



## 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'ARRÊT *J.K.* AU PRISME DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

AURORE HYDE\*

**ABSTRACT:** In the *J.K.* case, the CJEU condemned Polish legislation derogating, in the name of the freedom to choose a contract, from the prohibition of discrimination based on sexual orientation in employment and occupation. However, one may wonder about the scope of this decision concerning the exemptions permitted by Directive 2000/78 when specific professional requirements are claimed, such as the prevention of internal social conflicts or respect for company doctrine. Likewise, we may question the scope of the decision for contractual freedom in general. To what extent may the contract be the site of justified discrimination?

**KEYWORDS:** discrimination – sexual orientation – contractual freedom – occupational requirements – balancing of prerogatives – directive 2000/78/CE.

### I. INTRODUCTION

L'arrêt *J.K.*<sup>1</sup> illustre la difficile articulation entre deux dimensions de la liberté contractuelle : une dimension individuelle et une dimension sociale ou collective. Cela se concrétise par la tension pouvant exister entre la liberté individuelle de choisir son cocontractant, et l'obligation de traiter également les personnes en matière d'emploi et de travail résultant de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.<sup>2</sup>

D'un côté, la directive énonce une série de motifs discriminatoires en matière d'emploi et de travail, motifs qui constituent autant de critères ne pouvant pas être pris en compte pour fonder une différence de traitement entre homme et femme relativement

\* Professeur, Université de Reims Champagne-Ardenne, hyde.aurore@gmail.com.

<sup>1</sup> Affaire C-356/21 *J.K. c T.P. S.A.* ECLI:EU:C:2023:9.

<sup>2</sup> 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.



à l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, ou aux conditions de travail. Parmi ces motifs on trouve notamment le handicap, la religion ou l'orientation sexuelle. Mais de l'autre côté, la loi polonaise a restreint le champ d'application de la directive, à l'occasion de sa transposition, en excluant "la liberté de choix des parties au contrat, [à condition que] ce choix ne soit pas fondé sur le sexe, la race, l'origine ethnique ou la nationalité". Autrement dit, si la loi polonaise prévoit bien des considérations illicites dans le choix du cocontractant en matière d'emploi, les critères qu'elle édicte ne sont pas exactement les mêmes que ceux prévus par la directive. Précisément, on ne retrouve pas celui tiré de l'orientation sexuelle de la personne concernée par la différence de traitement, critère qui a été ouvertement la raison pour laquelle la société T.P. a stoppé unilatéralement les relations de travail qu'elle entretenait de longue date avec le requérant. C'est l'absence de ce critère qui a justifié la saisine de la CJUE pour apprécier la conformité de la législation polonaise à la directive.

Une première question, manifeste, concernait la possibilité pour la législation polonaise d'admettre qu'un critère, illicite en droit de l'Union, puisse justifier de manière générale une différence de traitement en matière d'accès à l'emploi, au nom de la liberté contractuelle. Plus exactement, il s'agissait de savoir si une disposition nationale permettant, de manière générale, de tenir compte de l'orientation sexuelle comme critère pour le choix du futur cocontractant en matière d'emploi, est conforme à la directive 2000/78. À cette question, les juges de Luxembourg ont répondu fermement par la négative (II). Une deuxième question, non posée, mérite d'être envisagée car elle se situe dans le prolongement de la précédente. C'est celle de savoir si une législation nationale peut, en vertu de la directive 2000/78, autoriser la considération de l'orientation sexuelle d'un candidat à l'emploi pour tenir compte des exigences professionnelles. Si une réponse négative semble là encore s'imposer, le moyen d'y parvenir est plus subtil et des hésitations sont permises (III). Une troisième et dernière question est relative à la portée de l'arrêt sur la liberté contractuelle en générale, et non plus seulement en matière d'emploi. Cet arrêt remet-il en cause la manière dont il convient d'articuler le droit à la non-discrimination et la liberté contractuelle en général (IV) ?

