



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 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.*

SÉGOLÈNE BARBOU DES PLACES* ET ELEA COLLIN**

ABSTRACT: The *J.K. v TP S.A* ruling is an important judgment, and not only because it led the Court to settle main questions of substantive law. In the context of adapting social law to new forms of employment relations, the Court first clarified the personal scope of Directive 2000/78/CE. Secondly, it addressed the relationship between non-discrimination and freedom of contract. Finally, in *J.K.* the Court underpinned its political conception of non-discrimination law. This *Insight* is an introduction to a *Special Focus* which aims to bring together contributions that highlight different aspects of this important judgment. As an introduction to the *Special Focus*, this *Insight* presents the case and its particular context: that of a “cultural battle”.

KEYWORDS: discrimination on grounds of sexual orientation – EU values – Poland - cultural battle – social law – contractual freedom.

I. PRENDRE L'ARRÊT *J.K. c TP S.A.* AU SÉRIEUX

Bien qu'il ait fait l'objet d'un communiqué de presse de la part de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), l'arrêt *J.K. c TP S.A.* rendu le 12 janvier 2023¹ n'a suscité que peu d'attention de la doctrine juridique.² Cette indifférence s'explique aisément: il ne s'agit pas d'un

* Professeure, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, segolene.barbou-des-places@univ-paris1.fr.

** Doctorante, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Elea.Collin@univ-paris1.fr.

¹ Arrêt C-356/21 *J.K. c TP S.A.* ECLI:EU:C:2023:9.

² Voir par exemple M Mercat-Bruns, 'Le refus d'accès à une activité en raison de l'orientation sexuelle: une autre forme de discrimination ?' (2022) RDT 646 (sur les conclusions de l'avocate générale Capeta); J Cavallini, 'Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à l'encontre d'un travailleur indépendant' (2023) JCP S



revirement de jurisprudence, le raisonnement mené par les juges européens paraît classique et la réponse donnée à la question préjudicielle n'a pas d'incidence majeure sur les pouvoirs des États ou sur l'une des politiques de l'Union européenne. *A priori*, cette décision ne saurait donc être qualifiée de "grand arrêt". Pourquoi donc y consacrer un dossier ?

La question se pose d'autant plus que les faits à l'origine de l'arrêt, bien qu'ils concernent un "YouTuber" polonais relativement médiatisé, ne paraissent pas justifier en eux-mêmes une attention particulière. Le requérant diffusait régulièrement des vidéos dans lesquelles il apparaissait avec son compagnon, se mettant en scène chantant et dansant dans des clips musicaux. Parallèlement, il exerçait son activité professionnelle en tant que monteur pour la chaîne de télévision publique polonaise TP, par le biais de contrats d'entreprise de deux semaines par mois, renouvelés systématiquement depuis plus de sept ans. En décembre 2017, un an après le lancement de sa chaîne *YouTube*, il a publié une vidéo sur la thématique de Noël, similaire aux précédentes, dans laquelle le couple et leurs amis prônent la tolérance et l'acceptation pour les personnes LGBT+. Or, quelques jours après la diffusion de cette dernière vidéo, son contrat fut brusquement rompu par la chaîne qui ne renouvela ensuite plus ses contrats. J.K. saisit alors le tribunal d'arrondissement de Varsovie, demandant des dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait de la cessation de ses relations professionnelles, qui serait due à cette vidéo *YouTube* et résulterait donc d'une discrimination à raison de son orientation sexuelle. Mais la chaîne a nié l'existence d'une discrimination, affirmant que la rupture contractuelle n'était fondée que sur des raisons professionnelles, bien que le requérant ait fait l'objet d'évaluations très positives quelques semaines auparavant. Surtout, la chaîne s'appuyait sur la loi polonaise sur l'égalité de traitement, qui dispose que l'interdiction des discriminations ne s'applique pas au choix du contractant, sauf dans le cas où ce choix serait fondé sur le sexe, la race, l'origine ethnique ou la nationalité. Autrement dit, selon la loi polonaise qui assure la transposition de certaines dispositions du droit de l'Union européenne en matière d'égalité de traitement, la liberté contractuelle doit échapper à l'interdiction des discriminations fondées sur d'autres motifs que ceux cités, parmi lesquels l'orientation sexuelle ne figure pas.

