

---

## La religion et le travail au milieu du gué européen : sur la méthode juridico-politique des avocats généraux près la CJUE

Fleur Laronze et Mélanie Schmitt

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/870>

DOI : 10.4000/rdr.870

ISSN : 2534-7462

### Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

### Édition imprimée

Date de publication : 3 mai 2017

Pagination : 125-137

ISBN : 978-2-86820-973-3

ISSN : 2493-8637

### Référence électronique

Fleur Laronze et Mélanie Schmitt, « La religion et le travail au milieu du gué européen : sur la méthode juridico-politique des avocats généraux près la CJUE », *Revue du droit des religions* [En ligne], 3 | 2017, mis en ligne le 14 mai 2020, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/870> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdr.870>

---



La *revue du droit des religions* est mise à disposition selon les termes de la Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0.

# LA RELIGION ET LE TRAVAIL AU MILIEU DU GUÉ EUROPÉEN : SUR LA MÉTHODE JURIDICO- POLITIQUE DES AVOCATS GÉNÉRAUX PRÈS LA CJUE

**Fleur LARONZE et Mélanie SCHMITT**

Université de Strasbourg / CNRS, Droit, Religion, Entreprise et Société (DRES)

## RÉSUMÉ

Deux renvois préjudiciels fournissent à la CJUE l'occasion de se prononcer, par le prisme de l'interdiction des discriminations par la directive 2000/78, sur le degré de protection de la liberté de religion du salarié face à la liberté d'entreprendre de l'employeur. L'analyse développée dans l'article porte sur les conclusions présentées par les avocats généraux Kokott et Sharpston respectivement en mai et juillet 2016. Elle tend à montrer comment, tant la (re) formulation des questions préjudicielles que les solutions suggérées tentent d'orienter la CJUE dans deux voies opposées. Guidée par une logique (néo) libérale, la première propose un assouplissement des contraintes antidiscriminatoires, tandis que la seconde repose sur une approche centrée sur les droits de l'homme.

## ABSTRACT

The CJEU has been asked to make two preliminary rulings designed to clarify prohibition under EU law (Directive No 2000/78) of discrimination on the ground of religion at work and, in doing so, to determine the level of protection of the exercise of workers' religious freedom. This article provides an analysis of the opinions delivered by Advocates General Kokott and Sharpston in May and July 2016. In the authors' view, the (re) wording of the questions, as well as the solutions suggested propose two opposite directions to the CJEU: on the one hand, a neoliberal approach, which tends to alleviate anti-discrimination requirements, and on the other a human rights-based approach.

Saisie de deux renvois préjudiciels en interprétation par les Cours de cassation belge<sup>1</sup> et française<sup>2</sup>, relativement similaires<sup>3</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est appelée à préciser pour la première fois l'interprétation des dispositions de la directive de l'Union européenne 2000/78<sup>4</sup> relatives à l'interdiction des discriminations fondées sur la religion dans le cadre du travail.

Dans les deux affaires, il s'agit de savoir si une restriction au port de tenues ou signes liés aux convictions religieuses sur le lieu de travail s'analyse comme une discrimination prohibée ou, au contraire, si elle est admise par la législation antidiscrimination de l'UE. Comme dans les arrêts *Baby Loup*, sont néanmoins posées, en creux, la question de l'exercice de la liberté de religion par les salariés et celle, corollaire, de l'articulation de ces deux éléments fondamentaux<sup>5</sup> : sont-ils mis en tension, en hiérarchie, ou se renforcent-ils mutuellement ? Le nouvel article L. 1321-2-1 du Code du travail<sup>6</sup>, issu de la loi du 8 août 2016, dite « Loi travail », prolonge ce questionnement en se plaçant sur le terrain des restrictions possibles à la manifestation des convictions, tout en s'éloignant du régime juridique de la discrimination directe qu'il vise pourtant implicitement.

Le caractère discriminatoire ou non des interdictions en cause dépendra des règles de l'UE applicables, lesquelles seront déterminées en fonction de la qualification juridique qui sera retenue. Les deux avocats généraux, Mme Kokott (affaire belge *Samira Achbita*) et Mme Sharpston (affaire française *Asma Bougnaoui*) proposent des solutions différentes (2) reposant sur deux manières opposées de traiter le problème formulé par les juridictions de renvoi (1).

