

Analyse des arrêts de la CJUE et de la CEDH en matière de discrimination

Les arrêts Parris (C-443/15), Taddeucci (req. n° 51362/09), Achbita (C-157/15) et Bougnaoui (C-188/15)

Mémoire réalisé par
Nicea Collette

Promoteur(s)
Denis Martin

Année académique 2016-2017
Master de spécialisation en droit européen

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

I. Introduction

Dans le cadre du travail de fin d'étude du master de spécialisation en droit européen, il nous a été demandé d'analyser quatre arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en matière de discrimination.

En effet, il est constant que les deux Cours précitées mélangent le principe de discrimination, le principe d'égalité de traitement et le principe d'égalité. Alors que le principe de discrimination requiert un traitement différent entre deux groupes dans une situation comparable fondé sur un motif expressément prohibé, le principe d'égalité de traitement ne requiert qu'un seul groupe au sein duquel un traitement différent est infligé à certaines personnes et pas à d'autres, et ce, quel que soit le motif. Le principe d'égalité, quant à lui, requiert également un traitement différent entre deux groupes dans une situation comparable mais il peut être fondé sur n'importe quel motif. De plus, il est également constant que les Cours se contredisent entre elles, mais également contredisent leur propre jurisprudence.

Les arrêts analysés dans ce mémoire ne respectent pas toujours les définitions de ces différents principes et en mélangent souvent les termes. L'exercice a été de déceler les erreurs qui y sont commises ainsi que de fournir un raisonnement juridique permettant de parvenir à un jugement en accord avec ces principes.

Les deux premiers arrêts Parris (C-443/15) et Tadeucci (req. n° 51362/09) venant chacun d'une Cour différente concernent la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et les deux arrêts suivants sont Achbita (C-157/15) et Bougnaoui (C-188/15) tous deux de la CJUE concernent la discrimination fondée sur la religion.

II. Arrêt C-443/15 David L. Parris c. Trinity College Dublin e.a.

A. Résumé des faits

M. Parris est affilié au régime de prévoyance professionnel auprès de son ancien employeur le Trinity College Dublin qui prévoit une indemnité pour le conjoint survivant ou le partenaire enregistré survivant à la condition que le mariage ou le partenariat ait été conclu avant le soixantième anniversaire de l'employé. M. Parris, ayant contracté son partenariat trop tard, se voit refuser cette indemnité. Il rétorque qu'en raison de la situation juridique en Irlande, il ne lui a pas été possible de se marier avec une personne de même sexe, ni de conclure un partenariat enregistré avant son 60^{ème} anniversaire et estime être victime d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et/ou sur l'âge.

B. Question juridique

La question qui se pose est de savoir si le fait d'octroyer une indemnité de survie uniquement au conjoint ou au partenaire de l'affilié dont le mariage ou le partenariat a été conclu avant les 60 ans de ce dernier constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et/ou sur l'âge vu l'impossibilité pour certaines personnes homosexuelles de conclure un partenariat avant leur soixantième année ?

C. Analyse juridique

a. Champ d'application

Dans un premier temps, la Cour affirme que la réglementation nationale relève du champ d'application de la directive 2000/78. Cette première analyse est importante car elle ne peut juger une discrimination que si l'on est dans une situation régie par le droit européen. Dans le cas de l'affaire Parris, elle affirme donc bien que la prestation de survie en cause au principal découle de la relation de travail conclue entre M. Parris et son employeur et qu'elle doit être qualifiée de « rémunération » au sens de l'article 157 TFUE.

Il est également important de préciser comme l'a fait l'Avocat général au point 42 de ses conclusions que « (...) la directive 2000/78 est applicable dans des cas de régimes de pensions professionnels et de pensions de survie où les droits y afférents – semblablement à la présente affaire – avaient été accumulés bien avant l'entrée en vigueur de la directive et où les éventuelles cotisations ou périodes de référence dataient également d'avant l'entrée en vigueur de la directive. ». Le fait que les droits à pension de M. Parris reposent intégralement sur des périodes de service antérieurs à l'entrée en vigueur de la directive 2000/78 est donc couvert par la directive en question.

b. Définition des principes

Dans un second temps elle poursuit son analyse en examinant s'il existe une discrimination sur base de la définition à l'article 2 de la directive précitée qui précise qu'on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs énoncés à l'article 1^{er} de la même directive.

Une première remarque à faire ici est le mélange des concepts d'égalité de traitement et de discrimination. La Cour a souvent affirmé que les deux principes étaient identiques¹ et les définit de la manière suivante : « Selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination exige que des situations comparables ne soient traitées de manière différente et

¹ C.J.C.E., 27 janvier 2005, *Europe Chemi-Con/Conseil*, C-422/02 P, point 33.

que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié. »².

Cependant, cette jurisprudence est incorrecte, la discrimination n'est pas l'égalité de traitement tel que le démontre l'arrêt Bliss³. Madame Bliss se plaignant de ne pas percevoir d'assurance-chômage durant sa grossesse alors qu'un homme malade y aurait eu droit, s'estimait victime d'une discrimination fondée sur le sexe. La Cour rejeta son recours au motif que toutes les femmes enceintes subissaient le même traitement et qu'il n'y avait pas de violation du principe d'égalité de traitement. Cependant, la requérante se plaignant d'une discrimination fondée sur le sexe, la Cour ne devait pas se prononcer sur le respect du principe d'égalité de traitement qui s'applique au sein d'un seul et même groupe là où la discrimination exige d'identifier un critère de différenciation prohibé spécifiquement par le droit entre deux groupes en situation comparable.⁴

Une deuxième remarque concerne la séparation du principe de discrimination en discrimination directe et indirecte. La poursuite de l'article définit ces deux concepts :

- Une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable que ne l'est une autre personne se trouvant dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} de la directive 2000/78 ;
- Une discrimination indirecte se produit 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, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

L'importance de cette différenciation tient au fait qu'une discrimination directe ne sera pas justifiée de la même manière qu'une discrimination indirecte.

Partant de ces définitions, il est nécessaire d'analyser ces critères pour déterminer s'il existe ou non une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et/ou sur l'âge tel que soulevé par le Labour Court.

² C.J.C.E., 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA*, C-344/04, point 95.

³ Arrêt de la Cour suprême du Canada de 1979, *Bliss*, 1 R.C.S. 183.

⁴ Denis MARTIN, « Sur la discrimination et la hiérarchie entre les discriminations dans le droit de l'Union : Pérégrinations autour d'un concept mystérieux. », *CeDIE*, 2012/5, 16 mai 2012, p. 10.

c. Examen de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

1. Deux groupes distincts dans une situation comparable

Si l'on reprend les critères nécessaires pour être en présence d'une discrimination, il faut en premier lieu définir les deux groupes en situation comparable et subissant un traitement différent. Pour y arriver il faut se demander qui est la personne subissant le traitement défavorable afin de pouvoir déterminer le premier groupe et ensuite analyser qui est la personne qui subit le traitement favorable souhaité par le premier groupe pour déterminer le deuxième groupe.

Au paragraphe 50, la Cour semble identifier le groupe des partenaires enregistrés comme les personnes discriminées et les conjoints survivants comme les personnes bénéficiant d'un traitement favorable. Deux remarques peuvent être faites à ce stade de l'analyse; Premièrement, dans l'affaire en question, il s'agit de M. Parris et non son partenaire qui se plaint de discrimination du fait qu'il ne peut prendre les dispositions adéquates pour assurer l'avenir de ce dernier après sa mort et deuxièmement, le traitement défavorable de la réglementation nationale peut être subit autant par les homosexuels que par les hétérosexuels vu qu'il s'agit de toute personne ayant conclu un mariage ou un partenariat après ses 60 ans.

Concernant la première remarque, le raisonnement ne sera pas différent si l'on choisit de déterminer les groupes sur base du désavantage subit par le partenaire/conjoint ou par l'affilié ayant conclu un partenariat ou un mariage car la discrimination résulte en réalité de leurs caractéristiques combinées. En effet, c'est parce qu'il forme un couple homosexuel et qu'il n'ont pas eu la possibilité de contracter un partenariat social avant les 60 ans de l'affilié qu'ils se retrouvent traités défavorablement tous les deux. Cependant, pour des raisons de logique, il m'a semblé qu'il fallait partir d'une définition de groupe basée sur les caractéristiques du requérant qui est celui qui estime subir une discrimination.

Concernant la deuxième remarque, si l'on part sur une définition de groupes séparant d'un côté l'affilié ayant conclu un partenariat et de l'autre côté un affilié ayant conclu un mariage (ou pareillement comme la Cour le fait les partenaires enregistrés et les conjoints) on ne se base pas sur la législation nationale. Quelles sont les conditions qu'elle avance pour obtenir le traitement favorable ? Il faut être marié ou avoir conclu un partenariat social avant ses 60 ans. C'est sur cette base là qu'il faut déterminer les deux groupes pour éviter un jugement erroné, d'un côté il y a l'affilié ayant conclu un mariage ou un partenariat social après ses 60 ans et l'affilié ayant conclu un mariage ou un partenariat social avant ses 60 ans.

Est-ce que ces deux groupes sont dans une situation comparable ? Au paragraphe 46, la Cour rappelle en se référant à l'arrêt *Maruko*⁵ que lorsqu'en droit national le partenariat de vie place les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux, il ne peut être fait de discrimination entre elles. Il ressort du paragraphe 99 de la loi nationale relative aux partenariats civils du 19 juillet 2010 que les prestations du régime de pension prévues pour le conjoint s'appliquent dans les mêmes conditions au partenaire enregistré de l'affilié. Ils sont donc bien en situation comparable.

