



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

LA CONTRIBUTION DE L'ARRÊT *J.K.* À LA REDÉFINITION DES FRONTIÈRES DU DROIT SOCIAL DE L'UNION

SOPHIE ROBIN-OLIVIER*

ABSTRACT: From an EU social law perspective, the decision of the Court of justice in *J.K.* appears *prima facie* to be a step forward in the construction of a universal labour law regime. However, the case strictly limits the progress towards an assimilation of the situation of employees and self-employed, in EU social law. First, by distinguishing EU anti-discrimination law and social legislation, only the former being extended to self-employed. Second, by limiting the category of self-employed who can benefit from anti-discrimination law. The case nonetheless suggests that a universal labour law regime can be constructed by using basic notions of labour law for the regulation of other types of contractual relationships than employment contracts.

KEYWORDS: social legislation – discrimination – notion of worker – social rights – universal labour law regime – sexual orientation.

I. INTRODUCTION

Du point de vue du droit social, le premier apport de la décision rendue dans l'affaire *J.K.* est, sans nul doute, sa contribution à la protection des travailleurs indépendants, au même titre que les salariés. Dès lors qu'une activité permet "d'accéder, en tout ou en partie, à des moyens de subsistance", l'applicabilité de la directive 2000/78,¹ qui interdit les discriminations au travail, ne dépend pas, selon la Cour de Justice, de la qualification de cette activité comme activité "salariée" ou "non salariée".² De prime abord, l'arrêt apparaît comme une avancée vers la construction d'un régime de travail universel,

* Professeure, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Sophie.Robin-Olivier@univ-paris1.fr.

¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

² Affaire C-356-21 *J.K.* ECLI:EU:C:2023:9 para. 47.



bénéficiaire, comme tel, à l'ensemble des travailleurs. Mais la décision comporte aussi des limites : elle se refuse, formellement, à consacrer une conception européenne du travailleur qui inclurait les indépendants.

L'arrêt *J.K.* ne fait donc pas émerger une nouvelle conception du travailleur, incluant, aux côtés des salariés, les travailleurs "non-subordonnés".³ Pour éviter ce grand saut, tout en assurant l'applicabilité de directive 2000/78 à certains prestataires de services, tels que *J.K.*, la Cour de justice met en place un double verrou : la limitation de la solution au droit de la non-discrimination, d'une part, son application sous conditions, à certains indépendants seulement, d'autre part. Il n'en reste pas moins qu'en dépit de ces précautions l'arrêt ouvre la voie à un rapprochement du régime du travail des travailleurs indépendants et salariés.

II. LA DISTINCTION ENTRE LE DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION ET LA LÉGISLATION SOCIALE DE L'UNION

Pour restreindre la portée de la décision au seul droit de la non-discrimination, l'arrêt procède à une distinction entre celui-ci et "la législation sociale" de l'Union. Cette distinction repose, en premier lieu, sur un argument qui tient une place importante dans le système juridique de l'Union : celui de la base juridique des textes adoptés par les institutions. Il est indéniable que "la directive 2000/78 n'est pas un acte du droit dérivé de l'Union tel que ceux, notamment fondés sur l'article 153, paragraphe 2, TFUE".⁴ Toutefois, la différence des bases juridiques des textes ne suffit pas à justifier la clôture du champ d'application de la directive cadre concernant les discriminations au travail. L'art. 19 TFUE, qui sert de base juridique à la directive 2000/78, ne comporte aucune limite quant à son champ d'application personnel : au contraire, il autorise l'adoption de toute les mesures "nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle". La base juridique de la directive 2000/78 ne permet donc pas d'écarter de son champ d'application les travailleurs non-salariés.

Cela explique que la Cour de justice ajoute un argument moins formel, qui tient à la justification de la protection des seuls salariés par la "législation sociale" de l'Union : ceux-ci sont protégés "en tant que partie la plus faible d'une relation de travail".⁵ Cet argument est toutefois difficile à concilier avec la reconnaissance, par l'arrêt lui-même, de l'équivalence de vulnérabilité des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants, notamment en cas de rupture unilatérale du contrat qui les lie aux bénéficiaires de leur travail, à l'initiative de

³ Selon une jurisprudence constante de la Cour, un travailleur "est une personne qui accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération" (voir, par ex. Affaire C-742/19 *Ministrstvo za obrambo* EU:C:2021:597 para. 49).

⁴ *J.K.* cit. para. 43.

