

Principe de neutralité dans les entreprises privées : la Cour de justice étoffe sa jurisprudence relative à l'interdiction des signes religieux

(obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *IX c. WABE eV et
MH Müller Handels GmbH c. MJ*, 15 juillet 2021, aff. jtes
n° C-804/18 et n° C-341/19)

PAR

Anissa DJELASSI

Doctorante à la Faculté de droit de l'Université de Namur

Romain MERTENS

Assistant et doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Namur

ET

Stéphanie WATTIER

*Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Namur et directrice adjointe
du Centre Vulnérabilités & Sociétés*

Résumé

L'interdiction des signes religieux dans les entreprises privées génère de nombreux débats. Le 15 juillet 2021, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur l'interprétation de la directive 2000/78/CE et l'application du principe de non-discrimination sur la base de la religion. L'occasion pour la Cour de préciser, pour la première fois, sa jurisprudence *Achbita* et *Bouagnaoui* concernant le foulard islamique.

Abstract

The prohibition of religious symbols in private companies causes a lot of debate. On 15 July 2021, the Court of Justice of the European Union ruled on the interpretation of Directive 2000/78 and the application of the principle of non-discrimination on the basis of religion. This was an opportunity for the Court to clarify, for the first time, its *Achbita* and *Bouagnaoui* case law on the Islamic headscarf.

Introduction¹

Le contentieux touchant au fait religieux suscite des analyses de plus en plus riches au sein de la doctrine juridique, d'abord en raison de la jurisprudence foisonnante de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière depuis l'arrêt *Kokkinakis c. Grèce* de 1993², et désormais également en raison de la jurisprudence nourrie de la Cour de justice de l'Union européenne³.

Parmi les sujets abordés, c'est sans aucun doute celui du port de signes convictionnels – que ce soit dans l'espace public, la fonction publique, l'enseignement, les entreprises privées, etc. –, et spécialement son interdiction, qui a suscité le contentieux le plus vif⁴.

¹ Les auteurs remercient Louis-Léon Christians (professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain et titulaire de la Chaire Droit & Religions) et Léopold Vanbellinghen (chercheur post-doctoral à la Chaire Droit & Religions de l'Université catholique de Louvain) pour leur relecture et leurs précieux conseils.

² Cour eur. dr. h., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993.

³ Outre les arrêts cités ci-après, voy. C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Liga van Moskeeën en Islamistische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a. c. Vlaams Gewest*, 29 mai 2018, aff. C-426/16; C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Tietosuojavaltuutettu c. Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta*, 10 juillet 2018, aff. C-25/17; C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. c. Vlaamse Regering*, 17 décembre 2020, aff. C-336/19. Voy. notamment, à propos de ces arrêts, G. GONZALEZ et Cl. VIAL, «La Cour de justice, l'animal assommé et l'homme pieux (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Liga van Moskeeën en Islamistische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, 29 mai 2018, aff. C-426/16)», *cette Revue*, 2019, pp. 179-201; G. GONZALEZ et Fr. CURTIT, «La Cour de justice, l'animal assommé et les hommes pieux, acte 2 (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, 17 décembre 2020, aff. C-336/19)», *cette Revue*, 2021, pp. 215-238.

⁴ Parmi une doctrine particulièrement abondante, voy. E. HOWARD, *Law and the Wearing of Religious Symbols in Europe*, 2^e éd., Routledge, Londres, 2019; H. TIGROUDJA, «Ports de signes religieux, 'discrimination croisée' et ingérence de l'État dans la liberté de manifester sa religion (obs. sous Com. dr. h., constatations *Fatima A. c. France*, 16 juillet 2018, *Seyma Türkan c. Turquie*, 17 juillet 2018 et *Sonia Yaker c. France*, 17 juillet 2018)», *cette Revue*, 2019, pp. 477-504; L.-L. CHRISTIANS et L. VANBELLINGEN, «Neutralités d'entreprise et neutralités d'État: tendances asymétriques en droit belge», *Droit social*, 2018, n° 4, pp. 337-348; M. NIHOUL et St. WATTIER, «L'interdiction de signes convictionnels comme limite à l'exercice des libertés. État des lieux au niveau communal», *Rev. dr. commun.*, 2018, n° 3, pp. 27-36; M. MONOT-FOULETIER, «De la régulation du port de signes religieux dans les établissements et l'espace publics – L'exemple français?», *cette Revue*, 2016, pp. 97-118; A. STEINBACH, «Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols under the European Convention of Human Rights», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, vol. 4, n° 1, pp. 29-52; E. BRIBOSIA, G. CACERES et I. RORIVE, «Les signes religieux au cœur d'un bras de fer: la saga Singh», *cette Revue*, 2014, pp. 495-513; C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, «La croix et les juges de la Cour

→

Au sein de la jurisprudence récente de la Cour de justice, les arrêts *Achbita*⁵ et *Bougnaoui*⁶, prononcés en mars 2017, sont les premiers à avoir abordé la question du port de signes convictionnels au sein de l'entreprise. L'arrêt commenté⁷, prononcé le 15 juillet 2021 par la Cour réunie en Grande Chambre, se situe «directement dans le prolongement»⁸ de cette jurisprudence abondamment étudiée⁹, tout en y apportant des nuances importantes.

Comme pour les arrêts *Achbita* et *Bougnaoui*, la Cour est, en l'espèce, amenée à se prononcer sur la possibilité, pour une entreprise privée, d'interdire à ses employés de porter des signes religieux. Il est demandé à la Cour si une

←

européenne des droits de l'homme: les enseignements des affaires *Lautsi*, *Eweida* et *Chaplin*», *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 238-268; K. ALIDADI, «Muslim Women Made Redundant: Unintended Signals in Belgian and Dutch Case Law on Religious Dress in Private Sector Employment and Unemployment», in K. Alidadi, M.-Cl. Floblets et J. Vrieling (éd.), *Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Ashgate, Aldershot, 2012, pp. 245-282; Fr. ONCLIN, «La présence de signes religieux au sein de l'espace scolaire: les enseignements du droit comparé», *J.T.*, 2011, pp. 817-827; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Le voile à l'école: une Europe divisée», *cette Revue*, 2004, pp. 951-983.

⁵ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Samira Achbita*, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, 14 mars 2017, aff. C-157/15. L'affaire a connu sa conclusion par un arrêt de la Cour du travail d'Anvers. Voy. C. trav. Anvers, 12 octobre 2020, rôle n° 2020/669, disponible sur le site d'UNIA.

⁶ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole S.A.*, 14 mars 2017, aff. C-188/15.

⁷ Cet arrêt a fait l'objet d'autres commentaires. Voy. notamment M. MINÉ, «Arrêt 'WABE et MH Müller Handel': la limitation de la liberté d'expression religieuse au travail», *J.D.E.*, 2021, n° 9, pp. 421-423; A. BAILLEUX et C. RIZCALLAH, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne», *J.D.E.*, 2021, n° 9, pp. 426-437.

⁸ Av. gén. A. RANTOS, conclusions précédant C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, 25 février 2021, aff. jtes n° C-804/18 et n° C-341/19, point 3.

