

La protection des droits fondamentaux

Antoine BAILLEUX

Avocat

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Emmanuelle BRIBOSIA

Professeure à l'ULB

Introduction

Les droits fondamentaux occupent désormais une place prépondérante dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Il n'est évidemment pas possible, dans les limites de cette contribution, de livrer un relevé exhaustif et systématique des textes et arrêts qui contribuent aujourd'hui à asseoir cette entreprise. C'est pourquoi nous avons pris le parti de concentrer notre analyse sur les deux *corpus* normatifs issus du droit de l'Union les plus régulièrement invoqués devant les juridictions nationales et européennes.

Le premier de ces textes, c'est la Charte des droits fondamentaux, qui, depuis son entrée en vigueur en 2009 constitue le texte de référence en matière de droits humains dans l'Union européenne. La Charte lie non seulement les institutions, organes et organismes de l'Union, mais aussi les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union – et même désormais, dans certains cas, les particuliers eux-mêmes (Section 1).

L'arsenal normatif relatif à la lutte contre les discriminations constitue notre second objet d'analyse. Le principe de non-discrimination est en réalité, si l'on fait abstraction du droit à la protection des données, le seul droit fondamental dont la protection rentre dans les compétences de l'Union. Celle-ci ne s'est pas privée de faire usage de ces compétences en adoptant, déjà dans les années 1970, des directives en matière d'égalité entre les femmes et les hommes. Cet arsenal fut complété, au tournant du millénaire, par une poignée de directives visant d'autres motifs de discrimination – race et origine ethnique, âge, handicap, orientation sexuelle, religion ou conviction – qui, une fois transposées dans les droits nationaux, ont donné lieu à un contentieux particulièrement abondant (Section 2).

Mais même ainsi resserré, l'objet d'analyse demeure extrêmement large. Il nous a donc fallu, avec une inévitable dose d'arbitraire, sélectionner les questions

et développements qui, en raison de leur récence ou de leur transversalité, nous paraissent les plus propres à intéresser le·la praticien·ne du droit – et occasionnellement, du droit européen.

Section 1

La Charte des droits fondamentaux

Entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 en même temps que le Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux a la même valeur juridique que les traités européens¹. Fruit d'un travail de codification de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice, ce texte se compose de cinquante-quatre articles divisés en sept parties. Portant chacune le nom d'une valeur (dignité, liberté, égalité, solidarité, citoyenneté, justice), les six premières parties de la Charte consacrent des droits, libertés et principes. Ce catalogue est résolument moderne (il rompt avec la présentation en générations de droits et, sur le papier, introduit quelques nouveautés telles que le droit à la protection des données personnelles), mais il s'en faut de beaucoup qu'il ait jusqu'ici révolutionné ou fait sensiblement progresser le droit européen ou international des droits de l'homme. Si la Cour de justice fait des prérogatives reconnues par la Charte une application sérieuse et déterminée, elle se garde néanmoins de tout activisme outrancier. Sa jurisprudence en ce domaine ne témoigne guère d'une ambition plus grande que celle de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, la « Cour eur. D.H. ») – ce serait parfois même l'inverse, comme nous le verrons.

La dernière partie de la Charte contient, quant à elle, quatre dispositions qui régissent l'interprétation et l'application de la Charte. Les trois premières d'entre elles (art. 51 à 53) sont véritablement cruciales pour la bonne compréhension de la Charte. Elles concentrent l'essentiel des controverses jurisprudentielles et doctrinales et sont grosses d'implications pratiques. Elles sont par ailleurs passablement complexes et étonnamment méconnues des ~~praticien·ne·s~~. Elles retiendront donc toute notre attention.

§ 1. Le champ d'application de la Charte (l'article 51)

L'article 51 de la Charte précise que celle-ci lie :

- les institutions, organes et organismes de l'Union (A) ;
- ainsi que les États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (B).

Il ressort par ailleurs de la jurisprudence que, dans certaines situations, les particuliers peuvent aussi être tenus au respect des droits fondamentaux inscrits dans la Charte (C).

¹ Art. 6, § 1^{er}, du Traité sur l'Union européenne (« T.U.E. »).

A. Les institutions, organes, organismes de l'Union

Que la Charte s'applique à tous les éléments de la « nébuleuse institutionnelle » n'a rien de surprenant ni de très mystérieux. Après tout, la Charte a précisément été adoptée dans le but de soumettre l'Union européenne dans toutes ses composantes au respect des droits fondamentaux – exactement comme les organes et organismes nationaux sont tenus au respect des catalogues de droit inscrits dans leur constitution nationale.

Si la règle est simple, son application ne l'est toutefois pas nécessairement. Deux exemples le démontrent. Le premier concerne le rôle de la Commission européenne dans l'adoption, par les États membres sous assistance financière, de mesures d'austérité budgétaire. La Commission est investie de cette mission, non pas par le droit de l'Union européenne au sens strict, mais par le traité instituant le Mécanisme européen de stabilité. Dès lors, la Commission est-elle tenue au respect de la Charte lorsqu'elle agit en dehors du champ d'application des traités UE et FUE ? La Cour a répondu par l'affirmative dans un arrêt *Ledra*, estimant que « la Charte s'adresse aux institutions de l'Union, y compris [...] lorsque celles-ci agissent en dehors du cadre juridique de l'Union »².

Le deuxième exemple concerne l'accord très controversé conclu avec la Turquie en vue d'endiguer les flux migratoires touchant l'Europe. Appelé à se prononcer sur la validité de cet accord, le Tribunal a considéré qu'il avait en réalité été conclu non pas par le Conseil européen de l'Union (qui réunit les chefs d'État et de gouvernement des États membres), mais bien par ces mêmes chefs d'État et de gouvernement au nom de leurs États respectifs. Le fait que cet accord ait été conclu en marge d'un sommet européen ne semble pas avoir été jugé déterminant par le Tribunal³. On ne saura jamais si la Cour aurait avalisé une interprétation aussi surprenante...

B. Les États membres

L'article 51 prévoit que la Charte lie les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Au premier abord, cette formulation peut surprendre. Le critère qu'elle institue (la « mise en œuvre du droit de l'Union ») semble, en effet, plus restrictif que celui qui fut classiquement utilisé par la Cour de justice pour déterminer le champ d'application des droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux, et en vertu duquel les États membres sont tenus au respect de ces droits dès lors qu'ils agissent « dans le champ d'application du droit de l'Union ».

La plupart des auteurs, cependant, se sont rapidement accordés pour dire que cette formulation sciemment ambiguë n'entendait pas revenir sur les acquis

² Arrêt du 20 septembre 2016, C-8/15 à C-10/15 P, EU:C:2016:701, pt 67. *A fortiori*, un protocole d'accord conclu par la Commission avec un État membre sur la base d'une disposition du T.F.U.E. est soumis au respect de la Charte (arrêt du 13 juin 2017, *Florescu*, C-258/14, EU:C:2017:448).

³ Ordonnance du 11 décembre 2018, QC c. *Conseil européen*, EU:T:2018:984.

jurisprudentiels et autorise la Cour à contrôler toute action des États membres qui se situe dans le champ d'application du droit de l'Union⁴. Les Explications⁵ *ad* article 51 semblaient accréditer cette position dès lors que, références jurisprudentielles à l'appui, elles exposent que « l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent *dans le champ d'application du droit de l'Union* » (nous soulignons).

Sans surprise, cette lecture de l'article 51 s'est vue confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice qui, au moins depuis son arrêt *Dereci*, répète que le critère applicable est bien celui du « champ d'application du droit de l'Union »⁶. En d'autres termes, toute mesure nationale qui relève du champ d'application du droit de l'Union doit également respecter les droits fondamentaux consacrés par cet ordre juridique. En revanche, la seule violation d'un droit fondamental ne suffit pas à attirer une situation donnée dans l'orbite du droit de l'Union et, par conséquent, à la soumettre au régime de protection des droits fondamentaux qu'il organise.

Les *dicta* de l'arrêt rendu dans l'affaire *Akerberg Fransson*⁷ font aujourd'hui autorité à cet égard et sont régulièrement répétés par la Cour : « les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations » (pt 19). Par conséquent, « il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte » (pt 21). À l'inverse, lorsqu'« une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence » (pt 22).

Les difficultés ne se dissipent toutefois pas lorsque l'on s'est mis d'accord sur le critère déterminant l'applicabilité de la Charte à l'égard des États membres. C'est que tout l'enjeu réside bien sûr dans la capacité à délimiter ce « champ d'application du droit de l'Union ». Ce halo d'incertitude n'empêche cependant pas d'esquisser une typologie des actes des États membres qui relèvent aujourd'hui du « noyau dur » du champ d'application du droit de l'Union et,

⁴ En ce sens, voy. entre autres E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.T.*, 2001, spéc. pp. 283-284 ; L. AZOULAI, « Art. II-113 », in L. BURGOGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOUD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 2, spéc. pp. 701-703 ; P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 210-213.

⁵ Il s'agit d'un commentaire article par article de la Charte réalisé par les président et vice-présidents de la convention qui a rédigé cette dernière, et qui doit être pris en considération lors de l'interprétation de celle-ci (*J.O.*, 14 décembre 2007, C 303, p. 17).

⁶ Arrêt du 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, pt 72. *Adde*, entre autres : arrêt du 22 octobre 2013, *Sabou*, C-276/12, EU:C:2013:678, pt 28 ; arrêt du 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, C-256/13, EU:C:2014:352, pt 54 ; arrêt du 27 mars 2014, *Torralbo Marcos*, C-265/13, EU:C:2014:187.

⁷ Arrêt du 26 février 2013, C-617/10, EU:C:2013:105.

partant, de la Charte⁸. Parmi les mesures nationales soumises au contrôle de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux figurent ainsi :

- les mesures d'exécution d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne, que cette exécution soit le fait d'une autorité judiciaire⁹ ou administrative¹⁰. Dans cette hypothèse, les autorités nationales agissent comme de simples agents chargés d'appliquer et de faire respecter les prescrits du droit de l'Union sans disposer de quelque pouvoir discrétionnaire que ce soit ;
- les mesures de transposition d'une directive européenne, après écoulement du délai de transposition. Le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'État membre dans ce cadre ne l'exonère pas du respect des droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique de l'Union¹¹ ;
- les mesures portant *prima facie* atteinte à une liberté économique de circulation¹². L'hypothèse est ici celle d'un acte – ou d'une omission d'agir – qui entrave l'exercice d'une des libertés de circulation consacrées dans le traité. La simple existence de cette gêne fait rentrer l'acte ou l'omission en question dans le champ d'application du droit de l'Union, et le ou la soumet donc au respect des droits fondamentaux de l'Union.

Au-delà de ce « noyau dur », la jurisprudence offre un visage très contrasté. Certains arrêts laissent entendre que relèverait du champ d'application du droit de l'Union toute mesure qui « appréhende une matière régie par » un acte de droit dérivé¹³ ou qui affecte – négativement¹⁴ ou positivement¹⁵ – l'effectivité du droit de l'Union.

Œuvrant en sens inverse, un autre courant jurisprudentiel inauguré par l'arrêt *Siragusa* prône une lecture plus modeste de l'article 51, selon laquelle « la notion de “mise en œuvre du droit de l'Union”, au sens de l'article 51 de la Charte, impose l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré,

⁸ Voy. aussi la classification éclairante proposée par D. SARMIENTO, « Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe », *C.M.L. Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 1267-1304.

⁹ Pour un exemple récent, voy. arrêt du 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

¹⁰ Pour un exemple récent, voy. arrêt du 12 juin 2014, *Peftiev*, C-314/13, EU:C:2014:1645.

¹¹ Pour un exemple récent, voy. arrêt du 29 juillet 2019, *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625 : « Dès lors que la transposition d'une directive par les États membres relève en tout état de cause de la situation, visée à l'article 51 de la charte [...], le niveau de protection des droits fondamentaux prévu par la Charte doit être atteint lors d'une telle transposition, indépendamment de la marge d'appréciation dont disposent les États membres lors de cette transposition. »

¹² Pour un exemple récent, voy. arrêt du 21 mai 2019 *Commission c. Hongrie (Usufruits sur terres agricoles)*, C-235/17, EU:C:2019:432. Il semble, en revanche, aujourd'hui acquis qu'une mesure qui, en vertu de la jurisprudence *Keck et Mithouard* (arrêt du 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, C-267 et 268/91, EU:C:1993:905), tombe en dehors du champ d'application de la libre circulation des marchandises, ne relève pas du domaine d'application de la Charte. L'arrêt *Karner* du 25 mars 2004 (C-71/02, EU:C:2004:181), **mais**, dix ans plus tard, l'arrêt *Pelckmans Turnhout* du 8 mai 2014 (C-483/12, EU:C:2014:304) **conclut**, fort logiquement, en sens inverse.

¹³ Arrêt du 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21.

¹⁴ Arrêt du 22 décembre 2010, *DEB*, C-279/09, EU:C:2010:811.

¹⁵ Arrêt du 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105.

dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre [...] ». Plus précisément, « pour déterminer si une réglementation [...] relève de la mise en œuvre du droit de l'Union [...], il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments :

- si elle a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union ;
- le caractère de cette réglementation ; et
- si celle-ci ne poursuit pas des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier ;
- ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter »¹⁶.

Un temps abandonnée, cette jurisprudence plus restrictive a récemment été réhabilitée dans un arrêt de grande chambre de la Cour de justice, selon lequel, « lorsque les dispositions du droit de l'Union dans le domaine concerné ne réglementent pas un aspect et n'imposent aucune obligation spécifique aux États membres à l'égard d'une situation donnée, la réglementation nationale qu'édicte un État membre quant à cet aspect se situe en dehors du champ d'application de la Charte et la situation concernée ne saurait être appréciée au regard des dispositions de cette dernière »¹⁷. Il est trop tôt pour déterminer si cet arrêt met une fois pour toutes un terme aux fluctuations jurisprudentielles observées jusqu'ici.

Pour l'heure, face à une jurisprudence hésitante, il n'est guère aisé de déterminer les situations qui, au-delà du noyau dur identifié ci-dessus, relèvent du champ d'application de la Charte. Deux balises semblent toutefois certaines. D'un côté, une mesure nationale ne doit pas nécessairement être fondée sur un acte de droit de l'Union pour tomber sous l'empire de la Charte¹⁸. De l'autre, « le seul fait qu'une mesure nationale relève d'un domaine dans lequel l'Union dispose de compétences ne saurait la placer dans le champ d'application du droit de l'Union et, donc, entraîner l'applicabilité de la Charte »¹⁹.

Force est toutefois de reconnaître qu'entre ces deux balises, il existe un éventail de mesures ou de situations dont le sort demeure incertain. C'est en particulier la nature et l'intensité du lien que la mesure nationale doit entretenir avec le droit dérivé qui restent sujettes à discussion.

Lorsque l'acte de droit interne – à portée générale ou individuelle – se voit *encadré* par une mesure européenne – c'est-à-dire lorsque cette dernière vient, d'une manière ou d'une autre, poser des conditions ou des modalités à suivre par les autorités nationales –, cet acte semble en principe relever du champ

¹⁶ Arrêt du 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13, EU:C:2014:126.

¹⁷ Arrêt du 19 novembre 2019, *TSN*, C-609/17, EU:C:2019:981, pt 53.

¹⁸ Arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz*, C-682/15, EU:C:2017:373.

¹⁹ Voy., entre autres, arrêt du 19 novembre 2019, *TSN*, C-609/17, EU:C:2019:981, pt 46 ; arrêt du 10 juillet 2014, *Hernández*, C-198/13, EU:C:2014:2055, pt 36.

d'application de la Charte²⁰. Mais cette règle n'est pas toujours appliquée avec constance²¹.

La situation est (encore) plus compliquée s'agissant des mesures nationales simplement *autorisées* par le droit de l'Union – la législation européenne s'y limite à consacrer ou reconnaître aux États membres le pouvoir de prendre certaines mesures. Dans certaines affaires, l'exercice d'une telle liberté relève du droit de l'Union²² et, au contact de la Charte, se voit même parfois transformé en *obligation* d'agir²³. Dans d'autres au contraire, le fait que le législateur reconnaisse à l'État membre une autonomie réglementaire conduit la Cour à exclure cette dernière du droit de l'Union²⁴. Cette dernière orientation a été retenue dans le dernier arrêt en date rendu sur cette question par la grande chambre de la Cour de justice²⁵.

Dans d'autres cas de figure encore, la mesure nationale n'est pas explicitement prévue par la législation européenne. Parfois, elle *complète* ou *prolonge* le régime juridique instauré par cette législation. De telles situations relèvent tantôt du champ d'application de la Charte, tantôt non²⁶. Le sort des mesures nationales qui se situent dans le *voisinage* de la législation européenne semble *a priori* plus simple à régler – elles échappent à la Charte²⁷. Mais ici encore, des contre-exemples existent²⁸.

Enfin, le tableau est encore compliqué par l'interprétation large de dispositions de droit *primaire* parfois retenue en vue de ramener dans l'orbite de la Charte des mesures qu'une jurisprudence orthodoxe aurait écartées. On épinglera en particulier deux évolutions à cet égard.

La première facilite le recours du citoyen européen – tantôt mobile, tantôt « sédentaire » – à la Charte. S'agissant du premier, c'est-à-dire celui qui a fait usage de son droit à la libre circulation, la Cour estime désormais, par une subtile combinaison des articles 18 (non-discrimination) et 21 (libre circulation des citoyens) T.F.U.E., que la décision de l'État membre d'accueil de l'extrader vers un État tiers relève du champ d'application du droit de l'Union²⁹.

²⁰ Voy. p. ex., à propos d'un acte à portée générale, arrêt du 6 octobre 2016, *Paoletti*, C-218/15, EU:C:2016:748 ; à propos d'un acte à portée individuelle, arrêt du 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, C-482/01 et C-493/01, EU:C:2016:748.

²¹ Voy. p. ex., à propos d'un acte à portée générale, arrêt du 15 septembre 2011, *Gueye et Sanchez*, C-483/09 et C-1/10, EU:C:2011:583 ; à propos d'un acte à portée individuelle, arrêt du 7 mars 2017, *X et X* (visas syriens), C-638/16, EU:C:2017:173.

²² Arrêt du 7 juillet 2016, *Muladi*, C-447/15, EU:C:2016:533.

²³ Arrêt du 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411/10, EU:C:2011:865, et arrêt du 16 février 2017, *C.K.*, C-578/16 PPU, EU:C:2017:127.