⁵ *Ibid.*

celui-ci.⁶ Il en est de même de la spécificité des finalités du droit de la non-discrimination qui est mise en avant pour justifier un champ d'application plus vaste: l'élimination de tous les obstacles "à l'accès aux moyens de subsistance et à la capacité de contribuer à la société par le travail".⁷ Un tel objectif n'est pas propre à la politique de lutte contre les discriminations mais fait indiscutablement partie des fins du droit social. En atteste, pour n'en prendre qu'un exemple, l'article premier de la Charte sociale européenne⁸ selon lequel "toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris".

Plus généralement, cette coupure entre le droit de la non-discrimination et le reste de la législation sociale apparaît en contradiction avec l'évolution du droit social de l'UE. Le Socle européen des droits sociaux, en particulier, consacre sa 1^{ère} partie à "l'égalité des chances et l'accès au marché du travail" et le document de préparation au Socle récapitulatif l'acquis social faisait explicitement référence aux deux directives de 2000 relative à la non-discrimination.⁹ Quant à la proposition de directive relative aux travailleurs des plateformes, elle n'exclut pas de conférer certains droits aux travailleurs non-salariés. La décomposition du droit social de l'Union en éléments distincts (droit de la non-discrimination, d'un côté, législation sociale de l'autre) qui résulte de l'arrêt *J.K.* paraît donc artificielle et fragile : elle semble avoir pour seul objet d'éviter un déplacement trop brutal des frontières du droit social de l'Union.

III. L'IDENTIFICATION D'UNE CATÉGORIE DES TRAVAILLEURS INDÉPENDANTS BÉNÉFICIAIRE DU DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION

A l'intérieur du droit de la non-discrimination lui-même, tous les travailleurs indépendants ne bénéficient pas de la protection assurée par le droit de l'Union, selon l'arrêt *J.K.* Encore faut-il, pour que la directive 2000/78 soit applicable, une activité "réelle"¹⁰ ou "réelle et effective"¹¹ ainsi qu'une "relation juridique caractérisée par une certaine stabilité".¹² Aucune de ces conditions ne figure pourtant dans la directive 2000/78: davantage que le principe de l'applicabilité de la directive 2000/78 aux travailleurs indépendants, qui pouvait se déduire sans difficulté de la lettre même du texte,¹³ ces conditions sont le fruit

⁶ *J.K.* cit. para. 63.

⁷ *Ibid.* para. 43.

⁸ Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne révisée (1996).

⁹ Communication COM(2016) 127 final de la Commission du 8 mars 2016 sur un socle européen des droits sociaux.

¹⁰ *J.K.* cit. para. 45.

¹¹ *Ibid.* para. 47.

¹² *Ibid.* para. 45.

¹³ Selon l'art. 3, para. 1, sous a), de la directive 2000/78 cit., "[d]ans les limites des compétences conférées à l'Union, [cette] directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail".

de la créativité de la Cour, sa contribution propre à la définition des frontières du droit de la non-discrimination.

Dans la quête des raisons qui ont conduit la Cour de justice à subordonner le bénéfice de la non-discrimination à de telles conditions, on peut, bien sûr, s'arrêter sur l'idée que celle-ci a cherché à éviter une extension excessive du champ de la protection aboutissant à couvrir des travailleurs pour lesquels la protection ne serait pas nécessaire, en limitant de façon disproportionnée la liberté contractuelle. L'exercice relèverait, sans le dire, d'une quête d'équilibre entre droits sociaux et libertés fondamentales. Il pourrait tirer argument des résistances qui s'opposent à l'adoption de la proposition de directive de la Commission visant l'extension du champ d'application de la directive 2000/78 aux contrats de fourniture de biens et services.¹⁴ En outre, l'existence d'une telle proposition, visant à étendre l'interdiction des discriminations à ces contrats, permet de penser qu'ils ne sont pas déjà couverts par la directive 2000/78, laquelle ne pourrait donc s'appliquer, comme la Cour l'indique, à "une simple fourniture de biens ou de services à un ou plusieurs destinataires".¹⁵ Manifestation de *self-restraint* de la part d'une institution judiciaire souvent critiquée pour son activisme, la solution mérite, à ce titre, d'être saluée.

