

Le droit européen de la discrimination, un maelström d'incohérence ?

Entre beaux principes et réalités pratiques

Mémoire réalisé par
Brasseur Guillaume

Promoteur
Denis Martin

Année académique 2015-2016
Master de spécialisation en droit européen

Plagiat et erreur méthodologique grave

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>.

Table des matières

<i>I. Début d'un voyage sur un fleuve peu tranquille.....</i>	<i>1</i>
<i>II. Des concepts en eaux troubles.....</i>	<i>3</i>
1. Une déferlante de définitions.....	3
2. Discrimination indirecte : Des disparités bien ancrées.....	5
3. Une armada de justifications.....	7
<i>III. Quand la logique chavire.....</i>	<i>8</i>
<i>IV. Achbita : Voile sur des terres inexplorées.....</i>	<i>12</i>
1. Discrimination directe : Le cap à suivre.....	12
2. Discrimination indirecte : Louvoyer pour mieux justifier.....	18
3. La Cour face au chant des sirènes.....	21
<i>V. Basic Fit : À la recherche d'un phare dans la nuit.....</i>	<i>22</i>
1. Une directive à contre-courant.....	23
2. Des juges nationaux déboussolés.....	25
3. Se laisser porter par la brise européenne.....	29
<i>VI. Et si on remettait la cohérence à la barre ?.....</i>	<i>31</i>
<i>VII. Bibliographie.....</i>	<i>35</i>

I. Début d'un voyage sur un fleuve peu tranquille

« Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes »¹. Cette citation de Jean Monnet, un des pères fondateurs de la future Union européenne, jetait, il y a plus de 60 ans, les bases d'un principe fondamental : L'égalité, l'égalité de traitement et la non-discrimination entre les individus². Un principe ou trois du coup ? Veuillez nous excuser, il est possible que l'on s'égare dans les méandres de ces notions et de leur utilisation tant la Cour de justice de l'Union européenne en parle et en use de manière contradictoire au fil de sa jurisprudence.

En effet, l'égalité, l'égalité de traitement et la non-discrimination semblent vouloir échapper à toute classification claire et précise, aidées en cela par une attitude brouillonne voire volontairement confuse de la Cour de justice et, dans une moindre mesure, du législateur européen. Il faut l'admettre, ces concepts se déclinent en 1001 nuances selon les cas envisagés. Cependant, les approximations et détournements de notions effectués pour atteindre la solution souhaitée, au détriment de la logique juridique, viennent enténébrer ce pan du droit européen. Cette confusion des termes et la volatilité de leurs significations est bien entendu dommageable non seulement pour le juriste désireux de maîtriser cette matière, au cœur de la construction européenne, mais surtout pour les citoyens qui se retrouvent confrontés à une Cour qui picore dans les différentes notions selon ses envies du moment et qui laisse se développer une totale insécurité juridique et un certain sentiment d'arbitraire dans l'esprit des justiciables.

Outre cette question de confusion des concepts, nous aborderons également dans ce mémoire des sujets assez sensibles comme le port du voile au travail, qui génère systématiquement des levées de boucliers chaque fois qu'il revient sur la scène juridique et médiatique, et le concept dit du "Ladies only" qui séduit de plus en plus certaines entreprises dans divers secteurs. Ces deux sujets ont des impacts sociaux, sociétaux, politiques et économiques majeurs au sein de l'Union européenne. Si le port du voile avait déjà fait l'objet de décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme³, c'est

¹ Extrait du discours de Jean Monnet à Washington le 30 avril 1952.

² R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2003, p. 247.

³ Cour eur. D. H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n° 44774/98 ; Cour eur. D. H., arrêt Dogru c. France, 4 décembre 2008, req. n° 27058/05 ; Cour eur. D. H., arrêt Tuba Aktas c. France, 30 juin 2009, req. n° 43563/08.

la première fois que la question est soumise à la Cour de Justice⁴. Dans une Europe revendiquant haut et fort son pluralisme⁵ et son ouverture à l'Autre mais dont certains membres – politiciens, entreprises ou simples citoyens – émettent des réticences⁶, parfois vives, à l'encontre des différences culturelles ou religieuses au sein notre société, il y a fort à parier que l'arrêt que la C.J.U.E. rendra bientôt dans l'affaire *Achbita* risque d'en faire bondir plus d'un⁷. Quant au "Ladies only", il semblerait qu'il soit appelé à prendre une place de plus en plus importante. Que ce soit un étage d'hôtel exclusivement dédié aux dames⁸, une piscine réservant des plages horaires à la gent féminine⁹, des séances de cinéma à la seule attention des femmes¹⁰, un wagon excluant les hommes¹¹ ou encore une salle de fitness interdite aux membres masculins¹², les exemples pullulent démontrant l'engouement des entreprises pour ce concept. Même si cela engendre inévitablement de légitimes questionnements juridiques¹³. En effet, exclusion des personnes sur base de leur sexe semble assez peu compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination que prône l'Union européenne.

Nous analyserons ainsi principalement le concept de non-discrimination et ses nuances à travers deux affaires particulières et nous verrons que les réponses apportées par les cours et tribunaux, au niveau belge ou européen, sont loin d'être exemptes de tout reproche sur le plan de la logique juridique.

⁴ Dans les affaires *Achbita* C-157/15 et *Boungaoui* C-188/15 encore pendantes lors de l'écriture de ce mémoire. M. RUBENSTEIN, « Recent and current employment discrimination cases in the Court of justice of the European Union », *Equal Rights R.*, 2015, p. 73.

⁵ Article 2 du Traité sur l'Union européenne.

⁶ M. GEELKENS, « Religion et travail : comment éviter les dérapages ? », 6 février 2014, *Trends*, p. 63 ; A. BENNAMI et I. BARTH, « L'expression religieuse dans les entreprises : sortir des préjugés. Revue internationale de 201 cas de litiges juridiques », in *Management et religions, décryptage d'un lien indéfectible*, Strasbourg, Éditions Management et Société, 2012, p. 41 et s. ; F. KRENC, « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », in *La vie privée au travail*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, p. 115.

⁷ E. BRISBOSIA et I. RORIVE, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 951 et s.

⁸ H. BASKAS, « Women-only hotel floor ruled illegal, discriminatory », 30 avril 2014, *CNBC*, disponible sur <http://www.cnb.com/2014/04/30/women-only-hotel-floor-ruled-illegal-discriminatory.html>

⁹ *La Libre.be*, « Jambes, une piscine réservée aux femmes qui suscite la polémique », 1^{er} avril 2015, <http://www.lalibre.be/regions/namur/jambes-une-piscine-reservee-aux-femmes-qui-suscite-la-polemique-551bfeef35704bb01b7c56a2>

¹⁰ <http://www.ladies-night.be/>

¹¹ *Le Point.fr*, « Allemagne : gros malaise autour de wagons réservés aux femmes », 1^{er} avril 2016, http://www.lepoint.fr/societe/allemande-gros-malaise-autour-de-wagons-reserves-aux-femmes-01-04-2016-2029438_23.php

¹² *Stopp v. Just Ladies Fitness (Metrodown) and D.* (No. 3), 2006, BCHRT 557, 21 novembre 2006 ; *La Libre.be*, « Oui, une salle de fitness peut être réservée aux femmes », 4 novembre 2014, <http://www.lalibre.be/actu/belgique/oui-une-salle-de-fitness-peut-etre-reservee-aux-femmes-545922f83570a5ad0ee073c6>

¹³ S. BURRI et A. McCOLGAN, « Sex-segregated Services », décembre 2008, Commission européenne – Direction générale de l'emploi des affaires sociales et de l'égalité des chances, p. 7 et s., <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/> ; EQUINET EUROPEAN NETWORK OF EQUALITY BODIES, « Equality Bodies and the Gender Goods and Services Directive », novembre 2014, p. 32 et s., <http://www.equineteurope.org/>

II. Des concepts en eaux troubles

Pour démarrer notre périple dans les méandres de la jurisprudence européenne, il est avant tout nécessaire de comprendre les différentes notions abordées et ce qu'elles recouvrent exactement. Nous nous rendrons rapidement compte que les caractéristiques de ces concepts sont toujours fort proches, au point de parfois être assimilées et confondues¹⁴, tout en comportant des divergences qu'il est indispensable d'assimiler.

1. Une déferlante de définitions

Tout d'abord, il peut être intéressant de découvrir ce qu'est une discrimination. Une discrimination naît lorsqu'une personne se trouve dans une situation comparable à une autre mais qu'elle se voit traitée différemment, et ce sur base d'un critère prohibé par le droit européen. Ces critères, énoncés dans le TFUE et dans de nombreuses directives ayant trait à cette question, sont : la nationalité, le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle. Une telle discrimination est interdite sauf dans certaines circonstances, que nous détaillerons ultérieurement, où il est possible de justifier celle-ci. Une discrimination ne peut donc exister que si un texte européen interdit d'utiliser un critère préalablement défini pour différencier deux groupes.

En revanche, la violation du principe d'égalité de traitement, principe non écrit mais nécessairement inhérent à toute société démocratique¹⁵, ne se base pas sur une série de critères prohibés. Cette violation voit le jour lorsqu'un individu se retrouve traité d'une manière moins favorable que ne l'est une personne en situation comparable appartenant au même groupe, à moins que cela ne soit justifié et proportionnel¹⁶. Non-discrimination et égalité de traitement divergent donc sur la question des critères prohibés ou non, sur la présence de deux groupes d'individus ou bien d'un seul et sur la nécessité de la justification.

Enfin, le principe d'égalité prévoit que deux personnes placées dans une situation comparable ne peuvent être traitées différemment, quel que soit le critère de cette différenciation, sauf si cela respecte les conditions d'une éventuelle justification. Ce serait donc un principe général de non-discrimination dans lequel il n'y aurait nul besoin d'avoir de critères prédéfinis. Cependant, certains

¹⁴ J. PORTA, « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *R.D.T.*, 2011, p. 290.

¹⁵ M. FALLON et D. MARTIN, « Dessine-moi une discrimination... », *J.D.E.*, 2010, p. 171.

¹⁶ D. MARTIN, « Sur la discrimination et la hiérarchie entre les discriminations dans le droit de l'Union : Pérégrinations autour d'un concept mystérieux », *Cahiers du CeDIE*, 2012/5, p. 9 et s., www.uclouvain.be/cedie

auteurs doutent très sérieusement de l'existence d'un tel principe en droit européen¹⁷. Voici donc les grandes lignes directrices de ces trois principes et surtout les nuances entre ces notions. Nuances qui, malheureusement, semblent parfois s'effacer dans les propos tenus par la Cour de justice.

Si nous examinons un peu plus en profondeur la question de la discrimination, qui sera notre principale préoccupation dans la suite de ce mémoire, nous pouvons constater qu'elle peut être soit directe, soit indirecte. La discrimination directe est celle qui vient en premier lieu à l'esprit, à savoir le traitement moins favorable d'une personne par rapport à une autre dans une situation comparable en raison d'une caractéristique prohibée. On peut, par exemple, penser à un employeur qui refuserait d'engager des personnes de couleur. La discrimination indirecte, en revanche, se produit lorsqu'une disposition ou pratique, qui semble neutre au premier abord, se révèle en réalité plus défavorable à un groupe de personnes en raison toujours d'un des critères prohibés. Ce sera plutôt le cas d'une règle prévoyant des avantages pour les employés à temps plein alors que les travailleurs à temps partiel en sont exclus, sachant que ce dernier groupe est principalement composé de femmes.

Une discrimination directe ne pourra être justifiée que si elle respecte les cas de justifications exhaustivement énumérés dans le TFUE ou les diverses directives. Une discrimination indirecte, quant à elle, pourra être justifiée dans ces cas-là mais aussi, plus largement, si elle poursuit un objectif légitime et que les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires. Les principes de légitimité des objectifs et de proportionnalité sont des éléments très fréquemment maniés dans le cadre du droit européen. Les buts légitimes peuvent facilement être trouvés en arpentant les traités de l'Union européenne et les considérants des directives. La proportionnalité, quant à elle, impose que l'application de la mesure en cause soit propre à garantir la réalisation de l'objectif légitime et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre¹⁸. Il est donc plus aisé de justifier une discrimination indirecte que directe. Bien entendu, il serait illusoire de croire que ces définitions concernant le caractère direct ou indirect ainsi que les justifications afférentes s'appliquent uniformément au sein des divers critères prohibés. Chaque caractéristique protégée, ou presque, apporte sa propre « coloration » à la notion de discrimination, pour reprendre les termes de Hernu¹⁹.

Maintenant que nous avons une idée générale de ce que sont la non-discrimination, l'égalité de traitement et l'égalité, voyons comment elles sont mises en œuvre par le législateur européen et

¹⁷ M. FALLON et D. MARTIN, *op. cit.*, p. 171 ; D. MARTIN, « Sur la discrimination... », *op. cit.*, p. 15. Les auteurs y remettent en cause l'existence d'un tel principe en s'appuyant notamment sur les conséquences de l'arrêt C.J.C.E., 17 février 1998, (Grant), C-249/96.

¹⁸ C.J.C.E., 15 décembre 1995, (Bosman), C-415/93, point 104 ; C.J.C.E., 30 novembre 1995, (Gebhard), C-55/94, point 37.