²⁴ Arrêt du 10 juillet 2014, *Hernandez*, C-198/13, EU:C:2014:2055.

²⁵ Arrêt du 19 novembre 2019, *TSN*, C-609/17, EU:C:2019:981.

²⁶ Comp. arrêt du 22 octobre 2013, *Sabou*, C-276/12, EU:C:2013:678, et arrêt du 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, C-256/13, EU:C:2014:352.

²⁷ Arrêt du 14 décembre 2017, *Ciurana*, C-243/16, EU:C:2017:969.

²⁸ Arrêt du 13 juin 2019, *Moro*, C-646/17, EU:C:2019:489.

²⁹ Arrêt du 6 septembre 2016, *Petruhhin*, C-182/15, EU:C:2016:630, et arrêt du 6 septembre 2017, *Schotthöffer*, C-473/15, EU:C:2017:633.

S'agissant des citoyens sédentaires, la Cour considère que la décision de priver un ressortissant d'un État membre de sa nationalité, en raison des effets qu'elle peut avoir sur les droits liés à la citoyenneté européenne, est également soumise à la Charte³⁰. Dans le même sens, pour déterminer si une mesure nationale prive un ressortissant de cet État « de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen européen » (au sens de la désormais célèbre jurisprudence *Ruiz Zambrano*) et, partant, viole l'article 20 T.F.U.E., la Cour tient désormais compte de l'effet d'une telle mesure sur les droits fondamentaux dudit ressortissant³¹.

La seconde évolution concerne spécifiquement le droit à une protection juridictionnelle effective. La Cour estime que ce droit, en tant qu'il est consacré à l'article 19 du T.U.E. (et pas seulement à l'article 47 de la Charte), a une portée plus large que celle prévue à l'article 51 de la Charte³². Greffé à l'article 19, ce droit vient désormais s'immiscer dans les relations entre les États membres et toutes leurs instances nationales qui peuvent être qualifiées de « juridictions » au sens du droit de l'Union. La Cour justifie cette extension par l'impact que toute entrave à l'exercice de la fonction juridictionnelle pourrait avoir sur le bon fonctionnement du droit de l'Union européenne. D'une part, ces juridictions sont les « premiers juges » du droit de l'Union, de sorte que la bonne application de ce dernier pâtirait du non-respect du droit à une protection juridictionnelle effective devant elles. D'autre part, des atteintes à ces droits pourraient mettre à mal le principe de « confiance mutuelle », clé de voûte de l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui implique une présomption (réfragable) de respect des droits fondamentaux par tous les États membres. Considérable, la portée exacte de cette jurisprudence reste cependant encore à préciser³³.

C. Les particuliers

À en croire l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, les autorités de l'Union européenne et les États membres sont les seuls débiteurs des droits et principes qui y sont consacrés. Les dispositions de la Charte ne semblent donc *a priori*

³⁰ Arrêt du 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104, et surtout arrêt du 12 mars 2019, *Tjebbes*, C-221/17, EU:C:2019:189.

³¹ Arrêt du 10 mai 2017, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354.

³² Inaugurée par l'arrêt du 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16, EU:C:2018:117), cette jurisprudence s'est vue confirmée par les arrêts *Vindel* (7 février 2019, C-49/18, EU:C:2019:106) et – surtout – *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)* (24 juin 2019, C-619/18, EU:C:2019:531) et *A.K.* (19 novembre 2019, C-585, C-624 et C-625/19, EU:C:2019:982).

³³ On peut ainsi se demander si le contenu de l'obligation de prévoir une protection juridictionnelle effective imposé par l'article 19 T.U.E. reprend l'ensemble des garanties consacrées à l'article 47 de la Charte. Une référence au « contenu essentiel » du droit à une protection juridictionnelle effective (arrêt *Commission c. Pologne* préc., pt 58) semble indiquer le contraire, mais paraît quelque peu contredite par la suite du raisonnement. En effet, après avoir considéré que l'exigence d'indépendance fait partie de ce contenu essentiel, la Cour n'hésite pas, en contrariété avec l'article 52, § 1^{er}, de la Charte, à se pencher sur l'éventuelle légitimité et proportionnalité des atteintes portées à cette exigence par la législation polonaise.

pas pouvoir être invoquées à l'encontre de *particuliers*³⁴. Cette conclusion paraît confirmée par le fait « que les particuliers ne peuvent pas non plus respecter la réserve légale prévue à l'article 52, paragraphe 1, de la charte ("Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi"). Cette condition, propre à un État de droit, et à laquelle sont subordonnées les atteintes aux droits fondamentaux, ne peut, par nature, s'adresser qu'à l'Union et à ses États membres en tant que représentants de la puissance publique »³⁵.

L'examen de la jurisprudence de la Cour de justice conduit cependant à sérieusement nuancer cette conclusion. Il en ressort en effet que l'absence d'effet direct horizontal de la Charte connaît au moins trois exceptions, que l'on présentera par ordre d'apparition dans les arrêts du Kirchberg.

Premièrement, il n'est pas contestable que certaines libertés de *circulation* jouissent, au moins dans une certaine mesure, d'un tel effet direct horizontal. La Cour a ainsi jugé que des dispositions du traité sur la liberté d'établissement³⁶, la libre circulation des travailleurs³⁷ et la libre prestation des services³⁸ pouvaient être invoquées à l'encontre d'organismes privés³⁹. Or ces libertés sont reprises à l'article 15, § 2, de la Charte. Dans le même sens, on rappellera que la Cour a, de longue date, conclu à l'applicabilité horizontale du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, consacré aux articles 157 du T.F.U.E. et 23 de la Charte⁴⁰. Il en résulte qu'au moins une poignée des droits consacrés à la fois dans les traités et dans la Charte jouissent depuis longtemps d'un certain degré d'horizontalité.

Ensuite, on observera que la Cour reconnaît déjà aux droits fondamentaux un effet direct horizontal dans les litiges qui les mettent aux prises aux libertés de circulation susmentionnées. La Cour admet en effet qu'un groupement de particuliers ou qu'un organisme privé puisse se prévaloir de l'exercice de ses droits fondamentaux pour justifier une atteinte à une liberté de circulation invoquée par *un autre particulier*⁴¹. Dans de telles circonstances, il est vrai, le droit fondamental fait simplement office de *bouclier*, de justification destinée à montrer que le droit de l'Union européenne n'a pas été violé.

³⁴ Contra, voy. concl. Av. gén. CRUZ VILLALÓN présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire C-176/12, *Association de médiation sociale*, non encore publiées au *Recueil*, pts 28-31.

³⁵ Concl. présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire C-282/10, *Dominguez*, non encore publiées au *Recueil*, pt 83.

³⁶ Arrêt du 19 février 2002, *Wouters*, C-309/99, EU:C:2002:98, pt 120 ; arrêt du 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, EU:C:2007:772, pt 33.

³⁷ Arrêt du 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, C-36/74, EU:C:1974:140, pt 17 ; arrêt du 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, pt 82 ; arrêt du 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, EU:C:2000:296, pt 31.

³⁸ Arrêt du 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, EU:C:2007:809, pt 98.

³⁹ Pour une timide ouverture à l'invocabilité directe horizontale de la libre circulation des marchandises, voy. arrêt du 12 juillet 2012, *Fra.bo*, C-171/11, EU:C:2012:453.

⁴⁰ Voy. arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne II*, C-43/75, EU:C:1976:56, pt 39.

⁴¹ Voy. arrêt du 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, EU:C:2007:772, pt 77 ; arrêt du 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, EU:C:2007:809, pt 103.

Enfin, et plus fondamentalement, on observera que, depuis une dizaine d'années, la Cour de justice a amorcé un processus de reconnaissance d'un effet direct horizontal « autonome » à certaines dispositions de la Charte. Déjà avant l'entrée en vigueur de cette dernière, dans son arrêt *Mangold*⁴², et juste après celle-ci, dans l'arrêt *Kücükdeveci*⁴³, la Cour avait reconnu aux particuliers le droit de se prévaloir du principe de non-discrimination sur la base de l'âge pour faire obstacle, dans un litige entre personnes privées, à l'application d'une mesure nationale qui y porterait atteinte. Longtemps cantonnée aux discriminations sur l'âge, cette jurisprudence a été récemment étendue non seulement à l'ensemble des discriminations visées à l'article 21 de la Charte⁴⁴, mais aussi au droit à une protection juridictionnelle effective consacré à l'article 47⁴⁵, et au droit au congé annuel payé garanti par l'article 31, § 2, de la Charte⁴⁶. La Cour de justice justifie l'octroi d'un tel effet direct horizontal à ces dispositions par le fait que celles-ci « se suffi[sent] à [elles-mêmes] et ne doi[ven]t pas être précis[es] par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel »⁴⁷. C'est sur ce fondement que la Cour a refusé de reconnaître un tel effet à l'article 27 de la Charte, relatif au droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise⁴⁸. Ce critère laisse songeur, car il semble recouper très largement celui, classique, de l'effet direct vertical. Faut-il dès lors en conclure que toutes les dispositions de la Charte dotées d'un tel effet (c'est-à-dire toutes sauf celles qui consacrent des « principes », comme nous le verrons plus bas) jouissent automatiquement de l'applicabilité horizontale⁴⁹ ? Faut-il à l'inverse considérer que coexistent désormais trois catégories de prérogatives au sein de la Charte (les droits verticaux et horizontaux ; les droits verticaux ; et les principes)⁵⁰ ? L'avenir nous le dira.

§ 2. La portée et l'interprétation de la Charte (l'article 52)

Il n'entre pas dans les ambitions de la présente contribution de faire un commentaire exhaustif de l'article 52 et de ses sept paragraphes⁵¹. Notre propos

⁴² Arrêt du 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709.

⁴³ Arrêt du 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21.

⁴⁴ Arrêt du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257. Sur cette affaire, voy. *infra*, **Section 2**.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Arrêts du 6 novembre 2018, *Bauer*, C-569 et C-570/16, EU:C:2018:871, et *Max Planck*, C-684/16, EU:C:2018:874.

⁴⁷ Arrêt du 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, pt 78.

⁴⁸ Arrêt du 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2.

⁴⁹ Avec, dans ce cas, une restriction de cet effet horizontal en fonction du « statut » du débiteur (en ce sens, voy. A. BAILLEUX, « L'effet direct horizontal des droits fondamentaux. Le critère du pouvoir-savoir, ligne claire de la jurisprudence ? », *R.A.E.*, 2019/2, pp. 329-334).

⁵⁰ En ce sens, voy. A. BAILLEUX, « La Cour de justice, la Charte des droits fondamentaux et l'intensité normative des droits sociaux », *R.D.S.*, 2014, n° 3, pp. 281-308.

⁵¹ Voy. A. BAILLEUX, « Portée et interprétation des droits et principes », F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 1287 et s.

se concentrera plutôt sur trois points spécifiques qui présentent un intérêt certain pour le praticien⁵², à savoir :

- les limitations admissibles aux droits fondamentaux ;
- la relation que la Charte entretient avec la Convention européenne des droits de l’homme (ci-après, « CEDH ») ;
- la distinction entre droits et principes.

A. Les limitations aux droits fondamentaux

À l’exception de certains droits indérogeables⁵², l’article 52, § 1^{er}, admet que des limitations soient imposées à l’exercice des droits et libertés reconnus par la Charte. La légalité de telles limitations est toutefois subordonnée à la triple condition qu’elles soient prévues par la loi, respectent le contenu essentiel desdits droits et libertés et, « dans le respect du principe de proportionnalité », soient « nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d’intérêt général reconnus par l’Union ou au besoin de protection des droits et libertés d’autrui ». Vu les limites de la présente contribution, le choix a été fait de se concentrer sur les deux premières exigences (exigence de légalité et respect du contenu essentiel), dans la mesure où, à l’inverse de la troisième, elles ne se sont véritablement développées dans la jurisprudence que depuis l’entrée en vigueur de la Charte.

1. L’exigence de légalité

Si l’exigence que toute limitation soit prévue par la loi a été introduite par la Charte, on la retrouve en revanche depuis longtemps dans bien d’autres systèmes de protection des droits fondamentaux, à commencer par celui de la Convention européenne des droits de l’homme. Sans surprise, la Cour de justice a d’ailleurs considéré, dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, que cette exigence impliquait que la limitation soit fondée sur une norme suffisamment claire, prévisible et accessible⁵³. En revanche, la question de savoir si la qualité de « loi » comporte davantage d’exigences que ce « minimum strasbourgeois » reste controversée. Certains arrêts récents semblent exiger que, dans certains cas au moins, la norme introduisant la limitation présente un caractère écrit *et* général⁵⁴. Par-delà ces qualités intrinsèques, la limitation doit-elle trouver son origine dans un acte législatif au sens procédural du terme ? La jurisprudence paraît répondre à cette question par la négative, à tout le moins en ce qui concerne

⁵² Le droit à la dignité humaine (« inviolable », selon l’article 1^{er}), l’interdiction de l’esclavage (qui ne tolère aucune limitation, selon les explications *ad* article 5), auxquels on peut sans doute ajouter le droit à la vie et l’interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (voy. arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, pt 80).

⁵³ Voy. not. arrêt du 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, pt 81 ; arrêt du 15 mars 2017, *Al Chodor*, C-528/15, EU:C:2017:213, pt 43.

⁵⁴ Arrêt du 15 mars 2017, *Al Chodor*, C-528/15, EU:C:2017:213, pts 42-45.

la conduite de la politique étrangère de l'Union⁵⁵. En ce qui concerne les actes purement internes, la Cour de justice n'a pas encore clairement arrêté sa position. Il semble, *a minima*, qu'elle requière une participation du Parlement européen, fût-ce en dehors d'une procédure législative au sens strict, en cas d'ingérence importante dans les droits fondamentaux⁵⁶.

2. Le respect du contenu essentiel

Bien connue de certains droits constitutionnels nationaux et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la condition relative au respect du « contenu essentiel » des droits fondamentaux demeure singulièrement floue. Comme le relèvent fort justement C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck, « si tout manquement à l'exigence de proportionnalité n'est pas nécessairement constitutif d'une atteinte à la substance d'un droit, toute atteinte à la substance d'un droit se traduira cependant et nécessairement par un manquement à l'exigence de proportionnalité, dès lors que l'on suppose que cette substance pèse, dans une balance des intérêts, nécessairement plus lourd que n'importe quel intérêt qui peut lui être opposé. En d'autres termes, l'"injustifiable *a priori*" sera toujours "injustifié *a posteriori*". À quoi bon, dès lors, vouloir en faire une catégorie juridique à part entière⁵⁷ ? »

Force est cependant d'observer qu'au moins dans certaines décisions, la Cour distingue soigneusement le contrôle du respect du contenu essentiel du contrôle de proportionnalité. Ainsi, dans son avis 1/15, la Cour constate d'abord l'absence d'atteinte au contenu essentiel du droit à la vie privée et du droit aux données à caractère personnel avant, dans un second temps, d'examiner si, *par ailleurs*, les limitations imposées à ces deux droits par l'accord entre l'Union européenne et le Canada relatif au transfert et au traitement des données des dossiers des passagers aériens sont aptes et nécessaires à la réalisation de l'objectif poursuivi⁵⁸. Dans l'arrêt *Schrems*, la Cour estime en revanche que la décision attaquée viole le contenu essentiel de ce droit, rendant inutile tout contrôle supplémentaire de proportionnalité⁵⁹.

La Cour reste cependant muette sur les critères permettant de déterminer le contenu essentiel des droits et libertés garantis par la Charte. Le risque

⁵⁵ À propos des « mesures restrictives » prévues par l'article 215 T.F.U.E., voy. l'arrêt du 13 septembre 2018, *Sberbank of Russia PAP c. Conseil*, T-732/14, EU:T:2018:541, pt 144 ; à propos de la conclusion d'accords internationaux sur la base de l'article 128, § 6, T.F.U.E., l'avis 1/15 du 26 juillet 2017, EU:C:2017:592, pt 145.

⁵⁶ C'est ce qui ressort peu ou prou d'une combinaison de la position arrêtée par la Cour (quoique sur une question de répartition des compétences, et non de violation de l'article 53) dans l'arrêt du 5 septembre 2012, *Parlement européen c. Conseil*, C-355/10, EU:C:2012:516, pt 77, et de la motivation apparaissant au point 146 de l'avis 1/15 précité. Pour une position maximaliste, voy. arrêt du 15 février 2016, *J.N.*, C-601/15 P, EU:C:2016:84, pt 51.

⁵⁷ C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK, « Art. 52-1 – Limitations aux droits garantis », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., p. 1256.

⁵⁸ Avis du 26 juillet 2017, EU:C:2017:592.

⁵⁹ Arrêt du 6 octobre 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650. Dans le même sens, arrêt du 18 juillet 2013, *Mark Alemo-Herron*, C-426/11, EU:C:2013:521.

d'arbitraire n'est donc pas négligeable. Or, si l'on peut s'accommoder d'un certain flou dans le cadre du contrôle des limitations aux droits et libertés (en raison du « garde-f(l)ou » que constitue le contrôle de proportionnalité), l'insécurité juridique s'avère plus dommageable lorsque le critère du « contenu essentiel » est exporté par la Cour pour servir d'autres desseins, que ce soit dans le cadre de la jurisprudence sur la confiance mutuelle⁶⁰ ou de l'interprétation novatrice de l'article 19 du T.U.E.⁶¹.

B. La relation avec la CEDH

Le paragraphe 3 de l'article 52 traite des relations entre la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme. Il fait de cette dernière une boussole (1) et un plancher (2) dans le cadre de l'interprétation de la Charte.

1. Une boussole – L'obligation d'interprétation conciliante

La première phrase du paragraphe 3 prévoit que, « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la [CEDH], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ».

À première vue, cette obligation de cohérence n'est ni surprenante ni mystérieuse. Elle s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour, qui a toujours pris en compte la Convention européenne des droits de l'homme dans le développement de son catalogue prétorien de droits fondamentaux. Les *Explications* identifient du reste elles-mêmes les articles de la Charte, dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles correspondants de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces dispositions recouvrent le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, le droit à la liberté et à la sûreté, le droit au respect de la vie privée, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression, le droit de propriété, la protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition, la présomption d'innocence et les principes de proportionnalité et de légalité des délits et des peines.