## **II. LA CONDAMNATION D'UNE LÉGISLATION AUTORISANT, AU NOM DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE, LA DISCRIMINATION POUR CAUSE D'ORIENTATION SEXUELLE EN MATIÈRE D'EMPLOI**

Pour justifier sa législation, l'État polonais invoquait l'art. 2(5) de la directive qui prévoit que la directive ne peut pas porter atteinte aux mesures nationales nécessaires à la protection des droits et des libertés d'autrui.<sup>3</sup> La Pologne prétendait défendre

<sup>3</sup> Selon ce texte, "la présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui".

nécessairement la liberté contractuelle des pourvoyeurs d'emplois en leur permettant, par sa législation, de tenir compte de l'orientation sexuelle d'un candidat pour décider de la conclusion du contrat.

L'argumentation n'était pas dénuée de sens. Depuis l'arrêt *Sky Österreich*, la liberté contractuelle a été formellement érigée au rang de liberté fondamentale en tant que composante de la liberté d'entreprendre garantie par l'art. 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans cette décision d'ailleurs, la Cour avait expressément admis que "la liberté contractuelle comprend, notamment, le libre choix du partenaire économique".<sup>4</sup> D'ailleurs, la liberté de choisir le partenaire économique a été reconnue en tant que telle bien avant la consécration formelle de la liberté contractuelle en tant que liberté fondamentale. En effet, dès 1991, la CJUE retenait que "le libre exercice des activités professionnelles (...) fait partie des principes généraux du droit communautaire, et comporte, en tant qu'expression spécifique, le libre choix du partenaire économique".<sup>5</sup> Une législation nationale qui autorise une partie à prendre en compte certains critères personnels pour sélectionner le candidat au contrat peut, dès lors, apparaître nécessaire pour préserver l'effectivité d'une prérogative fondamentale, à savoir la liberté de choisir son partenaire économique, et plus généralement, la liberté contractuelle.

Cependant, toute fondamentale soit-elle, la liberté contractuelle "ne constitue pas une prérogative absolue mais doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société".<sup>6</sup> Notamment, un contrat à titre onéreux ne se réduit pas à sa fonction économique. Il poursuit également une fonction sociale, *a fortiori* lorsque le contrat a pour objet l'exercice d'une activité professionnelle, peu important le statut de salarié ou de travailleur indépendant. Cette fonction sociale doit donc être mise en perspective avec les politiques publiques en matière d'emploi, lesquelles peuvent venir limiter la liberté contractuelle. Dit autrement, nul ne peut faire prévaloir sa liberté contractuelle dans un sens qui va à l'encontre de l'objectif social poursuivi par le législateur européen en matière d'emploi, et aucune législation nationale ne saurait être admise à l'y autoriser, sans motif légitime.

En l'occurrence, le législateur européen a précisément entendu limiter la liberté contractuelle en matière d'accès à l'emploi lorsqu'il a adopté la directive 2000/78, et ce pour garantir une meilleure effectivité du "droit de toute personne à l'égalité devant la loi et la

<sup>4</sup> Affaire C-283/11 *Sky Österreich* ECLI:EU:C:2013:28 para. 43.

<sup>5</sup> Affaires jointes C-90/90 et C-91/90 *Neu e.a.* ECLI:EU:C:1991:303 para. 13.

<sup>6</sup> *J.K.* cit. para. 75, à propos de la liberté d'entreprise. Ce principe est régulièrement rappelé depuis Affaire C-184/02 *Royaume d'Espagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* ECLI:EU:C:2004:497 para. 51; Affaires jointes C-184/02 et C-223/02 *République de Finlande c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne* ECLI:EU:C:2004:497 para. 52. Plus généralement sur la question des limites à la liberté contractuelle: S Weatherill, '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. Plus spécifiquement à propos de la non-discrimination: M Dréano, *La non-discrimination en droit des contrats* (Daloz 2018); D Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats* (LGDJ 1999).

protection contre la discrimination” qui constitue selon les termes même de la directive “un droit universel” reconnu par tous les principaux instruments internationaux relatifs aux droits humains.<sup>7</sup> L’objectif général ainsi poursuivi doit donc primer l’exercice individuel de la liberté contractuelle.

