

REVUE

2017/2

DE DROIT COMPARÉ  
DU TRAVAIL  
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

REVUE SOUTENUE PAR L'INSTITUT DES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES DU CNRS

# International Association of Labor Law Journals

## IALLJ

La **Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale** est membre du « *International Association of Labor Law Journals* », réseau d'échange de publications, d'idées, de développements juridiques et économiques.

### Les autres membres de l'association sont :

Análisis Laboral (Pérou)  
Arbeit und Recht (Allemagne)  
Australian Journal of Labor Law (Australie)  
Bulletin on Comparative Labour Relations (Belgique)  
Canadian Labour and Employment Law Journal (Canada)  
Comparative Labor Law & Policy Journal (États-Unis)  
Derecho de las Relaciones Laborales (Espagne)  
Diritti lavoro mercati (Italie)  
Employees & Employers – Labour Law and Social Security Review : Delavci in delodajalci (Slovénie)  
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht : EuZA (Allemagne)  
European Labour Law Journal (Belgique)  
Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali (Italie)  
Industrial Law Journal (Royaume-Uni)  
Industrial Law Journal (Afrique du Sud)  
International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Pays-Bas)  
International Labour Review (OIT)  
Japan Labor Review (Japon)  
Labour and Social Law (Biélorussie)  
Labour Society and Law (Israël)  
La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale – RGL (Italie)  
Lavoro e Diritto (Italie)  
Pécs Labor Law Review (Hongrie)  
Relaciones Laborales (Espagne)  
Revista de Derecho Social (Espagne)  
Revue de Droit du Travail (France)  
Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale (Italie)  
Russian Yearbook of Labour Law (Russie)  
Temas Laborales (Espagne)  
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Allemagne)

# 1

## JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

### LE JUGE ET LE LICENCIEMENT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE : ANALYSE DE DROIT COMPARÉ

ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX (COORD.)

**P. 6 ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX**

LE RÔLE CONTRASTÉ DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

**P. 16 RACHEL ARNOW-RICHMAN**

POUR UNE LOI AMÉRICAINE SUR LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES

**P. 24 SÉBASTIEN RANC**

LA (RE)CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE DU DROIT DU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE EN FRANCE

**P. 32 HUGO BARRETTO GHIONE**

LE POUVOIR DE L'EMPLOYEUR ET LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN URUGUAY : UNE ANALYSE CRITIQUE DE L'OPINION DOMINANTE

**P. 38 NICOLA GUNDT**

UNE RÉFORME LÉGALE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AUX PAYS-BAS, SOURCE D'INCERTITUDE

**P. 46 ROCHELLE LE ROUX**

L'ÉQUITÉ PROCÉDURALE ET L'ÉQUITÉ SUBSTANTIELLE DANS LE CADRE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN AFRIQUE DU SUD : UN DOUBLE TROUBLE

**P. 54 TÁMÁS GYULÁVARI**

OMBRES ET LUMIÈRES DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA JURISPRUDENCE HONGROISE

**P. 62 TOSHIHARU SUZUKI**

LE POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AU JAPON

**P. 70 MARILYN J. PITTARD**

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES EN AUSTRALIE : UN CADRE LÉgal ÉQUITABLE ?

**P. 80 PASCALE LORBER**

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES AU ROYAUME-UNI : LES JUGES EN QUÊTE DE CONFORMITÉ AVEC LE DROIT EUROPÉEN

**P. 88 ISABELLE MARTIN ET GUYLAINE VALLÉE**

LES MESURES DE PROTECTION DE L'EMPLOI DU SALARIÉ LICENCIÉ POUR DES MOTIFS ÉCONOMIQUES EN DROIT QUÉBÉCOIS ET FÉDÉRAL CANADIEN

# 2

## JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE

### COMMENTAIRES

- p. 96** **FILIP DORSEMONT**, Professeur Université Catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis de Bruxelles
- p. 112** **MARIACHIARA MERCORIO**, Attachée temporaire d'Enseignement et de Recherche, Université Paris 1, Doctorante en droit du Travail

### ACTUALITÉS

- p. 122** **MARIE LAFARGUE**, Maître de Conférence, Université de Vannes
- p. 126** **ELENA SYCHENKO**, Doctorante, Université de Catane

# 3

## LITTÉRATURE DE DROIT SOCIAL COMPARÉ : APERÇU RÉTROSPECTIF DE 2015

### AUTONOMIE OU SUBORDINATION DU DROIT DU TRAVAIL ? DÉBATS HORS DES FRONTIÈRES NATIONALES EN 2015

- p. 132** **MATTEO BORZAGA**, Università degli Studi di Trento
- MARIALAURA BIRGILLITO**, Castilla - La Mancha Universidad
- MANUEL ANTONIO GARCIA-MUÑOZ ALHAMBRA**, Castilla - La Mancha Universidad



**JURISPRUDENCE  
SOCIALE INTERNATIONALE**



## FILIP DORSEMONT

Professeur à l'Université Catholique de Louvain et Professeur à l'Université Saint-Louis de Bruxelles (Belgique).

Thèmes de recherche : droit du travail européen, droit des relations collectives du travail, droits fondamentaux des travailleurs. Parmi ses publications :

~ « Les religieux et la relation du travail : beaucoup de subordinations, mais peu de contrats ? », in S. Gilson, *Subordination et parasubordination*, Limal, Anthemis, 2017, 355-376.

~ « The Right to Bargain Collectively. A Matrix for Industrial relations », in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann and S. Clauwaert, Oxford, Hart Publishers, 2017, 249-288.

### LA LIBERTÉ DE RELIGION SUR LE LIEU DE TRAVAIL ET LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE :

#### RETOUR AU PRINCIPE *CUIUS REGIO, ILLIUS RELIGIO* ?\*

#### ABSTRACT

This contribution provides a critical analysis of two landmark judgments of the Court of Justice of the European Union related to discrimination based upon religion or belief (14 march 2017). The author contends that the Court of Justice has erroneously qualified the discrimination concerned in the Belgian case as an indirect discrimination. Furthermore, he argues that a policy of neutrality cannot be considered as legitimization of the indirect discrimination stemming from the interdiction of the headscarf. The reference to the freedom to conduct a business is no ground to justify a restrictive interpretation of a directive related to the idea of citizenship. Last but not least, the author argues that the use the CJUE has made of the notion of reasonable accommodations can amount is at odds with the approach the European Court of Human rights and contains a risk of harassment of workers confined to a space in back office.

*KEY WORDS* : Discrimination on the ground of religion or belief, freedom of religion, headscarf, EU Directive 2000/78.

#### RÉSUMÉ

Cette contribution tend à soumettre à une analyse critique deux arrêts de principe de la Cour de Justice (14 mars 2017) de l'Union européenne relatifs à la discrimination basée sur la religion ou la conviction. L'auteur estime que la Cour de Justice a refusé erronément de reconnaître la nature directe de la discrimination dans l'affaire belge. Il marque son désaccord quant à l'idée qu'une politique de neutralité puisse constituer un élément permettant de justifier la discrimination indirecte qui pourrait résulter d'une interdiction de porter le foulard. La référence à la liberté d'entreprendre est inappropriée et ne peut pas militer en faveur de l'interprétation restrictive d'une directive qui tend à protéger une idée de citoyenneté. Cette contribution contient aussi une admonestation contre la référence aux aménagements raisonnables. Elle se marie difficilement avec l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme et elle peut confiner à une forme de harcèlement contre des travailleurs relégués « *en back office* ».

*MOTS CLÉS* : Discrimination basée sur les convictions religieuses ou philosophiques, liberté de religion, port du foulard, Directive UE 2000/78.

\* Cette contribution reprend l'essentiel de l'analyse d'une contribution plus élaborée et rédigée en néerlandais qui a été soumise et approuvée pour la revue *Arbeidsrechtelijke annotaties* (La Haye, Boomjuridsch). Elle est le fruit d'un séjour de recherche et d'enseignement au sein du Comptrasec en mars et avril 2017 en ma qualité de professeur invité. Les résultats provisoires de cette étude ont fait l'objet d'un séminaire interne au Comptrasec organisé avec mon collègue Rachid Fillali. L'auteur tient à remercier Madame Clémentine Vandenbroucke de sa traduction méticuleuse d'une partie de cette contribution du néerlandais vers le français, sous la supervision de l'auteur.