⁹ Voy. notamment A. SLOWIK, «Discrimination religieuse dans l'emploi: à la recherche des points communs entre Strasbourg et Luxembourg», *Cah. dr. eur.*, 2020, n° 2-3, pp. 441-484; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Affaires Achbita et Bougnaoui: entre neutralité et préjugés», *cette Revue*, 2017, pp. 1017-1037; A. CAIOLA, «Le port du foulard et un voile d'ambiguïté», *Rev. aff. eur.*, 2017, n° 1, pp. 129-138; E. CLOOTS, «Het Hof van Justitie en de hoofdzaak op het werk: Achbita en Bougnaoui», *T.O.R.B.*, 2017-2018, n° 3, pp. 148-161; S. DE SOMER et G. BUSSCHAERT, «Port des signes convictionnels au travail: la Cour de justice lève le voile? À propos de l'arrêt *Achbita* n° C-157/15 du 14 mars 2017», *J.T.T.*, 2017, n° 18, pp. 277-283; C. GAUTHIER, «L'interdiction du port du voile en entreprise: le 'oui, mais' de la Cour de justice de l'Union européenne», *J.D.E.*, 2017, pp. 263-266; S. ROBIN-OLIVIER, «Neutraliser la religion dans l'entreprise? Au sujet des arrêts *G4S Secure Solutions* et *Bougnaoui* (C.J.U.E., 14 mars 2017, aff. C-157/15 et C-188/15)», *Rev. trim. dr. eur.*, 2017, n° 2, pp. 229-239; Th. UFARTE, «La liberté de conscience des salariés face au culte de la liberté d'entreprise prôné par la C.J.U.E.: une nouvelle guerre de religion?», *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 16 juin 2017.

telle interdiction, éventuellement limitée aux signes religieux « ostensibles », peut constituer une discrimination directe ou indirecte sur la base de la religion au sens de 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 travail » (ci-après : la « directive 2000/78 »).

L'on commence d'abord par présenter les faits et les questions préjudicielles à l'origine de l'arrêt de la Cour de justice (I). Ensuite, l'on revient sur la conception de la religion retenue par la Cour et la manière dont la directive 2000/78 la protège (II). La suite de la présente contribution analyse les quatre réponses apportées par la Cour aux questions préjudicielles posées par les juridictions allemandes. Premièrement, l'on examine si l'interdiction des signes religieux peut être considérée comme une discrimination directe (III). Deuxièmement, l'on analyse si l'interdiction est susceptible de constituer une discrimination indirecte et à quelles conditions (IV). Troisièmement, l'on étudie l'hypothèse d'une interdiction limitée aux signes ostentatoires et de grande taille (V). Quatrièmement, l'on examine l'articulation entre les normes constitutionnelles nationales et européennes qui protègent la liberté de religion, d'une part, et le droit européen de la non-discrimination, d'autre part (VI).

I. Rappel des faits

Concernant la première affaire, elle oppose Madame IX à l'entreprise WABE, qui gère un grand nombre de crèches en Allemagne et emploie plus de 600 travailleurs. En mars 2018, alors que Madame IX est en congé de maternité, WABE adopte des « instructions de service pour le respect du principe de neutralité ». Ces instructions prévoient que les employés en contact avec les parents, les enfants ou les tiers doivent s'abstenir de manifester leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses, ce qui inclut l'interdiction de porter un signe convictionnel.

Lorsque Madame IX se présente le 1^{er} juin 2018 à son retour de congé de maternité en portant un foulard, la direction lui demande de l'enlever. Madame IX, qui refuse d'obtempérer, est suspendue une première fois et reçoit un avertissement de la part de son employeur. À son retour de suspension, elle refuse une deuxième fois de retirer son foulard, est à nouveau suspendue et reçoit un nouvel avertissement.

Elle tente alors un recours auprès du Tribunal du travail de Hambourg, afin de contester les avertissements qu'elle a reçus. Le tribunal allemand constate que, dans son arrêt *Achbita*, la Cour de justice a estimé qu'il n'y avait pas de différence de traitement fondée sur la religion au sens de la directive

2000/78 lorsque la règle s'applique de manière indifférenciée à tous les travailleurs de l'entreprise. Le tribunal estime toutefois qu'il y aurait une discrimination directe si la règle s'attachait à une caractéristique spécifique visée à l'article 1^{er} de cette directive. L'élément décisif serait donc de déterminer si la personne concernée a subi un désavantage attaché directement à la religion, caractéristique protégée. Dès lors, le Tribunal du travail de Hambourg décide de surseoir à statuer et de poser plusieurs questions préjudicielles relatives à l'interprétation de la directive 2000/78.

Concernant la deuxième affaire, Madame MJ travaille comme caissière et conseillère de vente dans l'entreprise MH, une chaîne de drogueries. À son retour de congé parental en 2014, elle décide de porter le foulard. De 2014 à 2016, elle a été affectée à un autre poste au sein de l'entreprise, où elle a pu porter son foulard. En juin 2016, il lui a été enjoint de retirer son foulard et, puisqu'elle refusait d'obtempérer, elle a été renvoyée chez elle. En juillet 2016, l'entreprise a communiqué à Madame MJ l'instruction de ne plus porter de «signes ostentatoires et de grande taille d'expression d'une quelconque conviction» au travail.

Madame MJ décide dès lors de contester cette injonction par voie judiciaire, car elle violerait sa liberté de religion. À l'appui de son injonction, l'entreprise explique qu'une directive interne a été adoptée en juillet 2016 pour interdire les signes convictionnels ostentatoires et de grande taille, afin de garantir la neutralité et d'éviter les conflits entre employés. Le tribunal donne raison à Madame MJ, ce qui conduit l'entreprise MH à intenter un recours devant la Cour fédérale du travail allemande, dans lequel elle justifie sa politique en se référant à l'arrêt *Achbita*. La Cour fédérale du travail décide de poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice.

II. La protection contre les discriminations sur la base de la religion dans la directive 2000/78

La directive 2000/78 établit un cadre général pour lutter contre les discriminations dans l'emploi, notamment celles qui sont fondées sur «*la religion ou les convictions*»¹⁰. Sont interdites tant les discriminations directes que les discriminations indirectes. Au sens de la directive, une discrimination directe «*se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de*

¹⁰ Art. 1^{er}.

l'un des motifs»¹¹ protégés. Quant à la discrimination indirecte, elle «*se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes*»¹² présentant une caractéristique protégée.

La qualification d'une situation en discrimination directe ou indirecte est d'une importance toute particulière en raison du fait que le droit européen établit un système de justification distinct pour les discriminations directes et indirectes. Alors qu'une discrimination directe ne peut être justifiée que par une exigence professionnelle essentielle et déterminante¹³ ou par l'exception accordée aux entreprises dites «*de tendance*»¹⁴, une discrimination indirecte peut être justifiée par un objectif légitime mis en œuvre par des moyens appropriés et nécessaires.

En ce qui concerne la notion de «*religion*», la Cour rappelle qu'elle vise «*tant le forum internum, à savoir le fait d'avoir des convictions religieuses, que le forum externum, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse*»¹⁵. Elle précise que le terme de «*religion*» contenu dans la directive correspond à celui visé à l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux, lequel a la même portée que l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour confirme par ailleurs explicitement la conception subjective¹⁶ qu'elle a de la religion, en indiquant que «*le contenu même des préceptes religieux repose sur une appréciation à laquelle il n'appartient pas à la Cour de procéder*»¹⁷. Le port du foulard islamique constitue donc une manifestation religieuse au sens du droit de l'Union européenne s'il est revendiqué comme telle par la personne qui le porte.

¹¹ Art. 2, § 2, a).

