



POINT DE VUE

L'APPORT DU DROIT A LA NON-DISCRIMINATION A LA PROTECTION DU PLURALISME RELIGIEUX

Regards croisés des juridictions et de la HALDE

Par **Frédérique Ast**, juriste à la HALDE (*)

Article des actes du colloque « manifester sa religion : droit et limites » organisé par la Faculté de Lille le 3 avril 2009 à paraître aux éditions L'Harmattan en 2010

« *La liberté de religion dérange* »⁽¹⁾. Elle dérange particulièrement les démocraties occidentales largement déconfectionnalisées et dont certaines sont aux prises avec des mouvements radicaux et des dérives sectaires. Elle dérange d'autant plus les Républiques laïques militantes pour lesquelles toute tentative de retour du fait religieux dans l'espace public est suspecte. Pourtant, l'organisation de nos sociétés modernes, aussi séculières soient-elles, est d'inspiration judéo-chrétienne. L'impact de cette structure sociale est souvent préjudiciable à l'égard de populations issues d'autres cultures et dont une partie est d'ailleurs composée de citoyens européens. Il est porteur de potentielles tensions. D'ailleurs, de nombreux rapports, y compris d'organismes officiels, dénoncent une montée en puissance de l'intolérance religieuse surtout après les attentats du 11 septembre.

Pour autant, la liberté religieuse fait figure de valeur prééminente dans le catalogue des droits fondamentaux⁽²⁾. Dans son arrêt de principe *Kokkinakis*, le juge européen des droits de l'homme a solennellement rappelé que « *la liberté (...) de religion représente l'une des assises d'une société démocratique. Elle figure (...) parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement acquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société* »⁽³⁾.

Il nous semble donc que le maintien de la paix sociale entre athées, agnostiques, laïcs et religieux dépend au moins en partie d'une clarification entre les manifestations religieuses qui sont admises et celles qui ne le sont pas. L'exercice relève certainement de la haute voltige mais le droit possède des vertus pacificatrices⁽⁴⁾. A cet égard, la République française a connu un réel débat de société conduisant à l'adoption de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 interdisant le port de signes religieux par les élèves de l'enseignement public. La même année, l'instigateur de cette loi, Bernard Stasi, a été chargé de mener un nouveau chantier d'inspiration communautaire. Il a débouché sur la création, le 30 décembre 2004, de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE).

« *La HALDE est compétente pour connaître de toutes les discriminations (...) prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie* » et donc les discriminations religieuses

(*) Cet article n'engage que son auteur. Il n'engage pas l'institution à laquelle il est rattaché.

(1) GONZALEZ (G.), *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté religieuse*, Economica, Paris, 1997, p. 5

(2) SUDRE (F.), « Droits intangibles et/ou droit fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la C.E.D.H. », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 386-390

(3) C.E.D.H. 25 mai 1993 *Kokkinakis c/ Grèce*, Req n° 14307/88

(4) Voir également l'article de Jean RIVERO selon lequel « *le seuil du droit franchi, les disputes s'apaisent* » ; RIVERO (J.), « La notion juridique de laïcité », *Dalloz* 1949, chronique XXXIII, p. 137

qui sont interdites par de nombreux instruments ⁽⁵⁾. Si la part des saisines de la HALDE pour discrimination religieuse reste aujourd'hui largement résiduelle⁽⁶⁾, certaines d'entre elles posent de véritables questions de principe. A ce jour, la HALDE a adopté une quarantaine de délibérations où elle a pu utiliser l'ensemble de la gamme des modalités d'intervention dont elle dispose⁽⁷⁾.

En premier lieu, elle a contribué activement à un travail de clarification du droit sur la place de la religion et l'équilibre à trouver entre liberté religieuse et laïcité. En effet, en dépit des tentatives des juges⁽⁸⁾ et de la doctrine⁽⁹⁾, la laïcité ne fait pas l'objet d'une définition juridique univoque. Si le Conseil d'Etat l'entend comme recouvrant la liberté de conscience et la non-discrimination qui sont assurées par la neutralité de l'Etat, elle renvoie aussi, idéologiquement parlant, à un programme actif où le recours à l'ordre public permet de justifier une restriction de la liberté de religion. Du fait de cette ambivalence, la laïcité à la française « *sent la poudre* »⁽¹⁰⁾ car elle « *constitue, en réalité, un assemblage complexe et non hiérarchisé d'éléments juridiques, de souvenirs historiques et de choix philosophiques ou politiques* »⁽¹¹⁾.

Saisie de nombreuses réclamations mettant en cause une conception erronée et purement idéologique de la laïcité, la HALDE a fait œuvre de pédagogie en rappelant le contenu et la portée de ce principe. Il se limite pour l'essentiel à la neutralité exigée des agents publics et à l'interdiction du port de signes religieux ostensibles aux élèves des écoles, collèges, lycées posée par la loi du 15 mars 2004. Pour le reste, le principe est celui de la liberté religieuse de l'ensemble des citoyens au sens large et ce, qu'ils soient des usagers du service public, des clients de services privés ou encore des salariés.

Dans sa délibération n°2007-117 du 14 mai 2007, la HALDE a considéré qu'en l'absence de toute circonstance susceptible de lui conférer le caractère d'un acte de pression ou de prosélytisme, l'exclusion des mères d'élèves de la participation à des activités éducatives et/ou à l'encadrement de sorties scolaires en raison du port du foulard caractérisait une discrimination religieuse. Bien que le rapport Madame Hanifa Chérifi sur l'application de la loi sur la laïcité⁽¹²⁾ dénonçait déjà des difficultés à ce sujet, la HALDE a ainsi été la première institution à se prononcer à ce sujet. Depuis lors, en s'appuyant sur son analyse, le ministre de l'Education nationale a confirmé publiquement⁽¹³⁾ que la loi sur la laïcité ne s'étendait pas aux parents d'élèves ou à d'autres personnes intervenant bénévolement dans le cadre du service public de l'enseignement⁽¹⁴⁾. La HALDE a également relevé, à plusieurs

⁽⁵⁾ Par exemple les Pactes de New York, la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte sociale européenne révisée, la directive 2000/78 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.* n° L. 303/16 du 2 décembre 2000, l'article 1132-1 du code du travail, les articles 225-1 et 2 du code pénal, l'article 1^{er} de la loi Mermaz ou encore de l'article 6 de la loi Le Pors.

⁽⁶⁾ Elle représente environ 3% des 8000 réclamations comptabilisées en 2008.

⁽⁷⁾ La HALDE dispose de pouvoirs de transaction pénale, de médiation, de recommandation, de transmission au parquet. Elle peut aussi présenter des observations devant les juridictions ou encore formuler des avis. Pour un aperçu rapide de ces pouvoirs, ARTUS-JEGOU (Ch.) et BEATRIX (Y.), « La lutte contre les discriminations », *La Semaine Juridique, Social*, n° 42, 16 octobre 2007, p. 1776

⁽⁸⁾ Se reporter au rapport de 2004 du Conseil d'Etat, Un siècle de laïcité, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 2004, pp. 241-471 ; Conseil Constitutionnel n° 2004-205 du 19 novembre 2004 DC *Traité établissant une constitution pour l'Europe*

⁽⁹⁾ PRELOT (P.-H.), « Définir juridiquement la laïcité », in GONZALEZ (G.) (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 266 p., pp. 115-149

⁽¹⁰⁾ RIVERO (J.), *op.cit.*

⁽¹¹⁾ ROLLAND (P.), « Synthèse et conclusion », in GONZALES (G.) (dir), *op.cit.*, pp. 249-266, spéc. p. 251

⁽¹²⁾ CHERIFI (H.), Application de la loi du 15 mars 2004 sur le port des signes religieux ostensibles dans les établissements d'enseignement publics, juillet 2005, 76 p., spéc. p. 39 ; voir également en annexe de ce rapport le communiqué de presse du 20 septembre 2004 de la fédération des conseils des parents d'élèves dénonçant l'absence de clarification juridique par le ministère de l'Education nationale.

⁽¹³⁾ V. notamment la réponse écrite de Monsieur le Ministre Xavier Darcos (*J.O.R.F.* du 26 août 2008 p. 7378) à la question n° 28396 de Monsieur le député Facon Albert (*J.O.R.F.* du 29 juillet 2008 p. 6482)

⁽¹⁴⁾ Question publiée au *J.O.R.F.* du 29 juillet 2008 p. 6482 et réponse publiée au *J.O.R.F.* du 26 août 2008 p. 7378. Le Ministre rappelle ainsi que ces personnes « *ne peuvent être soumis à aucune réglementation particulière concernant leur tenue* » et qu'« *il appartient au chef d'établissement ou au directeur d'école de veiller, avec une attention particulière, à ce que le choix des intervenants soit uniquement fondé sur le souci d'assurer le bon fonctionnement du service* »

occasions, que le fait d'interdire à des stagiaires adultes voilées de suivre une formation auprès d'un organisme public d'enseignement du seul fait qu'elle s'effectuait dans les locaux de lycées publics était discriminatoire⁽¹⁵⁾. Cette approche vient d'ailleurs d'être relayée par la juridiction administrative dans une ordonnance de référé du 27 avril 2009⁽¹⁶⁾. Par ailleurs, dans sa délibération n° 2006-131 du 5 juin 2006, la HALDE a considéré discriminatoire et stigmatisant le refus d'accès d'une femme voilée lors de la cérémonie de remise d'un décret de naturalisation se déroulant dans l'enceinte de la préfecture. Moins de deux mois après l'adoption de cette délibération, le ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire a adressé une note à l'ensemble des préfets pour leur rappeler qu'ils n'étaient pas « *fondés à refuser la participation d'une personne à une cérémonie d'accueil dans la citoyenneté française au seul motif du port du voile (ou de tout autre signe religieux)* ».

Ainsi, tout en s'inspirant des grilles de lecture du juge européen et du juge national, la HALDE a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des questions inédites désormais relayées par les pouvoirs publics. En cela, elle contribue utilement à préciser les règles du vivre-ensemble dans une République laïque et respectueuse de la liberté religieuse à l'issue d'une périlleuse recherche d'équilibre entre le droit individuel au respect de manifester sa religion et d'autres impératifs de la défense d'une société démocratique⁽¹⁷⁾.

Par ailleurs, la HALDE a également eu l'occasion de se prononcer sur le caractère discriminatoire de mesures limitant ou interdisant certaines manifestations religieuses. Elle s'est ainsi exprimée sur la compatibilité de contraintes vestimentaires, alimentaires ou rituelles avec le droit à la non-discrimination tant dans le domaine de l'emploi, de la formation ou de l'éducation qu'en matière de logement ou de biens ou services⁽¹⁸⁾. Ces questions soulèvent un autre débat qui semble poindre en Europe et qui porte sur la question de savoir si le droit de manifester sa religion ne nécessiterait pas d'être revisité au regard du droit à la non-discrimination dans nos sociétés pluriconfessionnelles. En effet, la seule interdiction des discriminations directes, ouvertes et ostensibles, se rapportant à des traitements intentionnellement différenciés en raison de caractéristiques suspectes, reste insuffisante. Le fait de réserver un traitement identique à tous les individus fait abstraction de la diversité des situations et des personnes. En refusant d'en tenir compte, des inégalités profondes risquent de se perpétuer. Le concept de discrimination indirecte a d'ailleurs été élaboré afin de détecter et d'interdire des mesures qui *a priori* semblent acceptables et neutres mais qui s'avèrent en fait particulièrement désavantageuses à l'égard de certains groupes et ce, sans justification objective et/ou sans proportionnalité. Il induit également qu'un traitement différencié soit mis en place à l'égard de certains individus ou certains groupes d'individus. Ainsi, parfois, il suffit de supprimer une mesure ou de mettre fin à une pratique défavorable au groupe minoritaire, le cas échéant en lui accordant les droits de la majorité. Parfois, il faut que les acteurs économiques et sociaux mettent en place d'autres mesures d'ajustement. Cette situation a pour effet de susciter la transformation de la règle pour qu'elle respecte les exigences d'une société « inclusive » à l'égard de populations généralement minoritaires⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ Voy. les délibérations n°2008-121 du 2 juin 2008, n°2008-167 et 168 du 1^{er} septembre 2008, n° 2009-234, 235, 236 et 238 du 8 juin 2009 au sujet de formations professionnelles et les délibérations n°2008-167 et 168 du 1^{er} septembre 2008 au sujet de formations linguistiques s'inscrivant dans le cadre d'un contrat accueil et intégration.

⁽¹⁶⁾ TA 27 avril 2009 *Salma Saïd c/ GRETA Top Formation*, n° 0905233/9 au sujet du président d'un GRETA qui avait annulé l'inscription d'une stagiaire au motif qu'elle ne respectait pas la loi sur la laïcité et l'interdiction du port ostensible de signes religieux. Le juge a ainsi ordonné au président du GRETA la réintégration à son stage de cette personne « *sans que puisse lui être opposé le port de son foulard* ».

⁽¹⁷⁾ Pour d'autres exemples, voir les délibérations n°2009-298 du 14 septembre 2009 et n° 2009-339 du 29 septembre 2009. Sur cette même recherche par le juge européen, DE SALVIA (M.), « Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la C.E.D.H. », *in* Mélanges Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, Vol I, pp. 591-606

⁽¹⁸⁾ Elle reconnaît que la liberté du for intérieur est absolue quelles que soient les convictions en cause ; Délibération n° 2007-309 du 17 décembre 2007 où la HALDE au sujet d'une fonctionnaire territoriale, membre de « l'Eglise de scientologie ». Au sujet d'accusations abusives de prosélytisme et de circoncisions rituelles constitutives d'un harcèlement discriminatoire, v. également la délibération n°2009-125 du 2 mars 2009.

⁽¹⁹⁾ En ce sens, se reporter aux conclusions de Monsieur l'Avocat général Poiares Maduro présentées le 31 janvier 2008 dans l'affaire *Coleman* (aff. C-303/06), parag. 19

Le pluralisme religieux des sociétés européennes conduit désormais à s'interroger sur de nouveaux arbitrages concernant l'étendue de la liberté religieuse et ce, au regard du principe de non-discrimination. Une analyse du terrain montre que les menus des cantines scolaires sont conçus afin de répondre à certains prescrits alimentaires d'ordre confessionnel, des aménagements du temps de travail sont autorisés lors de fêtes religieuses ou encore que des entreprises ou des hôpitaux ont installé des salles de prières. Nous sommes sortis de l'obscurantisme des guerres de religion précisément en consacrant le pluralisme comme une valeur phare de la philosophie des droits de l'homme. La question est désormais de savoir si des aménagements - dont il conviendrait de rappeler le caractère raisonnable - ne devraient pas, dans certains cas, être conçus comme des droits sous peine de conduire à des pratiques discriminatoires ?

Jusqu'à récemment, le juge européen s'est montré peu enclin à adopter une telle approche. Il influence pourtant grandement les juridictions françaises ainsi que la HALDE. A travers des exemples choisis, nous définirons la grille de lecture classiquement retenue dans le cadre européen de la liberté religieuse à laquelle les juridictions françaises et la HALDE adhèrent largement. Nous mettrons également en évidence l'émergence d'une nouvelle conception de cette liberté fondée sur le droit à la non-discrimination, observable en Europe continentale et en France, et à laquelle la HALDE apporte sa contribution.

PARTIE I
L'APPORT DU DROIT A LA NON-DISCRIMINATION
A LA PROTECTION DU PLURALISME RELIGIEUX DANS LE CADRE EUROPEEN

La liberté religieuse comporte celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi⁽²⁰⁾. Contrairement à la liberté relevant du « *for intérieur* »⁽²¹⁾, « *la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* »⁽²²⁾ est susceptible d'être limitée mais dans des conditions strictement définies.

Conformément à l'article 9 paragraphe 2 de la C.E.D.H., de telles restrictions doivent être « *prévue(s) par la loi* » et « *être nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Dans l'hypothèse « *où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut [également] se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun* »⁽²³⁾. Par exemple, en France, comme en Turquie ou en Suisse, où la laïcité fait figure de valeur fondatrice, « *une attitude ne respectant pas ce principe ne sera pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester sa religion* »⁽²⁴⁾.

Sur ce droit à une liberté fondamentale vient ainsi se superposer un autre droit fondamental qui soutient la Convention⁽²⁵⁾, celui de la non-discrimination protégé par l'article 14 de C.E.D.H. Une discrimination religieuse s'entend d'une différence de traitement directement ou indirectement fondée

⁽²⁰⁾ C.E.D.H. 27 juin 2000 *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, Req. n° 27417/95

⁽²¹⁾ « *Sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion exclut toute appréciation étatique sur la légitimité des croyances religieuses* » ; C.E.D.H. 26 octobre 2000 *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, Req. n° 30985/96

⁽²²⁾ Article 9 de la C.E.D.H. et article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007.

⁽²³⁾ C.E.D.H. 25 mai 1993 *Kokkinakis c/ Grèce*, précité, parag. 33

⁽²⁴⁾ C.E.D.H. 4 décembre 2008 *Dogru c/ France*, Req. n° 27058/05 et C.E.D.H. 4 décembre 2008 *Kervanci c/ France*, Req. n°31645/04

⁽²⁵⁾ C.E.D.H. 21 juillet 2005 *Strain c/ Roumanie*, Req. n° 57001/00

sur la religion et/ou les convictions et qui n'est pas justifiée par un objectif légitime et/ou qui n'est pas proportionnée à cet objectif. L'article 14 de la C.E.D.H. n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses de la Convention et de ses protocoles. En effet, « *ce que l'article 14 de la convention garantit, c'est non le droit à l'égalité devant la loi, mais, de façon plus limitée, l'absence de discrimination concernant les droits reconnus dans la convention et dans ses protocoles additionnels. L'article 14 ne crée pas un droit supplémentaire par rapport aux autres droits reconnus dans la convention : il est un complément de ceux-ci* »⁽²⁶⁾.

Dans la quasi-unanimité des affaires où elle s'est prononcée, la Cour a accordé un « brevet de conventionnalité » à des pratiques apparemment neutres mais défavorisant particulièrement certaines personnes d'une religion donnée. Cependant, quelques arrêts donnent un aperçu - certes encore fébrile - d'une appréhension originale du fait religieux sur la base du droit à la non-discrimination.

A) L'approche classique du juge européen : l'absence d'autonomie du droit à la non-discrimination par rapport au droit de manifester sa religion

Traditionnellement, il n'est pas apparu à la Cour européenne des droits de l'homme que le droit à la non-discrimination ajoutait, en substance, à la protection garantie du droit au respect de la liberté religieuse. En effet, dans la mesure où « *tout se passe comme si [l'article 14] faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou des libertés* »⁽²⁷⁾, la Cour européenne des droits de l'homme a longtemps considéré superfétatoire de se prononcer sur la violation de cet article 14 dès lors qu'elle avait déjà conclu à une violation ou à la non-violation d'une autre disposition, telle que l'article 9 garantissant la liberté religieuse.

Dans une telle situation, elle estime de manière constante qu'« *aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 14 (...)* ». Elle ne distingue donc pas, sous l'angle de la discrimination, une dimension particulière au contenu même du droit au respect de la liberté religieuse. Ainsi, statuant à propos d'une réglementation nationale prohibant le port de signes religieux à l'université, le juge de Strasbourg a jugé que « *les considérations à l'appui de [ses] conclusions (...) selon lesquelles nulle violation ne peut être constatée au regard de l'article 9 de la Convention [garantissant la liberté religieuse] et de l'article 2 du Protocole n° 1 [garantissant le droit à l'instruction] valent sans conteste pour le grief tiré de l'article 14 (...)* »⁽²⁸⁾.

Pour le juge européen, apprécier une affaire comme une problématique de discrimination religieuse ou de liberté religieuse ne change donc rien à l'appréciation ou à la solution qui peut lui être donnée. En outre, s'il ne détecte pas nécessairement une différence de traitement fondée sur la religion ou une ingérence dans la liberté religieuse, il justifie de telles différences ou ingérence en faisant prévaloir d'autres objectifs légitimes.

1) Les faux-semblants de l'apparence : la difficulté de détecter une discrimination religieuse

La notion de religion constitue la matrice de la protection prévue par les textes européens, qu'il s'agisse de la Convention européenne des droits de l'homme ou de la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Elle en conditionne donc le déclenchement. Pourtant, elle ne fait l'objet d'aucune définition.

• ***La définition subjective de la religion***

Faute de consensus européen, la Cour européenne a semblé retenir « *une conception personnelle ou subjective de la liberté de religion* » à l'instar de la Cour suprême du Canada. En effet, cette dernière définit la liberté religieuse comme « *la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste* ».

⁽²⁶⁾ LAMBERT (P.), « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la C.E.D.H. ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 497

⁽²⁷⁾ C.E.D.H. 23 juillet 1968, « Régime linguistique belge », A. n° 6, parag. 9

⁽²⁸⁾ C.E.D.H. 10 novembre 2005 *Leyla Sahin / Turquie*, Req. n° 44774/98

sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux »⁽²⁹⁾.

A l'égard du foulard, la Cour européenne a ainsi jugé que dans la mesure où la requérante estimait obéir « à un précepte religieux et, par ce biais, manifest(ait) sa volonté de se conformer strictement aux obligations de la religion musulmane, « l'on p(ouvait) considérer qu'il s'agi(ssai)t d'un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction »⁽³⁰⁾. Dès lors, « sans se prononcer sur la question de savoir si cet acte, dans tous les cas, constitue l'accomplissement d'un devoir religieux », la Cour part du principe que des restrictions à cette liberté constituent « une ingérence dans l'exercice par la requérante du droit de manifester sa religion »⁽³¹⁾. Par ailleurs, la Convention protège les « convictions » qui peuvent être d'ordre religieux et que la Cour entend comme « des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance »⁽³²⁾.

Cette approche purement subjective qui présente de nombreux avantages ne résout pas complètement la question de savoir quelle protection accorder à des groupes religieux minoritaires qui seraient considérés comme contraires à l'ordre public dans certains pays mais tolérés dans d'autres⁽³³⁾.