Or, comme le relève la CJUE, à la suite de l’avocat général, l’État polonais admettait des restrictions à la liberté contractuelle en matière d’accès à l’emploi. La législation nationale de transposition s’oppose ainsi à ce que le sexe, la race, l’origine ethnique ou la nationalité servent valablement de critère de sélection des candidats à l’emploi.<sup>8</sup> En excluant uniquement l’orientation sexuelle des motifs discriminatoires, il apparaît que la législation polonaise défendait finalement moins la liberté contractuelle que l’homophobie. C’est la raison pour laquelle sa législation est condamnée. En effet, une législation ouvertement défavorable aux personnes homosexuelles ne saurait être admise dans une société démocratique. De manière assez logique donc, la CJUE estime que la loi polonaise ne pouvait pas admettre que l’orientation sexuelle soit un critère de sélection d’un co-contractant en matière d’emploi, lorsque ce même critère est illicite en droit de l’Union.

Doit-on conclure qu’un pollicitant ne pourrait jamais prendre en compte l’orientation sexuelle du destinataire de l’offre d’emploi ? Ou plus généralement, d’une offre de contrat ? L’arrêt ne permet pas de le dire. La question mérite toutefois d’être posé car à l’occasion de cette décision, l’avocat général posait une question à laquelle la Cour s’est malheureusement abstenue de répondre. La question était la suivante : “l’autorisation de discriminer sur le fondement d’un des motifs prohibés peut-elle relever de la liberté contractuelle dans une société fondée sur la valeur de l’égalité” ?<sup>9</sup>

Si l’on s’en tient à l’arrêt, on pourrait être amené à penser que l’autorisation de discriminer sur le fondement d’un des motifs prohibés ne peut jamais relever de la liberté contractuelle. Pourtant, l’articulation entre liberté contractuelle et non-discrimination doit être plus subtile. Elle est plus subtile car la liberté et l’égalité sont – en vertu de l’art. 2 du TUE – deux valeurs au fondement de l’Union européenne.<sup>10</sup> Ce sont des valeurs qui constituent, selon la CJUE, “l’identité même de l’Union en tant qu’ordre juridique commun”.<sup>11</sup> Tout comme le droit à la non-discrimination, la liberté contractuelle est garantie par la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, et ni l’une ni l’autre n’est absolue. Il en résulte qu’un équilibre est peut-être à trouver entre ces deux prérogatives

<sup>7</sup> Considérant 4 directive 2000/78.

<sup>8</sup> *J.K.* cit. para. 76

<sup>9</sup> *Affaire C-356/21 J.K. c T.P. S.A.* ECLI:EU:C:2022:653, conclusions de l’AG Mme Čapeta, para. 109.

<sup>10</sup> Selon ce texte: “L’Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d’égalité, de l’État de droit, ainsi que de respect des droits de l’homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l’égalité entre les femmes et les hommes”.

<sup>11</sup> *Affaire C-156/21 Hongrie c Parlement européen et Conseil de l’Union européenne* ECLI:EU:C:2022:97 para. 127.

lorsqu'elles rentrent en conflit<sup>12</sup>. La question se pose tant, en matière d'emploi, pour prendre en compte certaines exigences professionnelles, que pour n'importe quel autre contrat au regard de la liberté contractuelle en général.