## LA LIBERTÉ DE RELIGION SUR LE LIEU DE TRAVAIL ET LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE :

### RETOUR AU PRINCIPE *CUIUS REGIO, ILLIUS RELIGIO* ?

**L**e 14 mars 2017, la Cour de Justice a répondu à deux questions préjudicielles qui avaient été posées respectivement par les Cours de Cassation française et belge<sup>01</sup>. Ces deux arrêts méritent le titre d'« arrêts de principe ». En effet, c'est la première fois que la Cour de Justice a été saisie en vue de se prononcer sur la portée de l'interdiction de discrimination fondée sur le motif de « religion ou conviction » au sens de la Directive 2000/78. Cette thématique est illustrée dans les deux arrêts par les péripéties auxquelles peuvent donner lieu (le port d') un foulard.

Dans la question préjudicielle posée dans l'affaire belge, la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte est centrale. Dans la question préjudicielle de l'affaire française, la Cour française demande plus de précision sur le concept d'« exigences professionnelles essentielles et déterminantes », qui justifie la discrimination directe. La Cour n'a pas manqué, à cette occasion, d'éclaircir divers aspects de la notion de discrimination fondée sur le motif de « religion ou conviction ». Les juges de renvoi ont, y compris, eu des réponses à des questions qu'ils ne voulaient pas ou n'osaient pas poser.

Afin de rester fidèle à l'esprit-même d'un commentaire d'arrêt, nous nous limiterons aux points épineux que la Cour de Justice pensait devoir décrypter. Ces points sensibles constituent la base de cette contribution et seront exposés selon un ordre logique. Le motif de la discrimination en cause (religion ou conviction) sera d'abord défini de même que la notion de discrimination directe (I), et que le concept d'« exigences professionnelles essentielles et déterminantes » qui justifie une discrimination directe. Ensuite, nous analyserons plus en profondeur la mise en place d'une politique de neutralité qui peut constituer, aux yeux de la Cour, la justification d'une discrimination indirecte (II). La Cour fonde cette politique de neutralité sur la liberté d'entreprise. Ce fondement n'est pas à l'abri de critique. Dans l'arrêt relatif à l'affaire belge, la Cour alterne les expressions « règlement intérieur » et « politique » pour désigner le principe de neutralité. Cette souplesse nous semble très regrettable. Dans le contexte de l'analyse de la proportionnalité de cette politique de neutralité, la Cour rompt une lance en faveur de l'instauration d'une obligation d'aménagement raisonnable. Cette innovation intéressante sera analysée (III). En guise de conclusion, les deux arrêts seront évalués.

01 CJUE, 14 mars 2017, C-188/15 [Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) t. Micropole SA] (*Micropole*) et CJUE, 14 mars 2017, C-157/15 [*Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en en voor racismenbestrijding t. G4S Secure Solutions NV*] (*G4S Secure Solutions*).

## DÉFINITION DE CONCEPTS

### A. RELIGION, CONVICTIONS ET LIBERTÉ D'EXPRESSION

L'expression « la religion ou les convictions » au sens de la Directive 2000/78 est manifestement une expression malheureuse. Elle suggère une contradiction qui n'existe pas. Le motif de discrimination « religion » protège évidemment aussi les convictions. A la réflexion, cette terminologie semble empruntée à l'article 9 §2 CEDH qui garantit le droit « *to manifest one's religion or beliefs* » (la liberté de manifester sa religion ou ses convictions). La version allemande du texte de la Directive semble la plus claire. Elle indique plus précisément la nature que peuvent revêtir les convictions en cause en mentionnant « *Religion oder der Weltanschauung* ». Le motif renvoie essentiellement aux convictions religieuses et métaphysiques. *A contrario*, la Directive ne nous semble pas protéger les convictions politiques ou syndicales<sup>02</sup>.

La portée du concept « religion » n'est pas centrale dans les deux affaires. Plus pertinente était la question de savoir si le motif de discrimination couvre uniquement la conviction interne ou intime, ou s'il couvre aussi l'expression d'une telle conviction. Selon nous, la Cour de justice choisit, de manière heureuse, de se greffer sur le libellé de l'article 9 CEDH pour déterminer la portée du concept « religion ou convictions ». Cet article reconnaît la liberté de religion de manière absolue tandis qu'il ne reconnaît la liberté de manifester ses convictions (religieuses) que de manière relative.

Inéluctablement se pose la question de savoir dans quelle mesure cette extériorisation doit se rapporter à une « religion » pour pouvoir être qualifiée de manifestation d'une conviction religieuse. Dans *Eweida c. R-U*, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a fait savoir que pareille manifestation ne se compose pas uniquement des formes d'adoration, de culte (*worship*) ou de dévotion (*devotion*) faisant partie d'une pratique courante. Une manifestation ne doit pas non plus avoir un caractère obligatoire (*there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question*). De manière plus positive, la Cour déclare qu'il doit exister un « *sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief* »<sup>03</sup>. La Cour laisse ainsi la porte ouverte à la reconnaissance d'une expérience plus personnelle ou, pourrait-on dire individuelle, des convictions religieuses qui peut s'écarter des rituels collectifs.

La question de savoir si les femmes musulmanes sont obligées de porter le foulard et si une telle obligation est inscrite ou non dans le Coran n'est pas pertinente à cet égard et n'est certainement pas décisive. L'approche mise à l'honneur par Strasbourg est relative et mène à ce que bon nombre de signes ou de pratiques soient considérés comme des manifestations religieuses. Dans l'arrêt relatif à l'affaire belge, les signes de conviction jouent un rôle central. Cependant, des pratiques peuvent également valoir manifestations. Dans l'arrêt *Eweida*, une omission (la non-exécution du travail) a même été considérée comme une conviction religieuse. Le champ d'application de l'interdiction de discriminer est ainsi élargi.

02 Cette affirmation paraît téméraire. Ni la Directive, ni la Cour n'ont défini les concepts « religions » et « convictions » (L. Vickers, *Religious Freedom, religious Discrimination and the Workplace*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 138). En Belgique, la Cour constitutionnelle a jugé dans deux arrêts successifs que la liste des motifs de discrimination dans la loi de transposition devrait être complétée par « les convictions politiques » et les « convictions syndicales » en vue d'empêcher la discrimination parmi les victimes de discrimination. On peut en déduire que ces motifs n'étaient pas couverts par le motif « religion et convictions ». Cour constitutionnelle, n°157/2004, 6 octobre 2004 et n° 64/2009, 2 avril 2009.

03 § 82 de l'arrêt *Eweida and others v the United Kingdom*, *Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10*, 15 janvier 2013.



Un certain degré d'individualisation nous semble indiqué dans le contexte d'une interdiction de discriminer qui, de manière primaire, vise à protéger un individu mais ne vise en aucun cas à protéger une communauté religieuse.

Plus les pratiques tombent sous le champ d'application de la liberté d'expression religieuse, plus elles menacent d'arriver dans le champ d'application du principe de « neutralité ». À l'inverse, dans la mesure où des pratiques ou des signes déterminés sont requalifiés en phénomènes simplement culturels ou ethniques, (plus) ils échappent alors à la portée de la politique de neutralité. L'avenir nous dira si une telle approche alternative se révélera profitable aux travailleurs. Il pourrait être avancé que le travailleur peut aussi faire appel à la liberté d'expression, terme plus générique, au sens de l'article 10 CEDH. Toutefois, il nous semble problématique que l'ordre juridique de l'Union Européenne n'y associe aucune interdiction de discrimination.

## B. DISCRIMINATION DIRECTE

Dans l'affaire belge, qui donna lieu à un des deux arrêts de la Cour de Justice, se pose la question de savoir si une entreprise peut mettre un terme, en vertu du règlement de travail, à la manifestation de convictions religieuses ou idéologiques sur le lieu de travail. Reformulée de manière plus concrète, la question se pose comme suit : une telle pratique forme-t-elle alors une discrimination directe ou indirecte ? Le point de vue de l'AG Kokott (*ergo* : la dénégation d'une discrimination directe) trouva écho dans un ouvrage de référence récent d'une auteure faisant autorité<sup>04</sup>. Dans la mesure où cette auteure n'avait pas encore pu prendre connaissance des conclusions de l'AG Sharpston et qu'elle tire autorité uniquement de l'AG Kokott, il nous semble qu'il reste encore une large place pour la discussion. Ce n'est pas non plus parce que la Cour de Luxembourg s'est maintenant prononcée que, pour autant, il faut conclure par un *Roma locuta, causa finita est*.