Celle-ci aurait pourtant pu, sans se mettre à la place du législateur de l'Union, reconnaître que toute forme de travail, à titre personnel, pour un ou plusieurs destinataire(s) de services entre dans le champ d'application de la directive 2000/78. Dans le sillage des lignes directrices de la Commission relatives à la conclusion de conventions collectives par les travailleurs indépendants, il était possible de distinguer les activités qui "sont liées à l'exploitation d'actifs et à la revente de biens" de la fourniture d'un travail personnel.¹⁶ Cette condition de fourniture d'un travail personnel aurait pu servir également à déterminer le champ d'application du droit de la non-discrimination, comme le suggérait l'Avocat général.¹⁷ La Cour de justice ne l'ignore pas lorsqu'elle relève que "l'activité exercée par le requérant constitue une activité professionnelle réelle et effective, exercée personnellement" mais elle privilégie une autre approche, qui exige la réunion de deux critères.

Quant au premier, celui d'une activité "réelle" ou "réelle et effective", il rappelle celui que retient la jurisprudence de la Cour de justice pour définir les bénéficiaires de la libre circulation des travailleurs et permettre aux États de lutter contre d'éventuels abus.¹⁸

¹⁴ Proposition de directive du Conseil COM(2008) 426 final présentée par la Commission relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle.

¹⁵ *J.K.* cit. para 44.

¹⁶ Sur cette idée v. notamment N Countouris, V De Stefano and I Lianos, 'The EU, Competition Law and Workers Rights' in S Paul et al. (eds), *The Cambridge Handbook of Labour in Competition Law* (Cambridge University Press 2022) 280.

¹⁷ *J.K.*, conclusions de l'AG Capeta, paras 48-88.

¹⁸ V. déjà : Affaire 53/81 *Levin* ECLI:EU:C:1982:105, réservant le bénéfice de la libre circulation des travailleurs à "l'exercice d'activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires" (para. 17).

Comme en matière de libre circulation, l'activité réelle et effective permettant de bénéficier de la protection contre les discriminations est une activité qui permet au travailleur d'accéder "aux moyens de subsistance et à la capacité de contribuer à la société par le travail".¹⁹ Comme en matière de libre circulation, ce critère est réversible: il ne sert pas seulement à exclure certaines personnes du bénéfice des droits mais permet aussi d'étendre leur portée. Une décision rendue quelques mois avant l'arrêt *J.K.* en atteste, au sujet de l'accès à un poste de directeur élu d'une organisation syndicale: dès lors qu'il s'agit d'une activité à temps plein qui est rémunérée par un traitement mensuel, donc d'"une activité professionnelle réelle et effective", la Cour de justice estime que la question de savoir si les conditions d'accès à un tel poste relèvent de la directive 2000/78 ne dépend pas de la qualification de travailleur (salarié).²⁰ La notion de travail effectif permet donc de dépasser une conception du travailleur tributaire de la nature des relations qui le lie à l'organisation qui l'emploie. En outre, si elle implique une rémunération de l'activité, elle n'exige pas de minimum, mais simplement que l'activité exercée permette l'accès à "des moyens" de subsistance,²¹ ce qui n'en fait pas une barrière élevée, contrairement au second critère.

Quant à l'exigence d'une relation stable, en effet, alors que les contrats multiples et précaires sont devenus plus fréquents, elle représente assurément un obstacle important pour nombre de travailleurs indépendants. Certes, le critère de la stabilité a l'avantage d'une apparente simplicité, en particulier si on le compare à la subordination. Contrairement à la subordination qui découle d'un faisceau d'indices, la stabilité de la relation dont dépend la protection contre les discriminations, selon la Cour de justice, est un critère unique, plus facile à cerner. La notion de stabilité n'entraîne toutefois qu'une simplification relative si on se réfère à l'usage qui en est fait dans le domaine des libertés de circulation, où elle sert notamment à distinguer liberté d'établissement et libre prestation de services.²²

L'arrêt *J.K.* permet de penser que la stabilité doit s'apprécier de manière globale, au regard de la régularité ou de la fréquence des relations, même si, juridiquement, ces relations reposent sur des contrats successifs de courte durée. En outre, la décision ne requiert qu'une "certaine" stabilité, ce qui semble placer l'exigence à un niveau assez faible. Reste que ce critère conduit à exclure les travailleurs les plus précaires, qui, par définition, n'entretiennent de relation professionnelle stable avec personne. L'extrême précarité qui caractérise la situation de certains travailleurs de plateformes, en particulier ceux qui

¹⁹ *J.K.* cit. para. 43.

²⁰ Affaire C-587/20 *HK/Danmark et HK/Privat* ECLI:EU:C:2022:419 para. 35.