### III. L'ARTICULATION ENTRE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION POUR CAUSE D'ORIENTATION SEXUELLE ET PRISE EN COMPTE DES EXIGENCES PROFESSIONNELLES

Parce que la liberté contractuelle est également une valeur fondamentale de l'Union, le législateur européen a l'obligation de la prendre en considération lorsqu'il adopte une législation luttant contre les discriminations. Et précisément, il l'a fait dans la directive 2000/78, l'art. 4 permettant deux types de dérogations aux principes de non-discrimination pour tenir compte des exigences professionnelles.

En effet, l'art. 4(1) permet de mettre en balance le droit à la non-discrimination avec les exigences professionnelles. Selon ce texte, une différence de traitement fondée sur un motif discriminatoire peut être admise par la législation des États-membres, "lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée".

Une législation nationale peut donc autoriser, par exception, la considération de certains motifs normalement prohibés pour la sélection d'un candidat à l'emploi. Tel est par exemple le cas, en droit français, de l'art. R 1142-1 du code du travail qui, par exception au principe général de non-discrimination posé à l'art. L. 11-32-1 du même code, admet la discrimination à raison du sexe pour les acteurs, les mannequins ou les modèles. L'employeur est ainsi libre de sélectionner une femme pour porter des dessous féminins, ou pour jouer le rôle d'une mère par exemple. Cela paraît évident aujourd'hui, mais changera peut-être à mesure que les revendications des personnes transgenres sont entendues.

Ce qui posait un problème avec la loi polonaise, c'est qu'elle permettait une discrimination générale à raison de l'orientation sexuelle, et non pas au regard d'exigences professionnelles spécifiques tenant à la nature de l'activité en cause ou à ses conditions d'exercices. Ce faisant, cette législation affichait plutôt l'hostilité de l'État à l'égard de l'homosexualité. Or, cette hostilité ostensible à l'égard de l'homosexualité ne peut être admis dans une société pluraliste et démocratique. C'est la raison pour laquelle la CJUE s'est naturellement abstenue de tout contrôle de proportionnalité. En effet, faute d'objectif légitime poursuivi, il n'y a pas lieu de rechercher une éventuelle proportionnalité entre l'atteinte portée au droit à la non-discrimination et l'objectif poursuivi.

<sup>12</sup> S'agissant de deux prérogatives consacrées par la Charte des droits fondamentaux de l'UE, il convient selon l'art. 52 de ladite Charte de faire application du principe de proportionnalité.

En revanche, si la dérogation n'avait été permise que pour prendre en compte certaines exigences professionnelles, la Cour aurait dû se livrer à un contrôle de légitimité et de proportionnalité. Reste qu'en dehors des entreprises dites de tendance, on peut se demander quelle serait l'activité professionnelle susceptible de justifier, par sa nature ou ses conditions d'exercice, la prise en compte de l'orientation sexuelle du candidat au contrat.

En effet, cette caractéristique relève de la sphère personnelle la plus intime et n'a aucune répercussion sur l'aptitude professionnelle. Et il est douteux qu'une discrimination directe à raison de l'orientation sexuelle puisse être justifiée par les réticences de la clientèle.<sup>13</sup> Seule une discrimination indirecte pourrait être admise si elle est le résultat d'une politique de neutralité politique, philosophique et religieuse de l'employeur à l'égard de sa clientèle abstraitement envisagée,<sup>14</sup> à condition que cette politique soit véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique<sup>15</sup> ce qui ne saurait être le cas de restrictions ne concernant pas toute forme visible d'expression des convictions politiques, philosophiques ou religieuses.<sup>16</sup> En outre cette politique de l'employeur doit, pour être légitime, se limiter au strict nécessaire.<sup>17</sup>

