



## INSIGHT

### LA DIRECTIVE 2000/78/CE AU CŒUR DE LA POLITIQUE SOCIALE ET DES VALEURS DE L'UE. LES ENJEUX DE L'ARRÊT *J.K C TP S.A.*

edited by Ségolène Barbou des Places and Elea Collin

## L'EUROPE EST-ELLE *QUEER*? HOMOSEXUALITÉ ET VALEURS DE L'UNION EUROPÉENNE

EDOUARD DUBOUT\*

**ABSTRACT:** One way of understanding the JK ruling is to see it as the symptom of a war of values within the European Union. In the context of "illiberal democracy", the question of sexual identity resonates and conflicts with that of religious identity, creating a trouble within European values. In an attempt to resolve it, the jurisprudence tries to elaborate an order of values that seeks to preserve the relational capacity of the members of the European society. It fails, however, to fully justify the different approach that separates the protection of sexual minorities and that of religious minorities in Europe.

**KEYWORDS:** values – sexual orientation – discrimination – religion – illiberal democracy – employment.

### I. LE RETOUR DE LA GUERRE DES VALEURS

L'intitulé de cette brève réflexion fait écho au titre d'un ouvrage d'Oliver Roy, *L'Europe est-elle chrétienne ?*, paru au moment où les tribunaux européens ont été saisis de nouveaux conflits sur la question de l'identité religieuse,<sup>1</sup> notamment s'agissant du port du voile en entreprise. Un même phénomène de tension politique et sociale se propage en Europe sur la question de l'identité sexuelle au travail.<sup>2</sup> L'arrêt *JK* peut être lu, bien qu'il n'en fasse

\* Professeur, Université Panthéon-Assas, edouard.dubout@u-paris2.fr.

<sup>1</sup> O Roy, *L'Europe est-elle chrétienne ?* (Le Seuil 2019).

<sup>2</sup> L'affaire C-356/21 *JK (Monteur audiovisuel pour la télévision publique)* ECLI:EU:C:2023:9 marque une étape importante dans le contentieux européen émergent sur la discrimination envers personnes homosexuelles dans la sphère professionnelle en s'intéressant pour la première à la question du licenciement d'un travailleur homosexuel. Jusqu'alors, la Cour de justice n'avait eu à connaître que de deux affaires relatives à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en matière d'embauche, concernant des déclarations publiques excluant le recrutement de personnes homosexuelles : Affaire C-81/12 *Asociația Accept* ECLI:EU:C:2013:275 (club de football) et affaire C-507/18 *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* ECLI:EU:C:2020:289 (cabinet d'avocats).



pas de mention explicite, comme le symptôme d'une guerre sur le sens des valeurs dans la société européenne, dans laquelle chacun lutte constamment – individuellement ou collectivement – pour affirmer une forme d'identité. Les deux phénomènes doivent être mis en parallèle. Les questions d'identité sexuelle et d'identité religieuse apparaissent étroitement liées, semant le trouble dans le système des valeurs européennes et conduisant le droit européen à devoir opérer un tournant axiologique.

Dans l'Union européenne, des mesures ouvertement hostiles aux personnes homosexuelles se répandent notamment au sein des démocraties "illibérales", comme c'était le cas de la loi polonaise en cause dans l'affaire *JK* qui refusait de faire de l'homosexualité un motif prohibé de licenciement au nom de la liberté contractuelle de l'employeur. De telles mesures homophobes sont généralement motivées par la volonté de préserver les valeurs chrétiennes qui formeraient le socle culturel de la société nationale, l'arrière-plan axiologique au sein duquel le débat démocratique devrait nécessairement s'inscrire pour parvenir à trancher les désaccords et hiérarchiser les droits en conflit. Le respect de la culture chrétienne dominante justifierait ainsi la limite illibérale du débat démocratique.<sup>3</sup> Il n'est pas à écarter que ce soit le modèle libéral lui-même qui, faute d'assumer de donner un sens véritablement commun à des valeurs laissées en large partie ouvertes, ait engendré son propre contraire, sous la forme d'une résurgence des mouvements illibéraux.<sup>4</sup>