La Cour de Justice a jugé dans l'affaire belge que des règles internes qui interdisent tous les signes religieux ne sont pas directement discriminatoires. Afin qu'il puisse être question soit de discrimination directe, soit de discrimination indirecte, une personne de référence, qui est mieux traitée ou serait mieux traitée que la victime de la discrimination, doit pouvoir être identifiée<sup>05</sup>. Il est aussi requis que la différence de traitement soit basée sur un motif de discrimination prohibé. En ce qui concerne ce dernier élément, la Cour ne pouvait (décevantement) pas statuer autrement que c'était bien le motif religieux qui était en cause dans les deux affaires. Du reste, ce qui est interdit ce n'est pas un foulard porté par hasard ou un banal morceau de tissu sans signification aucune. L'interdiction vise explicitement les signes extérieurs d'une conviction religieuse. La Cour réussit toutefois à « pédaler dans la semoule » : elle prétend qu'il n'y aurait pas de discrimination directe car, en substance, tous les travailleurs auraient été traités sur un pied d'égalité à la lumière de la « neutralité » généralisée et décrétée au sein de l'entreprise.

Il ne pourrait donc être question d'un tiers qui serait mieux traité ou autrement traité que Madame Achbita. Manifestement, la Cour tient aussi compte du caractère général de la politique de neutralité qui concerne aussi bien les convictions philosophiques, politiques et religieuses. L'impression de la Cour selon laquelle chacun est traité de la même manière, nous semble vraiment simpliste. On aurait pu tout aussi bien dire que la règle (en question) établit une distinction entre les personnes ayant des convictions religieuses, métaphysiques ou politiques et les personnes qui en sont dépourvues. Tout comme on pourrait aussi affirmer que cette règle crée une distinction entre les travailleurs qui ressentent le besoin d'exprimer leurs convictions et ceux qui ne ressentent pas ce besoin.

04 L. Vickers, *Religious Freedom, religious Discrimination and the Workplace*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 140.

05 Voir les définitions de discrimination directe et indirecte dans l'article 2 2) Directive 2000/78.

Comme cela a été relevé avec justesse par Sharpston, les travailleurs qui s'expriment sont bel et bien discriminés en comparaison avec ceux qui ne s'expriment pas. Ceux-là sont licenciés tandis que ceux-ci conservent leur poste. Ce faisant, nous ne souhaitons certainement pas démontrer que les travailleurs qui choisissent de ne pas exprimer leurs convictions religieuses ne méritent aucune protection. En effet, la liberté d'expression comporte également la liberté de ne pas manifester ses convictions. Nous ne souhaitons pas non plus démontrer qu'un agnostique ou qu'un athée n'a pas besoin de protection. Au contraire : ces convictions tombent elles aussi sous le champ d'application du motif discriminatoire de la « conviction » (très justement traduit en Allemand par *Weltanschauung*).

Dans cette optique, il est, sans aucun doute, question d'une discrimination directe. Le *Nederlandse College voor de Mensenrechten*, s'est exprimé de manière très claire en ce sens dans sa décision 2015/145 :

« Le Collège est d'avis que le défendeur a, de la sorte, créé une distinction directe à l'égard du demandeur sur la base de la religion en rejetant sa candidature. (...) Néanmoins, la règle du défendeur, certes applicable à l'entièreté du personnel, implique que les candidats souhaitant exprimer leur religion par le port d'un vêtement déterminé, ne sont pas engagés pour cette raison. De la sorte, le défendeur ne traite pas tout le monde sur un pied d'égalité, comme il prétend le faire. Sharpston renvoie d'ailleurs à cette décision dans sa conclusion, fortement empreinte de droit comparé »<sup>06</sup>.

La volonté de rechercher et de trouver une personne de référence est clairement l'étape décisive. Dans une précédente affaire, la Cour a dû se pencher sur le licenciement par une commune d'un agent administratif (transsexuel) ayant subi une opération de réattribution sexuelle<sup>07</sup>. La personne en question invoquait une discrimination en raison du sexe. La commune soutenait qu'il n'en était rien car tous les travailleurs, indépendamment de leur sexe (homme ou femme), auraient été licenciés dans une telle hypothèse. La Cour n'a, consciemment, pas suivi ce raisonnement. Elle n'a pas comparé entre eux les travailleurs qui avaient subi une opération de réattribution sexuelle mais a procédé à une comparaison entre ceux qui avaient subi une telle opération et ceux qui n'en avaient pas fait l'objet. Seuls les premiers furent licenciés. Lorsque la Cour est de bonne volonté, elle parvient donc bien à trouver une personne de référence (adéquate).

La Cour tient aussi compte du caractère général de la politique de neutralité, qui concerne tant les convictions philosophiques, politiques que religieuses<sup>08</sup>. Cet argument est, nous semble-t-il, très problématique. Ce n'est pas parce qu'une discrimination directe sur la base de convictions religieuses est étendue à une discrimination directe en raison des convictions politiques ou philosophiques que tout va pour le mieux.

06 Voir la note 34 dans la conclusion de Sharpston.

07 CJUE, 30 avril 1996, C-13/94 (*P c. S. Cornwall*).

08 Voir la considération 41 de l'arrêt *G4S Secure Solutions*.

## DISCRIMINATION DIRECTE/INDIRECTE : LES JUSTIFICATIONS POSSIBLES

## A. DISCRIMINATION DIRECTE ET EXIGENCES PROFESSIONNELLES ESSENTIELLES ET DÉTERMINANTES

Dans l'affaire *Micropole*, la portée des exigences professionnelles essentielles et déterminantes s'avère centrale. De telles exigences professionnelles légitiment tant la discrimination directe que la discrimination indirecte fondée sur le critère de la religion ou de la conviction. En cas de discrimination directe, c'est d'ailleurs la seule justification possible. L'exigence professionnelle essentielle est décrite par l'article 4 de la Directive comme une caractéristique liée à l'un des motifs prohibés. Une telle caractéristique peut former une caractéristique professionnelle essentielle et déterminante uniquement en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou des conditions de son exercice.

Cette justification peut seulement être invoquée si les États membres l'ont prévue expressément. En outre, cette caractéristique peut uniquement justifier la discrimination pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée à ce but.

Dans ce cas précis, la Cour était interrogée uniquement sur la question suivante : le souhait d'un client de ne pas être servi par une employée du cocontractant portant le foulard islamique peut-il être qualifié d'exigence professionnelle essentielle et déterminante ? En revanche, il n'était pas demandé à la Cour de vérifier si l'option des exigences professionnelles essentielles et déterminantes avait été levée en droit français, et encore moins de se prononcer sur le but légitime poursuivi ou sur le caractère proportionné d'une pareille exigence. La Cour a donc reformulé la question en déplaçant le curseur du souhait du client vers la volonté de l'employeur. Selon la Cour, le juge de renvoi souhaitait demander si la volonté de l'employeur de tenir compte du souhait du client constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

À vrai dire, cette paraphrase ne présageait rien de bon. En conséquence, on peut encore à peine parler d'une justification objective qui serait déconnectée de la volonté de l'employeur. L'article 4 de la Directive ne stipule pas expressément cette objectivité, par opposition à ce qui prévaut pour la justification d'une discrimination indirecte. La Cour déduit cette objectivité du fait que les caractéristiques en lien avec la religion ou la conviction ne peuvent valoir à titre d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes qu'en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques exercées ou des conditions de son exercice. Le mot « conditions » n'apparaît d'ailleurs pas dans toutes les versions de la Directive. Dans la version néerlandaise et anglaise, le législateur fait référence au « contexte » de l'exercice de l'activité, ce qui se prête à une interprétation plus subjective. Dans la version allemande, il est question de *Bedingungen*. Les versions française et allemande plaident donc beaucoup plus en faveur d'une interconnexion entre ce « contexte » et la nature de l'activité.

La Cour plaide, par ailleurs, en faveur d'une interprétation restrictive de ces exigences essentielles eu égard au Considérant 23 de la Directive. Dans ce Considérant, il est souligné que les exigences professionnelles essentielles et déterminantes ne peuvent justifier une discrimination que dans « des circonstances très limitées ».

Cette approche objective de la Cour mérite sans aucun doute d'être saluée ; mais elle apparaît en contraste criant avec l'approche profondément subjective de la justification de la discrimination indirecte. Pourtant la Directive stipule expressément qu'une disposition, un critère ou une pratique (indirectement) discriminatoire doit être justifiée *objectivement*. Dans le cas où la *volonté* d'un employeur de tenir compte des sentiments ou des souhaits d'un client consiste en une « donnée

subjective », cela implique, selon nous, que la même volonté de l'employeur d'instaurer une politique de neutralité est (tout aussi) subjective.

