



HAL
open science

Propos homophobes et discrimination directe : Analyse de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 23 avril 2020

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Propos homophobes et discrimination directe : Analyse de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 23 avril 2020. 2020. hal-02937361

HAL Id: hal-02937361

<https://hal.science/hal-02937361>

Preprint submitted on 13 Sep 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Propos homophobes et discrimination directe : Analyse de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 23 avril 2020*

Daniel BORRILLO

Introduction

Le droit européen de la non-discrimination vise à garantir à tous les individus un accès équitable et juste aux opportunités professionnelles qui se présentent dans une société¹. Il permet d'engager la responsabilité de l'employeur dans les cas de discriminations directes², de discriminations indirectes³, lorsqu'il existe une injonction à discriminer⁴, un harcèlement discriminatoire⁵, un défaut d'aménagement raisonnable⁶ ou encore une discrimination par association⁷. Désormais, l'annonce publique d'une discrimination future peut, dans certaines circonstances, être également considérée comme une forme de discrimination directe selon la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE)⁸. Il s'agit à la fois d'une atteinte à l'égal accès à l'emploi consistant à écarter un individu en raison de son orientation sexuelle et d'un refus potentiel d'embauche assumé par celui qui se présente publiquement comme responsable d'une politique d'emploi de l'entreprise.

Depuis 2008, la Cour était arrivée à la conclusion que les déclarations indiquant ne pas vouloir des ouvriers d'origine étrangère constituaient une forme de discrimination⁹ et en 2013,

* Ce texte est la traduction du commentaire d'arrêt publié par l'auteur en italien dans la *Revista Responsabilità Civile e Provvidenza* n° 4 – 2020 sous le titre, “L’annuncio pubblico di una discriminazione futura costituisce già una discriminazione”.

¹ D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, coll. « Recherches », Paris, 2003.

² Dans le droit de l'UE, l'article 2, paragraphe 2 a), de la directive 2000/78 dispose : « Une 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 motifs visés à l'article 1er »

³ Selon l'article 2 paragraphe 2 b) « une 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'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes... ».

⁴ L'article 2§4 de la directive 2000/78 dispose : « Tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination à l'encontre de personnes pour l'un des motifs visés à l'article 1er est considéré comme une discrimination au sens du paragraphe 1 ».

⁵ Dans le cadre des directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination, le harcèlement constitue un type spécifique de discrimination. L'article 2§3 de la directive 2000/78 dispose : « Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1er se manifeste, 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. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres ».

⁶ La directive 2000/78 indique que « afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus ».

⁷ La CJUE interprète largement la portée des caractéristiques protégées par les directives. Ainsi, dans l'affaire *S. Coleman c. Attridge Law et Steve Law* (CJUE, Grde Ch. 17 juillet 2008, aff. C-303/06), les juges ont reconnu l'existence d'une discrimination par association vis-à-vis de la mère d'un enfant handicapé menacée de licenciement à cause des retard liés à la maladie de son fils.

⁸ CJUE, Grde Ch., 23 avr. 2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, aff. C-507/18.

⁹ CJUE, 2^{ème} Ch., 10 juil. 2008, Feryn, aff. C-54/07.

les propos homophobes avaient été retenus par les juges de Luxembourg comme faisant partie des « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination »¹⁰. C'est dans la suite de ces décisions que la CJUE s'est prononcée le 23 avril 2020, en formation plénière par la voie d'une question préjudicielle dans une affaire concernant les déclarations discriminatoires d'un avocat italien¹¹. Au cours d'une émission radiophonique à diffusion nationale, cet avocat expérimenté avait affirmé que jamais il ne recruterait ni ne voudrait faire travailler dans son cabinet une personne homosexuelle. Au moment où il tint ces propos, aucune procédure de recrutement n'était en cours au sein de son cabinet d'avocats. Toutefois, *l'Associazione Avvocatura per Diritti LGBTI-Rete Lenford* agit en justice contre l'avocat sollicitant la publication des extraits de la décision de condamnation dans un quotidien national, l'élaboration d'un plan visant à éliminer la discrimination et le paiement des dommages et intérêts pour son préjudice extra-patrimonial. En première instance, le tribunal de Bergame (siégeant en tant que juge du travail) considéra que l'avocat avait agi illégalement, de manière discriminatoire, et le condamna à payer 10 000 euros de dommages et intérêts à l'association¹². En appel, la cour de Brèche rejeta le recours de l'avocat qui forma un pourvoi.

La Cour de cassation italienne décida de sursoir à statuer et saisit la CJUE de plusieurs questions préjudicielles, ce renvoi témoignant sans nul doute du refus par le juge de cassation italien d'assumer seul une jurisprudence sur un sujet sensible, voire polémique.