Il est vrai que la question du conflit des identités sexuelle et religieuse se pose aussi au sein même des vieilles démocraties libérales. Aux États-Unis, en décembre 2022, la majorité présidentielle s'est empressée de faire adopter une loi fédérale protégeant le droit au mariage homosexuel afin d'anticiper un éventuel revirement de la Cour suprême, à dominante désormais pro-chrétienne, qui avait procédé de façon spectaculaire dans l'arrêt *Dobbs* à la "dé-constitutionnalisation" du droit à l'avortement.<sup>5</sup> Cette réaction du gouvernement démocrate sur le mariage homosexuel fait suite à plusieurs litiges ayant opposé l'identité sexuelle et l'identité religieuse, et tranchés de façon ambivalente par la Cour suprême. Dans l'affaire *Masterpiece Cakeshop*, les juges américains ont reconnu qu'un pâtissier avait pu faire l'objet d'une hostilité religieuse démesurée après avoir été sanctionné par une commission locale à la suite de son refus, motivé par ses convictions religieuses, de réaliser une commande pour un mariage homosexuel.<sup>6</sup> Par la suite, dans l'arrêt *Fulton*, la Cour suprême a admis, dans le contexte réglementaire de l'affaire, le droit pour une association d'agrément de familles d'accueil d'invoquer ses convictions religieuses afin de refuser d'agrémenter les

<sup>3</sup> G Almaï, 'Illiberal Constitutional Theories' (2021) *Jus politicum* 135, 137.

<sup>4</sup> Pour une discussion, M Comelli, 'Paradoxes of (Il)liberal Democracy : the role of Christian Democracy' (2021) *The European Journal of Social Science Research* 1.

<sup>5</sup> US Supreme Court arrêt du 24 juin 2022 n°19-1392 *Dobbs*.

<sup>6</sup> US Supreme Court arrêt du 4 juin 2018 n°16-111 *Masterpiece Cakeshop*. Rendu à 7 voix contre 2, donc y compris par une partie des juges démocrates de l'époque.

couples de même sexe.<sup>7</sup> Enfin, dans l'arrêt 303 *Creative LLC* rendu le 30 juin 2023, la Cour suprême a confirmé son virage en faveur de la liberté des fournisseurs de services à dimension expressive de refuser de contracter avec des clients homosexuels.<sup>8</sup>

Dans de tels conflits, qui ne sont pas sans évoquer celui de l'affaire *JK*, le respect de l'identité des uns ne paraît pouvoir être préservé qu'au détriment du respect de l'identité des autres. C'est pourquoi, les questions d'identités sexuelle et religieuse semblent aller de paire : l'Europe est-elle chrétienne ou est-elle *queer* ? Peut-elle être à la fois chrétienne et *queer* ? En filigrane, se profile une question délicate sur le plan des valeurs européennes et de leur hiérarchie : serait-il plus légitime de valoriser l'expression d'une identité (sexuelle) plutôt qu'une autre (religieuse) ? Or, le choix de privilégier une identité sur une autre ne peut se comprendre que par une conception d'ensemble des valeurs, qui expose le discours juridique européen à un certain paradoxe.

Pour Olivier Roy, qui poursuit sa réflexion dans un ouvrage récent,<sup>9</sup> le droit serait pris à son propre piège en tentant de répondre à la polarisation sociale grandissante sur les questions identitaires. D'un côté, le discours juridique tenterait de dépassionner et d'objectiver les revendications identitaires, en les présentant comme une question culturelle (comme par exemple s'agissant des crucifix dans les écoles, ou la défense de la famille "traditionnelle"), ou de "mode de vie" pour emprunter la rhétorique européenne. Mais d'un autre côté, l'approche culturelle des revendications identitaires fait perdre le sens d'une culture partagée. La culture est remplacée par une série de revendications particulières, ou "sub-culturelles", au travers desquelles chaque groupe, voire chaque individu, deviendrait son propre universel, sans possibilité de rendre communicables ou commensurables des revendications antagonistes. L'approche culturelle des identités aboutirait, selon l'auteur, à une *dé-culturation* généralisée, à un "aplatissement" d'un monde dans lequel *tout se vaudrait*, où l'idée même de valeur perdrait son sens. La société serait rendue incapable d'affecter, y compris implicitement, de la valeur aux comportements de ses membres, engendrant un conflit permanent des valeurs et des identités.