Cependant, il n'y avait pas d'intérêt à aborder ce point-là vu que la réglementation litigieuse fait référence autant au mariage qu'au partenariat social et leur inflige indistinctement les mêmes conditions d'octroi de l'indemnité de survie.

Selon moi, les deux groupes sont bien dans une situation identique vu qu'il s'agit dans les deux cas d'affiliés mariés ou ayant conclu un partenariat.

2. Un traitement différent

En l'espèce, le premier groupe se voit traiter différemment du deuxième vu qu'il ne répond pas à la condition du bénéfice de la prestation de survie pour son partenaire. En effet, cette condition imposant que le mariage ou le partenariat enregistré aient été conclu avant le soixantième anniversaire de l'affilié exclut automatiquement du bénéfice toute personne ayant conclu un mariage ou un partenariat social après ses 60 ans.

3. Un motif expressément prohibé

Cette différence de traitement doit cependant reposer sur un motif expressément prohibé par le droit européen pour pouvoir constituer une discrimination.

M. Parris estime être victime d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle suite au fait que le droit national ne lui a pas permis de contracter un partenariat social avant ses 60 ans et donc de bénéficier de l'indemnité de survie pour son partenaire. Contrairement à lui, un hétérosexuel dans la même situation avait le droit de se marier avant ses 60 ans afin de répondre à la condition exigée par la réglementation en cause. De ce fait, M. Parris se retrouve contre sa volonté dans le premier groupe des affiliés ayant contracté un partenariat après leur 60 ans et ne peut obtenir l'indemnité de survie pour son conjoint du fait de son homosexualité.

⁵ C.J.U.E., 1er avril 2008, *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, §§72-73.

4. Discrimination directe ou indirecte ?

En son §49, la Cour confirme les dires de l'Avocat général concernant la condition d'affiliation telle que celle en cause au principal qui ne fait pas directement référence à l'orientation sexuelle du travailleur et est, au contraire, formulée de manière neutre et vise, par ailleurs, les travailleurs homosexuels autant que les travailleurs hétérosexuels. La Cour conclut ainsi que cette pratique n'institue pas une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.

Cependant, il ne suffit pas de relever un critère d'apparence neutre pour conclure que la discrimination n'est pas directe. Le critère de la réglementation en cause est neutre d'apparence mais comme le précise la Cour dans son arrêt *Nikoloudi*⁶, si derrière un critère neutre seul un groupe bénéficie de l'avantage on se retrouve face à une discrimination directe. En l'espèce, tous les hétérosexuels ont eu la possibilité d'obtenir l'indemnité de survie pour leur conjoint et seulement une partie des homosexuels n'ont pas pu l'obtenir pour leur partenaire du fait que le partenariat de vie n'était pas reconnu dans le droit national irlandais avant leur 60ans. Cependant, les homosexuels nés après 1951 ont, quant à eux, eu la possibilité de répondre à la condition fixée par la réglementation nationale. Il ne s'agit donc pas d'une discrimination directement fondée sur l'orientation sexuelle.

La discrimination peut encore être indirecte telle qu'elle la définit en son paragraphe 51 si le critère d'apparence neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une orientation sexuelle donnée par rapport à d'autres personnes. En l'espèce, par le fait de refuser d'octroyer une indemnité de survie aux affiliés ayant conclu un mariage ou un partenariat social après leurs 60 ans, la législation nationale litigieuse affecte dans la grande majorité les couples homosexuels vu que les conditions n'ont pu être remplies par les affiliés homosexuels nés avant 1951.

Dans l'arrêt *O'Flynn*⁷ concernant une discrimination fondée sur la nationalité la Cour a déclaré que « doivent être regardées comme indirectement discriminatoires les conditions du droit national qui, bien qu'indistinctement applicables selon la nationalité, affectent essentiellement ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants, ainsi que les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants ou encore qui risquent de jouer, en particulier, au détriment des travailleurs migrants (...) » et ajoute qu'il « n' est pas nécessaire, à cet égard, de constater que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de

⁶ C.J.U.E., 10 mars 2005, *Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, C-196/02, §40.

⁷ C.J.C.E., 23 mai 1996, *John O'Flynn contre Adjudication Officer*, C-237/94, §18.

constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet. ». Dans le cas en l'espèce, cette réglementation indistinctement applicable selon l'orientation sexuelle impose une condition qui affecte essentiellement les homosexuels, car ceux nés avant 1951 sont dans l'impossibilité de répondre aux conditions exigées par la réglementation contrairement aux hétérosexuels qui ont tous la possibilité d'y répondre. On est donc bien dans un cas de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.

Cependant, la Cour conclut en l'absence de discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle pour plusieurs raisons.

En son paragraphe 54 elle précise que « le partenariat conclu au Royaume-Uni n'était pas reconnu en Irlande, et, en tout état de cause, même s'il avait été reconnu, un tel partenariat n'aurait pas pu fonder le droit à une telle prestation, puisqu'il avait été conclu après le soixantième anniversaire de l'affilié ». En effet, le partenariat social étant possible aux Royaume-Uni depuis décembre 2005, M. Parris a eu la possibilité d'y conclure un partenariat avant ses 60 ans mais ne l'a fait qu'en 2009, soit quatre années plus tard. Cependant, même si M. Parris avait conclu un partenariat aux Royaume-Uni avant ses 60 ans cela n'aurait rien changé au fait que le partenariat n'était pas reconnu en droit irlandais avant 2011. Cette précision apportée par la Cour n'est ni constructive, ni pertinente et donne le sentiment qu'elle tente de prouver une forme de mauvaise foi de M. Parris qui n'est fondée que sur des considérations subjectives de sa part.

Ensuite, au paragraphe 60 elle rappelle que la directive 2000/78 n'obligeait en aucun cas l'Irlande de prévoir avant le 1^{er} janvier 2011 le mariage ou une forme d'union civile pour les couples homosexuels, ni à lui donner des effets rétroactifs, ni encore à prévoir des mesures transitoires pour les couples de même sexe dont l'affilié aurait déjà atteint l'âge de 60 ans à la date de l'entrée en vigueur de la loi sur les partenariats civils. Il ressort effectivement que l'Etat membre ne se voit obligé par la directive précitée d'aucune mesure décrite ci-dessus mais il n'empêche que quel que soit la liberté qu'elle détient dans cette matière, il n'en ressort pas moins que le droit européen oblige aux Etats membres de respecter le principe de non-discrimination tel que repris au paragraphe 58 : « l'état civil et les prestations qui en découlent sont des matières relevant de la compétence des Etats membres, et que le droit à l'Union ne porte pas atteinte à cette compétence. Toutefois, les Etats membres doivent, dans l'exercice de ladite compétence, respecter le droit de l'Union, notamment les dispositions relatives au principe de non-discrimination. ».

L'Irlande avait en effet le droit de ne pas reconnaître au partenariat social les mêmes effets que le mariage mais cela ne lui donne, malgré tout, pas le droit de créer une discrimination. En décidant de ne pas analyser l'existence d'une discrimination indirecte sur la simple base que l'Irlande n'avait

aucune obligation de reconnaître ce même statut aux couples homosexuels et hétérosexuels, la Cour semble reconnaître une forme de supériorité du droit de l'Etat membre sur le droit de l'Union alors qu'elle vient elle-même de préciser au paragraphe 58 précité que dans l'exercice de leurs compétences, les Etats membres doivent toujours respecter le droit de l'Union et notamment le principe de non-discrimination. Il n'y avait donc aucune raison de ne pas analyser l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.

De la même manière, affirmer que la droit européen n'obligeait en aucun cas l'Etat membre de prévoir à partir du 1^{er} janvier 2011 des effets rétroactifs aux droits reconnus aux partenariats sociaux n'empêche nullement d'effectuer l'examen d'une discrimination à partir de cette date.

En conclusion, la législation nationale litigieuse crée une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle à partir du 1^{er} janvier 2011.

5. Justification et proportionnalité

L'article 2 de la directive 2000/78 prévoit qu'une discrimination indirecte peut être justifiée lorsque le critère ou la pratique discriminatoire peut être objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires. Concernant la discrimination directe on peut conclure de sa jurisprudence qu'il en est implicitement de même malgré le fait qu'elle a toujours refusé que les discriminations directes fondées sur le sexe puissent être justifiées.⁸

Il ressort des conclusions de l'Avocat général⁹ que l'objectif légitime de cette réglementation nationale viserait plutôt à « lutter contre la sélection adverse pour des raisons de santé utilisée par des affiliés individuels au détriment du fonds du régime ou d'autres affiliés ». Autrement dit, « la limite d'âge de 60 ans, dans la présente espèce, est donc censée éviter que les travailleurs affiliés au régime de prévoyance professionnel contractent pour ainsi dire « sur leur lit de mort » - ou depuis 2011 un partenariat enregistré – dans le seul but de faire profiter une personne qui leur est chère d'une pension de survie aux frais de l'employeur ou de l'ensemble des affiliés. » et vise donc à « empêcher un comportement abusif aux dépens de la stabilité financière du régime de prévoyance. ».

En se basant sur des arrêts comme *Maruko*¹⁰ ou *Kohll*¹¹, l'Avocat général affirme qu'une réglementation nationale ayant pour objectif d'éviter un risque d'atteinte grave à l'équilibre

⁸ Denis MARTIN, "Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?", *Rev. Trim. Dr. H.* (69/2007), p. 115.