Le tribunal posa alors à la Cour de justice la question de la compatibilité de cette disposition nationale avec l'art. 3(1)(a) et (c) de la directive 2000/78/CE,³ qui interdit les discriminations, fondées notamment sur l'orientation sexuelle, quant aux "conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail" ainsi qu'aux "conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération". En réponse à cette

1059; L Driguez, 'Egalité de traitement en matière de travail' (2023) Europe 11; 'Discrimination against self-employed worker based on sexual orientation unlawful' (2023) EU Focus 424; A Prendergast, 'EU judge says companies cannot refuse contractors due to their sexual orientation' (2022) I.R.N. 32; M Lasek-Markey, 'EU law protection from discrimination extends to self-employed workers, confirmed the CJEU in a landmark judgment with LGBT+ rights in the background' (6 février 2003) European Law Blog europeanlawblog.eu.

³ 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.

question, la Cour a jugé que l'art. 3(1), sous a) et c), de la directive 2000/78/CE s'oppose à une réglementation ayant pour effet d'exclure, au titre du libre choix du contractant, de la protection contre les discriminations devant être conférée en vertu de cette directive, le refus, fondé sur l'orientation sexuelle d'une personne, de conclure ou de renouveler avec cette dernière un contrat ayant pour objet la réalisation, par cette personne, de certaines prestations dans le cadre de l'exercice d'une activité indépendante.

Faisant le choix d'une pluralité de points de vue, le dossier présenté cherche à mettre en lumière les nombreux apports de l'affaire *J.K. c TP S.A.* L'arrêt nous a semblé important tant en raison de son contexte, que de sa solution et du raisonnement de la Cour. Sur le fond, l'arrêt est riche : il clarifie le champ d'application du droit de la non-discrimination, éclaire les contours du droit social de l'Union européenne et précise les relations entre la liberté contractuelle et l'égalité de traitement. En cela il peut être considéré comme une contribution substantielle au droit européen des personnes (III). Mais l'affaire *J.K.* est aussi importante en raison de sa dimension symbolique, car elle fait partie de ces cas qui placent le juge de l'Union au cœur d'une bataille culturelle. La Cour a en effet été conduite à se prononcer dans un contexte particulier, qui voit s'opposer les valeurs européennes (II).

II. LA COUR DE JUSTICE AU CŒUR D'UNE BATAILLE CULTURELLE

Avant de tirer des enseignements de l'arrêt, il faut relever l'intérêt de l'affaire elle-même, en raison du contexte dans lequel elle s'inscrit. La circonstance que le renvoi préjudiciel ait été effectué par une juridiction polonaise n'est pas anodine au vu du climat de tensions qui règne entre les institutions de l'Union européenne et le gouvernement polonais. Depuis l'arrivée au pouvoir en 2015 de ce dernier, issu du parti Droit et Justice (PiS) aux tendances nationalistes et conservatrices, les coups d'éclat et désaccords se multiplient. La question des droits des personnes LGBT+ est au cœur de ces dissensions, du fait d'un environnement polonais hostile à la communauté LGBT+, notamment au moyen de "discours de haine d'une intensité croissante prononcés par des membres de la fonction publique, des élus et dans les médias, ainsi que d'attaques et d'interdictions portant sur des marches des fiertés et des programmes et actions de sensibilisation".⁴

C'est dans cette ambiance délétère que s'inscrivent les faits de l'affaire *J.K. c TP S.A.*⁵ L'adoption au cours de l'année 2019 de résolutions instaurant des "zones sans LGBT", par une centaine de collectivités locales polonaises, a suscité de vives réactions de la part des institutions européennes, notamment à travers des résolutions du Parlement européen⁶ ou encore l'envoi d'une lettre de mise en demeure à la Pologne dans le cadre de la

⁴ Résolution (2019/2933(RSP)) du Parlement européen du 18 décembre 2019 sur la discrimination publique et le discours de haine à l'égard des personnes LGBTI, notamment les "zones sans LGBTI", para. P.

⁵ Bien que le texte de l'arrêt ne souligne pas, l'employeur en cause est bien la chaîne de télévision publique polonaise.