Par ailleurs – et en lien avec le caractère nécessaire de la mesure – on pourrait avancer que le risque de troubles ou de violences dans l'entreprise ou l'organisation, en raison de l'hostilité ostensible des autres membres de l'entreprise, constitue une exigence professionnelle découlant des conditions d'exercice de la profession. Mais admettre la prévention d'un tel risque par une mesure restrictive revient *in fine* à faire primer le point de vue des personnes homophobes. Or, l'objectif de lutte contre les discriminations en raison de l'orientation implique d'imposer l'égalité de traitement contre l'avis même de la communauté dans l'espoir de faire évoluer les mentalités. Il appartient plutôt à l'employeur de mener une politique de formation et de sensibilisation à la lutte contre la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de mettre en place des dispositifs d'alerte et de protection.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Par analogie, Affaire C-188/15 *Asma Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH)* ECLI:EU:C:2017:204, qui dit pour droit que "L'article 4, paragraphe 1, de la 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, doit être interprété en ce sens 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 au sens de cette disposition".

<sup>14</sup> Par analogie avec Affaire C-157/15 *Samira Achbita* ECLI:EU:C:2017:203 para. 38.

<sup>15</sup> Affaire C-169/07 *Hartlauer* ECLI:EU:C:2009:141; Affaire C-341/08 *Petersen* ECLI:EU:C:2010:4 para. 53.

<sup>16</sup> Affaire C-804/18 *WABE eV* ECLI:EU:C:2021:594 para. 78.

<sup>17</sup> *WABE eV* cit. para. 86.

<sup>18</sup> Voir les recommandations du rapport réalisé pour la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE): C Falcoz *L'homophobie dans l'entreprise* (La documentation française 2008).

Il faut maintenant envisager le cas spécifique des entreprises dites de tendance,<sup>19</sup> visé à l'art. 4(2) qui autorise les législations nationales à admettre une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions pour les "activités professionnelles d'églises et autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions" lorsque "la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation". Dans deux décisions rendues en Grande chambre le 17 avril 2018, sur question préjudicielle de la Cour fédérale allemande du travail, la CJUE a confirmé la possibilité pour ce type d'entreprises reposant sur une éthique ou une doctrine particulière, de déroger au principe de non-discrimination, et de prendre en considération la religion ou les convictions d'une personne en matière d'emploi. Elle l'a fait d'ailleurs sur les deux aspects du texte puisque l'un des arrêts traite d'une discrimination à l'embauche<sup>20</sup> quand l'autre traite des relations de travail.<sup>21</sup>

Cependant, et comme le précise la Cour, il s'agit d'une possibilité particulièrement encadrée puisqu'un contrôle juridictionnel doit permettre de vérifier tant le respect des critères énoncés à l'art. 4(2)<sup>22</sup> – exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée – que du principe général de proportionnalité.<sup>23</sup> Cela implique que les juridictions doivent vérifier, "en contexte", s'il s'agit d'une "exigence nécessaire et objectivement dictée, eu égard à l'éthique de l'église ou de l'organisation concernée, par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause".<sup>24</sup> Plus précisément, il faut pouvoir caractériser "l'existence objectivement vérifiable d'un lien direct entre l'exigence professionnelle imposée par l'employeur et l'activité concernée".<sup>25</sup>

Encore une fois, la question ne se posait pas ici mais il serait intéressant de savoir ce qu'aurait jugé la CJUE si la législation polonaise avait ménagé l'exception tirée de l'orientation sexuelle pour les entreprises qui ont une certaine éthique ou une certaine doctrine au cœur de leur activité. Aurait-elle laissé le soin, à la cour de renvoi, d'apprécier le respect des

<sup>19</sup> Certains auteurs recourent à d'autres notions comme celle d'entreprise de conviction: M Sweeney, 'Les règles (civiles) de non-discrimination en raison de la religion', in B Callebat, H de Courrèges et V Parisot (dir), *Les religions et le droit du travail. Regards croisés, d'ici et d'ailleurs* (Bruylant 2017); ou d'entreprise identitaire: J Mouly, 'L'applicabilité des règles de droit du travail aux membres de l'organisation religieuse' (2018) *Revue du droit des religions* 87.

