approximativement traduit par « éthique » (son équivalent en droit français étant plutôt « caractère propre »), a été introduit dans la directive sur les instances des représentants de la République d'Irlande, lors des dernières heures de la négociation au sein du Conseil « Emploi et affaires sociales » du 17 octobre 2000.

Dans le contexte irlandais de l'*Employment Equality Act* de 1998, l'éthos d'une institution religieuse désigne les dogmes et les préceptes qu'elle promeut explicitement, mais aussi le climat qui y règne, imprégné de tout un ensemble de valeurs et de normes comportementales (63). Lorsque le comportement d'un salarié est de nature à dégrader cet éthos, il peut apparaître « raisonnablement nécessaire » de procéder à un licenciement. L'exemple qui vient évidemment à l'esprit

est celui du salarié qui afficherait son homosexualité, compte tenu de « la réticence de certaines organisations dont l'éthique est fondée sur la religion à employer des gays ou des lesbiennes » (64).

La rédaction de l'alinéa 2 se fait l'écho de ce genre de préoccupations, même si, comme l'a souligné la Chambre des Lords britannique, son articulation avec l'alinéa précédent demeure assez opaque : un établissement d'enseignement confessionnel ne peut refuser de recruter son directeur au motif qu'il est, sans en faire état publiquement, homosexuel (alinéa 1<sup>er</sup>), mais que se passe-t-il si un journal révèle son homosexualité ? « Dans un tel cas, on ne voit pas clairement quels droits lui ou son employeur se voient conférer par l'article 4§2 [alinéa 2] de la directive » (65).

L'ambiguïté est d'autant plus palpable que l'alinéa 2 a emprunté l'idée d'une « obligation de loyauté envers l'éthique de l'organisation » au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg admet, en effet, qu'« au regard de la Convention, un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou une croyance philosophique peut [...] imposer à ses employés des obligations de loyauté spécifiques » (66). De telles obligations, « acceptables en ce qu'elles [ont] pour but de préserver la crédibilité » de l'organisation (67), peuvent justifier – sous le contrôle du juge – une restriction des droits individuels des salariés laïcs (droit à la liberté d'expression (68), droit au respect de la vie privée (69), ou droit au respect des convictions religieuses (70)), sous réserve que ces droits ne soient pas atteints dans leur « substance », leur noyau dur, ou leur « cœur même » (71).

Les solutions dégagées par la Cour de Strasbourg, soucieuses de préserver la marge d'appréciation reconnue aux États lorsqu'est en cause l'article 9, ne sont pas directement transposables à l'interprétation de l'article 4§2, alinéa 2, de la directive. Une juridiction britannique s'en est toutefois inspirée pour estimer que la loi de transposition de 2003, qui

(61) *School Standards and Framework Act* de 1998, art 60(5) (Royaume-Uni).

(62) *Employment Equality Act* de 1998, s. 37 (Irlande) : « une institution religieuse, ou un établissement d'enseignement ou de santé dirigé par une institution établie à des fins religieuses ou dont les objectifs comprennent une offre de services dans un environnement qui promeut certaines valeurs religieuses ne commettra pas une discrimination, au sens de la présente loi, lorsque : a) il accorde un traitement plus favorable, à raison de sa religion, à un salarié ou un candidat à l'emploi, lorsque ce traitement est un moyen raisonnable pour préserver l'éthos religieux de l'institution ou b) lorsqu'il agit de manière raisonnablement nécessaire pour empêcher un salarié ou un candidat à l'emploi de saper l'éthos religieux de l'institution » (notre traduction).

(63) V. M. Coen, « Religious Ethos and Employment Equality : a Comparative Irish Perspective », *Legal Studies*, vol. 28, 2008, pp. 452-474.

(64) M. Bell, *Anti-discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, 2002, p. 117.

(65) Chambre des Lords, Select Committee on European Union, 4<sup>th</sup> Report, *The EU Framework Directive on Discrimination*, 19 décembre 2000, p. 48, consultable à l'adresse <https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldselect/lddeucom/13/1302.htm>

(66) Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c. Allemagne*, req. n° 1620/03, § 69.

(67) Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, req. n° 425/03, § 51.

(68) Comm EDH, *Rommelfanger*, 6 septembre 1989, req. n° 12242/86.

(69) Cour EDH, *Schüth*, préc. et *Fernández Martínez*, gde ch., 12 juin 2014, req. n° 56030/07.