²¹ Par analogie avec la notion de travailleur retenue dans le cadre de la libre circulation (v. en particulier : *Levin* cit. et Affaire C-188/00 *Kurz* ECLI:EU:C:2002:694), une rémunération correspondant au salaire minimum ou au minimum vital ne devrait pas être requise.

²² V. en particulier Affaire C-55/94 *Gebhard* ECLI:EU:C:1995:41 para. 25: "la notion d'établissement au sens du traité est donc une notion très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine".

réalisent des micro-tâches pour une multiplicité de clients (*crowdworking*), ne leur permettra pas d'entrer dans le champ de la protection que confère la directive 2000/78, si on s'en tient à la jurisprudence de la Cour, alors que les lignes directrices de la Commission relatives à la conclusion de conventions collectives concernant les travailleurs indépendants²³ incluent explicitement les travailleurs de plateforme. Face à la fragmentation et à l'instabilité croissantes du travail, la solution retenue par la Cour de justice ne paraît donc pas adaptée. On voit mal ce qui pourrait justifier, en particulier, que les travailleurs de plateformes dont les relations de travail sont les plus volatiles ne bénéficient pas de l'interdiction des discriminations.²⁴ Au-delà de cette catégorie particulière, il est difficile de savoir, à l'aune de l'arrêt *J.K.*, si la directive pourra s'appliquer pour l'accès à un premier contrat: les discriminations lors du recrutement peuvent en effet difficilement s'analyser à l'aune de la stabilité d'une relation qui n'a pas encore commencé.²⁵

IV. UN RAPPROCHEMENT DU RÉGIME DU TRAVAIL DES TRAVAILLEURS INDÉPENDANTS ET SALARIÉS

En dépit de sa portée limitée, l'arrêt *J.K.* suggère qu'un régime du travail indépendant peut se construire par la reproduction et l'adaptation de celui des travailleurs salariés. Cela passe, selon l'arrêt, par l'extension des solutions et des concepts classiques du droit du travail aux conditions d'exercice du travail indépendant.

En ce qui concerne l'accès au travail, tout comme la Cour EDH dans l'affaire *Eweida*,²⁶ au sujet du travail salarié, la Cour de justice refuse de considérer que la possibilité de conclure un contrat de services avec une autre entreprise exclut la discrimination. Pourtant, le gouvernement polonais soutenait que le travailleur pouvait continuer à exercer son activité sans entrave, au bénéfice d'autres destinataires que l'auteur de la discrimination, celui-ci n'étant pas en mesure de restreindre le droit d'exercer l'activité.²⁷ Pour la Cour de justice, au contraire, la conclusion d'un contrat d'entreprise avec l'auteur de la discrimination peut s'avérer nécessaire pour que le travailleur puisse exercer son activité professionnelle de manière effective.²⁸ La solution est la même que celle qui résulte de la jurisprudence de la Cour EDH, pour les salariés. Comme pour les salariés, la

²³ Citées *supra*.

²⁴ Sur les discriminations à l'encontre des travailleurs de plateformes, v. notamment : J Gerards et R Xenedis, 'Algorithmic Discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for Gender Equality and Non-Discrimination Law' (Publications Office of the European Union-2021).

²⁵ Sur le sujet particulier des discriminations liées à l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle lors du recrutement, v. notamment A M Corrêa Marcus, I Rorive, 'Digital profiling: Challenges for Equal Opportunities in Online Targeted Employment Advertising' (2022) *European Journal of Human Rights* 221.

²⁶ Cour EDH *Eweida et autres c. Royaume-Uni* App n. 48420/10, 36516/10, 51671/10 et al. [15 jan. 2013], au sujet de la liberté religieuse.

²⁷ *J.K.* cit. para. 48.

²⁸ *J.K.* cit. para. 50.

discrimination dans les conditions d'accès au travail donc n'est pas seulement prohibée, selon la Cour, lorsqu'elle découle de règles générales discriminatoires (par exemple, l'existence d'une réglementation professionnelle discriminatoire): un choix individuel, celui d'un seul contractant, peut constituer une barrière à l'activité professionnelle, même si cette activité a pu être exercée par le passé.²⁹

A juste titre, la Cour de justice souligne la nécessité de tenir compte des circonstances de fait : dans un secteur où il existe un nombre limité d'entreprises, susceptibles de faire appel à des prestataires de services (ou à des salariés) pour certaines activités, la possibilité, pour le travailleur, de trouver un autre co-contractant peut s'avérer difficile. Cela semble indiquer qu'une autre solution devrait s'imposer, lorsque la demande est pléthorique, ce qui suppose que la seule finalité du droit de la non-discrimination est de permettre aux travailleurs de gagner leur vie par le travail, un objectif effectivement mentionné par l'arrêt *J.K.* Toutefois, si, comme on peut le penser, les finalités de la non-discrimination comportent non seulement une dimension économique et sociale mais également une dimension morale,³⁰ le refus de contracter, fondé sur un critère discriminatoire, devrait être condamné, quelle que soit la situation du marché.