<sup>20</sup> Affaire C-414/16 *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* ECLI:EU:C:2018:257 (une diaconie de l'Église protestante d'Allemagne avait refusé d'engager la requérante pour une mission de recherche au motif qu'elle n'appartenait pas à cette église).

<sup>21</sup> Affaire C-68/15 *IR c. JQ* ECLI:EU:C:2018:696 (le requérant, médecin et chef du service de médecine interne de l'hôpital catholique IR, a été licencié pour s'être remarié alors que son premier mariage n'avait pas été annulé selon les règles du droit canon).

<sup>22</sup> *Vera Egenberger* cit. para. 59.

<sup>23</sup> *Ibid.* para. 68.

<sup>24</sup> *Ibid.* para. 69.

<sup>25</sup> *Ibid.* para. 63.

conditions d'admission des dérogations ou aurait-elle estimé que le motif tiré de l'orientation sexuelle n'est pas dans le champ de la dérogation ? L'hésitation est permise.

Bien que l'orientation sexuelle ne soit pas expressément visée par l'art. 4(2), on pourrait être tenté de soutenir que cette caractéristique personnelle peut heurter de front l'éthique ou la doctrine de certaines entreprises de tendance, au même titre que la religion ou les convictions, et peut-être même plus encore. En effet, selon les fonctions exercées et la doctrine affichée par l'entreprise, l'orientation sexuelle d'une personne y travaillant peut certainement être de nature à décrédibiliser l'organisation à l'extérieur<sup>26</sup> ou à jeter le trouble, en interne, parmi ses membres.<sup>27</sup> La raison d'être de la dérogation prévue à l'art. 4(2) pourrait ainsi justifier d'y inclure l'orientation quand bien même ce critère ne serait pas expressément prévu.

D'un autre côté, l'art. 4(2) constitue une exception au principe de non-dérogation. Il devrait donc en tant que tel faire l'objet d'une interprétation stricte voire restrictive<sup>28</sup> s'opposant à l'ajout d'un critère non expressément prévu par la directive au titre des dérogations envisageables. Cependant, la CJUE considère que l'art. 4(2) consacre l'autonomie des entreprises de tendance et qu'il a "pour objectif d'assurer un juste équilibre" entre cette autonomie et "le droit des travailleurs à ne pas faire l'objet (...) d'une discrimination". Il n'est donc plus question d'une exception à un droit mais d'une "mise en balance à laquelle il convient de procéder pour assurer un juste équilibre entre ces droits éventuellement concurrents".<sup>29</sup> L'interprétation téléologique de l'art. 4(2) n'est donc pas totalement exclue.

#### IV. L'ARTICULATION ENTRE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION ET LIBERTÉ CONTRACTUELLE EN GÉNÉRAL

Au-delà du contrat de travail, quelle portée peut-on donner à l'arrêt commenté concernant l'articulation entre liberté contractuelle en général et droit à la non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle du cocontractant ?

Aucun principe général de non-discrimination n'a actuellement été consacré en droit français des contrats. Au contraire même, n'importe quelle caractéristique personnelle du candidat au contrat semblent, dans l'imaginaire collectif, pouvoir être pris en considération pour la conclusion du contrat. D'ailleurs, la catégorie des contrats *intuitu personae* a spécialement été forgée pour désigner les contrats conclus en considération de la

<sup>26</sup> Pour la Cour, le lien entre l'exigence professionnelle et l'activité peut notamment résulter de la nécessité d'assurer une représentation crédible de l'église ou de l'organisation à l'extérieur de celle-ci: *Vera Egenberger* cit. para. 63.

<sup>27</sup> Notamment si la personne concernée participe à la détermination de l'éthique de l'église ou de l'organisation (*Vera Egenberger* cit. para. 63).

<sup>28</sup> La CJUE l'a déjà jugé à propos de l'art. 2(5) de la directive 2000/78 (*Petersen* cit. para. 60) et de l'art. 4(1) (Affaire C-447/09 *Prigge and others* ECLI:EU:C:2011:573 para. 72).