¹² Art. 2, § 2, b). Sur cette notion, voy. notamment la définition donnée par la Cour de justice: «*une telle discrimination est susceptible de se présenter lorsque l'application d'une mesure [...], bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de titulaires de la caractéristique personnelle protégée que de personnes ne possédant pas celle-ci*» (C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, aff. C-83/14, point 101).

¹³ Art. 4, § 1^{er}.

¹⁴ Art. 4, § 2.

¹⁵ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, 15 juillet 2021, aff. C-804/18 et C-341/19, point 44. Voy. aussi C.J.U.E., *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, préc., point 28.

¹⁶ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «*Affaires Achbita et Bougnaoui: entre neutralité et préjugés*», *op. cit.*, p. 1024. Sur la question de la définition juridique de la religion, voy. notamment T. J. GUNN, «*The Complexity of Religion and the Definition of 'Religion' in International Law*», *Harvard Human Rights Journal*, 2003, vol. 16, pp. 189-215.

¹⁷ C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 46.

Quant aux « convictions », il s'agit d'après la Cour de la seconde face « d'un même et unique motif de discrimination »¹⁸. Les motifs de discrimination que sont la religion et les convictions concernent donc les convictions religieuses, philosophiques ou spirituelles, à l'exception des convictions politiques¹⁹. Cette précision est bienvenue, la doctrine s'étant déjà interrogée précédemment sur la portée du terme « convictions »²⁰.

Dans cet arrêt, la Cour de justice confirme donc l'interprétation qu'elle a déjà donnée à la liberté de religion en s'alignant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²¹, suivant laquelle « le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, consacré à l'article 9 de la [Convention européenne des droits de l'homme], 'représente l'une des assises d'une 'société démocratique' au sens de cette convention' et constitue, 'dans sa dimension religieuse, l'un des éléments les plus vitaux contribuant à former l'identité des croyants et leur conception de la vie' ainsi qu' 'un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents', contribuant au 'pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société' »²². À cet égard, il est intéressant d'observer que, pour rappeler ces principes, la seule référence de la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de justice mobilise est la décision *Dahlab c. Suisse*²³, laquelle concernait précisément une personne travaillant en contact avec de jeunes enfants, et non un arrêt de (Grande) Chambre prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁸ *Ibid.*, point 47.

¹⁹ *Ibid.* Ce faisant, la Cour répond en partie aux questions préjudicielles formulées par le Tribunal du travail de Bruxelles dans une ordonnance du 17 juillet 2020. Le juge demande en effet à la Cour si « la religion et les convictions sont les deux facettes d'un même critère protégé ». Par ailleurs, il lui demande si « cela [ferait] obstacle à ce que, sur la base de l'article 8 de la même directive et afin de prévenir un abaissement du niveau de protection contre la discrimination, le juge national continue à interpréter une règle de droit interne comme celle de l'article 4, 4°, de la loi du 10.5.2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, en ce sens que les convictions religieuses, philosophiques et politiques constituent des critères protégés distincts » (Trib. trav. Bruxelles, 17 juillet 2020, p. 22, disponible sur le site d'UNIA).

²⁰ É. DUBOUT, « Article 1^{er}. Objet / Purpose », in É. Dubout (dir.), *Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 39.

²¹ G. GONZALEZ, « La liberté de religion à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *cette Revue*, 2020, p. 106.

²² C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 48; Cour eur. dr. h., *Kokkinakis c. Grèce*, préc., § 31.

²³ C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 48. Voy. Cour eur. dr. h., décision *Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001.

Par ailleurs, l'on rappelle que la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à plusieurs reprises sur le port de signes religieux au travail. Ainsi, elle a jugé que l'injonction d'une compagnie aérienne à une employée, lui demandant de dissimuler la croix qu'elle portait en pendentif, est contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'entreprise ne pouvait se prévaloir du maintien de son image commerciale pour légitimer la mesure litigieuse, dès lors qu'elle avait assoupli son code vestimentaire et autorisé des employés d'autres confessions à afficher des symboles religieux²⁴. En revanche, une telle injonction à l'égard d'une infirmière ne viole pas l'article 9 de la Convention, dans la mesure où sa croix est susceptible de mettre à mal la santé et la sécurité publiques²⁵. Dans l'affaire *Ebrahimian c. France*, la Cour a considéré que le non-renouvellement du contrat d'une assistante sociale dans un hôpital public, au motif qu'elle refusait d'ôter son voile, respecte l'article 9 de la Convention²⁶.

III. Sur l'existence d'une discrimination directe

La première question préjudicielle soumise à la Cour vise à déterminer si l'existence, au sein d'une entreprise privée, d'une règle interne interdisant aux travailleurs d'arborer des signes convictionnels – qu'ils soient politiques, philosophiques ou religieux – est susceptible de constituer une discrimination directe fondée sur la religion.

Sur ce point, le raisonnement de la Cour de justice est assez succinct, dans la mesure où elle confirme les enseignements découlant de l'arrêt *Achbita*, selon lesquels une discrimination directe sur la base des croyances ne peut être retenue lorsqu'une règle interne imposant une neutralité vestimentaire concerne l'ensemble des travailleurs d'une entreprise²⁷.

En effet, bien que la Cour reconnaisse que l'instauration d'une politique de neutralité est susceptible d'engendrer un « désagrément particulier »²⁸ pour les travailleurs tenus de porter certains habits au nom de leur foi, elle rappelle

²⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, §§ 94 et 95.

²⁵ *Ibid.*, §§ 99 et 100. Cet arrêt analyse également les demandes de deux autres requérants, Madame Ladele et Monsieur Mc Farlane, qui concernent des objections de conscience religieuses sur le lieu de travail.

²⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Ebrahimian c. France*, 26 novembre 2015, § 72.

²⁷ C.J.U.E., *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, préc., points 30 et 32.

²⁸ C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 53.

qu'elle a « déjà jugé qu'une telle règle ne constitue pas une telle discrimination dès lors qu'elle vise indifféremment toute manifestation de telles convictions et traite de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise »²⁹.

La Cour souligne, en outre, que la règle interne doit s'appliquer de manière générale et indifférenciée, ce qu'il appartient au juge national d'apprécier concrètement. À cet égard, la Cour observe que l'entreprise WABE a enjoint à l'une de ses employées d'ôter une croix chrétienne qu'elle portait, de sorte que la règle interne incriminée semble s'appliquer indistinctement à tous les travailleurs de l'entreprise. Elle ne constituerait dès lors pas une discrimination directe sur la base des convictions religieuses au sens de l'article 2 de la directive 2000/78³⁰.

Par ailleurs, l'on relève que, selon l'avocat général Athanasios Rantos, le Tribunal du travail de Hambourg développe une position s'écartant des prescrits découlant de l'arrêt *Achbita*. La juridiction allemande semble en effet favorable à la reconnaissance d'une discrimination directe en l'espèce³¹, « au motif que le traitement défavorable subi par IX, par l'infliction d'un avertissement pour avoir porté un foulard islamique au travail, se rattache à une caractéristique spécifique [...], en l'occurrence la religion »³². À l'inverse, l'avocat général soutient que la règle interne instaurée par l'entreprise WABE vise de manière indistincte la manifestation de tous les symboles religieux, philosophiques ou politiques lorsque son personnel interagit avec la clientèle, les enfants ou d'autres tiers, de sorte que cette mesure n'est « pas [...] dirigée spécifiquement contre les travailleuses de religion musulmane qui souhaiteraient porter un foulard islamique [...] »³³. La généralité de la mesure d'interdiction³⁴ ne fait aucune distinction entre les religions et s'oppose, par exemple, à une loi

²⁹ *Ibid.*, point 52. Selon Stéphanie Hennette-Vauchez, cette interprétation aboutit en pratique à un « *levelling down of the very concept of non-discrimination* » (à ce sujet, voy. St. HENNETTE-VAUCHEZ, « Equality and the Market: the unhappy fate of religious discrimination in Europe », *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, n° 4, p. 747).