A cet égard, il n'est pas exclu que la Cour de justice des Communautés européennes donne un jour son interprétation autonome et uniforme de la notion de religion. La directive 2000/78 interdit toute discrimination fondée sur la religion et les convictions dans le domaine de l'emploi. Or, l'exigence d'une application uniforme du droit communautaire et le principe d'égalité s'opposent, sauf clause expresse, à ce que le sens et la portée d'une disposition de droit communautaire soient définis par les législations des Etats membres. La Cour de Luxembourg a d'ailleurs déjà donné une définition communautaire du handicap, qui est un autre motif de discrimination interdit par la directive 2000/78⁽³⁴⁾.

- **La preuve de l'appartenance à une confession donnée**

La question de l'appartenance religieuse est certainement l'une des plus complexes à appréhender. Elle relève de la psyché qui, par définition, est intérieure et personnelle à chaque individu. En outre, toute personne peut en changer. Ainsi, en droit français, l'appartenance à une religion donnée peut être réelle ou supposée pour bénéficier d'une protection contre la discrimination. Là encore la prise en compte de la subjectivité d'autrui sur l'appartenance à une confession est une parade utile pour capter des comportements discriminatoires sans être enfermé dans le carcan d'une définition formelle.

Les choses deviennent plus difficiles lorsqu'un individu bénéficie d'un traitement particulier du seul fait de sa religion. Dans son arrêt *Kosteski c/ ex-République yougoslave de Macédoine*⁽³⁵⁾, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée au sujet de la législation de l'ex-République de Macédoine qui accordait des autorisations d'absence au seul bénéficiaire des musulmans pendant les fêtes de l'Aïd-el-Fit et de l'Aïd-el-Kebir. En l'espèce, le requérant avait été sanctionné par une retenue sur salaire pour avoir été absent lors de ses fêtes, son employeur ayant mis en doute son appartenance à l'islam. Les juridictions nationales avaient d'ailleurs établi que le requérant n'avait

⁽²⁹⁾ Cour suprême 30 juin 2004 *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551. Pour la Cour, celui qui invoque cette liberté n'est pas tenu de prouver l'existence de quelque obligation, exigence ou précepte religieux objectif. C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle.

⁽³⁰⁾ C.E.D.H. 10 novembre 2005 *Sahin c/Turquie*, Req. n° 44774/98

⁽³¹⁾ *Ibidem*

⁽³²⁾ C.E.D.H. 25 février 1982 *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, Req. n° 7511/76 et 7743/76

⁽³³⁾ On pense en particulier à la Scientologie reconnue comme une religion en Italie, alors qu'elle n'est pas reconnue comme telle par les tribunaux allemands du travail ni par le Royaume-Uni (en particulier sa législation sur les organismes caritatifs). En France, la Scientologie est actuellement menacée de dissolution dans le cadre d'un procès pénal pour escroquerie devant le Tribunal correctionnel de Paris qui devrait rendre son verdict le 27 octobre 2009.

⁽³⁴⁾ C.J.C.E. 11 juillet 2006 *Chacón Navas c/ Eures Colectividades SA*, aff. C-13/05

⁽³⁵⁾ C.E.D.H. 13 avril 2006 *Kosteski c/ex- République yougoslave de Macédoine*, Req. n° 55170/00

aucune connaissance de la foi musulmane, n'en respectait pas les proscrits alimentaires et qu'en fait, il avait plutôt respecté les fêtes chrétiennes jusque là.

La Cour juge qu'il n'est ni oppressif ni en total opposition avec la liberté de conscience d'exiger d'un salarié qu'il présente des éléments circonstanciés concernant sa religion pour pouvoir bénéficier d'un régime dérogatoire à la norme commune tant sur le fondement de l'article 9 de la C.E.D.H. que sur celui de l'article 14. Le bénéfice d'un droit à congé peut donc être subordonné à la déclaration de données relevant du droit au respect de la vie privée et alors même que cette déclaration doit pouvoir s'accompagner d'éléments matériels probants.

On peut comprendre le souci de l'ensemble des institutions de se prémunir contre d'éventuels détournements de la loi. Le standard de preuve posé par la Cour dans cette affaire s'apparente d'ailleurs à celle qui est applicable aux objecteurs de conscience lorsqu'ils souhaitent être exemptés de service militaire⁽³⁶⁾. Mais la difficulté est que la Cour ne voit pas de discrimination au fait que le requérant avait été le seul à devoir démontrer l'authenticité de son appartenance à la religion musulmane. Or, il est difficile d'établir une liste d'indices objectifs permettant de rapporter la preuve de sa religion, au-delà de simples éléments fondés sur des critères discriminatoires tels que le nom patronymique, l'origine ethnique, l'apparence physique ou encore les mœurs. Si, en l'espèce, il était permis de douter de la bonne foi du requérant, le droit à congé était attribué à l'ensemble des musulmans, y compris les non-pratiquants... En tout état de cause, cette affaire montre les limites intrinsèques à tout système de droit face à un élément aussi personnel qu'identitaire que constitue l'appartenance confessionnelle.

Cette difficulté s'est déjà posée à d'autres cours en ce qui concerne le critère de la race. Par exemple, aux Etats-Unis, deux frères italiens blancs s'étaient auto-déclarés comme étant de race noire dans un formulaire de candidature pour le recrutement de pompiers à Boston. Grâce à des mesures d'*affirmative action*, ils avaient pu être recrutés alors que leurs résultats n'étaient pas suffisants pour des Blancs. Saisie de l'affaire, la Cour de Massachussets a alors confronté leur déclaration à une observation visuelle de leur apparence, à des documents mentionnant leur origine ainsi qu'à leur perception raciale et à celle de leur famille dans leur environnement social⁽³⁷⁾. En l'absence de définition objective de la race, la Cour a ainsi déterminé un faisceau d'indices pour redresser une réalité pourtant tangible. Le critère de la religion est autrement plus difficile à identifier juridiquement. Il est parallèlement plus aisé de l'usurper, le cas échéant.

- ***Sens et portée de la manifestation religieuse***

Selon le professeur P. Rolland, la liberté de manifester sa religion doit s'entendre de « *tous les actes, gestes ou comportements qui se déduisent d'une appartenance religieuse* »⁽³⁸⁾. Bien que « *l'article 9 de la Convention ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par la religion ou conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par ses convictions* »⁽³⁹⁾, la Cour a interprété largement la notion de pratiques religieuses.

Par exemple, dans l'affaire *Johannische Kirche et Horst Peters c/ Allemagne*, les requérants de confession chrétienne alléguaient que leur religion était marquée par la croyance qu'après la mort, il n'y a plus aucune différence sociale et que les êtres humains sont tous égaux devant Dieu. Leur croyance s'exprimait à travers la volonté d'aménager un cimetière de sorte que toutes les pierres tombales soient couchées et uniformes. Pour autant, les requérants admettaient que l'enterrement

⁽³⁶⁾ Comm.E.D.H. 11 octobre 1984 *N. c/ Suède*, Req. n° 10410/83 et Comm. E.D.H. 7 mars 1996 *Raninen c/ Finlande*, Req. n° 20972/92

⁽³⁷⁾ *Malone v. Harley*, n° 88-339 (Sup. Jud. Ct Suffolk County), Massachussets, July 25, 1989

⁽³⁸⁾ ROLLAND (P.), « *Ordre public et pratiques religieuses* », in FLAUSS (J.-F.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 231-271, spéc. p. 232

⁽³⁹⁾ Par exemple, C.E.D.H. (Gr. Ch.) 13 février 2003 *Refah Parisi et autres c/ Turquie* Req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 ; v. également la décision *Arrowsmith* de la Commission européenne des droits de l'homme selon laquelle « *on ne serait considéré comme protégés les faits et gestes par des particuliers qui n'expriment pas réellement la conviction dont il s'agit, même s'ils sont motivés ou inspirés par celle-ci* » (Comm.E.D.H. 12 octobre 1978 *Arrowsmith c/ Royaume-Uni*, Req. n° 7050/75, parag. 71).

d'un membre de leur communauté dans un cimetière traditionnel n'était pas proscrit par leur religion. La Cour a admis que cette manifestation religieuse était couverte par l'article 9 « *dans la mesure où la manière d'enterrer les morts et d'aménager les cimetières représente un élément essentiel de la pratique religieuse* »⁽⁴⁰⁾.

Est également protégé « *le domaine des convictions personnelles et des croyances religieuses qui protège des actes intimement liés à ces comportements, tels les actes de culte ou de dévotion qui sont des aspects de la pratique d'une religion ou d'une conviction sous une forme généralement reconnue* »⁽⁴¹⁾.

Pour autant, les organes de Strasbourg ne considèrent pas nécessairement que le droit à la liberté religieuse fasse l'objet d'une ingérence lorsqu'il entre en conflit avec des obligations professionnelles.

- ***La prévalence du lien contractuel sur les prescrits religieux ou « la garantie fondamentale » de pouvoir quitter son emploi***

Dans l'affaire *Kosteski* étudiée *supra*, la Cour déclare « *ne pas être persuadée que le fait, pour un travailleur de s'absenter pour célébrer une fête religieuse puisse être considéré comme une manifestation de ses convictions religieuses, au sens de l'article 9 de la Convention, ni que la sanction prise à son encontre constitue une ingérence dans sa liberté d'exprimer sa religion* »⁽⁴²⁾. La défunte Commission européenne des droits de l'homme n'a en revanche eu aucun doute sur l'absence d'ingérence en cas de contrariété entre des obligations religieuses et des dispositifs d'ordre contractuel. Elle n'a pas davantage perçu de discrimination dans ce type de situation tout en convenant que les jours fériés et autres jours chômés sont généralement issus de la religion historiquement dominante.

La Commission européenne de Strasbourg s'est prononcée à l'occasion de trois affaires où des travailleurs se trouvaient dans l'incapacité d'exécuter leur contrat de travail en raison de leurs convictions religieuses. Si elle reconnaît que des obligations positives peuvent reposer sur les Etats afin de garantir un respect effectif de la liberté de religion de l'individu, la Commission n'en tire aucune conséquence concrète dans les affaires en question que ce soit sur le fondement de l'article 9 pris isolément ou combiné avec l'article 14 de la Convention.

Dans l'affaire *X c/ Royaume-Uni*⁽⁴³⁾, le requérant était un instituteur musulman d'origine indienne qui souhaitait disposer de 45 minutes le vendredi en début d'après-midi pour pouvoir prier à la mosquée. Son employeur lui avait refusé cette possibilité, estimant qu'il ne pouvait lui proposer qu'un poste à temps partiel sur quatre jours et demi. Le requérant dut alors se résoudre à quitter son emploi tout en estimant que sa démission était requalifiable en un licenciement abusif et discriminatoire à raison de sa religion.

Pendant les premières années de son embauche, il n'avait cependant pas sollicité d'aménagement particulier de ses horaires, compte tenu de la distance éloignée d'un lieu de culte. Il le fit en revanche dès sa première affectation dans un établissement proche d'une mosquée. Dans ce poste puis dans les autres, il obtint, bon an, mal an, la possibilité de se libérer pendant trois quarts d'heure les vendredis après-midi.

Dans sa décision, la Commission relève que l'aménagement d'horaire en cause avait suscité de « *graves difficultés* ». Cette appréciation est directement reprise des juridictions nationales saisies préalablement de cette affaire. Elle n'est pas réévaluée par la Commission qui ne juge d'ailleurs pas utile d'en expliquer la teneur. Pourtant, devant l'organe de Strasbourg, le requérant avait prétendu qu'il était aisé de réorganiser son emploi du temps. D'une part, la modulation de son emploi du temps n'avait pas d'impact sur les élèves : ayant les fonctions de maître auxiliaire, la classe était nécessairement dirigée par un instituteur titulaire. D'autre part, sa tâche qui consistait à donner un

⁽⁴⁰⁾ C.E.D.H. 10 juillet 2001 *Johannische Kirche et Horst Peters c/ Allemagne*, Req. n° 41754/98

⁽⁴¹⁾ Comm.E.D.H. 27 février 1996 *Kalaç c/ Turquie*, Req. n° 20704/92

⁽⁴²⁾ Parag. 38 de l'arrêt.

⁽⁴³⁾ Comm.E.D.H. 12 mars 1981 *X c/ Royaume-Uni*, Req. n° 8160/78

enseignement particulier à un groupe d'enfants n'impliquait pas d'horaire fixe. Lors des dernières tentatives de trouver une solution concertée, il avait sollicité la possibilité de s'absenter pendant 45 minutes sans solde.

La Commission européenne des droits de l'homme a fait observer que le requérant avait la faculté de démissionner et qu'en acceptant des obligations pédagogiques découlant de son contrat de travail, « *il s'(était) mis lui-même dans l'incapacité de travailler (...) et d'assister aux prières du vendredi* ». Elle en a déduit qu'il n'y avait pas eu de violation du droit à la liberté religieuse dans la mesure où les autorités scolaires avaient « *réglé le problème en invoquant le contrat* ».

Le requérant n'avait invoqué que l'article 9 garantissant la liberté religieuse mais avait notamment plaidé qu'« *un musulman, bon pratiquant, ne pourrait jamais accepter un emploi d'enseignant à plein temps, mais devrait se contenter de la rémunération moindre d'un service à temps partiel* ». Après avoir soulevé d'office la question d'une éventuelle discrimination fondée sur l'article 14 de la C.E.D.H., la Commission européenne des droits de l'homme fait remarquer que d'autres enseignants appartenant à d'autres minorités religieuses n'avaient pas été mieux traités que lui et que dans la plupart des pays, seules les fêtes religieuses de la majorité de la population sont déclarées jours fériés. Elle en déduit que le requérant n'a pas « *été traité moins favorablement que les individus ou groupements placés en situation comparable* ». Dès lors, elle conclut à l'absence d'« *apparence de discrimination* ».

La Commission va adopter le même raisonnement dans l'affaire *Konttinen c/Finlande* du 3 décembre 1996⁽⁴⁴⁾ où l'aménagement de l'emploi du temps semblait pourtant à portée de main de l'employeur tant il était minime. Il s'agissait d'un opérateur de saisie informatique travaillant pour les chemins de fer finlandais qui avait été licencié pour s'être absenté de son poste pendant une durée cumulée de 39 minutes sur une année de travail. Cinq ans après son embauche, le requérant était devenu membre de l'Eglise adventiste du 7^{ème} jour. Or, les adventistes ne doivent pas travailler le jour du sabbat qui commence le vendredi au coucher du soleil. Ainsi, pour répondre à ce prescrit religieux, le requérant était parti à cinq ou six reprises avant la fin de son poste en avertissant au préalable sa hiérarchie. Afin d'éviter cette situation, il avait proposé plusieurs aménagements. Comme il travaillait par roulement, il avait suggéré de travailler plus longtemps l'été, de permuter en hiver ses horaires du vendredi soir et du vendredi matin et effectuer en été le poste du vendredi soir.

Toutes ses propositions furent rejetées même si compte tenu de ses tâches administratives, sa présence physique à une heure précise n'était pas exigée. Il fut finalement révoqué par son employeur faute de pouvoir le muter sur un autre poste. Lors de la procédure devant la Cour, le gouvernement finlandais argua pour la première fois du fait que la modification des horaires du requérant aurait entraîné des inconvénients pour son employeur et ses collègues sans davantage les expliciter.

La Commission fait la même analyse que dans l'affaire précédente alors que le dossier indiquait qu'une personne s'absentant de son poste en raison de son alcoolisme n'aurait pas été licenciée. Pour la Commission, le fait d'être libre de quitter son emploi est la « *garantie fondamentale de son droit à la liberté de religion* ».

En réponse à l'argument selon lequel le requérant aurait subi une discrimination par rapport à ses collègues qui auraient pu observer le sabbat le dimanche, la Commission répond laconiquement qu'il n'a pas été traité différemment de ses derniers. Elle relève simplement que la législation ne contient aucune disposition « *garantissant aux membres d'une communauté religieuse un droit absolu d'imposer un jour particulier comme leur jour saint* ». Elle en conclut qu'il n'y a « *aucune apparence de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9* ».

Cette jurisprudence a été confirmée une nouvelle fois en 1997 dans une affaire *Stedman c/ Royaume-Uni*⁽⁴⁵⁾. Il s'agissait d'une directrice adjointe d'une agence de voyages qui était obligée de travailler le

⁽⁴⁴⁾ Comm.E.D.H. 3 décembre 1996 *Tuomo Konttinen c/Finlande*, Req. n° 24949/94

⁽⁴⁵⁾ Comm.E.D.H. 9 avril 1997 *Louise Stedman c/ Royaume-Uni*, Req. n° 29107/95

dimanche un an et demi après son embauche et qui se plaignait de l'incompatibilité de ces nouveaux horaires avec sa confession chrétienne.

La doctrine s'est émue du formalisme et de la sévérité de cette jurisprudence⁽⁴⁶⁾. S'il ne s'agit pas dans ses affaires d'une interdiction directe posée par l'employeur à l'encontre de ses salariés de se conformer à des rites religieux, les horaires de travail ont indubitablement un impact défavorable sur la pratique religieuse des salariés. La prétendue garantie fondamentale selon laquelle les salariés peuvent se défaire de la relation de travail - *a fortiori* en l'absence de plein-emploi – paraît dérisoire au regard de la contrainte reposant sur le salarié de devoir renoncer à ses moyens de subsistance. Au contraire, elle s'apparente à un renoncement à exercer une liberté fondamentale⁽⁴⁷⁾ par le biais d'un vrai « faux-choix », celui de se plier à des horaires de travail incompatibles avec sa religion ou sacrifier sa carrière professionnelle pour respecter ses rites. Par ailleurs, la Commission se refuse de dépasser les apparences de non-discrimination par rapport à une structuration du temps de travail largement inspiré par la religion dominante alors qu'elle défavorise les personnes d'autres confessions.

Il est vrai qu'il n'appartient pas aux instances de Strasbourg de se substituer aux autorités nationales pour apprécier ce qui pourrait être la meilleure politique. Il n'en reste pas moins que l'optique de la Commission européenne sur les sociétés occidentales traversées par des flux migratoires suscite question. La Convention ne doit-elle pas protéger des droits « *non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs* »⁽⁴⁸⁾ ?

Par ailleurs, même dans les cas où la Cour reconnaît qu'il y a une ingérence au droit à la liberté religieuse en cas d'interdiction de signes religieux, elle l'a souvent estimée justifiée en se fondant sur des motifs impérieux.

2) La prévalence de motifs impérieux justifiant l'interdiction du port de signes religieux

L'invocation de la foi trouve sa limite dans des dispositions d'ordre public. Elle ne permet pas de justifier le refus de se soumettre à des contraintes sociales telles que payer l'impôt ou encore cotiser à un régime d'assurance vieillesse obligatoire⁽⁴⁹⁾. Elle s'efface devant l'abus d'expression religieuse ou dans des actes de prosélytisme de « *mauvais aloi* »⁽⁵⁰⁾. Elle est également supplantée par des règles impératives telles que des dispositions légales et réglementaires⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁶⁾ RINGELHEIM (J.), *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 490 p., spéc. p. 561 et les références citées

⁽⁴⁷⁾ Sur cette question, DE SCHUTTER (O.) & RINGELHEIM (J.), « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange », in DUMONT (H.), OST (F.) & VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005

⁽⁴⁸⁾ Par exemple, C.E.D.H. 13 mai 1980 *Artico c. Italie*, arrêt, série A n° 37

⁽⁴⁹⁾ Comm.E.D.H. 14 décembre 1962 *Eglise réformée X c/ Pays-Bas*, Req. n°E 1497/62, Annuaire CEDH 5, 286

⁽⁵⁰⁾ C.E.D.H. 24 février 1998 *Larissis et autres c/ Grèce*, Req. n° 23372/94 ; C.E.D.H. 8 février 2001 *Pitkevitch c/ Russie*, Req. n° 47936/99. Sur ces questions, v. RINGELHEIM (J.), *op. cit.*, spéc. p. 150 et ss ; GONZALEZ (G.), « Nouvel éclairage européen sur le prosélytisme ou petite leçon de savoir-vivre sous l'uniforme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, pp. 585-593 ; v. aussi CPH Toulouse 9 juin 1997, *Cah. Prud.* n° 09/97 p. 156 reconnaissant qu'un animateur de centre de loisir laïc commet une faute grave au regard de son obligation de neutralité en lisant la Bible et en distribuant aux enfants des prospectus en faveur des Témoins de Jéhovah ; CA Versailles 23 janvier 1998 *Cassan c/ SARL Diace Conseil*, N° 95/00009736 reconnaissant une violation de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi à l'encontre d'un formateur, prestataire de service qui incite ses interlocuteurs à partager ses idées et à rejoindre l'Eglise de scientologie dont il est membre ; CE 15 octobre 2003 *Odent*, n° 244428 ; v. également CA Basse-Terre 6 novembre 2006 n° 06/00095 et CA Rouen 25 mars 1997 n° 95/04028 ou encore CA Versailles 22 mars 2001 au sujet d'un comportement prosélyte de l'employeur. Nous n'évoquons pas ici la question des entreprises de tendance. Sur ce point, v. DUFFAR (J.), « Religion et travail dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et des organes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de droit public*, 1993, pp. 695-718, spéc. pp. 713-718

⁽⁵¹⁾ Cass. Soc. 29 mai 1986 *El Yacoubi c/ SA Automobiles Peugeot*, n° 83-45.409 au sujet d'un salarié musulman qui refuse de se soumettre aux dispositions régissant la médecine préventive du travail qui imposent une visite médicale annuelle.