¹⁹ R. HERNU, *op. cit.*, p. 260.

par la Cour de justice de l'Union européenne. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il s'agira d'un voyage en eaux troubles.

Dans ce cheminement, nous analyserons la manière dont est abordée la discrimination en fonction des différents critères prohibés. Si la définition de la discrimination directe donnée par le législateur et la jurisprudence semble identique en toute circonstance (quoique), l'appréhension de la discrimination indirecte varie fortement selon le critère en question, tout comme les possibilités de justifications.

2. Discrimination indirecte : Des disparités bien ancrées

Nous présenterons donc ici la définition donnée à la discrimination indirecte en fonction des différents critères protégés par le droit européen.

Débutons par l'interdiction de discriminer sur base de la nationalité prévue dans l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Avec son énoncé fort concis, même en combinaison avec l'article 45 TFUE consacrant la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, la Cour de justice s'est vue contrainte de formuler elle-même la définition de la discrimination indirecte. Selon le paragraphe 20 de l'arrêt *O'Flynn*²⁰, une disposition « doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers ». Cette formulation sera répétée inlassablement en matière de discrimination indirecte des travailleurs sur base de la nationalité²¹.

L'arrêt qui pose les bases de la discrimination indirecte fondée sur le sexe est l'arrêt *Jenkins*²² de 1981. Dans son considérant 13, la Cour considère qu'elle est face à une discrimination indirecte lorsqu'un « pourcentage considérablement plus faible » de personnes d'un sexe bénéficie d'un avantage octroyé aux membres de l'autre sexe. Les femmes (puisque ce sont généralement les victimes dans ces cas-là) qui voudraient se plaindre d'un traitement plus défavorable à leur encontre qu'à l'égard des hommes ne pourraient le faire que si elles sont très majoritairement défavorisées et devraient en outre en apporter la preuve statistique. Le législateur s'inspirera de cette définition dans sa directive 97/80²³ avant de modifier sa position quelques années plus tard dans la directive

²⁰ C.J.C.E., 23 mai 1996, (*O'Flynn*), C-237/94.

²¹ C.J.C.E., 16 septembre 2004, (*Merida*), C-400/02 ; C.J.C.E., 18 janvier 2007, (*Celozzi*), C-332/05 ; C.J.U.E., 28 juin 2012, (*Erny*), C-172/11.

²² C.J.C.E., 31 mars 1981, (*Jenkins*), C-96/80.

²³ Directive (CE), n° 97/80 du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *J.O. L 014*, 20 janvier 1998, p. 6.

2004/113²⁴ concernant l'accès des biens et services et la directive refonte 2006/54²⁵ en matière d'emploi en donnant, à l'article 2, une nouvelle définition de la discrimination indirecte sur base du sexe, rompant ainsi catégoriquement avec sa définition précédente et la jurisprudence de la Cour. Désormais, la discrimination indirecte est vue comme telle lorsque la pratique apparemment neutre « désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe ». Cependant, la Cour de justice ne semble pas vouloir prendre en compte la volonté du législateur européen et maintient, comme jurisprudence constante, l'idée qu'il faut que la pratique apparemment neutre « désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes »²⁶. Nous avons donc, concernant le critère du sexe, une opposition flagrante entre d'une part le législateur qui parle d'une disposition apparemment neutre qui *désavantagerait particulièrement* un sexe, prenant dès lors en compte les discriminations potentielles, et la C.J.U.E. lui préférant la notion de mesure qui *désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé* de femmes, qui, en ne retenant qu'un calcul purement statistique, exige que la différence de traitement soit réelle²⁷. Il s'agit là d'un manifeste excès de pouvoir de la Cour qui ne devrait qu'appliquer et interpréter les dispositions du législateur et non pas les remplacer par ses propres positions.

Dans ses directives 2000/43²⁸ et 2000/78²⁹ relatives à l'égalité de traitement³⁰ en matière d'emploi sur base respectivement de la race ou de l'origine ethnique et de la religion ou convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle, le législateur a choisi une définition de la discrimination indirecte proche à la fois de celle que la Cour de justice a donné en matière de nationalité et de celle qu'il introduira plus tard dans la directive 2006/54, à savoir « une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre [...] susceptible d'entraîner un désavantage particulier à une personne » sur base d'une caractéristique protégée.

²⁴ Directive (CE), n° 2004/113 du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *J.O.*, L 373, 21 décembre 2004, p. 37.

²⁵ Directive (CE) n° 2006/54 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *J.O.*, L 204, 26 juillet 2006, p. 23.

²⁶ C.J.U.E., 20 octobre 2011, (Brachner), C-123/10, point 56 ; C.J.U.E., 14 avril 2015, (Cachaldora), C-527/13, point 28.

²⁷ R. HERNU, *op. cit.*, p. 331.

²⁸ Directive (CE) n°2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.*, L 180, 19 juillet 2000, p. 22.

²⁹ Directive (CE) n°2000/78 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, *J.O.*, L 303, 2 décembre 2000, p. 16.

³⁰ Bien que les titres de ces directives se centrent sur l'égalité de traitement, les articles 1^{ers} de chacune d'entre elles précisent que l'objet de ces directives est bien la lutte contre la discrimination fondée sur les critères prohibés afférents. L'un des multiples exemples de la confusion qui règne entre ces notions.

3. Une armada de justifications

Comme mentionné précédemment, les discriminations directes ne peuvent être acceptées que si elles respectent les causes de justification limitativement établies dans le TFUE et les directives. Nous retrouvons là le triptyque ordre public, sécurité publique et santé publique inscrit à l'article 45, §3, TFUE en matière de nationalité et une disposition équivalente dans l'article 2, §5, de la directive 2000/78 concernant la religion, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. Les directives 2000/43³¹, 2000/78³² et 2006/54³³ prévoient également chacune une justification des discriminations directes en cas d'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Cette justification permet de ne pas considérer une différence de traitement comme une discrimination si la caractéristique ciblée constitue une exigence professionnelle en raison de la nature de l'activité et pour autant que l'on retrouve les principes de légitimité de l'objectif ainsi que la proportionnalité de la mesure. On imagine aisément que pour jouer un personnage africain au cinéma, on puisse prévoir d'embaucher une personne de couleur, ou que l'on réserve certains postes spécifiques dans une prison pour femmes à des femmes³⁴. Toujours en matière de justification des discriminations directes, la directive 2000/78 introduit des éléments inédits dans le paysage de la discrimination. Elle permet, par son article 4, §2, aux églises et entreprises dont l'éthique est fondée sur la religion, appelées « entreprises de tendance », d'établir un traitement différencié sur base de la religion pour certaines fonctions particulières. Il s'agit là d'un prolongement de la notion d'exigence professionnelle essentielle. Concernant le critère de l'âge, l'article 6 de cette même directive autorise une justification des discriminations, tant directes qu'indirectes, à partir du moment où elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime.

Pour la justification des discriminations indirectes, fort heureusement, il semblerait que tous les critères partagent une base commune, à savoir poursuivre un objectif légitime de manière proportionnée³⁵. Enfin, presque tous, puisque, outre les éléments divergents en matière de justification des discriminations directes qui s'appliquent tout autant aux discriminations indirectes, la directive 2000/78 introduit également une possibilité de justification spécifique au handicap dans son article 2, b, ii. Cette justification fait référence à un concept inédit dans le droit européen, l'aménagement raisonnable en matière de handicap, que nous ne détaillerons pas dans ce mémoire.

³¹ En son article 4.

³² En son article 4, §1.

³³ En son article 14.

³⁴ C.J.C.E., 30 juin 1988, (Commission c. France), C-318/86.

³⁵ C.J.C.E., 23 mai 1996, (O'Flynn), C-237/94, point 20, en matière de nationalité ; article 2, §1, b, de la directive 2006/54 en matière de sexe ; article 2, §2, b, de la directive 2000/43 en matière de race et d'origine ethnique ; article 2, §2, b, i, de la directive 2000/78 en matière de religion, de handicap, d'âge et d'orientation sexuelle.

Voici donc les multiples "colorations" que peut prendre le concept de discrimination selon le critère concerné. Et nous n'avons observé ces caractéristiques que dans le cadre de l'emploi. De nouvelles particularités viennent se dessiner dans d'autres domaines couverts par le droit européen.

Pour la discrimination indirecte, nous retenons les expressions « susceptible par sa nature même de défavoriser plus particulièrement » dans le cas de la nationalité, « susceptible d'entraîner un désavantage particulier » pour la race, la religion, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle et, en matière de sexe, d'une part la formulation de la directive « désavantagerait particulièrement », et d'autre part l'expression « désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé », préférée par la Cour. Les nuances sont nombreuses et peuvent avoir des répercussions pratiques parfois importantes. Concernant les justifications, nous pointerons que l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique peuvent justifier une discrimination directe ou indirecte fondée sur la nationalité, la religion, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle, que l'exigence professionnelle peut justifier des discriminations se basant sur tous les critères à l'exception de la nationalité, qu'elle se voit prolongée en matière de religion, que quelle que soit la discrimination fondée sur l'âge, elle peut être également justifiée si elle poursuit un objectif légitime et est proportionnée et que le handicap se voit accorder le bénéfice de l'exigence d'un aménagement raisonnable.

Face à une telle litanie de particularismes propres à chaque critère, on ne peut que reconnaître la multiplicité et la complexité de la discrimination³⁶. Mais la principale source de confusion n'est pas encore révélée, même si elle se laisse déjà deviner çà et là. Cette confusion réside surtout dans la manière dont la Cour de justice jongle avec le concept de discrimination et les notions connexes.

III. Quand la logique chavire

La Cour de justice de l'Union européenne a déjà démontré, en ignorant la définition de la discrimination indirecte, fondée sur le sexe, établie par le législateur pour lui en préférer une de sa propre conception, qu'elle ne se refusait pas quelques écarts juridiques pour imposer ses idées. Que ce soit en intervertissant certains principes pour atteindre la solution qu'elle privilégie, en intégrant des éléments nouveaux dans les définitions ou encore en faisant l'impasse sur les bases mêmes des

³⁶ D. MARTIN, « Sur la discrimination... », *op. cit.*, p. 6 ; M. SWEENEY, « Le principe d'égalité de traitement en droit social de l'Union européenne : d'un principe moteur à un principe matriciel », *R.F.A.S.*, 2012, p. 59 ; J. PORTA, *op. cit.*, p. 362.

concepts qu'elle manie, la jurisprudence, extrêmement casuistique et peu cohérente³⁷, de la Cour que nous allons analyser a de quoi surprendre et même inquiéter.

Confrontée à une affaire dans laquelle un constat de discrimination directe devait être établi selon toute vraisemblance, il est déjà arrivé à notre haute Cour de confondre deux notions, par erreur ou volontairement. Au-delà de la simple difficulté supplémentaire qu'implique cette permutation pour la compréhension du droit européen de la discrimination, la question centrale dans ces circonstances est la possibilité de justification des mesures. En effet, la discrimination directe ne peut être justifiée que dans des cas limités définis par le législateur alors que cette possibilité de justification s'avère bien plus large lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une discrimination indirecte.

L'arrêt *Schnorbus*³⁸ est l'un des exemples flagrants de cette dérive de la Cour de justice qui, éventuellement gênée par des définitions trop peu claires ou trop peu adaptées³⁹, a fait primer sa volonté d'atteindre la solution qu'elle visait au détriment de la logique juridique la plus élémentaire. Dans les grandes lignes, une discrimination directe est une discrimination se fondant expressément sur un critère prohibé, une discrimination ostensible et manifeste⁴⁰ pourrait-on dire. La discrimination indirecte se présente, elle, sous la forme d'une mesure apparemment neutre mais qui peut désavantager un groupe. Cependant, la notion de discrimination directe recouvre également les discriminations qui, même sans cibler expressément une personne ou un groupe sur base d'un critère prohibé, implique néanmoins en pratique qu'une seule catégorie de personnes est susceptible de subir un désavantage⁴¹ ou bien qu'aucun membre de cette catégorie ne puisse prétendre au bénéfice de la mesure critiquée⁴². On retrouve cette idée déjà dès l'arrêt *Dekker*⁴³ de 1990 dans lequel la Cour avait constaté « qu'un refus d'engagement pour cause de grossesse ne peut être opposé qu'aux femmes et constitue dès lors une discrimination fondée sur le sexe ». Cette vision, donnant une logique primauté au fond sur la forme en matière de discrimination directe, est appuyée par la doctrine⁴⁴ et a bel et bien

³⁷ D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 10 et s.

³⁸ C.J.C.E., 7 décembre 2000, (*Schnorbus*), C-79/99.

³⁹ M. FALLON et D. MARTIN, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁰ R. HERNU, *op. cit.*, p. 267.

⁴¹ Dans l'arrêt C.J.C.E., 10 mars 2005, (*Nikoloudi*), C-196/02, la Cour, dans son point 36, a reconnu qu'une mesure, apparemment neutre, désavantageant une catégorie de travailleurs exclusivement composée de femmes en raison d'une disposition ayant force de loi constituait bien une discrimination directe et non indirecte fondée sur le sexe.