⁶ Notamment Résolution (2019/2933(RSP)) cit.

procédure de l'art. 258 du traité sur le financement de l'Union européenne (TFUE).⁷ La Commission a également retiré des financements liés au jumelage des communes impliquées⁸ et a menacé certaines régions de suspendre le versement de sommes au titre des fonds de cohésion.⁹ Face à ces réactions, de nombreuses collectivités ont mis fin aux "zones sans LGBT", ce qui a amené la Commission à classer sans suite la procédure d'infraction ouverte.¹⁰ Pour les mêmes raisons, la Commission a saisi la Cour de Justice d'un recours¹¹ visant à constater que le Parlement hongrois a violé le droit de l'UE en introduisant le 15 juin 2021 une loi prévoyant des mesures plus sévères à l'encontre des délinquants pédophiles et modifiant certaines lois en vue de protéger les enfants. Cette loi, dont le simple intitulé suggère un lien entre orientation sexuelle et pédophilie, modifie différentes règles de droit, qui incluent notamment les services de médias audiovisuels, la publicité, le commerce électronique et l'enseignement. Les modifications imposent de nombreuses interdictions et limitations en ce qui concerne la promotion ou la représentation de divergences par rapport à l'identité personnelle correspondant au sexe à la naissance, d'un changement de sexe ou de l'homosexualité. Devant le Parlement européen le 7 juillet 2021, la Présidente Ursula von der Leyen a justifié l'action contentieuse de la Commission avec force: "L'Europe ne tolérera jamais que des membres de notre société soient stigmatisés: que ce soit en raison des personnes qu'ils aiment, de leur âge, de leur origine ethnique, de leurs opinions politiques ou de leurs convictions religieuses".¹² Au renfort de cette conception des valeurs européennes, le Parlement européen, ainsi que quinze États membres, ont décidé de soutenir la procédure en manquement contre la Hongrie.

S'il n'est à première vue qu'un arrêt portant sur le champ d'application de la directive 2000/78/CE, l'arrêt *J.K c TP S.A.* se situe donc dans ce contexte très politisé, que certains qualifient de "guerre culturelle"¹³ ou de "guerre des valeurs".¹⁴ Ce vocabulaire, qui exprime l'extrême polarisation des opinions, invite à prendre la mesure des arguments culturels qui se confrontent dans l'Union européenne. La loi hongroise fait d'ailleurs une

⁷ Voir le communiqué de presse de la Commission sur l'ouverture de cette procédure, numérotée INFR(2021)2115: ec.europa.eu.

⁸ Voir I Da Silva 'État de droit : chronologie du conflit entre l'Union européenne et la Pologne' (5 mai 2023) Toute l'Europe www.touteurope.eu.

⁹ La Commission envoyé une lettre aux régions concernées le 3 septembre 2021 rappelant que le versement de fonds est soumis au respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voir la réponse donnée par Mme Ferreira au nom de la Commission européenne le 21 octobre 2021 à la question parlementaire - E-003512/2021(ASW)).

¹⁰ La procédure INFR(2021)2115 a été classée, selon le site de la Commission, le 26 janvier 2023.

¹¹ Recours introduit le 19 décembre 2022 — Commission européenne/Hongrie, Affaire C-769/22.

¹² Communiqué de presse de la Commission européenne du 15 juillet 2021 : *Valeurs fondatrices de l'UE: la Commission ouvre des procédures contre la Hongrie et la Pologne pour violation des droits fondamentaux des personnes LGBTQ* ec.europa.eu.

¹³ JD Hunter, *Culture Wars* (Basic Books 1991).