---

1. Aff. C-157/15, *Samira Achbita*, conclusions de l'avocat général J. Kokott présentées le 31 mai 2016.

2. Aff. C-188/15, *Asma Bougnaoui*, conclusions de l'avocat général E. Sharpston présentées le 13 juillet 2016.

3. Concl. Kokott, préc., § 5.

4. Dir. 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.

5. Sur cette articulation, V. TEBBES N., *Religion and Equality Law*, Farnham, Ashgate, 2013.

6. « Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché. »

## 1. LE PROBLÈME DE DROIT : DE LA QUESTION FORMULÉE À LA PROPOSITION ORIENTÉE

### 1.1. LES QUESTIONS PRÉJUDICIELLES : L'INFLUENCE DU CONTEXTE SOCIOPOLITIQUE

Exprimées dans un langage politico-juridique, les questions peuvent dénoter tout à la fois l'embarras des juges internes d'appréhender ce qui constitue désormais une délicate controverse, mais également leur volonté maladroite d'orienter la réponse de la CJUE. La formulation de la question préjudicielle a une incidence sur le positionnement susceptible d'être emprunté par les juges de Luxembourg. En vertu de la règle de l'*ultra petita*, le fondement juridique sur lequel s'appuie une demande délimite l'office du juge. De la même façon, la CJUE ne peut fixer l'interprétation d'une norme de l'UE qu'en réponse à une question répondant aux critères énoncés dans le règlement de la Cour.

La Cour de cassation belge a posé la question suivante : « L'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78/CE [...] doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard en tant que musulmane sur le lieu de travail ne constitue pas une discrimination directe lorsque la règle en vigueur chez l'employeur interdit à tous les travailleurs de porter sur le lieu de travail des signes extérieurs de convictions politiques, philosophiques ou religieuses ? ». Cette question est, à plusieurs titres, critiquable dans sa seule formulation. Elle introduit ainsi plusieurs biais dans la (re)présentation des faits de l'espèce. Reposant sur une formule négative (« ne constitue pas une discrimination directe »), elle suggère une réponse fermée. Sur le plan juridique, le choix de la négation laisse entrevoir deux perspectives de réponse, contrairement à ce qu'envisage l'avocat général Kokott<sup>7</sup> : l'interdiction de porter le foulard islamique peut constituer soit une discrimination *indirecte*, soit une discrimination directe « rachetée », c'est-à-dire une mesure reposant certes directement sur la religion mais justifiée. Implicitement mais sûrement, c'est bien la justification de la différence de traitement qui se trouvera au cœur de la réponse de la Cour.

Ensuite, il est fait mention d'une règle en vigueur au sein de l'entreprise, alors que la salariée a été licenciée par l'employeur sur le fondement d'une décision unilatérale prise à son encontre, le 12 juin 2016. Le règlement du travail comprendra, le lendemain de la décision de licenciement, autrement

---

7. Concl. Kokott, § 26.

dit le 13 juin, la règle selon laquelle « il est 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 »<sup>8</sup>. Il peut sembler anachronique de solliciter l'application d'une règle<sup>9</sup> qui n'a pas été mobilisée par une éventuelle victime, même si l'existence d'une victime identifiée ne conditionne pas la validité de l'action en contestation du dispositif<sup>10</sup>. Néanmoins, dans l'analyse des circonstances de l'affaire, il n'est pas anodin de retenir le caractère discrétionnaire, voire arbitraire, de la décision de l'employeur qui n'invoque pas l'application d'une norme collective adoptée antérieurement, ni une obligation contractuelle que la salariée n'aurait pas respectée.

Par ailleurs, la question introduit dans les débats les convictions politiques et philosophiques en sus des convictions religieuses. Argutie juridique ou stratégie d'évitement, la frilosité à évoquer frontalement la religion révèle l'hypocrisie de l'analyse. Non seulement ces convictions ne doivent pas être confondues avec la religion (confusion opérée également par l'article 2 de la « Loi travail »), mais de plus la distinction entre la liberté de pensée ou de conviction et la liberté d'exercice ou de manifestation de sa conviction doit être clairement opérée de sorte que l'analyse développée confine au sophisme<sup>11</sup>. Ainsi, l'avocat général Kokott considère que le règlement de travail « ne se borne pas à interdire le port de signes visibles de convictions religieuses mais interdit expressément aussi, dans le même temps, le port de signes visibles de convictions politiques ou philosophiques » de sorte que « ce règlement de travail met (donc) en œuvre dans l'entreprise une politique générale et totalement indiscriminée de neutralité en matière de religion et de convictions »<sup>12</sup>. Or, si une règle peut interdire un ensemble de comportements, elle n'en est pas pour autant légitime sous prétexte que tous les comportements identiques ou similaires sont concernés.