⁹ Conclusions AG J. Kokott, 30 juin 2016, *Dr. David L. Parris c. Trinity College Dublin e.a.*, C-443/15, §§ 70-73.

¹⁰ C.J.U.E., 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C- 267/06, §77.

¹¹ C.J.C.E., 28 avril 1998, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie*, C-159/96, §41

financier d'un système de sécurité sociale peut constituer un objectif légitime susceptible de justifier une discrimination.¹²

Il reste cependant à vérifier si la réglementation nationale discriminatoire est appropriée et nécessaire, autrement dit, si elle est proportionnelle à l'objectif poursuivi.

L'examen du caractère approprié, tel que l'expose l'Avocat général dans ses conclusions à l'affaire, doit se limiter à la question de savoir si la disposition discriminatoire est manifestement inappropriée ou déraisonnable pour atteindre l'objectif légitime.

A cette fin, la disposition litigieuse tendant à éviter les abus peut effectivement réussir à les diminuer mais sûrement pas à les éviter vu la possibilité pour une personne extrêmement malade mais n'ayant pas atteint les 60 ans de se marier ou de conclure un partenariat afin de faire profiter une personne qui lui est chère d'une pension de survie. Cependant, évitant malgré tous les abus après 60 ans, la réglementation nationale n'est pas manifestement inappropriée.

Quant à la nécessité de cette mesure, plusieurs éléments sont à relever. Premièrement, le choix de fixer la limite d'âge à 60 ans n'est pas du tout justifié étant donné que l'espérance de vie augmente tel que le relève l'Avocat général au point 79. Si le but est d'éviter que l'affilié ne se marie ou conclut un partenariat « sur son lit de mort » cela paraît disproportionné sachant que l'espérance de vie en Europe est aux alentours des 80 ans.¹³ Deuxièmement, il paraît disproportionné également de refuser d'octroyer l'indemnité de survie au conjoint ou partenaire lié à un affilié qui avait plus de 60 ans lors du mariage ou du partenariat mais ayant vécu avec lui pendant 20 ans avant le décès de ce dernier tout en accordant cette même indemnité à un conjoint ou partenaire lié à un affilié qui avait 59 ans au moment du mariage ou du partenariat mais n'ayant vécu que deux ou trois années avec ce dernier.

Selon moi, une mesure plus efficace serait d'octroyer une indemnité de survie à un conjoint ou partenaire après un certain nombre d'années d'union qui permettrait ainsi d'être certain de la stabilité du couple et d'éviter ainsi qu'une personne ne perçoive des indemnités de survie suite à un mariage ou un partenariat fait « sur le lit de mort » de l'affilié. Ceci rejoint les conclusions de l'Avocat général aux paragraphes 86 et 87. Pour le cas de Monsieur Parris ayant été dans l'incapacité de conclure un partenariat social, une dérogation pourrait être faite en imposant la preuve que lui et son partenaire poursuivent bien une relation durable.

¹² Conclusions AG J. Kokott, 30 juin 2016, *Dr. David L. Parris c. Trinity College Dublin e.a.*, C-443/15, §73.

¹³ Eurostat, « Statistiques sur la mortalité et l'espérance de vie », http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Mortality_and_life_expectancy_statistics/fr, juin 2016, consulté 23 mars 2017.

Il convient de conclure que cette mesure n'est pas proportionnelle quant à l'objectif poursuivi et que l'on est bien en présence d'une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle.

d. Examen de la discrimination fondée sur l'âge

1. Deux groupes distincts dans une situation comparable

De la même manière que pour la discrimination fondée sur l'origine sexuelle, afin de déterminer s'il existe une discrimination fondée sur l'âge il faut en premier lieu définir les deux groupes en situation comparable et subissant un traitement différent.

Au paragraphe 67, la Cour identifie le groupe des affiliés qui se sont mariés ou qui ont conclu un partenariat enregistré après leur soixantième anniversaire et ceux qui se sont mariés ou ont conclu un tel partenariat avant d'atteindre l'âge de 60 ans. On retrouve les groupes tels que définit dans mon analyse sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. A mon sens, les deux groupes sont les mêmes quel que soit le motif qui fonde la discrimination car seules les conditions de la législation nationale litigieuse sont à prendre en considération pour déterminer quel est le groupe subissant un traitement défavorable et celui bénéficiant d'un traitement favorable. C'est ce qui m'amène à désigner à l'identique les groupes identifiés dans l'analyse de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

2. Un traitement différent

Les groupes étant identiques que pour l'examen de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, on peut identifier le traitement différent de la même manière. Il ressort que le premier groupe se voit traiter différemment du deuxième vu qu'il ne répond pas à la condition du bénéfice de la prestation de survie pour son partenaire. En effet, cette condition imposant que le mariage ou le partenariat enregistré aient été conclu avant le soixantième anniversaire de l'affilié exclut automatiquement du bénéfice toute personne ayant conclu un mariage ou un partenariat social après ses 60 ans.

3. Un motif expressément prohibé

Dans la deuxième question posée à la Cour, le Labour Court demande si la réglementation nationale telle que celle en cause au principal qui, dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnel, subordonne le droit des partenaires enregistrés survivants des affiliés à bénéficier d'une prestation de survie à la condition que le partenariat enregistré ait été conclu avant que l'affilié n'ait atteint l'âge de 60 ans, alors que le droit national ne permettait pas à l'affilié concerné de conclure un

partenariat enregistré avant d'atteindre cette limite d'âge, constitue une discrimination fondée sur l'âge.

Plusieurs remarques peuvent être faites à ce stade. Premièrement, il n'y a pas lieu de ne viser que les partenaires dans cette analyse vu que les conjoints subissent le même sort. Deuxièmement, pour les mêmes raisons précitées, il n'est pas nécessaire d'aborder le sujet de la reconnaissance par le droit national du partenariat sociale. Enfin, troisièmement il est nécessaire de s'attarder sur ce qu'il faut entendre par « âge » et vérifier que l'on est bien en présence d'une condition basée sur cette interprétation.

Pour cela, il est nécessaire de reformuler la question du Labour Court. La question qu'il faut se poser en l'espèce est de savoir si la réglementation nationale telle que celle en cause au principale qui, dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnel, subordonne le droit des conjoints et partenaires enregistrés survivants des affiliés à bénéficier d'une prestation de survie à la condition que le partenaire enregistré ait été conclu avant que l'affilié n'ait atteint l'âge de 60 ans, constitue une discrimination fondée sur l'âge.

Sur base de cette question reformulée, il convient de savoir comment il faut interpréter la notion d'« âge ». Peut-on entendre la condition de conclusion d'un mariage ou d'un partenariat social avant ses 60 ans comme un critère se référant à la notion d'âge ?

Tel que développé par le Dr. Susanne Burri dans sa conférence sur les directives anti-discrimination 2000/43 et 2000/78¹⁴, un premier constat à faire est que cette notion n'est pas définie dans la directive cadre. De plus, elle ajoute que le critère d'âge diffère des critères comme la race ou le sexe qui sont inhérents à une personne et généralement inchangeables et que l'âge étant variable au cours d'une vie, une personne peut donc être victime d'une discrimination fondée sur l'âge à un moment donné dans sa vie mais pas à d'autres. A cela, elle précise également que l'âge est relatif vu qu'une personne de 40 ans peut être perçue comme jeune pour une personne de 80 ans mais âgée en comparaison d'un enfant de 10 ans. Ces différences font de la discrimination fondée sur l'âge une notion difficile à conceptualiser et à appliquer et induit généralement un jugement moins stricte qu'une discrimination fondée, par exemple, sur le sexe. Ce constat est confirmé par le législateur qui a intégré un article 6 dans la directive consacrant des dérogations spécialement prévues pour cette discrimination qu'elle soit directe ou indirecte.

Dans le cas en l'espèce, ni l'Avocat général, ni la Cour n'ont fait cet exercice avant de conclure à l'existence d'une discrimination. Ce travail a été fait par l'Avocat général E. Sharpston dans

¹⁴ Dr. S. BURRI, "ERA- Conférence: Les directives anti-discrimination 2000/43 et 2000/78 en pratique", 8-9 décembre 2008, pp. 1-2.

l'affaire Bartsch¹⁵ concernant une disposition imposant une différence d'âge entre l'affilié et son conjoint afin d'éviter que les conjoints survivants ne soient trop jeune par rapport à l'affilié et que l'employeur ne doive servir la pension au conjoint survivant pendant une trop longue période. Il distingue deux sortes d'âge, l'âge absolu (A subit un traitement défavorable parce qu'il est plus jeune que B) et l'âge relatif (la différence d'âge entre C et D leur fait subir un traitement défavorable comparé au couple E et F qui ont une différence d'âge moins grande) et se demande si l'âge relatif est bien compris dans la notion d' « âge » tel que prévue par la directive 2000/78. A cette question il conclut que si tel n'était pas le cas, il serait aisé de contourner facilement l'interdiction de discrimination en reformulant ses pratiques discriminatoires existantes en termes d'âge relatif plutôt qu'en termes d'âge absolu. Il rappelle à cet effet que le vingt-cinquième considérant indique clairement que la notion de discrimination fondée sur l'âge au sens de la directive est une notion large.

Sur cette base, il ne fait pas de doute que la condition d'octroi de l'indemnité de survie telle que prévue par la réglementation en cause entre bien dans l'interprétation de la notion d' « âge » telle que prévue par la directive 2000/78. De ce fait, il existe une discrimination fondée sur l'âge.

4. Discrimination directe ou indirecte ?

Que ce soit l'Avocat général ou la Cour, tous deux concluent rapidement à une discrimination directement fondée sur l'âge sans donner de réelles explications.