¹⁴ Formule préférée par Olivier Roy : O Roy, *L'aplatissement du monde. La crise de la culture et l'empire des normes* (Seuil 2022).

référence explicite à la tradition culturelle puisque les éditeurs de livres pour enfants représentant des personnes LGBT+ devront insérer un avertissement indiquant que le livre décrit des formes de “comportement s'écartant des rôles traditionnellement attribués aux hommes et aux femmes”. L'enjeu de l'affaire, par-delà sa dimension technique, est donc bien celui des valeurs, car, comme le rappelle régulièrement la Commission, les atteintes aux droits des personnes à raison de leur orientation sexuelle sont des atteintes aux valeurs de l'égalité et de la dignité. Et telles sont bien, même si la Cour n'en fait pas mention explicitement, les valeurs remises en cause par la loi polonaise dans l'affaire *J.K.*

D'autant qu'une autre valeur était en jeu dans l'affaire : celle de l'État de droit. La question préjudicielle posée par le tribunal d'arrondissement de Varsovie nous semble même illustrer le rôle de contre-pouvoir face au PiS que sont amenés à jouer les juges du fond polonais. Cet engagement des juridictions ordinaires en faveur du respect de l'État de droit et de l'indépendance du pouvoir judiciaire se manifeste depuis que le gouvernement a entrepris dès 2015 des réformes du système juridictionnel. Celles-ci, portant notamment sur le départ à la retraite anticipée des juges de droit commun et de la Cour suprême ainsi que sur le régime disciplinaire des juges et le fonctionnement et la composition de la chambre disciplinaire de la Cour suprême, ont déclenché l'utilisation de diverses procédures par la Commission. On sait que le “tigre de papier”¹⁵ qu'est la procédure prévue à l'art. 7 du Traité sur l'Union européenne (TUE) a été déclenché,¹⁶ sans qu'elle n'aboutisse.¹⁷ La Commission a également adopté plusieurs recommandations¹⁸ dans le cadre du mécanisme dit de “sauvegarde de l'État de droit”¹⁹. En outre, une pression budgétaire a été exercée avec le blocage des fonds de relance destinés à la Pologne²⁰. La voie juridictionnelle a elle aussi été adoptée et la Cour de justice a été saisie à de multiples reprises de recours en constatation de manquement.²¹ Elle a prononcé dans ce cadre la condamnation de la Pologne à une astreinte d'un million d'euros par jour,

¹⁵ D Simon, 'L'article 7 TUE : “arme nucléaire” ou “tigre de papier” ?' (2018) Europe, repère 2.

¹⁶ Proposition motivée conformément à l'article 7 para 1 du TUE concernant l'État de droit en Pologne COM(2017) 835 final de la Commission du 20 décembre 2017 d'une décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'État de droit.

¹⁷ La procédure nécessitant l'unanimité des États membres pour aboutir, l'opposition de la Hongrie a suffi pour bloquer le processus de sanction.

¹⁸ Voir notamment la recommandation (UE) 2016/1374 de la Commission du 27 juillet 2016 concernant l'État de droit en Pologne, la recommandation (UE) 2017/146 de la Commission du 21 décembre 2016 concernant l'État de droit en Pologne ou encore la recommandation (UE) 2017/146 de la Commission du 26 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne.

¹⁹ Communication COM(2014)158 final de la Commission du 11 mars 2014 sur “Un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit”.

²⁰ Voir I Da Silva, 'Etat de droit : chronologie du conflit entre l'Union européenne et la Pologne' cit.

²¹ Affaires C-619/18 *Commission c Pologne* ECLI:EU:C:2019:531; C-192/18 *Commission c Pologne* ECLI:EU:C:2019:924; C-791/19 *Commission c Pologne* ECLI:EU:C:2021:596; C-204/21 *Commission c Pologne* ECLI:EU:C:2023:442.

somme la plus haute jamais imposée à un État membre.²² Parallèlement, les juridictions polonaises ont saisi la Cour de justice, par le biais de l'art. 267 TFUE pour contester ces réformes.²³ Une "alliance objective"²⁴ s'est ainsi formée entre la Cour de justice et les juges du fond polonais en vue de la défense de l'État de droit, alors que le Tribunal constitutionnel polonais remettait en cause la primauté du droit de l'Union de façon saisissante dans son arrêt du 7 octobre 2021.²⁵ Déclarant les arts 1, 2, 4(3) et 19 TUE, tels qu'interprétés par la CJUE, contraires à la constitution polonaise, cette décision a été vue comme un pas dangereux vers la désintégration de l'ordre juridique européen et certains y ont vu un "polestique juridique".²⁶