La Cour ne se penche pas sur la question (néanmoins concevable) de savoir si les pouvoirs publics français avaient transposé l'article 4 de la Directive de manière conforme à cette dernière. La Cour de cassation n'a pas posé cette question et l'AG Sharpston ne s'est pas non plus penchée sur le sujet. La transposition française de l'article 4 pose toutefois question. L'article 1133-1 du Code du travail dispose en effet que les exigences professionnelles essentielles et déterminantes peuvent constituer une justification de la discrimination. Ce concept n'est cependant pas défini. Lesdites justifications en fonction de la nature de l'activité n'apparaissent que dans l'article 1121-1 du Code du travail, ce qui démontre véritablement les limites des droits fondamentaux individuels et collectifs. Il est donc aussi question, selon nous, d'un défaut de transposition de l'article 4 de la Directive, étant donné que ces exigences professionnelles essentielles et déterminantes ne sont en aucune façon définies. On ne voit pas très bien comment on pourrait combler cette lacune par le biais d'une disposition qui se situe (par ailleurs) en dehors du droit de la discrimination.

Une interprétation conforme à la Directive n'apporte toutefois pas plus de réconfort. Il n'y a en effet aucune obligation pour les Etats-membres de mettre en place des exigences essentielles et déterminantes dans leur ordre juridique, de sorte qu'une interprétation conforme à la Directive ne semble pas s'imposer.

## B. DISCRIMINATION INDIRECTE ET POLITIQUE DE NEUTRALITÉ DANS L'ENTREPRISE

La Cour de justice analyse la disposition figurant dans le règlement de travail belge comme transposant le « souhait de l'employeur d'afficher une politique de neutralité politique, philosophique et religieuse à l'égard des clients »<sup>09</sup>. Le terme « neutralité » ne figure toutefois pas dans la disposition dudit règlement de travail, de telle manière que l'on peut se demander ce que la Cour a précisément voulu entendre par là. Dans la Directive, il n'est pas davantage fait mention de la neutralité. Il est certain que la Cour considère que la discrimination indirecte potentielle qui résulte de l'application d'une telle disposition, répond à un objectif légitime<sup>10</sup>.

Selon la disposition du règlement de travail, il était « *interdit aux travailleurs de porter sur le lieu de travail des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses ou d'accomplir tout rite qui en découle* ».

Pour la Cour de Justice, la neutralité entretient un lien avec « *la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse* ». Le bénéficiaire de cette volonté n'est pas explicitement identifié, mais ne peut concerner que l'entreprise.

Fondamentalement, c'est d'ailleurs l'entreprise qui entretient des relations avec les clients. La Cour considère cet objectif comme acceptable. À cet égard, deux arguments sont invoqués. Le premier concerne la liberté d'entreprise. La Cour explique cependant que cet argument suppose que seuls soient concernés par cette politique de neutralité les travailleurs qui sont en contact avec les clients de l'employeur<sup>11</sup>.

09 G4S Secure Solutions, § 39.

10 G4S Secure Solutions, § 39.

11 G4 S Secure Solutions § 38 [Dans la version originale néerlandaise, on peut lire « *met name* », ce qui a été

Le second argument est tiré de l'arrêt *Eweida c. R-U*<sup>12</sup>. Dans cet arrêt, le concept de neutralité n'est pas mentionné mais la Cour européenne des droits de l'homme a toutefois reconnu que « l'objectif de l'employeur de projeter une certaine image de marque » était légitime.

À quel point ces arguments sont-ils convaincants ?

La référence à la liberté d'entreprise ne coule pas de source pour tous les praticiens du droit du travail. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait office d'exception. Cette exception n'est pas ancrée dans les traditions constitutionnelles communes, bien que la liberté d'entreprise figure dans la Constitution Italienne comme une réaction antifasciste à l'interventionnisme économique. La liberté d'entreprise n'a pas non plus été reprise dans les instruments internationaux en matière de droits de l'homme dans lesquels la Charte puise son inspiration. Dans la jurisprudence de la Cour de Justice, cette liberté n'est pas mobilisée contre les pouvoirs publics en tant qu'architectes du droit économique public, mais bien contre le droit du travail national, européen, et dès lors contre les travailleurs<sup>13</sup>. Par cette intrusion de la liberté d'entreprise, l'appréciation de la justification de la discrimination indirecte devient inévitablement une question très subjective, voire patronale.

Dans l'exposé des motifs de la Charte, il ressort que la Convention a puisé son inspiration dans la jurisprudence de la Cour de justice. Cet argument est donc assez autoréférentiel. D'après la formulation de l'article 16, il semble que ce droit n'ait pas beaucoup de poids. Il est uniquement reconnu dans la mesure où il est exercé conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales. Par conséquent, ce droit fondamental présente toutes les caractéristiques d'un « principe » au sens de l'article 52 de la Charte. La justiciabilité des principes est, par essence, limitée. Cela dit, il n'est d'ailleurs pas établi que les frontières de cette justiciabilité aient été franchies *in casu*.

Cependant, la Cour confère à la liberté d'entreprise une portée inversée qui va à l'encontre de sa formulation. Elle estime qu'une directive adoptée à l'unanimité *doit* être interprétée ou appliquée conformément à la liberté d'entreprise. Elle utilise la liberté d'entreprise afin de justifier certaines formes de discriminations indirectes qui, sans cette référence, ne pourraient être justifiées.

Dans le cadre d'une directive relative au droit du travail, la Cour limite l'application du concept de neutralité aux salariés qui sont en contact avec la clientèle. En procédant ainsi, la Cour incorpore en réalité un concept d'entreprise de nature commerciale qui est éloigné du droit du travail. Ce n'est pas l'entreprise en tant que communauté de travail qui occupe le centre du tableau. L'entreprise n'est pas examinée de l'intérieur mais bien dans ses relations avec le monde extérieur. Cette démarche est néanmoins conforme au fondement-même de la neutralité, *id est* la liberté d'entreprise.

Cependant, la question de savoir pourquoi la neutralité doit être limitée aux relations exclusivement externes à l'entreprise reste inexpliquée. Les travailleurs ne peuvent-ils tirer *in foro externo* aucun droit de l'image de neutralité que l'entreprise se forge ? Ou bien cette neutralité ne doit-elle servir que les intérêts de l'employeur ? Dès lors qu'une entreprise se rallie à la nouvelle religion de la neutralité, émerge alors la question de savoir si les travailleurs peuvent aussi se prévaloir de cette neutralité afin de se protéger du prosélytisme.

---

traduit par « notamment ». « *Met name* » implique une condition restrictive, tandis que « notamment » signifie « plus particulièrement » et n'a pas une portée exclusive.

12 G4S Secure Solutions, § 39.

13 Cf les arrêts de la CJUE *Parkwood* et *Aget Iraklis*.

La Cour n'est en aucun cas plus claire sur le fait de savoir en quoi une telle interdiction serait appropriée afin de garantir la bonne application d'une politique de neutralité. Cette adéquation est postulée sans détours<sup>14</sup>. Quelqu'un pourrait-il présumer en toute sincérité que Madame Achbita, qui assure un service d'accueil comme réceptionniste auprès des clients, ne proposerait son aide qu'aux seuls travailleurs ou clients de l'entreprise partageant ses convictions ? Peut-il encore subsister le moindre doute quant au fait que le port d'un foulard ou d'une croix par un(e) collègue n'est nullement un acte de prosélytisme ? Dans *Ebrahimian c. France* (26 novembre 2015), la Cour des droits de l'homme a encore justifié une interdiction du port du foulard dans un hôpital public en considérant que la dame en question devait traiter des patients vulnérables, pouvant vite se sentir intimidés. Doit-on pour autant traiter tous les clients des entreprises privées comme des patients psychiatriques ?

Le principe de neutralité ne peut, selon nous, être confondu avec celui de laïcité.