Par ailleurs, les restrictions à la liberté de manifester sa religion peuvent être justifiées dans une société démocratique notamment si elles poursuivent des impératifs de sécurité ou encore si elles se heurtent à l'égalité des sexes ou au principe de laïcité. Dans cette perspective, l'interdiction de port de signes religieux constitue une ingérence dans le domaine de la liberté religieuse⁽⁵²⁾. Toutefois, dans l'ensemble des affaires jugées à Strasbourg, ni la Commission ni la Cour n'ont conclu à une violation du droit à la liberté religieuse et, le cas échéant, du droit à la non-discrimination. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est fondée, tantôt sur la seule base de l'article 9, tantôt sur la base combinée des articles 9 et 14 de la Convention. Toutefois, que l'affaire soit examinée au regard du principe de non-discrimination religieuse ou non, cela n'a pratiquement pas eu d'impact sur le résultat de son appréciation à ce jour.

- **La laïcité**

Le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse varie selon les époques et les contextes⁽⁵³⁾. La Cour européenne des droits de l'homme accorde donc une large marge d'appréciation à l'Etat dans les rapports qu'il entretient avec « *les religions* ». En sa qualité de juge supranational, elle n'a à ce jour jamais contredit le décideur national. Au contraire, elle a fait siennes les décisions prises par les juges constitutionnels.

Ainsi que la Cour l'a reconnu récemment⁽⁵⁴⁾, « *en France, comme en Turquie ou en Suisse, la laïcité est un principe constitutionnel, fondateur de la République, auquel l'ensemble de la population adhère et dont la défense paraît primordiale, en particulier à l'école* ». Dès lors, « *une attitude portant atteinte au principe de laïcité ne serait pas nécessairement acceptée comme faisant partie de la liberté de manifester sa religion* »⁽⁵⁵⁾.

La Cour a ainsi jugé que l'interdiction du port du foulard opposé à une étudiante en 5^{ème} année de médecine en Turquie ou encore à une enseignante du primaire en Suisse ne méconnaissait pas leur liberté religieuse au sens de l'article 9 de la Convention. Par ailleurs, elle ne voit pas en quoi le fait d'appréhender cette question sous l'angle de l'article 9 pris seul ou combiné avec l'article 14 de la C.E.D.H. pourrait présenter des questions distinctes.

Dans son célèbre arrêt *Sahin*⁽⁵⁶⁾ rendu en grande chambre, elle s'est largement appuyée sur l'argumentaire développé par les juges constitutionnels turcs. Ces derniers avaient mis en exergue l'impact politique du port du « *foulard islamique* » qui, en outre, était présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante sur celles qui ne l'arboraient pas. Or, la Turquie est un pays dont la majorité de la population est musulmane et manifeste un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque. En conséquence, la Cour européenne a jugé que « *dans un tel contexte, où les valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes devant la loi, sont enseignées et appliquées dans la pratique, l'on peut comprendre que les autorités compétentes aient voulu préserver le caractère laïque de leur établissement et ainsi considéré comme contraire à ces valeurs d'accepter le port de tenues religieuses, y compris, comme en l'espèce, celui du foulard islamique* »⁽⁵⁷⁾.

Par ailleurs, tout en relevant que la laïcité est un principe constitutionnel en Suisse, le juge européen reprend également à son propre compte le raisonnement du Tribunal fédéral national dans l'affaire *Dahlab*⁽⁵⁸⁾. Il en déduit que l'interdiction de porter le foulard opposée à une enseignante du primaire

⁽⁵²⁾ *Contra*, Comm.E.D.H. 3 mai 1993 *Karaduman c/ Turquie*, Req. n° 16278/90 et Comm.E.D.H. 3 mai 1993 *Bulut c/ Turquie*, Req. n° 18783/91 où la Commission a considéré que le refus de délivrance d'un diplôme motivé par le refus de présenter une photographie « tête nue » ne constituait pas une ingérence dans leur droit à la liberté de manifester leur religion.

⁽⁵³⁾ Voir, par exemple, C.E.D.H. 15 février 2001 *Dahlab c. Suisse*, Req. n°42393/98

⁽⁵⁴⁾ C.E.D.H. 4 décembre 2008 *Dogru c/ France*, Req. n° 27058/05 et C.E.D.H. 4 décembre 2008 *Kervanci c/ France*, Req. n°31645/04

⁽⁵⁵⁾ C.E.D.H. 13 février 2003 *Refah Partisi (parti de la prospérité) et autres c/ Turquie*, Req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98

⁽⁵⁶⁾ C.E.D.H. 10 novembre 2005 *Sahin c/Turquie*, Req. n° 44774/98

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*

⁽⁵⁸⁾ C.E.D.H. 15 février 2001 *Dahlab c/ Suisse*, Req. n°42393/98

était justifiée au-delà de « *l'atteinte qui pouvait être portée aux sentiments religieux de ses élèves [ainsi que] des autres élèves de l'école et de leurs parents* » par l'atteinte au principe de neutralité confessionnelle de l'école. Comme la requérante enseignait à de jeunes enfants âgés de quatre à huit ans, par nature influençables, la Cour ne voit pas comment « *dénier de prime abord tout effet prosélyte* » au foulard qui lui paraît en contradiction avec les valeurs démocratiques qu'un enseignant doit transmettre à ses élèves.

Plus récemment, la Cour de Strasbourg s'est prononcée au sujet de l'exclusion de deux collégiennes françaises qui, ne pouvant garder leur foulard pendant les cours d'éducation physique, ne s'y rendaient plus. Leur refus de respecter leur obligation d'assiduité et le climat de « *tension* » découlant de leur attitude (sur lequel l'arrêt ne donne pas de précisions) avait conduit à leur expulsion.

Au moment des faits litigieux, la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 interdisant le port des signes religieux ostensibles aux élèves de l'enseignement public n'avait pas encore été adoptée. La Cour admet donc que selon le droit positif de l'époque, « *le port de signes religieux n'était pas en soi incompatible avec le principe de laïcité dans les établissements scolaires* » mais qu'« *il le devenait suivant les conditions dans lesquelles celui-ci était porté et aux conséquences que le port d'un signe pouvait avoir* »⁽⁵⁹⁾. Elle note d'ailleurs qu'« *il n'était interdit qu'en cours d'éducation physique si bien que l'on ne [pouvait] parler d'une interdiction stricto sensu* ».

Le juge européen énonce sa conception du modèle français de laïcité comme s'opposant à la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires qui se transformerait en « *un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion* »⁽⁶⁰⁾. Parallèlement, il rappelle que « *les autorités internes ont justifié la mesure d'interdiction de porter le foulard en cours d'éducation physique par le respect des règles internes des établissements scolaires telles les règles de sécurité, d'hygiène et d'assiduité, qui s'appliquent à tous les élèves sans distinctions* », ce qui ne lui paraît pas déraisonnable.

Pour le reste, la Cour laisse à l'Etat le soin de décider, dans le cadre de sa marge nationale d'appréciation, d'une autre question qu'elle estime lui être « *difficile d'apprécier* », à savoir la compatibilité entre la pratique du sport et le port d'un bonnet. En l'occurrence, les requérantes avaient proposé de remplacer leur foulard par cet accessoire vestimentaire qui n'a pas de connotation religieuse. Les autorités nationales avaient également refusé cette option et la Cour s'en remet à leur appréciation. Le juge de Strasbourg ne tire, par ailleurs, aucune conséquence de ce qu'à l'époque des faits, « *des traitements circonstanciés* » avaient été observés dans d'autres établissements scolaires. Ces différents aspects de l'affaire n'ont pas été plaidés sous l'angle de la discrimination mais il est fort probable que si tel avait été le cas, les conclusions de la Cour n'en auraient pas été modifiées pour autant.

La laïcité « *à la française* » est donc reconnue comme permettant d'interdire dans certaines circonstances aux collégiennes le port du foulard. Pourtant, l'islam n'est pas la religion majoritaire du pays et, à notre connaissance, la France ne connaît pas de pressions extérieures émanant des mouvements extrémistes de la même ampleur qu'en Turquie. D'aucuns ont déduit de ces deux arrêts, rendus fin 2008, que « *la France n'aurait plus à s'inquiéter de la conformité de sa loi à la Convention* » et qu'ils pouvaient « *passer pour l'épilogue d'un sujet débattu depuis plus de 20 ans en France* »⁽⁶¹⁾.

En effet, un réel débat de société en France sur le port de signes religieux à l'école a été lancé en 1989. Il a donné lieu à la fameuse loi de 2004 sur la laïcité qui pose une interdiction générale et absolue du port de tout signe religieux ostensible par les élèves de l'enseignement public. Cette

⁽⁵⁹⁾ Parag. 70 de l'arrêt *Dogru*

⁽⁶⁰⁾ Parag. 71 de l'arrêt *Dogru*

⁽⁶¹⁾ SAYAR-YESILGUL (M.), « Lever le voile sur la question du foulard dans les écoles françaises. Quand la laïcité prime sur la liberté de manifester ses convictions religieuses », *L'Europe des Libertés*, janvier 2009, n° 28 ; v. FRICERO (N.), « Limitation de la liberté de manifester sa religion fondée sur le principe de laïcité », *Procédures*, n° 1, janvier 2009, comm. 16 ; *Contra*, RAIMBAULT (Ph.), « La question du voile devant la CEDH », *Droit administratif*, n° 1, janvier 2009, comm. 8

législation est unique dans toute l'Union européenne⁽⁶²⁾. Elle suscite les plus vives réserves des Nations Unies⁽⁶³⁾. Le Comité des droits de l'enfant indique craindre que la loi néglige le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de l'enfant à l'éducation⁽⁶⁴⁾. Dans ses dernières observations relatives à la France en juillet 2008⁽⁶⁵⁾, le Comité des droits de l'homme a considéré que pour respecter la culture publique de laïcité, il n'était pas nécessaire d'interdire le port de ces signes religieux courants à l'école. Il a ainsi appelé le gouvernement français à « réexaminer la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 à la lumière des garanties consacrées dans l'article 18 du Pacte, relatif à la liberté de conscience et de religion, y compris la liberté de manifester sa religion, tant en public qu'en privé, ainsi que du principe d'égalité garanti à l'article 26 » du Pacte international sur les droits civils et politiques. D'ailleurs, le Comité a déjà reconnu que l'interdiction du port de signes religieux dans les universités ouzbeks était contraire à l'article 18 du Pacte sur la liberté religieuse⁽⁶⁶⁾.

A l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme vient tout juste de rendre six décisions d'irrecevabilité où elle conclut à la conformité de la loi sur la laïcité de 2004 aux articles 9 et 14 combinés de la C.E.D.H.⁽⁶⁷⁾. Elle avait été saisie au sujet de l'exclusion de jeunes musulmanes qui s'étaient présentées à la rentrée scolaire avec les cheveux couverts d'un voile ou d'un bandana ainsi que de jeunes garçons, coiffés du *keski*, le sous-turban sikh.

Dans ces différentes espèces où l'interdiction de porter des signes religieux ostensibles n'était pas limitée aux cours d'éducation physique mais visait l'ensemble des cours, telle que le prévoit la loi française, la Cour dit ne voir « aucun motif susceptible de la convaincre de s'éloigner » de sa jurisprudence antérieure. Elle constate en effet que l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité et que cet objectif est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention ainsi qu'à la jurisprudence en la matière.

La Cour observe que la loi de 2004 ne remet pas en cause l'appartenance à une religion. Selon elle, elle poursuit le but légitime de protection de l'ordre et des droits et libertés d'autrui et a pour finalité de préserver le caractère neutre et laïc des établissements d'enseignement. D'ailleurs, elle rejette également comme manifestement mal fondées les requêtes relatives à la violation du droit à la non-discrimination en arguant du fait que la loi de 2004 s'applique à tous les signes religieux ostensibles sans prendre ainsi en considération le fait que les garçons d'origine sikhe et les filles de confession musulmane sont particulièrement désavantagés par le dispositif législatif.

- **L'égalité des sexes**

Conçu comme le « symbole d'un islam politique » en Turquie, le port du foulard est perçu par les juges européens comme « un signe extérieur fort » qui « semble être imposé aux femmes par une prescription coranique » et qui, de ce fait, est « difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes ». L'égalité des sexes est donc un motif impérieux qui a permis à la Cour de justifier l'interdiction du foulard dans certaines situations qui, par ailleurs, était également fondée sur le respect de la laïcité. Le juge européen estime donc « difficile de concilier le port du foulard islamique

⁽⁶²⁾ Seuls trois autres pays parties à la C.E.D.H. (Turquie, Albanie, Azerbaïdjan) ont adopté des mesures générales du même ordre ; BRIBOSIA (E.) & RORIVE (I.), « Le voile à l'école : une Europe divisée (en marge de l'arrêt Leyla Sahin), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, n° 60, pp. 951

⁽⁶³⁾ JAHANGIR (A.), Rapport du Conseil des droits de l'homme sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion et les convictions, A/HRC/10/8, 6 janvier 2009

⁽⁶⁴⁾ V. les observations finales du Comité des droits de l'enfant CRC/C/15/Add. 240, 30 juin 2004, spéc. points 25 et 26

⁽⁶⁵⁾ C.D.H. Observations finales à l'égard de la France, CCPR/C/FRA/CO/4 31 juillet 2008, 9 p., spéc. point 23

⁽⁶⁶⁾ C.D.H. 18 janvier 2005 *Raihon Hudoyberganova c/ Ouzbékistan*, Communication n° 931/2000. Sur le caractère « ésotérique » de cette communication, v. FLAUSS (J.-F.), « Le port de signes religieux distinctifs par les usagers dans les établissements publics d'enseignement », in GONZALEZ (G.) (dir.), *op. cit.*, pp. 201-221

⁽⁶⁷⁾ C.E.D.H. 30 juin 2009 *Aktas c/ France*, Req. n° 43563/08 ; *Bayrak c/ France*, Req. n° 14308/08 ; *Gamaleddyn c/ France*, n° 18527/08 ; *Ghazal c/ France*, Req. n° 29134/08 ; *J. Singh c/ France*, Req. n° 25463/08 et *R. Singh c/ France*, Req. n° 27561/08

avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination (...) »⁽⁶⁸⁾.

Corrélativement, la Cour n'a pas vu dans l'affaire *Dahlab*, davantage de discrimination à raison du sexe du fait qu'un homme de confession musulmane aurait pu enseigner à l'école publique contrairement à la requérante. Pour le juge, l'interdiction du foulard dans le cadre professionnel ne vise pas l'appartenance au sexe féminin mais poursuit l'objectif légitime de respect de la neutralité de l'enseignement primaire public. D'ailleurs, selon elle, une telle mesure pourrait également s'appliquer à un homme revêtant ostensiblement des habits propres à une autre confession⁽⁶⁹⁾.

Toutefois, comme la Cour le reconnaît elle-même, les conceptions varient selon les époques et les contextes. A notre connaissance, l'incompatibilité relevée par la Cour de Strasbourg entre le port du foulard avec le principe de l'égalité des sexes n'a pas été relayée dans la jurisprudence nationale. A cet égard, la juge dissidente belge, Madame Françoise Tulkens, a vivement critiqué la position de principe des juges majoritaires pour son « *paternalisme* » et son caractère stigmatisant. Selon elle, le foulard peut prendre différentes significations⁽⁷⁰⁾ et ne peut être réduit à symboliser la soumission de la femme à l'homme. Si tel était le cas, la cohérence imposerait d'interdire purement et simplement le port du foulard en tous lieux et toutes circonstances.

- **La sécurité publique**

La Cour a jugé que les obligations faites aux personnes de confession sikhe de retirer leur turban pour porter un casque de sécurité sur les motocyclettes n'était pas contraires à la liberté religieuse car elles répondaient à un but légitime de sécurité⁽⁷¹⁾. Le Comité des droits de l'homme a adopté la même approche à propos d'une loi obligeant des cheminots à porter un casque pour se protéger des blessures et des chocs électriques⁽⁷²⁾. Toutefois, il convient de relever que la législation britannique permet expressément aux Sikhs d'être dispensés de l'obligation de porter un casque de sécurité sur les chantiers de construction et sur les motocycles. Ces dispositions ont été conçues précisément comme des mesures d'aménagement afin d'éviter d'éventuelles discriminations raciales indirectes⁽⁷³⁾.

Dans des affaires *El Morsli et Phull c/ France*⁽⁷⁴⁾, la Cour européenne a admis, par ailleurs, qu'un Sikh et une femme musulmane puissent être contraints de retirer respectivement leur turban et foulard lors de contrôles de sécurité aux aéroports ou dans une enceinte consulaire. Elle note cependant que cette exigence était « *de faible portée* » et que la soumission aux normes de sécurité était « *ponctuelle* » et limitée dans le temps⁽⁷⁵⁾. Une lecture *a contrario* de cette jurisprudence laisserait entrevoir que la Cour pourrait adopter une position différente dans l'hypothèse où des mesures de sécurité s'avèreraient plus contraignantes à l'égard de certains groupes religieux.

On notera que dans ces différentes affaires, la Cour n'avait été interrogée que sur le fondement de l'article 9 de la C.E.D.H. Ce ne fut pas le cas dans l'affaire *Mann Singh*⁽⁷⁶⁾ où le grief d'une violation du droit à la non-discrimination fut également soulevé. Toutefois, selon une jurisprudence constante, ceci ne modifia pas pour autant l'analyse au fond de la Cour.

⁽⁶⁸⁾ Arrêt *Dahlab* précité

⁽⁶⁹⁾ Arrêt *Dahlab in fine*

⁽⁷⁰⁾ WEIBEL (N.), *Par delà le voile – Femmes d'islam en Europe*, Bruxelles, Complexe, 2000, p. 82

⁽⁷¹⁾ Comm.E.D.H. 12 juillet 1978 *X c/ Royaume-Uni*, Req. n° 7992/77

⁽⁷²⁾ Communication C.D.H. 9 novembre 1989 *Karnel Singh Bhinder c/ Canada*, n° 208/1986 Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément no 40 (A/45/40), vol. II, chap. IX (F), par. 6.2.

⁽⁷³⁾ Voir l'*Employment Act* de 1989 (articles 10 et 11) et le *Road Traffic Act (Driver Licensing and Information Systems)* de 1989 ; un règlement de 1992 dispense également les jeunes cavaliers sikhs de moins de 14 ans du port d'une bombe dans certaines circonstances.

⁽⁷⁴⁾ C.E.D.H. 11 janvier 2005 *Phull c. France* (déc.), n° 35753/03 et CE.D.H. 4 mars 2008 *El Morsli c. France* (déc.), n° 15585/06

⁽⁷⁵⁾ *Ibidem*

⁽⁷⁶⁾ C.E.D.H. 13 novembre 2008 *Shinghara Mann Singh c/ France*, Req. n° 24479/07

L'affaire *Singh* concernait directement le dispositif mis en place à partir des années 2000 en France concernant les photos d'identité sur le permis de conduire. Le requérant, de confession sikhe, disposait d'un permis de conduire où il apparaissait coiffé d'un turban. Il s'était fait voler ce document officiel et avait cherché à en obtenir le renouvellement. Toutefois, une nouvelle circulaire⁽⁷⁷⁾ l'obligeait de poser « tête nue » sur sa photo d'identité. Cette exigence entraînait ainsi directement en conflit avec les exigences de la religion sikhe qui prescrivent le port du turban en permanence. Le requérant contesta la légalité de cette circulaire qui ne prévoyait pas un traitement différent réservé aux membres de la communauté sikhe et ce, sur le fondement de l'article 9 et de l'article 14 de la C.E.D.H.

Dans un arrêt du 15 décembre 2006⁽⁷⁸⁾, le Conseil d'Etat français estima sur ce double fondement que l'atteinte particulière aux exigences et aux rites de la religion sikhe n'était pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, à savoir la lutte contre toute forme de falsification et d'usurpation d'identité. Il s'appuya en particulier sur le caractère ponctuel de l'obligation de se découvrir afin de produire une photographie « tête nue » qui selon lui, n'impliquait donc pas qu'un traitement différencié aurait dû être réservé aux personnes de confession sikhe⁽⁷⁹⁾.

Saisie à son tour, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que cette affaire était principalement liée aux considérations religieuses invoquées par le requérant et les a examinées en premier lieu au regard de l'article 9 de la C.E.D.H. Elle a ensuite suivi sa jurisprudence classique en relevant que la photographie « tête nue » répondait à des exigences de sécurité publique visées par l'article 9 paragraphe 2 consistant à identifier le conducteur et s'assurer de son droit à conduire le véhicule concerné. Sans même effectuer de contrôle de proportionnalité, elle a considéré que « *les modalités de mise en œuvre de tels contrôles entr[ai]ent dans la marge nationale d'appréciation de l'Etat (...) et ce, d'autant plus que l'obligation de retirer son turban (...) [était] purement ponctuelle* ». Sur la question de la discrimination, elle s'est contentée de relever que « *compte tenu des éléments en sa possession et dans la mesure où elle est compétente pour connaître des allégations formulées* », elle ne voyait « *aucune apparence de violation de l'article 14 de la C.E.D.H.* ».

L'ensemble des affaires évoquées *supra* montre à quel point le juge européen des droits de l'homme donne peu de prise aux arguments tirés de l'incompatibilité des contraintes d'ordre religieux avec d'autres domaines de la vie sociale. De même, les exemples donnés par la jurisprudence indiquent que dans la plupart des cas, les impératifs impérieux de la société démocratique supplantent le droit de manifester sa religion. Le juge européen laisse une large marge d'appréciation aux autorités nationales en la matière de sorte qu'il n'a pas remis en cause les pratiques nationales qui lui avaient été soumises. Les juges continentaux semblent refuser d'admettre - comme un postulat de départ - le fait que le droit au libre exercice de sa religion permettrait de soustraire systématiquement un individu à une loi d'application générale au motif que cette loi proscriit (ou prescrit) un comportement que sa religion prescrit (ou proscriit)⁽⁸⁰⁾. La Cour suprême américaine parvient d'ailleurs à la même analyse dans sa jurisprudence actuelle⁽⁸¹⁾. Cette doctrine connaît toutefois quelques nuances.