S'agissant de la question posée par la Cour de cassation française<sup>13</sup>, des critiques peuvent également être soulevées. La question est la suivante : « Les dispositions de l'article 4 § 1 de la directive 2000/78/CE [...] doivent-elles

---

8. Rappelé dans les conclusions de J. Kokott, § 17.

9. L'avocat général Kokott centre son analyse sur ce règlement et encourage la Cour à faire de même (§ 67).

10. CJCE, 10 juill. 2008, n° C-54/07, *Feryn*.

11. V. HENNETTE-VAUCHEZ S., WOLMARK C., « Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocate générale dans l'affaire sur le port du voile au travail, CJUE, *Achbita*, aff. C. 157-15 », *SSL*, n° 1728, 2016, p. 5.

12. Concl. Kokott, § 51.

13. Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-19.855.

être interprétées en ce sens que constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de services informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique ? ».

La question oriente le sens de la réponse, puisqu'il s'agit de s'interroger sur la justification de la différence de traitement et non de préciser l'existence ou non d'une discrimination. La différence de traitement ne paraît faire aucun doute dans l'esprit du juge français. En outre, l'argument économique convoqué se fait l'écho de la logique utilitariste animant les choix de politiques économiques réalisés ces dernières années. L'orientation de la solution est ici manifeste. En invoquant l'activité professionnelle ou les conditions de son exercice, la liberté d'entreprendre et l'image de l'entreprise constitueraient un objectif légitime justifiant la différence de traitement fondée sur la religion.

## 1.2. LES PROPOSITIONS DES AVOCATS GÉNÉRAUX : DES APPROCHES JURIDICO-POLITIQUES DIFFÉRENCIÉES

Les avocats généraux J. Kokott et E. Sharpston, au regard respectivement des questions posées, ont adapté leur argumentation afin d'orienter le débat judiciaire.

Mme Kokott évoque « le contexte politique et social actuel, qui voit l'Europe confrontée à un afflux absolument sans précédent de migrants provenant de pays tiers et dans lequel les moyens de parvenir à une intégration réussie des personnes issues de l'immigration sont âprement débattus »<sup>14</sup>. Développant son raisonnement sur l'existence d'une justification de la différence de traitement à partir de la religion musulmane, elle considère ensuite que l'interdiction litigieuse, en l'espèce, ne correspond pas à « une mesure dirigée spécifiquement contre les travailleurs de religion musulmane, ni spécifiquement contre les travailleuses de cette appartenance religieuse »<sup>15</sup>. L'incohérence du propos sur le plan juridique (soulignée par le sophisme précédemment relevé) est renforcée par la dimension politique dont est empreint l'ensemble des arguments avancés. Le positionnement politique de Mme Kokott oriente le raisonnement juridique qu'elle mène pour finalement valider l'interdiction du port de tenues liées à la religion.

---

14. Concl. Kokott, § 2.

15. Concl. Kokott, § 49.

Les conclusions de l'avocat général Kokott contrastent avec celles de l'avocat général Sharpston qui ne se place que sur le terrain du droit. Lorsque cette dernière généralise la question posée en ce qu'elle ne concerne pas la seule religion islamique ni les seules personnes de sexe féminin<sup>16</sup>, l'objectivité scientifique donne une assise plus solide à sa démonstration, puisqu'il s'agit de tenir compte de toutes les manifestations de la liberté de religion et de les protéger en tant que telles.

À l'inverse de l'avocat général Kokott, Mme Sharpston rappelle le cadre juridique et identifie, au premier chef, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, article 9 et article 14). Par ce préambule, elle fait le choix d'apolitiser les débats et de conférer une teneur juridique au discours relatif à la place de la religion dans l'entreprise. Son analyse permet de prendre en considération de manière relative l'exercice de la liberté de religion et l'impact des décisions de l'entreprise<sup>17</sup>. Ainsi, l'avocat général Sharpston évoque la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en rappelant que « le respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public. La Cour est consciente de ce que le vêtement en cause est perçu comme étrange par beaucoup de ceux qui l'observent. Elle souligne toutefois que, dans sa différence, il est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit »<sup>18</sup>. Au contraire de l'avocat général Kokott qui considère la religion comme une décision subjective, réversible à la différence du sexe, de l'âge ou de l'orientation sexuelle<sup>19</sup>.