Ainsi, il s'agissait notamment de savoir si l'association était une entité représentative d'intérêts collectifs au sens de l'article 9, paragraphe 2 de 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, et, partant, avait la qualité pour agir contre l'avocat. La Cour de cassation demandait également si les déclarations de l'avocat relevaient du champ d'application de la directive en ce qu'elles concernent « l'emploi », ou si elles devaient être considérées comme la simple expression d'une opinion, sans rapport avec une procédure de recrutement discriminatoire.

D'une manière générale, le renvoi préjudiciel apparaît, dès l'origine, comme l'instrument de la spécificité de l'ordre juridique de l'Union. Il permet et garantit avec succès l'interpénétration du droit de l'Union et des droits nationaux. Il assure la protection de l'ordre juridique comme celle des droits des personnes privées. La Cour n'hésite pas à en faire la « clé de voûte du système juridictionnel en instaurant un dialogue de juge à juge, précisément entre la Cour et les juridictions des États membres »¹³. Rappelons que l'arrêt rendu sur renvoi préjudiciel en interprétation lie la juridiction qui a saisi la Cour et les autres juridictions qui statueront dans le même litige. Dans la mesure où la Cour précise le sens d'une disposition de l'Union, son interprétation s'impose à l'ensemble des juridictions nationales qui auront à

¹⁰ CJUE, 3^{ème} Ch., 25 avr. 2013, *Asociatia Accept*, aff. C-81-12.

¹¹ Pour une analyse des décisions de la Justice italienne voir : F. BILOTTA, « La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice », *Responsabilità Civile e Previdenza*, n°1 2018 p. 69-104.

¹² M. GATTUSO, « La prima condanna in Italia per discriminazione fondata sull'orientamento sessuale : un caso esemplare », *Genius, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2014 : <http://www.articolo29.it/2014/prima-condanna-in-italia-per-discriminazione-fondata-sullorientamento-sessuale-caso-esemplare/>

¹³ CJUE, Ass. Pl., avis 2/13, 18 décembre 2014, pt 176

connaître de la même question. C'est pourquoi, au-delà du cas italien, nous étudierons également l'impact de l'arrêt en droit français.

En l'espèce, les questions préjudicielles posées à la CJUE par la Cassation italienne renvoient à deux thèmes fondamentaux en matière de droit de la non-discrimination, l'un sur le fond et l'autre sur la forme. Il s'agissait de savoir si *l'Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI-Rete Lenford* était légitime à agir en justice en vue de faire respecter les obligations découlant de la directive 2000/78 dès lors qu'aucune victime n'était identifiable et, sur le fond, si les déclarations effectuées par une personne au cours d'une émission radiophonique pouvaient rentrer dans le champ d'application la directive en ce qui concerne les « conditions d'accès à l'emploi et au travail » mentionnées sous son article 3 ou si, au contraire, elles pouvaient être considérées comme la manifestation de la liberté d'expression. Autrement dit, peut-on estimer que dire que l'on va discriminer, c'est déjà discriminer ?

Avant d'entrer dans l'analyse de la décision de la CJUE et afin de mieux comprendre l'importance de sa portée, nous commençons par expliquer le changement paradigmatique de la procédure en matière de discriminations et en particulier la doctrine de l'intérêt diffus.

Les discriminations et l'intérêt diffus

Née dans le droit de l'environnement, la notion d'intérêt diffus¹⁴ pourrait s'élargir aux questions de discriminations. En effet, l'égalité des chances et l'égalité de traitement en matière d'emploi constituent un intérêt d'importance générale et sociale en tant qu'élément essentiel de la citoyenneté européenne¹⁵.

Pour comprendre certains litiges en matière de discriminations, il faut se défaire de l'archétype du litige civil présenté comme le désaccord des volontés individuelles relativement à un objet donné. Un conflit justifiant l'intervention judiciaire n'est donc pas nécessairement un conflit de personnes (différend), il peut n'être qu'un conflit d'intérêts, il suffit alors, comme le souligne la doctrine, d'une prétention susceptible de porter atteinte à un intérêt au moins partiellement distinct de celui de son auteur¹⁶. Les discriminations sont souvent par nature opaques.

Dans l'affaire en question, ce qui compte est moins l'existence d'un différend opposant deux personnes que l'existence d'une situation qui porte atteinte à l'égalité des chances dans le marché de l'emploi.

La doctrine des intérêts diffus en matière de discriminations vient ainsi répondre à une demande de justice sociale dans l'accès au droit. Soulignons que cette affaire est la première qui arrive devant les tribunaux italiens depuis l'adoption de la directive en 2003, ce qui met en

¹⁴ Il n'existe pas de définition univoque de cette notion mais d'une manière générale la doctrine est d'accord pour affirmer que l'intérêt diffus est celui dépourvu d'un seul titulaire et que l'on peut attribuer à une généralité de sujets. Il permet une protection à certains intérêts des sujets qui ne coïncident pas ni avec le sujet privé traditionnel de la tradition civiliste ni avec le sujet public.