⁴² Dans l'arrêt C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, (*Maruko*), C-267/06, la Cour, dans son point 72, a reconnu qu'une mesure allemande octroyant une pension de veuf aux seuls conjoints survivants mariés constituait une discrimination directe sur base de l'orientation sexuelle car le mariage n'étant pas admis pour les couples homosexuels en Allemagne, aucun homosexuel n'était en mesure de bénéficier de cette pension.

⁴³ C.J.C.E., 8 novembre 1990, (*Dekker*), C-177/88.

⁴⁴ C. TOBLER et K. WAALDIJK, « Case Comment : Case C-267/06 Maruko », *C.M.L. Rev.*, 2009, p. 738 et s. ; D. MARTIN, « L'interdiction de discriminer en raison de la nationalité : quelques arrêts troublants », *R.A.E.*, 2009-

été entérinée par la jurisprudence de la Cour de justice. Cela ne l'a néanmoins pas empêché en 2000 de considérer, dans cette affaire *Schnorbus*, qu'une règle allemande prévoyant une prérogative dans l'accès à une formation en faveur des personnes ayant effectué leur service militaire obligatoire constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe alors même que, en raison de la loi, seuls les hommes pouvaient effectuer ce service militaire. Son point 33 énonçait que « seules les dispositions qui s'appliquent différemment selon le sexe des personnes concernées peuvent être considérées comme constituant une discrimination directement fondée sur le sexe ». En transformant une évidente discrimination directe en une discrimination indirecte, la C.J.C.E. se ménageait ainsi la possibilité de justifier plus facilement la mesure, ce qu'elle n'hésita pas à faire bien entendu.

Dans un arrêt *Wolzenburg*⁴⁵, la Cour continue sur sa lancée en ignorant à nouveau une discrimination directe et ses implications. Dans cette affaire, la législation néerlandaise permettait la remise d'un ressortissant allemand en cas de mandat d'arrêt européen, mais ne l'autorisait pas dans le cas d'un Néerlandais. La Cour considérait que la situation d'un ressortissant d'un autre Etat membre était, en l'espèce, comparable à celle d'un ressortissant des Pays-Bas, et aurait donc dû, sur cette base, conclure à une discrimination directe fondée sur la nationalité⁴⁶. Cependant, sans doute pour "sauver" cette réglementation néerlandaise⁴⁷, la Cour a attribué, dans son point 63, à la discrimination la définition de l'égalité de traitement, à savoir que des situations comparables doivent être traitées de manière égale, à moins que la différence de traitement ne soit objectivement justifiée. Elle "oublie" donc qu'une discrimination directe fondée sur la nationalité ne peut être justifiée que par les raisons limitativement énoncées dans le TFUE que sont l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique. En partant de cette mauvaise définition et de cette confusion des concepts, la Cour parvient donc à justifier la législation néerlandaise. À nouveau, la C.J.U.E. choisit de privilégier le résultat qu'elle désirait atteindre en sacrifiant la cohérence de son raisonnement juridique⁴⁸.

Après la discrimination indirecte et l'égalité de traitement, c'est contre le concept de l'entrave que la Cour a décidé de troquer un cas de discrimination directe. Malgré l'avis contraire de l'avocat général, la Cour a considéré, dans son arrêt *Sevic*⁴⁹, qu'une législation n'autorisant les opérations de fusion qu'aux sociétés ayant leur siège en Allemagne n'était pas discriminatoire sur base de la nationalité de la société, mais constituait bien une entrave susceptible d'être justifiée par des raisons

2010/2, p. 246 ; C. TOBLER, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Commission européenne – Direction générale de l'emploi des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2008, p. 54 et s.

⁴⁵ C.J.C.E., 6 octobre 2009, (*Wolzenburg*), C-123/08.

⁴⁶ D. MARTIN, « Sur la discrimination... », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁷ M. FALLON et D. MARTIN, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁸ D. MARTIN, « L'interdiction de discriminer... », *op. cit.*, p. 240 et s.

⁴⁹ C.J.C.E., 13 décembre 2005, (*Sevic*), C-411/03.

impérieuses d'intérêt général. Encore et toujours, la Cour de justice se débarrasse d'une gênante discrimination directe et de sa faible marge de justification en intervertissant les notions.

L'arrêt *Chez*⁵⁰ est l'occasion pour la Cour d'ajouter de nouveaux éléments à la définition de la discrimination directe. Si, jusque-là, la discrimination était directe lorsqu'elle visait expressément un seul groupe sur base d'un critère prohibé⁵¹, elle pourrait désormais, si l'on suit l'enseignement de cette affaire, résulter également de la simple intention de nuire à un groupe. En effet, dans son point 91, la Cour, rassemblée en grande chambre, énonce qu'une « pratique litigieuse constitue une discrimination directe [...] s'il s'avère que ladite mesure a été instituée et/ou maintenue pour des raisons liées à l'origine ethnique commune à la majeure partie des habitants du quartier concerné ». Se trouve donc introduite dans la définition de la discrimination directe la notion d'intention. La Cour précise également, dans son point 82, que pour démontrer cette intention, le juge national peut regarder si l'auteur de la mesure litigieuse a émis des préjugés. Cette approche ne semble en rien en phase avec la conception classique qui s'attache à observer les effets réels de la discrimination plutôt que ses raisons. Tout au plus, le caractère intentionnel pourrait gêner la justification d'une discrimination indirecte en vidant de sa légitimité l'objectif poursuivi.

Enfin, la Cour de justice fait parfois quelque peu l'impasse sur les bases de la notion de discrimination. Dans son arrêt *Jämställdhetsombudsmannen*⁵², elle ignore l'argument, pourtant incontournable, consistant à dire que les fonctions de sage-femme et d'ingénieur de clinique ne sont pas comparables et, partant, qu'il ne peut y avoir de discrimination puisque la définition de celle-ci, répétée à l'envi depuis des décennies, implique que des situations comparables soient traitées de manière différente sur base d'un critère prohibé. En passant outre la question de la comparabilité des situations, la Cour omet un élément fondamental et ne peut qu'aboutir à une réponse erronée⁵³.

Nous avons donc, dans ces quelques lignes, mis en lumière la multiplicité et la complexité de la discrimination ainsi que la propension de la Cour de justice à confondre, et même à entretenir cette confusion des notions, pour atteindre le résultat souhaité et à modifier ses définitions selon les cas d'espèce. Sur base de ce terrain pour le moins chaotique, voyons les raisonnements tenus par les

⁵⁰ C.J.U.E., 16 juillet 2015, (*Chez*), C-83/14. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle une Bulgare se plaignait que les compteurs électriques de son quartier, majoritairement habité par des Roms, étaient placés à 6 mètres de haut, contre 2 mètres dans les autres quartiers. Vraisemblablement, et c'était l'avis de l'avocate générale, la Cour aurait dû conclure à une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique.

⁵¹ Ainsi que les cas où elle n'est défavorable qu'à un seul groupe ou empêche la totalité d'un groupe de bénéficier de la mesure.

⁵² C.J.C.E., 30 mars 2000, (*JämO*), C-236/98.

⁵³ D. MARTIN, *op. cit.*, p. 153.

juridictions et les solutions qui pourraient s'en dégager dans le cadre des deux affaires qui nous occupent.

IV. Achbita : Voile sur des terres inexplorées

Nous commencerons par l'affaire *Achbita* concernant le port du voile au travail, thème ô combien délicat comme le soulève l'avocate générale Kokott dans ses conclusions⁵⁴. Mme Achbita, de confession musulmane, était employée par la société G4S qui, selon une règle non écrite, n'autorisait pas le port de signes de convictions religieuses, politiques ou philosophiques au travail. Après avoir respecté cette interdiction durant trois ans dans l'entreprise, Mme Achbita a décidé de porter un foulard islamique sur son lieu de travail. En conséquence de cela, elle fut licenciée.

Le tribunal du travail d'Anvers⁵⁵ a refusé de reconnaître la qualification de discrimination directe ou indirecte. En appel, la cour du travail d'Anvers⁵⁶ a, elle aussi, rejeté l'idée d'une discrimination directe car la règle en cause était une interdiction générale visant indifféremment toutes manifestations religieuses et philosophiques, susceptible ainsi de toucher autant les croyants que les athées. Concernant l'existence d'une discrimination indirecte, elle ne s'est pas prononcée clairement mais a considéré que si une telle discrimination était avérée, elle serait justifiable par la politique de neutralité prônée par la société qui poursuit un objectif légitime en mettant en œuvre une mesure proportionnée. La Cour de Cassation⁵⁷ a, quant à elle, choisi de se tourner vers la C.J.U.E. avec une question préjudicielle demandant si l'interdiction de porter un foulard en tant que musulmane sur le lieu de travail constituait, ou non, une discrimination directe alors que la règle interdit à tous de porter des signes extérieurs de convictions politiques, philosophiques ou religieuses.

Voyons donc la ou les réponses adéquates que pourrait apporter la Cour de justice dans cette affaire. À n'en pas douter, la Cour suivra le conseil de son avocate générale et se prononcera sur la discrimination de manière globale, c'est pourquoi nous adopterons la même approche ici.

1. Discrimination directe : Le cap à suivre

En préambule à notre analyse plus détaillée, il nous paraît utile de préciser que, bien que la règle en vigueur dans l'entreprise proscrive le port de signes extérieurs tant de convictions politiques que philosophiques ou religieuses, il est nécessaire d'isoler chacun de ces éléments. On ne saurait en

⁵⁴ Conclusions de l'avocat général J. Kokott, 31 mai 2016, (*Achbita*), C-157/15.

⁵⁵ Trib. trav. Anvers, 27 avril 2010, R.G. 06/397639/A.

⁵⁶ C. trav. Anvers, 23 décembre 2011, *Orientations*, 2012/3, p. 24.

⁵⁷ Cass., 9 mars 2015, R.G. n° S.12.0062.N.

effet avancer qu'une pratique d'embauche se refusant à engager, par exemple, des femmes et des personnes d'origine africaine ne soit pas considérée comme deux discriminations directes fondées respectivement sur le sexe et sur l'origine ethnique sous couvert qu'une seule règle exclut plusieurs groupes protégés à la fois. De même, la règle en question doit être examinée ici par le seul prisme de la religion.

Pour savoir si nous nous trouvons devant une discrimination directe, il est nécessaire de commencer par distinguer le groupe de personnes qui subit une différence de traitement afin de savoir s'il se trouve dans une situation comparable à celle d'un autre groupe traité plus favorablement. Dans ce cas-ci, il nous semble fondé de considérer que les employés croyants sont dans une situation comparable aux athées.

Il faut maintenant déterminer si un traitement moins favorable est effectivement appliqué au groupe des croyants dans lequel se trouve Mme Achbita. Il paraît évident que son licenciement en raison de sa décision de porter le foulard islamique constitue bel et bien une différence de traitement en défaveur de cette employée. La nécessité d'opérer le douloureux choix entre le fait de garder son emploi et le port d'un signe dicté par sa conviction religieuse constitue également un traitement défavorable touchant tout croyant. Les athées n'étant pas susceptibles de subir ces types de désavantages, il ne fait aucun doute que les croyants se voient traités de manière moins favorable.

Identifier le critère utilisé pour distinguer les deux groupes ne pose aucune difficulté, celui-ci étant la conviction religieuse, caractéristique protégée par la directive 2000/78 en matière d'emploi.

Ces éléments exposés, la question est de savoir s'il s'agit effectivement d'une discrimination directe. Nous l'avons développé précédemment, la définition de la discrimination directe englobe les mesures ciblant expressément un critère prohibé, les cas où seul un groupe est désavantagé ainsi que les situations où un groupe dans son entièreté se voit léser, que ce soit notamment en vertu d'une caractéristique naturelle⁵⁸ ou bien en raison d'une règle juridique⁵⁹. Partant de ce constat, non seulement le critère religieux est explicitement employé dans la règle, mais en plus, seuls les croyants subissent le désavantage de cette interdiction de port de signes extérieurs de conviction religieuse puisque, par définition, les athées n'ont pas à cacher une foi qu'ils ne possèdent pas et ne risquent donc pas de se faire licencier pour pareil motif. Ce groupe, différencié sur base d'un critère prohibé par la directive 2000/78, est seul touché par cette mesure, non par le fait d'une particularité biologique ou en vertu d'une loi, mais bien par la nature même du concept de conviction religieuse qui implique

⁵⁸ C.J.C.E., 8 novembre 1990, (Dekker), C-177/88.

⁵⁹ C.J.C.E., 10 mars 2005, (Nikoloudi), C-196/02 ; C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, (Maruko), C-267/06.

que seules les personnes croyantes peuvent être désavantagées par la mesure litigieuse. Si d'aucuns soutiennent qu'en interdisant les signes de convictions politiques, philosophiques ou religieuses, la règle deviendrait neutre⁶⁰, nous maintenons qu'en visant explicitement et manifestement la caractéristique protégée⁶¹ qu'est la conviction religieuse, même parmi d'autres types de convictions, le règlement d'entreprise constitue en réalité une discrimination directe⁶².