Il est intéressant de noter que Mme Sharpston relève elle-même l'orientation de la solution résultant de la formulation de la question, à travers la différence sémantique entre les termes « foulard » et « voile »<sup>20</sup>. Elle choisit d'unifier le vocabulaire en retenant le terme de « foulard » qui est un vêtement alors que le vocable « voile », plus connoté, est une matière textile évoquant la religion islamique.

---

16. Concl. Sharpston, § 30.

17. Concl. Sharpston, § 29.

18. Concl. Sharpston, § 54, citant l'arrêt de la CEDH, Gde ch., 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 43835/11, *S.A.S. c/ France*, § 120.

19. Concl. Kokott, § 45 ; V. *infra* 2.

20. Concl. Sharpston, § 78. Rappelant que « la formule de la question et le contexte du litige au principal soulèvent un certain nombre de questions » (§ 77).

## 2. LES SOLUTIONS : DE LA DISCRIMINATION QUALIFIÉE À L'INFLUENCE NORMATIVE RECHERCHÉE

### 2.1. LA CENTRALITÉ DE L'OPÉRATION DE QUALIFICATION

L'interdiction des discriminations obéit, en droit de l'Union européenne, à un régime juridique spécifique reposant sur la *summa divisio* discrimination directe/discrimination indirecte. Cette distinction est déterminante car les possibilités de justifier une différence de traitement sont beaucoup plus ouvertes lorsque celle-ci est liée indirectement à un critère discriminatoire. Alors que « la 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 »<sup>21</sup>, une discrimination indirecte est caractérisée « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions [...] donné[e]s, par rapport à d'autres personnes », à moins que « cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires »<sup>22</sup>.

Mme Kokott envisage la caractérisation de la discrimination directe et de la discrimination indirecte, en conformité avec la question posée. Mais, l'orientation est prise dans l'analyse des faits en vue d'évincer la connotation religieuse de l'affaire et de justifier la discrimination éventuelle.

Mme Kokott s'écarte d'abord de la jurisprudence de la CJUE qui retient une interprétation large de la discrimination directe comme englobant toute mesure liée indissociablement à un critère discriminatoire. Elle retient le fait que d'autres critères discriminatoires sont mentionnés, ce qui, pour elle, exclut la qualification de discrimination directe. En outre, elle établit une distinction critiquable entre les critères qui ont donné lieu à la jurisprudence de la Cour – le sexe, l'âge, l'origine ethnique – et les convictions : « il s'agissait [...] toujours de particularités physiques inséparables de la personne ou de caractéristiques liées à la personne [...], et non de comportements reposant sur une décision ou une conviction subjective comme, en l'espèce, le fait de porter ou ne pas porter un couvre-chef »<sup>23</sup>. Ce faisant, elle établit une hiérarchie entre les critères qui n'est absolument pas fondée en droit

---

21. Dir. 2000/78, art. 2 § 2, a).

22. Dir. 2000/78, art. 2 § 2, b).

23. Concl. Kokott, § 45.



et méconnaît, en outre, le rôle des convictions pour la constitution de la personne elle-même.

Retenant néanmoins une potentielle discrimination *indirecte*, l'avocat général Kokott estime que, en vertu de l'article 4 § 1 de la directive, l'interdiction du port de tenues vestimentaires peut constituer « une exigence professionnelle essentielle et déterminante » justifiant une différence de traitement fondée sur un critère discriminatoire tel que, en l'espèce, la religion. Elle considère même que « la quintessence de cette disposition est tout simplement de permettre la justification d'une inégalité de traitement par des motifs économiques (plus précisément des motifs commerciaux) ». Il relèverait alors de l'entreprise d'« opter pour une politique de stricte neutralité en matière de religion et de convictions et, pour réaliser cette image de marque, imposer à son personnel dans le cadre des exigences professionnelles, d'afficher une apparence neutre au travail »<sup>24</sup>. En outre, la liberté d'entreprendre justifierait la décision de l'entrepreneur d'imposer un code vestimentaire déterminé<sup>25</sup>. Quant à l'objectif poursuivi qui doit être légitime et proportionné, il apparaîtrait « pleinement légitime pour une entreprise d'ériger le respect de ces attentes de sa clientèle en condition d'exercice de l'activité de ses travailleurs ». Au soutien de cette assertion, est avancé que « tout client est parfaitement en droit d'exiger d'être servi sans discrimination ainsi que de manière aimable et dans le respect des formes élémentaires de la politesse ». De plus, l'avocat général Kokott insiste sur le fait que l'interdiction litigieuse est la mesure la plus appropriée pour mettre en œuvre la politique de neutralité souhaitée.