Dans ce contexte, le défi que doit relever le droit européen, nous semble-t-il, est de parvenir à élaborer un *ordre de valeurs* suffisamment solide pour être capable à la fois d'abriter des revendications identitaires multiples et antagonistes, tout en préservant un certain sens de la vie en société. La jurisprudence européenne récente, illustrée par l'affaire *JK*, montre que l'identité sexuelle, contrairement à l'identité religieuse, reçoit une attention et une protection grandissantes dans l'ordre des valeurs européennes. On essaiera de voir en quoi, puis on se demandera pourquoi.

<sup>7</sup> US Supreme Court arrêt du 17 juin 2021 n°19-123 *Fulton*. Rendu à 6 voix contre 3, mais dont les juges dissidents conservateurs étaient encore plus favorables à la défense de la liberté religieuse de l'association.

<sup>8</sup> US Supreme Court arrêt du 30 juin 2023 n° 21-476 303 *Creative LLC c Elenis*, rendu également à 6 voix contre 3.

<sup>9</sup> O Roy, *L'aplatissement du monde* (Le Seuil 2022).

## II. L'IDENTITÉ SEXUELLE, NOUVEAU CŒUR DES VALEURS EUROPÉENNE

Le droit européen est marqué par une évolution spectaculairement rapide sur la question de l'orientation sexuelle.<sup>10</sup> On est passé, en à peine une vingtaine d'années, d'une absence totale de protection à la consécration d'un droit des personnes homosexuelles à s'émanciper au-delà des choix majoritaires d'une communauté nationale, afin de rechercher une protection et une reconnaissance dans les législations d'autres États membres. Se dessine une forme de fédéralisme transnational dans la protection des personnes homosexuelles en Europe.

Il est vrai qu'initialement le droit européen s'est montré particulièrement réservé, voire conservateur, sur la question des droits des personnes homosexuelles. De façon éloquente, l'orientation sexuelle n'apparaît pas dans le texte de la CEDH parmi les motifs expressément prohibés de discrimination. De son côté, la Cour de justice a d'abord écarté l'idée qu'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle puisse constituer comme une discrimination fondée sur le sexe,<sup>11</sup> contrairement à ce qui avait jugé pour les personnes transsexuelles.<sup>12</sup>

Puis, par la suite, la jurisprudence a pris acte de l'essor du concubinage dans la société européenne pour admettre qu'un couple non-marié, y compris donc de même sexe, soit considéré dans une situation comparable à celle d'un couple marié sous l'angle de la vie familiale, conduisant à lui accorder une protection en cas de différence de traitement.<sup>13</sup> Pour autant, la relation homosexuelle continuait d'être envisagée avec une certaine suspicion par la jurisprudence européenne dès lors que le groupe minoritaire était perçu comme présentant un danger pour la société, justifiant certaines discriminations, comme en matière de don de sang par exemple.<sup>14</sup>

Finalement, c'est au travers de la liberté de circulation inhérente à la construction européenne que la Cour justice a fini par consacrer un droit des citoyens homosexuels de faire reconnaître dans leur propre État membre un statut, qu'il soit marital<sup>15</sup> ou parental,<sup>16</sup> acquis dans un autre État membre. Par ce biais de la mobilité transnationale, une possibilité de contournement des choix démocratiques nationaux défavorables aux personnes homosexuelles leur est ouverte, permettant d'accéder grâce à la diversité des lois des États membres à une protection accrue. A terme, il n'est pas à exclure, comme le

<sup>10</sup> R Wintemute, 'Sexisme et LGBT-phobie dans le cadre de la jurisprudence de la Cour EDH et de la CJEU', in D Borrillo et F Lemaire (dir), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre* (L'Harmattan 2020) 165.

<sup>11</sup> Affaire C-249/96 *Grant* ECLI:EU:C:1998:63.

<sup>12</sup> Affaire C-13/94 *P. c. S.* ECLI:EU:C:1996:170.

<sup>13</sup> Affaire C-267/06 *Maruko* ECLI:EU:C:2008:179.

<sup>14</sup> Affaire C-528/13 *Léger* ECLI:EU:C:2015:288.

<sup>15</sup> Affaire C-673/16 *Coman* ECLI:EU:C:2018:385.