L'avocate générale, dans ses conclusions, avance qu'il ne faut pas voir les convictions religieuses sur le même plan que les autres motifs prohibés par le droit européen car, selon elle, elles sont des « comportements reposant sur une décision ou conviction subjective » et non des « particularités physiques inséparables de la personne ». Et que, partant, la logique qui impliquait la qualification de discrimination directe dans les arrêts *Dekker*, *Nikoloudi* ou encore *Maruko* ne peut être reproduite dans le cas de la religion⁶³. Ce constat est, selon nous, une véritable aberration. Comme l'ont relevé certains auteurs⁶⁴, la directive 2000/78 ne fait nullement de distinction entre le critère religieux et les autres critères, à l'exception du cas des entreprises de tendance non concernées en l'espèce. En outre, l'avocate générale semble considérer que le port d'un signe ostentatoire d'appartenance à une religion et intimement lié à la pratique de celle-ci serait similaire au port d'un t-shirt ou d'un pin's, un pur caprice vestimentaire dont tout un chacun pourrait se défaire sans mal. Cette manière d'appréhender le phénomène religieux nous paraît particulièrement réductrice et en totale opposition avec les valeurs de l'Union européenne⁶⁵.

Le raisonnement que nous avons exposé n'est pas l'unique voie amenant à déterminer que la mesure litigieuse constitue une discrimination directe fondée sur les convictions religieuses. Deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne permettent de fonder des arguments allant dans le même sens. Premièrement, et bien que nous l'ayons critiqué en particulier sur le point qui va suivre, la Cour pourrait s'inspirer de l'arrêt *Chez* pour parvenir à cette même constatation. En effet, l'arrêt *Chez* permet désormais de considérer qu'une pratique constitue une discrimination directe s'il s'avère qu'elle a été instituée pour des raisons liées au critère prohibé, le juge national appréciant cet élément en tenant compte des circonstances pertinentes⁶⁶. En l'espèce, le fait que la règle, jusque-là non-écrite, ait été intégrée au règlement de travail le lendemain du licenciement d'une femme musulmane

⁶⁰ Il s'agit de l'opinion de la Cour du travail d'Anvers dans cette affaire ainsi que celle de l'avocate générale Kokott.

⁶¹ C. TOBLER, *op cit.*, p. 55.

⁶² E. MORELLI et I. PLETS, « Port de signes religieux dans le secteur privé : un commentaire de la jurisprudence belge », *Orientations*, 2013/10, p. 25 et s.

⁶³ Points 44 à 46 des conclusions.

⁶⁴ S. HENNETTE VAUCHEZ et C. WOLMARK, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez », *S.S.L.*, n°1728, p. 6 et s.

⁶⁵ F. DORSSEMONT, « Neutraliteit van private ondernemingen versluiert vrijheid van religie », *Juristenkrant*, 2016, n°331, p. 12 et s.

⁶⁶ C.J.U.E., 16 juillet 2015, (*Chez*), C-83/14, point 91.

désireuse de porter le voile pour des raisons religieuses pourrait être un élément tendant à faire penser que cette interdiction existe en raison du critère prohibé qu'est la conviction religieuse. Bien qu'il serait navrant de voir une telle jurisprudence se confirmer et intégrer la très délicate notion d'intention dans le constat de la discrimination directe, il n'est pas impossible que la Cour fasse sien cet argument dans cette affaire.

Ensuite, l'arrêt *Feryn*⁶⁷ peut, lui aussi, amener la Cour à se prononcer en faveur d'une qualification de discrimination directe. Dans le point 25 de cet arrêt, la Cour énonce que « le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale, ce qui est évidemment de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et, partant, à faire obstacle à leur accès au marché du travail, constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive 2000/43. L'existence d'une telle discrimination directe ne suppose pas que soit identifiable un plaignant soutenant qu'il aurait été victime d'une telle discrimination ». Sur cette base, il semble légitime de penser qu'un règlement n'autorisant pas le port de signes extérieurs de conviction religieuse sur le lieu de travail soit considéré comme étant de nature à dissuader certains candidats, dont la foi implique le port de signes convictionnels visibles, de postuler. Cette règle devrait donc être considérée par la Cour comme constitutive d'une discrimination directe.

Si la mesure est effectivement considérée comme une discrimination directe par la Cour de justice, elle ne pourra être justifiée que dans trois types de cas énumérés par la directive 2000/78. Premièrement, l'article 2, §5, permet à la législation nationale de faire primer, en respectant le principe de proportionnalité, des impératifs de sécurité publique, d'ordre public et de santé publique sur l'interdiction de discrimination. Il paraît évident que l'affaire *Achbita* ne tombe pas dans le champ de cette disposition. En deuxième lieu, la directive autorise, par son article 4, §2, un cadre particulier pour les entreprises de tendance qui peuvent alors effectuer une différence de traitement sur base de la religion dans le cas où la nature de la fonction l'exige. À nouveau, on ne saurait arguer que la société G4S puisse être associée à une église ou un organisme d'une nature semblable. La troisième et dernière possibilité réside dans l'article 4, §1, de la directive. Celui-ci institue le principe d'exigence professionnelle essentielle et déterminante permettant de justifier une discrimination directe. Cet élément se trouve au cœur des conclusions de l'avocate générale Kokott, c'est pourquoi nous nous attarderons davantage dessus, bien que l'argument ne nous semble pas aussi convaincant que l'on voudrait nous le faire croire.

⁶⁷ C.J.C.E., 10 juillet 2008, (*Feryn*), C-54/07.

La directive 2000/78 prévoit qu'une différence de traitement constitutive, en théorie, d'une discrimination directe peut être justifiée si la caractéristique en cause se trouve être une exigence professionnelle essentielle et déterminante en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Décortiquons donc cette disposition afin de comprendre ce qu'elle recouvre réellement.

Tout d'abord, il faut bien retenir qu'en tant qu'exception au principe de non-discrimination, cet article doit être interprété de manière stricte⁶⁸. Cela est précisé par le considérant 23 de la directive énonçant qu'on ne peut invoquer une telle justification que dans des « circonstances très limitées ». Pas question, donc, d'étirer cette possibilité de justification pour y intégrer toutes sortes de situations ne répondant pas strictement aux conditions données.

Voyons ensuite les conditions afférentes à cette exception. La C.J.U.E. a rappelé qu'il s'agissait d'une caractéristique liée à un motif prohibé et non le critère protégé en lui-même qui pouvait faire l'objet d'une différence de traitement⁶⁹. En l'occurrence, le port du foulard islamique et le port de signes convictionnels en règle générale entre dans cette catégorie. Cette caractéristique doit être indispensable et déterminante pour exécuter les tâches inhérentes à une fonction spécifique⁷⁰. Elle doit être essentielle en raison de la nature même de l'activité. La Cour de justice a déjà considéré que certains postes spécifiques au sein d'une prison pouvaient être réservés à des hommes ou des femmes en raison de la nature de ces fonctions⁷¹ et que les capacités physiques liées à l'âge pouvaient être considérées comme des exigences professionnelles essentielles et déterminantes dans le cas du métier de pompier⁷² ou de pilote⁷³ par exemple. En revanche, elle rappelle dans son arrêt *Kreil* qu'une restriction générale ne ciblant pas des activités spécifiques ne peut être considérée comme respectant le principe de justification en raison d'une exigence professionnelle. À ce titre, il nous paraît évident qu'une interdiction générale de port de signes extérieurs de conviction religieuse ne répond pas à l'obligation de spécificité et nous comprenons difficilement en quoi la fonction de réceptionniste pourrait être incompatible avec le port d'un voile. Notre opinion aurait sans doute été toute différente

⁶⁸ C.J.U.E., 13 septembre 2011, (Prigge), C-447/09, point 56 ; C.J.U.E., 13 novembre 2014, (Vital Pérez), C-416/13, point 47.

⁶⁹ C.J.U.E., 12 janvier 2010, (Wolf), C-229/08, point 35 ; C.J.U.E., 13 septembre 2011, (Prigge), C-447/09, point 66 ; C.J.U.E., 13 novembre 2014, (Vital Pérez), C-416/13, point 36.

⁷⁰ C.J.C.E., 30 juin 1988, (Commission c. France), C-318/86, point 25 ; C.J.C.E., 11 janvier 2000, (Kreil), C-285/98, point 27 ; AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE et CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010, p. 55.

⁷¹ C.J.C.E., 30 juin 1988, (Commission c. France), C-318/86.

⁷² C.J.U.E., 12 janvier 2010, (Wolf), C-229/08.

⁷³ C.J.U.E., 13 septembre 2011, (Prigge), C-447/09.

si Mme Achbita avait refusé d'ôter son voile lors du tournage d'une publicité pour du shampoing, mais il n'en est rien.

Puisque l'absence du port d'un signe religieux ne peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante en l'espèce, la question de l'objectif légitime et de la proportionnalité de la mesure n'a, théoriquement, plus à être examinée.

Cependant, l'avocate générale Kokott a tenu un raisonnement tout autre en la matière et il nous semble intéressant de l'analyser étant donné que la Cour de justice risque de s'en inspirer pour rendre sa décision dans l'affaire *Achbita*.

Les conclusions de l'avocate générale rappellent que l'article 4, §1, de la directive est de stricte interprétation et que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a toujours considéré que des motifs purement économiques ne pouvaient justifier une discrimination⁷⁴. Il est bien dommage que l'avocate générale poursuive totalement à contresens de ces deux judicieux rappels en octroyant à l'employeur, sur base de la liberté d'entreprise, une marge d'interprétation lui permettant d'interdire de porter des signes religieux à ses travailleurs en raison du fait qu'ils représentent l'image de G4S et des clients de cette dernière⁷⁵. Pour Mme Kokott, « il importe notamment d'éviter que des personnes extérieures aient l'impression qu'il existe un lien entre les convictions politiques, philosophiques ou religieuses qu'une travailleuse affiche par sa tenue vestimentaire et l'entreprise G4S ou avec un des clients de celle-ci, voire que ces convictions puissent leur être attribuées ». Justifier une discrimination fondée sur la religion par une volonté d'éviter des préjugés religieux, voilà qui semblerait plutôt cocasse si ce n'était aussi effarant⁷⁶. À un tel stade, un salon de coiffure pourrait tout aussi bien, sans être inquiété, refuser d'engager un employé gay pour éviter que les clients ne fassent l'amalgame entre coiffeurs et homosexuels⁷⁷.

L'exigence professionnelle essentielle et déterminante invoquée par l'avocate générale ne doit donc plus relever de la nature de la fonction mais peut découler des conditions de l'exercice de cette fonction arbitrairement décidées par l'entreprise pour des raisons d'image de marque et de désirs des clients⁷⁸, aux antipodes, selon nous, de l'esprit de la directive et de la disposition concernée.

⁷⁴ Points 72 et 79 des conclusions.

⁷⁵ Points 81, 82, 93 et 94 des conclusions.

⁷⁶ La Cour européenne des Droits de l'Homme avait également considéré que des préjugés négatifs à l'encontre des gays et lesbiennes ne pouvaient constituer une justification suffisante pour une pratique défavorable aux personnes homosexuelles. Cour eur. D. H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999, req. n° 33985/96 et 33986/96, point 97.

⁷⁷ Nous faisons ici un léger clin d'œil à une décision française en matière d'orientation sexuelle qui a provoqué un certain tollé dans les médias. Cons. prud'h. Paris, sect. commerce ch. 4, 16 déc. 2015, n° F 14/14901.

⁷⁸ S. HENNETTE VAUCHEZ et C. WOLMARK, *op. cit.*, p. 8.

L'avocate générale Sharpston a d'ailleurs rendu des conclusions dans l'affaire *Bougnaoui*, très proche de l'affaire *Achbita*, allant à l'opposé de celles présentées par Mme Kokott⁷⁹ tant sur la question de la qualification de la discrimination, qu'elle considère comme étant directe, que sur celle de l'exigence professionnelle. Selon elle, et nous suivons le même raisonnement, les « circonstances très limitées » présidant cette disposition empêchent de considérer que cette dernière puisse justifier une telle interdiction du port du foulard islamique⁸⁰.

Au vu de la similarité très forte entre ces deux affaires, on peut légitimement penser que la Cour rendra des arrêts allant dans des sens identiques. Espérons donc que les juges se montreront plus enclins à écouter la voix de Mme Sharpston et celle de la raison.

Néanmoins, nous avons déjà pu remarquer que la Cour de justice ne suit pas nécessairement le chemin le plus adéquat et se perd parfois dans les méandres de ses concepts. C'est pourquoi il peut sembler utile d'imaginer ce qu'il en serait si elle venait à décider qu'il ne s'agit pas d'une discrimination directe.

2. Discrimination indirecte : Louvoyer pour mieux justifier

Si elle venait à ne pas reconnaître d'emblée une discrimination directe dans l'interdiction du port de signes politiques, philosophiques et religieux, la Cour de justice pourrait considérer qu'elle se trouve face à une discrimination indirecte. Elle pourrait avancer que le règlement de G4S est une règle apparemment neutre mais qui est susceptible de désavantager particulièrement les croyants dont la religion implique le port de signes ostentatoires, tels les musulmans ou les sikhs, en comparaison aux athées ou chrétiens qui, tout en étant dans une situation comparable, auraient moins de probabilités d'être touchés par cette mesure ou le seraient dans une moins grande mesure⁸¹. Et ce traitement défavorable, nous l'avons déjà exposé dans le point précédent, consiste en l'impossibilité de respecter les préceptes de leur religion en matière de tenue vestimentaire s'ils souhaitent conserver leur emploi.