Afin de déterminer s'il y a une discrimination directe il suffit de voir si un des deux groupes ne bénéficie jamais du traitement favorable. Dans notre cas, l'affilié ayant conclu un mariage ou un partenariat social avant ses 60 ans est le seul à bénéficier du traitement favorable, là où aucun affilié ayant conclu un mariage ou un partenariat social après ses 60 ans n'en bénéficie. En effet, sans tenir compte du cas de M. Parris, une personne de 60 ans rencontrant l'amour et se mariant se voit directement traitée différemment d'une personne rencontrant l'amour et se mariant à 59. Il s'agit donc bien d'une discrimination directement fondée sur l'âge.

5. Justification et proportionnalité

Dans un premier temps il y a lieu de consulter les dérogations prévues à l'article 6 de la directive 2000/78. Le premier paragraphe ne concerne que les dérogations pour objectif légitime concernant la politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnel. Il ne concerne donc pas le cas en l'espèce.

¹⁵ Conclusions E. SHARPSTON, 22 mai 2008, *Birgit Bartsch c. Bosch and Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, C-427/06, §§ 94-124.

Le deuxième paragraphe de l'article 6 précité prévoit pour les régimes professionnels de sécurité sociale la possibilité pour les Etats membres de prévoir un âge d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité. Peut-on entendre la condition « être marié ou ayant conclu un partenariat avant ses 60 ans » comme un âge d'adhésion ou d'admissibilité ? L'âge d'adhésion concerne le moment où l'affilié adhère au régime, cela ne concerne pas la législation nationale litigieuse. Pour l'âge d'admissibilité par contre, les avis divergent.

En effet, l'Avocat général prétend au paragraphe 130 de ses conclusions que cet article 6, § 2 doit être interprété de manière restrictive vu qu'il constitue une exception qui ne peut être appliquée par analogie à d'autres cas que ceux prévus par le législateur. De plus, en son paragraphe 131 l'Avocat général rappelle que l'objectif d'un âge d'admissibilité est de respecter un rapport équilibré entre, d'une part, l'espérance de vie estimée de la personne qui bénéficiera des prestations et, d'autres part, les cotisations versées. La disposition litigieuse en l'espèce fixe un âge à laquelle l'affilié doit être marié pour que son conjoint ou son partenaire survivant puisse bénéficier de l'indemnité de survie mais n'indique cependant pas combien de temps l'affilié a cotisé au régime de pension ni ne fixe un âge d'admission pour ce conjoint ou partenaire. Par conséquent, l'Avocat général conclut à l'existence d'une discrimination directement fondée sur l'âge qui ne peut être justifiée ni par les justifications prévues à l'article 6, §2, ni par un objectif légitime qui soit mis en œuvre par des moyens appropriés et nécessaires comme développé sous l'analyse de la justification de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

La Cour, quant à elle, ne suit pas les conclusions de l'Avocat général et conclut en son paragraphe 74 qu'il s'agit bien là d'un âge d'admissibilité vu que la disposition litigieuse « ne fait que prévoir un âge limite pour ouvrir le droit à cette prestation. ». De ce fait, on se retrouve face à une réglementation nationale ne créant pas de discrimination fondée sur l'âge.

Selon moi, la condition de mariage ou de partenariat avant les 60 ans de l'affilié est une condition d'âge d'admissibilité car si elle n'est pas respectée à ses 60 ans, l'affilié ne sera pas admissible pour bénéficier de l'indemnité de survie pour son conjoint ou partenaire. De la même manière que la Cour, je conclus qu'il s'agit d'un âge limite pour ouvrir le droit à l'indemnité de survie pour le conjoint ou le partenaire qui est autorisé par l'article 6, §2 de la directive 2000/78. Ce deuxième paragraphe ne prévoyant pas de justification possible contrairement au premier, il n'existe donc pas de discrimination fondée sur l'âge.

III. Arrêt de la CEDH du 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie

A. Résumé des faits

M. Taddeucci de nationalité italienne et M. McCall de nationalité néo-zélandaise forment un couple homosexuel vivant en Nouvelle-Zélande où ils ont obtenu le statut de couple non marié. Pour des raisons de santé, M. Taddeucci doit rentrer en Italie et souhaite que M. McCall puisse y obtenir un permis de séjour pour raison familiale. Ce dernier se voit refuser l'octroi de ce permis sous prétexte que la notion de « membre de famille » ne comprend pas les concubins. La CEDH octroyant une large marge d'appréciation aux Etats quant au choix des modalités d'exercice des droits qu'elle garantit, et ce, notamment en matière de gestion de l'immigration, la notion de « membre de famille » est donc laissée à l'appréciation de ces Etats. Les requérants estiment que le refus d'octroyer ce permis de séjour pour raison familiale est contraire aux articles 8 et 14 de la CEDH.

B. Question juridique

La question qui se pose est de savoir si le refus d'octroyer un permis de séjour pour raison familiale à un couple homosexuel car il n'est pas marié, alors même que le droit national ne leur permet pas de conclure un mariage ou toute autre union ayant les mêmes effets que le mariage, crée une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

C. Analyse juridique

a. Le champ d'application

L'article 14 garantit l'absence de discrimination concernant les droits reconnus par la Convention et ses Protocoles additionnels. La Cour rappelle en son 53^{ème} paragraphe que l'article 14 n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » que les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles garantissent.

A cette fin, les requérants allèguent une violation de l'article 14 combiné de l'article 8 de la CEDH qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale car on les empêche d'obtenir un permis de séjour pour raison familiale. C'est ce qui mène la Cour à examiner en premier lieu si les faits tombent bien dans le champ d'application de l'article 8 de la CEDH.

Elle reconnaît en ses paragraphes 55 à 60 que la Convention ne garantit pas de droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier ni une obligation pour un Etat contractant d'accepter le regroupement familial. En effet, les Etats ont droit à contrôler l'immigration et les étrangers doivent se soumettre aux contrôles et procédures d'immigration. Cependant, ce droit de

refus d'octroi de permis de séjour n'implique pas forcément qu'il n'y a pas d'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des demandeurs.

La Cour estime que, après une analyse des faits de l'affaire en l'espèce, le refus d'octroi de permis de séjour a constitué une ingérence dans l'un des éléments essentiels de leur « vie familiale » et que cette ingérence rentre donc dans le champ d'application de l'article 8 CEDH.

b. Définition des principes

Le principe de non-discrimination est repris à l'article 14 de la CEDH et garantit que la « jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ».

La Cour ajoute ensuite au paragraphe 81 que le principe de discrimination se comprend comme « une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables, ou lorsque les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes ». Cependant, elle ajoute qu'elle n'interdit pas de traiter des groupes différemment dans le but de corriger une inégalité. De plus, elle élargit la définition de la discrimination en reconnaissant une discrimination indirecte qu'elle définit comme une politique ou une mesure général ayant des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe et même s'il n'y a pas d'intention discriminatoire.

On retrouve les mêmes éléments que dans la définition de la CJUE. Pour avoir une discrimination il faut :

- Deux groupes dans une situation comparable (ou dans une situation différente)
- Un traitement différent (ou un traitement comparable)
- Un motif repris à l'article 14 de la CEDH (qui est très large vu qu'il est possible de se fonder sur un motif relevant de « toutes autres situations »)

c. Examen de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

1. Deux groupes dans une situation comparable

La Cour compare en son 82^{ème} paragraphe le groupe des couples homosexuels non mariés et le groupe des couples hétérosexuels non mariés et affirme qu'ils ne sont en aucun cas dans une situation comparable pour trois raisons :

- le couple homosexuel n'a pas la possibilité de se marier en Italie contrairement au couple hétérosexuel qui a le choix,
- il n'existe pas de reconnaissance en matière d'immigration d'un statut analogue à celui de l' « époux » aux membres d'une relation homosexuelle stable et durable ;
- les requérants ayant obtenu un statut de couple non marié en Nouvelle-Zélande et s'étant mariés aux Pays-Bas, on ne peut les comparer à un couple hétérosexuel ne souhaitant pas s'engager dans un mariage ou dans une union civile.

C'est ainsi qu'en son paragraphe 85 la cour conclut que les deux groupes à comparer sont les couples homosexuels voulant se marier et les couples hétérosexuels ne souhaitant pas se marier dans la mesure où ces deux groupes sont dans une situation différente mais ont été traités de la même façon. Vu qu'elle ne parvient pas à trouver de situation comparable elle détourne le problème en trouvant deux groupes dans des situations différentes afin de rester dans la définition de la discrimination.

Le juge dissident défend que la position de la Cour revient à accepter que des couples homosexuels non mariés sont dans une situation comparable à des couples hétérosexuels mariés. Pour cela il compare cette nouvelle décision avec la jurisprudence de la Cour et affirme qu'elle n'est pas conforme à la ligne jurisprudentielle qui a toujours distingué les couples mariés homosexuels ou hétérosexuels d'une part et les couples non mariés homosexuels ou hétérosexuels d'autre part. Selon lui, les deux groupes dans une situation comparable sont donc les couples homosexuels non mariés et les couples hétérosexuels non mariés.