Les *Explications* listent par ailleurs une série de dispositions dont le sens est le même, mais la portée plus étendue que les articles correspondants de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi du droit de se marier et de fonder une famille, qui peut s'appliquer au mariage homosexuel lorsque cette forme de mariage est reconnue par le droit national ; de la liberté de réunion et d'association, qui est – mystérieusement – étendue « au niveau de l'Union » ; du droit à l'éducation, qui s'étend aussi à la formation professionnelle continue ; de la liberté d'enseignement, qui s'étend au « droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément

⁶⁰ Voy. arrêt du 25 juillet 2018, *LM*, C-216/18 P, EU:C:2018:586.

⁶¹ Voy. arrêt du 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, C-619/18, EU:C:2019:531.

à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques » ; du droit à un procès équitable dont la portée n'est pas réduite aux contestations relatives aux droits de caractère civil et aux accusations en matière pénale ; et du principe *ne bis in idem*, qui s'applique également entre les juridictions des États membres de l'Union. Les *Explications* ajoutent que les restrictions à l'activité politique des étrangers prévues à l'article 16 de la CEDH ne s'appliquent pas aux citoyens européens.

Si la Cour de justice de l'Union européenne a déjà fait appel, à de nombreuses reprises, à l'article 52, § 3, pour justifier l'interprétation d'une disposition de la Charte en conformité avec l'article correspondant de la Convention européenne des droits de l'homme, il est plus rare que les juridictions de l'Union exploitent la deuxième liste de dispositions « correspondantes » dressée par les *Explications*, celle reprenant les articles de la Charte dont le sens est le même mais dont la portée est plus étendue que celle des articles homologues de la Convention européenne des droits de l'homme⁶². Par ailleurs, dans de nombreux arrêts, les juges de Luxembourg font référence aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme sans pour autant citer l'article 52, § 3, de la Charte⁶³, parfois même en dehors des listes de dispositions correspondantes établies par les explications⁶⁴.

De manière générale, sa jurisprudence reflète le souci de la Cour de justice de l'Union européenne de s'inscrire dans le sillage de son homologue strasbourgeoise. Le recours aux lumières de la Convention européenne des droits de l'homme est ainsi opéré tantôt en faveur d'une interprétation restrictive⁶⁵, tantôt en soutien d'une lecture extensive⁶⁶ de la disposition correspondante de la Charte. L'article 52, § 3, s'apparente ainsi à un garant des bonnes relations entre les deux Cours, ce que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas manqué d'observer en invoquant cette disposition à l'appui de sa fameuse « présomption Bosphorus », en vertu de laquelle elle considère que la protection des droits fondamentaux assurée par l'ordre juridique de l'Union est en principe équivalente à celle assurée par la Convention⁶⁷. Elle a ainsi rappelé qu'elle « est d'autant plus attentive au respect de la règle énoncée à l'article 52, § 3, de la Charte des droits fondamentaux que l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne [...] a donné à cette Charte la même valeur juridique que celle des traités »⁶⁸.

⁶² Voy. cependant les arrêts du 12 juin 2014, *Intel c. Commission*, T-186/09, EU:T:2014:547, et du 22 septembre 2017, *Ardic*, C-571/17 PPU, EU:C:2017:1026, à propos du droit à un procès équitable et, à propos du principe *ne bis in idem*, l'arrêt du 5 juin 2014, *M*, C-398/12, EU:C:2014:2006.

⁶³ Voy. p. ex. arrêt du 17 juin 2015, *Deutsche Bahn c. Commission*, C-583/13 P, EU:C:2015:404.

⁶⁴ Voy. p. ex. arrêt du 4 octobre 2012, *Byankov*, C-249/11, EU:C:2012:608, pt 47, à propos de la liberté de circulation consacrée à l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH.

⁶⁵ Voy. p. ex. arrêt du 27 février 2014, *Ezz c. Conseil*, T-256/11, EU:T:2014:93 ; arrêt du 5 avril 2017, *Orsi*, C-217/15, EU:C:2017:264 ; arrêt du 5 juin 2018, *Kolev et al.*, C-612/15, EU:C:2018:392.

⁶⁶ Voy. p. ex. arrêts du 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832 ; du 5 juin 2014, *M*, C-398/12, EU:C:2014:2006 ; du 15 mars 2017, *Al Chodor*, C-528/15, EU:C:2017:213.

⁶⁷ Le renvoi à l'article 52, § 3, est explicite dans l'arrêt *Bosphorus* lui-même (30 juin 2005, req. n° 45036/98, pt 80).

⁶⁸ Cour eur. D.H., 23 mai 2016, *Avotins c. Lettonie* (req. n° 175/02), pt 103.

On se gardera toutefois d'en conclure que les juges du Kirchberg se considèrent totalement liés par les prises de position de la Cour européenne des droits de l'homme ou qu'ils s'y conforment toujours parfaitement.

La Cour de justice n'a de cesse de répéter que la Convention européenne des droits de l'homme « ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union », de sorte qu'elle ne saurait servir directement au contrôle de la validité d'un acte de droit dérivé⁶⁹ ou de la compatibilité d'une règle de droit interne⁷⁰. Pour cette même raison, la Cour n'entend pas jouer les « gendarmes » pour le compte de Strasbourg en rappelant les États membres à leurs obligations envers la Convention européenne des droits de l'homme. Elle estime, fort logiquement du reste, que « le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette convention et une règle de droit national »⁷¹.

Mais la Cour s'est déjà montrée plus explicite dans ses velléités d'autonomie. Elle n'a ainsi pas manqué de souligner qu'aux termes mêmes des *Explications ad* article 52, l'obligation d'interpréter les dispositions de la Charte au regard des articles correspondants de la Convention européenne des droits de l'homme doit être assurée « sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne »⁷². Dans la même perspective, un de ses avocats généraux a pu estimer que « la conception de la condition d'être "prévues par la loi" de la Cour doit, compte tenu des dispositions de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, être *proche* [on mesure toute la nuance que recèle cet adjectif] de celle défendue par la Cour européenne des droits de l'homme »⁷³. De manière plus frontale, un avocat général a reconnu que la Cour européenne des droits de l'homme « ne définira pas toujours l'équilibre entre les exigences de la protection des droits fondamentaux, d'une part, et les impératifs de l'intérêt général ou des intérêts économiques, d'autre part, exactement de la même manière que notre Cour l'a fait jusqu'à présent dans sa jurisprudence », considérant qu'une adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme « pourrait parfaitement entraîner un glissement d'accent, par exemple, dans

⁶⁹ Voy. p. ex. C.J.U.E., C-601/15, *N*, 15 février 2016, EU:C:2016:84 ; C-543/14, *Ordre des barreaux francophones et germanophone et al.*, 28 juillet 2016, EU:C:2016:605, pt 23 ; C-398/13 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, 3 septembre 2015, EU:C:2015:535, pt 45 ; C-428/16, *Liga van Moskeeën*, 29 mai 2018, EU:C:2018:335 ; C-258/16, *UBS Europe*, 24 avril 2018, EU:C:2018:715 ; C-18/16, *K*, 14 septembre 2017, EU:C:2017:680.

⁷⁰ Voy. p. ex. C.J.U.E., C-218/15, *Paoletti*, EU:C:2016:748, pt 21.

⁷¹ C.J.U.E., C-617/10, *Åkerberg Fransson*, 26 février 2013, EU:C:2013:105, pt 44 ; C-571/10, *Kamberaj*, 24 avril 2012, EU:C:2012:233, pt 62.

⁷² C.J.U.E., C-601/15, *N*, 15 février 2016, EU:C:2016:84, pt 47 ; C-18/16 *K*, 14 septembre 2017, EU:C:2017:680, pt 50 ; C-524/16, *Menci*, 20 mars 2018, EU:C:2018:197, pt 23.

⁷³ Concl. présentées le 12 décembre 2013 par l'avocat général CRUZ VILLALÓN dans l'affaire C-293/12, *Digital Rights Ireland*, EU:C:2013:845, pt 109.

la relation entre les droits fondamentaux et les libertés fondamentales du marché intérieur européen »⁷⁴.

C'est cette perspective de l'adhésion qui a poussé la Cour de justice à réaffirmer, dans les termes les plus explicites, les spécificités de l'ordre juridique de l'Union européenne qui rendaient ce dernier peu compatible avec certains standards jurisprudentiels développés par la Cour de Strasbourg⁷⁵. Dans son fameux avis 2/13, la Cour épingle notamment deux développements jurisprudentiels récents, inhérents, selon elle, à l'autonomie du droit de l'Union, qui risqueraient de ne pas survivre à une adhésion.

Le premier de ces développements concerne l'article 53 de la Charte, interprété par la Cour de justice comme **ne** permettant pas aux États membres d'assurer un niveau de protection des droits fondamentaux plus élevé que celui garanti par l'ordre juridique de l'Union **que** dans la mesure où l'application de tels standards nationaux **ne** compromet pas la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union⁷⁶. On reviendra plus loin sur cette jurisprudence, mais force est d'ores et déjà d'observer qu'elle contraste singulièrement avec l'interprétation donnée de l'article 53 de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme.

Le second courant jurisprudentiel auquel fait référence la Cour concerne le principe de « confiance mutuelle », qui « permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures » et « impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun [des États membres] de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit »⁷⁷. Il n'est pas question d'examiner dans le détail cette jurisprudence, qui fait l'objet d'une analyse dans une autre contribution à cet ouvrage (voy. la contribution d'E. Ni Chaoimh et C. Rizcallah). On se contentera d'observer que l'ADN intégrationniste de la Cour de justice (qui l'amène à promouvoir la confiance mutuelle, le cas échéant au détriment d'atteintes marginales aux droits fondamentaux) entre ici en tension avec la perspective « garantiste » propre à la Cour européenne des droits de l'homme. Si les deux cours s'efforcent de faire converger leurs jurisprudences, force est d'observer que leur point de départ n'est pas exactement le même. Entre Strasbourg et Luxembourg, la différence d'accent – et de méthodologie⁷⁸ – demeure palpable...

⁷⁴ Prise de position présentée le 13 juin 2014 par l'avocat général Kokott dans la procédure d'avis 2/13, EU:C:2014:2475, pt 206.

⁷⁵ Avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454.

⁷⁶ Arrêt du 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107 ; arrêt du 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105 ; arrêt du 11 septembre 2014, A C-112/13, EU:C:2014:2195.

⁷⁷ Avis 2/13, 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, pt 191.

⁷⁸ En ce sens, voy. J. CALLEWAERT, « Do we still need Art. 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession of the ECHR and its consequences », *C.M.L. Rev.*, vol. 55, 2018, spéc. pp. 1633-1707. Le président de la Cour de justice a, en revanche, une lecture plus harmonieuse des jurisprudences strasbourgeoise et

Enfin, par-delà ces prises de position explicites, force est d'observer que, sur plusieurs sujets, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne cadre pas parfaitement avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais les différences sont généralement subtiles, et n'ont pas été formellement reconnues par les juridictions des deux Europe⁷⁹.

2. Un plancher – La possibilité d'accorder une protection plus étendue

La dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 52 précise que « cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue [que la CEDH] ». Cette disposition est cohérente avec l'article 53 de la CEDH, qui fait de cette dernière le « plancher » des standards européens en matière de droits de l'homme, autorisant les États parties à faire preuve de davantage de générosité dans la protection des libertés fondamentales.

On observera que cette autorisation d'« aller plus haut » est accordée tant au législateur qu'au juge de l'Union⁸⁰. S'agissant du premier, il semble bien

luxembourgeoise : K. LENAERTS, « La vie après l'avis : *exploring the principle of mutual (yet not blind) trust* », *C.M.L. Rev.*, vol. 54, 2017, pp. 805-840, spéc. pp. 822-838.

⁷⁹ Sur la question du port du voile sur le lieu du travail, certains auteurs considèrent que les arrêts *G4S Secure Solutions* (14 mars 2017, C-157/15, EU:C:2017:203) et *Boungaoui* (14 mars 2017, C-188/15, EU:C:2017:204) de la Cour de justice sont difficilement réconciliables avec l'arrêt *Eweida and others v. United Kingdom* (req. n° 48420/10 e.a.) du 15 janvier 2013 de la Cour européenne des droits de l'homme. On songe également au principe *ne bis in idem* reconnu à l'article 50, pour l'interprétation duquel la Cour de justice de l'Union européenne a longtemps rechigné à se référer à la disposition correspondante de la Convention européenne des droits de l'homme (l'article 4 du protocole n° 7), peut-être parce que, comme le suggérait l'avocat général Cruz Vilallón dans l'affaire *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2012:340), cette disposition n'a pas été ratifiée par tous les États membres (sur ceci, voy. A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin – À propos des arrêts *Stefano Melloni* et *Åkerberg Fransson* de la Cour de justice », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, n° 97, pp. 215-252). Des divergences entre les deux cours sont apparues sur la question délicate du cumul des sanctions administratives (mais dotées d'une « coloration pénale ») et pénales. Si l'une et l'autre n'excluent pas par principe un tel cumul, elles l'assortissent des conditions qui ne sont pas exactement identiques (comp. l'arrêt *A et B c. Norvège* [req. n° 24130/11 e.a.] rendu le 15 novembre 2016 par la Cour européenne des droits de l'homme et les arrêts rendus le 20 mars 2018 par la grande chambre de la Cour de justice dans les affaires *C-524/15, Menci* [EU:C:2018:197], *C-537/16, Garlsson* [EU:C:2018:193] et *C-596 et C-597/16, Di Puma* [EU:C:2018:192]). Dans un tout autre domaine, relevons enfin quelques « écarts » qui émaillent la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la politique de l'asile. Premièrement, évoquant la jurisprudence strasbourgeoise selon laquelle « la décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'État contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3, mais seulement dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militent contre l'expulsion sont impérieuses » (arrêt *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, req. n° 26565/05, pt 42), la Cour de justice estime que ces cas exceptionnels ne concernent que les éloignements générant un « préjudice irréparable » lié à une « détérioration irréversible » de l'état de santé du requérant, condition que l'on ne trouve pas sous la plume de Strasbourg (arrêt du 18 décembre 2014, *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453). La Cour va par ailleurs jusqu'à interdire aux États membres de mettre en œuvre la jurisprudence strasbourgeoise précitée dans le cadre de la protection subsidiaire – pourtant fondée sur une harmonisation minimale – organisée par la directive 2004/83 (arrêt du 18 décembre 2014, *M'Bodj*, C-542/13, EU:C:2014:2452 ; comp. arrêt du 24 avril 2018, *MP*, C-353/16, EU:C:2018:276). Épinglons encore l'arrêt qui, en validant une disposition de droit dérivé autorisant la rétention d'un demandeur d'asile pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, prend quelques libertés avec l'article 5, § 1^{er}, f), de la CEDH et la jurisprudence de la Cour y relative (entre autres, *Nabil et autres c. Hongrie*, 22 septembre 2015, req. n° 62116/12, pt 29) (arrêt du 15 février 2016, *J.N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84).

⁸⁰ C. LADENBURGER parle ici d'une « *constructive ambiguity* » : « *the UK understood them as referring merely to Union legislation [...]; others meant it to cover primary law, including the Charter itself possibly interpreted*

qu'il ait déjà exploité cette possibilité. À titre d'exemple, on mentionnera l'article 28 du Règlement « Dublin III », qui subordonne la rétention d'une personne dans le cadre d'une procédure de transfert ou d'extradition à l'existence d'un « risque non négligeable de fuite », condition absente de la jurisprudence strasbourgeoise⁸¹. La Cour de justice estime qu'il en va de même de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial, qui impose aux États des obligations plus étendues que celles déduites de la Convention européenne des droits de l'homme (et de la Charte)⁸². En revanche, les juges de Luxembourg n'ont pas encore explicitement eu recours à cette faculté de dépassement de la Convention européenne des droits de l'homme, malgré les exhortations de certains avocats généraux⁸³.

C. La distinction entre droits et principes

L'article 52, § 5, introduit une distinction critiquée et ambiguë entre *droits* et *principes*. Selon ce paragraphe, « les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

Cette distinction, qui s'enracine dans les traditions constitutionnelles de certains États membres⁸⁴, a été introduite pour apaiser les craintes de certains gouvernements (Royaume-Uni en tête) quant à la justiciabilité des droits sociaux. Si elle a porté ses fruits sur le plan politique, cette distinction est néanmoins d'application malaisée. Elle pose la question de l'identification des principes (1) et celle du régime juridique qui leur est associé (2).

1. L'identification des principes

La Charte ne procède pas elle-même à l'identification de ses dispositions qui contiennent des principes en lieu et place de droits. Quant aux *Explications*,

by the Court of Justice » (« Fundamental Rights and Citizenship of the Union », in G. AMATO, H. BRIBOSIA et B. DE WITTE (dir.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 329).

⁸¹ Sur ce point, voy. concl. présentées le 10 novembre 2016 par l'avocat général SAUGMANDSGAARD dans l'affaire *Al Chodor*, C-528/15, EU:C:2016:865.

⁸² Arrêt du 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03, EU:C:2006:429.

⁸³ Voy. p. ex. concl. présentées le 11 octobre 2016 par l'avocat général BOBEK dans l'affaire *Milev*, C-439/16 PPU, EU:C:2016:760, pts 67-77 ; concl. présentées le 18 octobre 2012 par l'avocat général SHARPSTON dans l'affaire *Radu*, C-396/11, EU:C:2012:648, pts 79-86. Pour un exemple de refus de recours à cette clause, voy. concl. de l'avocat général KOKOTT présentées le 14 avril 2011 dans l'affaire *Solvay*, C-110/10 P, EU:C:2011:257, pt 101, et concl. présentées par le même avocat général le 18 avril 2013 dans l'affaire *Schindler Holding c. Commission*, C-501/11 P, EU:C:2013:248, pt 151.

⁸⁴ Cette distinction a été retenue à l'instigation de Guy Braibant, qui défendait que les « principes », à l'instar des objectifs de valeur constitutionnelle en droit français, constituaient des « objectifs à l'encontre desquels les autorités communautaires ne devraient pas aller » (G. BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », *Droit social*, 2001, p. 69).

elles ne fournissent guère que des indications partielles. Elles mentionnent à titre illustratif « les articles 25 [droit des personnes âgées], 26 [intégration des personnes handicapées] et 37 [protection de l'environnement] ». Il est précisé, de surcroît, que, « [d]ans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe : par exemple, les articles 23 [égalité entre les hommes et les femmes], 33 [vie familiale et professionnelle] et 34 [sécurité sociale et aide sociale] ». Sur la base des *Explications* se rapportant à chaque disposition prise individuellement, on peut ajouter à la liste des principes la protection de la santé (art. 35), l'accès aux services d'intérêt économique général (art. 36) et la protection des consommateurs (art. 38).