B) L'émergence d'une nouvelle approche : la plus-value du droit à la non-discrimination dans le contentieux de la liberté religieuse

⁽⁷⁷⁾ Dans un premier temps, ce renouvellement lui est refusé sans base légale, l'obligation de poser « tête nue » étant prévue par une circulaire du ministre de l'intérieur dont le Conseil d'Etat reconnaît notamment qu'il n'était pas compétent en matière de permis de conduire ; CE 5 décembre 2005 *M. Mann Singh*, Req. n° 278133, *A.J.D.A.* 2006, n° 4, p. 211 conclus. D. Chauvaux ; BIROSTE (D.), « L'obligation d'être tête nue sur les photos des documents d'identité ; de l'exception à la standardisation de la réglementation relative au permis de conduire », 2006 (<http://www.lpjf.net>)

⁽⁷⁸⁾ CE 15 décembre 2006 *Association United Sikhs et M. Mann Singh*, Req. n° 289946

⁽⁷⁹⁾ Au sujet d'une analyse similaire relative à l'interdiction du port du turban sikh sur les photos d'identité pour le renouvellement d'une carte de séjour ; CAA Paris 24 mai 2007 *M. Singh*, Req. n° 06PA03429

⁽⁸⁰⁾ Comp. avec la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) ; *United States v. Lee*, 455 U.S. 52 (1982) ; *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S., 599 (1961)

⁽⁸¹⁾ Sur ce revirement de jurisprudence, *Employment division, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872, 888 (1990). Comp. avec *Sherbet v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963)

Certaines décisions des organes de Strasbourg démontrent l'existence d'un examen approfondi pour déterminer *in concreto* si le droit de manifester sa religion de manière non discriminatoire n'a pas été méconnu. Elles constituent des précédents exemplaires. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle est allée jusqu'à condamner un Etat pour n'avoir pas prévu des mesures spécifiques à l'égard des Témoins de Jéhovah sur le fondement du droit à la non-discrimination. Cet arrêt, rendu en grande chambre, est resté isolé mais il n'est pas exclu qu'une nouvelle mécanique s'enclenche à la faveur d'une reconnaissance solennelle de la discrimination indirecte dans le cadre de la Convention.

Cette logique est également observable dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes même si elle reste embryonnaire faute d'avoir été saisie de ces questions à ce jour. En effet, le juge communautaire n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur des cas de discriminations religieuses, notamment au sens de la directive 2000/78 concernant l'égalité de traitement en matière d'emploi.

Seul son arrêt *Viven Prais* du 27 octobre 1976⁽⁸²⁾ donne un aperçu du « test » qu'il a jugé opportun de retenir sur le fondement de l'article 9 de la C.E.D.H. (qui a valeur de principe général du droit communautaire) ainsi que du droit à l'égalité posé dans le statut des fonctionnaires. Il s'agissait d'une affaire où la date des épreuves écrites d'un concours européen coïncidait avec le premier jour d'une fête juive pendant laquelle il est interdit aux fidèles d'écrire. Or, Madame Vivien Prais, candidate de confession juive, avait fait savoir après réception de sa convocation, qu'elle n'était pas en mesure de subir d'épreuve le jour prévu et avait demandé à pouvoir la passer à une autre date, ce qui lui avait été refusé par le Conseil.

Bien que déboutant la requérante, le juge communautaire a jugé que l'institution communautaire était « *tenu de prendre toutes mesures raisonnables en vue d'éviter d'organiser des épreuves à une date à laquelle les convictions religieuses d'un candidat empêcheraient celui-ci de se présenter dès lors qu'il a été informé à temps de cet obstacle d'ordre confessionnel* »⁽⁸³⁾. Autrement dit, pour ne pas discriminer (indirectement) les candidats à la fonction publique européenne, les administrations concernées doivent, dans la mesure du possible et dans les limites de la bonne organisation des concours, aménager la date des épreuves.

Concernant le repos dominical qui défavorise les minorités confessionnelles en Europe, la Cour a déjà reconnu qu'il correspondait à « *des particularités socioculturelles nationales ou régionales* »⁽⁸⁴⁾. Elle semble donc assimiler le repos le dimanche à un usage ou à la tradition. Pour autant, il n'est pas exclu que la Cour refuse de considérer que l'origine confessionnelle de l'aménagement du temps de travail en Europe puisse avoir un impact discriminatoire. A cet égard, elle s'est déjà opposée à ce que le dimanche soit reconnu comme un jour chômé au motif qu'elle ne voyait pas en quoi il « *présenterait un lien plus important avec la santé et la sécurité des travailleurs qu'un autre jour de la semaine* »⁽⁸⁵⁾.

Parallèlement, une interprétation *a contrario* de certaines décisions de la Commission européenne des droits de l'homme montre que les institutions européennes n'ont pas été totalement réfractaires à la recherche de solutions négociées, en particulier dans des affaires où les requérants sont usagers du service public captifs. La Cour européenne des droits de l'homme semble aller dans le même sens.

- ***De l'obligation de rechercher une solution proportionnée...***

Dans une affaire *X c/ Royaume-Uni*⁽⁸⁶⁾, le requérant, détenu en prison, se plaignait de l'ingérence des autorités pénitentiaires dans son droit à la liberté religieuse en ne mettant pas à sa disposition les facilités nécessaires à l'exercice du culte juif et en ne respectant pas les prescriptions alimentaires de sa confession. Avant d'écarter cette requête comme manifestation mal fondée, la Commission européenne des droits de l'homme prend toutefois le soin de relever qu'en l'espèce, le requérant

⁽⁸²⁾ C.J.C.E. 27 octobre 1976 *Viven Prais*, aff. 130-75

⁽⁸³⁾ *Ibidem*

⁽⁸⁴⁾ C.J.C.E. 20 juin 1996 *Semeraro Casa Uno Srl e.a. c/ Sindaco del Comune di Erbusco e.a.*, aff. jointes C-419/93 et ss.

⁽⁸⁵⁾ C.J.C.E. 12 novembre 1996 *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-84/94

⁽⁸⁶⁾ Comm.E.D.H. 5 mars 1976 *X c/ Royaume-Uni*, Req. n° 5947/72

s'était vu « offrir un régime kasher », et qu'il avait eu « des contacts avec un visiteur juif laïque, assisté d'un aumônier de la prison ». Elle relève également que le grand rabbin avait été consulté et avait approuvé les efforts des autorités. Elle en déduit que ces dernières « ont fait leur possible pour respecter les convictions du requérant ».

Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie par un détenu handicapé qui se plaignait de n'avoir pu accéder seul aux salles où étaient organisés les cultes⁽⁸⁷⁾. Pour rejeter sa requête, la Cour relève que le requérant s'était vu offrir de l'aide et des mesures d'accompagnement pour se rendre aux lieux de culte, mais que celui-ci avait refusé. Elle note en outre que l'aumônier avait pu lui rendre visite dans sa cellule.

Dans un autre domaine, la décision de la Commission européenne *S. H. et H. V. c/ Autriche*⁽⁸⁸⁾ concerne des requérants, juifs pratiquants, qui contestaient le refus d'un tribunal autrichien d'autoriser le report d'une date d'audience. Ils faisaient valoir que cette date correspondait à la fête juive des cabanes et qu'ils ne pouvaient être représentés en justice ce jour-là en raison d'un prescrit religieux. En l'espèce, les requérants avaient reçu une notification de la date d'audience quatre mois à l'avance mais n'avaient songé à demander son report que dix jours avant la date prévue. La Commission a considéré que la décision du tribunal n'était pas déraisonnable au regard des articles 9 et 14 de la C.E.D.H. Toutefois, elle a pris le soin de formuler que cette solution dépendait des circonstances de l'espèce, à savoir la complexité de l'affaire qui impliquait un grand nombre de personnes et de la tardiveté de la demande. Cette affaire laisse penser que si les requérants avaient été plus réactifs en avertissant immédiatement le tribunal de leur difficulté, la Commission aurait pu exiger qu'une autre date soit programmée.

Par ailleurs, dès lors que le droit fondamental à l'instruction « indispensable à la réalisation des droits de l'homme » entre en jeu, la jurisprudence de la Cour semble postuler la recherche d'une solution négociée. Dans l'affaire *Sahin c/ Turquie* déjà évoquée, la Cour a précisément relevé que les autorités universitaires avaient « cherché à trouver les moyens appropriés sans préjudice de l'obligation de protéger les droits d'autrui et les intérêts du monde éducatif pour ne pas fermer les portes des universités aux étudiantes voilées » et « que ce processus était assorti de garanties – principe de légalité et contrôle juridictionnel – propres à protéger les intérêts des étudiants ». De même, dans une autre affaire *Köse et 93 autres c/ Turquie* portant sur des faits similaires, la Cour a noté que le refus d'admettre des lycéennes voilées n'avait été pris « qu'en dernier ressort dans le but d'établir la sérénité dans l'enceinte scolaire où les troubles liés aux actes de protestations s'étaient répandus, et ce à la suite de l'échec des tentatives de médiation opérées par les autorités directrices de l'école »⁽⁸⁹⁾.

La recherche d'une solution amiable semble être au cœur du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme en particulier lorsque les personnes sont des usagers du service public. Elle apparaît cependant comme une obligation de moyen et n'exige pas de trouver un accord s'il est disproportionné.

Dans l'arrêt *Casimiro et Ferreira c/ Luxembourg*⁽⁹⁰⁾, les requérants, membres de l'Eglise adventiste du 7^{ème} jour, contestaient le refus de dispense d'assiduité scolaire de leur fils au regard du droit de pratiquer librement leur religion. La Cour relève au préalable que la loi luxembourgeoise permettait d'obtenir des dispenses de fréquentation scolaire pouvant aller jusqu'à trente jours notamment afin de célébrer des rites religieux propres à certains cultes. Dans ce contexte, elle a estimé que le refus d'octroyer aux requérants une dispense générale de cours chaque samedi de l'année scolaire pour leur fils mineur se justifiait « dans son principe pour la protection des droits et libertés d'autrui, et en particulier du droit à l'instruction » et qu'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé avait été respecté. En effet, la dispense sollicitée aurait eu pour objet de soustraire l'enfant au rythme normal de la scolarité, le samedi étant un jour à part entière dans le programme d'enseignement. La Cour note que l'Etat a le devoir de veiller à ce que les enfants

⁽⁸⁷⁾ C.E.D.H. 24 octobre 2006 *Vincent c/ France*, Req. n° 6253/03

⁽⁸⁸⁾ Comm.E.D.H. 13 janvier 1993 *S. H. et H. V. c/ Autriche*, Req. n° 18960/91

⁽⁸⁹⁾ C.E.D.H. 24 janvier 2006 *Sefika Köse et 93 autres c/ Turquie*, Req. n° 26625/02

⁽⁹⁰⁾ C.E.D.H. 27 avril 1999 *Casimiro et Ferreira c/ Luxembourg*, Req. n° 44888/98

puissent exercer leur droit à l'instruction et que les intérêts de l'enfant priment sur le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses.

La nécessité de chercher un accord amiable et équilibré permettant de garantir un vivre-ensemble apparaît donc déjà en filigrane de la jurisprudence des autorités strasbourgeoises. Cette orientation pourrait permettre d'aboutir à de nouveaux équilibres sous l'impulsion d'un renouveau du droit à la non-discrimination.

- **... à l'obligation de prévoir un traitement différencié**

Ces dernières années, le principe de non-discrimination, longtemps relégué parmi les droits de « *second rang* »⁽⁹¹⁾ dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme connaît une réelle réhabilitation. En effet, pendant longtemps, la Cour a traité de problématiques généralement abordées sous l'angle de la discrimination sur d'autres bases juridiques que l'article 14 de la C.E.D.H.⁽⁹²⁾. Or, ainsi que le juge Matscher l'a dénoncé⁽⁹³⁾, cette pratique conduisait à « *limiter excessivement la portée de l'article 14 jusqu'à le priver de toute valeur pratique* ».

Désormais, le juge européen semble, notamment depuis l'adoption du Protocole additionnel n° 12, se réapproprier les affaires mettant en cause des discriminations et l'on peut raisonnablement s'en réjouir. En effet, la Cour a, dans son arrêt *Strain c/ Roumanie* du 21 juillet 2005, consacré le caractère « *fondamental* » du principe de non-discrimination dont elle relève même qu'il « *sous-tend* » la Convention.

Corrélativement, le juge de Strasbourg vient de compenser son retard par rapport à la protection offerte en droit communautaire en consacrant expressément l'interdiction des discriminations indirectes. Nous rappelons qu'une discrimination indirecte renvoie à des mesures qui sont apparemment neutres mais qui s'avèrent en fait particulièrement désavantageuses à l'égard de certaines personnes ou groupes de personnes en raison de leur religion ou de leurs convictions religieuses et ce, sans justification objective et/ou proportionnalité.

Il est vrai que déjà dans son arrêt *Jordan c/ Royaume-Uni*⁽⁹⁴⁾ du 4 mai 2001, la Cour a reconnu qu'une politique ou une mesure générale d'apparence neutre emportant « *des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes* » pouvait être discriminatoire. Toutefois, elle n'avait jamais tiré aucune conséquence pratique de la reconnaissance des discriminations indirectes⁽⁹⁵⁾. Ce n'est que dans son arrêt du 20 juin 2006 *Zarb Adami c/ Malte*⁽⁹⁶⁾ que cette approche lui a enfin permis de conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe en présence d'une composition essentiellement masculine des jurys dans les procédures pénales. Elle a également conduit à condamner un régime de ségrégation scolaire à l'encontre des enfants roms issu de tests d'orientation biaisés dans l'affaire *D.H. c/ République tchèque* du 13 novembre 2007⁽⁹⁷⁾.

Compte tenu de cette nouvelle toile de fond, l'obligation de concertation en cas d'ingérence dans le droit au respect de liberté religieuse est susceptible, à terme, de conduire la Cour à faire preuve de plus de souplesse dans ses solutions. Elle pourrait être tentée de prendre davantage en considération la diversité religieuse des actuelles sociétés européennes. Cette possible transformation est d'ailleurs déjà énoncée dans certains arrêts de la Cour.

Dans un arrêt *Vergos c/ Grèce* du 24 juin 2004, la Cour a identifié le caractère spécifique du contentieux relatif à l'interprétation d'une loi *prima facie* neutre à l'égard de l'exercice de la liberté de

⁽⁹¹⁾ WILDHABER (L.), « Protection against discrimination under the European Convention on Human Rights – a second-class guarantee? », *Baltic yearbook of international law*, 2002, p. 5 et ss.

⁽⁹²⁾ C.E.D.H. 22 octobre 1981 *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, Série A n° 45

⁽⁹³⁾ Voir son opinion sous l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*

⁽⁹⁴⁾ C.E.D.H. 4 mai 2001 *Hugh Jordan c/ Royaume-Uni*, Req. n° 24746/94

⁽⁹⁵⁾ Voy. C.E.D.H. 6 janvier 2005 *Hoogendijk c/ Pays-Bas*, Req. n° 58461/00

⁽⁹⁶⁾ C.E.D.H. 20 juin 2006 *Zarb Adami c/ Malte*, Req. n° 17209/02

⁽⁹⁷⁾ C.E.D.H. (Ch.) 7 février 2006 *D.H. et autres c/ République tchèque*, Req. n° 57325/00

culte⁽⁹⁸⁾. Elle reconnaît ainsi qu'une loi neutre qui ne viserait pas directement la régulation d'une pratique religieuse peut avoir des conséquences restrictives sur certains groupes religieux. Mais surtout, dans son arrêt *Thlimmenos c/ Grèce* du 6 avril 2000⁽⁹⁹⁾, le juge européen a modifié son approche classique pour apprécier une problématique religieuse exclusivement sous l'angle du droit à la non-discrimination. Par là même, le droit à la non-discrimination religieuse a obtenu une réelle autonomie par rapport à la protection de la liberté religieuse au sens de l'article 9 de la Convention. Il en est résulté que le droit au respect de cette liberté prenait alors un autre contenu et une toute autre portée.

Cette affaire portait sur l'impossibilité pour un témoin de Jéhovah d'accéder à la profession d'expert-comptable à cause d'une condamnation pénale. Il avait été puni de crime pour avoir refusé d'effectuer son service militaire en raison de ses convictions religieuses. Statuant en grande chambre, la Cour de Strasbourg a jugé que le requérant se trouvait dans une situation notablement différente des autres individus reconnus coupables de crime car « *une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession* ». La Cour a donc conclu à l'existence d'une discrimination religieuse car la législation critiquée n'avait pas introduit « *les exceptions appropriées à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime* ».

Dans cet arrêt, la protection contre la discrimination religieuse exige implicitement de prévoir un traitement différencié au bénéfice de personnes appartenant à un groupe religieux donné. Pour autant, la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas allée jusqu'à consacrer, dans cet arrêt, une obligation positive de mettre en place un dispositif particulier et adapté.

Ce cap vient d'être franchi dans un arrêt *Glor c/ Suisse*⁽¹⁰⁰⁾ au sujet d'une discrimination fondée sur le handicap. Dans cette affaire, le requérant handicapé contestait le paiement d'une taxe d'exemption de l'obligation de servir alors qu'il avait été déclaré inapte pour effectuer son service militaire et n'était pas en droit d'effectuer un service civil de remplacement. Cette taxe prévue par la loi était exigible de l'ensemble des hommes, à l'exception des handicapés lourds qui n'avaient pas effectué leur service militaire. Le service civil de remplacement n'était, quant à lui, ouvert qu'aux seuls objecteurs de conscience. Le requérant s'estimait doublement discriminé car il n'avait pu exercer un service civil de remplacement et n'était pas non plus exonéré de la taxe d'exemption.

La Cour examine scrupuleusement si « *l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue* ». En particulier, « *elle se demande ce qui empêcherait la mise en place de formes particulières de service pour les personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle du requérant* ». S'inspirant de certaines pratiques observées en Europe, elle relève que des solutions de remplacement au service militaire au sein même des forces armées existent sous la forme de « *postes adaptés* » au degré d'incapacité et aux compétences professionnelles. La Cour se dit également « *convaincue que des formes particulières de service civil, adaptées aux besoins des personnes se trouvant dans la situation du requérant, sont parfaitement envisageables* ». Elle conclut, à l'unanimité, à l'existence d'une discrimination en l'espèce.

Cette approche du droit à la non-discrimination est sensiblement celle de la Cour suprême du Canada qui a consacré le droit à un accommodement raisonnable comme « *une conséquence naturelle de la*

⁽⁹⁸⁾ Se reporter aussi à son arrêt *Valsamis c/ Grèce* du 18 décembre 1996 où la Cour ne reprend pas le raisonnement de la Commission européenne des droits de l'homme qui estimait que la liberté de religion « *ne confère pas le droit de se soustraire à des règles disciplinaires d'application générale et neutre* » et qui en déduisait qu'il n'y avait pas eu d'ingérence dans le droit de la requérante fondé sur l'article 9 de la C.E.D.H.

⁽⁹⁹⁾ C.E.D.H. 6 avril 2000 *Thlimmenos c/ Grèce*, Req. n° 34369/97

⁽¹⁰⁰⁾ C.E.D.H. 30 avril 2009 *Glor c/ Suisse*, Req. n° 13444/04

reconnaissance » du droit à l'égalité. Il exige notamment « *de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger* »⁽¹⁰¹⁾.

Ce mouvement jurisprudentiel qui se dessine à Strasbourg indique qu'un nouvel équilibre entre les intérêts de la communauté et le respect des manifestations religieuses des individus n'est pas exclu. Toutefois, il n'est pas sûr que le raisonnement de la Cour dans son arrêt *Glor* puisse être transposé *mutatis mutandis* sur des questions afférentes à la religion. La solution *Glor* s'appuie sur « *un consensus européen et universel de mettre les personnes souffrant d'un handicap à l'abri de traitements discriminatoires* » alors qu'il n'existe pas un tel consensus sur la religion.

Le juge communautaire qui semble réticent à toute hiérarchisation des critères de discriminations est peut-être mieux à même de lancer ce nouvel élan⁽¹⁰²⁾. Mais, pour l'instant, ces prises de position sont très limitées en la matière. En tout état de cause, on notera l'intérêt du Conseil de l'Europe et de la Commission européenne sur le développement de nouveaux outils juridiques qui permettraient d'adapter les structures sociales des sociétés européennes désormais plurielles et notamment multiconfessionnelles. Or, leurs sources d'inspiration sont directement puisées dans le droit canadien en matière d'accommodement raisonnable. Si elle n'engage en rien la C.J.C.E., cette réflexion donnera lieu à une conférence les 8 et 9 décembre 2009 à Strasbourg sur l'opportunité de reconnaître un droit à un accommodement raisonnable aux migrants qui peuvent être de confessions variées. Dans l'hypothèse où le juge de Luxembourg souhaiterait développer ce concept, il disposerait d'un outil juridique à cet effet, à savoir le droit à la non-discrimination indirecte. Ce concept juridique expressément visé par la directive 2000/78 induit en effet qu'un traitement différencié soit mis en place pour des personnes particulièrement désavantagées par une mesure apparemment neutre non justifiée.

Si tel était le cas, le système d'intégration communautaire ferait que le juge national serait alors contraint d'aller dans la même direction. Pour lors, les solutions françaises restent encore limitées et adoptent encore une conception relativement formaliste de la notion de discrimination. A cet égard, la HALDE pourrait constituer un nouvel aiguillon dans l'ordre juridique français. Son approche de la discrimination est largement inspirée de la rhétorique communautaire et elle maîtrise la notion complexe de discrimination indirecte largement sous-exploitée en France.

PARTIE II

L'APPORT DU DROIT A LA NON-DISCRIMINATION

A LA PROTECTION DU PLURALISME RELIGIEUX DANS LE CADRE FRANÇAIS

Les juridictions françaises adoptent les mêmes réticences ou, en tout cas, la même prudence que le juge de Strasbourg face aux revendications de requérants sur la portée de leur droit à manifester leur foi dans le domaine public. Elles considèrent traditionnellement que d'autres objectifs impérieux permettent de justifier des différences de traitement fondées sur la religion.