De la même manière que pour l'arrêt Parris, il est important de bien distinguer les bons groupes afin de ne pas avoir de jugement erroné dans l'analyse de l'existence d'une discrimination. Pour cela, seules les conditions de la réglementation nationale litigieuse permettant d'obtenir le traitement favorable sont à prendre en considération et il faut toujours se demander qui est la personne qui se plaint de discrimination et à qui elle se compare. Dans le cas en espèce, seul le conjoint d'un citoyen italien a droit à un permis de séjour pour raison familiale et seuls les hétérosexuels ont accès à ce bénéfice vu que le droit italien ne reconnaît pas d'union civile octroyant les mêmes droits que le mariage aux homosexuels. Dans cette affaire, les requérants sont un couple homosexuel désireux d'obtenir le même traitement qu'un couple hétérosexuel. Pour que la législation litigieuse crée une discrimination il faut que les deux groupes soient dans une situation comparable. Ni le partenariat, ni toute autre union civile ne se voit conférer les mêmes droits que le mariage en droit de l'immigration italien ce qui exclut le concubin de la notion « membre de famille » pour pouvoir

obtenir un permis de séjour. Ils ne sont donc pas dans des situations comparables¹⁶ et il n'y a pas de discrimination.

On remarque ici une grande différence avec la jurisprudence de la CJUE concernant le manière de définir les groupes. La CEDH concluant à une absence de situation comparable décide d'utiliser l'autre pan de sa définition de la discrimination en cherchant des situations différentes subissant un traitement identique. D'après elle, les groupes sont les homosexuels voulant se marier et les hétérosexuels ne voulant pas se marier. Cependant, cette analyse n'est pas correcte car la volonté personnelle n'est pas une condition dans la loi nationale pour obtenir le traitement favorable, et les deux groupes tels qu'identifiés n'en bénéficient ni l'un ni l'autre.

Le juge dissident a raison de critiquer cette analyse mais se trompe également car il compare deux groupes dans une situation identique mais subissant un traitement identique : les homosexuels non mariés et les hétérosexuels non mariés n'obtenant tous deux pas le traitement favorable.

Ces deux analyses n'ont donc aucun intérêt car on compare un perdant à un autre perdant tel que cela avait été fait dans l'arrêt Grant¹⁷. En effet, Mme Grant, une employée lesbienne, se voit refuser pour sa partenaire une réduction sur les transports en commun octroyé par sa société sous prétexte que seuls les conjoints y ont droit. En effet, Mme Grant se plaignait d'une discrimination fondée sur le sexe ce qui amena la Cour à conclure qu'autant les couples homosexuels féminins et masculins subissaient le même traitement et qu'il n'y avait pas de discrimination. C'était une erreur de se plaindre d'une discrimination fondée sur le sexe car en se comparant aux hommes, Mme Grant se comparait à un groupe subissant le même traitement défavorable qu'elle. Lorsque l'on se compare à des « perdants » on ne peut que ressortir « perdant » de cette comparaison.

2. Traitement différent

Tel qu'expliqué dans le point précédent, la Cour se base sur le deuxième pan de la définition de la discrimination et parle donc d'un traitement identique pour des situations différentes.

Le juge dissident quant à lui estime qu'il n'y a pas de traitement différent entre les deux groupes qu'il a identifiés, à savoir les homosexuels non mariés et les hétérosexuels non mariés qui ne bénéficient tous deux pas du traitement favorable et donc, qu'il n'y a pas de discrimination.

¹⁶ C.J.U.E., 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C- 267/06, §§72 et 73.

¹⁷ C.J.C.E., 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, C-249/96.

3. Motif expressément prohibé

L'article 14 de la CEDH se lit comme suit : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ».

Les requérants estiment être victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui n'est pas un motif repris à l'article 14. Cependant, il peut relever de « toute autre situation » vu que la Cour a, dans son arrêt *Kjeldsen*¹⁸ de 1976, précisé que cela se référerait à toute situation fondée sur une caractéristique personnelle, ce qui est bien le cas de l'homosexualité. De plus, la Cour rappelle en son paragraphe 89 que l'orientation sexuelle relève bien du champ d'application de l'article 14.

4. Discrimination directe ou indirecte ?

En concluant que les deux groupes à comparer sont les couples homosexuels voulant se marier et les couples hétérosexuels ne souhaitant pas se marier dans la mesure où ces deux groupes sont dans une situation différente mais ont été traités de la même façon, la Cour affirme qu'on est en présence d'une discrimination directe. Cependant, devant la CEDH cela n'a pas de réelle importance vu que toutes les discriminations sont justifiables contrairement à la CJUE.

5. Justification et proportionnalité

En son paragraphe 87, la Cour précise qu'une « différence de traitement de situations analogues ou un traitement comparable de situations différentes sont discriminatoires s'ils ne reposent pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire s'ils ne poursuivent pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. ».

Il y a lieu de se demander si le fait de préciser que la justification doit être objective et raisonnable rajoute ou non une condition tout comme l'utilisation de l'expression « rapport raisonnable de proportionnalité » qui ne veut rien dire vu que ce qui est proportionnel est par défaut raisonnable. Ce passage est pourtant répété régulièrement dans la jurisprudence sans se demander si ces mots ont du sens.

¹⁸ CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk madsen et Pedersen c. Danemark*, req. n° 5095/71; 5920/72; 5926/72.

Elle ajoute à cela que l'article 14 de la CEDH n'a de sens que si l'on prend en compte dans chaque cas particulier la situation personnelle du requérant par rapport aux critères qui y sont énumérés.

Elle poursuit en rappelant que les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des distinctions de traitement se justifient, et que son étendue varie selon les circonstances, le domaine et le contexte. Elle précise que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard.

Par ce passage la Cour permet aux Etats membres de prendre certaines mesures en les justifiant et ce n'est que si cela est déraisonnable qu'elle intervient, ce qui la différencie fortement de la CJUE. Cependant, cette marge de manœuvre dépend des circonstances, du domaine et du contexte. Qu'est-ce que cela veut dire ? Cela signifie simplement que la Cour laisse une marge d'appréciation aux Etats mais elle peut la leur retirer quand elle le décide. Cela a été le cas dans certains arrêts où elle percevait un consensus européen voir parfois seulement un début de consensus européen. Elle détient une grande liberté à ce niveau mais elle a tendance à laisser les matières sociales ou économiques aux Etats car elle estime qu'ils sont mieux placés pour déterminer ce qui est d'utilité publique de par leur connaissance de leur territoire.

Enfin, elle ajoute qu'elle a maintes fois déclaré que, tout comme pour la discrimination fondée sur le sexe, celle fondée sur l'orientation sexuelle doit être justifiée par des motifs impérieux, ce qui peut également s'appeler des « raisons particulièrement solides et convaincantes » lorsqu'il s'agit, notamment, de droits tombant sous l'empire de l'article 8. En effet, les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention. Mais comment concilier le fait qu'il faille des raisons particulièrement solides et convaincantes dans un domaine social ou économique où l'Etat a normalement une marge d'appréciation ? La Cour ne tranche pas la question dans sa jurisprudence ce qui lui permet d'adapter sa décision en fonction du cas qui se présente devant elle.

Dans l'affaire en l'espèce, la matière d'octroi de permis de séjour et, de fait, la protection de la famille traditionnelle relève de matières sociales pour lesquelles les Etats ont une large marge d'appréciation. Cependant, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle devant être justifiée pour des motifs impérieux, la Cour se retrouve en présence d'une situation contradictoire. Au paragraphe 93 elle décide d'analyser si la justification de protection de la famille traditionnelle peut être un but légitime reposant sur des raisons particulièrement solides et convaincantes et choisit donc de ne pas attribuer de marge de manœuvre en matière d'octroi de permis de séjour pour le cas en l'espèce. La Cour conclut donc à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Tel que précisé plus haut, les couples homosexuels quelle que soit leur union ne se trouvant pas dans une situation comparable aux couples mariés, il n'y a, selon moi, aucune discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le cas en l'espèce.

d. Comparaison de l'arrêt Parris devant la CJUE et de l'arrêt Tadeucci devant la CEDH

Dans le cas de l'arrêt Parris on est en présence d'un couple homosexuel ayant conclu un partenariat pour lequel l'Etat membre reconnaît les mêmes effets que le mariage alors qu'au contraire, dans l'arrêt Tadeucci on est en présence d'un couple homosexuel pour lequel l'Etat ne reconnaît aucune union permettant d'obtenir les mêmes effets que le mariage.

Si on respecte la définition de la discrimination, on remarque que dans le premier arrêt on est dans une situation comparable et donc dans une discrimination alors que dans le deuxième pas. Et pourtant, les Cours vont faire exactement le contraire. En effet, la CJUE utilisera l'argument de la marge d'appréciation des Etats membres pour décider des effets qu'ils donnent à une union civile et refuse de reconnaître une discrimination alors que la CEDH qui normalement laisse une marge d'appréciation des Etats dans les matières civiles la retire automatiquement en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

On remarque qu'en fonction des cas, les Cours raisonnent de manière arbitraire et de façon contraire l'une de l'autre. Comment concilier cela ? Il est important de bien respecter les différents éléments qui constituent une discrimination sous peine de créer une insécurité juridique.

IV. Arrêt C-157/15 Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV

A. Résumé des faits

Mme Achbita, de confession musulmane, a été engagée le 12 février 2003 par la société G4S en tant que réceptionniste. Le règlement de travail contient depuis le 13 juin 2006 une règle écrite qui interdit tout port de signe religieux, politique ou philosophique dans un but de neutralité. En avril 2006 elle fait savoir à son employeur qu'elle portera le foulard malgré les avertissements de ce dernier. De ce fait, Mme Achbita a été licenciée le 12 juin 2006.

B. Question juridique

La question juridique qui se pose ici est de savoir si l'interdiction de port de signes religieux sur son lieu de travail est une discrimination au sens de l'article 2 de la Directive 2000/78.