Mais qu'en est-il des autres dispositions de la Charte ? Quel est le critère susceptible de différencier un droit d'un principe ? Si la Cour ne s'est pas encore prononcée sur cette question délicate, certains avocats généraux l'ont abordée de front⁸⁵. Selon ceux-ci, le libellé même de la disposition en cause contient des indications utiles à cet égard. Ainsi, l'utilisation du terme « droit » dans la disposition elle-même est révélatrice de l'existence d'un droit. À l'inverse, le renvoi aux « conditions prévues par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales » laisse penser que la disposition en cause consacre un principe. Il en va de même des dispositions qui « sont formulées dans le sens d'une garantie de droit objectif, à savoir que les droits qu'elle confère sont "reconnus" ou "respectés" »⁸⁶. Plus délicate en revanche semble être la prise en compte d'une donnée systémique liée à la partie de la Charte dans laquelle s'insère la disposition concernée. On peine ainsi à se rallier à la proposition de l'avocat général Cruz Villalón qui, parlant des dispositions regroupées sous le titre « Solidarité » de la Charte, considère qu'« il existerait une forte présomption d'appartenance des droits fondamentaux visés dans ce titre à la catégorie de "principes" », eu égard à la substance et au contenu desdits droits (sociaux)⁸⁷. Avec K. Lenaerts, on notera ainsi que le titre « Solidarité » reprend un certain nombre de droits formulés comme tels, et notamment le droit d'accès aux services de placement, le droit à des conditions de travail justes et équitables et le droit à un congé parental et à un congé de maternité⁸⁸.

Plus de quatre ans après l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour s'est enfin résolue à faire application de la catégorie des principes dans l'affaire *Glatzel*⁸⁹. La Cour y qualifie de « principe » l'intégration des personnes handicapées. Elle omet cependant de justifier cette qualification, si ce n'est par une référence laconique et indirecte aux *Explications* portant sur les articles 26 et 52, § 5,

⁸⁵ Voy. not. concl. présentées le 8 septembre 2011 par l'avocat général TRSTENJAK dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2011:559, pts 75-79 ; concl. de l'avocat général CRUZ VILLALÓN présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2013:491, pts 50-56.

⁸⁶ Concl. préc. Av. gén. TRSTENJAK dans l'affaire C-282/10, *Dominguez*, pt 76.

⁸⁷ Concl. préc. Av. gén. CRUZ VILLALÓN dans l'affaire C-176/12, *Association de médiation sociale*, pt 55.

⁸⁸ K. LENAERTS, « La solidarité ou le chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 217-236, spéc. pp. 225-227.

⁸⁹ C-356/12, *Glatzel*, 22 mai 2014, EU:C:2014:350.

de la Charte, qui rangent résolument l'intégration des personnes handicapées dans la catégorie des « principes ». Ce faisant, la Cour fait preuve d'un zèle remarquable à l'endroit des articles 6, § 1^{er}, du T.U.E., et 52, § 7, de la Charte qui l'enjoignent simplement à « prendre dûment en considération » lesdites *Explications* dans l'interprétation et l'application de la Charte.

Si l'on peut comprendre l'attitude prudente de la Cour, force est cependant d'observer que cette méthode ne fournit aucune indication quant au critère d'identification d'un principe en dehors des cas traités expressément par les *Explications* annexées à la Charte. Or la nécessité d'un tel critère devient d'autant plus pressante que surgissent des positions contradictoires à l'égard d'une même disposition de la Charte. Ainsi du droit au congé annuel, que le Tribunal range péremptoirement du côté des principes⁹⁰ un mois après que la Cour lui eut reconnu un effet direct horizontal au motif qu'il « revêt [...], quant à son existence même, un caractère tout à la fois impératif et inconditionnel, cette dernière ne demandant en effet pas à être concrétisée par des dispositions du droit de l'Union ou de droit national »⁹¹. L'insécurité juridique est patente.

2. La justiciabilité des principes

Une fois déterminée la liste des principes contenus dans la Charte, encore faut-il s'entendre sur leur densité normative. Rappelons que l'article 51 de la Charte enjoint à l'Union et ses États d'« observe[r] les principes », tandis que l'article 52, § 5, prévoit que « [le]s dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

Pour sibyllines que soient ces dispositions, il semble au minimum en ressortir que les principes ne sont pas des « épées »⁹² : ils « ne donnent pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres » (*Explications ad* article 52, § 5). En revanche, il apparaît que ces principes peuvent être invoqués en justice en vue de l'interprétation et du contrôle des mesures nationales et des actes de droit dérivé qui les mettent en œuvre. On reconnaîtra qu'ainsi interprétée, la densité normative des principes est relativement limitée. Il est en effet quelque peu circulaire, voire absurde, de considérer que les seuls actes susceptibles d'être

⁹⁰ Arrêt du 4 décembre 2018, *Francisco Carreras Sequeros c. Commission*, T-518/16, EU:T:2018:873, pt 99.

⁹¹ Arrêt du 6 novembre 2018, *Bauer*, C-569 et C-570/16, EU:C:2018:871, pt 85.

⁹² O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81-117, spéc. p. 113.

invalidés pour violation d'un principe sont ceux qui visent justement à leur donner une consistance. C'est pourquoi certains auteurs, s'appuyant notamment sur les références jurisprudentielles incluses dans les *Explications ad* article 52, § 5, ont considéré que les principes sont également invocables à l'encontre de tout acte qui y porte directement ou indirectement atteinte, quand bien même cet acte n'en constituerait pas la mise en œuvre au sens strict⁹³.

À ce jour, seul l'arrêt *Glatzel* précité, relatif à l'intégration des personnes handicapées (art. 26 de la Charte), fournit quelques indications quant au régime juridique applicable aux principes⁹⁴. Il développe un raisonnement en deux temps. Il retient d'abord une interprétation très large de la notion de « mise en œuvre », laissant peu ou prou entendre qu'un acte de droit dérivé tombe sous le champ d'application d'un principe dès qu'il contient une référence à ce droit. Cette audace interprétative n'est toutefois pas suivie d'effet. Après avoir conclu que la directive 2006/126 – dont la validité était mise en cause – tombe dans l'orbite de l'article 26 de la Charte, la Cour note que « le principe consacré à cet article n'implique pas, en revanche, que le législateur de l'Union soit tenu d'adopter telle ou telle mesure particulière. En effet, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être concrétisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. Par conséquent, ledit article ne saurait, en lui-même, conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » (pt 78). La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 26.

La Cour subordonne ainsi le contrôle de conformité à un principe à la présence de trois normes de niveau distinct : 1° le principe inscrit dans la Charte lui-même ; 2° des dispositions du droit de l'Union ou du droit national concrétisant ledit principe ; et 3° l'acte national ou européen mis en cause, lequel doit « mettre en œuvre » le principe en question. Ce faisant, la Cour considère que ce n'est que lorsqu'ils sont combinés à un acte de « niveau (2) » que les principes peuvent faire office de norme de contrôle. Seuls, en revanche, ils sont dénués de tout effet direct.

En subordonnant la justiciabilité des « principes fondamentaux » à l'existence de mesures de concrétisation, la Cour soulève deux questions. La première concerne la plus-value normative desdits principes. Si l'on fait abstraction de leur rôle de « boussole interprétative », à quoi servent-ils encore⁹⁵ ? À rien en amont de la concrétisation puisqu'à lire l'article 52, § 5, les principes « peuvent » simplement faire l'objet de mesures de mise en œuvre et ne sont

⁹³ Voy. S. PEERS et S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 1510 ; L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 688 ; O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 113 ; A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in S. VAN DROOGHENBROECK et P. WAUTELET (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement. Questions choisies d'actualité*, Bruxelles, Anthemis, 2012, pp. 73-151.

⁹⁴ Pour un commentaire et une tentative de réécriture de cet arrêt, voy. A. BAILLEUX et I. HACHEZ, « Another look at *Glatzel* », in E. BREMS et E. DESMET (eds.), *Rewriting Human Rights*, Edward Elgar, 2017 (à paraître).

⁹⁵ Dans le même sens, voy. N. CARIAT, *op. cit.*, p. 496.

donc la source d'aucune obligation positive dans le chef de leurs destinataires⁹⁶. En aval de la concrétisation, les principes ne paraissent pas davantage utiles. De deux choses l'une en effet. Soit cette concrétisation est opérée au niveau de l'Union par le biais d'un acte de droit dérivé, auquel cas il est évident que c'est ce dernier acte – plus détaillé et plus précis – qui servira de norme de contrôle. Soit cette concrétisation est assurée par les autorités nationales, hypothèse qui aboutirait à priver la Cour de justice de toute compétence pour assurer le respect des principes, tant on ne l'imagine pas s'aventurer à juger de la compatibilité d'une norme interne avec un principe fondamental tel que concrétisé par une autre norme nationale ! Dans un cas comme dans l'autre, le principe servirait au mieux de balise interprétative au juge compétent⁹⁷.

La seconde question concerne la nature et le statut dudit acte de concrétisation. Quels sont les critères susceptibles de distinguer une mesure de concrétisation d'une simple mesure de mise en œuvre ? Et à supposer même cette question résolue, pourquoi donner nécessairement la préséance à la mesure de concrétisation sur la mesure de mise en œuvre sans égard pour les autres règles de conflits de normes ? Pourra-t-on ainsi invalider un règlement au motif qu'il viole une directive antérieure censée concrétiser un principe ? Qu'en est-il de la règle *lex posterior anteriori derogat* ? Comment démontrer que l'auteur du règlement n'a pas souhaité, fût-ce implicitement, modifier le régime de concrétisation établi par la directive ?

On doit espérer que la Cour de justice dissipera rapidement ces incertitudes.

§ 3. Le niveau de protection assuré par la Charte (l'article 53)

L'article 53 prévoit qu'« [a]ucune disposition de la présente charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ[s] d'application respectif[s], par le droit de l'Union [...], la [C]onvention européenne de sauvegarde des droits de l'[h]omme [...], ainsi que par les constitutions des États membres ». La question de la compatibilité de la jurisprudence relative à la Charte avec celle de la Convention européenne des droits de l'homme ayant été examinée ci-dessus, les propos qui suivent se concentrent sur les relations entre la Charte et les constitutions nationales.

L'impact de l'article 53 sur les termes de cette relation a fait couler beaucoup d'encre, certains n'hésitant pas à y voir une entaille dans le principe de primauté du droit de l'Union⁹⁸, la plupart estimant cependant qu'il ne

⁹⁶ On notera à cet égard que l'avocat général Cruz Villalón semble considérer que l'Union et les États sont tenus d'adopter de tels actes (concl. prononcées dans l'affaire AMS préc., pt 60). Si cette thèse attire toute notre sympathie, elle nous paraît difficilement défendable à la lecture de l'article 52, § 5. Dans le même sens, voy. S. PRECHAL et S. PEERS, *op. cit.*, p. 1509.

⁹⁷ En ce sens, à propos de l'article 38 de la Charte (protection des consommateurs), voy. concl. de l'avocat général TANCHEV présentées le 20 septembre 2018 dans l'affaire C-430/17, *Walbusch Walter Busch*, EU:C:2018:759, pt 59.

⁹⁸ Voy. p. ex. G. BRAIBANT, « Conclusions », *R.U.D.H.*, 2000, p. 69 : « si une constitution nationale va plus loin que la Charte, c'est toujours la constitution nationale qui doit l'emporter, mais je reconnais que cette idée

fallait y voir guère plus qu'une clause de style ou qu'une invitation faite à la Cour à ne pas se laisser « dépasser » par l'évolution des droits constitutionnels nationaux⁹⁹.

En réalité, derrière cette controverse sourd la question de la vocation de la Charte. Soit, dans une perspective « conventionnelle », on considère que celle-ci constitue un rempart ultime dans la garantie des droits fondamentaux, assurant un niveau « plancher », laissant libre chaque État de pousser plus loin le degré de protection de tel ou tel droit. Dans cette optique, l'article 53 de la Charte correspond *grosso modo* à l'article 53 de la Convention, qui prévoit que cette dernière ne peut être interprétée comme limitant ou restreignant les droits reconnus par tout État contractant. Soit, suivant une approche constitutionnelle, on estime que la Charte constitue la structure faitière de l'ordre juridique européen et qu'à ce titre, elle assure une harmonisation exhaustive – et pas seulement minimale – du droit des droits de l'homme au sein de cet ordre juridique. Dans cette perspective, l'article 53 apparaît simplement comme une clause de répartition des compétences, qui confirme que la Charte n'a pas vocation à empiéter sur l'autonomie des États membres lorsqu'ils agissent en dehors du droit de l'Union.

Cette alternative est bien décrite par l'avocat général Bot dans ses conclusions dans l'affaire *Melloni*¹⁰⁰, qui opte résolument pour l'approche constitutionnelle dès lors qu'admettre l'autre lecture « reviendrait à méconnaître la jurisprudence constante de la Cour relative à la primauté du droit de l'Union » (pt 99) et « porterait également atteinte à une application uniforme et efficace du droit de l'Union » (pt 101). Poursuivant son raisonnement, l'avocat général estime à cet égard que, « s'il est vrai que l'interprétation des droits protégés par la Charte doit tendre vers un niveau élevé de protection [...], il importe, cependant, de préciser qu'il doit s'agir d'un niveau de protection *adapté au droit de l'Union* » (pt 106 – nous soulignons).

La Cour épousera le point de vue de son avocat général dans cette affaire, rappelant au passage sa conception absolue de la primauté du droit de l'Union sur les droits internes. Surgit ici, dans toute sa clarté, la différence entre la Charte et la Convention. Alors que la seconde est un instrument largement « désincarné » flottant dans l'éther international des droits de l'homme, la première est arrimée à un *body politic* concret et actif, animé par un projet intégrateur fort. La filiation entre la Charte et les constitutions nationales apparaît évidente.

peut choquer » ; L.F.M. BESSELINK, « The member states, the national Constitutions and the scope of the Charter », *Maastricht Journal*, vol. 8, 2001, pp. 68-80.

⁹⁹ Voy. p. ex. L. AZOULAI, « Art. II-113 », in L. BURGOGUE-LARSEN *et al.* (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 689-714 ; P. CAROZZA, « The member states », in S. PEERS *et* A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland OR, Hart Publishing, 2004, pp. 35-58.

¹⁰⁰ Arrêt du 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107.

Pour autant, nous l'avons vu, l'Union européenne n'est pas un État, ni la Charte une constitution. La preuve en est que la Cour tempère quelque peu la rigueur de ses propos, interprétant l'article 53 comme autorisant les États membres à « appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » (pt 60 de l'arrêt).

S'efforçant de donner un effet utile à l'article 53, la solution est élégante, encore que floue. La Cour semble l'appliquer dans l'arrêt *Åkerberg Fransson*¹⁰¹, rendu le même jour (pts 29 et 36 de l'arrêt), laissant entendre que le juge suédois pourrait *in casu* adopter une conception plus généreuse du principe *ne bis in idem* que celle, minimale, qui sous-tend son arrêt. La marge d'appréciation laissée au juge suédois paraît en réalité réduite à peu de choses, dès lors qu'elle doit s'exercer dans le respect des principes d'effectivité et de dissuasion des sanctions (pt. 36). L'arrêt *Fransson* est cependant éclairant en ce qu'il indique que cette faculté accordée aux États membres trouve à s'appliquer lorsque l'action de ces derniers « n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union » (pt 29).

Pour comprendre la portée de cette exception au principe d'une harmonisation européenne des droits de l'homme, il convient de se pencher sur les limites qui l'enserrent. Relative au respect du niveau de protection de la Charte, la première condition posée dans *Melloni* ne paraît pas poser problème, tant il semble évident que les États ne pourraient se prévaloir de l'article 53 pour s'écarter par le bas des exigences du *Bill of Rights* de l'Union. La seconde condition est moins évidente. La sauvegarde de la primauté du droit de l'Union s'apparente à une tautologie dès lors que, par hypothèse, le régime dérogatoire national trouverait son habilitation dans le droit de l'Union lui-même, à savoir l'article 53 de la Charte. La limite tenant à l'unité du droit de l'Union ne semble pas non plus particulièrement judicieuse, puisque cette unité est nécessairement compromise par le régime plus favorable mis en place par un État. La troisième condition est sans doute plus pertinente, mais aussi plus dangereuse que les trois autres. Les droits de l'homme ont en effet pour vocation historiquement première d'entraver l'exercice du pouvoir et, partant, de freiner son effectivité.

La jurisprudence postérieure à ces deux arrêts confirme le caractère très symbolique de cette « concession » aux standards nationaux de protection des droits fondamentaux¹⁰². D'une part, la Cour y confirme qu'elle concerne les seules situations dans lesquelles une harmonisation minimale

¹⁰¹ Arrêt du 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105.

¹⁰² Seul peut-être l'arrêt du 5 décembre 2017 dans l'affaire *M.A.S.* (ou « *Taricco II* ») (C-42/17, EU:C:2017:936) fait-il exception. Il faut toutefois lire entre les lignes pour relier à l'article 53 de la Charte – qui n'est pas même mentionné ! – la possibilité laissée aux juges italiens de retenir une conception plus stricte du principe de légalité des délits et des peines.

ou incomplète a eu lieu¹⁰³. Or, à suivre le dernier arrêt de grande chambre sur la question¹⁰⁴, de telles situations sont désormais considérées comme échappant totalement au champ d'application du droit de l'Union – et donc à celui de la Charte. Si cette jurisprudence restrictive se cristallise, l'article 53 deviendrait pure lapalissade. Il se contenterait de répéter l'article 51 en affirmant que, lorsque les États membres agissent en dehors du droit de l'Union – et donc de la Charte –, ils peuvent appliquer leurs standards nationaux de protection des droits de l'homme. Le contraire serait évidemment aberrant, et les États n'avaient pas besoin du droit de l'Union pour le leur dire.