Les conclusions de Mme Sharpston prennent méthodiquement le contrepied du raisonnement de Mme Kokott et proposent une lecture plus fidèle de la directive 2000/78<sup>26</sup>. L'avocat général Sharpston insiste sur l'importance et la portée du principe de non-discrimination telles qu'elles résultent de la directive 2000/78, de la jurisprudence de la CJUE et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (article 21). Il en découlerait que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion et les convictions constitue un « principe général du droit de l'Union concrétisé par la directive 2000/78 »<sup>27</sup>. Prenant

---

24. Concl. Kokott, § 76.

25. Concl. Kokott, § 81.

26. LAULOM S., « Pour une interprétation plus fidèle de la directive 2000/78. Les conclusions de l'avocate générale dans l'affaire française sur le port du voile au travail », *SSL*, n° 1733, 2016, p. 10. *Adde* MOIZARD N., « Les toges européennes se déchirent sur le voile au travail », *RDT* 2016, p. 569.

27. Concl. Sharpston, § 62.

comme modèle la solution jurisprudentielle relative à l'interdiction des discriminations liées à l'âge, Mme Sharpston souhaite ainsi lui conférer un effet direct vertical et horizontal, permettant à tout travailleur du secteur public comme du secteur privé d'invoquer devant le juge national les dispositions de la directive 2000/78 à l'encontre de son employeur et obligeant le juge national à appliquer la jurisprudence de la CJUE.

Mme Sharpston se prononce en faveur d'une discrimination directe, en appliquant l'analyse littérale de la définition retenue par ailleurs<sup>28</sup> par la CJUE<sup>29</sup>. La lettre de licenciement mentionnait le critère religieux de sorte que la qualification de discrimination directe ne posait guère de difficulté. L'avocat général Sharpston rejette aussi catégoriquement l'idée de Mme Kokott selon laquelle les convictions, parce que subjectives, peuvent être moins protégées par la législation antidiscrimination. Elle « souligne que, pour l'adepte pratiquant d'une religion, son identité religieuse fait partie intégrante de son être même [...] on aurait tort de supposer que, en quelque sorte, tandis que le sexe ou la couleur de peau suivent une personne partout, la religion ne le ferait pas »<sup>30</sup>. Si la Cour de cassation française retient bien la qualification de discrimination directe, plus généralement, de l'interdiction du port du voile<sup>31</sup>, il n'est pas certain qu'elle soit insensible à une telle différenciation dans l'appréhension des critères de discrimination<sup>32</sup>.

Sur la justification éventuelle au regard de l'article 4 § 1 de la directive 2000/78, Mme Sharpston rappelle que cette disposition est d'interprétation stricte, comme toute dérogation au principe de non-discrimination, et que sa mise en œuvre doit être prévue par la législation nationale<sup>33</sup>. En l'occurrence, elle ne peut que présumer que l'article L. 1133-1 du Code du travail, mentionné par la Cour de cassation dans sa décision de renvoi, réalise cette mise en œuvre<sup>34</sup>. Notons que le nouvel article L. 1321-2-1 ne manquera pas de susciter des difficultés supplémentaires à cet égard. En autorisant les employeurs à insérer dans le règlement intérieur des « dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions

28. CJCE, 17 juill. 2008, n° C-303/06, *Coleman*.

29. Concl. Sharpston, § 88.

30. Concl. Sharpston, § 118.

31. HUGLO J.-G., « Le point sur la jurisprudence française et européenne », *SSL*, n° 1733, 2016, p. 4.

32. *Ibid.* : « Contrairement à un voile ou tout autre signe religieux que l'on peut matériellement arrêter de porter facilement, tel n'est pas le cas d'une couleur de peau ou d'une orientation sexuelle ».