C. Analyse juridique

a. Champ d'application

La première chose à faire est de vérifier que le cas de Mme Achbita relève bien du champ d'application de la directive 2000/78 pour vérifier si la CJUE est compétente pour trancher le litige en l'espèce.

En son article 1^{er}, la directive 2000/78 a pour but de lutter contre les discriminations fondée, entre autre, sur la religion ou sur les convictions. Tout au long des paragraphes 23 à 28 la Cour démontre que par religion il faut entendre la liberté des personnes de manifester leur religion en privé ou en public. Nous sommes donc bien dans le champ d'application de la directive.

b. Définition des principes

Dans un second temps elle poursuit son analyse en examinant si la règle interne en cause au principal crée une discrimination sur base de la définition de l'article 2 de la directive précitée qui précise qu'on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs énoncés à l'article 1^{er} de la même directive.

L'article 2 poursuit en définissant la discrimination directe et indirecte :

Une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable que ne l'est une autre personne se trouvant dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} de la directive 2000/78 ;

Une discrimination indirecte se produit 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, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

Pour constituer une discrimination il est donc nécessaire d'identifier deux groupes en situation comparable et subissant un traitement différent (ou deux groupes en situation différentes subissant un traitement comparable) fondé sur un motif expressément prohibé.

Comme vu précédemment, il ne faut pas confondre le principe d'égalité de traitement et le principe de non-discrimination. Le principe d'égalité de traitement concerne un traitement différent entre des personnes d'un même groupe et, ce, quel que soit le motif.

c. Examen de la discrimination fondée sur la religion

1. Deux groupes distincts dans une situation comparable

Au paragraphe 29, la Cour semble identifier un seul groupe, celui des travailleurs quel que soit leur religion ou leurs convictions alors même qu'elle est dans le cadre d'un examen de discrimination qui exige deux groupes dans une situation comparable. Elle semble partir sur l'analyse d'une inégalité de traitement au sein d'un même groupe alors qu'il lui est demandé d'analyser l'existence d'une discrimination.

Pour pouvoir trouver les bons groupes afin de vérifier s'il existe ou non une discrimination il faut se demander qui est la personne qui se sent discriminée et qui est la personne qui reçoit le traitement favorable à qui elle se compare. Dans le cas en l'espèce, Mme Achbita est une travailleuse portant le voile et elle voudrait être traitée de la même manière qu'une personne n'en portant pas. On distingue donc le groupe des employés manifestant leur religion ou leurs convictions de celui des employés qui ne manifestent pas leur religion ou leurs convictions.

2. Un traitement différent

En son paragraphe 30, la Cour estime qu'il n'existe pas de traitement différent entre les travailleurs quelles que soit leur religion ou leurs convictions vu que la règle interne litigieuse interdit à tous les travailleurs de manière identique et indifférenciée 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. Il semble donc qu'elle se replace dans l'analyse d'une discrimination en comparant ici deux groupes, celui des personnes ayant des convictions religieuses et celui des personnes ayant des convictions politiques ou philosophiques.

Dans l'arrêt Grant¹⁹ précité il avait été expliqué que Mme Grant en se comparant à un groupe subissant le même traitement défavorable qu'elle avait fait une erreur car cela n'a aucun intérêt de se comparer à des « perdants » sous peine d'en ressortir automatique « perdant » également. Dans le cas en l'espèce, la même erreur est faite, on compare des personnes qui manifeste leur religion ou leurs convictions entre elles, autrement dit une personne portant le voile à une personne portant une croix autour du cou. Cela n'a aucun sens sachant que les deux subissent un traitement défavorable et qu'aucune discrimination ne peut être créée entre elles.

¹⁹ C.J.C.E., 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, C-249/96.

Cependant, en comparant un groupe subissant le traitement défavorable au groupe bénéficiant du traitement favorable dans une même situation il existe bien un traitement différent. Dans notre cas, Mme Achbita a été licenciée car elle portait le voile islamique sur son lieu de travail et se voit traiter différemment qu'un autre travailleur ne portant aucun signe religieux ou de toutes autres convictions sur son lieu de travail.

3. Un motif expressément prohibé

Mme Achbita estime être victime d'une discrimination fondée sur la religion vu qu'on lui interdit de manifester sa religion sur son lieu de travail.

4. Discrimination directe ou indirecte ?

En son paragraphe 30, la Cour conclut que la règle interne n'institue pas de discrimination directe fondée sur la religion vu que tous les travailleurs sont traités de la même façon que ce soit pour des manifestations de signes religieux ou pour des manifestations de signes politiques ou philosophiques.

Selon mon analyse, la règle interne institue bien une différence de traitement entre les travailleurs mais elle n'est pas directement fondée sur la religion vu qu'elle concerne autant la manifestation de signe religieux que la manifestation de toutes autres convictions.

Cependant, il ne suffit pas de relever un critère d'apparence neutre pour conclure que la discrimination n'est pas directe tel que vu précédemment. Le critère de la réglementation en cause est neutre d'apparence mais si derrière un critère neutre seul un groupe bénéficie de l'avantage on se retrouve face à une discrimination directe. En l'espèce, seul le groupe ne manifestant pas leur religion ou leurs convictions bénéficient du traitement favorable mais il ne s'agit cependant pas d'une discrimination directe fondée sur la religion vu que dans le groupe des personnes ne manifestant pas leur religion ou leurs convictions on peut y trouver des hommes musulmans qui ne doivent pas porter de voile islamique ni tout autre signe religieux ou même une femme musulmane ayant des croyances ne lui imposant pas le voile. Il en ressort donc que toutes les personnes religieuses ne sont pas directement discriminées par cette règle interne.

La discrimination peut encore être indirecte. Au paragraphe 34 la Cour précise que si le critère d'apparence neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes religieuses par rapport à d'autres personnes non religieuses, on est en présence d'une discrimination indirecte fondée sur la religion.

Pour rappel, l'arrêt O'flynn²⁰ précise que « doivent être regardées comme indirectement discriminatoires les conditions du droit national qui, bien qu' indistinctement applicables selon la nationalité, affectent essentiellement ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants, ainsi que les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants ou encore qui risquent de jouer, en particulier, au détriment des travailleurs migrants (...) » et ajoute qu'il « n' est pas nécessaire, à cet égard, de constater que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet. ». Dans le cas en l'espèce, cette règle interne indistinctement applicable selon la conviction impose une condition qui affecte essentiellement les personnes religieuses vu que le port de signe visible est plus présent et souvent impératif dans les religions comparés aux autres convictions politiques ou philosophiques.

La Cour conclut à une discrimination indirecte mais sans passer par cette analyse, elle précise simplement en son 44^{ème} paragraphe qu'une règle interne est susceptible de créer une discrimination indirecte à conditions qu'elle ne soit pas justifiée objectivement par un motif légitime et que les moyens pour réaliser cette objectif soient appropriés et nécessaires. Elle saute donc une étape en parlant directement de la justification sans vérifier s'il existe bien une discrimination indirecte. En effet, il semblerait logique pour la Cour que s'il n'y a pas de discrimination directe il y ait par défaut une discrimination indirecte alors que cela est faux. Si on prend son analyse, elle a affirmé qu'il n'y avait pas de traitement différent entre les deux groupes qu'elle a identifiés et donc il n'y a pas de discrimination, ni directe, ni indirecte. Cette erreur a été faite dans l'arrêt Eweida²¹ également.

5. Justification et proportionnalité

Afin de déterminer si la volonté de neutralité constitue une justification légitime il y a lieu de se référer à la directive 2000/78. L'article 4 permet effectivement de prévoir des exigences professionnelles qui ne constituent pas une discrimination lorsque la nature de l'activité professionnelle ou les conditions d'exercice de cette activité l'exigent. Cette exigence doit cependant être essentielle et déterminante et avoir un objectif légitime et proportionné.

Qu'est-ce qu'une exigence professionnelle ? Ce sont des exigences qui doivent être nécessaires pour la nature d'une activité professionnelle ou ses conditions d'exercice. La règle interne litigieuse est une règle vestimentaire qui interdit le port de signes religieux ou d'autres convictions. Une règle vestimentaire peut effectivement se comprendre comme une exigence professionnelle vu qu'elle

²⁰ C.J.C.E., 23 mai 1996, *John O'Flynn contre Adjudication Officer*, C-237/94, §18.

²¹ C.E.D.H., 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, req. n°48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

peut être nécessaire pour l'exercice de la fonction. C'est le cas par exemple d'un uniforme pour des raisons d'hygiène ou de sécurité sur les lieux de travail sans lequel la fonction serait dangereuse, voire impossible.

Cependant, cette exigence professionnelle doit être « essentielle et déterminante ». Il ressort de l'examen de la justification d'une exigence professionnelle doit être interprété de manière restrictive tel que l'affirme l'Avocat général au paragraphe 72 de ses conclusions : « Dans la mesure où il permet une exception à une interdiction de discrimination de nature fondamentale, l'article 4, paragraphe 1, de la directive est de stricte interprétation. Cette position ne repose pas seulement sur la lettre comparativement restrictive de cette disposition, mais aussi sur le préambule de la directive qui souligne particulièrement que ledit motif de justification ne doit trouver à s'appliquer que "[d]ans des circonstances très limitées" ».

Est-ce que le fait d'interdire tous ports visibles d'un signe religieux ou de toutes autres convictions est une exigence professionnelle essentielle et déterminante? Il y a lieu de douter du caractère essentiel et déterminant de la règle interne litigieuse vu que l'exercice de la fonction, en l'espèce la fonction de réceptionniste, n'est pas rendu impossible ou plus difficile du fait du port d'un signe religieux ou de toutes autres convictions par l'employé.