D'autre part, et non sans contradiction avec l'arrêt précité, une autre décision récente nous apprend que, lorsqu'ils utilisent la liberté que leur laisse le droit dérivé pour appliquer leurs propres standards nationaux, les États membres doivent non seulement respecter la Charte, mais en outre « assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union »¹⁰⁵. Or le système des droits fondamentaux est ainsi conçu que, le plus souvent, le choix d'une approche générale vis-à-vis de l'un d'entre eux entraîne, par symétrie, une restriction plus importante d'un droit opposé. Est-ce à dire que les États membres ne jouissent plus de la moindre autonomie, en l'absence d'harmonisation exhaustive, dans la détermination du juste équilibre entre les valeurs incarnées par des droits concurrents ? Là encore, l'article 53 ne semble rien ajouter à l'article 51 – cette fois interprété de manière extensive – (ni du reste à la jurisprudence antérieure à la Charte¹⁰⁶), mais le résultat est opposé : au lieu de jouir d'une totale latitude immunisée de tout contrôle au regard de la Charte, ils voient cette fois leur pouvoir discrétionnaire réduit à peau de chagrin. Bref, sur ce point encore, on attend encore de la Cour qu'elle clarifie sa position.

¹⁰³ Voy., entre autres, arrêt du 29 juillet 2019, *Pelham*, C-476/17, EU:C:2019:624. Notons cependant avec N. Cariat (« Art. 53 – Niveau de protection », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK [dir.], *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 1321 et s.) que l'article 53 peut également être interprété comme confirmant le droit des États membres de placer où ils le souhaitent le niveau de protection d'un droit fondamental qu'ils invoquent pour restreindre une liberté de circulation. Le rôle joué par l'article 53 paraît cependant, dans un tel cas, fort illusoire. D'une part, la Cour n'a pas attendu cette disposition pour reconnaître une telle marge d'appréciation aux États membres. D'autre part, cette marge d'appréciation trouve sa limite dans le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour, qui implique qu'un État membre ne puisse, par exemple, faire le choix de sacrifier une liberté de circulation au bénéfice d'une conception particulièrement ambitieuse d'un droit fondamental.

¹⁰⁴ Arrêt du 19 novembre 2019, *TSN*, C-609/17, EU:C:2019:981.

¹⁰⁵ Arrêts du 29 juillet 2019, *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625, pt 38 ; *Funke Medien*, C-469/17, EU:C:2019:623, pt 53.

¹⁰⁶ Cette condition du « juste équilibre » entre droits fondamentaux se retrouve déjà dans des arrêts tels que *Bodil Lindqvist* (arrêt du 6 novembre 2003, C-101/01, EU:C:2003:596) et *Promusicae* (arrêt du 29 janvier 2008, C-275/06, EU:C:2008:54).

Section 2

Le droit UE de la non-discrimination¹⁰⁷

L'interdiction des discriminations est le domaine par excellence dans lequel l'Union européenne (UE) a développé une politique en matière de droits fondamentaux, qui a eu une influence non négligeable sur les droits nationaux, et notamment en droit belge. Un bref retour sur l'historique de cette politique permet de comprendre l'imbrication des sources (§ 1). Depuis le tournant du millénaire, une nouvelle génération de directives anti-discriminatoires est venue développer le principe général d'interdiction des discriminations et l'arsenal déjà existant en matière d'égalité des sexes, débouchant sur une protection à géométrie variable selon les critères de discrimination prohibés et le domaine matériel considéré, mais dont les conduites prohibées et les ressources procédurales ont fait l'objet d'une harmonisation (§ 2). Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux – clause indépendante et ouverte d'interdiction des discriminations – vient s'ajouter aux ressources existantes posant avec acuité la question de sa plus-value en pratique (§ 3).

§ 1. Historique et imbrication des sources

Le droit UE de la non-discrimination s'est construit par strates depuis le début de la construction européenne¹⁰⁸. Il en résulte un ensemble de sources UE étroitement imbriquées (A), qu'il convient d'articuler, d'une part, aux ressources des Nations unies et du Conseil de l'Europe et, d'autre part, aux instruments nationaux de lutte contre les discriminations (B).

A. Une construction aux allures de poupées russes

Plusieurs expressions spécifiques du principe d'égalité de traitement se retrouvent dès les origines, dans le Traité de Rome de 1957. Qu'il s'agisse de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité dans le domaine d'application des traités (ancien art. 7 du traité CEE, devenu art. 18 T.F.U.E.) ou de l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins en matière de rémunération (ancien art. 119 du traité CEE devenu art. 157 T.F.U.E.), elles présentent un lien étroit avec les fon-

¹⁰⁷ Pour approfondir certains des développements qui suivent, nous nous permettons de renvoyer aux chroniques annuelles rédigées par E. Bribosia et I. Rorive dans le *Journal européen des droits de l'homme* (E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique annuelle de jurisprudence », *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 125-157 ; *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 205-237 ; *J.E.D.H.*, 2015, n° 2, pp. 223-243 ; *J.E.D.H.*, 2016, n° 2, pp. 254-268 ; *J.E.D.H.*, 2017, n° 2, pp. 191-213 ; *J.E.D.H.*, 2018, n° 2, pp. 126-145 ; *J.E.D.H.*, 2019, n° 2, pp. 120-140).

¹⁰⁸ Voy. not. E. BRIBOSIA, « La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », in S. VAN DROOGHENBROECK, S. SOTTIAUX et Ch. BAYART (dir.), *Le nouveau droit fédéral de la lutte contre la discrimination*, Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 32-62 ; M. BELL, « The principle of equal treatment: widening and deepening », in P. CRAIG et G. DE BURCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, pp. 611-639.

dements économiques de la Communauté et du marché commun qu'elle instaure¹⁰⁹.

Les premières décennies de la construction européenne sont centrées, dans ce domaine, sur le développement normatif et jurisprudentiel de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe. Cela débouche sur l'adoption de trois principales directives approfondissant l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes¹¹⁰ et élargissant le champ d'application de cette égalité dans des domaines professionnels autres que les rémunérations – accès à l'emploi, formation et promotion professionnelles, conditions de travail¹¹¹, ainsi qu'en matière de sécurité sociale¹¹². Cette extension normative du principe d'égalité de traitement fondé sur le sexe aboutit également à le dégager de son origine strictement économique pour remplir une fonction sociale.

Parallèlement à ces avancées normatives, la Cour de justice a développé une jurisprudence extrêmement riche, dans le détail de laquelle il n'est guère possible d'entrer dans le cadre de cette contribution¹¹³. C'est, en particulier, par la célèbre jurisprudence *Defrenne*¹¹⁴ qu'elle a mis en lumière l'existence du principe général de droit communautaire d'interdiction des discriminations fondées sur le sexe. Qualifié tour à tour de fondement de la Communauté et de droit fondamental, le champ d'application de ce principe général n'en est pas moins limité par le champ d'application du droit communautaire et ne peut servir de vecteur à un élargissement des compétences de la Communauté¹¹⁵.

Si cette première phase s'inscrit dans une approche fonctionnelle liée aux objectifs économiques et sociaux de la Communauté, le Traité d'Amsterdam constitue assurément un tournant vers le développement d'une véritable

¹⁰⁹ Voy., à ce sujet, K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », C.D.E., 1991, pp. 3-41.

¹¹⁰ Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (J.O., L 45 du 19 février 1975, pp. 19-20).

¹¹¹ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, modifiée par la directive 2002/73/CEE du 23 septembre 2002 (J.O., L 269 du 5 octobre 2002, p. 15).

¹¹² Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (J.O., L 6 du 10 janvier 1979, pp. 24-25).

¹¹³ Pour une approche détaillée et critique de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'égalité et à la non-discrimination, voy. D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

¹¹⁴ Du nom de cette hôtesse de l'air de la Sabena « recrutée » par un lobby agissant en faveur du droit des femmes pour engager un combat judiciaire contre les discriminations fondées sur le sexe prévalant au sein de cette ancienne compagnie belge d'aviation (arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne II*, 43/75, pt 10 ; arrêt du 15 juin 1978, *Defrenne III*, 149/77).

¹¹⁵ C. BARNARD, « Gender equality in the European Union: a balance sheet », in Ph. ALSTON (ed.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 215-279, spéc. p. 232.

politique en matière de non-discrimination, ancrée dans une logique de droits fondamentaux de la personne¹¹⁶. Outre le renforcement du principe d'égalité entre les femmes et les hommes qui se poursuit, c'est surtout l'insertion d'une base juridique, permettant l'adoption d'une législation européenne 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 (art. 13 CE, devenu art. 19 T.F.U.E.), qui constitue l'apport déterminant du Traité d'Amsterdam. Ainsi, dès le tournant du millénaire, et sous la pression de la « crise autrichienne »¹¹⁷, l'Union européenne a mis sur pied une véritable politique normative en matière de lutte contre les discriminations par l'adoption d'un ensemble de directives couvrant de nouveaux critères de discrimination dans des domaines matériels à géométrie variable¹¹⁸.

C'est la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée solennellement en décembre 2000, et dotée d'une valeur contraignante équivalant au droit primaire, en 2009, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (art. 6, § 1^{er}, T.U.E.), qui vient compléter cette mosaïque de sources. Le chapitre III de la Charte, consacré à l'égalité¹¹⁹, s'ouvre en effet sur la proclamation de l'égalité en droit de toutes les personnes (art. 20)¹²⁰, pour enchaîner avec une clause de non-discrimination, fondée sur une liste ouverte de motifs¹²¹, applicable dans le champ d'application du droit de l'Union (art. 21)¹²². Il en résulte une mosaïque de sources – directives, principes généraux du droit de l'UE, article 21 de la Charte – dont l'articulation est parfois délicate à déterminer¹²³. Cet ensemble normatif antidiscriminatoire de l'UE doit, en outre, être arrimé aux instruments nationaux et internationaux de lutte contre les discriminations.

B. Articulation avec les instruments internationaux et nationaux d'interdiction des discriminations

Sur le plan supranational d'abord, le droit UE de la non-discrimination ne s'inscrit nullement en terrain vierge. Les sources d'inspiration abondent dans

¹¹⁶ E. BRIBOSIA, « La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », *op. cit.*

¹¹⁷ P. GILLIAUX, « L'Union européenne à l'épreuve des gouvernements liberticides ? », *J.T.*, 3 juin 2000, pp. 449-454.

¹¹⁸ Voy. *infra*, § 2.

¹¹⁹ Art. 20 (égalité en droit), art. 21 (non-discrimination), art. 22 (diversité culturelle, religieuse et linguistique), art. 23 (égalité entre femmes et hommes), art. 24 (droits de l'enfant), art. 25 (droit des personnes âgées) et art. 26 (intégration des personnes handicapées).

¹²⁰ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et J. HISLAIRE, « Art. 20 », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *op. cit.*, pp. 533-557.

¹²¹ L'article 21 de la Charte prévoit qu'« est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques, ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle » (§ 1^{er}).

¹²² E. BRIBOSIA, I. RORIVE et J. HISLAIRE, « Art. 21 », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *op. cit.*, pp. 559-593.

¹²³ Voy. *infra*, § 3.

les Conventions des Nations unies et celles du Conseil de l'Europe. La plupart contiennent une clause générale d'interdiction des discriminations, à l'instar de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), de l'article E de la Charte sociale européenne révisée ou encore des articles 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. D'autres sont centrées sur un motif de discrimination prohibé ou la protection d'une catégorie de personnes, comme la Convention des Nations unies sur l'élimination des discriminations raciales, la Convention des Nations unies sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes ou la Convention des Nations unies sur les droits des personnes en situation de handicap. La Cour européenne des droits de l'homme est l'interlocutrice privilégiée de la Cour de justice de l'Union européenne, vu les liens étroits existant entre la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme (art. 52, § 2)¹²⁴. Sur le plan des Nations unies, la Convention sur les droits des personnes handicapées, ratifiée en 2009 par l'Union européenne¹²⁵, joue un rôle central dans l'interprétation des concepts liés à la discrimination sur la base du handicap¹²⁶.

Sur le plan national belge, ensuite, les directives UE sont aujourd'hui, à quelques détails près, intégralement transposées. Les législateurs, tant sur le plan fédéral que dans les entités fédérées, ont d'ailleurs été au-delà du seuil minimal fixé par le droit européen, pour mettre en place un arsenal de protection contre les discriminations, fondé sur un ensemble large de critères et applicable à la quasi-totalité des domaines matériels¹²⁷. Cela n'a pas pour autant pour effet de rendre le droit européen inutile pour le praticien ne. Ce dispositif législatif national doit, en effet, être interprété conformément au droit européen, en vertu des principes de primauté et d'interprétation conforme (voy. la contribution de N. Cariat et O. Torres Rodriguez). En l'absence de jurisprudence pertinente, il revient aux juges nationaux d'adresser une question préjudicielle¹²⁸, afin que la Cour de justice apporte des précisions à cet égard. Cette obligation de prise en compte du droit européen par le juge n'est pas purement formelle, car elle peut faire l'objet de sanctions : soit par la mise en œuvre de la responsabilité de l'État belge devant les juridictions belges pour violation de ses obligations en droit UE (voy. la contribution de N. Cariat et O. Torres Rodriguez), soit par l'intentement, à l'initiative de la

¹²⁴ Voy. *supra*, Section 1, § 2, B.

¹²⁵ Décision du Conseil de l'Union européenne 2010/48/CE du 26 novembre 2009, concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, J.O., L 23/35 du 27 janvier 2010.

¹²⁶ Voy. *infra*, § 2, A.

¹²⁷ Pour un aperçu complet de cette transposition et de ses contours, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *Belgium Country Report on Measures to Combat Discrimination*, et N. WUIAME, *Belgium Country Report – Gender Equality*, 2019, en ligne : <https://www.equalitylaw.eu/country/belgium>.

¹²⁸ Art. 267 T.F.U.E. en vertu duquel toutes les juridictions peuvent adresser une question préjudicielle en interprétation du droit de l'UE à la Cour de justice de l'Union européenne ; seules les juridictions statuant en dernier ressort étant obligées d'y procéder.

Commission européenne, d'un recours en manquement devant la Cour de Justice de Luxembourg, pouvant se solder par une condamnation financière de l'État belge.

§ 2. Les directives : une protection à géométrie variable selon les critères de discriminations et les domaines d'application

Depuis le tournant du millénaire, l'Union européenne s'est dotée des principaux instruments normatifs suivants visant à mettre en œuvre sa politique de lutte contre les discriminations :

- la directive 2000/43 du 29 juin 2000 visant à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (ci-après, directive « race »)¹²⁹ ;
- la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail en vue de combattre les discriminations fondées sur différents motifs (âge, religion ou conviction, orientation sexuelle et handicap) (ci-après, directive « cadre »)¹³⁰ ;
- la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (ci-après, directive « genre – biens et services »)¹³¹ ;
- la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (ci-après, directive « genre – refonte »)¹³² ;
- la directive 2010/41/UE du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante¹³³.

Il faut y ajouter, pour un panorama plus complet :

- la directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale¹³⁴ ; ainsi que
- la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail¹³⁵.

¹²⁹ J.O., L 180 du 19 juillet 2000, pp. 22-26.

¹³⁰ J.O., L 303 du 2 décembre 2000 pp. 16-22.

¹³¹ J.O., L 373 du 21 décembre 2004, pp. 37-43.

¹³² J.O., L 204 du 26 juillet 2006, pp. 23-36. Cette directive coordonne six anciennes directives qui concernent l'égalité de rémunération ; l'égalité de traitement dans l'emploi, la formation, la promotion et les conditions de travail ; l'égalité dans le système professionnel de sécurité sociale ; l'aménagement de la charge de la preuve.

¹³³ J.O., L 180 du 15 juillet 2010, p. 1

¹³⁴ J.O., L 6 du 10 janvier 1979, p. 24

¹³⁵ J.O., L 348 du 28 novembre 1992, p. 1

L'ensemble de ces directives prescrit des standards minimaux de protection, laissant aux États membres la possibilité d'adopter des mesures plus favorables au principe de l'égalité de traitement¹³⁶. Elles précisent leur champ d'application – matériel et personnel – (A) et définissent les conduites prohibées (B). Elles prescrivent, en outre – la mise sur pied de dispositifs procéduraux – voies de recours et application du droit – visant à renforcer l'effectivité de la lutte contre les discriminations. Sans pouvoir développer ce pan dans les limites de cette contribution, on relèvera l'obligation de faciliter l'accès des victimes de discriminations aux procédures adéquates, et de protéger les personnes participant à des actions en justice contre d'éventuelles représailles, de permettre aux organisations qui y ont un intérêt légitime d'engager des actions judiciaires ou de créer un organisme indépendant (en matière de discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique et sur le sexe) chargé de veiller à la lutte contre les discriminations. L'aménagement de la charge de la preuve lorsque la victime présumée d'une discrimination invoque des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination¹³⁷ œuvre également au passage d'une interdiction théorique vers une mise en œuvre effective.

A. Champ d'application : critères protégés et domaine matériel couvert

Depuis 2000, les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique sont celles qui jouissent, en droit de l'Union, de la protection la plus étendue¹³⁸. La directive 2000/43 « race » interdit, en effet, la discrimination fondée sur ces motifs dans un champ d'application matériel particulièrement large. L'interdiction s'étend, au-delà du domaine traditionnel de l'emploi, à l'éducation, la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé, aux avantages sociaux, ainsi qu'à l'accès aux biens et services et à la fourniture de biens et de services¹³⁹. Ces discriminations sont interdites dans un domaine plus étendu que celles fondées sur le sexe qui ne sont pas couvertes par le droit dérivé en matière de protection sociale, d'avantages sociaux ou encore d'éducation¹⁴⁰.

Viennent enfin les autres critères de discrimination énumérés à l'article 19 T.F.U.E. – religion ou convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle – inclus dans la directive 2000/78 « cadre » dont le champ d'application est

¹³⁶ Voy. not. art. 8 de la directive « cadre », qui précise que les États membres « peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables » que celles prévues dans la directive et que sa mise en œuvre « ne peut en aucun cas constituer un motif d'abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé par les États membres dans les domaines régis par la présente directive ».

¹³⁷ Art. 8 de la directive « race » et art. 10 de la directive « cadre ».

¹³⁸ Dans cette classification des régimes de protection, on excepte le principe d'égalité de traitement fondé sur la nationalité dont le statut est tout à fait spécifique en droit de l'UE et qui n'a pas fait l'objet d'approfondissement dans cette étude.

¹³⁹ Art. 2, § 1^{er}, de la directive « race ».