Quant à la décision d'interrompre une relation contractuelle ou de ne pas renouveler un contrat d'entreprise, elle peut, selon la Cour de justice, s'assimiler à un licenciement. Cette assimilation est justifiée par la situation de vulnérabilité du travailleur indépendant, en ce qui concerne le risque d'une rupture de la relation à l'initiative de l'autre partie, qui le place dans une situation identique à celle d'un travailleur licencié: "[...] à l'instar d'un travailleur salarié, qui peut perdre involontairement son emploi salarié à la suite, notamment, d'un 'licenciement', une personne ayant exercé une activité indépendante peut, elle aussi, se trouver contrainte de cesser cette activité du fait de son contractant et se trouver, de ce fait, dans une situation de vulnérabilité comparable à celle d'un travailleur salarié licencié".³¹ Cette même vulnérabilité des travailleurs indépendants et salariés, face au risque d'une rupture unilatérale par l'autre partie, avait déjà été reconnue par la Cour de justice, au sujet du maintien du droit au séjour d'un travailleur sur le territoire d'un État membre.³² Ce n'est donc pas seulement dans le domaine du droit de la non-discrimination que la "cessation involontaire d'activité d'un travailleur non

²⁹ Comme le soulignait le gouvernement polonais (v. *J.K.* cit. para. 48).

³⁰ Sur cette dimension morale v. notamment L Alexander, 'What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies' (1992) *University of Pennsylvania Law Review* 141 et sur les différentes conceptions de la justice sur lesquelles repose le droit de la non-discrimination, v. en particulier G Davidov, 'Distributive Justice and Labour Law' in H Collins, G Lester et V Mantouvalou (eds), *Philosophical Foundations of Labour Law* (Oxford University Press 2018) 141. Et pour une illustration dans la jurisprudence de la Cour de justice: Affaire C-30/19 *Braathens Regional Aviation AB* ECLI:EU:C:2021:269, sur la demande de reconnaissance de la discrimination par une décision de justice, et non seulement d'une indemnisation du préjudice.

³¹ *J.K.* cit. para. 63.

³² Affaire C-442/16 *Gusa* EU:C:2017:1004 para. 43.

salarié" peut être "assimilée à un licenciement d'un travailleur salarié":³³ la solution pourrait donc, sans difficulté, se généraliser.

V. CONCLUSION

De même que les citoyens de l'Union qui se déplacent,³⁴ les "travailleurs" bénéficiant de droits sociaux reconnus par la législation de l'Union ne bénéficient pas tous des mêmes droits. Ils forment une catégorie générale à l'intérieur de laquelle plusieurs sous-catégories s'insèrent, dont les droits sont variables. Quelles autres catégories peuvent émerger, pour le bénéfice de quels autres droits? La protection pourrait-elle s'envisager, comme pour les citoyens européens qui se déplacent à l'intérieur de l'Union, de manière graduée, à l'aune d'un même critère (le degré d'intégration dans l'État d'accueil, pour les citoyens mobiles)? Pour l'instant, il n'existe pas de critère(s) commun(s) à tous les domaines du droit social de l'Union permettant de justifier un degré variable de protection des différentes catégories de travailleurs saisis par ce droit. Si la subordination, par laquelle un ordre binaire était institué, distinguant salariés et non-salariés ne suffit plus, elle n'a pas été remplacée par un autre critère transversal.

L'arrêt *J.K.*, en délimitant une sous-catégorie de travailleurs indépendants bénéficiant du droit de la non-discrimination, ne prétend aucunement contribuer à l'unification de la catégorie de travailleur. Mais en montrant qu'une unification du régime du travail est possible, il fait progresser l'idée d'un élargissement de la catégorie des travailleurs protégés par le droit social de l'Union.

³³ *J.K.* cit. para. 65.

³⁴ Cf. directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.