Le principe de laïcité a été inscrit dans la Constitution française. La France est donc un « État laïc ». L'article 1 stipule que : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». De ce principe, on en a déduit une obligation de neutralité s'appliquant au personnel des établissements publics. Cette obligation impose bien évidemment aux membres du personnel des services publics de n'afficher aucun signe extérieur de leurs convictions religieuses<sup>15</sup>. La Chambre sociale de la Cour de cassation française a affirmé, dans son arrêt *Baby Loup*, qu'une entreprise privée ne peut pas invoquer ce principe de laïcité<sup>16</sup>. Le principe de laïcité constitue aussi le fondement d'une loi qui organise la séparation entre l'Église et l'État<sup>17</sup>.

En droit belge, il n'existe aucun principe de laïcité. L'État belge est décrit dans la Constitution uniquement comme un État fédéral et non comme un État laïc. À l'inverse de ce qui prévaut en France, une autre conception de la liberté de religion est retenue. La liberté religieuse constitutionnelle ne va pas de pair, à l'inverse du cas français, avec un texte légal établissant la séparation entre l'Église et l'État. S'il n'existe pas de séparation, l'État belge reconnaît au contraire les religions et les subsidie (article 181 de la Constitution). Suivant une telle approche, une interdiction du port du foulard dans le secteur public est donc loin d'être évidente.

Dans une décision remarquable du Président du tribunal du travail de Bruxelles du 16 novembre 2015, la distinction entre une conception inclusive et une conception exclusive de la neutralité dans le secteur public a été mise en évidence. La conception inclusive vise uniquement à garantir que tous les citoyens, usagers du service public, soient traités sur un pied d'égalité. La conception exclusive visait quant à elle, à protéger les usagers du service public contre la crainte (lire : phobie) d'être traités de manière inégale en raison de leurs convictions religieuses, que cette crainte soit fondée ou non.

Le Président du Tribunal du travail de Bruxelles a jugé qu'une telle forme exclusive de neutralité (qui rejoint fortement la vision française de la laïcité) n'avait pas lieu d'être en droit belge. Il a fait droit à la requête d'un certain nombre de travailleuses de déclarer la nullité d'une disposition du règlement de travail qui interdisait le port de signes extérieurs affichant des préférences religieuses, politiques ou philosophiques dans leur tenue ou dans leur comportement. Les travailleuses en question s'en sont tenues aux règles *pendante lite*, mais exigeaient la nullité de cette disposition en raison de son caractère discriminatoire. Le

14 G4S Secure Solutions, § 40.

15 Ph. Auvergnon, « L'expression des convictions religieuses au travail en France. Une distinction des espaces du permis et de l'interdit », *Revue de droit comparé du travail et de la Sécurité sociale*, 2016/2, pp. 47-49.

16 Cour de Cassation française (Chambre sociale), 13 mars 2013, n°. 11. 28. 845.

17 Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

Président du tribunal du travail a répondu favorablement à leur demande. Cette décision reflète bien la définition qu'il donne de la neutralité. Comme le remarque à juste titre le Président du Tribunal du travail, une entité fédérée telle que la Région Bruxelloise qui, en tant que législateur, prononce expressément le mot diversité ne peut pas simultanément, comme employeur, écarter la diversité via une telle réglementation.

La référence par la Cour de Justice de l'Union européenne à l'arrêt *Eweida c. R-U* est surprenante. Selon cet arrêt, il ressort au contraire que seulement peu de poids peut être reconnu à l'*image corporate* d'une entreprise lorsqu'elle est en balance avec la liberté religieuse<sup>18</sup>. On ne voit pas non plus en quoi ce souci de neutralité, comme composante de l'*image corporate*, pourrait conduire à former une justification suffisante de la discrimination fondée sur un motif religieux. La Cour européenne des droits de l'homme exige en effet que l'employeur puisse prouver que le port de symboles religieux a un impact négatif sur l'image de l'entreprise<sup>19</sup>.

On pourrait voir dans la critique relative à l'application incohérente de cette interdiction par la British Airways, pour qui les « turbans » et les « hijabs » ne posaient pour eux aucun problème, une réfiguration de l'exigence de cohérence et de systématisme posée par la Cour de justice.

Dans la question préjudicielle posée par la Cour de cassation belge, on supposait l'existence d'une règle interne au sein de l'entreprise privée qui consistait en « une interdiction générale de porter de manière visible des signes politiques, philosophiques ou religieux sur le lieu de travail ». Il était donc question de savoir si une telle règle entraînait une discrimination directe.

La Cour y a répondu par la négative. La Cour ne s'est pas prononcée sur le fait de savoir si, en premier lieu, cette règle interne existait bel et bien. *In casu*, se pose pourtant la question de l'existence réelle d'une telle règle interne. Le règlement de travail ne fut adapté qu'au moment où Madame Achbita fut licenciée. Le constat que ledit règlement n'était pas encore entré en vigueur au moment du licenciement nous semble toutefois problématique. Selon le droit belge, l'adoption d'un règlement de travail n'est pas une prérogative de la direction de l'entreprise. Dans les entreprises où un Conseil d'entreprise a été instauré, l'établissement d'un règlement de travail relève de la compétence de ce Conseil. En Belgique, le Conseil d'entreprise est présidé par la direction : c'est un organe mixte.

Inéluctablement, se pose la question de savoir si la Cour de Cassation belge ne pourrait pas, en dépit de la réponse de la Cour de Justice, constater que, pour ces raisons, il n'existe pas de règle interne. Bien entendu, on peut évidemment prétendre qu'il existait dans l'entreprise une règle « non écrite » qui n'a été formalisée que *post factum* par le Conseil d'entreprise. Au risque d'être accusé de cynisme, on pourrait même arguer que le comportement de Madame Achbita de demander expressément l'autorisation de porter le foulard, démontre qu'elle était au courant de l'existence de la règle non-écrite.

La loi relative aux règlements de travail indique quelles sont les mentions qui doivent obligatoirement figurer dans cet instrument. Les prescriptions vestimentaires ne figurent pas au catalogue. Il est indiqué que les manquements disciplinaires sanctionnés par des amendes dans le règlement doivent être prévisibles. Cette loi ne contient toutefois aucune obligation de prévoir tous les manquements disciplinaires de manière exhaustive. Seules les sanctions disciplinaires doivent être indiquées de manière exhaustive.

Le comportement d'Achbita ne faisait, au demeurant, pas l'objet d'une procédure disciplinaire, mais bien d'une procédure de licenciement.

18 Cf. *Eweida v UK*, nr. 94.

19 Cf. *Eweida v UK*, nr. 94.

La Cour de justice se penche, dans le cadre de l'évaluation de la discrimination indirecte, sur l'exigence selon laquelle la disposition, la mesure ou la pratique indirectement discriminatoire, doit être objectivement justifiée par un objectif légitime et les moyens pour atteindre ce but doivent être appropriés et nécessaires. La Cour déduit de cette exigence de caractère approprié plusieurs conditions formelles. Ainsi, la Cour suppose que « la *politique* soit véritablement poursuivie de manière *cohérente et systématique* »<sup>20</sup>.

La Cour semble, pour ces raisons, laisser la porte ouverte aux discriminations indirectes dès qu'elles sont basées sur des « règles internes » aussi bien que sur une « politique ». Le seul critère décisif est qu'il soit question de cohérence et systématisme.

L'absence de cohérence et de systématisme soulève alors des doutes raisonnables quant au caractère approprié de la discrimination indirecte. On pourrait toujours y ajouter qu'un défaut de systématisme et de cohérence soulève des questions quant à la crédibilité de l'objectif invoqué. Le terme crédibilité n'apparaît toutefois pas dans cet arrêt. La Cour strasbourgeoise accorde pourtant de l'importance à la crédibilité lorsque les employeurs s'appuient sur la liberté religieuse pour poser des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux garantis par la CEDH. Dans le cas d'espèce belge, c'est toutefois le travailleur et non l'employeur qui invoque ici sa liberté religieuse.

La Cour ne semble pas donner priorité à la nécessité d'une règle écrite. De manière positive, cela signifie qu'une règle écrite ne suffit pas. La Cour semble aussi examiner la réalité de l'application et le respect de la règle. Dès lors qu'une règle écrite, voire même une règle tout court, ne semble pas exigée, une simple politique suffirait alors.

Cette terminologie concorde avec la terminologie caractérisant la définition de la discrimination indirecte. Cela laisse la porte ouverte aux discriminations indirectes qui n'ont pas *per se* un caractère réglementaire, comme les critères ou les pratiques.