Dans le contexte de crise de l'État de droit, on sait combien la Cour cherche à "armer" les juges polonais, en les dotant des moyens de faire face aux violations du droit de l'UE organisées par le gouvernement.²⁷ D'où l'importance de la réponse à la question préjudicielle posée par le juge polonais dans l'affaire *J.K. c TP S.A.* À la suite de l'arrêt de la Cour de justice, la juridiction polonaise de renvoi a d'ailleurs reconnu l'existence d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle du requérant, en insistant sur le fait "qu'aucun message ne peut être plus important que celui de l'égalité de traitement".²⁸ Un développement juridictionnel devant les cours supérieures polonaises n'est donc pas à exclure, ce qui pourrait bien accentuer les tensions.

²² Affaire C-204/21 *Commission c Pologne* ECLI:EU:C:2021:878. À noter que cette somme a été divisée par deux par la Cour de justice dans une ordonnance du 21 avril 2023, qui a pris en compte certaines mesures prises par la Pologne pour se conformer à l'ordonnance du 14 juillet. 2021, tout en jugeant encore insuffisantes pour assurer l'exécution de celle-ci (affaire C-204/21 R-RAP *Pologne c Commission* ECLI:EU:C:2023:334).

²³ Par exemple les affaires C-585/18, C-624/18 et C-625/18 A.K. ECLI:EU:C:2019:982; C-558/18 et C-563/18 *Miasto Lowicz* ECLI:EU:C:2020:234; C-487/19, *W.Z.* ECLI:EU:C:2021:798; C-748/19 à C-754/19 *Prokuratura Rejonowa w Minsku Mazowieckim* ECLI:EU:C:2021:931.

²⁴ M Blanquet, 'État de Droit et Union européenne' (2022) *Juris-Classeur Périodique* 604.

²⁵ Arrêt du Tribunal constitutionnel polonais K 3/21, voir parmi les nombreux commentaires F Martucci, 'La Pologne et le respect de l'État de droit - Réflexions suscitées par la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais' (2021) *Juris-Classeur Périodique* 1181.

²⁶ Voir notamment F Martucci, 'La Pologne et le respect de l'État de droit - Réflexions suscitées par la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais' cit.; C Hillion, 'Op-Ed: "Last station before 'Polestique'?" (28 octobre 2021) *EU Law Live* eulawlive.com; A Bodnar, 'Polish Road toward an Illiberal State: Methods and Resistance' (2021) *IndLJ* 1059.

²⁷ Elle ainsi admis que le principe de primauté du droit de l'Union "impose à la juridiction de renvoi de laisser inappliquée la disposition du droit national réservant la compétence pour connaître des litiges au principal à ladite instance, de manière à ce que ceux-ci puissent être examinés par une juridiction répondant aux exigences d'indépendance et d'impartialité susmentionnées et qui serait compétente dans le domaine concerné si ladite disposition n'y faisait pas obstacle" (affaire du 19 novembre 2019, C-585/18, A.K. ECLI:EU:C:2019:982). Tout récemment encore, le 13 juillet 2023, elle a affirmé que les juridictions polonaises sont tenues d'écarter l'application la décision, prise par la chambre disciplinaire, de suspendre un juge de ses fonctions (affaires jointes C-615/20 et C-671/20, *YP e.a. (Levée d'immunité et suspension d'un juge)* ECLI:EU:C:2023:562).

²⁸ Le requérant a diffusé cette information sur son compte *Instagram* : www.instagram.com.

Bien qu'il ne porte explicitement ni sur la valeur dignité ni sur la question de l'État de droit, l'arrêt *J.K. c TP S.A.* nous apparaît comme une petite pièce dans le vaste et complexe puzzle des relations entre la Pologne et l'Union européenne.²⁹ Elle possède toutes les caractéristiques pour nourrir les dissensions entre l'UE et la Pologne. Au cœur d'une bataille culturelle, l'affaire *J.K. c TP S.A.* était l'occasion pour la Cour de réaffirmer l'axiologie européenne. La Cour le fait, mais dans les termes du droit de l'Union européenne, en rendant un arrêt très instructif qui peut être vu comme une contribution au droit européen des personnes.