Dans le cas où, malgré le point précédent, on peut considérer cette règle interne comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, il faut encore vérifier s'il existe un objectif légitime dont les moyens utilisés pour l'atteindre sont appropriés et nécessaires.

Au paragraphe 37 la Cour conclut que la volonté de l'entreprise d'afficher une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse doit être considérée comme légitime vu qu'il s'agit de la liberté d'entreprise reconnue à l'article 16 de la Charte et que la Cour avait déjà reconnu dans son arrêt Eweida précité qu'un tel objectif pouvait, dans certaines limites, apporter une restriction à la liberté de religion. Hors deux remarques peuvent être faites à ce niveau :

Premièrement, le paragraphe 94 dans l'arrêt Eweida cité par la Cour comme justification est rédigé comme suit : « D'une part était en jeu la volonté de Mme Eweida de manifester sa conviction religieuse. Ainsi qu'il a déjà été dit, c'est un droit fondamental, non seulement parce qu'une société démocratique saine a besoin de tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité mais aussi en raison de l'utilité que revêt pour quiconque fait de la religion un principe essentiel de sa vie la possibilité de communiquer cette conviction à autrui. D'autre part était en jeu la volonté qu'avait un employeur de projeter une certaine image commerciale. La Cour estime que, si ce dernier but était assurément légitime, les tribunaux internes lui ont donné trop d'importance. ». Dans ce passage, la Cour reconnaît effectivement que la liberté d'entreprise est un objectif légitime mais ne donne aucune

explication. Le fait de faire référence à ce passage me semble très pauvre pour un raisonnement juridique.

Deuxièmement, même s'il est vrai que l'article 2, § 5 de la directive 2000/78 autorise certaines législations nationales discriminatoires lorsqu'elle sont nécessaires pour, entre autre, protéger des droits et libertés d'autrui il est toutefois nécessaire de tenir compte du caractère particulier de cet article 16 de la Charte. En effet, sa formulation même fait de la liberté d'entreprise une liberté qui trouve son existence en se référant au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales. Tel que le précise la Cour dans l'arrêt *Ski Österreich*, « conformément à la jurisprudence de la Cour, la liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société. Sur le fondement de cette jurisprudence et eu égard au libellé de l'article 16 de la Charte, qui se distingue de celui des autres libertés fondamentales consacrées au titre II de celle-ci tout en étant proche de celui de certaines dispositions du titre IV de cette même Charte, la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique »²². Il ressort de cette jurisprudence que le droit de liberté d'entreprise n'est pas un droit absolu et qu'il peut être soumis à un large éventail de restrictions.

La Cour conclut donc que l'objectif de neutralité est une justification légitime sans plus d'explication et poursuit ensuite par l'analyse de la proportionnalité au paragraphe 40 en disant que la règle est apte à « assurer la bonne application d'une politique de neutralité » et que cette politique a été véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique par l'entreprise. De la même façon que pour la détermination d'une justification légitime, la Cour ne donne pas de réelles justifications qui permettent de voir de quelle manière cette règle interne est effectivement appropriée pour atteindre le but légitime.

Elle passe ensuite à l'examen du caractère nécessaire de la règle interne et dit en son paragraphe 43 qu'il faut vérifier si « en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eut été possible à G4S, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement ». Elle ajoute également qu'il « incombe à la juridiction de renvoi, eu égard à tous les éléments du dossier, de tenir compte des intérêts en présence et de limiter les restrictions aux libertés en cause au strict nécessaire ».

²² C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich GmbH contre Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, §§45-46.

La Cour conclut ainsi qu'il existe une mesure moins contraignante mais qu'il faut tenir compte des intérêts de chacun afin de voir si en permettant à Mme Achbita de changer de fonction et donc de pouvoir porter le voile islamique cela ne crée pas des contraintes matérielles ou financières trop importantes pour l'entreprise. Elle compare et met sur un même pied d'égalité les intérêts de la liberté de non-discrimination fondée sur la religion et de la liberté d'entreprise.

Selon moi, la Cour ne peut en aucun cas mettre ces deux libertés sur un même pied d'égalité et doit effectuer un contrôle de proportionnalité beaucoup plus stricte afin de voir si la liberté d'entreprise peut créer une discrimination fondée sur la religion.

Il est fort probable que si aucun employé ne porte de signe religieux ou de signes de toutes autres convictions sur lui, l'image de neutralité sera perçue par un certain nombre de clients. Cependant, il est également probable que d'autres y voient justement un signe de non neutralité vu que l'entreprise pourrait dégager une image « athée ». La neutralité pourrait également se percevoir au contraire dans la diversité des employés portant indistinctement des signes religieux ou non. Cette règle ne semble donc pas totalement appropriée pour atteindre cet objectif de neutralité.

Quant au caractère nécessaire de la règle interne, autrement dit la question de savoir s'il existe une mesure moins contraignante permettant d'atteindre le même but légitime, il ne me semble pas que le fait de placer toutes personnes portant un signe religieux ou un signe d'une autre conviction dans une fonction ne comportant pas de contact direct avec le client tel que le propose la Cour soit une mesure moins contraignante car cela aurait pour conséquence de créer une nouvelle discrimination fondée sur la religion dans l'accès à certaines fonctions.

En l'occurrence, la règle interne en l'espèce crée une discrimination indirecte fondée sur la religion.

V. Arrêt C-188/15 Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme c. Micropole SA

A. Résumé des faits

Mme Bougnaoui est employée par la société Micropole en qualité d'ingénieur d'étude qui exige un grand nombre de contacts avec la clientèle. Suite à une plainte d'un client concernant le port du voile par Mme Bougnaoui, la société lui demande de ne plus le porter lors de l'exercice de sa fonction. Cette dernière refuse et se voit licenciée par lettre le 22 juin 2009.

B. Question juridique

La question juridique qui se pose ici est de savoir si le licenciement de Mme Bougnaoui pour port du voile islamique lors de l'exercice de sa fonction crée une discrimination fondée sur la religion.

C. Analyse juridique

a. Champ d'application

La première chose à faire est de vérifier que le cas de Mme Bougnaoui relève bien du champ d'application de la directive 2000/78 pour vérifier que la CJUE est bien compétente pour trancher le litige en l'espèce.

En son article 1^{er}, la directive 2000/78 a pour but de lutter contre les discriminations fondée, entre autre, sur la religion ou sur les convictions. Tout au long des paragraphes 27 à 30 la Cour démontre que par religion il faut entendre la liberté des personnes de manifester leur religion en privé ou en public. Nous sommes donc bien dans le champ d'application de la directive.

b. Définition des principes

Dans un second temps elle poursuit son analyse en examinant si la règle interne en cause au principal crée une discrimination sur base de la définition à l'article 2 de la directive précitée qui précise qu'on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs énoncés à l'article 1^{er} de la même directive.

L'article 2 poursuit en définissant la discrimination directe et indirecte :

Une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable que ne l'est une autre personne se trouvant dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} de la directive 2000/78 ;

Une discrimination indirecte se produit 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, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

Pour constituer une discrimination il est donc nécessaire d'identifier deux groupes en situation comparable et subissant un traitement différent (ou deux groupes en situation différentes subissant un traitement comparable) fondé sur un motif expressément prohibé.

Comme vu précédemment, il ne faut pas confondre le principe d'égalité de traitement et le principe de non-discrimination. Le principe d'égalité de traitement concerne un traitement différent entre des personnes d'un même groupe et, ce, quel que soit le motif.

c. Examen de la discrimination fondée sur la religion

1. Deux groupes distincts dans une situation comparable

Au paragraphe 31, la Cour commence son analyse en précisant qu'elle ne peut déterminer s'il s'agit d'une discrimination directe ou indirecte sur base de la décision de renvoi. Elle justifie cela en poursuivant son raisonnement par deux hypothèses qui engendrent des développements différents, le cas où le licenciement serait fondé sur une règle interne en vigueur au sein de l'entreprise et le cas où il ne serait pas fondé sur une règle interne.

Dans le premier cas elle part d'une règle interne qui interdirait le port de tous signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses mais ne définit pas clairement deux groupes.

Dans sa deuxième hypothèse, la Cour examine le cas où le licenciement serait fondé sur la simple volonté de l'employeur d'interdire à son employée de porter le voile lors de l'exercice de sa fonction sans pour autant distinguer les deux groupes nécessaires à l'examen de l'existence d'une discrimination.

La Cour fait une distinction qui n'est pas nécessaire pour déterminer s'il existe ou non une discrimination. Quel que soit le fondement du licenciement, la directive 2000/78 s'applique à « toutes les personnes (...) en ce qui concerne : (...) ; c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération ; (...) ». De plus, sa première hypothèse se fonde sur une pure supposition de règle interne ce qui ne peut être une base pour développer un raisonnement juridique.

Dans la lettre de licenciement de Mme Bougnaoui, l'entreprise déclare de manière claire que le refus de retirer son voile islamique lors de l'exercice de sa fonction a été la cause de son licenciement. En partant de ce constat, Mme Bougnaoui est une employée portant le voile et subissant le traitement défavorable en comparaison à un employé dans la même situation qu'elle ne portant pas le voile et bénéficiant du traitement favorable.