¹⁵ M. SWEENEY, « Le principe d'égalité de traitement en droit social de l'Union européenne : d'un principe moteur à un principe matriciel », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, 2012, pp. 42-61.

¹⁶ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis droit », Paris, 2010, p. 294.

évidence la difficulté à poursuivre et à condamner les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en Italie.

La protection contre les discriminations à l'emploi *lato sensu* pourrait constituer un intérêt diffus des particuliers qui n'agissent pas toujours ou ne sont pas en position d'agir. Il conviendrait dès lors que les organisations non gouvernementales qui œuvrent en faveur de la protection des personnes LGBTI aient elles aussi la possibilité de contribuer de manière adéquate à la mise en œuvre effective de la directive¹⁷. Les intérêts diffus concernent un groupe plus ou moins étendu de personnes, ayant un certain nombre de caractéristiques communes, en l'occurrence l'orientation sexuelle, unies par un intérêt commun et partageant une communion de fait dans l'exploitation ou la jouissance d'un droit, en l'occurrence l'accès à l'emploi. Les titulaires des intérêts diffus sont ainsi indéterminés (et dans la plupart des cas, indéterminables), ils sont à peine unis par des circonstances de fait (et non pas par un rapport juridique). Cet intérêt d'un groupe indéfini (diffus) devient collectif lorsqu'il accède à une protection juridictionnelle.

La doctrine de l'intérêt diffus a permis de déroger aux conditions classiques de la qualité à agir : intérêt personnel, direct, né et actuel pour pouvoir exercer l'action dans l'intérêt des tiers, y compris sans délégation¹⁸.

Le titulaire des intérêts diffus (et de l'intérêt collectif) est moins l'individu que la communauté. F. Bilotta a très bien analysé la difficulté à intégrer la théorie de l'intérêt diffus (ne relevant ni d'une protection exclusivement individuelle ni de la catégorie de l'intérêt public) car il existe encore en droit continental une habitude à raisonner de manière binaire selon laquelle l'intérêt est privé ou public et, partant, seuls peuvent agir la victime ou le ministère public. L'auteur propose de s'inspirer du droit européen de la consommation à partir de « *una sorta di misura inhibitoria, consistente nell'avvisare tutti i futuri interessati al posto de lavoro che sono a rischio di discriminazione* » (une sorte de mesure inhibitoire consistant en signaler aux futurs candidats à l'emploi qu'ils risquent une discrimination)¹⁹. Nous sommes face à un cas paradigmatique de dommage futur qui ne doit pas se confondre avec le dommage éventuel en ce sens que sa réalisation est certaine : atteinte à l'accès au marché de l'emploi. La victime n'est pas identifiée puisqu'il s'agit de ceux ou celles qui seraient en mesure de postuler à un poste dans le cabinet d'avocat en question. Si le préjudice futur est en quelque sorte une circonstance aggravante d'un mal présent, il est en tant que tel susceptible de réparation anticipée puisque l'on a la certitude qu'il se réalisera.

La proposition de F. Bilotta permettrait d'instaurer un climat juridique infiniment plus propice à l'accueil des raisonnements anti-discriminatoires dans la mesure où elle conduit à prendre acte au tout premier chef de la situation effective des personnes actuelles ou futures. Défendre des intérêts diffus signifie faire plier les traditionnelles structures individualistes de protection

¹⁷ CJUE, 3^{ème} Ch., 25 avril 2013, *Asociatia Accept* (op. cit. points 24, 30, 36 et 37).

¹⁸ En tant que règle de procédure, l'intérêt est avec la qualité pour agir, un des conditions de la recevabilité des requêtes : « Proches au point parfois de se confondre, intérêt et qualité se distinguent en ce que la qualité tient à la capacité du requérant, considéré en lui-même, à ester en justice ou à représenter une autre personne au nom de laquelle il agit, tandis que l'intérêt concerne la possibilité d'introduire un recours déterminé. La qualité touche à la personne du requérant, l'intérêt à l'action qu'il engage » D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 837.

¹⁹ F. BILOTTA, op. cit. p. 84

en favorisant une action méta-individuelle comme celle menée par l'Associazione *Avvocatura per i diritti LGBTI*.

Les précédents de la CJUE dans la matière

Comme nous l'avons signalé plus haut, la CJUE s'était déjà prononcée sur la question dans une situation analogue relevant de la directive 2000/43 relative à la « mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ». En l'occurrence, l'affaire portait sur les déclarations du responsable de la société belge Feryn lequel avait déclaré lors de plusieurs interviews accordées à des journaux et à la télévision qu'il ne voulait pas embaucher de marocains en raison des réticences de la clientèle à leur donner accès, le temps des travaux, à leur domicile privé. Dans un arrêt du 10 juillet 2008, les juges de Luxembourg ont considéré que ces déclarations publiques d'un employeur sur sa volonté de ne pas embaucher de travailleurs immigrés constituaient bien une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive 2000/43 CE et ce, même en l'absence de plaignant identifiable. Nous pouvons considérer cela comme une nouvelle forme de discrimination par annonce publique d'une discrimination future : Ces déclarations publiques suffisent à présumer, au sens de la directive, l'existence d'une politique de recrutement directement discriminatoire²⁰.