Cet acquis jurisprudentiel laisse toutefois entrevoir une tendance contraire. Elle est encore occulte et – disons-le – mal assumée. Pourtant, les rapports complexes entre les convictions religieuses et d'autres aspects de la vie sociale semblent parfois exiger une nouvelle grille de lecture par les juridictions. Cette tendance est observable dans quelques décisions éparses ou dans certaines formules timides et parcellaires. Il paraît aléatoire d'affirmer que cette jurisprudence embryonnaire pourrait, un jour, prendre le contre-pied des prises de positions classiquement retenues par les juridictions nationales. En revanche, face à ces non-dits, la HALDE semble adopter une posture plus affirmée fondée sur le principe de proportionnalité même si les positions de principe de la C.E.D.H. l'influencent fortement, en particulier lorsqu'elle est saisie de situations similaires sous l'angle de la discrimination religieuse.

A) L'ambivalence des juridictions françaises face à la doctrine européenne classique

⁽¹⁰¹⁾ Cour suprême du Canada 17 décembre 1985 *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c/ Simpsons-Sears*, (1985) 2 R.C.S. 536

⁽¹⁰²⁾ On pense ici à ses prises de position en matière d'âge en particulier dans son célèbre arrêt *Mangold*.

De manière générale, les juridictions françaises adoptent une approche aussi formaliste que le juge européen. Sans entrer dans le détail de la jurisprudence nationale, nous mettrons en évidence, par le biais d'exemples choisis, l'existence d'un réel alignement des jurisprudences européenne et française. Toutefois, à l'instar du juge européen, les juges français paraissent parfois éprouver une certaine gêne lorsqu'il s'agit d'ignorer le fait religieux et ne peuvent totalement se résigner à faire abstraction des désavantages subis par certaines catégories de populations qui sont fondés sur leur confession. Cet embarras par rapport à l'approche classique et formaliste de notre République laïque conduit à une jurisprudence quelque peu elliptique. Les arrêts sont mal motivés et le raisonnement logique brouillé.

1) L'approche formaliste classique des juges français

En général, la jurisprudence française refuse de constater l'existence de comportements discriminatoires lorsque la question religieuse émerge dans une relation contractuelle qui ne l'a pas expressément prévue. Dans d'autres hypothèses mettant en cause l'interdiction du port de signes religieux, le juge français est parvenu à justifier une telle ingérence dans le droit de manifester sa religion en se fondant sur des objectifs légitimes tels que la laïcité ou l'égalité des sexes.

- ***La prévalence du lien contractuel sur le droit d'exprimer sa religion***

A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions civiles et administratives françaises semblent également admettre que la loi des parties prévaut sur la liberté religieuse et le droit à la non-discrimination religieuse, le cas échéant. Elles partent de l'idée qu'en se liant à un contrat, l'individu renoncerait en quelque sorte à manifester son identité religieuse si le contrat n'en fait pas mention. A l'inverse, si une partie au contrat admet l'expression de la manifestation religieuse de son cocontractant, elle restreindrait par là-même sa marge de manœuvre pour l'avenir.

La Cour de cassation a statué dans une affaire où les convictions religieuses d'un salarié musulman entraient en contradiction avec une nouvelle affectation de poste où il était, au rayon boucherie, en contact avec de la viande de porc. Le salarié avait demandé à être muté dans un autre service ce que l'employeur avait refusé. Il avait pris acte de la rupture de son contrat de travail qu'il estimait imputable à son employeur. Alors même que l'affaire s'était passée à Mayotte dont la majeure partie de la population est musulmane, la Cour de cassation a jugé que « *sauf clause expresse, les convictions religieuses n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public* »⁽¹⁰³⁾.

Parallèlement, la Cour administrative de Paris a jugé, le 31 mars 2009, que les exclusions de fonctions infligées à une fonctionnaire de la Poste « *étaient motivées, non par son appartenance à l'église adventiste du 7^{ème} jour ou par la volonté de la hiérarchie de la Poste de la décourager dans sa pratique religieuse mais par le choix persistant et fautif de l'intéressée de ne pas assurer (...) son service le samedi et de ne pas se conformer à la nouvelle organisation du travail* », bien que pendant ses 19 précédentes années de service, ses samedis avaient été libérés⁽¹⁰⁴⁾.

La Cour de cassation adopte *mutatis mutandis* le même raisonnement à des situations qui ne relèvent pas de l'emploi⁽¹⁰⁵⁾. Par exemple, elle a été amenée à se prononcer au sujet de souccahs, à savoir des constructions en végétaux édifiées pour une semaine à l'occasion de la fête juive des Souccohs⁽¹⁰⁶⁾. En l'espèce, les requérants contestaient une résolution de l'assemblée générale du syndicat des copropriétaires qui les avaient assigné en référé afin que la cabane construite temporairement sur leur balcon soit retirée. Selon eux, les clauses d'un règlement de copropriété ne pouvaient avoir pour effet

⁽¹⁰³⁾ Cass. Soc. 24 mars 1998 *Azad*, n° R 95-44. 738

⁽¹⁰⁴⁾ CAA Paris 31 mars 2009 *Marie Henriette X c/ La Poste*, n° 08PA01648

⁽¹⁰⁵⁾ DISSAUX (N.), « Liberté religieuse et copropriété », *Revue Administrer*, mai 2007, pp. 28-34

⁽¹⁰⁶⁾ Cass. Civ. 3^{ème} 8 juin 2006 *Amsellem c/ Syndicat des copropriétaires les jardins de Gorbella*, n° 05-14. 774. La Cour suprême canadienne est parvenue à une solution diamétralement opposée à son homologue outre-Atlantique dans une autre affaire *Amsellem* du 8 juin 2006.

de priver un copropriétaire de la liberté d'exercice de son culte, en l'absence de toute nuisance pour les autres copropriétaires, sauf à violer l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. La haute juridiction juge cependant que « *la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété* ». Relevant le fait que la cabane faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble, puisqu'elle était visible de la rue, elle en a conclu que l'assemblée générale était fondée à mandater son syndic pour agir en justice en vue de son enlèvement⁽¹⁰⁷⁾.

Cette jurisprudence ne voit donc aucune ingérence dans la liberté religieuse d'un cocontractant qui ne pourrait plus respecter ses obligations en raison du prescrit ou d'un proscriit religieux. A l'inverse, si le partenaire contractuel autorise, même implicitement, que son cocontractant puisse se conformer à un prescrit religieux, la bonne foi le limiterait ensuite lors de l'exécution du contrat.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris relève l'existence d'une discrimination religieuse dans le cas du licenciement d'une salariée fondé sur son refus de retirer le foulard à la suite d'un changement de poste⁽¹⁰⁸⁾. Elle parvient à cette conclusion notamment en relevant que la salariée portait le foulard dès son embauche « *sans qu'il ait été fait état du moindre problème relationnel* » et que les conditions d'exercice de son activité liées à sa nouvelle affectation n'avaient pas été sensiblement modifiées, contrairement à ce que l'employeur affirmait.

En dehors de ces hypothèses, les juridictions ont justifié l'interdiction du port de signes religieux dans certaines situations en ce qu'elle visait à atteindre un but légitime.

- ***La prévalence absolue de certains objectifs légitimes***

A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions françaises ont été saisies d'affaires où certains signes religieux ont été interdits afin de faire respecter le principe de santé et de sécurité publiques⁽¹⁰⁹⁾, de laïcité ou l'égalité des sexes. Qu'il s'agisse de la Cour européenne des droits de l'homme ou des juridictions administratives françaises, la question de la survenance d'une éventuelle discrimination est assez facilement évacuée.

Une différence de taille toutefois oppose la Cour européenne et le Conseil d'Etat français au sujet du foulard. Contrairement à la jurisprudence *Dahlab* ou *Sahin* de la Cour de Strasbourg, la haute juridiction administrative française a jugé que le seul port du foulard ne constituait pas par lui-même, en l'absence de toute autre circonstance, un acte de pression ou de prosélytisme⁽¹¹⁰⁾. Il estime également que le seul port du foulard, y compris en présence d'une pratique stricte de la religion, ne peut à soi seul justifier un défaut d'assimilation⁽¹¹¹⁾. Toutefois, cette jurisprudence est antérieure à la loi de 2004 et la haute juridiction n'a pas eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur ce point.

Or, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi sur la laïcité, le Conseil d'Etat a radicalement modifié sa position au sujet de l'interdiction du port de signes religieux ostensibles à l'école publique. Il a ainsi opéré, de manière plus que laconique, un extraordinaire revirement de jurisprudence depuis son fameux avis du 27 novembre 1989. En effet, interrogé sur la conventionnalité de la circulaire n° 2004-084 du 18 mai 2004 portant interprétation de la loi du 15 mars 2004, le juge administratif français n'a

⁽¹⁰⁷⁾ V. également Cass. Civ. 3^{ème} 18 décembre 2002 *X c/ Société d'investissement et de gestion de la Caisse centrale de réassurance*, n°01-00.519 où des locataires avaient relevé que, pour des motifs religieux, ils ne pouvaient utiliser des systèmes électriques des portes d'accès au bâtiment électrique pendant le sabbat et les fêtes. Ils avaient assigné en justice leur bailleur afin que soit posée une serrure mécanique à l'entrée de la résidence et qu'ils disposent de clés pour y accéder. La Cour de cassation relève que les pratiques édictées par les convictions religieuses du preneur n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique.

⁽¹⁰⁸⁾ CA Paris 19 juin 2003 *Société téléperformance-France c/ Dallila Tahri*, n° S 03/30212

⁽¹⁰⁹⁾ Pour un exemple récent, CE 20 mars 2009 *Association Savoirs d'Afrique et Duirat c/ Ministère de la santé et des sports*, n° 305953 au sujet de l'usage de stupéfiants lors de cérémonies liées au rite « Bwiti »

⁽¹¹⁰⁾ CE 27 novembre 1996 *M. et Mme Jeouit*, n°. 172686; pour une même interprétation, v. la délibération de la HALDE n° 2007-117 du 14 mai 2007

⁽¹¹¹⁾ CE 3 février 1999 *Mme El Yahyaoui*, n° 161.251

vu aucune contrariété entre ce texte qui interdit les signes religieux ostensibles par principe et la C.E.D.H.⁽¹¹²⁾. La haute juridiction n'explique pas en quoi l'évolution du contexte politique et social a pu exiger « *une nouvelle lecture des relations entre le principe de laïcité et celui de la liberté d'expression religieuse* »⁽¹¹³⁾ entre la loi de 2004 et le droit positif antérieur qui permettait d'interdire les signes religieux uniquement dans certaines situations définies (prosélytisme, trouble à l'ordre public etc).

En outre, le Conseil d'Etat retient une interprétation large et subjective de la notion de signes ostensibles d'appartenance religieuse. La circulaire d'interprétation de la loi de 2004 les définit comme visant ceux qui les portent « *à se faire reconnaître immédiatement pour leur appartenance religieuse* »⁽¹¹⁴⁾. Mais elle ajoute que « *la loi interdit [également] à un élève de se prévaloir du caractère religieux qu'il y attacherait, par exemple, pour refuser de se conformer aux règles applicables à la tenue des élèves dans l'établissement* ». Ainsi, non seulement les signes religieux tels que le foulard ou le turban sikh sont interdits à l'école mais encore d'autres signes qui pourraient leur être associés en raison du comportement de l'élève⁽¹¹⁵⁾.

La Cour administrative d'appel de Paris a ainsi estimé que le port du sous-turban sikh, le *keshi*, manifestait ostensiblement une appartenance religieuse interdite dans l'enceinte d'un établissement scolaire⁽¹¹⁶⁾. Cette position a été confirmée par le Conseil d'Etat dans trois espèces le 5 décembre 2007⁽¹¹⁷⁾. Il en est de même d'un bandana porté en permanence par des jeunes filles qui étaient précédemment voilées⁽¹¹⁸⁾. Le Conseil d'Etat estime que les décisions d'exclusion qui en ont découlé « *qui vise(nt) à assurer le respect du principe de laïcité dans les établissements scolaires publics sans discrimination entre les confessions des élèves, ne méconn(aissent) pas (...) le principe de non-discrimination* » au sens de l'article 14 de la C.E.D.H. Dans six affaires récentes déjà mentionnées *supra*⁽¹¹⁹⁾, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'une telle interprétation des signes religieux « par destination » ne lui paraissait pas déraisonnable. Elle souligne que la loi de 2004 doit permettre de répondre à l'apparition de nouveaux signes d'appartenance religieuse, voire à d'éventuelles tentatives de contournement de la loi.

Pourtant, en pratique, on voit mal comment identifier si le port d'accessoires vestimentaires qui, par définition, n'ont pas de connotation religieuse, peuvent en fait manifester une appartenance religieuse autrement qu'en s'appuyant sur un faisceau d'indices tels que l'apparence physique, l'origine et le sexe. Or, ces critères sont considérés comme suspects : leur prise en considération pour expliquer une différence de traitement est normalement considérée comme discriminatoire⁽¹²⁰⁾...

Il n'en reste pas moins que le Conseil d'Etat n'a pas retenu le grief de discrimination à l'égard de la minorité nationale que formerait la communauté sikhe de France dans les affaires relatives au *keshi*. A notre connaissance, il n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le caractère indirectement discriminatoire à raison du sexe concernant l'interdiction du port du foulard ou du bandana.

A l'inverse, le Conseil d'Etat s'est prononcé au sujet de la burqa ou du niqab qui couvrent entièrement le corps et masquent le visage des femmes musulmanes et dont certains parlementaires français souhaiteraient d'ailleurs en interdire le port. Ainsi, dans un arrêt du 27 juin 2008, le juge administratif s'est prononcé sur ce signe religieux même si son arrêt ne le mentionne pas. Selon les conclusions du

⁽¹¹²⁾ CE 8 octobre 2004 *Union française pour la cohésion nationale*, n° 269077

⁽¹¹³⁾ ROLIN (F.), *Actualité Juridique de Droit administratif*, 10 janvier 2005, pp. 43-45

⁽¹¹⁴⁾ Article 2-1 de la circulaire d'application de la loi du 15 mars 2004, *Bulletin officiel* n° 21 du 27 mai 2004

⁽¹¹⁵⁾ Cependant, à Mayotte, où la population est majoritairement musulmane, les jeunes élèves mahoraises continueraient à porter le « kichali » (petit voile traditionnel).

⁽¹¹⁶⁾ CAA Paris 19 juillet 2005 *M. Ranjit Singh*, Req. n° 05PA1831

⁽¹¹⁷⁾ CE 5 décembre 2007 *Singh* (3 espèces), n°285394, 285395, 285396

⁽¹¹⁸⁾ CE 5 décembre 2007 *Ghazal*, n°295671 ; voir également CAA Nancy 24 mai 2006 *Boufrioua*, n° 05NC01282

⁽¹¹⁹⁾ C.E.D.H. 30 juin 2009 *Aktas c/ France*, Req. n° 43563/08 ; *Bayrak c/ France*, Req. n° 14308/08 ; *Gamaleddyn c/ France*, n° 18527/08 ; *Ghazal c/ France*, Req. n° 29134/08 ; *J. Singh c/ France*, Req. n° 25463/08 et *R. Singh c/ France*, Req. n° 27561/08

⁽¹²⁰⁾ V. le commentaire critique du Commissaire du gouvernement de Frédéric Dieu ; DIEU (F.), « Le conseil d'Etat et la laïcité négative », *Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 13, 24 mars 2008, 2070

commissaire du gouvernement, la requérante, mariée à un Français et mère de trois enfants en France, s'était présentée en burqa lors de plusieurs entretiens avec les services de la préfecture pour sa demande de nationalité. Le couple avait admis son appartenance au salafisme, un courant rigoriste de l'islam et la requérante, entièrement voilée à la demande de son époux, ne contestait pas sa « *soumission totale aux hommes de sa famille* ».

La haute juridiction administrative a estimé que « *la pratique radicale de sa religion, était incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes* ». Elle a ainsi admis qu'un refus de naturalisation française pouvait être opposé à cette ressortissante marocaine musulmane « *pour défaut d'assimilation* » sans méconnaître « *le principe constitutionnel de la liberté d'expression religieuse, ni les stipulations de l'article 9 de la C.E.D.H.* »⁽¹²¹⁾.

Cette jurisprudence ne doit toutefois pas faire perdre de vue le fait que les juridictions peuvent également faire preuve de souplesse dans d'autres affaires.

2) Leur prise en compte du fait religieux par des mesures d'ajustement

Le juge national n'ignore pas les conséquences d'un fait religieux. Par exemple, la Cour d'appel de Paris a refusé de prendre en compte les constats d'huissier sur la non-exploitation d'un restaurant tenu par un musulman en période de ramadan⁽¹²²⁾. Toutefois, le souci du juge de prendre en considération la réalité culturelle et sociale que constituent les prescrits religieux relève souvent du « non-dit ». Par exemple, les juridictions civiles de première instance adaptent les règles de droit en fonction des convictions religieuses en laissant sous silence l'impact du fait religieux sur leurs décisions.

Par exemple, en septembre 2008⁽¹²³⁾, le Président du tribunal a décidé de renvoyer l'audience d'un procès en assise à une date ultérieure. Cette mesure répondait favorablement à la demande du prévenu de confession musulmane qui estimait ne pas pouvoir être « *en pleine capacité de se défendre dans un procès* » alors qu'il jeûnait en raison du ramadan. Ce traitement différencié n'a pas été énoncé comme permettant d'éviter une discrimination indirecte dans le cadre du droit à un procès équitable. Il découlait selon l'ordonnance du juge du seul « *souci d'une bonne administration de la justice* ». Il serait d'ailleurs d'usage d'obtenir des reports notamment pour cause de fêtes juives ou autres. Cette affaire a néanmoins suscité un tollé médiatique⁽¹²⁴⁾.

Par ailleurs, si les juges du fond admettent le licenciement de salariés abandonnant leur poste en raison de leur convictions religieuses, une lecture *a contrario* de leurs décisions montre que les juges se sont largement appuyés sur la bonne foi de l'employeur qui avait proposé un aménagement de poste et/ou qui était dans l'impossibilité de prévoir un autre aménagement du temps de travail⁽¹²⁵⁾.

Par exemple, la Cour d'appel de Paris relève que le requérant de confession juive, chargé de la saisie informatique dans un emploi posté, avait refusé un horaire qui lui aurait permis d'être libre avant 18 heures afin d'observer le sabbat le vendredi et que l'aménagement personnel avec récupération des heures perdues qu'il souhaitait n'est pas possible en raison de l'organisation de l'entreprise et de la spécificité de son activité⁽¹²⁶⁾. Dans une autre affaire, la même Cour note que le refus de l'employeur d'accorder cinq semaines de congé consécutives dans la période souhaitée par le requérant qui souhaitait se marier religieusement au Portugal était justifiée par une commande de chantier à

⁽¹²¹⁾ CE 27 juin 2008 *Mabchour c/ Ministère de l'immigration, intégration, identité nationale et développement solidaire*, n° 286798

⁽¹²²⁾ Par exemple, CA Paris 20 décembre 2007 *Ghoufali c/ SCI Immobess*, n° 07/00211

⁽¹²³⁾ « Un procès renvoyé pour cause de ramadan », *Le Figaro*, 4 septembre 2008 et *Le Monde*, 5 septembre 2008

⁽¹²⁴⁾ Sur autre affaire largement médiatisée concernant l'annulation d'un mariage d'un musulman découvrant que son épouse n'était pas vierge, TGI Lille 1^{er} avril 2008, n° 07-08458 et CA Douai (ord. référé) 19 juin 2008 n° 95/8 ; MALAURIE (Ph.), « Mensonge sur la virginité et nullité de mariage », *JCP Edition Générale*, n° 26, 25 Juin 2008, act. 440 ; TERRE (F.), « Le libre choix du conjoint », *JCP Edition Générale*, n° 26, 25 juin 2008, actualité 439 ; *JCP G* 2008, II, 10122, note G. Raoul-Cormeil.

⁽¹²⁵⁾ *Contra*, BRISSEAU (C.), « La religion du salarié », *Droit social*, septembre-octobre 2008, n° 9/10, pp. 969-980, spéc. p. 979

⁽¹²⁶⁾ CA Paris 10 janvier 1989 *Eric Hassoun c/ SA Luc Durand*, n° 35228/87 et 35180/87

effectuer avant la fermeture de l'entreprise et qu'au surplus le départ en congés du salarié un mois avant la célébration du mariage religieux n'était pas impératif⁽¹²⁷⁾.

Le professeur Jean Savatier⁽¹²⁸⁾ en conclut donc que l'employeur doit traiter la demande de congé ou d'autorisation d'absence avec bonne foi, « *ce qui implique d'accéder à la demande, s'il est possible de la satisfaire, compte tenu des exigences de l'entreprise* »⁽¹²⁹⁾.

Dans le cadre de l'emploi public, cette approche est prévue réglementairement. Une circulaire fixe annuellement une liste des principales fêtes religieuses de certaines confessions minoritaires. Elle prévoit que l'administration peut autoriser un jour de congé supplémentaire lors de ces fêtes si elle est compatible avec le fonctionnement normal du service. Toutefois, cette possibilité devrait plutôt être entendue comme une obligation car le refus non justifié d'une autorisation d'absence par l'administration risquerait d'être entendu comme une discrimination. La liste des fêtes religieuses étant par définition non exhaustive, les juridictions administratives ont élargi le bénéfice de ce droit à un fonctionnaire raélien⁽¹³⁰⁾. Elles ont également accordé ce droit à d'autres fêtes religieuses chrétiennes non prévues par le calendrier de la circulaire⁽¹³¹⁾.

Dans un autre domaine, le Conseil d'Etat français a adopté une jurisprudence très proche de celle du juge communautaire dans deux espèces *Consistoire central des israélites* et *Koen* du 14 avril 1995. Statuant sur la base du principe d'égalité, de la liberté religieuse ainsi que le droit à l'instruction, la haute juridiction administrative a, en effet, jugé que « *les élèves des établissements publics d'enseignement du second degré peuvent bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte ou à la célébration d'une fête religieuse dans le cas où ces absences sont compatibles avec l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études et avec le respect de l'ordre public dans l'établissement. Toutefois, les contraintes inhérentes au travail des élèves en classe de mathématiques supérieures font obstacle à ce qu'une scolarité normale s'accompagne d'une dérogation systématique à l'obligation de présence le samedi dès lors que l'emploi du temps comporte un nombre important de cours et de contrôle de connaissances organisés le samedi matin* »⁽¹³²⁾.

Ces décisions ne systématisent pas en quoi l'absence de prise en compte des prescrits ou proscrits religieux pourrait être discriminatoire. Même si elle peut être interprétée comme telle, l'exigence de parvenir à une solution équilibrée et concertée n'est donc pas énoncée comme une démarche procédurale sous-tendant un droit subjectif à un traitement différencié. En effet, la formule retenue par le Conseil d'Etat s'apparente plutôt à une invite du juge – manifestement embarrassé – à suivre des règles déontologiques.

Cette situation traduit en réalité l'ambivalence et la complexité des relations concrètes entre un principe régulateur des citoyens – celui de l'application d'une norme générale – et l'existence de pratiques sociales adaptées à certains groupes d'individus. Ainsi que l'a justement relevé Dominique Schnapper, « *le jacobinisme français, (...) (est) un principe d'action et une politique menée par les gouvernements, ce ne fut jamais une description de la réalité sociale* »⁽¹³³⁾. Ces mesures d'adaptation constatées sur le terrain n'ont jamais été entendues comme des droits et encore moins comme des droits fondamentaux. Pendant longtemps, le refus de les mettre en place n'a pas été envisagé comme une violation du droit à la non-discrimination, qui porte atteinte à la dignité humaine et qui est généralement perçue comme infâmante. Aujourd'hui, ces mesures sont revendiquées sous l'angle de la non-discrimination ainsi qu'on le constate à travers les saisines de la HALDE.

⁽¹²⁷⁾ CA Paris 25 janvier 1995 *Luis Rodruigues c/ Eduardo Simoes*, n° 31766/94

⁽¹²⁸⁾ SAVATIER (J.), « Liberté religieuse et relations de travail », in *Mélanges Verdier, Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, 2001, Dalloz, Paris, 529 p., p. 455

⁽¹²⁹⁾ GAUDU(F.), « Droit du travail et religion », *Droit social*, septembre-octobre 2008, n° 9/10, pp. 959-968, spéc. p. 967

⁽¹³⁰⁾ CAA Paris 22 mars 2001 *Crouzat*, n° 99PA02621

⁽¹³¹⁾ CE 12 février 1997 *Mlle Henny*, n°125893

⁽¹³²⁾ CE 14 avril 1995 *Koen*, n° 157653 ; CE 14 avril 1995 *Consistoire central des israélites*, Req. n°125148

⁽¹³³⁾ SCHNAPPER (D.), « L'universel républicain revisité », in *Les enfants de la République. Y a-t-il un bon usage des communautés ? Union des étudiants juifs de France*, Ed. La Martinière, 2004, 278 p., pp. 131-155

B) La grille d'analyse de la HALDE : une nouvelle donne ?

La HALDE est certes « une autorité de lutte » mais elle est d'abord une jeune institution dont les pouvoirs restent limités. Les observations qu'elles présentent devant les juridictions n'ont pas de valeur juridique contraignante. Ses recommandations « *n'énoncent pas, en principe, des règles qui s'imposeraient aux personnes privées ou aux autorités publiques* »⁽¹³⁴⁾. N'étant ni une association militante ni une juridiction, elle a d'abord cherché à consolider et « sécuriser » ses solutions. Ainsi, les délibérations de la HALDE sont largement motivées sur la base d'une jurisprudence bien établie lorsqu'elle existe. Cette dernière pose incontestablement un cadre de référence pour la jeune institution qu'est la HALDE.

A titre préliminaire, on relèvera que la HALDE retient la même définition de la religion que la Cour européenne des droits de l'homme. Elle estime que la liberté religieuse implique « *le droit de suivre les prescriptions religieuses lorsqu'elles imposent le port d'un vêtement ou d'un signe* »⁽¹³⁵⁾. Elle va d'ailleurs jusqu'à considérer que le port de signes religieux relève « *d'abord de l'accomplissement d'une pratique religieuse avant d'être la manifestation publique de l'appartenance à une religion* »⁽¹³⁶⁾.

Tout comme le juge, la HALDE a été confrontée à l'inexistence d'« *une conception uniforme de la signification de la religion dans la société* »⁽¹³⁷⁾ et à l'extrême fluctuation du « *sens ou [de] l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse (...) suivant les époques et les contextes* »⁽¹³⁸⁾. Elle a également adopté une conception personnelle ou subjective de la notion de religion. Dans une délibération relative au port de la burqa, la HALDE a relevé que « *si la burqa est, selon celle qui la porte, une manifestation sincère de sa religion, en l'occurrence de la religion musulmane, toute règle en restreignant le port devrait être examinée au regard de l'article 9-2 de la C.E.D.H.* »⁽¹³⁹⁾. Pour autant, à ce jour, la HALDE n'a pas eu l'occasion de traiter d'affaires de manifestations religieuses mettant en cause d'autres religions que les religions chrétienne, musulmane et juive contrairement à la Cour européenne⁽¹⁴⁰⁾.

Sur le fond, même si elle a pu contester des mesures législatives discriminatoires en particulier au regard de l'interdiction des discriminations fondées sur l'origine⁽¹⁴¹⁾ ainsi que des pratiques fondées sur une interprétation erronée de la laïcité, la HALDE n'a pas remis en cause la loi sur la laïcité du 15 mars 2004.

Saisie de la question de savoir si l'interdiction du sous-turban sikh dans les établissements scolaires publics était discriminatoire, la HALDE a considéré que cet accessoire avait le caractère d'un signe religieux ostensible au sens de la loi. Ce faisant, la HALDE s'aligne sur la jurisprudence de la plus haute juridiction administrative qu'elle cite. Elle en déduit que « *les décisions d'exclusion ou sanctions prises à l'encontre des élèves qui les portent dans l'enceinte de l'établissement scolaire ne peuvent être considérées comme présentant un caractère discriminatoire* »⁽¹⁴²⁾. La HALDE considère donc implicitement que l'interdiction absolue de porter des signes religieux relèverait de la marge

⁽¹³⁴⁾ Voir notamment CE 13 juillet 2007 *Société Editions Tissot*, n°294195 ; ROUAULT (M.-Ch.), « En principe, les recommandations de la Halde ne font pas grief », *La Semaine Juridique, Social*, n° 30, 24 juillet 2007, act. 369 ; HAUTEFORT (M.), « Quand la Halde recommande, elle ne saurait commettre d'excès de pouvoir », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 4 octobre 2007, n°219, p. 8 et ss.

⁽¹³⁵⁾ Délibération n° 2009-238 du 8 juin 2009

⁽¹³⁶⁾ V. par exemple, délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009

⁽¹³⁷⁾ C.E.D.H. 20 septembre 1994 *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, Req. n°13470/87

⁽¹³⁸⁾ Voir, par exemple, C.E.D.H. 15 février 2001 *Dahlab c. Suisse*, Req. n°42393/98

⁽¹³⁹⁾ Délibération n° 2008-193 du 15 septembre 2008

⁽¹⁴⁰⁾ Elle s'est prononcée dans une affaire de Scientologie mais au regard de la liberté du for intérieur. Au sujet d'affaires jugées par les organes de Strasbourg et mettant en cause la Scientologie, les Témoins de Jéhovah, les Adventistes du 7^{ème} jour, le Druidisme, la Divine Light Zentrum ou encore la Conscience de Krishna, v. VICKERS (L.), *Religion et convictions : discrimination dans l'emploi – Le droit de l'Union européenne*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007, 71 p.

⁽¹⁴¹⁾ Se reporter, par exemple, à la délibération n°2007-370 du 17 décembre 2007 remettant en cause la loi sur la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile ou encore à la délibération n° 2006-192 du 18 septembre 2006 remettant en cause une loi ancienne sur la carte famille nombreuse de la SNCF.

⁽¹⁴²⁾ Délibération n°2008-180 du 1^{er} septembre 2008

d'appréciation d'une République fondée autour de la laïcité et qu'elle ne peut donc être considérée comme discriminatoire. Ce positionnement est désormais relayé par la Cour européenne des droits de l'homme qui vient de décerner un brevet de conventionnalité à la loi française de 2004 sur la laïcité. Par ailleurs, au vu de ses dernières prises de position sur la laïcité⁽¹⁴³⁾, on imagine mal que la loi sur la laïcité puisse être frappée d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel par le biais d'un recours par exception.

Au-delà de l'interprétation de la loi de 2004 – sujet sensible s'il en est – la HALDE s'est largement inspirée de la jurisprudence européenne et nationale. Ce faisant, ses délibérations participent à la réflexion des praticiens sur la base d'un acquis jurisprudentiel parfois méconnu. Cependant, si les décisions des juges constituent un cadre utile, elles peuvent aussi devenir un carcan lorsqu'elles ne permettent pas de dépasser des structures sociales discriminantes *per se*. La HALDE tâche ainsi de s'émanciper de ce schéma en faisant usage de la notion de discrimination indirecte et en analysant si ce que l'on peut considérer comme des mesures d'exclusion sont proportionnées.

1) Une rhétorique inspirée du droit continental européen

La HALDE s'est largement appuyée sur la jurisprudence européenne pour dégager ses solutions notamment en cas d'incompatibilité entre des prescrits religieux et des exigences de sécurité ou encore pour l'égalité des sexes. Ces affaires, dont l'issue peut paraître consensuelle en Europe continentale, ne subissent pas toujours le même traitement devant les juges anglo-saxons ou les homologues de la HALDE outre-Manche.

- ***La protection par la HALDE de valeurs partagées en Europe***

Deux affaires traitées par la HALDE portent sur des cas que d'aucuns jugeraient extrêmes.

Par exemple, la HALDE a été consultée par l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM) sur l'incompatibilité de l'interdiction du port de la burqa avec le principe de non-discrimination dans le cadre d'une formation linguistique obligatoire en vertu d'un contrat d'accueil et d'intégration. Les étrangers qui souhaitent se maintenir durablement sur le territoire français doivent, en effet, suivre une formation destinée à l'apprentissage de la langue française lorsque leur niveau de langue est insuffisant. Cette formation pouvant durer jusqu'à 400 heures est prise en charge financièrement par l'ANAEM.

Dans sa délibération n° 2008-193 du 15 septembre 2008, la HALDE identifie plusieurs buts légitimes prévus par la loi qui entrent directement en conflit avec le port de la burqa. Au-delà d'éventuelles difficultés de communication efficiente, elle rappelle, en premier lieu, que la sécurité publique exige de pouvoir identifier les bénéficiaires de cette formation linguistique gratuite. En second lieu, elle note qu'en fonction du contexte, le port de ce vêtement est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés d'autrui, à savoir les autres personnes en cours de formation et/ou le corps enseignant. Par ailleurs, elle note que la formation entend précisément permettre à l'étranger de préparer son intégration républicaine dans la société française. Or, se référant directement sur la jurisprudence administrative évoquée *supra*, elle relève une possible contradiction entre la burqa et l'objectif d'intégration visé par la formation linguistique. Enfin et surtout, la HALDE rappelle que le principe d'égalité entre les hommes et les femmes est un principe constitutionnel énonçant une valeur républicaine au cœur des fondements démocratiques de la France. Or, « *la burqa porte une signification de soumission de la femme qui dépasse sa portée religieuse et pourrait être considérée comme portant atteinte aux valeurs républicaine présidant à la démarche d'intégration et d'organisation de ces enseignements, obligatoires pour les étrangers admis pour la première fois au séjour en France* ». Elle en conclut que l'obligation faite aux femmes de retirer la burqa lors d'une formation linguistique obligatoire dans le cadre du contrat d'accueil et d'intégration est constitutive d'une restriction se conformant aux exigences des articles 9 et 14 de la C.E.D.H. ainsi que l'article 2 du protocole additionnel n°1 à la Convention qui garantit le droit à l'instruction.

⁽¹⁴³⁾ Conseil Constitutionnel n° 2004-205 du 19 novembre 2004 DC *Traité établissant une constitution pour l'Europe*

La HALDE n'a pas abordé la question du port de la burqa comme une problématique de discrimination indirecte à l'encontre des femmes. Sa délibération reconnaît expressément qu'une mesure défavorable aux personnes portant la burqa vise en fait exclusivement les femmes musulmanes mais elle n'en tire aucune conséquence particulière en termes d'aménagements spécifiques qui auraient pu impliquer la mise en place d'enseignements garantis par des personnels exclusivement féminins. A cet égard, la HALDE cite expressément l'arrêt *El Morsli c/ France* où, comme nous l'avons vu *supra*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les contrôles de sécurité et les modalités de mise en œuvre exigeant le retrait du port d'un signe religieux entraînent dans la marge nationale d'appréciation, y compris le fait de ne pas charger un agent féminin de procéder à l'identification d'une femme voilée.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la burqa. Si généralement, il n'existe pas de consensus européen en matière de religion, le port de la burqa est toutefois traité avec une forte suspicion en Europe⁽¹⁴⁴⁾, des Etats tels que la Belgique ou le Luxembourg étant même allés jusqu'à l'interdire sur la voie publique⁽¹⁴⁵⁾. A la suite d'une initiative parlementaire visant à « *mettre un terme à cette dérive communautariste* » sur le territoire national⁽¹⁴⁶⁾, une commission d'information sur le port de la burqa ou du niqab vient d'être instituée en France.

Au Royaume-Uni, une interdiction de principe de la burqa n'existe pas. Toutefois, confrontée à l'exclusion d'une collégienne musulmane portant le niqab, la *High Court* a rappelé que l'article 9 de la C.E.D.H. ne permettait pas à une personne de manifester sa religion à tout moment et en tout lieu de son choix. Le fait qu'une élève portant le niqab soit acceptée dans une autre école de bon niveau et facile d'accès répond aux garanties posées par l'article 9 de la C.E.D.H.⁽¹⁴⁷⁾. De même, saisie de faits similaires au sujet du port d'une djellabah, à savoir une longue robe traditionnelle, la *House of Lords* a jugé que dans cette affaire spécifique, cette restriction au droit de manifester sa religion au sens de l'article 9 paragraphe 2 était justifiée par la nécessité de protéger les droits des autres élèves de l'école⁽¹⁴⁸⁾. En l'espèce, il s'agissait de protéger la majorité des autres élèves de l'établissement qui étaient musulmanes et auraient pu se sentir obligées de se soumettre à cette même exigence vestimentaire qui s'avèrerait plus stricte.

Ces solutions sont relativement exceptionnelles dans la jurisprudence britannique qui, traditionnellement, effectue un équilibrage moins formel que celui du juge de Strasbourg confronté à des prescrits ou proscrits religieux. De manière générale, elle offre une protection plus large du droit

⁽¹⁴⁴⁾ Si la Suède permet le port du foulard à l'école, des mesures contraignantes adoptées en 2003 par l'agence nationale de l'éducation permettent d'interdire le burqa ou le niqab mais dans un esprit de dialogue.

⁽¹⁴⁵⁾ Les conseils d'au moins deux zones de police locale, Bruxelles-Ouest ont adopté des règlements généraux de police interdisant à quiconque « *de se présenter dans l'espace public masqué ou déguisé* », sauf autorisation expresse du bourgmestre. Quiconque enfreint ce règlement à Bruxelles-Ouest est « *puni d'une amende administrative de 150 euros* ». En mai 2008, une étude universitaire a révélé que 33 procès-verbaux avaient déjà été dressés dans des zones de police bruxelloises pour cette infraction. Dans les autres zones de police, les règlements généraux maintiennent en vigueur des articles stipulant par exemple que « *hors le temps du carnaval, nul ne peut se montrer masqué ou travesti dans les rues* » ou « *sans autorisation de l'autorité compétente, il est interdit sur le domaine public de se dissimuler le visage par des grimaces, le port d'un masque ou tout autre moyen, à l'exception du temps du carnaval* » qui laissent théoriquement la possibilité de verbaliser pour le port du niqab ou de la burqa. Il en est de même au Luxembourg. Le maire de Drezzo, petite commune du nord de l'Italie, a interdit la burqa dans les rues de sa ville, s'appuyant entre autres, sur un décret royal de 1931 adopté sous l'ère fasciste et interdisant de circuler masqué dans les lieux publics. Sabrina Varroni, habitante de Drezzo convertie à l'islam et mariée à un marocain, portait la burqa depuis son pèlerinage à la Mecque ; elle a bravé l'interdiction du maire, membre de la Ligue du Nord, ce qui lui a valu deux amendes pour « *violation continue et répétée de la loi* ». Elle a estimé que ses droits constitutionnels étaient violés car la burqa est non pas le « *masque* » interdit par le décret de 1931 mais une « *manifestation religieuse* ». Le préfet de Côte lui a d'ailleurs donné raison en invalidant l'arrêté municipal.

⁽¹⁴⁶⁾ Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur la pratique du port de la burqa ou du niqab sur le territoire national du 9 juin 2009, *Document de l'assemblée nationale* n° 1725

⁽¹⁴⁷⁾ High Court 21 février 2007 *R (on the application of X) v. Headteachers of Y school and governors of Y school*

⁽¹⁴⁸⁾ House of Lords, 22 mars 2006 *R (Begum) v. Headteacher and governors of Denbigh High School*, 2005 2 All ER 396

de manifester sa religion en estimant que l'article 9 de la C.E.D.H. exige la mise en place de traitements différenciés à l'égard des groupes religieux⁽¹⁴⁹⁾.

Dans un contexte de consensus en Europe, auquel le Conseil d'Etat s'est associé en y ajoutant la problématique essentielle de l'égalité des sexes, la HALDE a ainsi rendu une délibération motivée compilant l'ensemble des motifs impérieux qui permettraient de s'opposer au port de la burqa dans le cadre d'une formation linguistique gratuite bénéficiant aux primo-arrivants et destinée à faciliter leur intégration⁽¹⁵⁰⁾.

Dans une autre affaire, la HALDE s'est prononcée sur la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée d'une monitrice adjointe d'animation sports et loisirs en lien avec ses convictions religieuses. Satisfait de ses services passés, l'employeur, une association chargée de l'intégration sociale d'enfants autistes, avait envoyé à cette jeune femme un nouveau contrat de travail d'une durée de quelques jours par courrier. Lors de visites de repérage deux jours avant le début de sa prise de fonction, elle était alors apparue voilée pour la première fois et marquait son refus de se baigner lors d'une sortie prévue dans un parc aquatique. L'employeur avait alors mis fin à son contrat brutalement.

En réponse à l'enquête de la HALDE, l'employeur se justifia en invoquant plusieurs éléments : « *En milieu aquatique (...), l'enfant [autiste] peut se mettre en danger de mort de façon totalement imprévisible* ». Dès lors, « *l'accompagnement d'un adulte pour un enfant autiste est une condition incontournable pour l'organisation d'un [séjour] en toute sécurité* ». La HALDE en prend bonne note en considérant que le fait d'imposer des règles d'encadrement individuel pour des enfants autistes lors d'activités de baignade est un élément objectif de sécurité étranger à toute discrimination. La seule surveillance d'un maître nageur ne lui est donc pas apparue suffisante face aux exigences de sécurité et de protection de l'enfance handicapée. Sa délibération n° 2006-242 du 6 novembre 2006 en conclut que la réclamante ne peut être considérée comme une victime de discrimination religieuse, « *faute de pouvoir exécuter une des missions essentielles de son contrat de travail* ».

On relèvera que dans cette espèce, un aménagement spécifique pour permettre à cette salariée d'être maintenue dans son emploi aurait consisté à embaucher un(e) autre salarié(e) pour la remplacer lors de la sortie aquatique. La HALDE ne soulève pas ce point. Toutefois, le contrat en question avait été conclu pour une semaine par une association dont les moyens en termes de coûts et de personnel pouvaient paraître restreints. Il n'est donc pas exclu qu'un tel aménagement aurait fait peser une contrainte excessive sur l'employeur.

Plus récemment, la HALDE a rappelé, dans sa délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009 portant avis sur la liberté religieuse dans le cadre de l'entreprise, qu'un salarié « *ne peut invoquer des prescriptions religieuses pour refuser d'exécuter tout ou partie de ses missions contractuelles ou pour se soustraire aux obligations légales et réglementaires (telles que les visites médicales obligatoires)* ». Toutefois, la HALDE n'a pas eu l'occasion de préciser plus clairement, notamment dans le cadre d'une réclamation individuelle, le contenu et la portée de ce principe.

⁽¹⁴⁹⁾ Court of Appeal 25 juillet 2005 *Copsey v. WWB Devon Clays Ltd* au sujet du licenciement d'un salarié refusant de travailler le dimanche en raison de ses convictions religieuses qui avait refusé toutes les alternatives proposées par son employeur en vue d'aménager son poste (proposition d'un autre poste n'exigeant pas de travailler le dimanche et une indemnité généreuse). Voir également l'arrêt de la House of Lords où la Cour pose la question de savoir si des moyens alternatifs permettant d'aménager une manifestation religieuse doivent être impossibles pour que l'article 9 soit considéré comme méconnu (House of Lords, *R (Williamson) v. Secretary of State for Education and Employment*, 2005, ULHL 15, parag. 15-19).

⁽¹⁵⁰⁾ Pour une autre espèce, voir la délibération n° 2007-210 du 3 septembre 2007 au sujet d'une femme portant un niqab couvrant intégralement le visage et le corps qui voulait rendre visite à sa fille en salle de réveil où étaient placés d'autres enfants après ou avant une intervention chirurgicale. L'infirmière a refusé temporairement l'accès de la salle de réveil, invitant la mère à voir sa fille lorsqu'elle serait placée dans une chambre individuelle. La HALDE a considéré que dans les circonstances de l'espèce, les droits des enfants devaient être pris en compte, et notamment le risque d'être fortement traumatisés par l'irruption d'une personne tout de noir vêtue à ce moment délicat. La HALDE a considéré que l'atteinte à la liberté religieuse était justifiée par la protection de l'intérêt supérieur des enfants.

Les affaires ci-dessus exposées montrent que l'équilibre défini par la HALDE se calque sur des solutions entérinées par le juge européen et/ou national. Toutefois, un point de vue communément partagé est-il nécessairement juste et approprié ?

- **Des freins à sa créativité ?**

A l'instar du Conseil d'Etat et de la C.E.D.H., la HALDE a été saisie du caractère potentiellement discriminatoire de l'exigence imposée aux personnes de confession sikhe de poser « tête nue » sur leurs photographies d'identité.

Dans sa délibération n°2008-180 du 1^{er} septembre 2008, la HALDE met en exergue le fait que la liberté religieuse peut faire l'objet de restrictions et qu'« elle s'accompagne d'une protection relative qui implique une marge d'appréciation des Etats ». S'appuyant sur les arrêts pertinents de la Cour européenne des droits de l'homme, elle en conclut directement que l'obligation de poser « tête nue » sur les photographies d'identité non seulement du permis de conduire mais également des documents d'identité et des cartes de résident « ne peuvent être regardées comme discriminatoires ». Ce faisant, elle ne discute pas les raisons des évolutions réglementaires conduisant à imposer l'exigence de poser « tête nue ». Elle ne cherche pas non plus à analyser si ce nouveau standard en matière de lutte contre la falsification et l'usurpation d'identité fait sens à l'égard des personnes qui, par définition, portent un turban en permanence. Elle ne relève pas non plus que les Sikhs qui ont obtenu leur permis de conduire avant la circulaire litigieuse n'ont pas eu à refaire ce document en posant « tête nue ». Quant à la marge d'appréciation qu'elle évoque, c'est celle qui est accordée par le juge supranational dans un système de protection subsidiaire. Elle ne devrait pas permettre aux autorités administratives nationales de laisser un pouvoir discrétionnaire au pouvoir exécutif ou législatif.

La délibération ne mentionne pas de quel type de discrimination elle traite ni sur quels fondements la victime l'a saisie. Toutefois, devant le Conseil d'Etat, une contestation similaire avait été fondée sur une atteinte injustifiée à la liberté religieuse ainsi qu'à une discrimination fondée sur l'origine ethnique. De même, devant la Cour des droits de l'homme, le requérant avait fait savoir que le port du turban « étant non seulement au cœur de [sa] religion mais également au cœur de [son] identité ». Or, le préambule la directive 2000/43 concernant l'égalité de traitement dans l'accès aux biens et services reconnaît que la religion peut jouer un rôle dans la définition de l'ethnicité⁽¹⁵¹⁾. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme définit expressément l'origine ethnique comme se fondant sur « l'idée de groupes sociaux ayant en commun une nationalité, une appartenance tribale, une religion, une langue, des origines et un milieu culturels et traditionnels »⁽¹⁵²⁾.

Ainsi, techniquement la HALDE aurait pu aller sur le terrain d'une discrimination ethnique indirecte avec un test d'analyse sensiblement différent. En effet, la Cour européenne reconnaît que « la discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités »⁽¹⁵³⁾.

A cet égard, les juges anglais ainsi que l'ancienne *Commission for racial equality*, l'homologue britannique de la HALDE, abordent traditionnellement les affaires de discrimination à l'encontre de Sikhs, de juifs ou encore des musulmans (qui sont essentiellement d'origine asiatique au Royaume-Uni), comme des formes de discrimination indirecte fondée sur la race⁽¹⁵⁴⁾. Le résultat de cette approche conduit à des résultats diamétralement opposés de celles du juge européen ou du juge

⁽¹⁵¹⁾ Considérant 10 de la directive 2000/43/CE 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.C.E.* n° L 180/22 du 17 juillet 2000

⁽¹⁵²⁾ C.E.D.H. 13 décembre 2005 *Timishev c/ Russie*, Req. n°s 55762/00 et 55974/00, parag. 55

⁽¹⁵³⁾ *Ibidem*, parag. 56

⁽¹⁵⁴⁾ V. respectivement, les arrêts *Mandla v. Dowell Lee* (1983) 2 A.C. 548 ; *Seide v. Gillette* (1980) *IRLR* 427 ; *J.H. Walker v. Hussain* (1996) *IRLR* 11 ; voir également la décision de la CRE de mars 2004 caractérisant l'interdiction du foulard dans l'école de Luton comme une discrimination raciale indirecte in « Briefing : good practice on the headscarf in Europe », *Islamic Human Rights Commission*, 9 march 2004

français. Il est vrai que jusqu'à l'adoption récente de l'*Equality Act* de 2006, l'interdiction de la discrimination religieuse n'était pas couverte en tant que telle dans le système de protection britannique. Mais, l'entrée en vigueur de cette loi n'a pas conduit les juges à modifier leur analyse. Ils qualifient des discriminations fondées sur la religion comme telles mais également comme des discriminations raciales indirectes⁽¹⁵⁵⁾.

Cette vision particulière des conséquences négatives de l'interdiction de manifester sa religion a le mérite d'en donner une autre perception. Dans l'inconscient collectif, elles sont - si l'on peut dire - moins bien admises que de pures discriminations religieuses notamment parce que l'appartenance à une race, une ethnie ou un sexe ne relève jamais d'un choix personnel et qu'elle s'impose à l'individu. De même, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que «*l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une telle discrimination [raciale]. En effet, cette renonciation se heurterait à un intérêt public important*»⁽¹⁵⁶⁾.

Par ailleurs, la HALDE s'appuie sur la marge nationale d'appréciation pour considérer comme non-discriminatoire le fait de poser «*tête nue*» sur des documents officiels. A cet égard, les pratiques nationales sont très variables, y compris dans les pays qui ont sensiblement renforcé leur politique de sécurité notamment après les événements du 11 septembre. Par exemple, à la suite du refus du consulat américain de délivrer un passeport à des femmes voilées sur leur photographie d'identité à Jérusalem, les autorités américaines ont confirmé en août 2004 que les photos avec foulard étaient autorisées dès lors que le foulard était porté pour des raisons religieuses : la base des cheveux et les oreilles n'ont pas besoin d'être découvertes mais le visage doit être complètement visible⁽¹⁵⁷⁾. Plus récemment, le ministère des affaires étrangères canadien a formulé des excuses officielles en août 2007 à la suite du refus de photos d'enfants sikhs portant le turban sur des photos de passeport. Les Canadiens sont autorisés à porter le turban sur les photos tant que les traits de leur visage sont visibles⁽¹⁵⁸⁾. Plus proche de nous, le ministère des affaires étrangères italien a adopté une circulaire qui admet expressément les photos d'identité des femmes portant le foulard comme les nonnes catholiques portant une coiffe.

Quant à la situation sur le territoire français, la mère supérieure polonaise de la congrégation des sœurs carmélites de l'enfant Jésus de Bormes-les-Mimosas (paroisse du Fort de Brégançon) a été exceptionnellement autorisée, en 2003, à porter sur sa carte de résidente une photo sur laquelle elle était coiffée de son voile de religieuse⁽¹⁵⁹⁾...

Cette affaire montre qu'il y a peut-être encore des marges de progrès à faire pour la HALDE dédiée à la lutte contre toutes les formes de discriminations même si la HALDE délibère en parfaite conformité avec le cadre classiquement retenu par les juges continentaux. Sa légitimité étant bien assise, peut-être se permettra-t-elle d'avoir des approches plus innovantes. D'ores et déjà, sa contribution dans le débat concernant le droit de manifester sa religion dans le domaine public est remarquable.

⁽¹⁵⁵⁾ Pour une illustration, se reporter à l'affaire jugée par la *High Court The Queen on the application of Sarika Angel Watkins-Singh (A child acting by Sanita Kumari Singh, her Mother and Litigation Friend) v. The Governing Body of Aberdare Girls' High School And Rhondda Cynon Taf Unitary Authority* [2008] EWHC 1865 (Admin)

⁽¹⁵⁶⁾ C.E.D.H. (Grande chambre) 13 novembre 2007 *D.H. et autres c/ République tchèque*, Req. n°57325/00, parag. 204

⁽¹⁵⁷⁾ Ainsi une cour en Floride (Orlando) a interdit une photo de permis de conduire d'une femme en niqab en juin 2003 (affaire *Freeman*).

⁽¹⁵⁸⁾ V. également les consignes du Home Office britannique de 2000 permettant d'exempter les femmes musulmanes d'ôter leur foulard (consignes données après l'affaire *Fareena Alam* qui n'avait pu obtenir le renouvellement de son passeport à Singapour par les autorités britanniques qui refusaient sa photo où elle ne posait pas tête nue) ; l'intervention du Garda racial and intercultural Office irlandais alertant le ministère de la justice à la suite de deux incidents relatifs à l'interdiction de photos de musulmanes portant le foulard. Ces affaires ont été résolues rapidement pour admettre la photo avec foulard.

⁽¹⁵⁹⁾ Sur l'intervention dans cette affaire de Madame Bernadette Chirac auprès de la préfecture du Var, v. *Le Canard enchaîné* du 7 mai 2003 ; information confirmée de la dérogation admise pour Sœur Adalberta par la préfecture compétente in *Le Figaro* et *Le Monde* du 9 mai 2003.

Ainsi, la HALDE ont su montrer plus de souplesse à l'égard de mesures apparemment neutres ayant un effet défavorable sur certains groupes religieux. Pourtant, l'existence d'un droit à un accommodement raisonnable ou encore d'un droit à un traitement différencié au bénéfice de certains groupes religieux est encore relativement embryonnaire en Europe et reste essentiellement cantonné au Royaume-Uni, à l'Irlande et aux Pays-Bas. Il n'en reste pas moins que le cadre posé par la Convention européenne en matière de protection des discriminations religieuses ne constitue qu'une protection subsidiaire par rapport aux ordres juridiques européens.

2) Une analyse fondée sur la proportionnalité des mesures d'exclusion

Les délibérations de la HALDE laissent émerger une nouvelle façon d'aborder la question de la compatibilité entre certaines manifestations religieuses et d'autres objectifs légitimes. Au-delà de l'analyse de la justification d'une différence de traitement fondée sur la religion, la HALDE s'attache à contrôler en quoi cette différence de traitement est proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. Cette approche équilibrée permet de parvenir à des solutions originales, innovantes et inclusives.

- ***Au sujet des autorisations d'absences lors de fêtes religieuses***

La HALDE a été saisie à plusieurs reprises du caractère potentiellement discriminatoire à raison de la religion de dates d'épreuves, de jours d'enseignement ou encore de refus d'autorisation d'absence les jours de fêtes religieuses.

Jusqu'à présent, la HALDE n'est pas parvenue à caractériser de discriminations dans ces cas de figure. A l'instar de la jurisprudence européenne, communautaire et française, elle semble postuler la recherche d'une solution concertée mais dont la limite réside dans sa proportionnalité. Or, dans l'ensemble des affaires sur lesquelles la HALDE s'est prononcée, les requêtes des personnes d'une confession donnée dépassaient largement ce cadre. Une lecture *a contrario* des délibérations de la HALDE laisse néanmoins entrevoir que dans certains cas, le refus de mettre en place un dispositif particulier sous la forme d'un aménagement raisonnable lors de fêtes religieuses pourrait constituer une discrimination à raison de la religion.

Dans ses délibérations n°2008 -33 et 34 du 18 février 2008, la HALDE a été saisie au sujet du caractère potentiellement discriminatoire de l'impossibilité des élèves de confession juive de suivre des enseignements et des examens le samedi en raison du sabbat. En premier lieu, elle a estimé qu'il n'y avait « *pas de droit absolu des étudiants à ce que les obligations scolaires, qu'il s'agisse de cours ou d'examens, soient aménagées pour tenir compte d'obligations religieuses* ». Elle relève néanmoins qu'« *il appartient aux chefs d'établissement, sous le contrôle du juge, d'apprécier chaque cas d'espèce, et de prendre des décisions individuelles conciliant dans la mesure du possible la liberté religieuse et les obligations inhérentes à la vie scolaire* ». Bien que cette dernière formule n'énonce pas explicitement si les chefs d'établissement sont tenus de prendre de telles mesures et doivent tenter, dans la mesure du raisonnable, de trouver une solution concertée, on voit mal comment cela ne pourrait pas être le cas sauf à méconnaître les précédents jurisprudentiels de la C.E.D.H., de la C.J.C.E. et du Conseil d'Etat.

Pour autant, dans sa délibération 2008- 34 du 18 février 2008, la HALDE n'a pas estimé discriminatoire le fait de refuser des autorisations d'absence systématiques tous les samedis à un étudiant juif pratiquant. En l'espèce, l'enquête de la HALDE avait révélé que l'établissement privé mis en cause n'avait pas refusé au réclamant le bénéfice d'autorisations d'absences nécessaires à l'exercice de son culte mais qu'elle s'était opposée au caractère répétitif de ces absences qui était inconciliable avec l'organisation des enseignements. A cet égard, cette école supérieure prévoyait l'intervention de cadres dirigeants qui, du fait de leur activité professionnelle, ne pouvaient être présents que le samedi.

On relèvera qu'à l'instar du droit de manifester sa religion, le droit à la non-discrimination n'est pas un droit absolu. Toute différence de traitement indirectement fondée sur la religion ne caractérise pas une discrimination si elle est justifiée par un objectif légitime et qu'elle est proportionnée. D'ailleurs, la

notion d'accommodement raisonnable au sens du droit canadien comprend également une limite qui est celle de « *la contrainte excessive* ».

Il n'en reste pas moins que deux mois après les délibérations de la HALDE, le ministère de l'enseignement supérieur a adressé une note aux présidents et directeurs des établissements publics d'enseignement supérieurs ainsi qu'aux recteurs d'académie. Ce document suggère des pistes de réflexion concernant la possibilité de prévoir une note de zéro non éliminatoire et l'organisation de sessions spéciales d'examens. Par ailleurs, afin de vérifier si les examens peuvent être organisés en dehors des fêtes religieuses, il relève que la circulaire ministérielle n°2156 du 19 mars 2008 relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées aux agents publics à l'occasion des principales fêtes religieuses peut être utilisée comme un document de référence. Ces mesures ne constituent rien moins qu'une tentative de trouver un aménagement spécifique et raisonnable pour certains groupes religieux qui seraient particulièrement défavorisés par une norme apparemment neutre.

La délibération n° 2009-151 du 27 avril 2009 donne une nouvelle illustration de la recherche de cet équilibre. Dans cette affaire, la HALDE était saisie du refus de proposer à un candidat juif pratiquant une autre date que le samedi pour passer une épreuve de concours administratif. A l'issue de son enquête, la HALDE met en évidence que l'organisation de ce concours donnait lieu à d'importantes contraintes, à l'instar du juge communautaire dans l'affaire *Viven Prais* déjà évoquée *supra*. La date de l'épreuve fixée dans un délai rapproché avait déjà été retenue et le réclamant n'avait fait connaître son impossibilité de composer le samedi qu'après réception de sa convocation. Par ailleurs, trois cents autres candidats avaient déjà été convoqués à cette date. En outre, l'épreuve d'informatique ne pouvait avoir lieu que le samedi dans la mesure où elle s'effectuait depuis sept ans dans les locaux et avec le matériel d'un lycée d'enseignement technique. Or, les salles d'informatique étaient occupées par les élèves dudit lycée les autres jours de la semaine. Enfin, il est apparu que le centre de gestion chargé de l'organisation du concours avait proposé la mise en place de modalités pratiques pour permettre au réclamant de concourir, en faisant constater sa présence le jour de l'épreuve et en lui attribuant un zéro non éliminatoire. La HALDE en a ainsi conclu que dans les circonstances de l'espèce, le refus de prévoir un aménagement en prévoyant une autre date de concours au bénéfice du réclamant n'était pas discriminatoire.

Dans le domaine de l'emploi, la HALDE s'est également prononcée sur l'existence d'une discrimination en cas de refus de l'employeur d'autoriser une absence lors de fêtes religieuses.

Dans sa délibération n° 2007-301 du 13 novembre 2007, la HALDE a été saisie d'une réclamation mettant en cause le refus d'un employeur d'autoriser des autorisations d'absence le jour de l'Aïd-El-Kebir contrairement au jour du Kippour. On rappellera qu'à l'exception des absences pour événements familiaux visées par l'article L. 3142-1 du code du travail, ledit code ne prévoit rien concernant les autorisations exceptionnelles d'absences, *a fortiori* lorsqu'elles sont fondées sur des prescrits religieux. Contrairement à la législation macédonienne dont la Cour européenne a eu à connaître dans l'arrêt *Kosteski* déjà évoquée *supra*, la législation française n'attribue aucun jour férié supplémentaire aux musulmans ou à d'autres groupes religieux minoritaires.

Face à l'absence totale de coopération de l'employeur lors de son enquête, la HALDE a néanmoins pris une décision de principe dans cette affaire. Son raisonnement s'appuie sur l'article L. 1131-1 du code du travail interdisant la discrimination et l'article L. 1121-1 du code de travail selon lequel « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». La HALDE en déduit que le code du travail impose « *un subtil équilibre entre liberté religieuse et intérêt de l'entreprise. Si toute discrimination fondée sur les convictions religieuses est prohibée lors de l'exécution du contrat de travail, des limitations peuvent être imposées dès lors qu'elles sont justifiées et proportionnées notamment par l'organisation du travail dans l'entreprise* ». Elle en conclut que l'employeur doit justifier, par des éléments étrangers à toute discrimination, le refus d'accorder une autorisation d'absence le jour d'une fête religieuse. La HALDE reconnaît ainsi, implicitement, que tout salarié devrait en principe pouvoir bénéficier d'un jour de congé ou d'un jour de réduction du temps de travail (JRTT) pour répondre à un prescrit religieux, la seule limite étant celle de l'organisation du service.

De manière à prévenir le risque de discrimination, la HALDE a recommandé au Ministre du travail d'inscrire dans le code du travail une procédure d'autorisation d'absence, transparente et contrôlable, fondée sur des critères objectifs étrangers à toute discrimination, en vue de faciliter les demandes d'absences des salariés du secteur privé, par la pose d'un jour de congé ou d'une JRTT, sous réserve des nécessités de service. Toutefois, aucune mesure n'a été prise à ce jour.

La HALDE n'impose pas au salarié de fournir à son employeur des éléments démontrant son appartenance à une confession donnée pour pouvoir bénéficier d'une autorisation d'absence le jour d'une fête religieuse. Au contraire, dans les entreprises qui n'ont pas de finalité religieuse, les questions de l'employeur portant sur la religion ou les convictions religieuses d'un candidat à un emploi méconnaissent les dispositions de l'ex-article L.1221-6 du code du travail⁽¹⁶⁰⁾.

Mais, conformément à la jurisprudence *Balki*⁽¹⁶¹⁾ de la Cour de cassation, la HALDE semblerait admettre qu'un employeur puisse refuser une telle autorisation, par exemple dans l'hypothèse elle serait demandée tardivement pour une date où une livraison importante est prévue. *A fortiori*, il ne semble pas que la HALDE admettrait par principe des demandes systématiques d'autorisations d'absences par des salariés de confession musulmane, juive ou chrétienne respectivement tous les vendredis, samedis ou dimanche. Mais pour lors, elle n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ces questions. Ce n'est pas le cas d'affaires relatives à des prescriptions alimentaires.

- ***Au sujet des prescriptions alimentaires***

Dans sa délibération n° 2008-11 du 14 janvier 2008, la HALDE a eu à connaître d'une réclamation d'un candidat musulman qualifié pour un poste d'animateur de centre de vacances et de loisirs qui s'estimait victime d'une discrimination à l'embauche. Il alléguait avoir été interrogé sur le point de savoir s'il consommait de la viande au moment des repas avec les enfants. Le réclamant avait répondu qu'il consommait de la viande halal. Il n'avait finalement pas été recruté pour le poste.

Cette affaire a donné l'opportunité à la HALDE de préciser qu'un employeur ne pouvait imposer une obligation conventionnelle à un salarié si celle-ci n'est pas pleinement justifiée par la tâche à accomplir et risque de porter atteinte aux libertés individuelles du salarié, dont sa liberté de religion. En l'espèce, elle a estimé que « *s'il peut paraître justifié de demander aux animateurs des centres de vacances et de loisirs de goûter les aliments lors des repas, notamment avec les jeunes enfants, il en va autrement lorsque l'employeur impose aux animateurs un régime alimentaire en partageant les repas avec les enfants, dans des conditions strictement identiques. Cette règle a pour effet d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes désireuses de suivre un régime alimentaire, en raison de leur religion, de leurs convictions religieuses ou de leur état de santé* ». Elle en a conclu que la procédure de recrutement méconnaissait l'article L. 1221-6 du code du travail et pouvait avoir pour effet une sélection des candidatures sur la base de critères discriminatoires. Elle a notamment recommandé le réexamen de la candidature du réclamant et la mise en place d'une procédure de recrutement objective, transparente fondée sur l'appréciation des compétences à l'exclusion de tout critère prohibé par la loi.