³⁰ C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 54.

³¹ E. HOWARD, « German headscarf cases at the ECJ: a glimmer oh hope? », *European Law Blog*, 26 juillet 2021, <https://europeanlawblog.eu/2021/07/26/german-headscarf-cases-at-the-ecj-a-glimmer-of-hope/>.

³² Av. gén. A. RANTOS, conclusions précédant *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 45.

³³ *Ibid.*, point 52.

³⁴ Le caractère général des règlements de travail en entreprise permet également aux juridictions belges d'écarter l'existence d'une discrimination directe (Trib. trav. Liège, 20 février 2019, disponible sur le site d'UNIA; Trib. trav. Bruxelles, 28 mai 2018, disponible sur le site d'UNIA; Trib. trav. Bruxelles, 18 mai 2015, disponible sur le site d'UNIA). Voy. également F. KÉFER,

→

octroyant aux travailleurs de confession chrétienne un jour de congé rémunéré le Vendredi saint et qui, dès lors, engendre une différence de traitement directement fondée sur une religion déterminée³⁵. Selon l'avocat général, il convient donc de s'en tenir, à l'instar de la Cour de justice, à la jurisprudence *Achbita* en vertu de laquelle une discrimination directe n'est établie qu'en cas d'application hétérogène d'une mesure imposant une « neutralité d'apparence »³⁶.

Cette analyse juridique tranche avec celle développée par Eleanor Sharpston, avocate générale initialement en charge de la rédaction des conclusions dans ce dossier³⁷. En effet, dans une *shadow opinion*, elle propose de redéfinir la notion de « discrimination directe » et de considérer que « lorsqu'un employeur impose un critère dont il sait ou devrait raisonnablement savoir qu'il placera inévitablement un membre d'un groupe particulier dans une position moins favorable sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} de la directive 2000/78, cela devrait être assimilé à un traitement moins favorable de cette personne par rapport à une autre dans une situation comparable sur la base d'un motif interdit [...] »³⁸. Elle fonde son argumentation sur la lettre et la raison d'être de la directive 2000/78. Selon elle, son objectif est de lutter contre les discriminations dans le cadre du travail, et non de reléguer les personnes arborant des signes religieux en *back-office* et, dès lors, de les défavoriser dans leur ascension professionnelle³⁹. Telle était déjà sa position lorsqu'elle avait rendu ses conclusions

←

« L'expression des convictions religieuses dans les relations de travail », *T.S.R.-R.D.S.*, 2017, n° 3, pp. 527-583; P. JOASSART, « Les convictions religieuses dans les relations de travail », *Orientations*, 2016, n° 8, pp. 49-61.

³⁵ Av. gén. A. RANTOS, conclusions précédant *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 49; C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, 22 janvier 2019, points 51, 69 et 90.

³⁶ M. UYTENDAELE, « La neutralité d'apparence n'est pas discriminatoire, la Cour du Luxembourg l'affirme sans ambages », *J.L.M.B.*, 2021, n° 28, pp. 1256 et 1258; X. DELGRANGE, « Les Cours suprêmes à l'épreuve du foulard islamique en milieu scolaire », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chron. n° 55, p. 9; S. VAN DROOGHENBROECK, « Les transformations du concept de neutralité de l'État. Quelques réflexions provocatrices », in J. Ringelheim (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 76, 77 et 99.

³⁷ Le mandat de cette dernière s'est clôturé le 10 septembre 2020, à la suite de la mise en œuvre du Brexit. C'est alors l'avocat général Athanasios Rantos qui lui succède pour la rédaction des conclusions dans l'affaire commentée.

³⁸ E. SHARPSTON, « Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and 341/19) », *EU Law Analysis*, 23 mars 2021, point 263 (traduction libre), <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>.

³⁹ *Ibid.*, point 243.

à l'occasion de l'affaire *Bouagnaoui*⁴⁰. Comme indiqué plus haut, la Cour s'est toutefois tenue à sa jurisprudence existante en ce qui concerne la discrimination directe, malgré les critiques qu'elle avait pu susciter⁴¹.

IV. Sur l'existence d'une discrimination indirecte

La deuxième question préjudicielle à laquelle la Cour répond consiste à savoir si une entreprise peut justifier la discrimination indirecte que constituerait l'interdiction de signes convictionnels par une politique de neutralité, dans le but de tenir compte des attentes légitimes des clients.

D'emblée, la Cour constate qu'une politique de neutralité vestimentaire telle que celle en vigueur dans l'entreprise WABE a un impact avant tout sur les travailleuses de confession musulmane⁴². Elle n'étaye toutefois pas son constat, alors que les faits de l'affaire montrent qu'une employée de confession chrétienne a également dû modifier son apparence à la suite de la politique de neutralité. La Cour évacue par ailleurs la potentielle discrimination indirecte fondée sur le sexe⁴³, puisque ce critère n'est pas couvert par la directive 2000/78, mais par la directive 2006/54⁴⁴. De la sorte, elle se refuse également à considérer l'existence d'une discrimination que l'on peut qualifier d'«intersectionnelle», pourtant suggérée dans une question préjudicielle par les juridictions allemandes. La doctrine avait déjà pu déplorer ce silence à l'occasion de l'arrêt *Achbita*⁴⁵. La Cour n'étant pas tenue par les seules bases légales mentionnées dans la question préjudicielle, elle aurait pu prendre en compte la directive

⁴⁰ Av. gén. E. SHARPSTON, conclusions précédant C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Asma Bouagnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole S.A.*, 13 juillet 2016, aff. C-188/15, point 88.

⁴¹ Pour un résumé des débats, voy. E. HOWARD, *Religious clothing and symbols in employment. A legal analysis of the situation in the EU Member States*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2017, pp. 53-65.

⁴² C.J.U.E., IX c. *WABE eV* et *MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 59.

⁴³ À ce sujet, voy. J. MULDER, *Indirect sex discrimination in employment*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2020.

⁴⁴ 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).

⁴⁵ É. DUBOUT, *op. cit.*, p. 34. Pour une analyse de la notion de discrimination intersectionnelle par le prisme du droit international et du droit belge, voy. également A. DJELASSI, «La mobilisation du concept de discrimination intersectionnelle dans la jurisprudence belge récente relative au port du voile dans le domaine de l'emploi : un pavé dans la mare?», *Revue étudiante de droit*

→

2006/54⁴⁶. Ce refus montre, une fois de plus, la difficulté rencontrée par la notion de discrimination intersectionnelle pour émerger en droit de l'Union européenne⁴⁷, et ce, depuis plusieurs années⁴⁸. L'on peut toutefois noter que la Commission européenne souhaite faire en sorte que «le recoupement entre le genre et d'autres motifs de discrimination [soit] abordé dans l'ensemble des politiques de l'UE»⁴⁹. Dans les années à venir, la volonté politique pourrait peut-être donner à la discrimination dite «intersectionnelle» l'élan dont elle a besoin.