Selon nous, une telle interprétation serait erronée. En effet, en visant spécifiquement le critère religieux dans son énoncé, la règle ne peut être qu'une discrimination directe. En revanche, imposer

⁷⁹ Conclusions de l'avocat général E. Sharpston, 13 juillet 2016, (*Bougnaoui*), C-188/15. En son point 118, Mme Sharpston semble même attaquer de front la vision de sa collègue Mme Kokott qui estimait, au point 116 de ses conclusions, que la religion, au contraire du sexe, de la couleur de peau, de l'origine ethnique, de l'orientation sexuelle, de l'âge ou du handicap, pouvait être "laissée au vestiaire" par le travailleur lorsqu'il entrait dans les locaux de son employeur. Mme Sharpston répond à cet argument que les exigences de la foi ne peuvent être « poliment écarté[e]s pendant les heures de travail » et que l'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 ».

⁸⁰ Conclusions de l'avocat général E. Sharpston, 13 juillet 2016, (*Bougnaoui*), C-188/15, points 83 à 102.

⁸¹ Le terme « particulièrement » pouvant tant faire référence à un critère quantitatif que qualitatif, nous envisageons les deux hypothèses.

un uniforme ou un dresscode particulier, interdisant le moindre couvre-chef par exemple, constituerait une mesure qui pourrait être constitutive d'une discrimination indirecte⁸². Cependant, la Cour pourrait être tentée de travestir, à nouveau, une discrimination directe en une discrimination indirecte afin de se ménager une plus grande marge de justification, c'est pourquoi nous décidons d'analyser ce cas de figure également.

Notre opinion quant aux éventuelles justifications invocables tant dans les cas de discriminations directes qu'indirectes analysées *supra* n'ayant pas changé, nous nous concentrerons sur celles qui sont propres aux discriminations indirectes.

L'article 2.2, b), i) de la directive 2000/78 prévoit qu'une discrimination indirecte peut se trouver justifiée si la mesure poursuit un objectif légitime et que les moyens de le réaliser respectent le principe de proportionnalité.

Instaurer un environnement de travail tolérant, harmonieux et respectueux entre les collaborateurs, comme cela a été avancé devant les juges belges par la société G4S, nous paraît constituer un objectif légitime au regard des valeurs de l'Union européenne. Il en va de même avec l'intention, pour cette entreprise, de rechercher à préserver son image de marque. En revanche, à notre sens et contrairement à ce qu'allègue l'avocate générale Kokott dans ses conclusions, une politique de neutralité n'est pas, par elle-même, un objectif légitime, mais n'est qu'un moyen destiné à parvenir aux buts légitimes précités.

Quant à la question de la proportionnalité, elle réclame que les moyens mis en œuvre pour poursuivre l'objectif légitime allégué soient appropriés et nécessaires, comme l'indique la directive 2000/78. La Cour de justice a donné une définition de la proportionnalité dans son arrêt *Schröder* en énonçant que ce principe exige que les mesures concernées « soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés »⁸³. Il ne suffit donc pas que la mesure soit apte à atteindre le but légitime, encore faut-il qu'il n'existe pas une alternative susceptible de réaliser cet objectif tout en étant moins restrictive⁸⁴. En outre, la doctrine relève que la Cour devient, au fil de sa jurisprudence, plus stricte dans son analyse

⁸² E. MORELLI et I. PLETS, *op. cit.*, p. 26.

⁸³ C.J.C.E., 11 juillet 1989, (*Schröder*), C-265/87, point 21.

⁸⁴ R. HERNU, *op. cit.*, p. 432 et s. ; C. TOBLER, *op. cit.*, p. 39 et s.

de la proportionnalité⁸⁵ et qu'elle se montre encore plus réticente à l'égard des justifications apportées par des employeurs⁸⁶.

Dans le cas d'espèce, il nous semble que s'il est tout à fait sensé de considérer que la mesure poursuit un objectif légitime en cherchant à instaurer un environnement de travail tolérant, harmonieux et respectueux et en tentant de préserver une certaine image de marque, les moyens pour y parvenir ne sont cependant pas proportionnés. En effet, d'autres alternatives sont envisageables tout en étant moins restrictives. La Cour du travail d'Anvers, dans le cadre de cette affaire, relevait que l'objectif légitime d'environnement de travail serein pouvait être atteint de deux manières opposées. Soit en imposant une politique de neutralité interdisant aux travailleurs de manifester leurs convictions religieuses, soit en menant une politique de diversité en laissant chacun le libre choix des signes religieux qu'il souhaite porter. Dans le premier cas de figure, la restriction sur base du critère religieux est particulièrement forte puisqu'elle interdit intégralement la possibilité, pour le croyant, de suivre les préceptes de sa foi en matière de tenue. La seconde en revanche, tout en atteignant le même objectif légitime, n'établit aucune discrimination ni restriction à l'égard des personnes manifestant des convictions religieuses.

Certains argueront que cette politique de diversité ne cadre pas avec l'image de marque que G4S pourrait vouloir se construire. Mais là encore, une alternative bien moins restrictive existe. En effet, une règle prévoyant que les travailleurs en contact direct avec la clientèle sont tenus de porter discrètement leurs symboles religieux⁸⁷, par exemple en les accordant avec l'éventuel uniforme de l'entreprise s'ils s'avèrent relativement ostentatoires⁸⁸, nous paraît appropriée pour atteindre le but légitime fixé tout en étant moins contraignante. Nous établissons une distinction sur base du contact avec la clientèle car, selon nous, les employés n'entrant pas en relation avec les clients ne peuvent, par le port de signes religieux, nuire à l'image de marque de l'entreprise et ne devraient donc pas se voir restreints par une telle règle. Bien entendu, il ne suffit pas, pour G4S, d'affirmer que seule une politique de neutralité est susceptible d'atteindre l'objectif légitime recherché et que faire le choix de la diversité pourrait écorner l'image de marque de l'entreprise⁸⁹. Encore faudrait-il démontrer que le port de signes religieux, même discrets, engendre un réel impact négatif vérifiable et suffisamment

⁸⁵ C. TOBLER, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁶ AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE et CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, p. 53.

⁸⁷ La Cour européenne des Droits de l'Homme a considéré, dans l'affaire *Eweida*, que la croix discrète de Mme Eweida ne pouvait nuire à son apparence professionnelle et que son employeur, British Airways, ne prouvait pas que le port de signes religieux tels que le voile islamique ou le turban sikh nuisait à son image de marque. Cour eur. D. H., arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

⁸⁸ Nous pensons ici au voile islamique et au turban sikh par exemple.

⁸⁹ C.J.C.E., 9 février 1999, (*Seymour-Smith*), C-167/97, point 76.

grave sur l'image de marque⁹⁰, ce qui ne semble pas être le cas en l'espèce. Tout en se rappelant que justifier une discrimination fondée sur la conviction religieuse par le fait que des clients peuvent avoir des préjugés négatifs envers l'une ou l'autre religion paraît, sinon absurde, du moins très critiquable.

Puisque pour atteindre tant l'objectif légitime d'instaurer un environnement de travail harmonieux que celui de préserver l'image de marque de l'entreprise, il existe des moyens se révélant moins contraignants et moins restrictifs, il convient de considérer que l'interdiction du port de signes religieux en cause ne respecte pas le principe de proportionnalité et ne peut donc être justifiée au regard de l'article 2,2, b), i), de la directive 2000/78.

Néanmoins, si la Cour de justice venait à considérer artificiellement qu'elle est face à une discrimination indirecte, elle le ferait sans aucun doute dans l'intention de justifier la mesure en cause. Elle serait ainsi doublement dans l'erreur selon nous.

3. La Cour face au chant des sirènes

Il ressort de l'analyse de cette affaire que la mesure imposée par l'entreprise G4S ayant amené au licenciement de Mme Achbita ne saurait être considérée, à notre sens, que comme directement discriminatoire et ne pourrait être justifiée. Et ce malgré le recours au principe d'exigence professionnelle essentielle et déterminante que l'avocate générale Kokott souhaite élargir exagérément, en opposition complète avec le texte de la directive et la jurisprudence de la Cour.

Même si la Cour de justice venait à envisager cette interdiction sous l'angle de la discrimination indirecte, la mesure ne pourrait pas plus être justifiée en raison d'un manque évident de proportionnalité dans les moyens mis en place. D'autant que, comme indiqué, la Cour a tendance à se montrer stricte et exigeante face à un employeur tentant de justifier une discrimination.

Nous avons, à plusieurs reprises, fait référence à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Bien que la C.J.U.E. et la Cour E.D.H. ne soient pas liées hiérarchiquement l'une à l'autre, leurs champs d'action respectifs en viennent inévitablement à se superposer et leurs jurisprudences à s'entremêler⁹¹. En attestent les références fréquentes à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg effectuées par les deux avocates générales dans leurs conclusions *Achbita*⁹² et *Bouagnaoui*⁹³. Nous

⁹⁰ C. MATHIEU, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », *R.D.T.*, 2012, p. 19 et s.

⁹¹ D. MARTIN, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : Influences croisées ou jurisprudences sous influences ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2007/69, p. 132 ; D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, 2001/1, p. 42 et s.

⁹² Mme Kokott se réfère aux arrêts de la Cour E.D.H., et en particulier à l'affaire *Eweida*, notamment aux points 82, 99 et 113.

⁹³ Les points 45 à 65 des conclusions de Mme Sharpston sont entièrement consacrés à la Cour E.D.H.

pensons donc que la Cour de justice, confrontée pour la première fois à la délicate question du port du voile alors que son homologue a déjà rendu de nombreux arrêts en matière de signes religieux au travail, risque fort de s'inspirer des principes et solutions développés par Strasbourg en la matière, notamment pour éviter d'arriver à la situation gênante où un même comportement serait acceptable aux yeux d'une Cour mais condamnable par l'autre. Atteindre des réponses similaires dans les deux institutions lorsqu'elles sont confrontées à des questions proches serait bien entendu grandement appréciable. Il ne faut néanmoins pas que la Cour de justice en vienne à mélanger ses propres principes et sa propre jurisprudence, déjà très confus, avec ceux de la Cour européenne des Droits de l'Homme. En effet, cette dernière considère qu'une discrimination directe comme indirecte peut se voir justifiée par la légitimité de son objectif et la proportionnalité de la mesure en effectuant une mise en balance des intérêts en présence⁹⁴. La Cour de Strasbourg opère d'ailleurs le plus généralement son approche sous l'angle de l'ingérence dans la liberté de religion plutôt que par le prisme de la discrimination en tant que telle, l'article 14 C.E.D.H. n'ayant pas une existence indépendante⁹⁵. En important les raisonnements de la Cour européenne des Droits de l'Homme sans préalablement les passer au filtre de la législation européenne et de sa jurisprudence, la C.J.U.E. pourrait être tentée soit de transformer artificiellement une discrimination directe en discrimination indirecte afin de pouvoir ouvrir la voie à une éventuelle justification, soit de décider soudainement que, pour le cas d'espèce, une discrimination directe peut trouver une cause de justification en-dehors de celles qui sont exhaustivement exposées dans la directive ou encore d'élargir à l'excès celles-ci. Les juges de Luxembourg devront donc se montrer prudents si l'envie leur venait de manier les concepts élaborés par leurs collègues de Strasbourg, au risque de rendre plus nébuleuse encore leur jurisprudence.

Au vu de l'impact majeur que cet arrêt pourrait produire au sein des entreprises et de la société européenne elle-même, il peut être à craindre que la raison et la cohérence juridique de la Cour de justice cèdent le pas à des considérations plus politiques, économiques ou sociales.

V. Basic Fit : À la recherche d'un phare dans la nuit

Les principes d'égalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination ne sont pas cantonnés, en droit européen, au seul domaine de l'emploi. Le point que nous allons aborder dans le présent chapitre a pour objet l'interdiction de discrimination sur base du sexe en matière d'accès aux biens et

⁹⁴ AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE et CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, p. 51 ; N. HERVIEU, « Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail », *Lettres A.D.L. du CREDOF*, 24 janvier 2013, p. 2 ; E. MORELLI et I. PLETS, *op. cit.*, p. 20.

⁹⁵ Cour eur. D. H., arrêt Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, point 85 ; D. MARTIN, *op. cit.*, p. 229 et s. ; D. MARTIN, « Strasbourg, Luxembourg ... », *op. cit.*, p. 112.

services. Dans cette affaire, l'entreprise Basic Fit avait décidé de transformer l'une de ses salles de fitness, jusqu'alors mixte, en une salle de sport exclusivement réservée aux femmes. Les hommes qui fréquentaient cette salle avaient été invités à poursuivre leur pratique de la gym dans une salle voisine à des conditions tarifaires moins onéreuses. L'un d'entre eux a cependant décidé de poursuivre l'entreprise en justice pour discrimination, ce qui a donné lieu à une décision du tribunal de première instance de Liège⁹⁶ ainsi qu'à un appel devant la Cour d'appel de Liège⁹⁷. Nous analyserons ces deux décisions au regard du droit européen et nous verrons qu'il réside, encore et toujours, un manque de clarté et de cohérence dans l'univers obscur de la discrimination.