<sup>16</sup> Affaire C-490/20 *V.M.A.* ECLI:EU:C:2021:1008.

montre l'exemple américain qui a emprunté ce chemin,<sup>17</sup> qu'une pleine fédéralisation des droits des personnes homosexuelles soit consacrée au niveau européen

Ce changement d'attitude sur la question de l'identité sexuelle se perçoit non seulement dans le discours jurisprudentiel mais aussi dans celui des institutions politiques de l'Union européenne, qui érige désormais la discrimination homophobe comme une atteinte au cœur même des valeurs européennes. Dans son recours en manquement dirigé contre la Hongrie concernant l'interdiction des représentations homosexuelles dans les livres pour enfant,<sup>18</sup> la Commission s'est fondée non seulement sur la Charte des droits fondamentaux mais également, pour la première fois, sur une violation *autonome* de l'art. 2 TUE énonçant les valeurs sur lesquelles l'Union affirme se fonder. La démarche revêt une dimension hautement symbolique : le fondement même de l'Union européenne est en jeu. L'Union européenne n'hésite plus à affirmer sa propre identité de valeurs contre celles de ses États membres, et non plus seulement à partir d'elles.<sup>19</sup> La protection des personnes homosexuelles semble devenue "non-négociable" pour l'Union européenne. Elle fait partie du cœur constitutionnel de "la société européenne à défendre".<sup>20</sup> Cette valorisation accrue des droits des minorités sexuelles se perçoit surtout par contraste avec celle accordée à d'autres identités minoritaires dans la société européenne, notamment religieuses.

### III. SEXUALITÉ VERSUS RELIGIOSITÉ : UNE INÉGALITÉ AU SEIN DES VALEURS EUROPÉENNES ?

Si l'on compare les solutions adoptées dans l'affaire *JK* et dans l'affaire *Achbita* (et ses suites) sur le port du voile en entreprise,<sup>21</sup> on ne peut qu'être frappé par leur divergence. Dans les deux cas, la Cour de justice met en scène l'interdiction des discriminations face à la liberté d'entreprise.<sup>22</sup> Mais alors que, dans le cas *JK*, la rupture contractuelle au détriment d'un travailleur affichant son homosexualité est prohibée ; dans le cas *Achbita*, le licenciement d'une travailleuse affichant sa religiosité est largement toléré par le droit européen. Le sentiment est donné que l'expression de l'identité sexuelle serait mieux protégée que celle de l'identité religieuse.<sup>23</sup> Comment comprendre une telle inégalité dans la protection des minorités ?

<sup>17</sup> US Supreme Court arrêt du 26 juin 2015 n°14-556 *Obergefeld*. Voy. A Tryfonidou, 'EU free movement law and the legal recognition of same-sex relationships: the case for mutual recognition' (2015) ColumJEurL 195.

<sup>18</sup> Recours déposé le 9 décembre 2022, dans l'affaire C-769/22.

<sup>19</sup> Voy., s'agissant du respect de l'État de droit, l'affaire C-156/21 *Hongrie c Parlement et Conseil* ECLI:EU:C:2022:97 para. 127.

<sup>20</sup> L Azoulay, 'The Law of European Society' (2022) CMLRev 203, 206.

<sup>21</sup> Affaire C-157/15 *G4S Secure Solutions* ECLI:EU:C:2017:203.

<sup>22</sup> A laquelle est rattachée la liberté contractuelle : *JK* cit. para. 74.

<sup>23</sup> Voy. P J Neuvonen, 'Inequality in equality in the European Union equality directives: A friend or a foe of more systematized relationships between the protected grounds?' (2015) International Journal of Discrimination and the Law 222.