III. L'APPORT DE L'ARRÊT *J.K. c TP S.A.* AU DROIT DES PERSONNES

L'arrêt mérite considération pour son apport proprement technique. En effet, il poursuit un contentieux fourni sur l'interdiction des discriminations à raison de l'orientation sexuelle. À la suite du refus de la Cour d'assimiler discrimination fondée sur le genre, interdite par le droit primaire, et discrimination fondée l'orientation sexuelle,³⁰ c'est exclusivement sur le fondement de la directive 2000/78/CE que ce contentieux s'est développé. Les questions préjudicielles ont porté essentiellement sur des prestations accordées aux partenaires de même sexe dans le cadre d'un partenariat civil, prestations désavantageuses par rapport à celles accordées dans le cadre d'un mariage.³¹ Depuis quelques années cependant, les situations portées à l'attention de la CJUE se sont diversifiées.³² En 2020 notamment, l'arrêt *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*³³ a établi que l'art. 3(1)(a), qui concerne les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, s'applique à des déclarations publiques d'un avocat, selon lesquelles jamais il ne recruterait de personnes homosexuelles dans son cabinet.

L'arrêt *J.K. c TP S.A.* porte à son tour sur le champ d'application de la directive 2000/78/CE et sur l'interprétation de l'art. 3(1)(a), la difficulté étant ici que le requérant n'était pas dans une relation de travail salarié classique avec la chaîne de télévision,

²⁹ Depuis que le conflit en Ukraine a éclaté, les tensions ont semblées s'apaiser, mais la Commission a ouvert une procédure de manquement pour en raison d'une loi relative "au comité d'État pour l'examen de l'influence de la Russie sur la sécurité intérieure de la Pologne". La Commission craint que cette loi porte atteinte au processus démocratique, en portant atteinte à la réputation de personnalités juridiques et en permettant des sanctions de nature similaire à des sanctions pénales, sans qu'un contrôle juridictionnel ne soit prévu. La rapidité avec laquelle la procédure a été lancée est révélatrice du climat de tension: la loi est entrée en vigueur le 31 mai 2023, après un processus d'adoption très rapide, et la lettre de mise en demeure adressée à la Pologne le 8 juin suivant (voir le communiqué de presse de la Commission du 8 juin 2023: *État de droit: la Commission engage une procédure d'infraction contre la POLOGNE pour violation du droit de l'Union par la nouvelle loi instituant un comité spécial* ec.europa.eu).

³⁰ Affaire C-249/96, *Grant* ECLI:EU:C:1998:63.

³¹ Voir notamment les affaires C-267/06, *Maruko* ECLI:EU:C:2008:179; C-147/08, *Römer* ECLI:EU:C:2011:286; C-267/12, *Hay* ECLI:EU:C:2013:823; C-443/15, *Parris* ECLI:EU:C:2016:897.

³² Par exemple, dans l'arrêt E.B., la question posée est relative à l'application de la directive dans le temps, à propos d'une décision de mise à la retraite anticipée d'un fonctionnaire, assortie d'une réduction du montant de la pension, antérieure à l'entrée en vigueur de la directive (affaire C-258/17, *E.B.* ECLI:EU:C:2019:17).

³³ Affaire C-517/18, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* ECLI:EU:C:2020:289.

mais fournissait des prestations de montage par le biais de contrats d'entreprise. L'enjeu était donc de déterminer si cette relation contractuelle peut entrer dans le cadre des activités non salariées visées par la directive. C'est la première fois que la CJUE a l'occasion d'interpréter la directive sur ce point. Elle estime que l'art. 3(1)(a) s'applique à toute activité professionnelle, y compris celles assurées par des travailleurs indépendants, et juge que la conclusion d'un contrat d'entreprise est susceptible de constituer une condition d'accès à une telle activité. La situation en cause relève donc bien du champ de cette disposition, tout comme celui de l'art. 3(1)(c), qui protège contre les discriminations dans le cadre des conditions de la fin de l'activité professionnelle, car la décision de rompre puis de ne pas renouveler des contrats d'entreprise provoque la cessation de l'activité professionnelle de façon comparable à un licenciement.