1. Une directive à contre-courant

La question de la législation nationale pertinente en l'espèce s'est posée, mais elle n'a pas un grand intérêt au regard de notre analyse de droit européen. Le président du tribunal de première instance s'est prononcé sur base de la loi du 10 mai 2007⁹⁸ et la Cour d'appel a considéré qu'elle devait fonder sa décision sur le décret du 12 décembre 2008⁹⁹. Ces deux législations nationales ne sont cependant que des transpositions des directives européennes en la matière, et notamment la directive 2004/113 interdisant la discrimination entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et services. Nous nous concentrerons donc sur cette directive pour développer notre critique.

L'article 2 de la directive 2004/113 définit, entre autres, ce que le législateur entend par discrimination directe et discrimination indirecte. Les deux définitions données sont rigoureusement identiques à celles qu'il expose à l'article 2 de la directive 2006/54, et s'inspirent de la formulation inscrite dans les directives 2000/43 et 2000/78. On pourrait donc penser, *a priori*, que ces deux concepts connaissent une application semblable à celle effectuée en matière d'emploi, à savoir que les discriminations indirectes sont susceptibles d'être justifiées par un objectif légitime utilisant des moyens proportionnés alors que les discriminations directes ne peuvent bénéficier de ce régime de justification. Cependant, le législateur semble avoir simplement recopié ces définitions sans vraiment y réfléchir. En effet, l'article 4 affirme de son côté que l'égalité de traitement signifie qu'il ne peut y avoir de discrimination directe ou indirecte, sauf « si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires »¹⁰⁰. Autrement dit, si dans la définition de l'article

⁹⁶ Civ. Liège, 23 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 520 et s.

⁹⁷ Liège, 4 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 42 et s.

⁹⁸ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

⁹⁹ Décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination.

¹⁰⁰ Article 4, §5, de la directive 2004/113.

2, le législateur indique que la justification est différente selon le caractère direct ou indirect, il énonce dans l'article 4, §5, qu'elles peuvent toutes les deux être justifiées par le désormais classique duo "but légitime et proportionnalité". La volonté d'intégrer les mêmes carcans de définitions dans toutes les directives sans s'interroger sur la pertinence d'une telle insertion amène une nouvelle touche d'incohérence dont le droit européen de la discrimination se serait volontiers passé.

La directive 2004/113 admet donc la justification de discriminations directes fondées sur le sexe dans le domaine de l'accès aux biens et services, à l'inverse de ce que permet la directive 2006/54 en matière d'emploi. Mais elle va également à contresens de la philosophie de la directive 2000/43. Cette directive protégeant le critère de la race et de l'origine ethnique, lorsqu'elle s'applique à l'accès aux biens et services, ne prévoit aucune justification possible à une discrimination directe¹⁰¹. Nous le disions *supra*, le droit de la discrimination comporte de bien nombreuses facettes selon le critère étudié et le domaine retenu.

Les juridictions nationales font cependant fi de cette incohérence dans la directive et appliquent, logiquement, la disposition la plus "claire", à savoir l'article 4, §5, lorsqu'il s'agit de déterminer si la discrimination est justifiable ou non. Les considérants 16 et 17 de la directive donnent quelques indications quant au maniement de cet article. Le premier énumère une série d'exemples d'objectifs pouvant être considérés comme légitimes, tels que la liberté d'association dans le cadre de l'affiliation à des clubs privés unisexes ou l'organisation de manifestations sportive unisexe. Il spécifie également que la condition de proportionnalité doit s'analyser au regard de la jurisprudence de la C.J.U.E. Le considérant 17 précise, quant à lui, qu'il n'est pas exigé que « les installations fournies soient toujours partagées entre les hommes et les femmes, pour autant que cette fourniture ne soit pas plus favorable aux membres d'un sexe ». Malgré ces précisions complémentaires, cet article est loin d'être limpide quant à sa portée en pratique et les juges l'appliquent de manière très disparate¹⁰². La principale question est de savoir si la liste du considérant 16 doit être lue comme pouvant être largement enrichie par d'autres situations du même acabit, ou si les objectifs légitimes ne peuvent être, à l'instar des exemples retenus, que des « buts socialement bénéfiques »¹⁰³, excluant de ce fait toute justification teintée d'un intérêt commercial.

¹⁰¹ Nous ne mentionnons pas l'article 5 de cette directive prévoyant une dérogation dans le cadre de l'action positive, celle-ci étant réservée aux États membres et non aux entreprises.

¹⁰² Rapport sur l'application de la directive 2004/113/CE du Conseil mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, COM (15) 190 final, p. 6 et s ; EQUINET EUROPEAN NETWORK OF EQUALITY BODIES, *op. cit.*, p. 30 et s.

¹⁰³ EQUINET EUROPEAN NETWORK OF EQUALITY BODIES, *op. cit.*, 31.

Cette difficulté à comprendre cette disposition vient notamment du fait que la Cour de justice n'a jusqu'à présent jamais eu à répondre à une question préjudicielle concernant ce sujet et n'a donc pas eu l'occasion d'endosser son rôle de guide en uniformisant l'interprétation, ce que déplorent les organismes nationaux chargés de l'égalité des chances¹⁰⁴. Nous tenterons donc, dans l'affaire qui nous occupe, d'examiner de manière critique les raisonnements tenus par les juges belges à la lumière du droit européen de la discrimination.

2. Des juges nationaux déboussolés

Le président du tribunal de première instance a, selon nous, été quelque peu succinct dans son analyse du cas qui se présentait à lui. En effet, il ne se pose, à aucun moment, la question de savoir s'il existe un traitement défavorable à l'égard des hommes ou si hommes et femmes sont dans des situations comparables dans le cas d'espèce. Rappelons que pour qu'il y ait discrimination, il est nécessaire qu'une personne soit traitée différemment qu'une autre, dans une situation comparable, sur base d'un critère prohibé. Le juge semble donc oublier cette première étape pourtant cruciale, peut-être parce que la réponse lui semblait couler de source, pour immédiatement se concentrer sur la deuxième partie du raisonnement, à savoir la question de la justification éventuelle de cette discrimination.

À ce sujet, le juge relève qu'une « distinction entre les sexes peut être faite si elle est objectivement justifiée et si les moyens pour réaliser ce but sont appropriés et nécessaires ». Dans sa formulation, le juge omet un élément de taille. Il ne prend pas en compte le fait que la mesure doit poursuivre un objectif légitime au regard du droit européen. À nouveau, peut-être le juge a-t-il pensé que l'expression « objectivement justifiée » sous-entendait ce caractère légitime. Toujours est-il qu'il considère que les difficultés économiques ne peuvent être considérées comme constitutives d'une justification objective. S'en suit une rapide analyse de la proportionnalité découlant sur la constatation que la seule augmentation du nombre d'affiliés au club ne suffit pas à démontrer la nécessité des moyens mis en œuvre. À notre sens, cet examen de la proportionnalité n'avait pas lieu d'être à partir du moment où le juge considérait qu'il n'y avait pas d'objectif légitime, ou de justification objective selon ses termes. En effet, sans but légitime, nul besoin de vérifier que les « moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires ». Le juge, sans avoir vérifié la comparabilité des situations ni l'existence d'un traitement défavorable, en ayant escamoté l'idée de légitimité des buts poursuivis et en ayant réalisé un examen inutile de la proportionnalité, aboutit à la conclusion que l'exclusion des hommes de cette salle de sport est une discrimination qui n'est pas acceptable.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 19.

La Cour d'appel saisie de l'affaire s'est montrée plus détaillée dans son raisonnement. Elle commence en rappelant qu'elle analysera la mesure en cause à la lumière du droit européen, ce qui devrait être une bonne chose. Elle s'interroge en premier lieu sur la question de la comparabilité. Pour cela, la cour fait référence au considérant 12 de la directive 2004/113 qui explique, à titre d'exemple, qu'en matière de santé, les différences physiques entre hommes et femmes peuvent amener à considérer qu'il ne s'agit pas de deux groupes comparables. En se basant sur ce considérant, la cour se demande si les hommes et les femmes sont dans des situations comparables en l'espèce, puisque certains cours spécifiques et certains agrès ne sont pas identiques dans une salle réservée aux femmes que ceux qui sont destinés aux hommes et « que l'on ne peut nier les différences de morphologie entre hommes et femmes ». Cet argument nous semble bancal. Nous avons en effet du mal à croire que le club de fitness, à l'instar de bon nombre de salles de la même entreprise, ait pu fournir, jusque-là, des cours et agrès mixtes à ses affiliés des deux sexes si les différences morphologiques entre hommes et femmes sont telles qu'ils ne peuvent être considérés comme étant dans des situations comparables. Le considérant 12 fait, à notre sens, davantage référence au fait qu'hommes et femmes ne sont pas dans des situations comparables lorsqu'il est question de soigner un cancer des testicules ou un cancer du col de l'utérus. Cependant, si nous ne cautionnons pas les arguments avancés, nous reconnaissons que la cour a eu le bon réflexe d'analyser la comparabilité des groupes, étape nécessaire afin de pouvoir statuer sur l'existence, ou non, d'une discrimination.

En deuxième lieu, la cour porte son attention sur la justification de la discrimination. Cette fois, ce sont aux considérants 16 et 17 de la directives 2004/113, déjà exposés *supra*, que la cour fait référence, bien qu'elle ne semble pas réellement les utiliser dans son analyse de la légitimité du but poursuivi. Ce but est de « permettre aux femmes qui n'osaient, ne voulaient, ou encore ne pouvaient s'inscrire dans un club de fitness mixte [de s'inscrire dans une salle de fitness unisexe]¹⁰⁵ ». L'entreprise développe cela en expliquant les raisons des réticences de certaines femmes. Suite à quoi, la cour énonce que « quels que soient les mérites des raisons susvisées qui poussent les femmes à vouloir des salles de fitness unisexes, il s'agit de ressentis personnels, comme tels respectables, qui sont admissibles dans l'état actuel des mœurs ». Elle ajoute que ces ressentis ne sont pas fictifs mais bien vérifiables au vu de la forte augmentation du nombre d'affiliées. Cette réflexion nous semble quelque peu erronée. Considérer que des ressentis personnels, même démontrés concrètement, sont respectables, quels qu'en soient les mérites, n'est pas identique à la démarche de vérifier que ces

¹⁰⁵ Nous ne pouvons que deviner la fin de cette partie de la motivation puisque la décision ne reprend pas cet extrait de la phrase, par erreur de retranscription ou par oubli de la cour. Le paragraphe intégral étant « Partant, la transformation de la salle de fitness litigieuse en une salle unisexe féminine, en vue de permettre aux femmes qui n'osaient, ne voulaient, ou encore ne pouvaient s'inscrire dans un club de fitness mixte est objectivement justifiée par un but légitime ».

considérations sont légitimes au regard des valeurs de l'Union européenne. Par exemple, les raisons qui tiennent à un sentiment d'inconfort ou de gêne, ressenti par certaines femmes et dû à la présence d'hommes, ne nous semblent pas pouvoir être prises en compte pour constituer un but légitime, tout comme ne l'était pas le sentiment de malaise, même sincère, ressenti par les militaires hétérosexuels en présence de leurs collègues homosexuels dans l'affaire *Smith et Grady* évoquée précédemment¹⁰⁶. En revanche, nous pensons que permettre à des femmes de pratiquer du fitness dans une salle prévue à cet effet, malgré l'interdiction, jugée « ancestrale, rétrograde et machiste » par certains, émanant de leur conjoint de se montrer en tenue de sport devant d'autres hommes, peut être considérée comme étant en accord avec les valeurs défendues par l'Union européenne¹⁰⁷. En effet, il ne s'agit pas là d'une "simple gêne"¹⁰⁸ vis-à-vis du regard masculin, mais bien d'une impossibilité pour ces femmes de pratiquer du sport.

Une fois la constatation d'un objectif légitime établie, la cour s'applique à examiner la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour atteindre ce but. Sur le plan de la nécessité, les juges se bornent à exprimer qu'ils ne voient pas comment cet objectif pourrait être atteint différemment que par l'ouverture d'une salle de fitness unisexe. Selon nous, et avec tout le respect que nous avons pour la fonction de magistrat, ils font ainsi preuve d'un manque d'imagination flagrant. En effet, le caractère nécessaire de la mesure résulte de l'absence d'alternative moins contraignante, comme expliqué *supra*. Or, il est tout à fait concevable d'aménager les infrastructures de la salle de fitness concernée pour y consacrer, à côté de la partie mixte classique, une zone réservée aux femmes et un autre espace dédié aux hommes. De ce fait, les agrès et cours spécifiques à chacun des deux sexes pourront être accessibles, les femmes désireuses d'être à l'abri du regard des hommes en auront la possibilité et le considérant 17 de la directive 2004/113 sera respecté puisque les installations ne seront pas forcément partagées, mais aucun des deux sexes ne sera néanmoins avantagé. Cette alternative se révèle bien moins contraignante pour les hommes puisqu'ils ne se verront pas exclure de leur salle de sport habituelle, mais reste tout aussi appropriée pour atteindre l'objectif légitime poursuivi.