¹⁴⁰ Voy., à ce sujet, L. WADDINGTON et M. BELL, « More equal than others: distinguishing European Union Equality Directives », *C.M.L. Rev.*, 2001, pp. 587-611.

limité à l'emploi, entendu au sens large¹⁴¹. Le regroupement des dispositifs antidiscriminatoires relatifs à différents motifs dans un seul texte n'a pas pour autant eu pour effet de créer un régime parfaitement uniforme. Certains régimes particuliers ont été prévus notamment en ce qui concerne les personnes handicapées (aménagements raisonnables, art. 5, et actions positives, art. 7 § 2), les justifications de différences de traitement fondées sur l'âge (art. 6) ou encore les exigences professionnelles au bénéfice des églises ou « entreprises de tendance » (art. 4, § 2)¹⁴².

¹⁴¹ Une proposition de directive visant à étendre l'interdiction de discrimination fondée sur ces critères – âge, handicap, orientation sexuelle, religion ou conviction – pour l'aligner sur celui de la directive « race » a été introduite par la Commission, en 2008, mais n'a toujours pas fait l'objet de l'unanimité requise au sein du Conseil (proposition de directive du Conseil 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, COM(2008) 426 final du 2 juillet 2008.

¹⁴² Voy. *infra*, B.

Critères	Race Origine ethnique	Genre Travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes	Genre	Genre	Âge Handicap Religion ou conviction Orientation sexuelle
Directives	2000/43	2006/54 2010/41 92/85	2004/113	79/7	2000/78
Emploi s.l.	OUI	OUI			OUI
Biens et services (y compris logement)	OUI		OUI		NON
Protection sociale (y compris sécurité sociale et soins de santé)	OUI			OUI	NON
Éducation	OUI	NON	NON	NON	NON
Avantages sociaux	OUI	NON	NON	NON	NON

Le champ d'application matériel des directives est interprété largement, de manière téléologique, en tenant compte des objectifs poursuivis et de la nature des droits protégés¹⁴³. Ainsi, dans l'arrêt *Feryn* par exemple, ont été considérées comme entrant dans la notion d'accès à l'emploi de la directive « race », les déclarations publiques d'un employeur en vertu desquelles il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale, et ce, indépendamment de l'existence d'une victime identifiable¹⁴⁴. Dans l'affaire *Accept*, c'est l'applicabilité de la directive « cadre » qui a été affirmée par la Cour, relativement aux déclarations homophobes de l'actionnaire principal d'un club de football, suggérant le caractère discriminatoire du processus de recrutement du club, alors même que l'actionnaire n'était pas directement impliqué dans les décisions en matière de recrutement¹⁴⁵. Dans son arrêt *Maniero*, du 15 novembre 2018¹⁴⁶, la Cour de justice a considéré que la notion d'éducation, au sens de la directive « race », devait être interprétée largement pour englober les discriminations dans l'attribution de bourses d'études¹⁴⁷. Cette interprétation extensive n'est toutefois pas sans limites, comme en témoigne l'arrêt *Kratzer*, où la Cour a estimé qu'un requérant en série, ne cherchant pas réellement un emploi, mais souhaitant se voir reconnaître le statut formel de candidat en vue de l'obtention d'une indemnisation pour discrimination, ne pouvait se prévaloir de la protection de la directive « cadre »¹⁴⁸.

Au fil des renvois préjudiciels, la Cour de justice a également précisé les contours des critères de discrimination prohibés, en s'inspirant notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des interprétations du Comité des Nations unies pour les droits des personnes en situation de handicap¹⁴⁹.

Par exemple, les affaires *Achbita*¹⁵⁰ et *Bougnaoui*¹⁵¹ ont donné l'occasion à la Cour de justice de définir la notion de « religion », au sens de la directive

¹⁴³ Voy. K. LIU et C. O'CONNOR, *The Ongoing Evolution of the Case-law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Brussels, European Commission, 2019, pp. 45-48. Voy. aussi arrêt du 12 mai 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres*, C-391/09, EU:C:2011:291, pt 43.

¹⁴⁴ Arrêt du 10 juillet 2008, *Feryn*, C-54/07, EU:C:2008:397, pts 15, 16, 25 et 31.

¹⁴⁵ Arrêt du 25 avril 2013, *Asociatia Accept*, C-81/12, EU:C:2013:275, pt 44. Voy. aussi concl. de l'avocate générale SHARPSTON, du 31 octobre 2019, dans l'affaire *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, C-507/18, EU:C:2019:922. Dans l'affaire *Rete Lenford*, la Cour de justice va devoir se prononcer sur la question de savoir si l'expression d'une opinion homophobe, lors d'un entretien dans une émission radiophonique de divertissement, dans laquelle un avocat a déclaré que jamais il ne recruterait ni ne ferait travailler des personnes homosexuelles dans son cabinet, est susceptible de constituer une discrimination directe, au sens de la directive « cadre », alors même qu'aucune procédure de recrutement n'était en cours ni n'avait été programmée.

¹⁴⁶ Arrêt du 15 novembre 2018, *Heiko Jonny Maniero c. Studienstiftung des deutschen Volkes eV* (ci-après, arrêt *Maniero*), C-457/17, EU:C:2018:912.

¹⁴⁷ Arrêt *Maniero* préc., pts 30 et 36.

¹⁴⁸ Arrêt du 28 juillet 2016, *Nils-Johannes Kratzer c. R + V Allgemeine Versicherung AG*, C-423/15, EU:C:2016:604.

¹⁴⁹ K. LIU et C. O'CONNOR, *The Ongoing Evolution of the Case-law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, op. cit., pp. 48-52.

¹⁵⁰ Arrêt du 14 mars 2017, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, EU:C:2017:203 (ci-après, arrêt *Achbita*).

¹⁵¹ Arrêt du 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA, anciennement Micropole Univers SA*, C-188/15, EU:C:2017:204 (ci-après, arrêt *Bougnaoui*).

« cadre »¹⁵². En l'absence d'éléments de définition figurant dans cette dernière, la Cour de justice s'est naturellement tournée vers les instruments européens de protection des droits fondamentaux, pour dégager une conception européenne autonome. Sur la base de la conception large de la liberté religieuse consacrée à l'article 9 de la CEDH et à l'article 10, § 1^{er}, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tant le *forum internum* – le fait d'avoir des convictions – que le *forum externum* – la manifestation en public de la foi religieuse – sont compris dans la notion de religion visée par la directive « cadre »¹⁵³. Cette interprétation, outre qu'elle s'inspire harmonieusement de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, s'impose afin de réaliser au mieux l'objectif primordial de la directive de créer un environnement de travail sans discriminations et de concrétiser le principe d'égalité en tant que principe général de droit de l'Union, consacré à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux¹⁵⁴. La Cour se garde d'entrer dans la question de savoir si le port du foulard s'imposait aux requérantes en vertu de leur religion. Sans que cela soit explicite, il semble qu'elle ait opté, à l'instar de son homologe strasbourgeoise, pour une conception subjective de la religion. Ainsi, pour que le port du foulard entre dans le champ de la protection contre les discriminations religieuses, il suffit qu'il soit l'expression non contestée de l'appartenance sincère des requérantes à la religion musulmane¹⁵⁵.

Plusieurs renvois préjudiciels ont également permis à la Cour de délimiter la notion de handicap¹⁵⁶. Après s'être livrée, dans un arrêt *Chacon Navas* de 2006¹⁵⁷, à une première tentative de définition, aux fins notamment de distinguer le handicap de la maladie et d'exclure cette dernière du champ de protection de la directive « cadre »¹⁵⁸, la Cour de justice fut amenée à revoir sa définition, en 2013, dans les affaires jointes *HK Danmark (Ring)*¹⁵⁹. À cette occasion, intégrant les exigences de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, la Cour relève le caractère évolutif de la notion de handicap et passe d'un modèle médical à un modèle social¹⁶⁰. Pour l'application de la directive « cadre », cette notion « doit être entendue comme visant

¹⁵² Voy., à ce sujet, E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Affaires *Achbita* et *Bougnaoui* : entre neutralité et préjugés (obs. sous C.J.U.E. [gde ch.], arrêts *Achbita* et *Bougnaoui*, 14 mars 2017) », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, pp. 1015-1035.

¹⁵³ C.J., arrêt *Achbita* préc., pt 28.

¹⁵⁴ Concl. Av. gén. J. KOKOTT dans l'affaire *Achbita* préc., pt 35.

¹⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt du 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie* (CE:ECHR:2005:1110JUD004477498), pts 78 et 111 ; arrêt du 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni* (CE:ECHR:2013:0115JUD004842010), pts 83, 84 et 97.

¹⁵⁶ Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 207-208.

¹⁵⁷ Arrêt du 11 juillet 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, EU:C:2006:456, pt 40.

¹⁵⁸ Optant pour un modèle qualifié de « médical », la Cour avait précisé que « la notion de "handicap" doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » (*Ibid.*, pt 43).

¹⁵⁹ Arrêt du 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11 (ci-après, arrêt *HK Danmark Ring*). Voy., pour un commentaire, J. DAMAMME, « La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2013, n° 5, pp. 836-858.

¹⁶⁰ Cette lecture de l'arrêt *HK Danmark Ring* correspond à celle livrée par l'avocat général N. WAHL, dans ses conclusions présentées le 26 septembre 2013, dans l'affaire Z, C-363/12.

une limitation (de longue durée)¹⁶¹, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut¹⁶² faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs »¹⁶³. Ainsi, à l'instar de la conception onusienne, l'accent n'est plus exclusivement mis sur les incapacités ou limitations des personnes handicapées, mais bien sur l'interaction de celles-ci avec diverses barrières comportementales et environnementales qui aboutissent à limiter la participation à la vie professionnelle. En vertu de cette nouvelle conception, la frontière entre maladie et handicap s'estompe. Une maladie curable ou incurable¹⁶⁴ relèvera de la notion de handicap dès lors qu'elle répond à la définition remaniée¹⁶⁵. L'interprétation restrictive défendue par l'employeur suivant laquelle le handicap suppose une « exclusion totale du travail ou de la vie professionnelle » et l'utilisation d'équipements spéciaux est également rejetée par la Cour¹⁶⁶. En ne visant que l'obstacle à la vie professionnelle, la définition proposée par la Cour de justice est toutefois plus étroite que la définition onusienne qui vise les obstacles à la participation pleine et effective à la vie en société. C'est ce qui a mené la Cour de justice à estimer, dans l'affaire *Zi*¹⁶⁷, que l'incapacité d'avoir un enfant par des moyens conventionnels – Mme Z. était atteinte d'une affection grave vu qu'elle n'avait pas d'utérus – n'est pas un handicap au sens de la directive « cadre »¹⁶⁸, puisque cette affection ne fait pas obstacle, en principe, à sa participation à la vie professionnelle¹⁶⁹, expression qu'elle interprète comme un empêchement « d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser »¹⁷⁰. De la même manière, dans l'affaire *Kaltoft*¹⁷¹, interrogée sur la question de savoir si l'état d'obésité constitue un handicap au sens de la directive « cadre », la Cour répond qu'il peut relever de la notion s'il entraîne – du fait d'une mobilité réduite par exemple – une limitation à participer à la vie professionnelle¹⁷². La Cour ajoute que la notion de handicap ne dépend pas de la question de savoir dans quelle mesure la personne a pu contribuer ou non à la survenance de celui-ci¹⁷³.

¹⁶¹ La durabilité de l'atteinte constitue une condition *sine qua non*, voy. *HK Danmark Ring*, pts 37-41.

¹⁶² Contrairement à ce que semblait suggérer la définition *Chacón Navas* (pt 43), mais à l'instar de ce qu'impose la Convention onusienne, l'obstacle à la vie professionnelle ne doit être que potentiel.

¹⁶³ Arrêt *HK Danmark Ring* préc., pt 38.

¹⁶⁴ En l'espèce, deux employées ont été licenciées alors qu'elles souffraient de pathologies physiques qui ne leur permettaient plus d'exercer leur travail à temps plein : la première avait des douleurs dorsales chroniques dues notamment à un développement de l'arthrose au niveau des lombaires alors que la seconde avait différents symptômes tels que des douleurs à la nuque et une faible résistance au stress.

¹⁶⁵ Arrêt *HK Danmark – Ring* préc., pt 41.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pts 43-45.

¹⁶⁷ Arrêt du 18 mars 2014, *Z. c. A Government Department et the Board of management of a community school*, C-363/12, EU:C:2014:159.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pt 82.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pt 80.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pt 81.

¹⁷¹ Arrêt du 18 décembre 2014, *Fag og Arbejde c. Kommunernes Landsforening (Kaltoft)*, C-354/13, EU:C:2014:2463.

¹⁷² *Ibid.*, pts 59-60.

¹⁷³ *Ibid.*, pt 56.

B. Conduites prohibées et système de justification

À l'instar de ce qui résultait de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'égalité des sexes, la génération de directives postérieures au Traité d'Amsterdam consacre une conception substantielle de l'égalité de traitement qui dépasse l'interdiction des discriminations intentionnellement fondées sur un motif pour englober des formes de discrimination diverses. Sont ainsi visées les discriminations directes, les discriminations indirectes, l'injonction de discriminer, le harcèlement ou le refus d'accorder ou de mettre en œuvre un aménagement raisonnable¹⁷⁴.

Les comportements interdits sont définis dans des termes harmonisés, dans les différentes directives.

1. Discrimination directe et système de justification fermé

La discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base d'un des critères prohibés¹⁷⁵. Dans le système des directives, aucune intention de discriminer n'est requise. En outre, une telle discrimination ne pourra être justifiée que sur la base d'un système fermé de justifications, énoncées dans les différentes directives.

Dans le domaine de l'emploi, une justification d'une discrimination directe est admise lorsque le motif, quel qu'il soit, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante (art. 4 de la directive « race », 4, § 1^{er}, de la directive « cadre » et art. 14, § 2, de la directive « genre – refonte »). Dans l'arrêt *Bouagnaoui*, la Cour de justice a rappelé qu'une habilitation étatique était requise pour que l'exception de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante trouve à s'appliquer en droit national¹⁷⁶. Dans la ligne de sa jurisprudence antérieure relative au motif de l'âge¹⁷⁷, elle souligne que cette exception à l'interdiction des discriminations directes est d'interprétation restrictive. Ainsi, une caractéristique liée notamment à la religion ne peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante que dans des conditions très limitées¹⁷⁸, à savoir si une telle exigence est « objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers

¹⁷⁴ Art. 2 de la directive « race », de la directive « cadre » et de la directive « genre – refonte ».

¹⁷⁵ Art. 2, § 2, (a), des directives 2000/78 et 2000/43 ; art. 2, (a), de la directive 2004/113 ; art. 2, § 1^{er}, de la directive 2006/54.

¹⁷⁶ Arrêt *Bouagnaoui* préc., pt 36. Voy. également E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Affaires *Achbita* et *Bouagnaoui* : entre neutralité et préjugés », *op. cit.*

¹⁷⁷ Arrêt du 12 janvier 2010, *Colin Wolf*, C-229/08, EU:C:2010:3. Voy., à ce sujet, E. BRIBOSIA et T. BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge. Du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations. Réflexions autour des arrêts *Wolf*, *Petersen* et *Kücükdeveci* de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, pp. 41-84.

¹⁷⁸ Arrêt *Bouagnaoui* préc., pt 38.

du client »¹⁷⁹. Les préjugés des clients ne sont donc pas de nature à justifier une politique d'entreprise discriminatoire.

Une justification spécifique est prévue, dans le domaine de l'emploi, pour les discriminations fondées sur la religion qui interviennent dans des organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, dites « de tendance » (art. 4, § 2, de la directive « cadre »). En 2018, les affaires *Egenberger*¹⁸⁰ et *IR c. JQ*¹⁸¹ ont donné l'occasion à la Cour de justice de définir la portée de cette justification spécifique¹⁸². Les deux affaires sont caractérisées par un conflit de droits fondamentaux entre le droit des travailleurs à ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur la religion ou les convictions et le droit à l'autonomie des églises et des autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions¹⁸³. Dans *Egenberger*, il s'agit de déterminer si une sous-organisation (diaconie) de l'Église protestante d'Allemagne peut exiger que la personne qui sera embauchée appartienne à l'Église protestante ou à une Église chrétienne, pour un recrutement dans le cadre d'un projet relatif à la rédaction d'un rapport parallèle sur la Convention sur l'élimination des discriminations raciales¹⁸⁴. Dans l'affaire *IR c. JQ*, l'enjeu avait trait à la possibilité pour une société de droit privé dont l'objet social porte sur la réalisation des missions de la Confédération internationale d'organisations catholiques (Caritas) dont relève la gestion d'hôpitaux, de licencier un chef de service de médecine interne, de confession catholique, en raison de son remariage après divorce. La Cour de justice consacre d'abord l'exigence d'un contrôle juridictionnel effectif, qui doit porter tant sur l'allégation que la religion est une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard soit à la nature de l'activité (qui impliquerait, par exemple, de participer à la détermination de l'éthique de l'Église ou de l'organisation en cause) soit à son contexte (par exemple, en raison de la nécessité d'assurer une représentation crédible de l'Église ou de l'organisation vers l'extérieur)¹⁸⁵ que sur « la légalité d'une exigence d'attitude de bonne foi et de loyauté requise par une organisation dont l'éthique est fondée sur la religion », à l'instar de l'hôpital lié à Caritas, dans l'affaire *IR c. JQ*¹⁸⁶. L'exigence professionnelle doit s'avérer essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'église ou de l'organisation. Le caractère *essentiel* renvoie à l'exigence d'un lien suffisamment étroit entre l'appartenance à la religion ou l'adhésion

¹⁷⁹ Arrêt *Bouagnaoui* préc., pt 40.

¹⁸⁰ Arrêt *Egenberger* préc.

¹⁸¹ Arrêt *IR c. JQ* préc.

¹⁸² Voy. not. X. DELGRANGE, « L'entreprise de tendance, c'est tendance ! À propos des arrêts *Egenberger* et *IR* de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, pp. 655-686.

¹⁸³ Arrêt *Egenberger* préc., pt 51.

¹⁸⁴ L'offre d'emploi était ainsi rédigée sur ce point : « L'appartenance à une église protestante ou à une église membre de la communauté de travail des églises chrétiennes en Allemagne et l'identification avec la mission diaconale sont des prérequis. Veuillez indiquer votre confession dans votre curriculum vitae » (pt 25 de l'arrêt *Egenberger* préc.).

¹⁸⁵ Arrêt *Egenberger* préc., pt 55.

¹⁸⁶ Arrêt *IR c. JQ* préc., pts 45-48.