Après avoir répondu à la question préjudicielle qui porte uniquement sur le champ d'application de la directive, l'arrêt examine une question qui n'était pourtant pas posée par la juridiction de renvoi : la liberté contractuelle relève-t-elle de l'art. 2(5) de la directive, qui justifie les discriminations provoquées par des "mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires [...] à la protection des droits et libertés d'autrui" ? Après avoir reconnu que la liberté contractuelle, et plus précisément le libre choix du cocontractant, ressort de la liberté d'entreprendre protégée par l'art. 16 de la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour de Justice souligne que le droit polonais prévoit lui-même des exceptions à cette liberté en interdisant dans ce cadre certains motifs de discrimination. La Cour estime alors que le fait, pour la loi, d'écarter de ces motifs l'orientation sexuelle ne se justifie pas et ne peut pas être considéré comme nécessaire. Ainsi, la loi polonaise, qui autorise un refus de conclure ou renouveler un contrat d'entreprise avec une personne qui exerce son activité professionnelle par ce biais, n'est pas compatible avec les dispositions de la directive 2000/78/CE.

Les contributions ici réunies montrent qu'au-delà du contexte très sensible dans lequel il a été rendu, l'arrêt *J.K. c TP S.A.* soulève des questions juridiques importantes : il conduit à un enrichissement du droit de la non-discrimination et intéresse l'ordre juridique de l'Union dans son entier. L'arrêt *J.K. c TP S.A.* est en effet, tout d'abord, un arrêt sur le droit social et le droit de la non-discrimination. C'est pourquoi la lecture proposée par Sophie Robin-Olivier se concentre sur la question du champ d'application de la directive 2000/78/CE vis-à-vis d'un travailleur non salarié. L'auteure montre que le raisonnement de la Cour est très révélateur de la façon dont la Cour s'empare des formes de travail indépendant, dont les formes et les usages se multiplient aujourd'hui. Certes, la Cour ouvre la voie à un rapprochement du régime du travail des travailleurs indépendants et des travailleurs salariés. Mais la Cour se garde d'aller jusqu'à inclure dans la catégorie des "travailleurs", aux côtés des salariés, les travailleurs "non-subordonnés" et limite sa solution au droit de la non-discrimination. En ce sens, l'arrêt *J.K. c TP S.A.* peut apparaître comme un subtil jeu d'équilibriste.

L'enjeu de l'arrêt était aussi de clarifier l'articulation de la liberté contractuelle et du droit de la non-discrimination. Le rapport est bien celui d'une confrontation et Aurore Hyde montre que l'articulation entre ces deux principes, qui relèvent tous les deux des valeurs de l'Union, n'est pas aussi évidente que l'arrêt pourrait le suggérer. Certes, dans l'affaire, la Cour ne se prononce que sur la question de savoir si une législation nationale peut, en vertu de la directive du 27 novembre 2000, autoriser la considération de l'orientation sexuelle d'un candidat à l'emploi pour tenir compte des exigences professionnelles. Elle répond négativement. Mais si la réponse négative s'impose, le moyen d'y parvenir est subtil et des interrogations demeurent. En outre, montre Aurore Hyde, la portée de l'arrêt est plus incertaine s'agissant de la liberté contractuelle en générale, et non plus seulement en matière d'emploi.

Enfin, l'arrêt *J.K. c TP S.A.* est l'occasion pour la Cour d'énoncer une certaine vision de la société européenne. Non seulement elle y dessine un régime de la non-discrimination, mais elle déploie surtout le système de valeurs de l'Union. Edouard Dubout compare cette jurisprudence sur l'identité sexuelle avec la jurisprudence sur la non-discrimination à raison de la croyance religieuse. Cela le conduit à révéler les hésitations, voire les incohérences du juge de l'Union. A moins que la différence d'approche ne révèle, en creux, les choix politiques et sociétaux du juge européen : l'enjeu principal de ces affaires pourrait bien être la paix sociale.

En somme, si à première vue l'arrêt *J.K. c TP S.A.* ne remplit pas les critères requis pour relever de cette catégorie chère aux juristes français des "grands arrêts", il montre à quel point le prétoire de la Cour est ce lieu non ordinaire où s'incarnent, sous la forme de conflits juridiques, certaines des tensions politiques et sociales qui parcourent la société européenne.