33. Selon CJUE, 13 sept. 2011, n° C-447/09, *Prigge e.a.*, §§ 46 et 59.

34. Concl. Sharpston, § 91.

des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché », le législateur pose les conditions de validité de la différence de traitement directe que produira ce type de clauses. Or, ces conditions et, tout particulièrement, l'objectif lié au fonctionnement de l'entreprise, s'écartent de celles prévues par la directive 2000/78.

L'avocat général Sharpston souligne ensuite « le caractère limité de la dérogation [qui] se reflète dans la formulation de l'article 4, paragraphe 1 », de sorte que cette dérogation doit être « limitée à des éléments qui sont absolument nécessaires pour exercer l'activité professionnelle en question »<sup>35</sup>. Elle réfute l'analyse selon laquelle l'intérêt commercial de l'entreprise dans ses relations avec la clientèle pourrait constituer une telle exigence justifiant une différence de traitement, ce d'autant qu'est en cause une différence directement fondée sur la religion. Aucune autre disposition de la directive ne peut être mobilisée au soutien de cette analyse, ni même la liberté d'entreprendre telle que consacrée par la Charte des droits fondamentaux.

À titre subsidiaire, Mme Sharpston examine la qualification de discrimination indirecte, mais l'on voit nettement qu'elle ne conçoit pas réellement l'application de cette catégorie en l'espèce<sup>36</sup>. Néanmoins, elle considère que l'intérêt commercial de l'employeur constitue un objectif légitime pouvant « disqualifier » au sens de l'article 2 § 2 sous b) une discrimination indirecte.

Finalement la question se résout au travers de l'« équation de la proportionnalité »<sup>37</sup> et, plus précisément, du poids que donne chaque avocat général à la liberté d'entreprendre de l'employeur face à la liberté du salarié de manifester ses convictions. Alors que Mme Kokott fait prévaloir la liberté d'entreprendre, dans le droit fil de la jurisprudence récente de la CJUE<sup>38</sup>, l'avocat général Sharpston promeut une approche humaine<sup>39</sup> fondée sur les valeurs de dignité et d'autonomie qui sont au cœur du droit de la non-discrimination. Mme Sharpston admet sans difficulté que l'employeur puisse imposer certaines restrictions à la liberté de porter des vêtements ou des signes religieux, mais identifie clairement la limite qui, selon elle, ne saurait

---

35. *Ibid.*, § 96.

36. *Ibid.*, § 110.

37. VICKERS L., *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Oxford, Hart, 2008, p. 54.

38. V. CJUE, 18 juill. 2013, n° C-426/11, *Alemo-Herron e.a.*

39. FERREIRA N. and KOSTAKOPOULOU D., *The Human Face of the European Union. Are EU Law and Policy Humane Enough ?*, Cambridge University Press, 2016.

être franchie : la contrainte imposée par l'employeur « ne pourra cependant pas porter atteinte à un aspect de la pratique religieuse que le travailleur considère comme essentiel »<sup>40</sup>. Sa position est claire : lorsqu'aucune solution acceptable par les deux parties n'a pu être trouvée, « [e]n dernier recours, l'intérêt de l'entreprise à produire un profit maximal devrait alors [...] s'effacer devant le droit du travailleur à manifester ses convictions religieuses »<sup>41</sup>. Et, puisque l'évidence est ignorée par Mme Kokott, Mme Sharpston rappelle qu'une préférence exprimée par les clients de l'entreprise, elle-même fondée sur des stéréotypes relatifs à une religion, ne saurait ôter à une différence de traitement son caractère discriminatoire. Elle le renforce bien au contraire.

Une autre différence fondamentale dans le raisonnement des deux avocats généraux est l'articulation divergente qu'elles proposent entre la liberté de religion et l'interdiction des discriminations, posant ainsi la question cruciale de l'internormativité entre le droit de l'UE et la CEDH.