Il est vrai qu'une différence factuelle distinguait l'affaire *JK* des cas relatifs au port du voile au travail. Contrairement à l'affaire *Achbita*, dans laquelle l'expression identitaire se faisait durant le travail, la manifestation de l'orientation sexuelle du travailleur dans l'affaire *JK* avait eu lieu *en dehors du travail*, lors d'une vidéo postée sur les réseaux sociaux. Cependant, doit-on tenir compte de la circonstance qu'une expression identitaire ait lieu pendant ou en dehors du travail pour accorder une protection au travailleur ? D'un côté, à s'en tenir à la logique d'une mise en balance entre la liberté du travailleur et la liberté de l'employeur, l'image commerciale de l'entreprise semble davantage affectée par une manifestation identitaire exprimée devant sa clientèle, soit en principe durant l'activité professionnelle. Il serait ainsi logique d'admettre une possibilité de restriction plus importante de l'expression identitaire durant le travail qu'en dehors, justifiant la différence d'approche entre *Achbita* et *JK*. Mais d'un autre côté, il est difficile de comprendre en quoi une protection par le droit européen du travail devrait être plus forte lorsque le *travailleur* agit en dehors du travail que pendant le travail.<sup>24</sup> Se pose un problème de cohérence : si *JK* avait manifesté son identité sexuelle *durant* son travail, aurait-il pu être licencié ?

On se souvient que s'agissant du port du voile, la jurisprudence européenne avait invité les employeurs désireux de mener une politique de neutralité à envisager la question des "convictions" de leurs employés de façon globale, afin d'en interdire toute expression devant la clientèle.<sup>25</sup> Une telle approche conduit à ne pas distinguer entre différentes formes de convictions qu'elles soient religieuses, philosophiques ou existentielles. La Cour de justice a même refusé aux droits nationaux la possibilité d'offrir une protection plus favorable des convictions spécifiquement religieuses, au motif que la séparation de la croyance religieuse de la manifestation plus générale des convictions au sens large provoquerait une "approche segmentée" et aurait "pour conséquence de créer des sous-groupes de travailleurs".<sup>26</sup> Si, par conséquent, il convient de traiter de la même manière l'expression des différentes identités et convictions durant le travail, alors le travailleur homosexuel manifestant son homosexualité devrait aussi pouvoir être licencié lorsqu'il porte atteinte à la neutralité de l'entreprise.

Tel est le risque d'incohérence qu'introduit l'arrêt *JK* : soit il faut y faire exception si l'homosexualité est manifestée au travail, soit il faut conclure que l'expression d'une identité sexuelle est mieux protégée que celle d'une identité religieuse. Dans ce cas, comment comprendre une telle hiérarchie ?

<sup>24</sup> Autre paradoxe, le travailleur indépendant serait ainsi mieux protégé en situation "purement" horizontale qu'un travailleur salarié en situation de subordination. Voy. affaire *JK* cit., conclusions de l'AG Capeta para. 83 : "Il est indifférent, pour l'application de la législation luttant contre les discriminations, qu'un prestataire de travail soit en même temps une entreprise et se trouve donc dans un rapport horizontal, plutôt que dans un rapport de subordination à un éventuel employeur".

<sup>25</sup> Sous peine sinon de provoquer une discrimination "directement" fondée sur la religion, *G4S Secure Solutions* cit.

<sup>26</sup> Affaire C-344/20 *S.C.R.L. (Vêtement à connotation religieuse)* ECLI:EU:C:2022:774 para. 55.

#### IV. MINORITÉS, LIBERTÉ, ET FONCTIONNALISME SOCIAL

Une explication possible à la valorisation des minorités sexuelles, notamment par contraste avec les minorités religieuses, tient au fait que le discours juridique ne ferait qu'accompagner un changement de mentalité des sociétés des États membres, ou de la plupart d'entre elles, sur la question sexuelle. On reconnaît l'approche consensualiste de la Cour européenne des droits de l'homme au moment d'interpréter la notion de "société démocratique" qui détermine le juste équilibre entre les droits et intérêts en conflits.

Cette explication classique de l'alignement du droit sur l'évolution des mœurs n'est toutefois pas entièrement satisfaisante. D'une part, le droit européen a plutôt été moteur que suiveur sur la question de la liberté sexuelle, en forçant un certain nombre de gouvernements à modifier leurs législations nationales et en prêtant une attention accrue aux mouvements activistes.<sup>27</sup> D'autre part, le droit européen semble particulièrement bien résister à la pression des gouvernements "illibéraux" sur la question de l'orientation sexuelle, en refusant toute forme de légitimité aux intérêts avancés pour justifier une différence de traitement fondée sur l'orientations sexuelle. Il est frappant de voir que, dans l'affaire *JK*, le principal intérêt mis en avant par le gouvernement polonais pour justifier la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, à savoir le respect de la liberté contractuelle, n'est même pas examiné. A aucun moment, une forme de contrôle de proportionnalité n'est effectuée, signifiant la position de fermeté qu'entendent adopter les juges.<sup>28</sup> Cette position peut paraître surprenante quand on sait que la liberté d'entreprise, et en son sein la liberté contractuelle, jouit le plus souvent d'une attention soutenue au sein de la jurisprudence européenne.<sup>29</sup> En outre, la motivation qui l'accompagne n'est pas exempte d'une certaine opacité.