Étonnamment, la cour termine son analyse de la discrimination par la question du traitement défavorable à l'égard des hommes. Nous considérons cela surprenant car cet examen aurait dû être réalisé en amont, en même temps que la vérification de la comparabilité. En effet, s'il n'existe pas de traitement défavorable, il ne peut y avoir discrimination, et donc il est totalement inutile de procéder à l'appréciation de la légitimité de l'objectif poursuivi et à la proportionnalité des mesures mises en

¹⁰⁶ Cour eur. D. H., arrêt *Smith et Grady* c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, req. n° 33985/96 et 33986/96, point 97.

¹⁰⁷ L'article 165 du TFUE promeut notamment la fonction sociale du sport.

¹⁰⁸ Nous utilisons les guillemets pour ne pas donner l'impression que nous minimisons ce sentiment d'inconfort et de gêne ressenti par certaines femmes.

œuvre¹⁰⁹. La cour considère qu'il « ne peut difficilement être conclu que les hommes qui la fréquentaient sont traités de manière moins favorable que les femmes qui continuent à la fréquenter », étant donné qu'il existe une salle Basic Fit accessible à des conditions tarifaires moins onéreuses à un peu moins de deux kilomètres de la salle concernée. Elle épingle en outre que le plaignant habite en-dehors de la ville et qu'ainsi, la distance entre ces deux salles devient minime compte tenu de son déplacement global. Nous pensons que de telles considérations ne sont pas entièrement fondées. Tout d'abord, comme le ministère public l'énonçait dans son avis joint à la décision de première instance, la salle la plus proche est située à près de deux kilomètres et en-dehors du centre-ville, ce qui peut rendre son accès pour certains affiliés plus difficile. Ensuite, la question de la localisation n'est pas la seule à prendre en compte. Le choix d'être membre d'une salle de fitness peut provenir également de la diversité du matériel à disposition, de l'affluence ou non de personnes la fréquentant ou encore des habitudes et des liens interpersonnels forgés. L'exclusion des hommes de cette salle de fitness peut donc impliquer des nuisances qui vont au-delà de la simple localisation et du prix de l'abonnement.

Après avoir douté de la comparabilité entre les hommes et les femmes en matière d'accès à une salle de fitness et considéré qu'il était difficile de conclure que les hommes étaient traités de manière défavorable, la cour n'a pas prononcé clairement qu'elle se trouvait face à une discrimination. Cependant, il nous semble que ce constat doit être implicite puisqu'elle énonce que la transformation de la salle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens sont proportionnés. Nous le répétons, en absence de discrimination, il n'est nul besoin de justification.

Les juges de la Cour d'appel ont donc examiné chacune des étapes du raisonnement à tenir dans un cas de discrimination alléguée. Cependant, ils n'ont pas procédé dans le bon ordre et n'ont pas tiré les conclusions logiques qui auraient dû s'imposer à eux. S'ils avaient été pleinement cohérents, l'absence de traitement défavorable et la mise en doute du caractère comparable des situations auraient nécessairement dû les mener à déduire, erronément à notre avis, qu'il n'existait pas de discrimination. Partant, ils pouvaient s'abstenir de se prononcer sur la question de la légitimité et de la proportionnalité.

Nous remarquons donc que les juges nationaux semblent quelque peu tâtonner en matière de discrimination. Pour leur défense, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas encore exposé la marche à suivre en cas de discrimination basée sur le sexe dans le domaine de l'accès aux biens et

¹⁰⁹ Nous avons cependant déjà fait remarquer *supra* que la C.J.U.E. fait parfois, elle aussi, l'impasse sur les bases du raisonnement à mener en matière de discrimination en mettant, par exemple, entre parenthèses la question de la comparabilité. C.J.C.E., 30 mars 2000, (JämO), C-236/98.

services et les particularismes déjà relevés dans l'univers de la discrimination ne permettent pas nécessairement de reprendre fidèlement des décisions rendues dans d'autres domaines ou concernant d'autres critères protégés. Néanmoins, une analyse un peu plus approfondie du droit européen de la discrimination offre des clés de compréhension qui nous paraissent suffisantes pour pouvoir rendre, en la matière, une décision conforme aux principes arrêtés par le législateur de l'Union et par la Cour de justice.

3. Se laisser porter par la brise européenne

Un examen des directives et de la jurisprudence de la Cour de justice permet de faire ressortir les grandes étapes à respecter lorsqu'un juge est confronté à une éventuelle discrimination ou à une inégalité de traitement, ainsi que la manière d'interpréter les principes et dispositions légales. En nous basant sur les éléments que nous avons développés tout le long de ce mémoire, nous allons tenter de voir comment cette affaire aurait pu être analysée par la Cour de justice.

Tout d'abord, il faut se poser la question de savoir si l'exclusion des hommes d'une salle de fitness mixte pour transformer celle-ci en salle unisexe est constitutive d'une discrimination fondée sur le sexe. Et dans ce cas, si cette discrimination est directe ou indirecte. Si ce constat venait à être établi, il faudrait vérifier les possibilités de justifications ouvertes pour une telle discrimination.

Pour qu'il y ait une discrimination, il faut deux groupes de personnes, distingués sur base d'un critère prohibé par le droit européen, dans une situation comparable au regard de la mesure en cause. Le fait que la salle ait été mixte jusque-là semble un excellent argument pour considérer qu'hommes et femmes sont dans une situation comparable, même si peut-être pas identique, vis-à-vis des activités proposées par une salle de fitness. Selon nous, les différences morphologiques alléguées ne constituent pas une raison suffisante pour considérer que les situations ne sont pas comparables. À moins, bien entendu, que les agrès mis à disposition soient exclusivement utilisables par les seuls membres de l'un des deux sexes, mais nous en doutons fortement.

Il est également nécessaire de déterminer que l'un de ces deux groupes est traité de manière moins favorable que ne l'est, ne l'a été ou ne le serait l'autre groupe de personnes. Nous l'avons déjà exposé précédemment, se voir refuser l'accès à une salle de fitness dans laquelle des habitudes et relations personnelles se sont formées pour être redirigé vers une autre salle ne disposant pas nécessairement des mêmes intérêts aux yeux des membres ainsi exclus et notamment située plus loin et en-dehors du centre-ville peut, à notre sens, être considéré comme étant un traitement moins favorable que celui réservé aux femmes qui ont, elles, la possibilité de continuer leur pratique du fitness dans la salle concernée.

La question de savoir si la discrimination fondée sur le sexe est directe ou indirecte amène une réponse claire et limpide. En excluant uniquement et explicitement les hommes de ses locaux, l'entreprise établit une évidente discrimination directe sur base du sexe de ses affiliés.

Ce n'est qu'une fois ce constat dressé que le juge va vérifier quelles sont les conditions prévues par la directive 2004/113 pour justifier une telle discrimination. Le but légitime poursuivi par la mesure discriminatoire doit être déterminé au regard des valeurs promues par l'Union européenne. Les traités, la jurisprudence de la Cour de justice ou encore dans les directives fournissent parfois, comme dans le considérant 16 de la directive 2004/113, de précieuses indications quant à ce qui peut être considéré comme un but légitime. En l'espèce, permettre l'accès au sport à des femmes qui n'auraient pu pratiquer le fitness en raison d'une interdiction de leur conjoint nous semble être un objectif tout à fait compatible avec les principes véhiculés par le droit européen. Les autres éléments invoqués nous paraissent, quant à eux, moins en phase avec la définition du but légitime permettant la justification d'une discrimination directe, mais nous ne les rejetons pas intégralement pour autant. Chaque juge les apprécie selon ses propres conceptions, larges ou plus strictes, de ce que sont les valeurs de l'Union européenne. À ce propos, une interprétation de la Cour de justice du considérant 16 de la directive 2004/113 serait la bienvenue pour éclairer les juridictions nationales.

Les moyens mis en œuvre pour atteindre ce but légitime doivent être appropriés et nécessaires. Et c'est sur ce point-là que la justification prend l'eau. En effet, aucune alternative moins contraignante mais tout aussi apte à réaliser l'objectif légitime ne doit pouvoir être trouvée. Or, l'aménagement d'une partie réservée aux dames et d'une zone exclusivement dédiée aux hommes, en plus de l'espace mixte classique, semble être tout à fait approprié et bien moins contraignant qu'une exclusion pure et simple des hommes de leur salle de fitness.

C'est pourquoi, le droit communautaire devrait, selon nous, amener à conclure qu'une telle exclusion constitue une discrimination directe fondée sur le sexe et non justifiée au vu de l'absence de proportionnalité des moyens mis en œuvre pour parvenir à l'objectif légitime poursuivi.

Cependant, si l'on veut que les juges nationaux, premiers juges du droit européen, soient à même d'appliquer correctement les principes d'égalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination, il est nécessaire que la Cour de justice puisse jouer son rôle de phare et qu'elle indique de façon claire et cohérente la manière dont la directive 2004/113, et en particulier son article 4, §5, doit être interprétée, afin que les disparités de compréhension relevées par les organismes nationaux chargés de l'égalité des chances viennent à disparaître. De même, il nous semble que le législateur devrait se montrer plus attentif et rectifier l'incohérence qu'il a laissée se glisser dans la rédaction de cette directive, ou du moins ne plus la reproduire à l'avenir.

VI. Et si on remettait la cohérence à la barre ?

Nous voilà donc au terme de notre périple sur les eaux troubles de la discrimination. Quel constat dresser de ce tour d'horizon ? Bien que nous n'ayons pas toujours été tendre à l'égard des juges ou du législateur européen, il n'est peut-être pas nécessaire de noircir ce tableau à l'excès. Si nous avons soulevé certains problèmes et lacunes, des solutions existent, une éclaircie pourrait parfaitement dissiper les brumes qui nimbent ce domaine encore trop confus du droit européen. Revenons sur les éléments à l'origine de ce flou juridique et voyons les remèdes qui pourraient y être apportés.

Bon nombre d'approximations et d'erreurs pourraient facilement être évitées par une meilleure compréhension par les cours et tribunaux des étapes nécessaires au constat d'une discrimination et des raisons de celles-ci. Nous ne prétendons pas détenir la seule et unique vérité en la matière, nous mettons simplement en lumière ce que la doctrine et la jurisprudence de la Cour de justice semblent indiquer comme étant la procédure adéquate pour appréhender une discrimination. Il faut, nous l'avons rappelé tout le long de ce mémoire, établir la comparabilité des situations dans lesquelles se trouvent les deux groupes faisant l'objet de la distinction alléguée et déterminer l'existence d'un traitement moins favorable à l'égard de l'un de ces groupes. En outre, ces deux groupes doivent avoir été distingués sur base d'un critère prohibé par le droit européen. Une fois que le juge a considéré qu'un groupe est effectivement traité de manière moins favorable qu'un autre dans une situation comparable, il lui faut alors déterminer le caractère direct ou indirect de cette discrimination. Ce n'est que lorsque cette analyse a été réalisée que la question de la justification doit être abordée. Omettre l'une de ces étapes amène inexorablement à des décisions qui, même si elles paraissent justes dans leur solution, ne peuvent être juridiquement convaincantes.

La discrimination est un concept complexe présentant de multiples facettes. Cette notion prend une coloration chaque fois différente selon le critère impliqué et le domaine concerné. C'est en matière de discrimination indirecte et des justifications que se déclinent le plus les nuances et divergences au sein de ce principe. Hommes et femmes se voient contraints d'apporter une preuve statistique pour démontrer une discrimination indirecte devant la Cour de justice, les églises et entreprises de tendance disposent d'une marge plus grande pour justifier une discrimination sur base de la religion, les entreprises se doivent de prévoir des aménagements raisonnables en faveur des personnes handicapées, la discrimination, même directe, fondée sur l'âge connaît un régime de justification plus large. Il ne s'agit là que d'une poignée des particularismes que nous avons relevés et qui font toute la diversité et la complexité de cette matière.

Ce caractère intrinsèquement multiple du droit de la discrimination nous paraît naturel et même bénéfique¹¹⁰. Une définition et une application unique pour tous les critères protégés reviendrait à ignorer totalement la réalité pratique. En effet, tout un chacun comprend aisément qu'il est moins heurtant qu'un employeur réserve un traitement différent à l'égard de ses travailleurs en raison de leur âge plutôt qu'il ne les discrimine sur base de leur origine ethnique ou leur orientation sexuelle. Chaque caractéristique ayant des implications pratiques propres, il semble logique de leur réserver des niveaux de protection *ad hoc* différenciés.

Par-dessus ce degré de complexité que nous qualifierions de naturel, se superpose une série d'éléments qui viennent encore compliquer la compréhension du concept de discrimination. Cette notion voit ses contours devenir flous et poreux à force d'erreurs et de détournements sans doute volontaires.

Tout d'abord, nous avons relevé cet impensable choix de la Cour de justice d'ignorer systématiquement la définition de la discrimination indirecte, fondée sur le sexe, donnée par le législateur européen pour lui substituer une formulation de son propre cru et particulièrement plus exigeante à l'égard des personnes, régulièrement des femmes, qui voudraient alléguer une telle discrimination. Ce déni flagrant du rôle du législateur européen par la Cour de justice paraît invraisemblable à nos yeux au cœur d'une Europe qui se veut berceau et porte-drapeau de la démocratie moderne. Et il ne favorise bien évidemment pas la sécurité juridique et la confiance à l'égard des institutions judiciaires.