Concernant l'admissibilité d'une discrimination indirecte fondée sur la religion en cas d'interdiction du port de signes religieux pour justifier une politique de neutralité, la Cour de justice analyse trois conditions que l'employeur doit respecter⁵⁰. Ces conditions sont particulièrement importantes, car «si la neutralité religieuse du lieu de travail est trop facilement admise comme étant un

←

public, 2021, n° 4, pp. 4-18; A. SHARIFRAZI, «Les discriminations intersectionnelles à la croisée des chemins: regard pratique sur le système antidiscriminatoire des organes conventionnels des Nations Unies», *J.E.D.H.*, 2019, n° 5, pp. 335-365.

⁴⁶ Elle avait d'ailleurs procédé de la sorte dans l'arrêt *Achbita* en se prononçant sur l'existence d'une discrimination indirecte, alors que la question préjudicielle ne mentionnait que la discrimination directe. Voy. C.J.U.E., *Samira Achbita*, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, préc., point 33. Voy. aussi C.J.U.E., arrêt *Minister Finansów c. Oil Trading Poland sp. z o.o.*, 12 février 2015, aff. C-349/13, point 45; J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 799; M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 4^e éd., Éditions de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, 2012, p. 330.

⁴⁷ Sur cette question, voy. S. ATREY, *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, Oxford, 2019; E. BRIBOSIA, R. MEDARD INGHILTERRA et I. RORIVE, «Discrimination intersectionnelle en droit: mode d'emploi», *cette Revue*, 2021, pp. 27-60; N. CROWLEY, *Innovating at the Intersections. Equality Bodies Tackling Intersectional Discrimination*, Equinet, Bruxelles, 2016; S. FREDMAN, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2016; A. LAWSON et D. SCHIEK, *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, Routledge, Londres, 2016; M. V. ONUFRIO, «Intersectional Discrimination in the European Legal Systems: Toward a Common Solution?», *International Journal of Discrimination and the Law*, 2014, vol. 14, n° 2, pp. 126-140.

⁴⁸ Voy. par exemple E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Droit de l'égalité et de la non-discrimination», *J.E.D.H.*, 2017, p. 205, et 2013, p. 327.

⁴⁹ Commission européenne, *Une Union de l'égalité: stratégie en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025*, COM(2020) 152 final, p. 19.

⁵⁰ Ces trois conditions se retrouvent pour d'autres motifs de discrimination, dont le sexe. Voy. C.J.C.E., arrêt *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, 13 mai 1986, aff. C-170/84, points 35-36.

objectif légitime, la protection contre la discrimination religieuse ne sera que très faiblement assurée»⁵¹.

Premièrement, l'employeur doit démontrer que la politique de neutralité répond à «un besoin véritable»⁵². La Cour précise à cet égard que l'employeur peut tenir compte «des droits et des attentes légitimes des clients ou des usagers»⁵³. Dans le contexte d'une crèche, la Cour se réfère à l'article 14 de la Charte, qui protège notamment le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions philosophiques ou religieuses⁵⁴. De manière quelque peu similaire, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans l'affaire *Ebrahimian c. France*, qu'une politique publique de neutralité répondait au but de «préserver le respect de toutes les croyances religieuses et orientations spirituelles des patients, usagers du service public»⁵⁵. La Cour de justice modifie donc le raisonnement qu'elle avait tenu lors de l'arrêt *Achbita* et renforce ses exigences. Ce faisant, elle semble se rapprocher de la position de la Cour européenne des droits de l'homme, dont elle avait paru s'éloigner quelque peu dans l'arrêt *Achbita*, en accordant un grand poids à la volonté de poursuivre une politique de neutralité d'entreprise⁵⁶.

⁵¹ L. VICKERS, *Religion et convictions: discrimination dans l'emploi – Le droit de l'Union européenne*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2006, p. 14.

⁵² C.J.U.E., IX c. *WABE eV* et *MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 64.

⁵³ *Ibid.*, point 65.

⁵⁴ Voy. X. DELGRANGE et L. DETROUX, «Article 14. Droit à l'éducation», in F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 345-368. En Belgique, la Cour du travail de Bruxelles a également jugé légitime la politique de neutralité d'une A.S.B.L. de promotion de la santé en milieu scolaire, qui «doit permettre aux élèves d'être accueillis par l'équipe médicale dans un environnement de confiance, de confidentialité et de qualité à tous les niveaux. L'enfant doit être mis en confiance pour aborder des problématiques délicates telles que l'alimentation, l'obésité, les problèmes cutanés, la sexualité, etc.» (C. trav. Bruxelles, 7 mai 2020, disponible sur le site d'UNIA). Toujours dans le domaine de la santé, la Cour du travail de Liège a validé la légitimité d'une politique de neutralité dans une pharmacie en soulignant que «le patient aux prises avec une difficulté d'ordre intime pourrait ne pas se sentir en confiance pour aborder des thèmes qu'il sait ou pense en contradiction avec les valeurs affichées par les membres du personnel de la pharmacie. On peut penser à des questions relatives à l'orientation sexuelle, la contraception, l'avortement, l'accompagnement en fin de vie, l'euthanasie» (C. trav. Liège, 30 avril 2021, disponible sur le site d'UNIA).

⁵⁵ Cour eur. dr. h., *Ebrahimian c. France*, préc., § 53.

⁵⁶ En effet, dans l'arrêt *Eweida c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme avait jugé qu'était «en jeu la volonté qu'avait un employeur de projeter une certaine image commerciale. La Cour estime que, si ce dernier but était assurément légitime, les tribunaux internes lui ont donné trop d'importance» (*Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, préc., § 94).

La Cour distingue donc la prise en compte des attentes légitimes des usagers et des clients du souhait discriminatoire exprimé par un client, tel qu'il s'était manifesté dans l'affaire *Bouagnaoui* ou, en ce qui concerne l'origine ethnique, dans l'affaire *Feryn*⁵⁷. Comme d'autres commentatrices ont pu le relever à l'occasion de la parution de l'arrêt *Bouagnaoui*, le risque existe que l'employeur qui anticiperait les souhaits discriminatoires de sa clientèle puisse mener une politique de neutralité en toute impunité⁵⁸. Selon l'avocat général, l'enjeu est de vérifier que l'interdiction des signes convictionnels «n'intervient pas en réaction à une demande en ce sens d'un client, mais relève d'une politique de neutralité générale et indifférenciée de l'entreprise»⁵⁹.

Par ailleurs, la Cour attache cette fois une importance particulière à la preuve apportée par l'employeur que l'absence d'une politique de neutralité nuirait à sa liberté d'entreprise, «compte tenu de la nature de ses activités ou du contexte dans lequel celles-ci s'inscrivent»⁶⁰. Cependant, il reste à déterminer comment prouver les effets défavorables de l'absence d'une politique de neutralité et la Cour ne fournit pas beaucoup d'indications. L'on peut envisager que l'employeur apporte la preuve d'une baisse du chiffre d'affaires ou qu'il se base sur des rapports ou des statistiques. Cette preuve économique pose néanmoins question car, outre les difficultés pratiques d'apporter une telle preuve en justice, elle risque de faire primer l'intérêt économique sur le droit de la non-discrimination. Quant à la prise en compte du contexte politique, au sens le plus large, elle semble délicate. Ce dernier étant évolutif, il convient de prendre garde à ce que son éventuelle considération ne mène pas à un abaissement progressif des exigences du droit de la non-discrimination.

De plus, l'on ne peut s'empêcher de relever que la référence à la nature ou au contexte des activités est très proche des critères applicables dans le cas des entreprises dites «de tendance»⁶¹. Cette formulation est d'autant plus généra-

⁵⁷ C.J.C.E., arrêt *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, 10 juillet 2008, aff. C-54/07.