Pour s'abstenir de tout examen de mise en balance entre liberté sexuelle et liberté contractuelle, la Cour de justice mobilise un double argument. Tout d'abord, est avancé, en substance, un argument de *cohérence* : le législateur national ne saurait poser des limites à la liberté contractuelle au nom de la lutte contre d'autres formes de discrimination (fondées sur le sexe, la race, l'origine ethnique, ou nationalité), sans en étendre aussi le bénéfice à l'orientation sexuelle.<sup>30</sup> Ensuite, la Cour de justice fait appel à un argument d'*efficacité* : si aucune protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'était offerte pour limiter la liberté contractuelle du co-contractant, alors l'interdiction de discriminer serait privée de toute effet utile.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> A van der Vleuten, 'Transnational LGBTI Activism and the European Courts: Constructing the Idea of Europe', in P M Ayoub et D Paternotte (eds), *LGBT Activism and the Making of Europe: a Rainbow Europe?*, (Palgrave Macmillan 2014).

<sup>28</sup> Contrairement aux conclusions de l'AG Capeta cit. paras 112 ff.

<sup>29</sup> E Dubout, 'Le libéralisme politique de la Cour de justice. Le cas de la liberté d'entreprise', in L. Clément-Wilz (dir), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne* (Bruylant 2019) 145; S Weatherhill, 'Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights : On the Improper Veneration of 'Freedom of Contract'' (2014) *European Review of Contract Law* 167.

<sup>30</sup> *JK* cit. para. 76

<sup>31</sup> *Ibid.* para. 77.

Bien que non dépourvus de pertinence, de tels arguments ne sont pas entièrement convaincants. En premier lieu, l'argument de cohérence ne justifie pas la protection de l'orientation sexuelle *pour elle-même*, mais uniquement parce qu'une protection a été accordée pour d'autres motifs. Cet argument n'évite pas un risque d'alignement vers le bas : si la loi nationale ne prévoyait aucune interdiction de discriminer en matière contractuelle, alors plus rien ne pourrait exiger son extension au motif de l'orientation sexuelle. Par ailleurs, l'argument de cohérence ne répond pas à la question de savoir pourquoi l'orientation sexuelle devrait nécessairement relever des motifs interdits de licenciement, et non d'autres motifs (comme, par exemple, l'origine sociale, la fortune, la santé, etc.). En second lieu, il est clair que l'argument d'effet utile n'a jamais justifié la règle dont il cherche à garantir l'efficacité : c'est un argument creux, ou auto-justificateur, qui peut s'appliquer à la poursuite de n'importe quel objectif, indépendamment de sa légitimité. Il n'explique lui non plus pas pourquoi il est légitime qu'une attention plus spécifique soit accordée à l'orientation sexuelle.

Si les arguments de cohérence et d'efficacité ne sont pas entièrement convaincants, qu'est-ce qui est véritablement déterminant dans le choix de la Cour de justice de ne pas examiner l'argument de la liberté contractuelle comme justification éventuelle de la mesure discriminatoire ? Il semblerait que ce soit l'idée de *bon fonctionnement de la société*. Dans une formule à première vue anodine, la Cour de justice souligne que la liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue, mais doit être prise en considération par rapport à "*sa fonction dans la société*".<sup>32</sup> Autrement dit, la liberté ne doit pas être comprise isolément, mais dans le cadre d'une certaine structure sociale au sein de laquelle elle s'exerce. Cette incise signifie que l'ambition du droit européen n'est pas seulement de protéger des droits *individuels*. Si tel était le cas, le droit individuel de contracter serait aussi digne de respect que le droit individuel de ne pas être discriminé, et une mise en balance serait nécessaire. La préoccupation du droit européen est plutôt de protéger des droits *interindividuels* dans une logique relationnelle, c'est-à-dire préservant les capacités de l'individu à nouer des relations sociales, à être intégré dans une société harmonieuse, à vivre dans une forme de paix sociale.