## 2.2. L'INTERNORMATIVITÉ ENTRE LE DROIT DE L'UE ET LE DROIT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Il n'est guère étonnant que les deux avocats généraux se réfèrent abondamment à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 9 CEDH, tant pour définir la religion que pour déterminer les limites admissibles (non-discriminatoires) à la manifestation des convictions religieuses au travail. Mme Sharpston, particulièrement, produit un condensé éclairant des décisions pertinentes de la Cour de Strasbourg. Les droits et libertés garantis par la Convention sont en effet érigés au rang de principes généraux du droit de l'Union (article 6 du traité sur l'Union européenne) dont la CJUE assure le respect et ont inspiré la rédaction d'articles « correspondants » au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Ainsi, l'article 10 de cette charte a-t-il le même sens et la même portée que l'article 9 CEDH<sup>42</sup>. Quant à l'article 21 de la charte, il s'inspire notamment de l'article 14 CEDH prohibant les discriminations dans la jouissance des droits de la Convention et, « pour autant qu'il coïncide avec l'article 14 de la CEDH, il s'applique conformément à celui-ci »<sup>43</sup>.

---

40. Concl. Sharpston, § 128.

41. Concl. Sharpston, § 133.

42. Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* C 303, 14 déc. 2007, explication ad article 10.

43. Explications relatives à la Charte, préc., explication ad article 21.

C'est ainsi que Mme Kokott reprend le raisonnement de la Cour de Strasbourg afin de conférer une assise solide à l'admission de la différence de traitement dans l'affaire belge. Ce faisant, elle duplique l'approche de la Cour EDH basée sur les restrictions à la liberté de religion et met à l'écart l'approche, pourtant classique en droit de l'UE, en matière d'interdiction des discriminations. Or, comme le souligne fort justement Mme Sharpston, il ne saurait être question d'appliquer purement et simplement la jurisprudence de Strasbourg. En effet, si le mécanisme des « droits correspondants » inscrit à l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE impose à la CJUE d'interpréter les droits de cette charte conformément aux droits correspondants de la CEDH, c'est sous réserve toutefois que le droit de l'UE n'accorde pas « une protection plus étendue que celle de la CEDH »<sup>44</sup>.

La distinction entre discriminations directe et indirecte révèle, à nouveau, son caractère décisif. Les exigences de justification propres à disqualifier une discrimination directe sont ainsi très élevées en droit de l'UE, offrant aux salariés une protection très élevée, plus étendue que celle découlant de la CEDH. En revanche, en matière de discrimination indirecte, la différence des deux approches n'est plus pertinente puisque, en abordant la question sous l'angle des restrictions pouvant affecter l'exercice de la liberté de religion, la Cour EDH laisse une marge de manœuvre importante aux entreprises et aux États responsables du comportement des entreprises (par la doctrine des « obligations positives »). La jurisprudence de la CJUE s'avère très semblable, au vu des nombreuses possibilités de justification prévues par la directive 2000/78 et qu'elle interprète de manière très compréhensive.

*In fine*, le test de proportionnalité<sup>45</sup> favorise l'internormativité. À propos d'une éventuelle discrimination indirecte, les avocats généraux s'entendent ainsi pour appliquer la méthode de résolution des conflits de droits privilégiée par la Cour européenne des droits de l'homme : « Il convient de 'trouver un juste équilibre entre les différents intérêts en présence' »<sup>46</sup>. S'il en va de même en matière de discrimination directe, il reste que le contrôle se fait plus ou moins rigoureusement et tous les intérêts en présence n'ont pas la même valeur. C'est précisément cette dimension axiologique qui permet à Mme Sharpston de faire prévaloir la liberté fondamentale dont jouissent les

---

44. Art. 52 § 3 de la Charte de l'UE.

45. Sur l'importance du principe pour le système conventionnel, V. VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, FUSL, 2002.

46. Concl. Sharpston § 121, qui cite les concl. Kokott.

êtres humains et qui participe de leur dignité<sup>47</sup>. Se trouvant au fondement de l'interdiction des discriminations, l'égalité des personnes est également consacrée par la CEDH, mais l'interdiction des discriminations inscrite au sein de son article 14 n'ayant pas de vie autonome, elle n'a que peu influé sur la construction de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de liberté de religion. Sans aucun doute, la prise de position prochaine de la CJUE sur l'interdiction des discriminations liées à la religion au travail fournira au juge des droits de l'homme un point d'appui pour développer cet autre aspect de la protection de la liberté de religion.

---

47. Sur la fonction de la dignité dans la détermination du droit et de ses finalités, V. OST F., *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, spéc. p. 294 et s.