La question qui se pose est toutefois de savoir s'il peut être considéré comme acceptable que les employeurs puissent discriminer les travailleurs sur la base de règles non écrites. Concernant la discrimination directe, la Directive précise expressément que seuls les Etats membres ont l'autorisation de déterminer si des exigences professionnelles essentielles et déterminantes peuvent justifier la discrimination. Par conséquent, de prime abord, on pourrait en déduire *a contrario* que les employeurs ont le pouvoir de justifier les discriminations indirectes autrement.

Selon nous, un bon nombre d'arguments plaident en faveur de la thèse selon laquelle les discriminations indirectes peuvent seulement être justifiées par des règles écrites. La discrimination fondée sur la religion ou la conviction se distingue de certaines autres discriminations par le lien indéniable et intrinsèque qu'elle présente avec certaines libertés ou droits fondamentaux. Il nous semble assez plausible de dire qu'une discrimination basée sur la religion ou la conviction constitue souvent une restriction de la liberté religieuse. Partant, il n'est pas du tout affirmé que ces restrictions de la liberté religieuse ne puissent jamais être légitimées.

Les conditions auxquelles doivent satisfaire les restrictions des droits fondamentaux en vue d'être autorisées, ne sont pas non plus *per se* les mêmes que les conditions auxquelles doivent satisfaire les discriminations (indirectes) autorisées. À propos des discriminations indirectes, un test de proportionnalité suffit tandis que pour les restrictions des droits fondamentaux garantis par la CEDH, un test de légalité est en outre exigé : ces restrictions doivent être prévues par la loi. Le test s'appliquant aux droits fondamentaux s'avère ainsi plus strict, plus rigoureux.

<sup>20</sup> G4S Secure Solutions, n°40.



À propos des discriminations directes, l'inverse prévaut. L'acceptabilité des discriminations directes est conditionnée à un test de légalité et à un test de proportionnalité. Ce test de proportionnalité s'avère toutefois plus strict que celui relatif aux droits fondamentaux garantis par la CEDH. Sharpston insiste expressément sur ce point dans ses conclusions<sup>21</sup>. Ainsi, il est mis en évidence que la discrimination directe ne peut être limitée que par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes, tandis que la Convention laisse place à une plus large possibilité de légitimation.

Un argument qui plaide en faveur d'une interprétation plus intertextuelle de l'interdiction de discriminer sur la base de la religion ou de la conviction, nous semble être le constat que la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne reconnaît expressément la liberté religieuse. La Cour de justice souligne d'ailleurs explicitement l'importance à accorder à ce droit fondamental dans le cadre de l'interprétation de la Directive, lorsqu'elle analyse la portée du concept « religion ». La Cour a même admis que l'article 9 CEDH soit un indicateur pour l'interprétation de l'article 10 de la Charte. Cela ressort de l'exposé des motifs de l'article 10 de la Charte auquel la Cour renvoie. Plus pertinemment, il nous semble que l'article 52, §3, de la Charte impose de manière expresse que dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, leur sens et leur portée soient les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention. Pour une juste compréhension de la portée des droits fondamentaux, une interprétation du système de restrictions est au moins aussi importante que la définition du concept lui-même.

Par ailleurs, l'article 52, §1 de la Charte stipule expressément que les limitations à l'exercice des droits et libertés reconnus par la Charte doivent être prévues par la loi (*prescribed by law*).

Il est donc aussi inexplicable que d'une part, la Cour puise son inspiration de la Charte et de la Convention afin de déterminer le concept de religion mais que d'autre part, elle laisse la Convention pour compte lors de l'examen de la justification des discriminations. La Charte est donc uniquement une source d'inspiration lors de la délimitation de la liberté religieuse. La Cour puise ici son inspiration de la liberté d'entreprise. Elle fait toutefois abstraction des règles horizontales en rapport avec les limitations de l'exercice des droits fondamentaux et en rapport avec les conflits de ces droits fondamentaux.

Le *ratio* sous-jacent derrière cette exigence réside dans le fait que les frontières/limites des droits fondamentaux reconnus par la Convention doivent être prévisibles et connues. La considération envisageable selon laquelle Madame Achbita *in casu* était au courant de la politique de l'employeur ne peut pas nous faire oublier que ceci n'est pas le cas pour les novices. Ils n'ont pas connaissance de la politique ou des règles non écrites de l'entreprise. C'est pour cela qu'en Belgique, le règlement de travail est soumis à une obligation de publicité. Il est signé lors du recrutement du travailleur et l'employeur doit l'afficher dans un endroit accessible et visible de tous, où chacun peut le consulter.

Il nous semble qu'il s'agit là, en outre, d'une politique juridique en faveur du choix d'un règlement (interne) plutôt que d'une politique. Le règlement est beaucoup plus encadré au niveau de l'entreprise que ne l'est une politique. Dans un certain nombre de pays, le pouvoir réglementaire a été dans une large mesure retiré des mains de l'employeur.

Cela a été confié au conseil d'entreprise. En France, l'employeur doit consulter le comité d'entreprise et les projets de règlement intérieur sont soumis à un contrôle préventif de légalité réalisé par l'inspection du travail. De tels garde-fous disparaissent dans le cas d'une politique.

---

21 Voir la conclusion de Sharpston, §§ 61-67

## AMÉNAGEMENTS RAISONNABLES ET PROPORTIONNALITÉ

La Cour de Justice rompt une lance, dans l'affaire belge, en faveur de l'introduction d'un droit aux aménagements raisonnables. Dans la Directive 2000/78, ce droit est uniquement garanti de manière expresse au profit des travailleurs handicapés. Un refus de prévoir de tels aménagements raisonnables équivaut à une discrimination indirecte injustifiable<sup>22</sup>.

Dans l'affaire belge, la Cour donne une instruction précise à l'employeur : rechercher si le licenciement n'aurait pas pu être évité en proposant au travailleur une fonction n'impliquant pas de contact avec le public<sup>23</sup>. On peut soutenir ainsi que le test de nécessité de la discrimination indirecte faisant partie intégrante du test de proportionnalité exige une obligation qualifiée d'aménagement raisonnable. Au-delà de cette géniale découverte *in se* qui permet une forme de généralisation des aménagements raisonnables, il y a, selon nous, tout de même des nuances à apporter.

Premièrement, il nous semble qu'il existe une différence notable entre l'obligation prévue de manière explicite par la Directive de mettre en œuvre des aménagements raisonnables et la défense d'un travailleur basée sur le refus de son employeur de lui offrir un poste qui n'implique pas de contact visuel avec le public. La dernière considération concerne l'exigence selon laquelle la justification d'une discrimination indirecte doit résister au test de nécessité. La Cour avait souligné auparavant qu'une politique de neutralité qui visait les travailleurs qui n'étaient pas en contact avec le public était en soi disproportionnée<sup>24</sup>. L'expression aménagements « raisonnables » suppose qu'un employeur doit consentir à déployer des efforts considérables en vue d'éviter toute discrimination fondée sur le handicap. Dans *G4S Secure Solutions*, la Cour déclare toutefois qu'un employeur n'a aucune charge supplémentaire à subir<sup>25</sup>. Certains problèmes pratiques peuvent également être rapportés : sait-on diviser les fonctions entre toutes celles qui impliquent un contact avec le public et celles qui n'en impliquent pas<sup>26</sup> ? Existe-t-il encore de telles fonctions ?

Dans *Eweida*, la British Airways avait proposé une solution de ce genre, mais cela n'avait rien donné. Madame Eweida avait en effet refusé cette solution, nonobstant l'avantage financier qu'entraînait cette nouvelle tâche. La limitation de la liberté religieuse n'a pas franchi le test de proportionnalité. À partir de là, la Cour fonde l'idée d'un aménagement raisonnable en cas de handicap et fonde l'idée de proposer un autre poste sur un devoir de l'employeur ; mais elle suppose dans *Eweida* un droit pour le travailleur de refuser ces aménagements. Un travailleur ne doit pas (encore) accepter que les tâches professionnelles décrites contractuellement soient modifiées unilatéralement. Dit autrement, un travailleur peut (parfois) refuser l'offre qui lui est faite, sans que son emploi ne soit mis en péril.

Par ailleurs, on peut se demander si, une proposition de l'employeur aboutissant à ce qu'un travailleur soit relativement isolé, est admissible selon la Directive. En effet, la Directive interdit le « harcèlement ». Ce dernier est défini comme « un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1<sup>er</sup>, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

22 En effet, voir l'article 2, paragraphe 2) .ii) de la directive-cadre 2000/78..

23 *G4S Secure Solutions*, § 43.

24 *G4S Secure Solutions*, § 42.