Sous cet angle d'une théorie relationnelle des droits, un refus de contracter ne saurait conduire à priver une personne de sa capacité à poursuivre une relation aussi importante socialement que l'activité professionnelle. Le licenciement en devient radicalement contraire à un aspect essentiel de la participation des individus à la vie sociale, conduisant à refuser de tenir compte de son éventuelle justification. C'est en ce sens que la liberté contractuelle revêt une fonction sociale qui la dépasse et justifie d'en minorer la prise en compte. On retrouve cette insistance sur l'importance de protéger un modèle européen de vie sociale dans les conclusions de l'avocat général, qui pose ouvertement la question de savoir si "une société fondée sur la valeur de l'égalité", au sens de l'art. 2 TUE, peut encore tolérer des formes

<sup>32</sup> *Ibid.* para. 75.



de discrimination au nom de la liberté contractuelle.<sup>33</sup> La participation à la société est le prisme à l'aune duquel les intérêts individuels en conflit sont appréciés, dans ce que l'on peut considérer comme une approche "relationnelle" des droits et des valeurs.

De façon proche, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans un arrêt *Macaté c Lituanie*, qu'une mesure limitant la diffusion d'un livre pour enfant représentant des relations amoureuses entre personnes de même sexe ne poursuivait *aucun* but légitime. Pour justifier l'absence, rare dans le contentieux conventionnel, de mise en balance des intérêts en présence, la juridiction retient notamment que ce type de publication exposant la relation homosexuelle est susceptible de renforcer la "cohésion sociale", en prévenant des comportements d'exclusion afin de "promouvoir le respect et l'acceptation de tous les membres d'une société donnée".<sup>34</sup> C'est pourquoi, la volonté gouvernementale de valoriser la relation hétérosexuelle auprès des enfants est jugée avoir des "répercussions sociales de plus grande ampleur en contribuant à la persistance de la stigmatisation" à l'égard des personnes homosexuelles dans la société.<sup>35</sup> La mesure nationale est dès lors dépourvue de toute légitimité dans une perspective d'inclusion sociale.

De ces formules se dégage l'idée que ce qui anime le droit européen n'est pas seulement d'entériner une évolution des mentalités en Europe, mais également de préserver des capacités à nouer des relations dans une société plus apaisée et inclusive, dont le droit doit préserver le bon fonctionnement. Cependant, l'approche relationnelle des droits et des valeurs n'explique pas tout. Si l'intégration sociale est la justification de la protection renforcée contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle dans la sphère professionnelle, alors comment comprendre qu'elle ne soit pas étendue en matière religieuse ?

## V. ORDRE DE VALEURS ET CONSÉQUENTIALISME SOCIAL

Une manière d'expliquer la différence de protection des identités sexuelle et religieuse qui se dessine dans la jurisprudence européenne, serait de considérer, qu'en matière religieuse, la Cour de justice semble céder à une forme de conséquentialisme social. Elle est tentée de tenir compte dans son jugement des conséquences que sa décision pourrait avoir sur l'ordre social. Une telle approche se fonde sur une perception des risques sociaux qu'engendrerait l'expression d'une identité plutôt qu'une autre. La jurisprudence se fait alors l'écho, ou le symptôme,<sup>36</sup> de ce que, contrairement à l'orientation sexuelle,

<sup>33</sup> JK, conclusions AG Capeta, cit., para. 109.

<sup>34</sup> CourEDH *Macaté c Lituanie* App. n. 61435/19 [23 janvier 2023] paras 210 et 214.

<sup>35</sup> *Ibid.* para. 215.

<sup>36</sup> L Azoulaï et E Dubout, 'Droit de la citoyenneté de l'Union européenne et 'grand remplacement'. Une analyse symptomatique du droit européen', in A Bouveresse, A Iliopoulou-Penot et J Rondu (dir.), *La citoyenneté européenne : quelle valeur ajoutée ?* (Bruylant 2023).

la manifestation de sa conviction religieuse au travail constituerait une plus grande source de tensions et de troubles au sein de la société européenne.