En effet, à aucun moment l'entreprise précise à Mme Bougnaoui que ce traitement défavorable serait pareil pour toutes autres personnes manifestant ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques. Tout au long de la lettre, la seule justification énoncée du licenciement est la volonté d'un ou plusieurs clients de ne pas être servis par une employée portant le voile islamique. C'est ce

qui m'amène à conclure que les deux groupes sont donc ceux qui portent le voile islamique et ceux qui ne le porte pas.

2. Un traitement différent

Dans ses deux hypothèses, aucune analyse n'est faite du traitement différent.

Selon les groupes identifiés par mes soins dans le point précédent, un traitement différent existe bien entre les employés portant le voile islamique sur leur lieu de travail comparé aux autres employés qui ne le porte pas, vu que suite aux raisons exposées dans la lettre de licenciement, les personnes refusant de retirer le voile islamique lors de l'exercice de leur fonction se voit licenciées contrairement aux autres.

3. Un motif expressément prohibé

Mme Bougnaoui estime être victime d'une discrimination fondée sur la religion vu que l'entreprise lui interdit de manifester sa religion sur son lieu de travail.

4. Discrimination directe ou indirecte ?

En son §32 la Cour conclut dans sa première hypothèse qu'il s'agit d'une discrimination indirecte car la règle interne telle que supposée par la Cour est selon elle d'apparence neutre mais crée un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données. Si effectivement cette règle devait exister, elle pourrait effectivement être neutre et ne pas constituer une discrimination directe fondée sur la religion si elle s'applique indistinctement aux employés portant un signe visible religieux et aux employés portant un signe visible de convictions politiques ou philosophiques. Cependant, la Cour précise qu'un désavantage particulier est subit par les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données. Autrement dit, la Cour estime que les personnes adhérant à une religion ou à d'autres convictions sont plus susceptible de subir un traitement défavorable que les personnes n'adhérant à aucune convictions religieuses, philosophiques ou politiques. Cependant, cette analyse étant basée sur une simple supposition de la Cour de l'existence d'une règle interne, il n'est pas possible de se baser dessus.

A partir du paragraphe 34, elle analyse sa deuxième hypothèse. Dans ce cas, aucun groupe dans une situation comparable, ni de traitement différent n'a été examiné. La Cour saute ces étapes et passe immédiatement à l'examen de la justification, ce qui n'est pas correct.

Selon mon analyse, la lettre de licenciement crée une discrimination directement fondée sur la religion vu que le licenciement de Mme Bougnaoui est directement dû au port du voile islamique et

que seuls les femmes musulmanes le portent. En effet, un employé portant un signe manifestant sa conviction politique ne sera pas licencié, tout comme s'il affiche un signe religieux autre que le voile islamique.

5. Justification et proportionnalité

L'article 2 de la directive 2000/78 prévoit qu'une discrimination indirecte peut être justifiée lorsque le critère ou la pratique discriminatoire peut être objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.

La Cour fait référence à cette possibilité de justification pour sa première hypothèse en son paragraphe 33 mais ne la développe cependant pas. Concernant sa deuxième hypothèse elle analyse immédiatement les possibilités de justifications permettant de conclure qu'il n'existe pas de discrimination. Elle commence donc par l'analyse de l'existence d'une justification pour déterminer s'il existe ou non une discrimination ce qui est totalement erroné.

La discrimination directe telle qu'identifiée ci-dessus dans mon raisonnement peut être justifiée par une exigence professionnelle comme le précise l'article 4 de la directive 2000/78. En effet, il est permis de prendre des mesures qui constituent des exigences professionnelles essentielles et déterminantes en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice. Comme analysé dans l'affaire Achbita précitée, les règles vestimentaires peuvent relever des conditions d'exercice de l'entreprise et sont donc autorisées à condition qu'elles soient justifiées par un objectif légitime et proportionné.

La Cour conclut de manière très brève et sans arguments juridique au paragraphe 41 que « la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition. ». Elle n'analyse ni les éléments nécessaires pour être en présence d'une exigence professionnelle ni même s'il existe un objectif légitime pouvant justifier l'existence d'une discrimination.

Cette exigence professionnelle doit s'interpréter de manière stricte telle que vu précédemment. Est-ce que le fait d'interdire le port du voile islamique est une exigence professionnelle essentielle et déterminante? L'exercice de la fonction, en l'espèce la fonction d'ingénieur d'étude, n'est pas rendu impossible ou plus difficile du fait du port d'un voile islamique par l'employé. Une exigence vestimentaire pour des raisons d'hygiène ou de sécurité au travail est perçue comme essentielle et déterminante pour l'exercice de certaines fonctions car sans cela la fonction peut être dangereuse, voire impossible. Selon moi, l'objectif de ne pas vouloir heurter certains clients n'est pas une

exigence professionnelle permettant de justifier une discrimination directe fondée sur la religion, d'autant plus qu'il faut donner une interprétation stricte de ce caractère « essentiel et déterminant ».

Cependant, s'il devait s'agir d'une exigence professionnelle, il faudrait encore qu'elle soit justifiée par un objectif légitime et que les moyens mis en œuvre pour l'atteindre soient proportionnés.

Quelle est l'objectif légitime avancé par l'entreprise ? la volonté de ne pas heurter les clients vis-à-vis d'un signe religieux précis qui est le voile islamique. L'objectif est donc le même que dans l'arrêt Achbita, il s'agit d'une volonté de neutralité mais qui ne porte que sur le port du voile islamique. Est-ce un objectif légitime ? Tel que vu précédemment il peut résulter de la liberté d'entreprise consacré par l'article 16 de la Charte. Cependant, ce droit n'étant pas absolu il peut faire l'objet de nombreuses restrictions, notamment le fait de ne pas créer de discrimination fondée sur la religion.

Est-ce que les moyens mis en œuvre sont appropriés pour atteindre le but légitime ? Il me semble que si l'entreprise souhaite dégager une image de neutralité afin de ne pas heurter ses clients elle devrait étendre l'interdiction du port du voile aux autres port de signes religieux, philosophiques ou politiques. Cependant, tel que vu dans l'arrêt Achbita, cette neutralité peut se percevoir également dans la diversité de port de signes visibles par les employés. Selon moi, cette interdiction du port du voile n'est pas approprié pour atteindre la volonté de l'entreprise de ne pas heurter ses clients.

La lettre de licenciement, telle que formulée, crée une discrimination directe fondée sur la religion.

d. Comparaison de l'arrêt Achbita (C-157/15) et de l'arrêt Bougnaoui (C-188/15)

Dans les deux arrêts, l'objectif avancé pour justifier la discrimination créée par les règles internes des entreprises sont la volonté de neutralité afin de ne pas heurter les clients dans leurs propres convictions. Dans l'arrêt Bougnaoui la Cour estime que cette volonté de suivre les souhaits des clients n'est pas considérée comme une exigence professionnelle permettant de justifier une discrimination. Dans l'arrêt Achbita au contraire, la Cour estime que cette volonté de neutralité est un objectif légitime.

L'Avocat général affirme au 92^{ème} paragraphe de ses conclusions de l'arrêt Achbita 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 ». Ce passage vient en réalité de la Cour dans l'arrêt Eweida. Dans tel cas on se retrouve à comparer le droit d'exiger d'être servi sans discrimination à la liberté de religion, ce qui revient à comparer un intérêt à un droit protégé par une convention internationale, cela est aberrant. De plus, parler dans la même phrase de service aimable et dans les formes élémentaires de la politesse n'a aucun rapport avec le port d'un signe religieux.

En effet, ce n'est pas parce qu'on porte une croix autour du coup ou un voile islamique qu'on ne respecte pas les formes élémentaires de la politesse.

La Cour dans l'arrêt Bougnaoui semble ne plus suivre sa jurisprudence de l'arrêt Eweida ni de l'arrêt Achbita mais ne donne cependant pas d'explications sur son raisonnement juridique.

Selon moi, les deux arrêts créés une discrimination fondée sur la religion et ne sont en aucun cas justifié par une exigence professionnelle ou un objectif légitime.

Table des matières

I.	Introduction.....	3
II.	Arrêt C-443/15 David L. Parris c. Trinity College Dublin e.a.	3
A.	Résumé des faits.....	3
B.	Question juridique	4
C.	Analyse juridique.....	4
a.	<i>Champ d'application</i>	4
b.	<i>Définition des principes</i>	4
c.	<i>Examen de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle</i>	6
d.	<i>Examen de la discrimination fondée sur l'âge</i>	12
III.	Arrêt de la CEDH du 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie.....	16
A.	Résumé des faits.....	16
B.	Question juridique	16
C.	Analyse juridique.....	16
a.	<i>Le champ d'application</i>	16
b.	<i>Définition des principes</i>	17
c.	<i>Examen de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle</i>	17
d.	<i>Comparaison de l'arrêt Parris devant la CJUE et de l'arrêt Taddeucci devant la CEDH</i>	22
IV.	Arrêt C-157/15 Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV	22
A.	Résumé des faits.....	22
B.	Question juridique	22
C.	Analyse juridique.....	23
a.	<i>Champ d'application</i>	23
b.	<i>Définition des principes</i>	23
c.	<i>Examen de la discrimination fondée sur la religion</i>	24
V.	Arrêt C-188/15 Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme c. Micropole SA	29
A.	Résumé des faits.....	29
B.	Question juridique	30
C.	Analyse juridique.....	30
a.	<i>Champ d'application</i>	30
b.	<i>Définition des principes</i>	30
c.	<i>Examen de la discrimination fondée sur la religion</i>	31
d.	<i>Comparaison de l'arrêt Achbita (C-157/15) et de l'arrêt Bougnaoui (C-188/15)</i>	34

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt