



HAL
open science

Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non-discrimination

Emmanuelle Bribosia, Robin Medard Inghilterra, Isabelle Rorive

► To cite this version:

Emmanuelle Bribosia, Robin Medard Inghilterra, Isabelle Rorive. Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non-discrimination. *Journal des tribunaux du travail*, 2021, 1393, pp.145-154. hal-03846671v2

HAL Id: hal-03846671

<https://hal.science/hal-03846671v2>

Submitted on 6 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Inhoud - Sommaire

RECHTSLEER - DOCTRINE

Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non-discrimination, par E. Bribosia, R. Medard Inghilterra et I. Rorive 145

RECHTSPRAAK - JURISPRUDENCE

Ontslag

Licenciement

A.H. Gent, afd. Gent, 2de k.,
12 X 2020 154

RECHTSLEER - DOCTRINE

Femmes voilées au travail face aux errements du droit de la non-discrimination ⁽¹⁾

Après le tribunal et la cour du travail d'Anvers, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne, il appartenait à la cour du travail de Gand de se prononcer par une cinquième décision dans l'affaire opposant Samira Achbita à l'entreprise G4S Secure Solutions. C'est chose faite depuis le 12 octobre 2020 (2), dix années après la décision rendue en première instance et quatorze après le licenciement de la requérante.

Les faits sont désormais notoires. En avril 2006, Mme Achbita, qui travaillait en tant que réceptionniste au sein de l'entreprise G4S depuis déjà trois ans, avait averti son employeur de son intention de porter son foulard islamique (3) pendant les heures de travail. Son employeur s'y était opposé au nom de la politique non écrite de l'entreprise en vertu de laquelle les employés sont tenus par un devoir de neutralité. Mme Achbita avait passé outre ce refus et la tentative de conciliation initiée par le Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (désormais Unia) avait échoué. Pendant la procédure de licenciement de Mme Achbita, l'exigence de neutralité fut coulée, par le conseil d'entreprise, dans le règlement de travail : interdiction était faite aux travailleurs « de porter sur le lieu de travail des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses » (4). Le port de l'uniforme fut également imposé à certains salariés. L'entreprise G4S clarifiait ainsi la réglementation applicable qui demeurait un point de contestation entre les parties. Mme Achbita fut finalement licenciée pour non-respect de cette réglementation, moyennant le paiement d'une indemnité de préavis correspondant à trois mois de rémunération et aux avantages acquis en vertu du contrat de travail.

Au motif que ce licenciement était discriminatoire en raison de ses convictions religieuses et qu'une indemnité du chef d'abus du droit de licenciement lui était due, Mme Achbita introduisit, en 2007, un recours devant le tribunal du travail d'Anvers, soutenu par une intervention volontaire du Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. La juridiction conclut en première instance à la recevabilité des demandes mais à leur absence de fondement (5), et la solution fut confirmée en appel par la cour du travail d'Anvers (6). Sur pourvoi, l'affaire fut portée devant de la Cour

- (1) Observations relatives à l'arrêt du 12 octobre 2020 de la cour du travail de Gand (*Achbita c. G4S Secure Solutions*), publié ci-après p. 154. Cette publication s'inscrit dans le cadre du projet de recherche transdisciplinaire ARC « Catégorisations multiples des migrants », financé par la Fédération Wallonie-Bruxelles, et coordonné par le professeur Laurent Licata. Les auteurs souhaitent remercier Patrick Charlier, co-directeur d'Unia, Bart Mondelaers et Imane El Morabet pour les échanges très riches autour de l'arrêt de la cour du travail de Gand du 12 octobre 2020 qui est ici commenté. Merci également au professeur Jean Jacquain pour son analyse extrêmement fine ainsi qu'à Xavier Delgrange, premier auditeur au Conseil d'État, pour ses retours constructifs. Merci enfin à Hania Ouhnaoui et à Areg Navasartian pour leur lecture attentive ainsi qu'aux deux relecteurs/relectrices anonymes pour leurs précieuses suggestions. Il va de soi que les auteurs prennent l'entière responsabilité de la présente contribution.
- (2) C.T. Gand, 12 octobre 2020, n° 2019/AG/55.
- (3) Il s'agit du *hidjab* qui recouvre généralement les cheveux, la nuque et le cou, tout en laissant le visage entièrement dégagé. Les termes voile et foulard (islamique) sont indifféremment utilisés pour désigner ce vêtement porté par conviction religieuse. Comme l'avocate générale Sharpston dans l'affaire *Bouagnaoui*, nous avons choisi d'utiliser le terme foulard. Conclusions de l'avocate générale Mme Eleanor Sharpston présentées le 13 juillet 2016, *Asma Bouagnaoui c. Micropole S.A.*, aff. C-188/15, point 78.
- (4) « Het is aan de werknemers verboden om op de werkplaats, zichtbare tekens te dragen van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen ».
- (5) Tribunal du travail d'Anvers, 27 avril 2010, n° 06/397639/A. Pour un commentaire de la décision, voy. K. Alidadi, « Werkgever mag hoofddoek verbieden op basis van ongeschreven regels », *Juristenkrant*, 26 mai 2010, n° 210, pp. 1-2.
- (6) C.T. Anvers, 23 décembre 2011, n° 2010/AA/453.



LARQUIER
INTERSENTIA

de cassation (7), puis transmise à Luxembourg dans le cadre d'une question préjudicielle qui déboucha, le 14 mars 2017, sur une décision abondamment commentée de la Cour de justice de l'Union européenne (8). Après cassation partielle (9), il appartenait finalement à la cour du travail de Gand, saisie à son tour du litige, d'appliquer au cas d'espèce l'article 2 de l'ancienne loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, à la lumière des considérations nouvelles avancées par la Cour de justice (10).

En substance, la cour du travail de Gand devait déterminer si le licenciement de Mme Achbita motivé par le port du foulard était susceptible de constituer ou non une discrimination indirecte (11) fondée sur la religion, dans la mesure où ce licenciement était présenté par l'employeur comme résultant de l'application d'une politique générale de neutralité en entreprise (12). La décision était d'autant plus attendue qu'elle se rapportait à plusieurs enjeux essentiels du droit de la non-discrimination, parmi lesquels figurent la détermination du groupe désavantagé, la reconnaissance de la légitimité de l'objectif poursuivi, ainsi que l'appréciation de la proportionnalité d'une politique générale de neutralité en entreprise.

Les attentes étaient grandes et l'on ne peut éviter un sentiment de frustration à la lecture de l'arrêt, moins en raison de son issue, à savoir l'absence de fondement des recours, qu'en raison de la faiblesse du contrôle opéré par la juridiction. Oserions-nous dire que cette dernière rate le coche et qu'elle n'a pas pleinement saisi les enjeux juridiques qu'elle était amenée à trancher ? L'application *in concreto* de la décision du 14 mars 2017 de la Cour de justice de l'Union européenne n'a en définitive pas eu lieu (13). Dans le cadre de cette contribution, nous proposons de revisiter les trois enjeux précités, à savoir la détermination du groupe désavantagé (I), celle de l'objectif légitime (II), et celle de la proportionnalité de la politique de neutralité (III).

I. — Sur l'inexistence d'un groupe protégé : la déformation de l'objet du litige

Les juridictions du travail d'Anvers avaient initialement été confrontées à la qualification du caractère discriminatoire vis-à-vis d'une travailleuse musulmane portant le voile d'une politique générale de neutralité en entreprise qui proscrivait le port de signes et vêtements manifestant une conviction politique, philosophique ou religieuse. Alors que la qualification de discrimination directe avait été envisagée, mais rejetée au fond, la Cour de cassation décida d'interroger la Cour de justice pour savoir si la directive 2000/78 devait être interprétée « en ce sens que l'interdiction de porter un foulard en tant que musulmane sur le lieu de travail [constitue ou non] une discrimination directe lorsque la règle en vigueur chez l'employeur interdit à tous les travailleurs de porter sur le lieu de travail des signes extérieurs de convictions politiques, philosophiques ou religieuses ? » (14). En réponse, la Cour de justice écarta la qualification de discrimination directe dans une telle hypothèse. Elle insista en revanche sur la possibilité que ladite mesure constitue une discrimination indirecte (15) « s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données » (16), ce qu'il appartenait à la juridiction de renvoi de vérifier.

Un enjeu préliminaire pour la cour du travail de Gand consistait, par conséquent, à déterminer s'il existait ou non un désavantage particulier pour des personnes adhérant à une religion ou à des convictions données. De la réponse apportée à cette question dépendait la qualification de distinction indirecte. Dans son arrêt du 12 octobre 2020, la cour du travail de Gand considère néanmoins « qu'il n'y a pas en l'espèce de discrimination indirecte en l'absence de préjudice particulier à l'égard d'un groupe spécifique bien défini de personnes qui ont droit à une protection, en raison de leur foi ou de leurs convictions politiques ou philo-

(7) Cass., 9 mars 2015, n° S.12.0062.N.

(8) C.J.U.E., 14 mars 2017, *Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racisme bestrijding c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (ci-après *Achbita*). Pour des commentaires, voy. entre autres : E. Bribosia et I. Rorive, « Affaires Achbita et Bougnaoui : entre neutralité et préjugés », *R.T.D.H.*, n° 112, 2017, pp. 1017-1037 ; M. Bell, « Leaving Religion at the Door ? The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace », *Human Rights Law Review*, vol. 17, issue 4, 2017, pp. 784-796 ; S. Hennette-Vauchez, « Equality and the Market : the Unhappy Fate of Religious Discrimination in Europe », *European Constitutional Law Review*, vol. 13, issue 4, 2017, pp. 744-758 ; J.H.H. Weiler, « Je suis 105 ; E. Brems, « ECJ headscarf series (5) : The Field in which Achbita will Land - A Brief Sketch of Headscarf Persecution in Belgium », *Strasbourg Observers*, 16 septembre 2016 [https://strasbourgobservers.com/2016/09/16/ecj-headscarf-series-5-the-field-in-which-achbita-will-land-a-brief-sketch-of-headscarf-persecution-in-belgium/] ; E. Cloots, « Het Hof van 14 maart 2017 », *R.A.B.G.*, 2017/12, pp. 939-942 ; P. Van den Bergh, « Hoofddoekenverbod : neutraal voor iedereen ? », *ArbeidJ*, 2017-2018/1, pp. 19-20 ; P. Adam, « La C.J.U.E. ou l'anpp. 314 et s. ; G. Busschaert et S. de Somer, « Port de signes convictionnels au travail : la Cour de justice lève le voile ? », *JTT*, 2017, pp. 277-283 ; A. Calola, « Le port du foulard et un voile d'ambiguïté », *Revue des affaires européennes*, 2017/1, pp. 129-138 ; E. LeDaniel, « Deux petits arrêts rendus en grande chambre. À propos des arrêts du 14 mars 2017 sur le port Bougnaoui et Samira Achbita », *Revue de l'Union européenne*, 2017, p. 342 ; S. Robin-Olivier, « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? Au sujet des arrêts G4S Secure Solutions et l'entreprise face à ses nouveaux défis », *Gand, Larcier*, 2019, pp. 213-227, spéc. pp. 219-221 ; E. Brems et J. Vrieling, « Floors or Ceilings : European Supranational Courts and Their Authority in Human Rights Matters », in K. Lemmens, S. Parmentier et L. Reyntjens (éd.), *Human Rights with a Human Touch, Liber amicorum Paul Lemmens*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 271-302, spéc. pp. 292-294. Pour un commentaire des commentaires, voy. encore « La contribution de la Cour de justice de l'Union européenne à la protection des droits de T. Vanswevelt, « Multiculturalisme en het verbod op het dragen van zichtbare religieuze tekens op de werkvloer : een toepassing op de gezondheidssector », *T.G.Z.*, 2018/1, pp. 27-35.

(9) Cass., 9 octobre 2017, n° S.12.0062.N. Pour des commentaires, voy. not. F. Kéfer et R. Linguet, « L'affaire Achbita c. G4S Secure Solutions : le suspense continue », *J.L.M.B.*, 2018/3, pp. 122-129 ; F. Dorsemont, « Hoofddoek op het werk : het doek is nog niet gevallen », *D.J.K.*, 2018/363, p. 12.

(10) Quant à l'importance qu'une juridiction statuant sur le fond puisse appliquer les indications données par la Cour de justice de l'UE aux faits de l'espèce, voy. J. Jacquain, « Chroniques - Égalité de traitement », *J.D.E.*, 2017, p. 377.

(11) La qualification de discrimination directe étant écartée par la Cour de cassation, dont la décision de renvoi allait à la cour du travail de Gand. La Cour de cassation « casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il dit que l'interdiction imposée ne constitue pas une discrimination directe » et « renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour du travail de Gand » (Cass., 9 octobre 2017, *op. cit.*). Elle souligne en revanche que les juges d'appel de la cour du travail d'Anvers « n'ont pas considéré que l'interdiction infligée ne peut être considérée comme une discrimination indirecte mais [seulement] que l'existence d'une discrimination indirecte peut être sérieusement contestée ». Voy. ici C.T. Anvers, 23 décembre 2011, *op. cit.*, point 2.1.2.

(12) Sur les mobilisations de la neutralité religieuse en droit belge, voy. L.L. Christians et L. Vanbelligen, « Neutralités d'entreprises et neutralités d'État : tendances asymétriques en droit belge », *Droit social*, 2018, pp. 337 et s.

(13) Voy. Unia, « Affaire Achbita : retour à la case départ ? », 14 octobre 2020, [URL : <https://www.unia.be/fr/articles/affaire-achbita-retour-a-la-case-depart>].

(14) C.J.U.E., *Achbita*, *op. cit.*, point 21.

(15) Sur ces questions, voy. C. Romainville, « Les discriminations directes et indirectes à raison de la religion en droit belge et européen », in N. Bonbled, C. Romainville, M. Verdussen et

(16) C.J.U.E., *Achbita*, *op. cit.*, point 44.



sophiques communes » (17). Tout en reconnaissant l'existence d'un effet préjudiciable de la politique de neutralité pour les personnes qui ressentent le besoin d'exprimer leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses (18), elle considère qu'il n'existe pas en l'espèce de groupe protégé — par la législation nationale et la directive 2000/78 — qui serait particulièrement désavantagé. Ce point de vue nous paraît vicié par deux erreurs d'appréciation.

A. — L'identification du groupe désavantagé

La première erreur repose sur l'assimilation de l'ensemble des personnes affectées par la mesure avec le « groupe cible » qu'il convenait de mobiliser pour conduire l'analyse et déterminer l'existence d'un désavantage particulier susceptible de caractériser une distinction indirecte. Ce désavantage est apprécié par la cour du travail de Gand au regard de l'ensemble des personnes qui souhaitent exprimer leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques dans le cadre de leurs activités sociales, y compris au travail (19). À notre humble avis, la cour se trompe de cible. L'existence d'un désavantage particulier aurait dû être appréciée pour les personnes d'une croyance religieuse spécifique. C'est bien cette question qui était soulevée par la situation concrète de la requérante. Le désavantage devait en d'autres termes être apprécié seulement au regard des convictions religieuses (20), et non au regard des diverses convictions (21). Plus précisément encore, c'est la situation particulière des femmes de confession musulmane qui souhaitent porter un foulard qui devait servir de point d'ancrage à l'analyse. Telle était la position d'Unia dans sa réplique (22). Si la cour du travail ne retient pas ce point de vue, force est néanmoins de constater qu'il concorde avec l'interprétation qui est faite de la Convention européenne des droits de l'homme, des pactes internationaux de protection des droits humains et des directives européennes.

La Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, déjà eu l'occasion de se prononcer sur le caractère discriminatoire d'une mesure en apparence neutre, en l'occurrence l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, qui avait pour conséquence de restreindre la manifestation de convic-

tions religieuses. Dans cette configuration, c'est bien le groupe des femmes de confession musulmane qu'elle retient en tant que « catégorie de personnes tout particulièrement exposées » (23) pour apprécier l'existence d'un désavantage particulier susceptible de caractériser une distinction indirecte fondée sur la religion. Dans la décision *SAS c. France* en 2014, après avoir rappelé qu'une « politique ou une mesure générale qui ont des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes peuvent être considérées comme discriminatoires même si elles ne visent pas spécifiquement ce groupe », la Cour européenne a certes rejeté le recours au nom de la marge d'appréciation dont disposait la France, mais elle a reconnu que la loi visée avait « des effets négatifs spécifiques sur la situation des femmes musulmanes qui, pour des motifs religieux, souhaitent porter » un vêtement qui manifeste leurs convictions (24).

Le Comité des droits de l'homme s'est aligné sur cette position en 2018 dans ses constatations relatives à l'affaire *Yaker c. France* (25). Il s'est également prononcé dans une affaire similaire à celle qui nous occupe, où était en cause une clause de neutralité religieuse en entreprise prévue par le règlement intérieur. Le Comité a ainsi considéré, toujours en 2018, dans ses constatations relatives à l'affaire *F.A. c. France*, que « la restriction du règlement intérieur affecte de façon disproportionnée les femmes musulmanes, telles que l'auteure, faisant le choix de porter un foulard, ce qui constitue un traitement différencié » (26). Là encore, c'est bien sur le groupe des femmes de confession musulmane qui souhaitent porter un foulard que repose l'examen au titre de l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques (27).

Quant à la portée des directives européennes, les conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott élaborées dans l'affaire *Achbita* confirment une approche similaire. Il convient de rechercher si la mesure en cause « désavantage particulièrement les personnes d'une religion donnée » (28), et seulement ces dernières, sans élargir le groupe ciblé à l'ensemble des personnes qui souhaitent exprimer des convictions politiques ou philosophiques. L'avocate générale estimait même qu'une règle comme celle adoptée par G4S « est toutefois, en pratique, susceptible de défavoriser particulièrement les personnes ayant une certaine reli-

(17) C.T. Gand, 12 octobre 2020, *op. cit.*, point 7.3.5.6. (« dat er in casu geen indirecte discriminatie is bij gebrek aan een bijzondere benadeling van een welomlijnde bepaalde groep van personen die op bescherming kan aanspraak maken, gelet op hun gedeeld geloof of politieke dan wel filosofische overtuiging »).

(18) *Idem*, point 7.3.5.5.

(19) *Ibidem*.

(20) La possibilité d'apprécier le désavantage exclusivement au regard des convictions religieuses ne fait guère de doute à la lecture de l'article 2, 2, b), de la directive 2000/78/CE qui dispose : « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes ». Dans sa décision du 14 mars 2017, la C.J.U.E. considère également qu' : « il n'est pas exclu que la juridiction de renvoi puisse arriver à la conclusion que la règle interne en cause au principal instaure une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou sur les convictions, au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78, s'il est établi, ce qu'il lui appartient de vérifier, que l'obligation en apparence neutre qu'elle contient aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données? » (C.J.U.E., *Achbita*, *op. cit.*, point 34). Quant au droit belge alors applicable aux faits de l'espèce, l'article 72, § 2, de la loi du 25 février 2003 disposait : « Il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre a en tant que tel un résultat dommageable pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination visés au § 1^{er} ». Les motifs sont formulés de la manière suivante au § 1^{er} dudit article : « le sexe, une prétendue race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique ». De la même manière que l'origine peut être alternativement nationale ou ethnique, que le handicap peut être actuel ou futur, la conviction peut être alternativement religieuse ou philosophique pour apprécier le désavantage.

(21) Sur les implications de la distinction entre religion et convictions dans le cadre de l'application du droit de la non-discrimination, voy. G. Calvès, « Le critère "religion ou convictions", même sens et même portée à Luxembourg et à Strasbourg », *Droit social*, 2018, pp. 323 et s. Voy. aussi les récentes questions préjudicielles posées à la C.J.U.E. par le tribunal du travail de Bruxelles dans sa décision du 17 juillet 2020, n° 19/2070/A, not. §§ 87-105.

(22) La réplique d'Unia précisait ainsi : « De vraag waarover uw rechtsmatcht zich dient uit te spreken betreft de vraag of werknemers, zoals mevrouw Achbita wier islamitische geloofsovertuiging van hen verlangt dat zij in het openbare leven steeds een hoofdoek dragen, bijzonder worden benadeeld in vergelijking met werknemers met een religieuze of filosofische overtuiging die dat niet van hen verlangt of werknemers zonder een welbepaalde religieuze of filosofische overtuiging (zie syntheseconclusie van Unia, p. 15 onderaan) ».

(23) C.E.D.H., 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, req. n° 43835/11, § 160.

(24) *Idem*, § 161. Voy. E. Bribosia et I. Rorive, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2015/2, not. pp. 40-43.

(25) CoDH, 17 juillet 2018, *Sonia Yaker c. France*, constatations concernant la communication n° 2747/2016, point 8.13.

(26) CoDH, 16 juillet 2018, *F.A. c. France*, constatations concernant la communication n° 2662/2015, point 8.12.

(27) Pour un commentaire des constatations du Comité dans les deux affaires susmentionnées, voy. H. Tigroudja, « Port de signe religieux, "discrimination croisée" et ingérence de l'État dans la liberté de manifester sa religion », *R.T.D.H.*, n° 118, 2019, pp. 477-504 et E. Bribosia et I. Rorive, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2019/2, not. pp. 131-135.

(28) Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 31 mai 2016, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, point 42. Pour une approche critique des conclusions de l'avocate générale, voy. S. Hennette-Vauchez et C. Wolmark, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez. À propos des conclusions de l'avocate générale dans l'affaire du voile au travail, C.J.U.E., *Achbita*, aff. C. 157-15 », *Semaine sociale Lamy*, n° 1728, 20 juin 2017.



gion ou conviction — en l'espèce, les travailleuses de religion musulmane » (29).

Considérer « qu'il n'y a pas en l'espèce de discrimination indirecte en l'absence de préjudice particulier à l'égard d'un groupe spécifique bien défini de personnes qui ont droit à une protection » (30) peine à convaincre. Cette approche de la cour du travail de Gand nous semble omettre le désavantage engendré par la politique de neutralité au regard de ce groupe des femmes de confession musulmane qui souhaitent porter leur foulard dans l'entreprise. Comme le soutenait Unia, et en continuité des considérations de la Cour européenne, du Comité des droits de l'homme et de l'avocate générale Juliane Kokott, il ne saurait être sérieusement contesté que ce groupe subit un désavantage *particulier* (31) en raison de l'application de la politique de neutralité de l'entreprise G4S. Ce constat est valable indépendamment de l'éventuelle justification de la mesure, dont l'examen intervient plus tard dans le raisonnement. De même, il ne saurait être contesté que ce groupe constitue bel et bien un groupe protégé au titre du droit de la non-discrimination et des directives européennes.

B. — L'argument de l'identité de traitement

L'absence de groupe protégé est également justifiée par l'argument d'une identité de traitement. En effet, la cour du travail de Gand suit l'avis du ministère public selon lequel « il n'existe pas de catégorie protégée *parce que* les personnes de toute conviction sont soumises à la même interdiction » (32). Cette affirmation nous semble pouvoir être mise en cause à au moins trois égards.

Premièrement, car les faits sont ici à apprécier au regard d'une distinction indirecte. Or, l'argument de l'identité de traitement n'a de sens que pour démontrer l'absence d'un « traitement moins favorable » d'une personne par rapport à une autre. En d'autres termes, il peut éventuellement être pertinent pour établir l'absence d'une différence de traitement explicitement fondée sur un motif de discrimination caractérisant une distinction *directe* (33), par exemple pour démontrer que les candidats de confession musulmane sont recrutés selon les mêmes critères que les autres candidats à l'emploi. En revanche, affirmer qu'une mesure en apparence neutre — comme celle en cause en l'es-

pèce — ne constitue pas une distinction *indirecte* car elle s'applique aux « personnes de toute conviction » est inapproprié. Contrairement à la discrimination directe, qui peut impliquer de centrer l'attention sur le contenu de la mesure ou sur son application différenciée pour mettre en lumière une différence explicite de traitement, la discrimination indirecte implique de prendre en compte les effets concrets de la règle en dépit du fait qu'elle s'applique également à tous.

Deuxièmement, l'argument surprend car il conduit à terme à excuser une distinction indirecte en insistant sur le fait que la mesure en cause traite également les personnes qu'elle désavantage. Or, l'existence d'un désavantage particulier pour un groupe protégé (les femmes musulmanes) ne peut être occultée du seul fait que d'autres personnes sont également affectées par la politique de neutralité (les personnes qui souhaitent manifester une croyance religieuse autre, une conviction politique ou une conviction philosophique). Un tel raisonnement reviendrait à priver de toute substance l'interdiction de la discrimination que prévoient le droit national et le droit européen. À titre d'illustration, cela reviendrait à affirmer que l'octroi d'une prime en entreprise qui tient compte du temps de travail accompli mensuellement par les travailleurs (mesure en apparence neutre) n'engendre pas de désavantage particulier pour les femmes, majoritairement employées à temps partiel, dès lors que les travailleurs dont l'état de santé les a conduits à s'absenter une ou plusieurs fois sont également désavantagés par la mesure. Dans la présente affaire, le désavantage engendré pour les femmes de confession musulmane qui souhaitent porter un foulard ne saurait disparaître du seul fait que d'autres personnes sont susceptibles d'en pâtir sous peine de sombrer dans un paralogisme et une application erronée du droit de l'Union européenne.

Troisièmement, l'argument de l'identité de traitement surprend encore davantage si l'on considère plus précisément la finalité pour laquelle la cour du travail de Gand le mobilise : à savoir, non pas afin de conclure à l'absence d'un désavantage particulier, mais pour soutenir l'absence d'une catégorie protégée. Elle déclare en effet qu'il « n'existe pas de catégorie protégée *parce que* les personnes de toute conviction sont soumises à la même interdiction » (34). Ceci nous paraît méconnaître l'essence même du droit de la non-discrimination.

(29) *Idem*, point 57.

(30) C.T. Gand, 12 octobre 2020, *op. cit.*, points 7.3.5.5 et 7.3.5.6.

(31) Concernant la notion de « désavantage particulier », plusieurs précisions complémentaires peuvent être avancées. Premièrement, cette notion n'implique en aucun cas la démonstration d'une gravité particulière de l'effet défavorable engendré pour les femmes de confession musulmane qui souhaitent porter un foulard. Voy. ici C.J.U.E., 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, aff. C-83/14, point 99 : « il y a lieu de relever qu'il ne découle ni des termes "désavantage particulier", utilisés audit article 2, paragraphe 2, sous b), ni des autres précisions contenues dans ladite disposition qu'un tel désavantage n'existerait qu'en présence d'un cas grave, flagrant et particulièrement significatif d'inégalité ». Selon la C.J.U.E., « ladite condition doit en revanche être comprise comme signifiant que ce sont particulièrement les personnes d'une origine ethnique [ou d'un autre motif] donnée qui se trouvent désavantagées du fait de la mesure en cause » (point 100). L'avocate générale Juliane Kokott précise les termes — et l'explication tautologique — de la Cour de justice et considère « que la discrimination indirecte doit être constatée à chaque fois qu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutres ont des conséquences plus défavorables pour certaines personnes » que pour d'autres (conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott présentées le 12 mars 2015, aff. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, point 93). Ce critère du désavantage « particulier » ne saurait donc « être interprété comme une limitation de la notion de "discrimination" » et n'a pas pour effet d'affaiblir la protection conférée par le droit de l'Union européenne (points 90-91). Deuxièmement, à la lueur de ces considérations, la particularité du désavantage pour les femmes de confession musulmane qui souhaitent porter un foulard peut être appréciée de différents points de vue, *a minima* quantitatif, contextuel et comparatif. Quantitativement d'abord, parmi les personnes qui adhèrent à une conviction religieuse susceptible d'être manifestée par le port d'un signe ou d'un vêtement, qui ne peut être dissimulé, par exemple sous un vêtement superposés, ces dernières sont les plus nombreuses. Elles se trouvent logiquement davantage affectées par les politiques de neutralité développées en entreprise (voy. not. Observatoire de la liberté religieuse, *Rapport de 2018*, [URL : <https://www.liberte-religieuse.org/be/ligue/>]), et F. Dassetto, *L'iris et le croissant*, Presses universitaires de Louvain, 2013, 376 p.). Contextuellement ensuite, ces pratiques et politiques de neutralité ont émergé et se sont développées en Europe essentiellement en réaction à la visibilité de croyances minoritaires, principalement de l'islam, dans les espaces public et privé. En dépit des apparences de neutralité formelle dans la lettre des dispositions des règlements de travail, l'implantation de not. T. Ufarte, « La liberté de conscience des salariés face au culte de la liberté d'entreprise prônée par la C.J.U.E. : une nouvelle guerre de religion ? », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 16 juin 2017). Comparativement enfin, il n'est guère difficile de mettre en exergue l'existence d'un désavantage pour une travailleuse de confession musulmane par rapport à un autre travailleur. Plusieurs comparaisons sont alors envisageables. Sans toutes les décliner ici, nous renvoyons à la décision du tribunal du travail de Bruxelles du 17 juillet 2020, n° 19/2070/A, notamment son dispositif qui pose plusieurs questions préjudicielles à la C.J.U.E. (demande enregistrée au greffe de la C.J.U.E. le 27 juillet 2020). Soulignons encore que la particularité du désavantage pour les femmes musulmanes d'une mesure en apparence neutre qui impose une obligation de neutralité religieuse et convictionnelle fut reconnue sans obstacle dans les décisions susmentionnées de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme. Troisièmement, et à l'évidence, le fait que d'autres personnes puissent également être désavantagées par la mesure en cause n'affecte en rien l'existence d'un désavantage particulier au sens des directives européennes, ici pour les femmes de confession musulmane (confer développements ci-dessous).

(32) C.T. Gand, 12 octobre 2020, *op. cit.*, point 7.3.5.5. (« Het arbeidshof is het eens met het besluit in het schriftelijke advies dat er geen sprake is van een beschermd categorie omdat personen van alle strekkingen onderworpen worden aan hetzelfde verbod »).

(33) Telle était l'approche retenue par la cour du travail d'Anvers lorsque son analyse était centrée sur la discrimination directe (C.T. Anvers, 23 décembre 2011, *op. cit.* point 2.1.1).

(34) C.T. Gand, 12 octobre 2020, *op. cit.*, point 7.3.5.5.



II. — Sur l'existence d'un objectif légitime : l'ébauche d'une motivation à grands traits

Alors qu'elle rejette l'existence d'une distinction indirecte à défaut de désavantage particulier pour un groupe protégé, la cour du travail de Gand mobilise néanmoins le « test *Bilka* » (35). Celui-ci consiste à déterminer si une distinction indirecte est ou non justifiée au regard de la poursuite d'un objectif légitime (36). Dans la négative, la différence de traitement est discriminatoire et est qualifiée de discrimination indirecte. L'enjeu est donc crucial, mais la cour ne consacre que quelques lignes à cet examen conduit, il est vrai, à titre subsidiaire, pour finalement retenir la légitimité de l'objectif poursuivi. L'impasse est ainsi faite sur l'examen méthodique des conditions permettant d'apprécier la légitimité d'une politique de neutralité en entreprise.

A. — Une légitimité sous conditions

La cour du travail de Gand se garde d'abord d'envisager les conditions posées par la Cour de justice de l'Union européenne pour évaluer le caractère légitime de l'objectif consistant à mener une politique de neutralité en entreprise. Dans sa décision du 14 mars 2017, la Cour de justice considère que, s'agissant « de la condition relative à l'existence d'un objectif légitime, il convient de relever que la volonté d'afficher, *dans les relations avec les clients* tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse doit être considérée comme légitime. En effet, le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients se rapporte à la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte, et revêt, en principe, un caractère légitime, notamment lorsque seuls sont impliqués par l'employeur dans la poursuite de cet objectif les travailleurs qui sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur » (37). Une politique de neutralité en entreprise poursuit par conséquent un objectif légitime lorsque, d'une part, son champ d'application est limité aux travailleurs qui sont en contact avec la clientèle et que, d'autre part, elle a vocation à protéger l'image de marque de ladite entreprise. À bien considérer les faits de l'espèce, aucune de ces conditions ne paraît intégralement remplie.

Les parties s'accordent notamment sur le fait que la politique de neutralité appliquée par G4S ne se limite pas aux salariés qui entrent en contact avec la clientèle. Elle s'étend, au contraire, à l'ensemble des salariés de l'entreprise. On peut dès lors regretter que la cour du travail de Gand se contente de relever que, « en l'espèce, seule la légitimité de la politique de neutralité de l'em-

ployeur est en cause, dans la mesure où elle s'applique aux salariés qui sont en contact avec des clients [...]. Certes, il y a aussi beaucoup à dire en faveur d'une politique de neutralité qui s'applique à tous les employés [...], mais cela dépasse le cadre du présent litige » (38). La portée de la politique de neutralité est, en réalité, un élément central de ce litige. Elle conditionne la reconnaissance de la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure sur le fondement de laquelle le licenciement a été adopté et, par voie de conséquence, la qualification de discrimination indirecte. On ne peut de ce fait souscrire à la démarche du juge qui analyse isolément la dimension externe (contact avec les clients) de ladite politique, ce qui revient purement et simplement à la reformuler *telle qu'elle aurait pu être* pour être sauvegardée, et non à l'analyser *telle qu'elle est*.

La cour du travail de Gand minimise par ailleurs plusieurs éléments de nature à semer le doute sur la finalité de la politique de neutralité adoptée par G4S.

Premièrement, l'interdiction du port de signes et vêtements qui manifestent une conviction religieuse, philosophique ou politique à l'ensemble des salariés, y compris ceux qui ne sont pas en contact avec la clientèle, est de nature à démontrer que la finalité recherchée n'est pas – du moins pas seulement – la protection de l'image de marque de l'entreprise. Quel intérêt à imposer une neutralité interne si l'intention est de soigner la communication de l'entreprise vis-à-vis du monde extérieur ?

Deuxièmement, l'insertion dans le règlement de travail de l'obligation pour certains salariés de porter un uniforme, en complément de la clause générale de neutralité, témoigne d'une intention particulière. Ne s'agissait-il pas de répondre au comportement de Mme Achbita et non de mettre en place une politique résultant d'une stratégie globale de l'entreprise ? Le déroulé des faits va bien dans ce sens quand on considère la concomitance entre le début du litige en avril 2006 et l'annonce de cette nouvelle obligation vestimentaire le 2 mai 2006, puis son intégration au sein du règlement de travail le 29 mai de la même année. Comme le relevait le tribunal du travail d'Anvers, dont les conclusions sont reprises par la cour de Gand, c'est « face à la ferme intention de Mme A. » de porter un foulard que l'entreprise G4S « avait rendu obligatoire le port d'un uniforme pour le poste de réceptionniste et avait inclus cette règle dans le règlement de travail » (39). Ainsi, les règles contestées par les requérants s'apparentent — au moins en partie — à des fondements juridiques élaborés afin de justifier l'exclusion d'une salariée, clairement identifiée (40), en réaction à l'exercice de sa liberté religieuse (41).

Troisièmement, justifier la politique de neutralité par la nécessité de s'adapter aux préférences des tiers ne va pas de soi au re-

(35) Du nom de l'arrêt rendu par la Cour de justice : C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, aff. C-170/84, §§ 36-37. La Cour esquisse dans cette affaire un contrôle de la justification de la présomption de discrimination articulée autour de la légitimité de l'objectif poursuivi et du caractère nécessaire et approprié des moyens employés pour l'atteindre.

(36) Article 2, § 2, de la loi du 25 février 2003 et article 2 de la directive 2000/78/CE.

(37) C.J.U.E., *Achbita*, op. cit., points 37 et 38. La C.E.D.H. admet également la légitimité de l'objectif poursuivi par une politique de neutralité en entreprise lorsqu'elle vise la protection de l'image commerciale de l'entreprise. Voy. C.E.D.H., *Eweida and others v. the United Kingdom*, app. n^{os} 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, point 94. Cette admission de la légitimité de l'objectif poursuivi n'est toutefois pas synonyme de conventionnalité de ladite politique de neutralité puisque celle-ci doit encore répondre aux exigences strictes de proportionnalité, ce qui n'était pas le cas en l'espèce pour Mme Eweida.

(38) C.T. Gand, 12 octobre 2020, op. cit., point 7.3.6.2. (« Het arbeidshof wijst er op dat in casu enkel de legitimiteit van de neutraliteitspolitiek van de werkgever aan de orde is, in zoverre hij geldt voor de werknemers die in contact staan met de klanten, inzonderheid (en dus niet uitsluitend) omdat zij voor deze klanten buiten de exploitatiezetel van de NV G. receptie- en andere diensten verrichten. Zonder twijfel is er ook heel veel te zeggen ten voordele van een neutraliteitspolitiek die voor alle werknemers geldt (en waaraan de NV G. uitvoerige beschouwingen wijdt in haar conclusies), maar dit gaat het huidige geschil te buiten »).

(39) *Idem*, point 2. (« de NV G., geconfronteerd met het vaste voornemen van mevrouw A., het dragen van een uniform voor de functie van receptioniste verplicht had gemaakt en die regel in het arbeidsreglement had opgenomen »).

(40) Au stade de l'appel devant la cour du travail d'Anvers, les requérants soulignaient notamment que, à l'issue du licenciement de Mme Achbita, deux autres réceptionnistes n'étaient pas tenues au port de l'uniforme, sans que cela n'ait débouché sur leur sanction (C.T. Anvers, 23 décembre 2011, op. cit., point 2.1.1.). Les faits avaient été établis par constat d'huissier.

(41) Cet élément pointait pour une qualification de la différence de traitement en discrimination directe comme nous l'avons plaidé à plusieurs reprises (E. Bribosia et I. Rorive, « Affaires *Achbita* et *Bougnoui* : entre neutralité et préjugés », op. cit., p. 1026-1030 ; E. Bribosia et I. Rorive, « E.C.J. headscarf series (4) : the dark side of neutrality », *Strasbourg Observers*, 14 September 2016 [https://strasbourgobservers.com/2016/09/14/ecj-headscarf-series-4-the-dark-side-of-neutrality/]).



gard des exigences européennes. Pour la cour du travail de Gand, ladite politique « s'inscrit dans les limites de la marge d'appréciation de l'employeur » car « une entreprise peut (et doit, pour rester sur le marché) répondre aux demandes légitimes de ses clients » (42). Certes, l'avocate générale Juliane Kokott précisait également dans ses conclusions relatives à la présente affaire qu'une « entreprise peut et doit naturellement adapter ses pratiques commerciales aux préférences et aux demandes de ses partenaires commerciaux, en particulier ses clients » (43). Mais elle s'empressait d'ajouter que l'entreprise « ne peut toutefois pas céder aveuglément et sans considération à n'importe quelle exigence ou manifestation de volonté des tiers » (44). La nature des préférences et demandes des tiers que relaie la politique de neutralité est susceptible de rejaillir sur la légitimité de cette politique, qui peut notamment être altérée en cas de prise en compte de stéréotypes ou de préjugés.

Dans sa décision *Bouagnaoui c. Micropole S.A.*, la Cour de justice a notamment considéré que « la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante » (45). L'avocate générale Eleanor Sharpston, lorsqu'elle envisageait dans ses conclusions les contours d'une discrimination indirecte résultant d'une politique de neutralité en entreprise, précisait de manière encore plus explicite que : « lorsque l'attitude des clients peut en soi indiquer un préjugé fondé sur l'un des "critères interdits", comme la religion, il [paraît] particulièrement dangereux de dispenser l'employeur de l'obligation de l'égalité de traitement afin de complaire à ce préjugé. La directive 2000/78 est destinée à assurer une protection dans le cadre de l'emploi contre un traitement défavorable (à savoir la discrimination) fondé sur l'un des critères prohibés. Elle ne prévoit pas que le travailleur puisse perdre son emploi pour améliorer les profits de l'employeur » (46). Il est vrai que dans sa décision du 14 mars 2017 relative à l'affaire *Achbita c. G4S*, la Cour de justice admet qu'une politique de neutralité s'opposant au port de signes religieux, politiques ou philosophiques, puisse, dans certains cas, poursuivre un objectif légitime. Il serait néanmoins étonnant que la conciliation des deux positions de principe énoncées, le même jour, en grande chambre, dans les décisions *Achbita* et *Bouagnaoui*, conduise à admettre que les préjugés d'un ou de plusieurs clients, entérinés par l'employeur dans sa réglementation d'entreprise, justifient une discrimination indirecte, alors qu'ils ne

peuvent justifier une discrimination directe. Cette interprétation reviendrait à réduire la jurisprudence européenne à un simple « mode d'emploi » (47) fourni aux entreprises par la Cour de justice afin de blanchir des comportements discriminatoires.

La Cour européenne des droits de l'homme s'oppose également à ce que des attitudes stéréotypées d'employés (et non pas de clients ici), qui vont « de l'hostilité envers les homosexuels à un vague malaise engendré par la présence de collègues homosexuels », « même si elles reflètent sincèrement les sentiments de ceux qui les ont exprimées », puissent constituer « une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits » des requérants (48). Pour la Cour, cette position vaut également « pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes » (49). On ne voit pas pourquoi il en irait différemment pour des femmes musulmanes portant le foulard dont on sait qu'elles ont tendance à être racisées et à faire l'objet de stéréotypes particuliers (50).

Ainsi, le droit de l'Union européenne comme le droit du Conseil de l'Europe s'opposent à ce qu'une attitude négative d'un tiers à l'endroit d'une personne protégée au titre de la non-discrimination puisse justifier la restriction de ses droits.

C'est au regard de cet état de la jurisprudence qu'il convient d'apprécier la politique de neutralité de G4S. Or, le tribunal du travail d'Anvers, dont les constatations sont reprises dans l'arrêt de la cour du travail de Gand, considérait explicitement que « le principal objectif était d'empêcher que l'expression d'une conviction particulière ne puisse offenser » (51). Plus que la protection de l'image de marque de l'entreprise, c'est ici la volonté de tenir compte des affects des clients ou des autres membres du personnel qui motiverait la restriction de la liberté religieuse des travailleurs. Quant à la raison pour laquelle ces affects seraient troublés, le tribunal d'Anvers, suivi une fois de plus par la cour de Gand, précisait que la politique de neutralité répondait à « l'intention de prévenir d'éventuelles manifestations de racisme et de discrimination sur le lieu de travail » (52). Ce serait alors la volonté de protéger les salariés contre les comportements potentiellement racistes et discriminatoires des clients ou des autres membres du personnel qui justifierait l'invisibilisation des convictions religieuses. Il ne peut décemment s'agir d'un objectif légitime. Ce type de raisonnement reviendrait à tolérer des situations ineptes où une discrimination en amont, telle l'absence de recrutement de personnes de confession musulmane, serait justifiée par le fait que l'exclusion du secteur de l'emploi est destinée à leur éviter de subir les comportements

(42) C.T. Gand, 12 octobre 2020, *op. cit.*, point 7.3.6.2. (« Een dergelijk neutraliteitsbeleid is legitiem en valt binnen de grenzen van de beoordelingsmarge die aan de werkgever toekomt. Een onderneming mag (en moet, wil zij zich op de markt kunnen handhaven) tegemoetkomen aan de legitieme verlangens van haar klanten »).

(43) Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 31 mai 2016, *op. cit.*, point 90.

(44) *Ibidem*.

(45) C.J.U.E., 14 mars 2017, *Asma Bouagnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole S.A.*, aff. C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204 point 41. Voy. not. sur cette affaire H. Nassom-Tissandier, « Neutralité religieuse dans l'entreprise : le droit français au prisme du droit européen », *Droit social*, 2018, p. 348, ou encore J. Mouly, « Le voile dans l'entreprise et les clauses de neutralité : les enseignements de la C.J.U.E. "traduits" en droit interne par la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 218 et s. À mettre en relation avec la décision *Feryn* de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.C.E., 10 juillet 2008, *Firma Feryn NV*, aff. C-54/07). Dans cette décision, la Cour a considéré que l'adaptation des critères de recrutement pour tenir compte des préférences stéréotypées ou malveillantes des tiers, constitue une discrimination sanctionnable, même en l'absence de victime précisément identifiée.

(46) Conclusions de l'avocate générale Mme Eleanor Sharpston présentées le 13 juillet 2016, *op. cit.*, point 133. Pour une lecture croisée des conclusions respectives de Mmes Eleanor Sharpston et Juliane Kokott dans les affaires ayant débouché sur les décisions en grande chambre le 17 mars 2017, voy. N. Molzard, « Les toges européennes se déchirent sur le voile au travail », *Rev. Trav.*, 2016, pp. 569 et s.

(47) En ce sens, voy. E. Bribosia et I. Rorive, « Affaires *Achbita* et *Bouagnaoui* : entre neutralité et préjugés », *op. cit.*, pp. 1036-1037, S. Hennette-Vauchez, « Nous sommes Achbita », *RTD Eur.*, 2019, pp. 105 et s., ou encore T. Ufarte, « La liberté de conscience des salariés face au culte de la liberté d'entreprise prônée par la C.J.U.E. : une nouvelle guerre de religion ? », *loc. cit.*

(48) C.E.D.H., 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, point 97.

(49) *Ibidem*.

(50) Voy. par exemple A. Hajjat et M. Mohammed, *Islamophobie. Comment les élites françaises fabriquent le « problème musulman »*, Paris, La Découverte, 2013. La définition opératoire de l'islamophobie retenue par les auteurs est à cet égard évocatrice : le « processus social complexe de racialisation/altérisation appuyée sur le signe de l'appartenance (réelle ou supposée) à la religion musulmane » (p. 20). Voy. encore pour illustration les développements et références reproduits sous « Le voile islamique et la discrimination raciale » in J. Arroyo, « Le voile islamique : regards (juridiques) croisés », *R.D.L.F.*, 2020, chron. n° 51.

(51) C.T. Gand, 12 octobre 2020, *op. cit.*, point 2. (« hij Inzonderheid tot doel had om te beletten dat uitingen van een bepaalde overtuiging andersdenkenden tegen de borst zouden kunnen stoten »).

(52) *Ibidem* (« de intentie om mogelijke uitingen van racisme en discriminatie op de werkvloer te voorkomen »).



discriminatoires des clients ou d'autres travailleurs de l'entreprise.

En 2011, la cour du travail d'Anvers développait une argumentation similaire en relevant que la politique de neutralité instaurée par G4S avait pour ambition d'instaurer « un environnement de travail *pacifique*, où l'*égalité* (des sexes) et le pluralisme sont protégés et où le *fondamentalisme religieux* et la *pression sociale* sont exclus » (53). Elle considérait que cette aspiration était à l'origine de la politique de neutralité (54), ce que confirme la position de G4S (55), et constituait un objectif légitime pour un employeur du secteur privé. Il serait néanmoins aisé de voir dans cette seule assertion l'existence de quatre stéréotypes fondant l'interdiction du port du foulard par l'entremise d'une mesure en apparence neutre, en l'occurrence l'assimilation du port du foulard islamique à une attitude hostile, à un symbole de l'inégalité de sexe, à du prosélytisme fondamentaliste et à une négation du libre arbitre (56).

En résumé, il est établi que : la politique de neutralité est générale et ne se limite pas aux seuls salariés qui entrent en contact avec la clientèle ; elle n'a pas pour — unique — vocation de protéger l'image de marque de l'entreprise (57) ; elle constitue, au moins pour partie, une réponse spécifique au comportement de Mme Achbita ; et elle témoigne d'une adaptation des pratiques aux exigences et préférences des clients ou des autres membres du personnel, révélatrices de stéréotypes ou de préjugés. Dans ce contexte, les requérants ne demandaient pas « aux tribunaux de sanctionner un employeur qui, *pour des raisons légitimes*, considère qu'il doit opter pour une politique de neutralité » (58), comme le formule la cour du travail de Gand. Cette manière de poser le problème ne rend pas justice aux faits de la cause. Il s'agissait en réalité pour les juridictions du travail de déterminer, après un examen rigoureux, si les raisons qui avaient présidé au licenciement en application de la politique de neutralité étaient légitimes au regard des standards du droit européen.

B. — Une méthode indécise

À ce stade de l'analyse, il convient également de s'interroger sur la méthode d'application de la décision de la Cour de justice du 14 mars 2017, une question délicate dont l'intérêt dépasse le seul cas d'espèce. Pour déterminer l'objectif poursuivi par la mesure en cause, faut-il prendre pour acquis le discours de l'entreprise qui revendique sa neutralité au nom de la protection de son image de marque et de la liberté d'entreprendre, ou convient-il plutôt d'examiner *in concreto* ce qui a historiquement fondé cette politique dans l'entreprise ? En clair, la méthode doit-elle être déclarative ou inquisitoire ?

La méthode déclarative nous paraît inadéquate pour déterminer l'objectif effectivement poursuivi par une politique de neutralité en entreprise. En ce qu'elle laisse le champ libre à l'imposition d'une obligation de neutralité pour tenir compte des ressentiments des tiers, elle ne semble en effet pas pouvoir être retenue sans méconnaître tant la jurisprudence de la Cour de justice que celle de la Cour européenne des droits de l'homme. À l'inverse, la méthode inquisitoire permet de conférer un effet utile aux directives communautaires et à l'interdiction de la discrimination. Dès lors que l'exigence de neutralité est admise comme une limite à l'interdiction de la discrimination *en raison de sa finalité*, à savoir la protection de l'image de marque de la société garantie par la liberté d'entreprendre et l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, un examen de la réalité de la finalité alléguée par l'entreprise doit être mené.

Ceci implique de recourir, le cas échéant, à des mesures d'instruction. La demande d'accès à des documents formulée par Mme Achbita obéissait précisément à cette nécessité de déterminer *in concreto* si la modification du règlement de travail poursuivait ou non un objectif légitime (59). La cour du travail de Gand a toutefois rejeté cette demande au motif que l'existence d'une correspondance écrite n'était pas établie, les échanges entre la société G4S et son client au sujet de Mme Achbita et de la formalisation d'une politique de neutralité ayant fort bien pu se dérouler exclusivement oralement (60). Force est de constater que la cour du travail de Gand se montre peu regardante sur ce point. Soulignons ici que la Cour de justice a déjà eu l'occasion de sanctionner le manque de transparence d'une entreprise ou d'une administration lorsque cette opacité entravait le contrôle juridictionnel du caractère discriminatoire d'une mesure ou pratique contestée (61). Elle a également affirmé que « le souci d'efficacité » qui sous-tend les directives justifie des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve lorsque « ces aménagements sont indispensables à la mise en œuvre effective du principe d'égalité » (62). Il nous semble qu'une situation similaire est ici présente et que la mise en œuvre effective du principe d'égalité exige la mobilisation accrue de prérogatives d'instruction pour assurer la conciliation de la décision *Achbita c. G4S* du 14 mars 2017 avec les autres décisions des cours européennes en la matière.

Par ailleurs, la méthode inquisitoire est la seule à permettre une qualification correcte de la différence de traitement. En effet, pour la Cour de justice, lorsqu'une politique est fondée sur des stéréotypes ou des préjugés, il peut alors s'agir d'une discrimination directe et non plus d'une discrimination indirecte (63). Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Achbita*, l'avocate générale Juliane Kokott soulignait ainsi : si une « ingérence quelconque

(53) C.T. Anvers, 23 décembre 2011, *op. cit.*, point 2.1.3. (« Hoe dan ook vormt het streven naar een vreedzame arbeidsomgeving, waar (gender)gelijkheid en pluralisme wordt beschermd en waar religieus fundamentalisme en maatschappelijke druk wordt geweerd, evident ook voor een werkgever uit de private sector een legitieme doelstelling »).

(54) *Ibidem* : « Het arbeidshof vindt in het dossier geen elementen die toelaten te betwijfelen dat precies deze bekommernis aan de oorsprong ligt van de binnen de NV uitgevaardigde neutraliteitsplicht en de reactie van de NV naar aanleiding van de weigering van mevrouw A om zich daaraan te houden, integendeel ».

(55) L'entreprise G4S considérait à cet égard que si la prise en compte des exigences des clients peut fonder une politique de neutralité externe, la prise en compte des exigences des autres employés peut fonder une politique de neutralité interne. Elle estimait en conséquence qu'il était légitime pour des employés d'exiger le retrait par d'autres de leurs vêtements ou signes religieux afin de favoriser une bonne coopération entre les employés de l'entreprise. Ce faisant, G4S oublie que la C.J.U.E. ne dit pas qu'une politique de neutralité peut être fondée sur n'importe quelle exigence des clients ou des employés, encore moins si elles révèlent l'emprise de stéréotypes ou de préjugés, mais seulement que la protection de l'image de marque peut fonder une politique de neutralité externe, sous réserve de proportionnalité.

(56) Nous renvoyons ici à l'opinion dissidente de la juge Tulkens in *C.E.D.H.*, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 447774/98.

(57) Sur ce point, Open Society Justice Initiative soulevait dans un *briefing paper* que : « although in 2006, G4S sacked Ms. Achbita for wearing the headscarf, just six years later G4S incorporated the headscarf into the uniform worn by their security guards at the London Olympics ». Voy. Open Society Justice Initiative, *Employer's Bar on Religious Clothing and European Union Discrimination Law*, 2016, point 39, [https://www.justiceinitiative.org/publications/employers-bar-religious-clothing-and-european-union-discrimination-law].

(58) C.T. Gand, 12 octobre 2020, *op. cit.*, point 7.3.6.2. (« Nog minder kunnen de appellanten aan de rechter vragen om een werkgever te sanctioneren die om legitieme redenen oordeelt voor een neutraliteitspolitiek te moeten opteren »).

(59) La requérante sollicitait notamment la production de certains échanges entre la société G4S et son client, pour le compte duquel travaillait Mme Achbita. Voy. *idem*, point 7.3.3.

(60) *Idem*, point 7.3.3. En un sens similaire, voy. C.T. Anvers, 23 décembre 2011, *op. cit.*, point 2.1.4.

(61) C.J.C.E., 30 juin 1988, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. 318/86, ECLI:EU:C:1988:352, point 27.

(62) C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109-88, ECLI:EU:C:1989:383, point 14.

(63) Sur cette question, voy. aussi J. Mouly, « L'exigence de neutralité, entre discrimination directe et indirecte », *Droit social*, 2018, pp. 330 et s.



dans cette liberté [religieuse] ne doit pas nécessairement être considérée, du point de vue du principe de l'égalité de traitement, comme une discrimination », « *il en irait autrement s'il s'avérait qu'une interdiction telle que celle en cause repose sur des stéréotypes ou des préjugés contre une ou plusieurs religions données, ou même contre les convictions religieuses en général. Il faudrait alors sans aucun doute constater l'existence d'une discrimination directe sur la base de la religion* » (64). Elle réaffirmait ce faisant la position de la Cour de justice énoncée dans son arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, en 2015, au sujet de mesures particulières adoptées par une entreprise de fourniture d'électricité dans les quartiers majoritairement Roms qu'elle desservait (65).

Ainsi, un examen approfondi des raisons qui ont présidé à l'adoption de la politique de neutralité en entreprise est nécessaire, non seulement pour déterminer la légitimité de l'objectif poursuivi dans l'hypothèse d'une distinction indirecte, mais également pour qualifier adéquatement la différence de traitement en cause (66). En l'espèce, on peine à se satisfaire des motivations avancées par la cour du travail de Gand.

III. — Sur la proportionnalité de la politique de neutralité : la représentation décalée des termes du litige

Enfin, la juridiction d'appel analyse la proportionnalité de la mesure, toujours à titre subsidiaire puisqu'elle ne reconnaît pas l'existence d'un désavantage particulier pour un groupe protégé. Elle envisage tour à tour les trois étapes classiques de l'examen, relatives au caractère approprié des moyens employés, à leur nécessité, ainsi qu'à leur proportionnalité au sens strict. S'agissant des deux premières étapes, le raisonnement suivi par la juridiction ne convainc pas.

En ce qui concerne tout d'abord la détermination du caractère approprié de l'interdiction de manifester ses convictions, la Cour de justice l'admet « à condition que cette politique soit véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique » (67). Elle précise à cette fin qu'il « appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si G4S avait établi, préalablement au licenciement de Mme Achbita, une politique générale et indifférenciée d'interdiction du port visible des signes de convictions politiques, philosophiques ou religieuses à l'égard des membres de son personnel en contact avec des clients » (68). La cour du travail de Gand se borne toutefois à considérer que, « selon l'arrêt de la Cour de jus-

tice de l'Union européenne du 14 mars 2017 dans l'affaire n° 40 (voy. aussi n° 41), la politique en question est poursuivie de manière "véritablement cohérente et systématique" » (69). L'appréciation est manifestement erronée considérant qu'il appartenait à la juridiction de renvoi de vérifier si cette condition était remplie ou non. Ce point n'avait pas été examiné *in concreto* par la Cour de justice et, en se contentant d'affirmer qu'il avait déjà été tranché, la cour du travail de Gand n'a pas pleinement exercé son contrôle. Au fond, si le caractère systématique de la mesure ne fait aucun doute au regard des modifications intervenues le 29 mai 2006 pour ajouter la disposition litigieuse au règlement de travail (70), la cohérence de la politique de neutralité, elle, est pour le moins contestable au regard des éléments susmentionnés. Cette cohérence aurait pu être questionnée dans le cadre d'un examen détaillé.

En ce qui concerne ensuite le caractère nécessaire de l'interdiction de manifester ses convictions, la Cour de justice de l'Union européenne l'admet également *sous conditions*. Elle précise qu'il « convient de vérifier si cette interdiction se limite au strict nécessaire. Plus particulièrement, il faut vérifier si l'interdiction du port visible de tout signe ou vêtement susceptible d'être associé à une croyance religieuse ou à une conviction politique ou philosophique vise uniquement les travailleurs de G4S qui sont en relation avec les clients » (71). Pourtant, à la question de savoir si l'interdiction de la manifestation des croyances religieuses va au-delà du strict nécessaire au regard des conditions posées par la décision du 14 mars 2017, la cour du travail de Gand se borne à affirmer une fois de plus que « l'arrêt [de la Cour de justice] lui-même répond également par la négative à cette question » (72). L'affirmation est toujours erronée considérant qu'il appartenait à la juridiction de renvoi d'apprécier si la politique de neutralité visait uniquement les travailleurs de G4S en contact avec la clientèle pour déterminer le caractère nécessaire des moyens employés. Non seulement la cour du travail de Gand ne le fait pas mais, de surcroît, il est établi et non disputé que la portée de la mesure est bien plus vaste et va en conséquence au-delà de ce qui serait éventuellement nécessaire. Rappelons cela dit à ce stade que la cour ne fait porter son contrôle que sur la dimension externe de la politique de neutralité de G4S et considère que la généralité de la politique, incluant son application interne, « dépasse le cadre du présent litige » (73). De ce fait, elle neutralise purement et simplement la possibilité même d'un contrôle de la nécessité de la politique de neutralité au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Derrière l'apparence formellement irréprochable du raisonnement, la cour du travail de Gand méconnaît son office, même en développant ces considérations à titre subsidiaire. C'est à elle, et à elle seule, en tant que juridiction habilitée à statuer sur le fond du litige, qu'il appartenait de vérifier si les conditions posées par la Cour de justice étaient remplies en l'espèce (74). Lorsqu'elle

(64) Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 31 mai 2016, *op. cit.*, points 54 et 55. Voy. aussi points 123 et 141.

(65) C.J.U.E., *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, *op. cit.*, points 82, 91 et 95.

(66) Rappelons toutefois que l'arrêt de la Cour de cassation exclut la possible requalification de la mesure mise en cause dans l'affaire *Achbita* : elle « casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il dit que l'interdiction imposée ne constitue pas une discrimination directe » et « renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour du travail de Gand » (Cass., 9 octobre 2017, *op. cit.*).

(67) C.J.U.E., *Achbita*, *op. cit.*, point 40.

(68) *Idem*, point 41.

(69) C.T. Gand, 12 octobre 2020, *op. cit.*, point 7.3.6.3. (« Hierboven werd in nr. 7.3.4. al uitvoerig bevestigd dat er, zaak het Hof van Justitie van de Europese Unie in nr. 40 (zie ook nr. 41) van het arrest van 14 maart 2017 stelt, *in casu* sprake is van een beleid dat "daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd" »).

(70) Voy. néanmoins l'argument de la requérante qui, au stade de l'appel devant la cour du travail d'Anvers, se prévalait d'un constat d'huissier attestant que deux autres réceptionnistes n'étaient pas tenues au port de l'uniforme, sans que cela n'ait débouché sur leur sanction (C.T. Anvers, 23 décembre 2011, *op. cit.* point 2.1.1.).

(71) C.J.U.E., *Achbita*, *op. cit.*, point 42.

(72) C.T. Gand, 12 octobre 2020, *op. cit.*, point 7.3.6.3. (« Ook deze vraag beantwoordt het voornoemde arrest zelf ontkennend »).

(73) *Idem*, point 7.3.6.2.

(74) C.J.U.E., *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles*, 2018/C257/01, 20 juillet 2018 : « Enfin, si, pour rendre sa décision, la Cour prend nécessairement en compte le cadre juridique et factuel du litige au principal, tel qu'il a été défini par la juridiction de renvoi dans sa demande de décision pré-



statue sur une question préjudicielle conformément à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Cour de justice se prononce seulement sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions de l'Union européenne (75). Dans sa décision du 14 mars 2017, elle ne faisait que préciser des « éléments pertinents que [la juridiction nationale devait] prendre en compte dans son contrôle de proportionnalité » pour « mettre concrètement en balance les intérêts en présence » (76). La Cour de cassation — qui était ici la juridiction de renvoi — ne pouvait elle-même procéder au contrôle de proportionnalité *in concreto*, son office étant limité aux erreurs de droit (77). C'était dès lors bien à la cour du travail de Gand vers laquelle l'affaire a été renvoyée après cassation partielle qu'il appartenait d'effectuer ce contrôle. Elle commet dès lors, à notre humble avis, une erreur de droit en ne l'exerçant pas pleinement (78). Un examen plus rigoureux aurait, nous semble-t-il, révélé que la politique de neutralité est manifestement disproportionnée, les moyens sur lesquels elle repose n'étant *a minima* pas nécessaires.

Conclusion : l'Art sans la manière...

L'arrêt rendu par la cour du travail de Gand a le mérite d'aborder de front trois enjeux majeurs en droit de la non-discrimination, à savoir la détermination du groupe désavantagé, la reconnaissance de la légitimité de l'objectif poursuivi, ainsi que l'appréciation de la proportionnalité d'une politique générale de neutralité en entreprise. Le traitement en l'espèce de ces enjeux ne nous a cependant pas convaincus.

Sur le premier enjeu, lié à la reconnaissance ou non d'un groupe protégé particulièrement désavantagé, l'objet du litige est déformé. À la manière du cubisme, l'on voit s'opérer une déconstruction conceptuelle du réel. La cour du travail de Gand délimite les contours d'un premier groupe de personnes, celles qui subissent un préjudice occasionné par l'application de la politique de neutralité. Elle le confronte ensuite aux groupes protégés au titre du droit de la non-discrimination, pour constater la dissemblance des groupes ainsi superposés. Mais en ciblant mal le groupe pour lequel il convenait d'apprécier le désavantage particulier, la cour *construit* cette dissemblance, plus qu'elle ne l'acte. Sans interroger la cohérence de son assemblage, elle en déduit que, s'il existe bien un groupe désavantagé, il ne s'agit pas en l'espèce d'un groupe protégé par les directives européennes et la législation nationale. Qui plus est, la cour avalise ses conclusions premières en invoquant un argument d'un autre

registre, celui de l'identité de traitement. Cette démarche étonnante la conduit d'emblée à rejeter les recours comme étant non fondés.

Sur le deuxième enjeu de la décision, relatif à l'appréciation de la légitimité de l'objectif poursuivi, la motivation de la cour du travail de Gand se révèle trop succincte. Elle prend des allures impressionnistes et laisse entrevoir un raisonnement en pointillé réducteur des enjeux en présence. Le flou persiste sur l'essentiel et des éléments fondamentaux qui conditionnaient pourtant la légitimité de l'objectif poursuivi par la politique de neutralité sont tenus à l'arrière-plan. Tel est le cas de la vérification en l'espèce des conditions posées par la Cour de justice de l'Union européenne pour admettre la légitimité de l'objectif poursuivi, de la méthode adéquate à employer pour ce faire, ou encore de la conciliation des jurisprudences européennes afin de s'assurer que des préjugés ou des stéréotypes ne constituent pas les fondements de la politique de neutralité.

Sur le troisième enjeu, relatif à l'appréciation de la proportionnalité de la mesure contestée, le raisonnement de la cour du travail de Gand apparaît décalé par rapport aux termes du litige. Des éléments de faits déterminants pour l'analyse sont négligés ou laissés hors champ. La décision du 14 mars 2017 de la Cour de justice, rendue dans la même affaire, est surtout mobilisée à contresens, pour en tirer des conclusions qui lui sont étrangères. Ce décalage emporte avec lui la pertinence du contrôle et colore l'arrêt commenté de teintes surréalistes qui minent l'appréciation de la proportionnalité.

Si l'arrêt rendu le 12 octobre 2020 par la cour du travail de Gand ponctue d'une manière un peu terne la saga *Achbita* (79), il est fort à parier que la jurisprudence du même nom de la Cour de justice continuera à faire office de bouteille à encre tant, au-delà du seul cas d'espèce, ses implications demeurent nébuleuses à défaut de précisions complémentaires (80).

Emmanuelle BRIBOSIA

Professeure à la Faculté de droit et de criminologie
de l'Université Libre de Bruxelles (ULB)
et vice-présidente de l'Institut d'Études européennes

Robin MEDARD INGHILTERRA

Titulaire d'un doctorat en droit de l'Université Paris Nanterre
et chercheur postdoctoral auprès du Centre de droit européen
et du Centre Perelman de la Faculté de droit et de criminologie
de l'ULB

Isabelle RORIVE

Professeure ordinaire à la Faculté de droit et de criminologie
de l'ULB et présidente du Centre Perelman

judicielle, elle n'applique pas, elle-même, le droit de l'Union à ce litige. Lorsqu'elle se prononce sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union, la Cour s'efforce de donner une réponse utile pour la solution du litige au principal, mais c'est à la juridiction de renvoi qu'il revient d'en tirer les conséquences concrètes ».

(75) C.J.C.E., *Firma Feryn NV*, *op. cit.*, point 19.

(76) Conclusions de l'avocate générale Mme Juliane Kokott présentées le 31 mai 2016, *op. cit.*, point 99.

(77) Voy. J. Jacquain, « Chroniques - Égalité de traitement », *op. cit.*, p. 377.

(78) En contraste, pour une analyse méticuleuse et constructive, voy. par exemple tribunal du travail de Bruxelles, 16 novembre 2015, n° 13/7828/A. Voy. sur cette décision I. Rorive, « Être et avoir l'air : une scénographie baroque des principes de neutralité et de non-discrimination », *Administration publique*, n° 4, 2016, pp. 491-516.

(79) À la date où nous finalisons cette contribution (mars 2021), Unia aurait renoncé à l'introduction d'un nouveau pourvoi en cassation.

(80) La jurisprudence *Achbita* de la Cour de justice de l'Union européenne présente de nombreuses difficultés d'application qui ne facilitent pas la tâche des juridictions nationales. Une décision du tribunal du travail de Bruxelles est encore venue illustrer ce point récemment. Voy. les trois questions préjudicielles posées par le tribunal du travail de Bruxelles dans sa décision du 17 juillet 2020, n° 19/2070/A. Voy. également les affaires pendantes *Wabe* (C-804/18) et *MH Müller Handel* (C-341/19) dans les lesquelles l'avocat général Rantos a rendu ses conclusions le 25 février 2021. L'ancienne avocate générale britannique, Eleanor Sharpston, initialement en charge de rendre des conclusions dans cette affaire mais qui a vu son mandat écourté suite au Brexit, a également rendu une « Shadow Opinion » le 23 mars 2021, disponible en ligne sur le blog « EU Analysis » du professeur Steve Peers (<http://eulawanalysis.blogspot.com>).