En 2013, la CJUE s'est prononcée sur une question analogue relevant non pas de la race (directive 2000/43) mais de l'orientation sexuelle (directive 2000/78) et sa réponse s'inscrit, en toute cohérence, avec ses décisions précédentes. En effet, dans l'affaire *Asociatia Accept*, la CJUE avait considéré que les déclarations homophobes du « patron » d'un club de football professionnel pouvaient faire peser, sur ce club, la charge de prouver qu'il ne mène pas une politique d'incorporation discriminatoire même si ces propos étaient tenus par un ancien dirigeant du club qui ne pouvait pas engager une procédure d'embauche au moment où il les avait a tenus²¹. De surcroît, la Cour rappelle à titre liminaire un aspect important du contentieux anti-discrimination de l'Union qui est la forme d'*actio popularis* dont sont en droit d'être investies les associations de défense des droits LGBTI (art. 9 § 2 de la directive 2000/78/CE). En effet, l'existence d'une discrimination prohibée au sens de la directive ne suppose pas que soit identifiable un plaignant soutenant qu'il a été victime d'une telle situation²², et le droit de l'Union ne s'oppose bien évidemment pas à ce qu'un État membre prévoie l'intérêt pour agir « pour compte de tiers » d'associations militant pour la mise en œuvre de la directive. De même, la Cour éclaircit la situation quant à la capacité d'engager la responsabilité du club par la personne qui a tenu les propos discriminatoires puisqu'il avait cédé les actions du club qu'il détenait. Cependant, la Cour considère qu'aux yeux de l'opinion publique cette personnalité s'est donnée l'apparence d'un décideur de la politique du club ce qui l'est rendu responsable. Cette sorte de théorie de l'apparence impose, selon la Cour, que

²⁰ M. SCHMITT, *Répertoire de droit du travail : Droit du travail de l'Union européenne*, Dalloz.fr

²¹ C. DANISI, "Lavoro, assunzioni e omofobia alla Corte di Giustizia", *GenIus, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2013:

<http://www.articolo29.it/2013/la-prima-applicazione-della-direttiva-200078-alla-discriminazione-subita-da-una-persona-omosessuale-in-materia-di-assunzione-la-sentenza-c-8182-della-cgue/>

²² CJUE, 25 avr. 2013, *Asociatia Accept* (op.cit., point 37).

les juridictions nationales vérifient si les déclarations litigieuses n'étaient pas susceptibles d'engager également le club.

L'affaire «NH c./ Associazione Avvocature per i Diritti LGBTI-Rete Lenford »

A la lecture de ces deux arrêts qui précèdent celui qui fait l'objet de la présente analyse, il est permis de dégager un certain nombre de principes qui guideront le raisonnement du juge luxembourgeois. Tout d'abord, la responsabilité est engagée par toute personne qui se présente devant l'opinion publique ou qui est perçue dans les médias comme ayant un poste de responsabilité au sein d'une entreprise²³ (dans le sens large du terme) privée ou publique, indépendamment du fait que ladite personne ait une capacité juridique quelconque dans la procédure d'embauche au sein de l'entreprise²⁴. Il suffit que la déclaration discriminatoire soit publique et peu importe si celui qui la profère agit en qualité d'employeur ou en tant que simple citoyen tout comme est indifférent le fait que lesdites déclarations soient attachées ou pas à un contexte professionnel effectif²⁵. Peu importe également l'existence, au moment de la déclaration discriminatoire, d'une procédure de recrutement ou d'une offre d'emploi en cours. De même, depuis l'affaire Danosa, les juges du plateau de Kirchberg considèrent que les directives anti-discrimination s'appliquent non seulement aux employés et aux travailleurs mais aussi aux autoentrepreneurs et aux professions libérales²⁶.

Le seul moyen de pouvoir écarter la responsabilité de l'entreprise est sa prise de distance avec les déclarations en cause. A défaut, celles-ci peuvent constituer un indice valable dans l'appréciation globale des faits discriminatoires²⁷. De même, prétendre que par le passé l'entreprise aurait embauché des personnes homosexuelles ne permet pas de renverser la charge de la preuve sans porter atteinte au respect de la vie privée²⁸. Aussi, l'absence d'un plaignant identifiable ne fait pas obstacle à ce qu'une association puisse agir pour faire respecter l'interdiction de discrimination en matière d'emploi et de travail²⁹.

Enfin, la notion « d'accès à l'emploi » protégée par la directive 2000/78 doit être interprétée, selon la Cour, de manière large eu égard à la nature des droits que ladite directive entend protéger ainsi qu'aux valeurs fondamentales qui la sous-tendent. Il ne s'agit pas seulement d'éviter la discrimination mais, d'une manière proactive, de créer un climat inclusif pour les personnes LGBTI³⁰.

Les paroles comme barrière à l'accès à l'emploi

L'esprit de la directive est celui de garantir l'égalité des chances pour tous et de contribuer à la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale, ainsi qu'à l'épanouissement personnel. Comme le note Giuseppe Ferraro, « *l'obiettivo che la direttiva si*

²³ Ibid., point 74-1

²⁴ Ibid., point 50

²⁵ CJUE, 23 avr. 2020, Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI (op. cit. point 20)

²⁶ CJUE, 2^{ème} Ch., 11 novembre 2010, Danosa, Aff. C-232/09

²⁷ CJUE, 23 avr. 2013, Asociația Accept (op. cit. point 50)

²⁸ Ibid., point 74 2)

²⁹ CJUE, 10 juillet 2008, *Feryn*, (op. cit. points 15 à 17 et 25 à 28).

³⁰ D. BORRILLO et Th. FORMOND, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, La Documentation française, 2007.

è prefisso è quello di stabilire un insieme di leggi efficaci contro tale forma di discriminazione, condizione necessaria per eliminare i casi di trattamento iniquo. Tale compito, peraltro, non può dirsi esaurito esclusivamente nella garanzia di protezione per colore che sono oggetto di discriminazione, ma comporta altresì la necessità di determinare l'instaurazione di un clima nel quale le persone siano scoraggiate dal porre in essere comportamenti inique nei confronti di altri soggetti sulla base del loro orientamento sessuale »³¹ (« l'objectif de la directive est de mettre en place un système permettant de lutter contre cette forme de discrimination. Un tel but n'est pourtant pas limité à assurer la protection de ceux qui sont victimes de discriminations mais il implique également la création d'un climat où les personnes sont découragées d'agir d'une manière discriminatoire envers les autres en raison de leur orientation sexuelle »).

Les propos tenus par l'avocat constituent une barrière à l'établissement d'un tel climat, ils sont de nature à dissuader une personne LGBTI de présenter sa candidature à un poste chez cet employeur. En ce sens, la Cour avait déjà donné une définition large de l'« accès à l'emploi » en établissant que « la notion d'accès à un emploi ne concerne pas seulement les conditions existant avant la naissance d'une relation de travail » mais aussi les facteurs qui influencent la décision d'une personne d'accepter ou non une offre d'emploi³². Dans l'affaire Feryn, l'avocat général avait déjà soulevé la question en soulignant que « une déclaration publique de la part d'un employeur indiquant que les personnes d'une certaine origine raciale ou ethnique ne doivent pas poser leur candidature a un effet qui est loin d'être hypothétique. Ne pas qualifier cette déclaration d'acte de discrimination reviendrait à ignorer la réalité sociale selon laquelle de telles déclarations ont un effet humiliant et démoralisant sur les personnes de cette origine qui veulent participer au marché de l'emploi et, en particulier, sur ceux qui souhaiteraient travailler pour l'employeur en question »³³.

A titre d'exemple, la loi française n° 2017-86 du 27 janvier 2017 sur l'égalité et la citoyenneté a instauré une obligation de formation périodique à la non-discrimination dans les entreprises d'au moins 300 salariés. De même l'action du Défenseur des droits en la matière permet de mieux comprendre l'enjeu de la question relative à la création d'un climat *LGBTI friendly* dans le marché de l'emploi. En effet, cet organisme public de rang constitutionnel promeut la signature d'une charte d'engagement LGBT auprès des entreprises et de la fonction publique. Des marques telles que Volvo, Orange ou Casino ainsi que des organisations syndicales ont publié des guides spécifiques dédiés à la lutte contre l'homophobie au travail. De même, Air France KLM et les ministères sociaux se sont engagés dans des campagnes d'affichages internes et d'action de visibilité des employés LGBTI. Il s'agit également de sensibiliser et former l'ensemble du personnel afin de créer un environnement inclusif pour les personnes LGBTI. En ce sens, l'article L.1131-2 du code du travail contient une obligation de formation à la non-discrimination pour toutes les personnes chargées du recrutement dans les

³¹ G. FERRARO e G. M. MONDA, La promozione della parità di trattamento: in S. FABENI e M. G. TONIOLO, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. L'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, Roma, 2005, p. 450.

³² CJUE, 4^{ème} Ch., 13 juillet 1995, Meyers, Aff. C-116/94, point 22.

³³ Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire Feryn (C-54/07, EU:C:2008:155, point 15).

entreprises³⁴. Ces exemples montrent bien qu'en matière d'emploi il s'agit d'aller au-delà de la répression des discriminations en envisageant une véritable politique de prévention qui favorise un « écosystème » inclusif où il est même question d'encourager le *coming out* dans l'entreprise³⁵.

Les limites à la liberté d'expression

L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme consacre le droit à la liberté d'expression pour tout de suite spécifier que cette liberté peut être soumise à des restrictions. S'agissant des limites à la liberté d'expression prévues par ladite Convention, toute restriction doit obéir aux trois critères suivants : être prévue par la loi, être nécessaire et poursuivre des buts légitimes, à l'occurrence la réalisation d'un niveau d'emploi et de protection sociale élevé³⁶. De même, l'article 52, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE dispose que « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont 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 ».

La CJUE rappelle que les limites à la liberté d'expression qui découlent de la directive 2000/78 « sont bien prévues par la loi, dès lors qu'elles résultent directement de cette directive » (point 50 arrêt du 23/04/2020 Affaire C-507/18 *Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI*). Aussi, comme le souligne l'avocate général, « un employeur ne peut donc pas déclarer qu'il ne recruterait jamais de personnes LGBTI, ou de personnes handicapées, ou de chrétiens, de musulmans ou de juifs, puis invoquer la liberté d'expression comme moyen de défense. En faisant une telle déclaration, il n'exerce pas son droit à la liberté d'expression. Il énonce une politique de recrutement discriminatoire³⁷. La directive ne limite nullement la liberté d'expression en générale, elle se borne à prohiber l'expression discriminatoire uniquement dans le cadre du travail et de l'emploi.

Au-delà du champ d'application de la directive, il est clair que les mots utilisés par l'avocat mettent en évidence la volonté de porter atteinte à l'honneur des personnes LGBTI. Il avait déclaré : « *gli omosessuali mi danno fastidio* ». Si ces propos avaient été proférés en France, ils tomberaient sous le coup de la loi pénale du 30 décembre 2004 contre les injures à caractère homophobe, punissables d'une peine pouvant aller jusqu'à 1 an de prison et une amende de 45000€. La sanction s'explique par la gravité de l'infraction. Comme le souligne Didier Eribon, « Au commencement, il y a l'injure, c'est-à-dire le rapport que les gays et les lesbiennes (et, d'une manière plus générale, les minoritaires), entretiennent avec le monde qui

³⁴ Défenseur des droits, Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi, Guide 2017 :

https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/agir_contre_les_discriminations_liees_a_lorientation_sexuelle_et_a_lidentite_de_genre_dans_lemploi_0.pdf

³⁵ « Le choix du *coming out* en entreprise », Etered 2018 : <https://www.edenred.fr/votre-quotidien/ressources-humaines/le-choix-du-coming-out-en-entreprise>

³⁶ Point 51 arrêt du 23/04/2020 Affaire C-507/18 *Associazione Avvocatura per i Diritti LGBTI*

³⁷ Concl. Avocat Général, point 62.

les entoure. L'instant fatal de la rencontre avec l'injure ('sale pédé'), qui intervient plus ou moins tôt dans une existence, est tout à fait décisif, constitutif même, dans la vie de tout gay. Ce 'choc de l'injure', poursuit le philosophe, que l'on reçoit un jour nous apprend en effet que l'on est quelqu'un qui est non seulement insulté sur le moment, mais qui sera à tout jamais insultable : on découvre que ce qu'on est au plus profond de soi-même va être soumis à l'injure, à l'ostracisme, et parfois à l'agression physique, etc. Cela marque profondément la subjectivité d'un individu. Cela finit par définir son être-même. Mais si les mots peuvent ainsi blesser la première fois qu'on les reçoit, c'est aussi parce qu'on en connaît le sens, la valeur de stigmatisation, et ceci pour la simple raison qu'on a toujours-déjà entendu ce vocabulaire depuis l'enfance. Et on comprend que l'identité dévalorisée, moquée, insultée, c'est celle que l'on va venir habiter soi-même »³⁸.

Les propos de l'avocat recouvrent une intention assumée et consciente d'écarter un potentiel candidat en raison de son homosexualité. Il mobilise pour ce faire des stéréotypes et des préjugés qui n'ont aucun lien avec les qualités requises pour travailler dans un cabinet d'avocats.

La réponse de la CJUE à la Cassation italienne

Sur la question posée à la CJUE, de savoir si les déclarations publiques contraires aux personnes homosexuelles rentrent dans le champ d'application de la directive même en dehors de toute procédure d'embauche, la Cour a répondu que : « La notion de 'conditions d'accès à l'emploi [...] ou au travail' contenu dans l'article 3 - paragraphe 1, sous a) - de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprétée en ce sens que relèvent de cette notion des déclarations effectuées par une personne au cours d'une émission radiophonique satirique, selon lesquelles jamais elle ne recruterait ni ne ferait travailler de personnes d'une certaine orientation sexuelle dans son entreprise, et ce alors qu'aucune procédure de recrutement n'était en cours ou programmée, à condition que le lien entre ces déclarations et les conditions d'accès à l'emploi ou au travail au sein de cette entreprise ne soit pas hypothétique ».

Concernant la première question posée par la Cassation à la Cour, à savoir si une association d'avocats dont l'objet statutaire consiste à défendre en justice des personnes LGBTI et indépendamment de son but lucratif éventuel se trouve légitimée pour engager automatiquement une procédure juridictionnelle visant à faire respecter la directive et, le cas échéant à obtenir un dédommagement, la Cour a répondu que : « La directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle une association d'avocats dont l'objet statutaire consiste à défendre en justice les personnes ayant notamment une certaine orientation sexuelle et à promouvoir la culture et le respect des droits de cette catégorie de personnes a, du fait de cet objet et indépendamment de son but lucratif éventuel, automatiquement qualité pour engager une procédure juridictionnelle visant à faire respecter les obligations découlant de cette directive et, le cas

³⁸ Face au "choc de l'injure". Entretien paru dans "*L'Humanité-Dimanche*", Paris, le 13 décembre 2012.

échéant, obtenir réparation, lorsque se produisent des faits susceptibles de constituer une discrimination, au sens de ladite directive, à l'encontre de ladite catégorie de personnes et qu'une personne lésée n'est pas identifiable ».

La Cour fait une interprétation large à la fois de la notion de discrimination et de la légitimité à agir au nom d'un intérêt diffus. La norme est claire : des déclarations homophobes constituent une discrimination en matière d'emploi et de travail lorsqu'elles sont prononcées par une personne qui a ou peut être perçue comme ayant une influence déterminante sur la politique de recrutement d'un employeur. Si ce type de déclarations échappaient au champ d'application de la directive 2000/78 « au motif qu'elles ont été effectuées en dehors d'une procédure de recrutement (...) c'est l'essence même de la protection accordée par ladite directive en matière d'emploi et de travail qui pourrait devenir illusoire », souligne la Cour³⁹.

Pour répondre à la Cassation italienne, les juges de Luxembourg ont effectué une interprétation contextuelle de la directive qui permet de trouver ce qui est juste dans le cas concret, pour reprendre l'expression de G. Gadamer⁴⁰. A partir de cette herméneutique, la Cour s'est adonnée à un raisonnement consistant à comprendre la notion de « condition d'accès à l'emploi ou au travail » non pas comme l'acte matériel de recrutement stricto sensu mais comme un environnement social dans lequel la parole a le pouvoir de faire les choses, pour reprendre l'expression d'Austin⁴¹, surtout lorsque l'émetteur de l'énoncé se présente publiquement comme détenteur d'une autorité en l'occurrence celle de recruter ou de ne pas recruter quelqu'un en raison de son orientation sexuelle.

Concernant la légitimation à agir, la Cour procède à une interprétation de l'intérêt collectif dans un sens objectif c'est-à-dire comme pouvant être séparé de celui de l'individu directement lésé, c'est pourquoi la directive dans son article 9§2 permet à une organisation se présentant publiquement comme défenderesse des intérêts de la communauté identifiée, en l'occurrence celle des personnes LGBTI, d'agir en justice pour faire respecter les obligations découlant de la directive. Laura Curcio a raison d'affirmer que « *gli interessi protetti a mezzo del procedimento giudiziale sono anche interessi de nature diffusa, correlati a un intero grupo sociale esposto alle discriminazioni* »⁴² (les intérêts protégés par la procédure judiciaire ce sont également des intérêts diffus par rapport à l'ensemble d'un groupe social exposé aux discriminations).

La Cour précise que même si la directive n'impose pas la reconnaissance d'une qualité à agir lorsqu'aucune personne lésée n'est identifiable, elle prévoit la possibilité pour les États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables à la protection du principe d'égalité de traitement que celles qu'elle contient. Il appartient aux États membres de

³⁹ Point 54

⁴⁰ H.G. GADAMER, *Warheit und Methode*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1960 (p. 368 de la tr. it. *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983).

⁴¹ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press, 1962 ; trad. fr. de G. LANE, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970

⁴² L. CURCIO, *Legitimazione ad agire nel nostro ordinamento e in particolare nel diritto del lavoro*: in S. FABENI e M. G. TONIOLLO, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. L'attuazione della direttiva 2000/78/CE e la nuova disciplina per la protezione dei diritti delle persone omosessuali sul posto di lavoro*, Ediesse, Roma, 2005, p. 353.

préciser dans quelles conditions une association peut engager une procédure juridictionnelle visant à faire constater une discrimination et à la sanctionner. Il leur incombe notamment de déterminer si le but lucratif ou non de l'association doit exercer une influence sur l'appréciation de sa qualité pour agir et préciser la portée d'une telle action ainsi que les sanctions susceptibles d'être prononcées en rappelant toutefois que de telles sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives, y compris lorsqu'aucune personne lésée n'est identifiable.

Cette qualité procédurale octroyée à une association spécifique devrait permettre au juge national de mieux identifier la discrimination.

La portée limitée de la décision en droit français

En France, après l'ouverture de l'action de groupe en matière de consommation en 2014 et en matière de santé en 2016, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 élargit son champ d'action aux discriminations à l'environnement, et aux protections des données à caractère personnel. Sans rentrer dans le débat relatif à la pertinence de l'action de groupe par rapport à l'affaire que nous analysons, ce qui nous semble important est « la prise en considération que la dimension collective des discriminations s'avère déterminante pour contrecarrer l'inefficacité et la difficulté de la mise en place des remèdes individuels »⁴³.

L'action de groupe peut uniquement être exercée par les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins et dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte⁴⁴. Il suffit que soit indiquée dans l'objet de l'association la promotion desdits intérêts pour que l'association soit légitime à agir.

Concernant le droit du consommateur, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait considéré dans un arrêt très novateur du 27 mai 2004, qu' « il résulte des art. 31 NCPC et 1er de la loi du 1er juill. 1901 que, hors habilitation législative, une association ne peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet social ». Concernant le contentieux purement civil, les juridictions du fond, plus proches du justiciable, avaient ouvert la voie d'accès à l'action aux associations ordinaires. En effet, à plusieurs reprises la Cour de cassation française a considéré que « une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans leur objet social »⁴⁵. Par une décision du 18 septembre 2008, elle avait affiné sa position en soulignant : « *alors que, même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social...* »⁴⁶.

⁴³ Maria José AZAR-BAUD, « Action civile et discriminations : l'apport de l'action de groupe », *Droit Social* n°4 avril 2020, Paris, Dalloz, page 353.

⁴⁴ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 63 et CJA, art. L. 77-10-4.

⁴⁵ Cass. 2e civ., 5 oct. 2006, n° 05-17602 : Bull. civ. II, n° 255 – Cass. 3e civ., 26 sept. 2007, n° 04-20636 : Bull. civ. III, n° 155 – Cass. 1re civ., 18 sept. 2008, n° 06-22038 : Bull. civ. I, n° 201 – Cass. 3e civ., 1er juill. 2009, n° 07-21954 : Bull. civ. III, n° 166.

⁴⁶ Cass. 1er Civ. 18 sept. 2008

L'élargissement de l'action de groupe aux discriminations a permis de consolider par la loi l'interprétation de la Haute cour : Il suffit donc que l'association ait inscrit dans ces statuts la protection d'une catégorie protégée, (en l'occurrence l'orientation sexuelle) pour que l'intérêt à agir soit automatiquement reconnu. Comme la loi française tient compte également du préjudice moral (y compris pour le préjudice collectif), l'annonce de discrimination future en tant que discrimination directe constitue un préjudice collectif futur susceptible d'indemnisation. L'intérêt légitime à agir me semble donc clairement établi à la fois par l'analogie avec l'action de groupe et par l'interprétation de la Cour de cassation française en matière d'intérêt collectif, sans agir au nom d'un plaignant spécifique ou en l'absence d'une victime identifiable, situations dans lesquelles le critère déterminant la légitimation à agir est celui de l'objet social.

L'impact de la décision de la CJUE semble moins important en France qu'en Italie du fait d'un régime juridique plus protecteur aussi bien sur le plan pénal que civil. Comme nous l'avons souligné, les propos tenus par l'avocat tomberaient sous le coup de la loi pénale et constituent, à ne pas en douter, une discrimination pour le droit français depuis que la cour d'appel de Paris a considéré dans un arrêt du 21 février 2018 que mettre fin à la période d'essai d'un coiffeur après s'être référé à lui comme étant un « PD » constitue un licenciement discriminatoire. De même, sur le plan processuel, le droit français n'exige aucune inscription publique préalable pour les associations, la légitimité à agir provient de ce qui est indiqué dans leur objet social.

Enfin, comme le souligne la directrice juridique du Défenseur des droits, « le traitement collectif des discriminations annonce une nouvelle étape qui verra se développer de nouvelles stratégies d'action. Il semble nécessaire d'encourager de nouvelles formes de mobilisation pour favoriser l'organisation de nouveaux collectifs réunis autour de la mobilisation et de l'action en judiciaire »⁴⁷. C'est exactement ce qui semble avoir fait l'Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI. Espérons que le juge italien saura saisir cette opportunité donnée par la cour de justice de Luxembourg.

⁴⁷ S. LATRAVERSE, « La lutte contre les discriminations au travail par le Défenseur des droits », *Droit Social* n° 4 avril 2020, Paris, Dalloz, p. 292.