à une conviction et l'importance de l'activité professionnelle pour l'affirmation de cette éthique ou l'exercice du droit à l'autonomie. Le caractère *légitime* requiert que l'exigence imposée ne puisse couvrir des considérations étrangères à l'éthique de l'organisation. Le caractère *justifié* touche, quant à lui, au respect du principe de proportionnalité, qui s'applique en tant que principe général de droit de l'Union européenne¹⁸⁷. Comme exposé ci-dessus, la Cour de justice affirme enfin le caractère impératif, autosuffisant ainsi que l'invocabilité horizontale de l'interdiction des discriminations fondées sur la religion ou les convictions, en tant que principe général de droit de l'Union, désormais consacré à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux¹⁸⁸, ainsi que de l'article 47 de la Charte relatif au droit à un recours juridictionnel effectif. Il en résulte une obligation pour le juge national, saisi d'un litige entre particuliers, de garantir le plein effet des articles 21 et 47 de la Charte en laissant au besoin inappliquée toute disposition nationale contraire¹⁸⁹. Cette invocabilité horizontale des dispositions de la Charte n'est nullement remise en cause par la nécessité pour le juge de les mettre en balance avec d'autres droits fondamentaux concurrents, à savoir l'autonomie des Églises et la liberté religieuse (consacrées respectivement à l'article 17 T.F.U.E. et à l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux)¹⁹⁰. Pour ce faire, le juge national devra s'inspirer de l'équilibre établi entre ces intérêts par le législateur de l'Union dans la directive 2000/78¹⁹¹.

Une dérogation générale est également prévue dans la directive « cadre » dont il est précisé qu'elle « 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 » (art. 2, § 5). L'affaire *Cresco Investigation – Achatzi*¹⁹² a fourni l'occasion à la Cour de justice d'interpréter cette dérogation¹⁹³. Était au cœur de ce litige une législation autrichienne reconnaissant le Vendredi saint comme jour férié pour les travailleurs membres de certaines églises chrétiennes limitativement énumérées et prévoyant une indemnité spécifique pour ces travailleurs s'ils sont amenés à travailler le Vendredi saint. La Cour vérifie si une telle différence de traitement, directement fondée sur la religion, est susceptible d'être justifiée sur le fondement de l'article 2, § 5, de la directive « cadre ». Cette disposition, qui doit être interprétée de manière stricte en tant que dérogation au principe d'interdiction des discriminations, entend « prévenir et arbitrer un conflit entre, d'une part, le principe de l'égalité de traitement et, d'autre part »,

¹⁸⁷ Arrêt *Egenberger* préc., pts 64-68 ; arrêt *IR c. JQ* préc., pts 49-54.

¹⁸⁸ Arrêt *Egenberger* préc., pts 75-76 ; arrêt *IR c. JQ* préc., pt 69.

¹⁸⁹ Arrêt *Egenberger* préc., pt 80 ; arrêt *IR c. JQ* préc., pt 71.

¹⁹⁰ Arrêt *Egenberger* préc., pt 80.

¹⁹¹ *Ibid.*, pt 81.

¹⁹² Arrêt du 22 janvier 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi* (ci-après, arrêt *Cresco Investigation*), C-193/17, EU:C:2019:43.

¹⁹³ Voy. aussi arrêt du 13 septembre 2011, *Prigge et al.*, C-447/09, EU:C:2011:573, pt 55.

des objectifs d'intérêt public limitativement énumérés qui « sont indispensables au fonctionnement d'une société démocratique »¹⁹⁴. Si la Cour reconnaît la légitimité de l'objectif de protection de la liberté de religion poursuivi par le législateur autrichien, elle estime toutefois que la mesure litigieuse n'est pas nécessaire à sa réalisation. En effet, « la possibilité pour les travailleurs qui n'appartiennent pas aux Églises (spécifiquement déterminées) de célébrer une fête religieuse ne coïncidant pas avec l'un des jours fériés énumérés (dans la législation) est prise en compte en droit autrichien, non pas par l'octroi d'un jour férié supplémentaire, mais principalement au moyen d'un devoir de sollicitude des employeurs à l'égard de leurs employés, qui permet à ces derniers d'obtenir, le cas échéant, le droit de s'absenter de leur travail pour la durée nécessaire à l'accomplissement de certains rites religieux »¹⁹⁵.

Pour ce qui est des différences de traitement directement fondées sur l'âge, c'est l'article 6, § 1^{er}, qui précise les causes de justifications admissibles. Il stipule que « les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ». Dans son arrêt rendu le 19 juillet 2017 dans l'affaire *Abercrombie & Fitch*¹⁹⁶, la Cour de justice a été amenée à se prononcer sur la compatibilité avec la directive « cadre » d'une disposition italienne (l'article 34 du décret législatif n° 276/2003) permettant à un employeur de conclure un contrat de travail intermittent avec un travailleur âgé de moins de 25 ans, quelle que soit la nature des prestations à effectuer, et permettant également de le licencier dès son vingt-cinquième anniversaire¹⁹⁷. Au regard du système de justifications prévu à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la directive « cadre », la Cour estime d'abord que « l'objectif visant à favoriser la situation des jeunes sur le marché du travail en vue de promouvoir leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection peut être considéré comme légitime »¹⁹⁸. Elle rappelle ensuite la large marge d'appréciation dont doivent jouir les États membres dans le choix des objectifs poursuivis en matière de politique sociale et d'emploi ainsi que dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser¹⁹⁹. Et conclut enfin au caractère approprié et nécessaire de la disposition italienne litigieuse qui ne constitue dès lors pas une discrimination directe prohibée au sens de la directive « cadre »²⁰⁰.

¹⁹⁴ Arrêt *Cresco Investigation*, pts 54-55.

¹⁹⁵ Arrêt *Cresco Investigation*, pts 56-61.

¹⁹⁶ Arrêt du 19 juillet 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl v. Antonino Bordonaro*, C-143/16, EU:C:2017:566.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pt 16.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pt 38.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pt 31.

²⁰⁰ *Ibid.*, pt 47.

En matière de discriminations fondées sur le sexe dans le domaine des biens et services, une exception spécifique a été insérée dans la directive 2004/113/CE²⁰¹, en vue de tenir compte notamment des exigences de la liberté d'association, du respect de la vie privée ou de la poursuite d'une égalité substantielle entre les femmes et les hommes. Ainsi, l'article 4, § 5, prévoit que « [l]a présente directive n'exclut pas les différences de traitement si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires ». Le préambule de la directive (cons. 16) livre certains exemples comme la mise à la disposition d'un hébergement dans son domicile pour des considérations liées au respect de la vie privée et à la décence, l'affiliation à des clubs privés unisexes ou l'organisation de manifestations sportives unisexes motivées par la liberté d'association. Le considérant 17 du préambule ajoute encore que « [l]e principe de l'égalité de traitement dans l'accès à des biens et services n'exige pas que les installations fournies soient toujours partagées entre les hommes et les femmes, pour autant que cette fourniture ne soit pas plus favorable aux membres d'un sexe ». Ainsi, des heures d'ouverture d'une piscine permettant l'accès exclusif aux membres d'un seul sexe ne seraient admissibles qu'à la condition que ces créneaux horaires soient prévus tant au bénéfice exclusif des femmes qu'au bénéfice exclusif des hommes.

Alors même que ce n'était pas explicitement inclus dans les directives, la Cour de justice a interprété largement la notion de discrimination directe, pour y inclure la discrimination par association, subie par une personne du fait de son lien avec une personne en situation de handicap, comme dans l'affaire *Coleman*²⁰² (licenciement d'une employée, par un cabinet d'avocats, en raison du handicap de son fils), ou d'une origine ethnique déterminée, comme dans l'affaire *CHEZ*²⁰³ (traitement défavorable subi par une personne qui n'est pas d'origine rom, mais est traitée comme un membre de cette communauté du fait de l'exploitation d'un commerce dans un quartier urbain essentiellement peuplé d'habitants d'origine rom)²⁰⁴.

2. Actions positives

L'ensemble des directives autorise également, dans certaines limites, les États membres à maintenir ou adopter, afin d'assurer la pleine égalité dans la vie sociale, des mesures spécifiques, dites « mesures d'actions positives », destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un des motifs de discrimination

²⁰¹ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès des biens et services et la fourniture de biens et services, J.O., L 373 du 21 décembre 2004, pp. 37-43.

²⁰² Arrêt du 17 juillet 2008, *S. Coleman c. Attridge Law*, C-303/06, EU:C:2008:415.

²⁰³ Arrêt du 16 juillet 2015, *Chezh Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, EU:C:2015:480.

²⁰⁴ Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2016, n° 2, pp. 264-267.

prohibés²⁰⁵. Dans un contentieux, essentiellement centré sur l'égalité des sexes, dans le détail duquel il n'est guère possible d'entrer dans cette contribution, la Cour de justice a progressivement précisé les limites dans lesquelles de telles actions positives sont admises²⁰⁶. L'affaire *Cresco investigacion – Achatzi* lui a donné l'occasion, comme l'y incitait l'exposé des motifs de la directive « cadre »²⁰⁷, de transposer cette jurisprudence en matière d'actions positives fondées sur le sexe, par analogie, à celles fondées sur la religion. Rappelant qu'en tant que dérogation à un droit individuel, ces mesures discriminatoires en apparence doivent respecter le principe de proportionnalité « qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché et que soient conciliés, dans toute la mesure possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi »²⁰⁸. En l'espèce, la Cour de justice considère que les mesures litigieuses « vont au-delà de ce qui est nécessaire pour compenser un tel désavantage supposé (le fait que le Vendredi saint, en dépit de son importance dans la religion de certains travailleurs, ne soit pas reconnu comme jour férié officiel) et qu'elles instaurent une différence de traitement entre travailleurs, confrontés à des obligations religieuses comparables, qui ne garantit pas, dans toute la mesure possible, le respect du principe d'égalité »²⁰⁹.

3. *Discriminations indirectes, injonction de discriminer, harcèlement et aménagement raisonnable*

La discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe, d'une origine ethnique, d'une religion, d'une orientation sexuelle, d'un âge ou en situation de handicap par rapport à d'autres personnes²¹⁰. Ce qui importe ici, c'est bien l'effet d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique qui ne ferait aucune allusion directe au critère de discrimination prohibé, mais qui, dans les faits, désavantagerait des personnes partageant une telle caractéristique. Le système de justification est ici ouvert. Il n'y aura pas de discrimination illicite si cette disposition, ce critère ou cette pratique peut être justifié, c'est-à-dire s'il poursuit un objectif légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires. Il s'agira, en réalité, d'en évaluer la proportionnalité. La Cour a,

²⁰⁵ Art. 5 de la directive « race », art. 7, § 1^{er}, de la directive « cadre », art. 3 de la directive « genre – refonte » et art. 6 de la directive « genre – biens et services ».

²⁰⁶ Ch. McCrudden, *Gender-based Positive Action in Employment in Europe. A Comparative Analysis of Legal and Policy Approaches in the EU and EEA*, Bruxelles, Commission européenne, 2019, pp. 63-72, en ligne : <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5008-gender-based-positive-action-in-employment-in-europe-pdf-1-9-mb>.

²⁰⁷ Il y est précisé que ces mesures d'action positive, en tant que « dérogation au principe d'égalité, [...] doivent être interprétées au sens strict, à la lumière de la jurisprudence actuelle en matière de discrimination fondée sur le sexe » (Exposé des motifs de la proposition de directive « cadre », p. 11).

²⁰⁸ Arrêt *Cresco Investigacion* préc., pt 65.

²⁰⁹ *Ibid.*, pt 68.

²¹⁰ Voy., à ce sujet : Ch. Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, Bruxelles, Commission européenne, 2008, en ligne : <https://www.equalitylaw.eu/downloads/2720-limpot08-en>.

par exemple, considéré que subordonner l'admission des candidats au concours d'entrée à l'école de police, quel que soit leur sexe, à une exigence de taille physique minimale de 1,70 m, est constitutif d'une discrimination indirectement fondée sur le sexe, dès lors que cette réglementation désavantage un nombre beaucoup plus élevé de personnes de sexe féminin par rapport à des personnes de sexe masculin et que ladite réglementation n'apparaît pas propre ni nécessaire à la réalisation de l'objectif légitime qu'elle poursuit – le souci d'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement des services de police –, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier²¹¹.

L'injonction de discriminer consiste à prescrire à quiconque de traiter différemment une personne sur la base de l'un des motifs de discrimination prohibés. Ce comportement équivaut à une discrimination. Le harcèlement se définit comme la manifestation d'un comportement indésirable lié à l'un des motifs de discrimination prohibés, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Les aménagements raisonnables sont prévus pour garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes en situation de handicap. L'obligation d'aménagement raisonnable qui pèse sur l'employeur est décrite à l'article 5 de la directive 2000/78/CE, qui dispose que « l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée ». En 2013, la Cour de justice a été amenée à en préciser les contours dans les affaires jointes *HK Danmark – Ring*²¹², les employeurs contestaient que la réduction du temps de travail demandée par les requérantes puisse être considérée comme une forme d'aménagement raisonnable au sens de la directive. La Cour interprète le concept d'aménagement raisonnable, à la lumière de la Convention onusienne sur les droits des personnes handicapées, comme incluant l'aménagement des horaires, en ce compris la réduction du temps de travail, à la condition que cela ne constitue pas une charge disproportionnée pour l'employeur²¹³. Si, dans le cadre de la répartition des tâches inhérentes au mécanisme préjudiciel, il appartient au juge national d'apprécier le caractère « raisonnable » de l'aménagement requis, la Cour rappelle les éléments pertinents à cet égard, à savoir notamment le coût financier, compte tenu de la taille et des ressources de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics²¹⁴.

²¹¹ Arrêt du 18 octobre 2017, *Kalliri*, C-409/16, EU:C:2017:767, pt 44.

²¹² Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 209-211.

²¹³ Arrêt *HK Danmark – Ring* préc., pts 52-58.

²¹⁴ *Ibid.*, pts 59-60. C'était le cas en l'espèce : le droit danois prévoit des aides publiques pour les aménagements visant à faciliter l'accès des personnes handicapées au marché du travail (pt 63). À propos du raisonnement de la Cour de justice relatif à l'existence d'une discrimination indirecte résultant d'une disposition nationale qui prévoit qu'un employeur peut mettre fin au contrat de travail avec un préavis réduit si le travailleur

Une conception large, conforme à la Convention des Nations unies, tant de l'aménagement raisonnable que de ses bénéficiaires, est confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt en manquement du 4 juillet 2013²¹⁵, au terme duquel l'Italie est condamnée pour défaut de transposition correcte et intégrale de l'article 5 de la directive 2000/78/CE. La restriction du bénéfice des aménagements raisonnables à certaines catégories de personnes handicapées, identifiées selon la gravité du handicap conformément à la classification de l'Organisation mondiale de la santé, est ainsi rejetée²¹⁶. L'édition de mesures publiques d'incitation et d'aide ne peuvent en aucun cas se substituer, suivant la Cour, à l'obligation pour les employeurs de mettre en place, en fonction des besoins et dans des situations concrètes, des aménagements raisonnables pour toutes les personnes en situation de handicap²¹⁷.

4. Frontière entre *discrimination directe* et *discrimination indirecte*

La frontière entre discrimination directe et indirecte n'est pas toujours aisée à tracer. Or cette qualification est cruciale en ce qu'elle détermine le système de justifications applicable. Ainsi, dans l'emploi, les distinctions directes ne peuvent être justifiées que quand une caractéristique liée à un motif de discrimination constitue une « exigence professionnelle essentielle ou déterminante » au sens de l'article 4, § 1^{er}, de la directive « cadre ». Pour les discriminations religieuses, une seconde possibilité existe, dans les limites fixées à l'article 4, § 2, de la directive « cadre », pour les entreprises dites de « tendance ». Pour la discrimination indirecte, l'éventail est plus large : la mesure apparemment neutre est admise si elle poursuit un objectif légitime et s'avère appropriée et nécessaire (proportionnée) à la poursuite de cet objectif²¹⁸.

Cette frontière délicate à tracer est illustrée par plusieurs affaires concernant des différences de traitement entre personnes mariées et personnes dans un partenariat enregistré, dans un ordre juridique où le mariage n'était pas ouvert aux personnes de même sexe. Ainsi, dans ses arrêts *Maruko*²¹⁹ et *Römer*²²⁰, la Cour de justice a consacré une approche non formaliste et audacieuse de la distinction entre discrimination directe et indirecte, en jugeant que l'exigence du mariage, à l'exclusion du partenariat de vie allemand, pour l'octroi de certains avantages est constitutive d'une discrimination *directe* fondée sur l'orientation sexuelle dans un système juridique qui ne permet pas aux partenaires de même sexe de se marier²²¹. Pour la Cour, il revenait à la

handicapé concerné a été absent pour cause de maladie avec maintien de la rémunération pendant cent vingt jours au cours des douze derniers mois lorsque ces absences sont la conséquence de son handicap (pts 63-92).

²¹⁵ Arrêt du 4 juillet 2013, *Commission c. Italie*, C-312/11, EU:C:2013:446.

²¹⁶ *Ibid.*, pts 56-57.

²¹⁷ *Ibid.*, pt 62.

²¹⁸ Concl. Av. gén. J. Kokott dans l'affaire *Achbita* préc., pts 39-40.

²¹⁹ Arrêt du 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, EU:C:2008:179.

²²⁰ Arrêt du 10 mai 2011, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, EU:C:2011:286.