⁵⁸ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Affaires *Achbita* et *Bouagnaoui*: entre neutralité et préjugés», *op. cit.*, p. 1033. Voy. aussi S. PEERS, «Headscarf bans at work: explaining the ECJ rulings», 14 mars 2017, disponible sur <http://eulawanalysis.blogspot.com/2017/03/headscarf-bans-at-work-explaining-ecj.html>.

⁵⁹ Av. gén. A. RANTOS, conclusions précédant *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 67.

⁶⁰ C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 67.

⁶¹ À leur sujet, voy. notamment X. DELGRANGE, «L'entreprise de tendance, c'est tendance!», *cette Revue*, 2019, pp. 655-686; J.-P. SCHOUPPE, «Vers un régime juridique des entreprises de tendance à la lumière de la jurisprudence européenne», *R.R.S.*, 2018, n° 1, pp. 45-74; L.-L. CHRISTIANS,

→

trice d'interrogations que la Cour n'a toujours pas indiqué, explicitement ou implicitement, si une entreprise qui poursuit une politique de neutralité peut être considérée comme une entreprise «de tendance» au sens de l'article 4, § 2, de la directive 2000/78⁶². Or, l'entreprise WABE pourrait peut-être, plus facilement que d'autres, recevoir un tel qualificatif. En effet, ses activités peuvent entrer dans la catégorie des «activités sociales»⁶³ des Églises et autres organisations fondées sur la religion ou les convictions⁶⁴.

Deuxièmement, l'application de la politique de neutralité doit être poursuivie «de manière cohérente et systématique»⁶⁵. Ce critère avait déjà été développé dans l'arrêt *Achbita*⁶⁶. En l'espèce, il ressort de l'exposé des faits que WABE a également demandé à une autre employée, en l'occurrence de confession chrétienne, de retirer une croix qu'elle portait.

Troisièmement, l'interdiction du port de signes religieux doit se limiter au «strict nécessaire»⁶⁷. Dans le cadre d'une politique de neutralité destinée à rencontrer les attentes des clients, cela implique, comme la Cour l'avait déjà indiqué dans l'arrêt *Achbita*, de limiter l'interdiction au personnel en contact avec la clientèle et d'offrir, dans la mesure du possible, un autre poste aux personnes

←

«Les mutations du concept d'entreprise de tendance. Essai de prospective juridique sur les futures entreprises postséculières», in B. Callebaut, H. de Courrèges et V. Parisot (dir.), *Les religions et le droit du travail*, Larcier, Bruxelles, 2017, pp. 253-270.

⁶² Cette occasion avait également été manquée à l'occasion des arrêts *Achbita* et *Bougnaoui*. Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Affaires *Achbita* et *Bougnaoui*: entre neutralité et préjugés», *op. cit.*, p. 1031. Toutefois, certains auteurs estiment que l'arrêt *Achbita* consacrait déjà «l'entreprise de tendance neutre». En ce sens, voy. G. GONZALEZ, «Article 10. Liberté de pensée, de conscience et de religion», in F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 292. Sur la question de l'entreprise et de la neutralité, voy. aussi L. VANBELLINGEN, *La neutralité de l'entreprise face aux expressions religieuses du travailleur*, Bruylant, Bruxelles, 2022.

⁶³ Rapport du Parlement européen sur la 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, 1999-2004, 21 septembre 2000, n° A5-0264/2000, p. 25.

⁶⁴ Sur cette question, voy. aussi M. CORSALINI, «Religious Freedom, Inc: Business, Religion and the Law in the Secular Economy», *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, vol. 9, n° 1, pp. 28-55.

⁶⁵ C.J.U.E., IX c. *WABE eV* et *MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 68.

⁶⁶ C.J.U.E., *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, préc., point 40.

⁶⁷ C.J.U.E., IX c. *WABE eV* et *MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 68; C.J.U.E., *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, préc., point 42.

qui souhaiteraient porter un signe religieux⁶⁸. Le critère de nécessité correspond à la condition formulée par le texte de la directive. En effet, celle-ci prévoit, en son article 2, § 2, b), qu'une discrimination indirecte n'est pas établie si la différence de traitement poursuit un objectif légitime «*et que les moyens de réaliser cet objectif [sont] appropriés et nécessaires*». Cependant, ce dernier critère peut soulever des difficultés d'interprétation, comme on le voit au point suivant concernant une politique de neutralité qui se limiterait à interdire les signes convictionnels ostentatoires de grande taille. En effet, de prime abord, une telle mesure semble moins attentatoire qu'une interdiction générale des signes religieux, mais la Cour de justice ne l'a pas jugée conforme à la directive.

V. Le caractère ostentatoire du signe religieux

Dans l'affaire opposant MJ à l'entreprise MH, la Cour fédérale du travail allemande souhaite savoir si l'application cohérente et constante d'une règle interne en vertu de laquelle seuls sont prohibés les signes ostentatoires de grande taille est susceptible de constituer une discrimination indirecte sur la base de la religion.

D'entrée de jeu, la Cour de justice affirme qu'une telle mesure affecte «plus gravement les personnes adhérant à des courants religieux, philosophiques et non confessionnels qui prévoient le port d'un vêtement ou d'un signe de grande taille, tel qu'un couvre-chef»⁶⁹. La Cour ajoute que la mesure se bornant à limiter le port de symboles religieux de grandes dimensions est «indissociablement»⁷⁰ liée à des convictions spécifiques. Dès lors, elle risque d'engendrer une discrimination directe fondée sur les croyances religieuses⁷¹. Dans sa *shadow opinion*, Eleanor Sharpston est parvenue à la même conclusion⁷².

Toutefois, la Cour poursuit son raisonnement à la lumière de la notion de discrimination indirecte. Elle considère que la règle interne mise en place par l'entreprise MH peut induire un désavantage particulier pour les croyants adhérant à certaines convictions religieuses, ce qui est susceptible de constituer une discrimination indirecte sur la base de la religion⁷³. S'il apparaîtrait que

⁶⁸ C.J.U.E., *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, préc., point 42.

⁶⁹ C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 72.

⁷⁰ *Ibid.*, point 73.

⁷¹ *Ibid.*, point 78.

⁷² E. SHARPSTON, *op. cit.*, points 122 et 123.

⁷³ C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 74.

la règle incriminée poursuit un objectif légitime, dans la mesure où elle vise à apaiser les rapports conflictuels rencontrés par le passé en raison des différentes convictions politiques, philosophiques ou religieuses des employés⁷⁴, la Cour juge qu'une politique de neutralité n'est adéquate qu'à la condition que toutes les expressions visibles de ces convictions soient interdites⁷⁵.

En effet, «autoriser les manifestations de moindre importance tout en interdisant celles de plus grande ampleur compromet la capacité de la mesure à atteindre l'objectif poursuivi»⁷⁶ et «remet [...] en cause la cohérence même de ladite politique de neutralité»⁷⁷. D'une certaine façon, cette mesure méconnaît l'article 52, § 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux, selon lequel le principe de proportionnalité doit s'appliquer dans le cadre des restrictions aux droits fondamentaux⁷⁸.