<sup>29</sup> *Vera Egenberger* cit. para. 50-52



personne.<sup>30</sup> La conclusion d'un contrat constitue ainsi une occasion privilégiée de traiter les candidats différemment selon leurs caractéristiques. Pourtant – et on ne l'enseigne pas assez – la considération de la personne ne peut pas reposer sur n'importe quel critère. En effet, la première limite à la liberté contractuelle vient du droit pénal. Et les limites tirées du droit européen s'imposent elles aussi.

Les arts 225-1 à 225-1-2 du code pénal français énoncent pas moins de 30 motifs discriminatoires, parmi lesquels l'orientation sexuelle, qui constituent autant de critères illicites pour justifier une différence de traitement entre les personnes. Et l'art. L. 225-2 du même code puni de trois ans de prison et de 45.000 euros d'amende "le fait de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service" sur la base de l'un de ces critères est puni.<sup>31</sup> La fourniture d'un bien ou d'un service étant le plus souvent ce qui est recherché avec la conclusion d'un contrat, il en résulte que la liberté contractuelle ne saurait être invoquée pour fonder la sélection du contractant sur la base d'un motif discriminatoire.

Même si cette interdiction est rappelée par certaines règles spéciales, comme en matière de bail à usage d'habitation par exemple,<sup>32</sup> il n'est pas inutile de rappeler qu'elle est générale et vaut pour n'importe quel contrat. En effet, le contrat constitue, de manière potentielle, le vecteur privilégié des discriminations<sup>33</sup> et malgré cette interdiction lourdement sanctionnée, le primat de la liberté contractuelle semble tellement intériorisé par les victimes de discriminations, que les actions en justice se font très rares.<sup>34</sup> Pourtant les données statistiques attestant de discriminations contractuelles ne manquent pas.<sup>35</sup>

Des voix se sont élevées pour qu'un principe général de non-discrimination soit consacré en droit des contrats,<sup>36</sup> et ce notamment pour rapprocher le droit français du droit de l'Union ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En effet, ces deux ordres juridiques reposent sur un principe de non-discrimination pour assurer l'égalité jouissance des droits qu'ils garantissent. D'ailleurs, à l'occasion de

<sup>30</sup> G Cornu, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant* (Presses universitaires de France 2015); M Contamine-Raynaud, *L'intuitus personae dans les contrats* (Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris 1974); A Hyde, 'Les clauses d'intuitu personae' in É Vergès (dir), *Contrats sur la recherche et l'innovation* (Dalloz 2018).

<sup>31</sup> Art. 225-2 du code pénal.

<sup>32</sup> Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

<sup>33</sup> Une décision de la Cour d'appel de Paris (Cour d'appel de Paris jugement du 12 novembre 1974 n. 1975) l'énonçait déjà, en 1974, à propos du bail d'habitation et de la discrimination raciale: "c'est précisément en matière de logement que l'esprit de discrimination raciale trouve l'occasion fréquente de se manifester".

<sup>34</sup> E Menuinia-Gordon, 'Le principe de liberté contractuelle, un frein à l'effectivité du droit de la non-discrimination dans l'accès au logement privé' (2016) *Revue des droits de l'homme* 9.

<sup>35</sup> Défenseur des droits, 'Fiche thématique sur le Logement' (2012) [defenseurdesdroits.fr](http://defenseurdesdroits.fr); Défenseur des droits et Organisation internationale du travail, 'La perception des discriminations dans l'emploi' (2020) [defenseurdesdroits.fr](http://defenseurdesdroits.fr).