25 *G4 S Secure Solutions*, § 43

26 Voir les considérations de U. Ringelheim, « Une entreprise privée peut-elle interdire à ses salariés de porter le foulard au travail ? », in <http://www.justice-en-ligne.be/>.

Naturellement, il peut être avancé que la preuve du harcèlement n'est pas une mince affaire. Cependant, le harcèlement n'implique pas que la preuve soit apportée qu'il existait une intention d'atteindre la dignité d'une personne. En outre, il me semble, à raison, que la victime de harcèlement peut s'appuyer sur les règles de la charge de la preuve. La circonstance que la Directive ne précise pas si le harcèlement est une forme de discrimination directe ou indirecte ne nous semble pas pertinente. Le renversement de la charge de la preuve prévaut dans les deux cas. Si une pratique est discriminatoire, elle est (forcément) directement ou indirectement discriminatoire. *Tertium non datur*.

En outre, va se poser la question de savoir si une modification unilatérale de la fonction ne peut pas être assimilée en droit belge à un acte équipollent à la rupture. L'isolement d'un travailleur peut dans certaines circonstances déterminées être considéré comme une forme de harcèlement. Or, la Directive analyse précisément le harcèlement comme une forme de discrimination.

## E N CONCLUSION

La Cour fait la démonstration dans ces deux arrêts d'une sorte de sublimation freudienne. Elle témoigne de peu d'empathie à l'égard des employeurs qui se retranchent ouvertement derrière la xeno- ou l'islamo- phobie de leurs clients. L'attitude de ces employeurs atteste d'une certaine lâcheté. Dans l'affaire *Micropole*, il était même question de lâcheté au carré. *Micropole* se retranche derrière l'entreprise qui a fait appel à ses services, qui s'est retranchée à son tour derrière les phobies de ses travailleurs.

La peur est mauvaise conseillère, spécialement dans le domaine du droit de la discrimination. Le droit de la discrimination a aussi une fonction pédagogique. Il a vocation à transcender ces phobies. Dans l'affaire belge, la Cour a réellement ouvert une voie royale à la sublimation de ces phobies par la reconnaissance du droit pour les entreprises d'instaurer de soi-disant politiques de neutralité. Ce n'est pas parce qu'une telle politique est exercée d'une manière systématique et cohérente qu'elle en fait oublier ce goût amer.

L'instauration d'une politique de neutralité était autrefois, fondamentalement, une prérogative de l'autorité publique qui préconisait une certaine vision de la séparation entre Église et État. Il semblerait donc que les entreprises se voient dotées d'un « pouvoir régalien ». Ce n'est plus le client qui est Roi, mais bien l'entreprise. En fait, il y a là une inversion de la jurisprudence de la Cour de cassation française. Nous apprenions justement des arrêts *Baby Loup* que les entreprises privées ne pouvaient pas invoquer le principe de neutralité ou de laïcité, mais pouvaient par contre invoquer les exigences professionnelles essentielles et déterminantes afin d'établir des frontières à la liberté d'expression religieuse.

Une conséquence qui semble découler de cette jurisprudence est que la liberté d'expression religieuse va finalement dépendre de la décision arbitraire de la direction de l'entreprise. La liberté d'expression religieuse cesse alors d'être une question d'autonomie individuelle du citoyen-travailleur pour devenir une question dépendant de l'autonomie de l'employeur qui peut et doit s'appuyer sur sa liberté d'entreprise.

Ce constat présente une fâcheuse analogie avec la reconnaissance timide et embryonnaire de la liberté religieuse dans le Traité de paix d'Augsbourg. Dans ce Traité, le célèbre Charles Quint reconnut dans nos régions le principe *Cuius regio, illius religio*. Il ne revenait désormais plus à l'Empereur, mais bien aux autorités séculaires des entités formant le Saint-Empire Romain Germanique, de déterminer la confession chrétienne obligatoire (catholique ou luthérienne) pour leurs sujets de droit. Une telle approche méconnaît par essence que la liberté religieuse d'un adulte n'est pas la prérogative d'un dirigeant, mais bien de l'individu ou du citoyen lui-même. Elle protège le citoyen contre ces dirigeants. Ce sont les dirigeants et non les citoyens qui doivent être neutres.

L'approche suivie par la Cour est en contradiction avec la structure et l'esprit du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. Alors que la liberté d'entreprise n'est certainement pas dénuée de pertinence dans le cadre de certaines politiques de l'Union européenne (troisième partie : Les politiques et actions internes de l'Union), y compris sur le terrain du marché intérieur et à la limite de la Politique sociale, le principe de non-discrimination est développé dans la seconde partie du TFUE (Deuxième partie : Non-discrimination et citoyenneté de l'Union).

Dans les dossiers relatifs à la citoyenneté, la liberté d'entreprise est, à notre avis, un *Fremdkörper*, à moins de considérer que la pensée unique du marché doit coloniser en effet toutes les sphères et toutes les dimensions de notre vie en société. On pensait que les utopies totalitaires étaient passées de mode.

Alors que la liberté d'entreprise a historiquement été délimitée à la relation verticale entre les entreprises et les pouvoirs publics, ce principe est mobilisé, par la faute de la Cour, de manière de plus en plus horizontale contre le droit du travail et contre les travailleurs. L'arrêt *G4S Secure Solutions* radicalise cette démarche en mobilisant la liberté d'entreprise contre la citoyenneté de l'Union Européenne.

*Last but not least*, il convient d'être prudent face au danger d'un effet *spill over* du principe de neutralité. Si on reconnaît le principe de neutralité, on veillera à ce que toutes les convictions (lisez : l'expression de ces convictions) soient bannies. En juger autrement, rendrait possible le constat que la politique de neutralité n'est pas exercée de manière cohérente ou systématique et serait alors structurellement sélective et discriminatoire.

Concernant la liberté syndicale qui n'est pas réglée par la Directive, cela nous mènerait à la conclusion absurde que les travailleurs peuvent éprouver de la sympathie pour le syndicat et payer une cotisation d'adhérent, mais que chaque forme d'action syndicale peut être interdite. Où s'arrête cette neutralité ?

Des travailleurs en chair et en os devront-ils dans le futur se comporter comme des « anges asexués », dénuée d'orientation ou d'identité sexuelle ?

En réalité, l'arrêt rendu dans l'affaire belge souffre d'une contradiction. Il ne s'agit pas, d'une part, de prétendre que l'interdiction de discrimination concerne tant le *forum internum* et le *forum externum*, et d'autre part de juger ensuite admissible que ce *forum externum* doive être délocalisé à l'extérieur des portes de l'entreprise au nom de la liberté d'entreprise.

*Last but not least*, la portée du « contenu essentiel » de l'article 52, premier paragraphe, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne doit être rappelée. Le compromis proposé par la Cour signifie essentiellement qu'une fois franchies les portes de l'entreprise, les travailleurs n'ont plus que le droit de ressentir leurs convictions religieuses *in pectore*. Ce compromis qui réduit ainsi à néant la seule composante importante et pertinente de la liberté religieuse est un compromis qui affecte le contenu essentiel de la liberté religieuse. On ne voit par contre vraiment pas comment la liberté d'entreprise serait impactée dans sa substance même lorsque les travailleurs sont autorisés à porter un foulard qui, en aucune façon, n'empêche l'exécution du travail tel que stipulé dans le contrat.



Les manuscrits soumis pour publication dans la Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale doivent être adressés par courrier électronique ou par voie postale avant le **1<sup>er</sup> février** de chaque année (pour le premier numéro de la Revue) et avant le **1<sup>er</sup> mai** de chaque année (pour le deuxième numéro). Concernant les contributions à la rubrique Actualités Juridiques Internationales, elles doivent être adressées avant le **15 mars** (pour le premier numéro) et le **15 septembre** (pour le troisième numéro).

Les opinions émises dans les articles n'engagent que leurs auteurs. Lorsqu'une traduction est effectuée en langue française, elle l'est sous la responsabilité du Rédacteur en chef et des membres du Comité éditorial.

Tout manuscrit est soumis, sans indication du nom de l'auteur, à deux lecteurs pour évaluation et avis de publication.

Une publication ultérieure dans une autre revue supposerait l'autorisation expresse de la Direction de la revue.