Sur la question des prescrits alimentaires, de nombreuses cantines publiques et restaurants d'entreprises proposent des menus végétariens ou des substituts protéiniques. Cette situation relève plutôt de bonnes pratiques observables sur le terrain sans que le droit de la non-discrimination n'ait prospéré en la matière, tout du moins en matière pénale. En effet, il apparaît que « *seul peut refuser*

⁽¹⁶⁰⁾ Voir ses délibérations n° 2006-127 et n° 2008-11 du 14 janvier 2008 ; voy. également la délibération n° 2008-164 du 7 juillet 2008 sur les questions posées lors d'un concours à un candidat qui portaient sur son origine et ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse ainsi que l'arrêt confirmatif du Conseil d'Etat devant lequel la HALDE a déposé ses observations en ce sens ; CE 10 avril 2009 *El Haddoui*, n° 311888 ; se reporter également à la délibération n° 2007-123 du 14 mai 2007 au sujet de l'utilisation potentiellement discriminatoire de données relatives à la religion de deux réclamants travaillant sur une zone sensible auquel l'accès leur avait été refusé.

⁽¹⁶¹⁾ Cass. Soc. 16 décembre 1981 *Balki c/ SARL Le poulet du Roy*, n° 79-41.300. Dans cette affaire, la Cour juge également que l'absence d'une journée pour participer par exemple à la fête musulmane de l'Aid-El-Kebir ne constitue pas une faute grave justifiant un licenciement.

de fournir un bien ou un service, celui qui a pris l'initiative de le fournir ou de l'offrir » et « il est admis que ne peut être poursuivie [sur la base des articles 225-1 et 225-2 du code pénal] la personne qui n'ayant fait aucune offre se borne à opposer une fin de non-recevoir à une sollicitation »⁽¹⁶²⁾.

La HALDE a été saisie au sujet d'une cantine scolaire qui n'avait pas prévu de substituts protéiniques pour les enfants de confession hindouiste contrairement aux enfants de confession musulmane. Sans qualifier expressément les faits de discrimination, la HALDE a décidé d'organiser une médiation par une délibération n° 2006-203 du 2 octobre 2006. Un accord a finalement été trouvé, la commune ayant décidé de proposer des repas végétariens.

L'approche de la HALDE est aussi constructive au sujet du port de signes religieux.

- ***Au sujet du port de signes religieux***

Dans sa délibération n°2005-26 du 19 septembre 2005, la HALDE a été saisie par un Sikh qui s'était vu refuser l'accès à un établissement privé chargé d'une mission de service public en raison du port du turban. L'enquête menée par la HALDE a révélé que selon des consignes de sécurité, le port de certains accessoires vestimentaires masquant totalement ou partiellement le visage, qui étaient ainsi susceptibles de nuire à une bonne identification, pouvait conduire à interdire l'accès à l'établissement en question. Le responsable de l'établissement faisait savoir que le turban n'entraînait pas, *per se*, un refus d'accès aux locaux. Il alléguait toutefois qu'en l'espèce, le réclamant avait porté un turban enfoncé jusque sur les sourcils et qu'il avait refusé de le relever jusqu'aux cheveux afin que la forme du visage soit visible.

La HALDE a relevé que ces consignes traitaient de manière uniforme le port de vêtements civils et les accessoires religieux sans prendre en considération leur spécificité. Par ailleurs, elle a considéré que les justifications évoquées pour justifier le refus d'accès étaient floues et laissaient une marge d'appréciation excessive donnant place à une appréciation subjective de l'agent d'accueil ce qui pouvait constituer une source de discrimination.

Ce faisant, le HALDE reconnaît expressément que les signes religieux jouissent d'une protection particulière et ne peuvent être assimilés à de simples vêtements. Par ailleurs, de manière tout à fait remarquable, cette délibération fait clairement référence à l'ancien article 19 de la loi n° 2004-496 (désormais abrogé par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008) selon lequel « *toute mesure ayant pour effet d'exclure l'accès d'un groupe déterminé constitue une discrimination indirecte* » à raison de l'origine nationale. Bien que cette constatation ne soit pas nettement articulée, la HALDE semble considérer que le refus d'un bénéficiaire d'un droit fondé sur le port du turban sikh est susceptible de caractériser non seulement une discrimination religieuse mais également une discrimination ethnique. On notera qu'à la suite des recommandations de la HALDE, l'établissement a revu ses pratiques et ses instructions de sécurité⁽¹⁶³⁾.

Au-delà de la question de l'accès à un service, la HALDE a été conduite à se prononcer sur le port de signes religieux en matière d'emploi privé. De manière constante, elle rappelle que la liberté religieuse fait figure de principe dans le cadre des entreprises privées⁽¹⁶⁴⁾. Elle indique que « *le droit du travail s'efforce de concilier des intérêts antagonistes : d'une part, la subordination inhérente au contrat de*

⁽¹⁶²⁾ CA Montpellier 17 février 2000 *Jean-Marc René c/ Anissa Ifticene épouse Mekebel*

⁽¹⁶³⁾ Pour une autre affaire relative au turban, v. la délibération n°2006-132 du 5 juin 2006 au sujet d'un homme portant le turban sikh interdit d'accès à la salle d'audience d'un tribunal. En l'espèce, le réclamant n'avait pas eu d'attitude indigne ou irrespectueuse et n'avait pas porté de trouble à la sérénité de la justice. Elle rappelle qu'« *en l'absence de tenue contraire à la décence ou à l'ordre public, seule la loi peut interdire le port d'accessoires vestimentaires imposé ou encouragé par une religion* ». En conséquence, la HALDE a demandé au garde des sceaux de prendre les mesures nécessaires pour que les agents ne fassent pas une application erronée du principe de laïcité. Depuis lors, le ministère a diffusé une note dans ce sens.

⁽¹⁶⁴⁾ Voir en dernier lieu, la délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009

travail et la finalité de l'entreprise et d'autre part, la fixation de limites que cette subordination ne saurait franchir sans porter atteinte aux libertés du citoyens-salariés »⁽¹⁶⁵⁾.

Dans sa délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009, la HALDE a adopté un avis de principe sur la liberté religieuse dans l'entreprise. D'une part, elle y rappelle que toute limitation à la liberté religieuse doit être fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et doit être proportionnée au regard des tâches concrètes de ses employés et du contexte de leur exécution. Le simple contact avec la clientèle, par exemple, ne suffit pas à justifier une restriction. D'autre part, la légitimité d'une limitation du port de signe religieux doit non seulement s'apprécier au cas par cas, mais encore ses modalités doivent pouvoir être discutées avec les salariés intéressés.

Ainsi, au double visa de l'article 9 de la C.E.D.H. et de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 interdisant les discriminations religieuses en matière d'emploi, la HALDE a recommandé dans sa délibération n° 2008-32 du 3 mars 2008 que *« lorsque la restriction du port de signes religieux est justifiée par la nature des tâches à accomplir, les modalités de cette restriction doivent être discutées avec les intéressés afin de concilier au mieux leurs convictions et les intérêts de l'entreprise (par exemple : recherche de l'adaptation du signe – un foulard pouvant être assorti à l'uniforme imposé – un couvre-chef adapté à l'uniforme pouvant remplacer la kippa). Les conséquences de la restriction devraient également être discutées avec les intéressés (par exemple : la recherche d'autres postes de travail n'impliquant pas les mêmes restrictions) »⁽¹⁶⁶⁾*. Ce postulat de principe semble se départir de la solution posée par la Cour de cassation dans l'affaire du boucher de Mayotte déjà évoquée *supra*. Dans sa délibération n° 2009-311 du 14 septembre 2009, la HALDE a toutefois rappelé que *« des impératifs de santé ou d'hygiène sanitaire [pouvaient] notamment amener l'employeur à imposer le port de tenues spécifiques pouvant ne pas être compatible avec le maintien de signes religieux ou politiques »*. Dans la mesure où l'article R. 237-2 22° du code rural punit d'une amende de 5^{ème} classe le fait d'employer du personnel manipulant des denrées animales ou d'origines animales au mépris des règles d'hygiène, la HALDE a ainsi considéré que le licenciement d'une salariée refusant de retirer son foulard pour porter le calot imposé par des mesures d'hygiène et de sécurité dans le secteur de l'alimentation n'était pas discriminatoire.

Il n'en reste pas moins que dans sa délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009, la HALDE a indiqué engager un travail de réflexion et de capitalisation sur la façon dont les entreprises comprennent et appréhendent la question et sur les solutions qu'elles mettent concrètement en œuvre. Toutefois, ce travail n'a pas encore donné lieu à une publication.

D'ailleurs, en dehors du secteur alimentaire, la HALDE a déjà eu à connaître du licenciement d'une salariée musulmane à son retour de congé parental dans sa délibération n° 2006-126 du 19 juin 2006. Cette personne était préparatrice de commandes sans contact avec la clientèle. Elle n'avait jamais été inquiétée pour vol et avait toujours porté le foulard dans le cadre de son emploi sans rencontrer de difficultés. En revanche, le jour même de sa reprise d'emploi, son employeur lui avait demandé de retirer son foulard en application d'un nouveau règlement intérieur interdisant le port de toute coiffe, ce qu'elle avait refusé. Le même jour, l'employeur lui avait alors notifié une convocation à un entretien en vue de son licenciement et lui avait infligé une mise à pied à titre conservatoire.

Dans une première phase d'enquête, l'employeur a fait savoir à la HALDE que le règlement intérieur avait été élaboré pour répondre à des exigences de sécurité des produits mais aussi pour lutter contre la recrudescence de nombreux vols sur le site et permettre ainsi des contrôles visuels. Il arguait du caractère non discriminatoire de cette nouvelle règle qui visait aussi bien les casquettes et les bonnets que les foulards. Cependant, d'autres documents en possession de la HALDE mettaient en évidence que ce nouveau règlement intérieur avait été établi dans le souci de répondre à une certaine image de l'entreprise.

Face à ces contradictions, la HALDE a relevé qu'en tout état de cause, *« l'employeur ne pouvait traiter indifféremment les coiffes sans portées significatives de celles manifestant une conviction religieuse. L'interdiction concernant la seconde catégorie devait être entourée de garanties supérieures »*. Elle a

⁽¹⁶⁵⁾ Délibération n° 2007-301 du 13 novembre 2007

⁽¹⁶⁶⁾ Délibération n° 2008-32 du 3 mars 2008

considéré que l'employeur n'avait pas démontré en quoi l'atteinte portée par sa consigne à la liberté religieuse de la réclamante était justifiée par la nature de ses fonctions en qualité de préparatrice de commandes et proportionnée au but recherché à savoir la sécurité contre le vol ou l'image de l'entreprise.

Elle a ainsi reproché à l'employeur le fait qu'il ait rapporté le foulard à la mesure d'un simple vêtement alors qu'il en connaissait la dimension religieuse. Elle a également contesté le fait qu'il n'ait entrepris aucune démarche pour tenter de concilier la consigne édictée et le respect de la liberté religieuse de la réclamante afin d'éviter le licenciement. « *Cette expression de la liberté religieuse aurait dû amener l'employeur à s'assurer que le port de cet insigne (...) représentait réellement un risque pour la sécurité du site et, le cas échéant, à rechercher avec l'intéressée les moyens de concilier ses convictions et les exigences de sécurité* ». La HALDE a ainsi conclu à l'existence d'une discrimination religieuse au sens des articles 225-1 et 225-2 du code pénal⁽¹⁶⁷⁾.

De manière globale, cette façon d'aborder la question des minorités religieuses agite l'Outre-Atlantique depuis déjà plusieurs décennies et est connue sous le terme des accommodements raisonnables.

Depuis 1966, l'*Equal Employment Opportunity Commission* – qui est en quelque sorte l'homologue américaine de la HALDE – a exigé des employeurs de « *prévoir des accommodements raisonnables pour satisfaire les besoins culturels de leurs employés (...) chaque fois qu'il était possible de réaliser de tels accommodements sans qu'il en résulte des contraintes excessives pour la marche des affaires* »⁽¹⁶⁸⁾. Depuis 1972, le titre VI du *Civil Rights Act* des Etats-Unis prévoit d'ailleurs expressément que sauf contrainte excessive, les employeurs privés et publics sont tenus d'aménager les conditions de travail en fonction des convictions religieuses de leurs employés ou des candidats à un emploi⁽¹⁶⁹⁾. Pour autant, ce dispositif est resté limité. Au-delà des questions d'emploi, l'intérêt religieux ne permet pas ou - plus exactement - il ne permet plus⁽¹⁷⁰⁾, de supplanter l'intérêt public sauf dans des conditions très restrictives et ce, uniquement dans l'hypothèse d'une loi spécifique⁽¹⁷¹⁾.

En revanche, la notion d'aménagement raisonnable a connu des développements considérables au Canada. Elle a été consacrée pour la première fois dans un arrêt de la Cour suprême *O'Malley c/ Simpsons-Sears*⁽¹⁷²⁾ qui portait sur la perte d'un emploi à temps plein d'une salariée qui, en raison d'un prescrit religieux, ne pouvait plus travailler le samedi. Dans cette affaire, la Cour suprême canadienne a jugé que le droit à un aménagement raisonnable était « *une conséquence naturelle du*

⁽¹⁶⁷⁾ Cette affaire s'est finalement résolue par un accord amiable à la suite d'une deuxième phase d'enquête de la HALDE.

⁽¹⁶⁸⁾ *EEOC Guidelines on Discrimination because of religion*, 29 C.F.R. parag. 1605.1 b)

⁽¹⁶⁹⁾ Cette obligation a pu contraindre certains employeurs à prévoir des ajustements concernant les règles d'uniforme, les horaires de travail ou encore des autorisations d'absence lors de fêtes religieuses. Toutefois, elle est interprétée de manière restrictive par la Cour suprême. Par exemple, la notion de « contrainte excessive » est facile à démontrer puisqu'il suffit de démontrer que l'aménagement exige plus qu'« *un coût minimal* » ; Cour suprême des Etats Unis 16 juin 1977 *Trans World Airlines v. Hardison*, 432 U.S., 63 (1977). Par ailleurs, dans l'hypothèse d'une variété d'aménagements portant le même degré de contrainte, l'employé ne peut pas imposer son choix à l'entreprise ; Cour suprême des Etats Unis 17 novembre 1986 *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60, (1986), parag. 66-68

⁽¹⁷⁰⁾ Sur ces avatars, à savoir un revirement de jurisprudence et la bataille entre la Cour suprême et le Congrès, se reporter à BRIBOSIA (E.), RINGELHEIM (J.) & RORIVE (I.), « Aménager la diversité : le droit à l'égalité face à la pluralité religieuse », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, avril 2009, pp. 319-373 ; v. également ZOLLER (E.), « Les rapports entre les églises et les Etats aux Etats-Unis : le modèle américain de pluralisme religieux égalitaire », in GONZALEZ (G.) (dir.), *op.cit.*, pp. 13-50

⁽¹⁷¹⁾ En l'occurrence, il s'agit du *Religious Freedom Restoration Act* de 1993 au niveau fédéral. Il existe des lois similaires au niveau des Etats fédérés. Mais la clause de « *libre exercice* » (issue du premier Amendement) qui correspond peu ou prou à l'article 9 paragraphe 1 de la C.E.D.H. et qui interdit de porter atteinte à la liberté religieuse ou d'empêcher le libre exercice des cultes ne le permet plus compte tenu de la jurisprudence *Smith* de la Cour suprême ; *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)

⁽¹⁷²⁾ Cour suprême 17 décembre 1985 *Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley (Vincent) c/ Simpsons-Sears Limited*, (1985) 2 R.C.S. 536

droit à l'égalité »⁽¹⁷³⁾. Il consiste « dans une situation de discrimination (...) à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par une telle norme »⁽¹⁷⁴⁾. Si le critère de « la contrainte excessive » est une limite à ce principe, le juge canadien est plus exigeant que le juge américain. Par exemple, dans l'affaire *O'Malley*, la Cour suprême a demandé à l'employeur de rapporter la preuve que des mesures alternatives à celle d'un poste à temps partiel avaient été envisagées. Or, il n'avait pas démontré le coût excessif d'un changement d'horaire ou l'existence de difficultés soulevées par une autre solution qu'un emploi à temps partiel. Depuis 1998, cette obligation d'accommodement raisonnable a été consacrée par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sur la base du principe de non-discrimination. De nombreux arrêts ont été rendus sur le contenu de cette notion au regard du pluralisme religieux. Par exemple, le Tribunal des droits de la personne du Québec a reconnu qu'une employée catholique d'une grande chaîne de magasin pouvait refuser de travailler le dimanche⁽¹⁷⁵⁾. La Cour suprême a également exigé le remboursement du jour de congé que trois professeurs juifs avaient pris pour célébrer le Yom Kippour⁽¹⁷⁶⁾.

Les juridictions canadiennes ont étendu ce concept au-delà de l'emploi. Par exemple, dans une affaire *Multan*⁽¹⁷⁷⁾, il a été jugé qu'un élève sikh souhaitant porter un *kirpan* (c'est-à-dire un petit poignard en acier à la lame recourbée figurant parmi les symboles de la religion sikhe) devait être dispensé des règles de sécurité de l'école interdisant le port d'armes. Parallèlement, il devait s'engager à certaines garanties notamment en plaçant son *kirpan* dans un fourreau en bois, enveloppé et cousu de façon sécuritaire dans une étoffe solide et en le recouvrant par les vêtements. Par ailleurs, dans une affaire *Amselem*⁽¹⁷⁸⁾, la Cour suprême a considéré que des requérants juifs orthodoxes pouvaient déroger à un règlement de copropriété afin de construire une cabane sur leur balcon lors de la fête religieuse des Souccoths.

Si certaines de ces affaires ont défrayé la chronique et suscité l'émoi dans la population, la situation semble s'être passablement apaisée depuis l'adoption du rapport de la commission Bouchard-Taylor en 2008⁽¹⁷⁹⁾. Ce rapport dresse un catalogue des pratiques d'accommodement liées aux différences culturelles, en analyse les enjeux et surtout formule des recommandations visant à assurer que ces pratiques soient conformes aux valeurs fondamentales du Québec.

A l'inverse, placés en première ligne pour définir des arbitrages, les juges continentaux n'ont pratiquement jamais remis en cause des situations qui, héritées d'un passé judéo-chrétien, défavorisent des personnes de confessions minoritaires. Or, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a énoncé dans son fameux arrêt *Horowitz*, « une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale »⁽¹⁸⁰⁾. A cet égard, un contre-courant fébrile et peu assumé semble émerger depuis peu par le biais du droit à la non-discrimination qui connaît une forte réhabilitation. En particulier, le concept de discrimination indirecte oblige nos structures sociales à dépasser les apparences, à se repenser et le cas échéant, à s'ajuster pour répondre aux besoins de nouveaux groupes ayant droit de cité.

Actuellement, il semble acquis dans la jurisprudence européenne que l'administration est tenue de rechercher une solution négociée avec les usagers du service public confrontés à des prescrits ou proscrits religieux. Cet état du droit découle des obligations positives reposant sur les Etats de garantir

⁽¹⁷³⁾ Cour suprême 22 février 1999 *Colombie britannique c/ BCGSEU*, (1999) 3 RCS 3 où la Cour reconnaît ce droit à partir du constat d'une discrimination directe.

⁽¹⁷⁴⁾ BOSSET (P.), "Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable", in JEZEQUEL (M.) (sous la dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?*, Ed. Yvon Blais, Cowansville, 2007, 390 p, pp. 3-28, spéc. p. 10

⁽¹⁷⁵⁾ Tribunal des droits de la personne 10 février 1993 *Smart c/ T. Eaton*, (1994) 17 C.H.R.R. D-446

⁽¹⁷⁶⁾ Cour suprême 23 juin 1994 *Commission scolaire régionale de Chambly c/ Bergevin*, (1994) 2 R.C.S. 525

⁽¹⁷⁷⁾ Cour suprême 2 mars 2006 *Multani c/ Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, (2006) 1 R.C.S. 256

⁽¹⁷⁸⁾ Cour suprême 30 juin 2004 *Syndicat Northcrest c/ Amselem*, 2004 CSC 47, (2004) 2 R.C.S. 551 ; pour d'autres exemples, v. BOUCHARD (G.) & TAYLOR (R.), *Fonder l'avenir, le temps de la conciliation*, Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement liés aux pratiques culturelles, 2008, 307 p, spéc. pp. 45-60

⁽¹⁷⁹⁾ BOUCHARD (G.) & TAYLOR (R.), *op.cit.*

⁽¹⁸⁰⁾ C.E.D.H. (Gde Ch.) 17 février 2004 *Gorzelik c/ Pologne*, Req. n° 44158/98

un respect effectif du droit à la liberté religieuse sans discrimination. Jusqu'à présent, la doctrine a surtout identifié le volet procédural du droit à la vie et à l'interdiction des traitements dégradants au sujet d'affaires où les organes de l'Etat n'avaient pas tout mis en œuvre pour élucider des crimes racistes ou sexistes. Il nous semble que l'on peut interpréter cette obligation de rechercher un accord amiable comme le volet procédural issu de l'article 9 de la C.E.D.H., éventuellement combiné avec l'article 14.

Dans certaines hypothèses, le juge européen est allé jusqu'à exiger un traitement adapté et ajusté à l'égard de certaines minorités religieuses et notamment en matière d'accès à l'emploi. Quelques décisions marginales peuvent laisser croire que l'Europe se dirigerait - chaotiquement - dans ce sens. Toutefois, la question de la religion reste éminemment sensible et il nous paraît aléatoire de penser que la Cour européenne des droits de l'homme adopte, à court terme, le même positionnement que la Cour suprême du Canada. La HALDE avance sur ce chemin pavé de bonnes intentions avec une certaine prudence mais aussi une grande détermination. En revanche, la Cour de justice des Communautés européennes qui, pour l'instant, est restée muette serait à même de nous surprendre dans ce domaine. Le droit de non-discrimination est un principe structurel et matriciel dans le droit de l'Union. En outre, le Traité de Lisbonne, entrant en vigueur le 1^{er} décembre 2009, reconnaît le pluralisme comme une valeur commune aux Etats de l'Union et la Charte des droits fondamentaux qui lui est annexée oblige l'Union à respecter les minorités religieuses. Dès lors, si les lignes doivent bouger, il ne serait pas exclu que ce mouvement vienne de Luxembourg.