Cette crainte des conséquences sociales d'une expression identitaire est ouvertement formulée dans l'affaire *Müller*, lors de laquelle un employeur avait entendu justifier le licenciement d'une salariée portant le voile, alors même qu'elle n'était pas en contact avec la clientèle, par un motif de prévention des risques de conflit au sein de l'entreprise.<sup>37</sup> Si l'argument est rejeté par la Cour de justice, il ne l'est pas en tant que tel, mais uniquement parce qu'en l'espèce de tels risques ne lui paraissaient pas suffisamment avérés. *A contrario*, les risques sociaux seraient-ils avérés que le licenciement pourrait se justifier en leur nom, ce qui – paradoxalement – donnerait raison aux propos ou attitudes discriminantes qui pourraient être à l'origine de ces conflits.

Il en ressort le sentiment que, pour la Cour de justice, les revendications des minorités sexuelles seraient socialement moins perturbatrices que celles d'autres minorités, notamment religieuses ou ethniques. Dans un contexte de crainte envers des formes de communautarisme, présentées comme séparatistes des "valeurs républicaines",<sup>38</sup> les personnes homosexuelles – en tant que groupe social – ne sont pas perçues comme représentant une telle menace pour la société. Il est vrai, qu'à première vue, l'émancipation sexuelle, contrairement à celles de genre, de race, ou de religion, "n'implique pas la reconstruction totale du monde dans lequel les sociétés ont l'habitude de vivre".<sup>39</sup> L'enjeu et la difficulté de l'émancipation sexuelle serait plutôt de rendre visible une identité longtemps considérée comme honteuse ou immorale. Ce n'est que lorsqu'un risque d'ordre plus matériel est perçu, comme en matière sanitaire par exemple,<sup>40</sup> que l'identité sexuelle redevient suspecte sous la forme d'un groupe menaçant pour la société.

Un tel décalage dans la perception du risque social des différentes identités révèle un besoin d'articulation plus fine entre une pluralité de revendications d'égalité dans la société européenne. Comment y parvenir sans verser dans la généralisation et les stéréotypes ? Une manière de mieux restituer la complexité sociale dans le discours juridique européen serait d'y introduire plus ouvertement une logique d'identités multiples. On sait que, pour l'instant, la jurisprudence européenne se refuse à consacrer ouvertement une approche intersectionnée des discriminations,<sup>41</sup> craignant sans doute d'aggraver la fragmentation des identités et des corps sociaux. Il est vrai qu'une telle approche

<sup>37</sup> Affaires C-804/18 et C-341/19 *WABE e. a.* ECLI:EU:C:2021:594 paras 36 et 76.

<sup>38</sup> Pour une critique, J-F Spitz, *La République ? Quelles valeurs ?* (Gallimard 2022).

<sup>39</sup> A Ogjen, *Émancipations. Luttés minoritaires, luttés universelles ?* (Les Éditions Textuel 2023) 113.

<sup>40</sup> *Léger* cit. Pour une critique du stéréotype à la base de cette crainte, voy. E Dubout, 'Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France' (2015) *La Semaine juridique*. Edition générale 1215. La Cour européenne des droits de l'homme a finalement condamné une pratique fondée sur des simples "spéculations", *CourEDH Drelon c France* Apps n. 3153/16 et n. 27758/18 [8 septembre 2022].

<sup>41</sup> R Xenidis, 'Intersectionality from Critique to Practice: Towards An Intersectional Discrimination Test in the Context of 'Neutral Dress Codes'' (2022) *European Equality Law Review* 21.

ne se prête pas aisément à une inscription dans le droit européen des discriminations fondé sur une logique catégorielle. Mais si son ambition est de garantir le bon fonctionnement de la société et de parvenir à en résoudre les tensions, alors il se justifie de développer une approche plus sociologique du droit. Si les identités multiples d'une personne devraient ainsi être davantage prises en compte, il est également pressant de prendre au sérieux la multiplicité des identités afin de penser leur coexistence, et non plus seulement leur existence. C'est, au contraire, une approche isolée des identités et des minorités qui provoque le séparatisme. Le dépassement de la logique catégorielle du droit européen semble nécessaire à la construction d'un ordre de valeurs à la fois pluraliste et commun.