#### CONTACT

COMPTRASEC - UMR 5114

Mme Sandrine LAVIOLETTE

Université de Bordeaux

16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Tél : 33(0)5 56 84 54 74 - Fax : 33(0)5 56 84 85 12

sandrine.laviolette@u-bordeaux.fr

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

# RECOMMANDATIONS AUX AUTEURS

## Manuscrits

L'article doit être soumis de préférence en Français. L'Anglais et l'Espagnol sont également admis.

Les textes devront comporter :

- 40 000 caractères - notes de bas de pages et espaces compris - pour les rubriques « **Études** » et « **Dossier Thématique** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à 30 000 caractères lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol ;
- 7 000 caractères - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Actualités Juridiques Internationales** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation es fixée à 6 000 caractères lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol.

Par ailleurs, les manuscrits destinés aux rubriques « **Études** » ou « **Dossier Thématique** » devront être accompagnés des éléments suivants :

- le titre de l'article ;
- un résumé, en français et en anglais, de 400 caractères chacun ;
- 5 mots clés (en français et en anglais) permettant d'identifier le contenu de l'article ;
- une brève notice bio-bibliographique concernant le ou les auteurs ;
- deux publications au choix ;
- l'adresse postale et électronique de(s) l'auteur(s).



## Notes et références bibliographiques

Les annotations et références bibliographiques des ouvrages et articles cités doivent être intégrées au sein de l'article et placés en notes de bas de page.

Leur présentation sera la suivante :

- Pour un ouvrage : initiale du Prénom Nom, *Titre de l'ouvrage*, lieu, éditeur, « collection », date, p.
- Pour un article de revue : initiale du Prénom Nom, « Titre de l'article », *Titre de la revue*, n°, date, p.
- Pour une contribution dans un ouvrage collectif : initiale du Prénom Nom, « Titre de l'article », in initiale du Prénom Nom (dir.), *Titre de l'ouvrage*, lieu, éditeur, date, p.

2017 72-2 PRINTEMPS SPRING

REVUE TRIMESTRIELLE  
RELATIONS INDUSTRIELLES

RIIR

Revue trimestrielle bilingue publiée  
depuis 1945 par le Département des  
relations industrielles de l'Université Laval

INDUSTRIAL RELATIONS  
QUARTERLY REVIEW

A bilingual quarterly published since  
1945 by the Industrial Relations  
Department, Université Laval

#### ARTICLES

Safety and Multi-employer Worksites  
in High-risk Industries: An Overview

MAGNUS NYGREN, MATS JAKOBSSON, EIRA ANDERSSON  
AND BO JOHANSSON

Gouvernance des régimes complémentaires  
de retraite, relations du travail et conflits  
de rôle : une enquête québécoise

DANIEL COULOMBE, ESTHER DÉOM, FRÉDÉRIC HANIN  
ET ANNETTE HAYDEN

The Predictors of Unmet Demand  
for Unions in Non-Union Workplaces:  
Lessons from Australia

AMANDA PYMAN, JULIAN TEICHER, BRIAN COOPER  
AND PETER HOLLAND

« Leur façon de punir, c'est avec l'horaire ! » :  
Pratiques informelles de conciliation  
travail-famille au sein de commerces  
d'alimentation au Québec

MÉLANIE LEFRANÇOIS, JOHANNE SAINT-CHARLES, SYLVIE FORTIN  
ET CATHERINE DES RIVIÈRES-PIGEON

Individuals' Assessment of Corporate  
Social Performance, Person-Organization  
Values and Goals Fit, Job Satisfaction  
and Turnover Intentions

SARAH HUDSON, DOUGLAS BRYSON AND MARCO MICHELOTTI

Assurer son employabilité militante  
par la mobilisation du capital social : le cas  
des ex-permanents syndicaux lors d'une  
reconversion en dehors de la sphère du syndicat

PAULINE DE BECDELIEVRE ET FRANÇOIS GRIMA

"You've Just Cursed Us":  
Precarity, Austerity and Worker Participation  
in the Non-profit Social Services

IAN CUNNINGHAM, DONNA BAINES AND JOHN SHIELDS

#### RI/IR EN LIGNE

RI/IR est disponible en ligne  
sur le site Érudit :

[www.erudit.org/revue/ri](http://www.erudit.org/revue/ri)

Pour abonnement institutionnel  
contacter Érudit.

Pour consulter les règles de pub  
ou vous abonner,  
visitez notre site Internet :

[www.riir.ulaval.ca](http://www.riir.ulaval.ca)

#### RI/IR ONLINE

RI/IR is available on line on  
Érudit website at:

[www.erudit.org/revue/ri](http://www.erudit.org/revue/ri)

For an institutional subscription  
to digitalized issues,  
please contact Érudit.

Visit our website for Notes to  
contributors or to subscribe:

[www.riir.ulaval.ca](http://www.riir.ulaval.ca)

#### RELATIONS INDUSTRIELLES INDUSTRIAL RELATIONS

Pavillon J.-A.-DeSève  
1025, avenue des Sciences-Humaine  
Bureau 3129, Université Laval  
Québec (Québec) Canada G1V 0A6

TÉLÉPHONE : (418) 656-2468

COURRIEL / E-MAIL :  
[relat.ind@rlt.ulaval.ca](mailto:relat.ind@rlt.ulaval.ca)

[www.riir.ulaval.ca](http://www.riir.ulaval.ca)



# BON DE COMMANDE / ORDER FORM / HOJA DE PEDIDO

## TARIFS 2017

REVUE DE DROIT COMPARÉ  
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE  
(PAPIER) ISSN 2117-4350  
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

**COMPTRASEC** - UMR 5114  
Mme Sandrine Lavolette  
UNIVERSITÉ DE BORDEAUX  
Avenue Léon Duguit - 33608 PESSAC cedex  
Tel. 33(0)5 56 84 54 74  
Fax 33(0)5 56 84 85 12  
Email : revue.comptrasec@u-bordeaux.fr

3 NUMÉROS PAPIERS (FRANCAIS)  
1 NUMÉRO ELECTRONIQUE (ANGLAIS) } PAR AN

**Nom/Name/Nombre:**

**Adresse/Address/Dirección:**

**Code postal/Zip Code/Código postal:**

**Ville/City/Ciudad:**

**Pays/Country/País:**



		PRIX / PRICE / PRECIO
Abonnement Annuel Annual Subscription Suscripción anual	<b>Revue Papier / Print Journal / Revista Impresa</b> (3 n° en français / 3 issues in French / 3 números en francés)	<b>105 €</b>
	<b>Revue électronique / E-Journal / Revista Electrónica</b> (1 n° en anglais / 1 issue in English / 1 número en inglés)	<b>70 €</b>
	<b>Pack Revues papier et électronique / Printed copies &amp; E-journal / revistas impresa y electrónica</b> (3 n° en français & 1 n° en anglais / 3 issues in French & 1 in English / 3 números en francés & 1 en inglés)	<b>145 €</b>
Prix à l'unité Unit Price Precio unitario	<b>Revue Papier / Print Journal / Revista Impresa</b>	<b>40 €</b>
	<b>Revue électronique / E-Journal / Revista Electrónica</b>	<b>70 €</b>
	<b>Article / Journal article / Artículo</b>	<b>6 €</b>
<b>Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envío incluidos</b>		
TVA VAT IVA	<b>Livraison / Delivery / Entrega :</b> 2,10% France / 1,05% DOM & Corse / 0% CEE & hors CEE	<b>TOTAL</b>

### MODE DE RÈGLEMENT / MODE OF PAYMENT / FORMA DE PAGO

PAIEMENT EN LIGNE / ONLINE PAYMENT / PAGO EN LINEA  
(Carte de crédit - Credit card - Tarjeta de crédito)

CHÈQUE / CHECK  
À libeller à l'ordre de / Make out to / A la orden de  
Monsieur l'Agent comptable de l'Université de Bordeaux

**NB : Le paiement en ligne est à privilégier.**

Online payment si preferred / El pago en linea se prefiere

Préciser ici les numéros de la Revue qui vous intéressent ou l'année à partir de laquelle vous souhaitez souscrire un abonnement / Please mention here the issues you are interested in / Por favor, especifique aqui los numeros de la revista que desea :

Pour souscrire un abonnement permanent (renouvellement annuel automatique), cocher la case ci-dessous

**ABONNEMENT PERMANENT**  
PERMANENT SUBSCRIPTION  
SUSCRIPCIÓN PERMANENTE

DATE : .....

SIGNATURE :



Achévé d'imprimer par  
Imprimerie de l'Université de Bordeaux  
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Dépôt légal : Septembre 2017