<sup>36</sup> M Dréano, *La non-discrimination en droit des contrats* cit.

l'élaboration du cadre commun de référence, l'interdiction des discriminations en matière contractuelle avait été identifiée comme un principe essentiel de l'acquis communautaire en droit des contrats, et un chapitre entier lui était consacré dans le projet de cadre commun de référence.<sup>37</sup> Cette consécration ferait de la non-discrimination un principe de l'ordre public contractuel permettant de distinguer la considération licite des qualités du cocontractant, relevant de l'*intuitu personae*, de la considération illicite de sa personne. On peut donc regretter que le législateur français ne s'en soit pas inspiré lors de la réforme du droit des contrats.<sup>38</sup> Cela lui aurait notamment permis de mettre en balance le principe de liberté contractuelle avec le principe de non-discrimination.

Telle qu'elle résulte du droit pénal français, l'interdiction des discriminations est trop rigide et ne permet pas de prendre en compte les particularismes de chaque situation contractuelle. Pour répondre aux exigences des droits européens, qu'il s'agisse du droit de l'Union ou du droit conventionnel, il est nécessaire de faire application du principe de proportionnalité. Notamment, il y a lieu de tenir compte de l'objet du contrat pour vérifier si l'invocation d'un motif prohibé comme critère de sélection d'un cocontractant ne peut pas être justifiée par un motif légitime tiré de la protection d'un droit de celui qui exerce son choix.<sup>39</sup>

Supposons qu'une annonce sur *leboncoin.fr*<sup>40</sup> soit ainsi libellée : "Jeune femme, étudiante en école d'architecture à Paris, et propriétaire d'une petite maison à Aubervilliers, loue chambre pour un an renouvelable, à une autre femme également étudiante. La cuisine, le salon et la salle de bain sont à partager". Devrions-nous voir là une discrimination prohibée pénalement sanctionnée ? Où n'est-ce pas simplement l'exercice par la pollicitante de son droit à la vie privée qui comprend évidemment la liberté fondamentale de choisir de partager son quotidien avec une femme plutôt qu'avec un homme ?

De même, faudrait-il condamner un site de rencontres gays d'avoir exclu des clients ne présentant pas cette orientation sexuelle ? L'orientation sexuelle des utilisateurs du site ne fait-elle pas incontestablement partie de l'objet du contrat ? Où l'on voit que le motif illicite en matière de contrats relatifs à l'emploi peut devenir parfaitement justifié dans un autre domaine, ce qui restreint la portée de l'arrêt commenté.

Autrement dit, dans certaines situations et sous certaines conditions, il doit être possible de refuser un candidat au contrat sur la base d'un motif normalement illicite ce qui

<sup>37</sup> Art. II-2: 101-105.

<sup>38</sup> Tout comme nous avons pu regretter que la protection des droits fondamentaux n'intègre formellement pas les nouvelles dispositions du droit des contrats: A Hyde, 'Contrat et droits fondamentaux: propos critiques sur le 'membre fantôme' de l'article 1102 al. 2 nouveau du code civil' (2016) *Revue des droits et libertés fondamentaux* 20.

<sup>39</sup> Nous avons déjà, dans notre thèse, formulé l'idée selon laquelle l'objet du contrat constitue l'un des critères adéquats pour déterminer la mesure dans laquelle la liberté contractuelle peut porter atteinte à d'autres libertés: A Hyde, *Les atteintes à la liberté individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation* (IRJS 2016).

<sup>40</sup> Le *Bon coin* est le principal journal de petites annonces en France.

revient à défavoriser cette personne dans l'accès à un service ou à un bien pour un motif discriminatoire.

Comme souvent en droit des contrats, les situations sont extrêmement diverses et méritent qu'on les étudie finement, au regard de la finalité du contrat et de tous les intérêts en présence. S'il faut distinguer la considération licite des qualités du cocontractant, relevant de *l'intuitu personae*, de la considération illicite de sa personne, fondée sur un motif discriminatoire, cette distinction doit nécessairement se faire à l'aune de l'objet du contrat qui en constitue sa finalité. Là encore, on regrettera que la réforme du droit français des contrats ait balayé cette notion pourtant opérationnelle pour mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité.