(70) Cour EDH, *Sibenhaarc. Allemagne*, 3 février 2011, req. n° 18136/02.

(71) J-P. Marguénaud et J. Mouly, « Les droits de l'Homme salariés de l'entreprise identitaire », *Rec. Dalloz*, 2011, pp. 1637-1642.

autorisait la prise en compte de l'orientation sexuelle dans les décisions de recrutement et de licenciement des organisations religieuses, ne contrevenait pas à la légalité communautaire (72). La Commission européenne a vivement démenti une telle interprétation, dans un avis motivé qui est toutefois resté sans suites (73).

La Cour de Justice, quant à elle, n'a pas eu l'occasion, à ce jour, de se prononcer directement sur la portée de l'obligation de loyauté. Dans son unique arrêt relatif à l'alinéa 2 (74), elle a en effet examiné non pas l'obligation de loyauté en tant que telle, mais son application différenciée aux cadres d'un hôpital catholique selon qu'ils étaient catholiques, chrétiens non catholiques, ou non chrétiens. En l'espèce, le remariage d'un chef de service catholique avait conduit à son licenciement, alors qu'il n'aurait entraîné aucune conséquence pour ses collègues d'une autre religion, ou sans religion. Dans une institution où l'apparte-

nance à la religion catholique n'était pas « nécessaire » à l'exercice des fonctions en cause, l'imposition d'une obligation de loyauté aux seuls médecins catholiques pouvait difficilement être présentée comme « nécessaire »... Mais qu'aurait dit la Cour dans une situation où le requérant, recruté sur la base de sa confession dans des conditions conformes aux exigences fixées par l'arrêt *Egenberger*, aurait fait valoir le caractère excessif de l'exigence de loyauté ? L'arrêt *IR c. JQ* ne permet pas de répondre à la question.

Lorsque l'occasion lui sera donnée de statuer sur ce point, il est vraisemblable, compte tenu de l'extrême valorisation du principe de proportionnalité dans sa jurisprudence relative à l'article 4 de la directive, qu'elle réduira au strict minimum le droit des entreprises de conviction « de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté entre [leur] éthique ».

**Gwénaële Calvès**

(72) *R (Amicus-MSF and others) v. Secretary of State for Trade and Industry* [2004] IRLR 430.

(73) Avis motivé n° 2006/2450 du 20 novembre 2009. La Commission a également renoncé à poursuivre la procédure d'infraction engagée à l'encontre de la République d'Irlande.

(74) *IR. c. JQ*, préc.



# DÉLIBÉRÉE

LA REVUE DE RÉFLEXION SUR LA JUSTICE COÉDITÉE PAR LE SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE ET LA DÉCOUVERTE

## Justice et médias : cuisines et dépendances

C'est sûrement repus par le sentiment du devoir accompli qu'en ce jour de l'an 2 avant Jésus-Christ les juges Hipparchos, Mélantas et Autoboulos quittèrent la cité grecque de Gonnoi, laissant derrière eux un souvenir si positif de la façon dont ils avaient

rendu justice qu'une stèle en marbre en témoigne encore aujourd'hui au pied du Mont Ossa. Car à cette époque de la démocratie athénienne, les bons comportements des juges, les modalités de la tenue des grands procès, l'issue de certains litiges, les meilleures plaidoiries comme les dates de vacances judiciaires étaient accessibles au plus grand nombre, sous des formes diverses : affichage des tableaux dédiés, représentations théâtrales, annonces par la voix des hérauts... Une crise de confiance des citoyens grecs dans le fonctionnement de leur Justice – perçue comme partielle et corrompue – poussa progressivement la puissance publique à développer des moyens pour expliquer et rendre compte de l'activité judiciaire. La culture de l'information – déjà consubstantielle à la vitalité démocratique – s'est ainsi peu à peu étendue à l'œuvre de la justice. Déjà, en théorie du moins, l'accès à la compréhension de l'ordre des choses était identifié comme la condition de l'égalité politique et le fonctionnement de la justice apparaissait comme un pilier du fonctionnement démocratique de la cité. Mais ces deux objectifs n'ont pas toujours connu les efforts de réalisation qu'ils méritaient, et plus de vingt et un siècles après, il est toujours nécessaire de s'interroger : comment la Justice peut-elle être comprise et soumise à contrôle dans une société démocratique ? Quels rôle et garanties accorder aux médias ?

Collection : Revue Délibérée  
Mai 2020  
ISBN : 9782348059070  
96 pages – 12 euros