Mais la Cour de justice adopte d'autres attitudes amenant le chaos dans le droit de la discrimination. Elle confond parfois les notions dans le but, selon nous, d'atteindre une solution qu'elle pense adaptée à la situation. Ainsi, elle travestit des discriminations directes pourtant évidentes en entrave, discrimination indirecte ou inégalité de traitement afin de se ménager la possibilité de justifier les mesures en cause. Il lui arrive également d'introduire dans ses analyses des notions inédites dont on ne sait si elles doivent ainsi devenir la nouvelle règle d'interprétation du droit européen à l'avenir ou si elles ne sont que des éléments circonscrits aux seuls faits propres à l'affaire concernée. Ce comportement amène une ligne de jurisprudence peu claire et peu cohérente, propice à des détournements ultérieurs entraînant eux-mêmes davantage de confusion. Cercle vicieux que nous condamnons avec force.

Le législateur européen n'est pas exempt de tout reproche non plus. Dans une tentative louable d'amener une certaine forme d'unité au sein du droit européen, il reproduit les mêmes

¹¹⁰ J. PORTA, *op. cit.*, p. 362.

définitions de la discrimination dans les différentes directives portant sur le sujet. Mais en agissant de la sorte et en oubliant ainsi que chaque critère et chaque domaine concerné impriment leurs particularismes à la discrimination, il obtient précisément l'effet inverse de celui qui était recherché puisque ces définitions recopiées dans la directive 2004/113 sont en contradiction avec le reste des dispositions et renforcent le flou juridique ambiant. En l'absence d'une question préjudicielle, la Cour de justice ne peut clarifier l'interprétation des points posant problème et nous nous retrouvons contraints à tâtonner dans l'obscurité.

Face à tout cela, comment s'étonner que les juges nationaux se sentent désorientés et appliquent le droit européen de la discrimination de manière approximative ? La prévisibilité et la sécurité juridique semblent des côtes bien lointaines pour les justiciables malmenés sur un océan d'incohérence et de complexité.

Les affaires *Achbita* et *Basic Fit* partagent des caractéristiques communes qu'il nous semble, à l'aune de ces constats et critiques, intéressant de relever. Toutes deux abordent des domaines encore vierges de toute jurisprudence de la Cour de justice. Nous ne pouvons qu'espérer que cette dernière aura le projet, lorsque l'heure viendra, de poser des bases saines et cohérentes, propices au développement d'une ligne de jurisprudence claire et empreinte de logique juridique. Cependant, ces deux affaires portent également sur des sujets ayant des impacts majeurs, que ce soit sur le plan économique, politique, social ou sociétal. La Cour de justice pourrait-elle être influencée par de telles considérations ? Pourrait-elle préférer ne pas se mouiller pour éviter le mécontentement de certains ? Au vu des raisonnements qu'elle a déjà tenus par le passé à l'occasion desquels la fin semblait justifier n'importe quel moyen, même juridiquement tronqué, ces questions méritent, selon nous, d'être posées.

Une jurisprudence trop figée ne pouvant épouser les réalités auxquelles la Cour est confrontée dans les affaires qui lui sont soumises n'est bien évidemment pas souhaitable. Il est important à nos yeux que notre haute juridiction ait la marge de manœuvre suffisante pour proposer une interprétation du droit européen qui puisse évoluer en même temps que la société. Mais cette interprétation doit se fonder sur des raisonnements juridiques rationnels et stables, ce qui semble ne plus toujours être le cas tant la Cour adopte une analyse casuistique et décousue. C'est pourquoi il pourrait être salutaire de repenser quelque peu, voire grandement, notre manière d'aborder la discrimination, notamment sur la délicate question des justifications.

Une autre approche possible serait d'admettre que les discriminations directes comme indirectes puissent être justifiées par un objectif légitime dont les moyens de mise en œuvre seraient proportionnés. Seule l'intensité du contrôle de la légitimité et de la proportionnalité serait différente,

plus stricte dans le cas d'une discrimination directe et plus souple pour une indirecte. Cela permettrait à la Cour de justice de ne plus avoir recours à des détournements de notions artificiels pour justifier une mesure pourtant directement discriminatoire. La Cour se ménagerait ainsi une marge d'appréciation suffisante mais garderait un cap cohérent et prévisible.

Pour retrouver les nuances et particularismes inhérents à la diversité de la discrimination, une hiérarchisation des caractéristiques protégées par le droit européen pourrait être une solution¹¹¹. Si l'Union européenne souhaite se montrer inflexible à l'égard des discriminations fondées, par exemple, sur la race ou l'orientation sexuelle, mais désire laisser plus de latitude en matière de religion ou d'âge, il est envisageable d'appliquer différents degrés de rigueur du contrôle de la légitimité et de la proportionnalité, ainsi que de prévoir des dispositions particulières pour certains critères, à l'instar de l'aménagement raisonnable en matière de handicap.

Les deux niveaux de contrôle se superposant, une discrimination directe fondée sur la race devrait répondre à des exigences très élevées concernant la légitimité de ses buts et la proportionnalité des moyens mis en œuvre. En revanche, une mesure apparemment neutre désavantageant particulièrement des personnes sur base de leur âge pourrait être justifiée de manière plus large.

Une telle révolution dans le monde de la discrimination n'est concevable qu'en réalignant les directives et la jurisprudence, en invitant à plus de logique juridique et en encourageant le législateur et la Cour de justice à faire voguer de concert le droit européen vers des horizons plus lumineux. Folle utopie ou rêve à portée de rame ? L'avenir nous le dira.

¹¹¹ Une piste de solution semblable, bien que plus étayée, avait déjà été exposée, il y a dix ans, par D. Martin. Une bouteille à la mer sans doute perdue dans les abysses si l'on observe l'attitude de la Cour de justice depuis lors. D. MARTIN, *op. cit.*, p. 587 et s.

VII. Bibliographie

Législation

Droit européen

Directive (CE), n° 97/80 du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *J.O.* L 014, 20 janvier 1998, p. 6.

Directive (CE) n°2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.*, L 180, 19 juillet 2000, p. 22.

Directive (CE) n°2000/78 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, *J.O.*, L 303, 2 décembre 2000, p. 16.

Directive (CE), n° 2004/113 du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *J.O.*, L 373, 21 décembre 2004, p. 37.

Directive (CE) n° 2006/54 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *J.O.*, L 204, 26 juillet 2006, p. 23.

Travaux préparatoires

Rapport sur l'application de la directive 2004/113/CE du Conseil mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, COM (15) 190 final.

Droit belge

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

Décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination.

Jurisprudence

CJUE

- C.J.C.E., 31 mars 1981, (Jenkins), C-96/80.
- C.J.C.E., 30 juin 1988, (Commission c. France), C-318/86.
- C.J.C.E., 11 juillet 1989, (Schröder), C-265/87.
- C.J.C.E., 8 novembre 1990, (Dekker), C-177/88.
- C.J.C.E., 30 novembre 1995, (Gebhard), C-55/94.
- C.J.C.E., 15 décembre 1995, (Bosman), C-415/93.
- C.J.C.E., 23 mai 1996, (O'Flynn), C-237/94.
- C.J.C.E., 17 février 1998, (Grant), C-249/96.
- C.J.C.E., 9 février 1999, (Seymour-Smith), C-167/97.
- C.J.C.E., 11 janvier 2000, (Kreil), C-285/98.
- C.J.C.E., 30 mars 2000, (JämO), C-236/98.
- C.J.C.E., 16 septembre 2004, (Merida), C-400/02.
- C.J.C.E., 10 mars 2005, (Nikoloudi), C-196/02.
- C.J.C.E., 13 décembre 2005, (Sevic), C-411/03.
- C.J.C.E., 18 janvier 2007, (Celozzi), C-332/05.
- C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, (Maruko), C-267/06.
- C.J.C.E., 10 juillet 2008, (Feryn), C-54/07.
- C.J.C.E., 6 octobre 2009, (Wolzenburg), C-123/08.
- C.J.U.E., 12 janvier 2010, (Wolf), C-229/08.
- C.J.U.E., 13 septembre 2011, (Prigge), C-447/09.
- C.J.U.E., 20 octobre 2011, (Brachner), C-123/10.
- C.J.U.E., 28 juin 2012, (Erny), C-172/11.

C.J.U.E., 13 novembre 2014, (Vital Pérez), C-416/13.

C.J.U.E., 14 avril 2015, (Cachaldora), C-527/13.

C.J.U.E., 16 juillet 2015, (Chez), C-83/14.

Conclusions AG

Conclusions de l'avocat général J. Kokott, 31 mai 2016, (Achbita), C-157/15.

Conclusions de l'avocat général E. Sharpston, 13 juillet 2016, (Bougnaoui), C-188/15.

CEDH

Cour eur. D. H., arrêt Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, req. n° 33985/96 et 33986/96.

Cour eur. D. H., arrêt Leyla Sahin c. Turquie, 10 novembre 2005, req. n° 44774/98.

Cour eur. D. H., arrêt Dogru c. France, 4 décembre 2008, req. n° 27058/05.

Cour eur. D. H., arrêt Tuba Aktas c. France, 30 juin 2009, req. n° 43563/08.

Cour eur. D. H., arrêt Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013 req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

Juridictions belges

Trib. trav. Anvers, 27 avril 2010, R.G. 06/397639/A.

C. trav. Anvers, 23 décembre 2011, *Orientations*, 2012/3, p. 24.

Civ. Liège, 23 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 520 et s.

Liège, 4 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 42 et s.

Cass., 9 mars 2015, R.G. n° S.12.0062.N.

Juridictions étrangères

Stoppis v. Just Ladies Fitness (Metrodown) and D. (No. 3), 2006, BCHRT 557, 21 novembre 2006.

Cons. prud'h. Paris, sect. commerce ch. 4, 16 déc. 2015, n° F 14/14901.

Doctrine

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE et CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010.

BENNAMI, A. et BARTH, I., « L'expression religieuse dans les entreprises : sortir des préjugés. Revue internationale de 201 cas de litiges juridiques », in *Management et religions, décryptage d'un lien indéfectible*, Strasbourg, Éditions Management et Société, 2012, p. 41 et s.

BRISBOSIA, E. et RORIVE, I., « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 951 et s.

BURRI, S. et McCOLGAN, A., « Sex-segregated Services », décembre 2008, Commission européenne – Direction générale de l'emploi des affaires sociales et de l'égalité des chances.

DORSSEMONT, F., « Neutraliteit van private ondernemingen versluiert vrijheid van religie », *Juristenkrant*, 2016, n°331, p. 12 et s.

EQUINET EUROPEAN NETWORK OF EQUALITY BODIES, « Equality Bodies and the Gender Goods and Services Directive », novembre 2014.

FALLON, M. et MARTIN, D., « Dessine-moi une discrimination... », *J.D.E.*, 2010, p. 165 et s.

GEELKENS, M., « Religion et travail : comment éviter les dérapages ? », 6 février 2014, *Trends*, p. 62 et s.

HENNETTE VAUCHEZ, S. et WOLMARK, C., « Plus vous discriminez, moins vous discriminez », *S.S.L.*, n°1728, p. 5 et s.

HERNU, R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2003.

HERVIEU, N., « Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail », *Lettres A.D.L. du CREDOF*, 24 janvier 2013.

KRENC, F., « Quelques considérations sur la religion dans la vie professionnelle », in *La vie privée au travail*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, p. 115 et s.

MARTIN, D., « L'interdiction de discriminer en raison de la nationalité : quelques arrêts troublants », *R.A.E.*, 2009-2010/2, p. 237 et s.

MARTIN, D., « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : Influences croisées ou jurisprudences sous influences ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2007/69, p. 107 et s.

MARTIN, D., « Sur la discrimination et la hiérarchie entre les discriminations dans le droit de l'Union : Pérégrinations autour d'un concept mystérieux », *Cahiers du CeDIE*, 2012/5.

MARTIN, D., *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

MATHIEU, C., « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », *R.D.T.*, 2012, p. 17 et s.

MORELLI, E. et PLETS, I., « Port de signes religieux dans le secteur privé : un commentaire de la jurisprudence belge », *Orientations*, 2013/10, p. 19 et s.

PORTA, J., « Égalité, discrimination et égalité de traitement. À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *R.D.T.*, 2011, p. 290 et s.

RUBENSTEIN, M., « Recent and current employment discrimination cases in the Court of justice of the European Union », *Equal Rights R.*, 2015, p. 57 et s.

SIMON, D., « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, 2001/1, p. 31 et s.

SWEENEY, M., « Le principe d'égalité de traitement en droit social de l'Union européenne : d'un principe moteur à un principe matriciel », *R.F.A.S.*, 2012, p. 42 et s.

TOBLER, C. et WAALDIJK, K., « Case Comment : Case C-267/06 Maruko », *C.M.L. Rev.*, 2009, p. 723 et s.

TOBLER, C., *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Luxembourg, Commission européenne – Direction générale de l'emploi des affaires sociales et de l'égalité des chances, 2008.

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