La Cour de justice a donc étendu son analyse au-delà de la question posée et n'a pas suivi les recommandations de l'avocat général Athanasios Rantos. Dans ses conclusions, il mobilise la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme afin de trancher la question, en particulier l'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni*⁷⁹. Dans cette affaire, la Cour strasbourgeoise a tenu compte du fait que la croix de Madame Eweida était «discrète»⁸⁰ dans sa décision de condamner le Royaume-Uni pour violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par analogie, l'avocat général estime qu'une politique de neutralité n'autorisant que le port de signes religieux «qui ne se remarquent pas dans une première approche»⁸¹ est conforme au droit de l'Union européenne.

Il s'appuie également sur les conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott dans l'affaire *Achbita*, selon laquelle «un symbole religieux de petite taille et porté discrètement, le cas échéant, sous la forme d'une boucle d'oreille, d'un pendentif ou d'une épinglette, sera probablement plus acceptable qu'un

⁷⁴ *Ibid.*, point 75.

⁷⁵ *Ibid.*, point 78.

⁷⁶ E. HOWARD, *op. cit.* (traduction libre).

⁷⁷ C.J.U.E., IX c. *WABE eV* et *MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 77.

⁷⁸ P. GILLIAUX, «La limitation des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne», *J.E.D.H.*, 2021, n° 1, p. 35.

⁷⁹ À ce sujet, voy. C. MATHIEU, S. GUTWIRTH et P. DE HERT, *op. cit.*, p. 241.

⁸⁰ Av. gén. A. RANTOS, conclusions précédant IX c. *WABE eV* et *MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 73; Cour eur. dr. h., *Eweida e.a. c. Royaume-Uni*, préc., § 94.

⁸¹ Av. gén. A. RANTOS, conclusions précédant IX c. *WABE eV* et *MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 74.

couvre-chef ostentatoire comme un chapeau, un turban ou un foulard»⁸². Par ailleurs, l'avocat général Rantos observe que, dans l'arrêt *Dahlab c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme qualifie le foulard islamique de «symbole religieux fort»⁸³. Fort de ces considérations, il parvient à la conclusion qu'une politique de neutralité excluant uniquement le port de signes politiques, religieux et philosophiques de grande taille peut être appliquée de façon cohérente et systématique⁸⁴, tandis que la Cour y voit une incompatibilité.

Pour conclure, l'avocat général estime que décider autrement serait «paradoxal eu égard à l'objectif de la directive 2000/78»⁸⁵ et au critère de stricte nécessité de la mesure⁸⁶. Selon lui, «l'interdiction totale, sans exception, du port visible de tout signe de convictions politiques, philosophiques ou religieuses dépasserait la mesure nécessaire et revêtirait, à l'égard de ceux qui auraient choisi de porter un signe de petite taille, un caractère punitif»⁸⁷. D'une certaine manière, le raisonnement de la Cour serait une prime à la neutralité la plus «radicale».

Cependant, s'il est vrai que la position de la Cour de justice aboutit à la restriction de la liberté de religion de davantage de travailleurs, elle évite de favoriser l'expression de certaines religions par rapport aux autres et, donc, de discriminer. En outre, comme la Cour le relève, même discret, un signe religieux ou politique demeure visible. Une interdiction limitée aux signes ostentatoires risquerait d'aller à l'encontre de l'objectif de paix sociale poursuivi, en générant des tensions entre travailleurs selon la taille du signe religieux qu'ils souhaitent

⁸² Av. gén. J. KOKOTT, conclusions précédant C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, 31 mai 2016, aff. C-157/15, point 118.

⁸³ Cour eur. dr. h., *Dahlab c. Suisse*, préc., p. 10.

⁸⁴ Av. gén. A. RANTOS, conclusions précédant *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 77.

⁸⁵ *Ibid.*, point 79.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.* Le même raisonnement a été tenu en France lors de l'adoption de la loi du 15 mars 2004. Cette loi introduit l'article L.141-5-1 dans le Code de l'éducation français, lequel prévoit que «dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève». Voy. V. FABRE-ALIBERT, «La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics: vers un pacte social laïque», *cette Revue*, 2004, p. 603. Il est permis de se demander si la position de la Cour de justice ne risque pas de fragiliser la loi française, puisqu'elle considère qu'une interdiction limitée aux signes ostentatoires est directement discriminatoire.

porter. Enfin, la décision de la Cour permet d'éviter la délicate détermination des signes dits « ostensibles », tant à l'égard des clients de l'entreprise qu'aux yeux des autres travailleurs.

VI. Le caractère plus favorable des dispositions nationales protégeant la liberté de religion

L'article 8, § 1^{er}, de la directive 2000/78 dispose que « [l]es États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement que celles prévues dans la présente directive »⁸⁸. En l'espèce, les juges allemands interrogeaient la Cour de justice quant à savoir si les normes constitutionnelles nationales protégeant la liberté de religion pouvaient être considérées comme une réglementation plus favorable au sens de cette disposition. Cette interrogation est due au fait que le droit allemand ne tolère en principe une restriction à la liberté de religion dans l'entreprise « qu'en raison d'un danger avéré »⁸⁹ et non d'une justification abstraite, à l'inverse de ce que l'arrêt *Achbita* semblait permettre.

La Cour de justice précise que la directive 2000/78, comme l'indique son article 1^{er}, a été adoptée pour établir un cadre général en matière d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, tout en laissant une large marge d'appréciation aux États membres compte tenu de la place différente qu'ils réservent aux religions et aux convictions dans leur législation propre. Elle établit un parallèle avec le raisonnement qu'elle avait adopté en ce qui concerne l'abattage rituel, dans son arrêt *Centraal Israëlitisch Consistorie van België et autres* rendu en décembre 2020. Il s'agissait en l'occurrence de la délicate question de trouver un juste équilibre entre, d'un côté, la protection du bien-être des animaux lors de leur mise à mort et, de l'autre côté, le respect de la liberté de manifester sa religion. Dans ce contexte, la Cour avait estimé que le procédé d'étourdissement réversible et insusceptible d'entraîner la mort de l'animal imposé par la législation flamande était proportionné⁹⁰.

⁸⁸ À ce sujet, voy. R. XENIDIS, « Article 8. Prescriptions minimales / Minimum requirements », in É. Dubout (dir.), *Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, op. cit., pp. 29-241.

⁸⁹ B. DABOSVILLE, « Expression religieuse et relation de travail : les juges français et allemands au défi du droit de l'Union », *Droit social*, 2021, n° 9, p. 688.

⁹⁰ Sur cet arrêt, voy. notamment St. WATTIER, « Arrêt 'Centraal Israëlitisch Consistorie van België' : l'interdiction de l'abattage rituel sans étourdissement préalable au regard du droit de l'Union européenne », *J.D.E.*, 2021, n° 5, pp. 228-232.

Dans la présente affaire, la Cour indique, de façon assez similaire, que, dans la directive, «le législateur de l'Union n'a pas procédé lui-même à la conciliation nécessaire entre la liberté de pensée, de conviction et de religion et les objectifs légitimes pouvant être invoqués à titre de justification d'une inégalité de traitement, au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), i), de cette directive, mais a laissé le soin de procéder à cette conciliation aux États membres et à leurs juridictions»⁹¹. Pour effectuer cette conciliation, elle indique que les États membres bénéficient d'une large marge d'appréciation et que les dispositions nationales qui protègent la liberté de religion peuvent être prises en compte en tant que dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement, au sens de la directive, lors de l'examen du caractère approprié d'une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou les convictions. Cette large marge d'appréciation est d'autant plus importante que les questions liées à la régulation du fait religieux touchent de près l'identité nationale des États membres, dont l'article 4, § 2, du Traité sur l'Union européenne impose le respect⁹².

À nouveau, la réponse de la Cour s'écarte de l'avis de l'avocat général, qui considère que les dispositions nationales protégeant la liberté de religion ne peuvent pas être prises en compte comme dispositions plus favorables. En effet, «elles n'ont pas pour objet de renforcer l'application du principe de l'égalité de traitement, tel que prévu audit article 8, § 1^{er}, en ce qu'elles ne sont pas destinées à lutter contre la discrimination»⁹³. Il en va de même, selon lui, pour l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁴. Dans un distinguo subtil, l'avocat général considère toutefois qu'il n'y a «pas d'obstacle à ce que des dispositions constitutionnelles nationales qui protègent la liberté de religion soient appliquées lors de l'examen de la politique de neutralité d'une entreprise»⁹⁵, pour autant que le principe de non-discrimination soit respecté. Il semble donc indiquer que, dans l'analyse d'une politique de neutralité et pour autant que le cadre établi par la directive 2000/78 soit respecté, les dispositions nationales peuvent être prises en compte, mais pas de manière générale en tant que dispositions nationales plus favorables.

⁹¹ C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 87.

⁹² T. LOENEN, «In search of an EU approach to headscarf bans: where to go after Achbita and Bougnaoui?», *Review of European Administrative Law*, 2017, vol. 10, n° 2, p. 71.

⁹³ Av. gén. A. RANTOS, conclusions précédant *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 87.

⁹⁴ *Ibid.*, point 100.

⁹⁵ *Ibid.*, point 108.

Par ailleurs, il est intéressant de pointer que la Cour de justice estime que la liberté de pensée, de conviction et de religion constitue une « valeur à laquelle les sociétés démocratiques contemporaines attachent une importance accrue depuis de nombreuses années »⁹⁶. Elle précise que « [r]elèveraient ainsi, par exemple, de la faculté offerte par cet article 8, § 1^{er}, des dispositions nationales qui subordonneraient la justification d'une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou les convictions à des exigences plus élevées que ne le fait l'article 2, paragraphe 2, sous b), i), de la directive 2000/78 » et répond par l'affirmative à la question préjudicielle posée par le juge *a quo*.

En guise de conclusion

L'arrêt de Grande Chambre examiné ci-avant ne constitue pas seulement un prolongement des arrêts *Achbita* et *Boungaoui* prononcés en mars 2017. La Cour de justice de l'Union européenne vient, par cet arrêt, sérieusement renforcer ses exigences et préciser son raisonnement en matière de port de signes religieux au travail. Au terme de notre analyse, le raisonnement opéré par la Cour présente, selon nous, plusieurs enseignements importants, tout en suscitant certaines interrogations.

Parmi les enseignements, il y a lieu de constater que la Cour de justice ne se contente pas de confirmer sa ligne jurisprudentielle, mais apporte des précisions bienvenues qui contribuent à un équilibre entre la liberté d'entreprise, d'une part, et le droit à la non-discrimination ainsi qu'à la liberté de religion, d'autre part⁹⁷. Par ailleurs, ces précisions permettront aux instances nationales de guider les employeurs dans l'élaboration et l'appréciation des règlements de travail⁹⁸. La Cour n'établit toutefois pas explicitement de distinction entre les entreprises qui réalisent une mission d'intérêt public, comme une crèche, et celles qui poursuivent une finalité strictement économique.

La Cour resserre ainsi le test de proportionnalité auquel doivent se soumettre les normes limitant les droits fondamentaux, en ce compris le droit à la non-discrimination. De fait, le critère de l'application systématique et indifférenciée de mesures restreignant le port de signes religieux impose une charge de la preuve plus rigoureuse aux employeurs lorsqu'ils sont amenés à justi-

⁹⁶ C.J.U.E., *IX c. WABE eV et MH Müller Handels GmbH c. MJ*, préc., point 89 ; Ph. ICARD, « Le 'fait' religieux dans la 'société civile' : objet du droit de l'Union européenne », *R.D.U.E.*, 2018, n° 1, p. 190.

⁹⁷ E. HOWARD, *op. cit.*

⁹⁸ E. SHARPSTON, *op. cit.*, point 240.

fier leur politique de neutralité⁹⁹. Il en va de même de l'exigence concernant la preuve d'un « besoin véritable » d'une politique de neutralité. Ce faisant, la Cour montre qu'une simple « proclamation » de l'employeur ne suffit pas, mais elle ouvre ainsi la porte à de nombreuses interrogations concernant la preuve de ce « besoin véritable »¹⁰⁰. De plus, le raisonnement de la Cour de justice concernant l'interdiction des signes religieux « ostentatoires » semble montrer une volonté de ne pas établir de distinction entre les travailleurs en fonction des exigences vestimentaires de leurs convictions.

Toutefois, le fait que tant l'avocat général que la Cour éludent la question de la discrimination fondée sur le sexe suscite des interrogations. En effet, sans préjuger de l'équilibre à établir entre le droit à la non-discrimination sur la base du sexe et la liberté d'adopter une neutralité d'entreprise, la prise en compte de la dimension sexuelle de la discrimination que peuvent subir les femmes portant le foulard constituerait un pas important. Elle poserait également un premier jalon dans la reconnaissance de la discrimination dite « intersectionnelle ». En effet, les règlements internes prohibant le port de signes religieux touchent majoritairement les femmes portant le foulard, sans engendrer de conséquence envers les hommes convertis à l'islam¹⁰¹. En conséquence, il apparaît que les femmes arborant le foulard sont souvent reléguées aux emplois moins qualifiés¹⁰² alors qu'en parallèle, leurs opportunités professionnelles s'amointrissent¹⁰³. Pour autant, cela ne signifie pas forcément que la prise en compte de la dimension sexuelle, voire intersectionnelle, des politiques de neutralité d'entreprise doive mener à leur interdiction.

À cet égard, il reste encore à « trouver un équilibre entre le droit à l'indifférence et le droit à la différence, entre le droit de taire ses appartenances et la liberté de les exprimer »¹⁰⁴, dans un contexte de diversité religieuse et de plura-

⁹⁹ E. HOWARD, *op. cit.*

¹⁰⁰ En ce sens, voy. N. ANCIAUX et J. ICARD, « Le dédale de la non-discrimination religieuse », *Rec. Dalloz*, 2021, n° 33, p. 1756.

¹⁰¹ A. LAGERWALL, « La prostitution, le port du voile et l'avortement devant la Cour européenne des droits de l'Homme : une affaire de femmes ? », in E. Tourme-Jouannet, L. Burgogue-Larsen, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri (dir.), *Féminisme(s) et droit international*, Études du réseau Olympe, Paris, 2016, p. 361 ; L. VICKERS, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰² L. VICKERS, *ibid.*, p. 49.

¹⁰³ R. WINTEMUNTE, « Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols and Refusal to Serve Others », *The Modern Law Review*, 2014, vol. 77, n° 2, p. 235.

¹⁰⁴ L.-L. CHRISTIANS, « Diversité au travail. Entre cultures et consciences, entre identité et éthique. Enjeux juridiques des recompositions postmodernes du religieux », in J. Ringelheim (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 653.

lisme social¹⁰⁵ qui laisse penser que le contentieux religieux continuera d'occuper, à l'avenir, une place importante dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

¹⁰⁵ M.-Cl. FOGLETS et J. VELAERS, « Article 22. – Diversité culturelle, religieuse et linguistique », in F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 609-628 ; A. SLOWIK, *op. cit.*, p. 442.