²²¹ Rappelons que tant le requérant que la Commission et l'avocat général avaient qualifié la différence de traitement de discrimination indirecte dans l'arrêt *Maruko* précité (pt 63 ; concl. Av. gén. COLOMER, pts 96 et 111).

juridiction de renvoi de déterminer dans chaque hypothèse particulière si, au regard de la prestation considérée (octroi d'une pension de survie²²² ou calcul d'une pension complémentaire²²³), les époux et les partenaires de vie étaient dans une situation comparable. Dans l'affirmative, la discrimination était établie²²⁴. La Cour de justice a confirmé cette jurisprudence dans l'affaire *Frédéric Hay*²²⁵. Elle y a considéré que réserver aux salariés mariés le bénéfice de congés rémunérés pour événements familiaux et d'une prime de mariage, alors que cette institution était à l'époque, en France, uniquement accessible aux couples hétérosexuels²²⁶, était constitutif d'une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle au sens de la directive « cadre ». Sans laisser aucune marge d'appréciation au juge national, la Cour procède elle-même à l'examen de comparabilité pour conclure : « en ce qui concerne des avantages en termes de rémunération ou de conditions de travail, tels que des jours de congés spéciaux et une prime comme ceux en cause au principal, octroyés à l'occasion de la conclusion de l'union civile qu'est le mariage, les personnes de même sexe qui, ne pouvant pas contracter un mariage, concluent un PACS se trouvent dans une situation comparable à celle des couples qui se marient »²²⁷. La circonstance que le PACS est indépendant du sexe des partenaires, contrairement au partenariat de vie allemand, est indifférente²²⁸. La Cour de justice cadenasait également toute possibilité de justification en indiquant qu'une discrimination directe ne peut, au contraire d'une discrimination indirecte, être justifiée que « par l'un des motifs visés à l'article 2, paragraphe 5, de [la] directive [2000/78], à savoir la sécurité publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et des libertés d'autrui »²²⁹, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

L'affaire *Achbita* précitée illustre, quant à elle, les difficultés de qualification d'une discrimination religieuse qui résulte du licenciement d'une travailleuse refusant d'ôter son voile islamique pour se conformer à la politique de neutralité de l'entreprise (non écrite au moment des faits et introduite postérieurement dans le règlement de l'entreprise)²³⁰. Dans cette affaire, alors que la Belgique et le Centre pour l'égalité des chances considéraient qu'une discrimination directe était à l'œuvre, la France, le Royaume-Uni et l'avocate

²²² Arrêt *Maruko* préc., pt 72.

²²³ Arrêt *Römer* préc., pts 42 et s.

²²⁴ Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 217-219.

²²⁵ Arrêt du 12 décembre 2013, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* (ci-après, arrêt *Hay*), C-267/12, EU:C:2013:823.

²²⁶ En France, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe, *J.O.*, L 114 du 18 mai 2013, p. 8253.

²²⁷ Arrêt *Hay* préc., pt 41.

²²⁸ Arrêt *Hay* préc., pt 43.

²²⁹ Arrêt *Hay* préc., pt 45.

²³⁰ Pour une analyse approfondie de ces deux affaires, voy. not. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Affaires *Achbita* et *Boungaoui* : entre neutralité et préjugés », *op. cit.*

générale Kokott estimaient, au contraire, qu'il s'agissait d'une discrimination indirecte²³¹. La Cour de justice se rallie à cette seconde interprétation. Au motif que la règle applicable dans l'entreprise interdit « le port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses et vise donc indifféremment toute manifestation de telles convictions », elle estime que cette règle n'instaure pas de discrimination directement fondée sur la religion vu qu'elle « traite de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, notamment une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tels signes »²³². Un tel raisonnement n'emporte pas d'office la conviction²³³. À l'instar de la position développée par l'avocate générale Sharpston, *mutatis mutandis*, dans l'affaire *Boungaoui*²³⁴, la Cour aurait pu considérer que Mme Achbita, placée dans une situation comparable à certains de ses collègues athées ou dont la religion ne requiert pas d'être exprimée par le port de signes visibles, a, par son licenciement, subi un traitement défavorable fondé sur sa religion. Dès lors que l'expression de la religion est englobée dans la protection contre la discrimination, une règle qui aboutit à imposer aux travailleurs de ne pas porter un signe religieux particulier qui fait partie de leur identité constitue une discrimination directement fondée sur la religion, sauf à pouvoir être justifiée au titre des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Bien évidemment, cela n'implique pas de qualifier de discrimination directe toute règle ou mesure qui contreviendrait à un dogme religieux. Le travailleur qui refuserait d'accomplir des tâches qui font partie de sa fonction ne pourrait s'en dispenser par le seul fait qu'elles ne seraient pas en accord avec ses convictions.

§ 3. L'article 21 de la Charte : quelle plus-value en pratique²³⁵ ?

Les sources tendant à lutter contre les discriminations en droit de l'Union européenne – directives, principes généraux du droit de l'Union, article 21 de la Charte –, à l'instar des poupées russes en partie dépareillées, ne s'emboîtent pas toujours parfaitement les unes aux autres. Leur articulation reste l'un des enjeux majeurs de l'effectivité de ce droit. Alors que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est entrée en vigueur depuis

²³¹ Concl. Av. gén. J. KOKOTT dans l'affaire *Achbita* préc., pt 41.

²³² C.J., arrêt *Achbita* préc., pts 30-32.

²³³ Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Affaires *Achbita* et *Boungaoui* : entre neutralité et préjugés », *op. cit.*, pp. 1026-1030.

²³⁴ Voy., *mutatis mutandis*, les conclusions de E. Sharpston dans l'affaire *Boungaoui* précitée, pt 88 : « Sur cette base, il semble impossible de ne pas conclure que Mme Boungaoui a été traitée de manière moins favorable, sur la base de sa religion, qu'une autre personne ne l'aurait été dans une situation comparable. Un ingénieur d'études travaillant chez Micropole qui n'aurait pas choisi de manifester ses croyances religieuses en portant une tenue vestimentaire particulière n'aurait pas été licencié [...]. Le licenciement de Mme Boungaoui constituait donc une discrimination directe à son encontre, basée sur sa religion ou ses convictions, au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78 ».

²³⁵ Les développements qui suivent sont partiellement tirés du commentaire de l'article 21 de la Charte, rédigé par E. BRIBOSIA, I. RORIVE et J. HISLAIRE, *op. cit.*, ainsi que de la Chronique, rédigée par E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2018/2, pp. 137-145.

une décennie, son article 21 reste un outil dont le potentiel est encore sous-utilisé en pratique. Seront présentés ci-dessous les différents cas de figure dans lesquels l'article 21 de la Charte constitue – ou pourrait constituer – une ressource utile aux plaideurs désireux de dénoncer des discriminations devant les juridictions nationales ou européennes.

En théorie, dès lors que les délais de transposition des directives antidiscriminatoires sont expirés, trois cas de figure peuvent être distingués²³⁶.

Dans le premier cas de figure, l'article 21 de la Charte ne joue qu'un rôle subsidiaire par rapport au principe général de non-discrimination ou aux directives qui le concrétisent. Ainsi, lorsque la différence de traitement porte sur un critère couvert par une directive (par exemple, l'âge) et peut être rattachée à son champ matériel (par exemple, l'emploi au sens large pour la directive 2000/78), c'est le régime juridique de la directive qui s'applique avec l'ensemble des concepts qu'elle prévoit (discrimination directe ou indirecte, injonction de discriminer, harcèlement), ses modes de justification (exigence professionnelle essentielle et déterminante pour une discrimination directe) et ses mécanismes procéduraux (aménagement de la charge de la preuve, notamment). C'est illustré notamment par l'arrêt *Abercrombie et Fitch* précité au cœur duquel était une législation italienne permettant d'engager des travailleurs âgés de moins de 25 ans dans un contrat de travail intermittent et de les licencier dès qu'ils atteignaient leur vingt-cinquième anniversaire²³⁷. Alors que la Cour de cassation italienne s'interrogeait sur la conformité de cette législation tant avec l'article 21 de la Charte qu'avec diverses dispositions de la directive « cadre », la Cour de justice va asseoir son raisonnement sur la seule directive. L'article 21 de la Charte n'est mobilisé que comme une consécration du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, lui-même concrétisé par la directive 2000/78/CE²³⁸.

Même dans ce premier cas de figure, l'article 21 de la Charte présente une double utilité. D'une part, il définit un horizon interprétatif²³⁹ et sert de norme de référence à l'aune de laquelle la directive doit être interprétée et sa validité appréciée²⁴⁰. D'autre part, il contraint le juge national à laisser inappliquée la disposition nationale qui y serait contraire (en cas de défaut de transposition ou de transposition imparfaite), même entre particuliers, ce que l'application de la directive seule ne permet pas. C'est illustré par la ligne jurisprudentielle évoquée ci-dessus, dans laquelle l'article 21 de la Charte a servi à renforcer l'usage de ce principe général comme un palliatif à l'absence d'effet direct horizontal des directives. C'est ainsi que, dans les arrêts

²³⁶ E. BRIBOSIA et Th. BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge. Du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations. [...] », *op. cit.*, p. 79.

²³⁷ Arrêt *Abercrombie*, pt 16.

²³⁸ Arrêt *Abercrombie*, pt 17.

²³⁹ Arrêt *CHEZ* préc., pts 42 et 58 et pt 50. Pour une analyse, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2016, pp. 264-268.

²⁴⁰ Arrêt du 1^{er} mars 2011, *Association belge des consommateurs – Test- Achats*, C-236/09, EU:C:2011:100.

*Küçükdeveci*²⁴¹, *HK Danmark*²⁴² et *Dansk Industry (Ajos)*²⁴³, la Cour de justice a confirmé sa jurisprudence *Mangold*²⁴⁴ en y ajoutant une référence expresse à l'article 21 de la Charte. Dans cette jurisprudence relative à des discriminations fondées sur l'âge, les sources s'imbriquent et se superposent. Ainsi, la directive 2000/78/CE concrétise le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, principe général de droit de l'Union européenne, qui « trouve sa source dans divers instruments internationaux et dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres » et est « désormais consacré à l'article 21 de la Charte »²⁴⁵. La valeur ajoutée de l'article 21 de la Charte paraît toutefois limitée dans ce contexte, dans la mesure où la Cour, après l'avoir mentionné, poursuit généralement son raisonnement sur la base du principe général de non-discrimination qui, pour garantir l'effectivité du droit de l'Union, se voit reconnaître une invocabilité horizontale subsidiaire, en l'absence d'applicabilité horizontale de la directive 2000/78 et à défaut d'une possibilité d'interprétation conforme du droit national.

Le deuxième cas de figure renvoie à une application autonome de l'article 21 de la Charte. Certains arrêts en témoignent, d'abord pour mettre en cause la validité de l'action des institutions et organes de l'Union européenne. Ainsi, dans l'affaire *Werner Fries c. Lufthansa*²⁴⁶, la Cour de justice était interrogée sur la validité de l'annexe d'un règlement n° 1178/2011 (UE) de la Commission, notamment au regard de l'article 21, § 1^{er}, de la Charte. Cette annexe interdisait aux titulaires d'une licence de pilote, ayant atteint l'âge de 65 ans, d'exercer en tant que pilote d'un aéronef dans le transport aérien commercial. La Cour de justice procède à un examen approfondi de cette différence de traitement fondée sur l'âge, à l'aune de l'article 52, § 1^{er}, de la Charte²⁴⁷. Selon la Cour, il ne fait pas de doute que la condition de légalité de la limitation est remplie²⁴⁸ et qu'il n'y a guère d'atteinte au contenu essentiel du principe de non-discrimination, vu que la limitation « ne porte que sur la question, de portée limitée, des restrictions à l'exercice des fonctions de pilotage en vue d'assurer la sécurité aérienne »²⁴⁹. Après avoir rappelé, sur la base de sa jurisprudence antérieure²⁵⁰, que l'objectif tenant à l'établissement et au maintien d'un niveau uniforme élevé de sécurité de l'aviation civile en Europe constitue un objectif légitime d'intérêt général, la Cour conclut, à l'issue d'un examen de proportionnalité détaillé et, au vu de l'importante

²⁴¹ Arrêt *Küçükdeveci* préc., pts 20-21.

²⁴² Arrêt du 26 septembre 2013, *HK Danmark c. Experian A/S*, C-476/11, EU:C:2013:590.

²⁴³ Arrêt du 19 avril 2016, *Dansk Industri (DI) c. Succession Karsten Eigil Rasmussen*, C-441/14, EU:C:2016:278, pts 22-23.

²⁴⁴ Arrêt *Mangold* préc., pt 74.

²⁴⁵ Arrêt *Dansk Industry*, pt 22.

²⁴⁶ Arrêt du 5 juillet 2017, *Werner Fries c. Lufthansa CityLine GmbH*, C-190/16, ECLI:EU:C:2017:513.

²⁴⁷ S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « Art. 52 », in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit.

²⁴⁸ Arrêt *Werner Fries c. Lufthansa*, pt 37.

²⁴⁹ *Ibid.*, pt 38.

²⁵⁰ Arrêt *Prigge* préc., C-447/09, EU:C:2011:573.

marge d'appréciation dont dispose le législateur de l'Union dans ce domaine, que l'interdiction litigieuse est appropriée et nécessaire à l'objectif poursuivi et conforme à l'article 21, § 1^{er}, de la Charte²⁵¹.

Quant au contrôle de l'action des États membres, la portée autonome de l'article 21 de la Charte devrait logiquement se développer, lorsqu'il s'agit de vérifier le caractère discriminatoire de leur action hors du champ d'application des directives antidiscriminatoires. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit soit de dénoncer une discrimination fondée sur un motif couvert par une directive, mais en dehors de son champ d'application matériel, soit de mettre en cause une différence de traitement fondée sur un motif non explicitement protégé par une directive, tout en concernant un domaine matériel couvert par cette dernière.

L'arrêt *Geoffrey Léger*²⁵² est emblématique d'une telle application autonome de l'article 21 de la Charte à l'action d'un État membre. La Cour était saisie de la question de la conformité d'une interdiction permanente du don de sang pour les hommes ayant eu une relation sexuelle avec un autre homme, au regard de la directive 2004/33/CE²⁵³ qui prévoyait l'exclusion permanente du don de sang des sujets dont le comportement sexuel est considéré comme « à risque ». Si des directives consacrent l'interdiction des discriminations fondées sur le genre ou l'orientation sexuelle dans certains domaines, elles ne sont pas applicables en matière de santé. La Cour ne s'est toutefois pas arrêtée à ce constat et rappelle que, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres ont l'obligation de respecter les exigences qui découlent de la protection des droits fondamentaux, et plus particulièrement l'article 21 de la Charte qui prohibe les discriminations fondées notamment sur l'orientation sexuelle²⁵⁴. Pour juger que l'interdit national n'est pas discriminatoire, la Cour se contente d'une appréciation à l'aune de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle²⁵⁵. L'exclusion du don de sang des hommes ayant eu une relation sexuelle avec un autre homme constitue pourtant une double discrimination fondée tant sur le sexe – en ce qu'elle ne s'applique qu'aux hommes ayant eu une relation sexuelle avec un autre homme – que sur l'orientation sexuelle – en ce qu'elle ne s'applique qu'aux personnes homosexuelles. Il est certainement regrettable que la Cour ne se soit pas saisie de la question des discriminations multiples ou intersectionnelles

²⁵¹ Arrêt *Werner Fries c. Lufthansa* préc., pts 44-49.

²⁵² Arrêt du 29 avril 2015, *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang* (ci-après, arrêt *Geoffrey Léger*), C-528/13, EU:C:2015:288.

²⁵³ Directive 2004/33/CE de la Commission du 22 mars 2004, portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins, J.O., L 91/25 du 30 mars 2004, pp. 25-39.

²⁵⁴ Arrêt *Geoffrey Léger*, préc., pts 45-48.

²⁵⁵ *Ibid.*, pts 45-51. La Cour n'a, ici, pas suivi l'opinion de son avocat général qui affirmait qu'en excluant tout homme ayant eu ou ayant des rapports sexuels avec un autre homme, l'arrêté ministériel français introduit une évidente discrimination indirecte consistant en la combinaison d'un traitement différencié en raison du sexe et de l'orientation sexuelle (concl. Av. gén. MENGOZZI précédant l'arrêt *Geoffrey Léger*, pt 44).

par le biais de l'article 21 de la Charte²⁵⁶. Ceci étant, si le raisonnement de la Cour n'est pas exempt de critique, il a le mérite de fonder le contrôle de validité d'une disposition nationale exclusivement sur les articles 21 et 52 de la Charte des droits fondamentaux et d'illustrer leur application autonome.

En revanche, la Cour de justice s'était jusqu'il y a peu montrée plus frileuse pour mobiliser l'article 21 de la Charte afin d'évaluer le caractère discriminatoire d'une différence de traitement, dans un domaine matériel couvert par une directive – par exemple, l'emploi –, mais sur la base d'un autre motif – par exemple, l'état de santé ou l'obésité²⁵⁷. Elle semble considérer qu'à défaut d'applicabilité de la directive « cadre » – qui ne peut couvrir d'autres motifs que ceux qui y sont énoncés –, l'article 21 de la Charte ne trouve pas à s'appliquer, au motif de l'absence supposée de lien de rattachement avec le droit de l'Union. Or, dans certains des cas qui lui ont été soumis, il aurait été judicieux de vérifier si un tel lien de rattachement n'existait pas (via la liberté de circulation des travailleurs ou la directive sur le droit des patients) avant d'écarter l'applicabilité de l'article 21 de la Charte. L'arrêt *Milkova*, rendu par la Cour de justice le 9 mars 2017, semble constituer une première à cet égard²⁵⁸. S'il est difficile d'y démêler les rôles joués par le principe général d'égalité de traitement et par les articles 20 et 21 de la Charte, cette affaire permet d'illustrer le rôle majeur que peut jouer l'article 21 de la Charte pour mettre en cause une discrimination fondée sur un motif non couvert par les directives (ici, la nature de la relation de travail), tout en tombant dans son champ d'application matériel interprété largement (directive 2000/78/CE et action positive en matière d'emploi).

Enfin, le troisième cas de figure se présente quand la différence de traitement ne présente aucun lien avec le droit de l'Union : ni les directives antidiscriminatoires, ni l'article 21 de la Charte, ni le principe général de droit de l'Union ne trouvent à s'appliquer. Dans ce cas, les juridictions nationales devront s'appuyer sur d'éventuels principes analogues consacrés en droit national ou dans d'autres instruments de protection des droits de la personne.

²⁵⁶ Pour une occasion manquée récente de la Cour de se saisir de la question des discriminations multiples, voy. arrêt du 24 novembre 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897. Pour un commentaire, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2017, pp. 203-205.

²⁵⁷ Voy. arrêt *Chacon Navas* préc., pt 56. Il est à noter toutefois que, dans cette affaire, la Cour ne se réfère pas à l'article 21 de la Charte, mais bien au principe général de non-discrimination pour affirmer qu'il n'en résulte pas que « le champ d'application de la directive 2000/78 doit être étendu par analogie [à la maladie] au-delà des discriminations fondées sur les motifs énumérés de manière exhaustive à l'article 1^{er} de celle-ci ».

²⁵⁸ Arrêt du 9 mars 2017, *Petya Milkova c. Izpalniren direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatiztsionen kontrol*, C-406/15, EU:C:2017:198, pts 45-69.