



Working paper 2017-1

Article 21 : Non-discrimination

**Soumis pour publication (printemps 2017) : F. Picod et S. Van Drooghenbroeck (dir.),
Charte des droits fondamentaux. Commentaire article par article, Bruxelles, De Boeck,
2017**

par

Emmanuelle Bribosia

Professeure à l'Université Libre de Bruxelles

Isabelle Rorive

Professeure à l'Université Libre de Bruxelles

et

Julien Hislaire

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant chargé d'exercices à l'Université Libre de Bruxelles

1. 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.
2. Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite.

Bibliographie

BELL, M., « The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening », *The evolution of EU law*, sous la direction de P. Craig et G. de Búrca, Oxford, O.U.P., 2011, pp. 611–639

E. BRIBOSIA, E., « La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », *Le nouveau droit fédéral de la lutte contre la discrimination*, sous la direction de S. VAN DROOGHENBROECK, S. SOTTIAUX et Ch. BAYART, Bruxelles, La Charte, 2008, pp. 32-62

E. BRIBOSI, E., et BOMBOIS, Th., « 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 Küçükdeveci de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. Trim. D. Eur.*, 2011/47(1), pp. 41-84

BRIBOSIA, E., et RORIVE, I., « Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique annuelle de jurisprudence », *J.E.D.H.*, 2012-2017

DECAUX, E., « Article II-81-§1 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sous la direction de L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 289-297

DUBOUT, E., *Article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006

ELLIS, E., et WATSON, P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2^e éd., Coll. Oxford EU Library, Oxford, O.U.P., 2012

FAVILLI, C., « The principle of non-discrimination from Grant to Küçükdeveci, via Mangold », *EJSL*, 2011/2, pp. 140-152

HERNU, R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Coll. Bibliothèque de droit public, Paris, L.G.D.J., 2003

HÖS, N., « The role of general principles and the EU Charter of Fundamental Rights in the case law of the European Court of Justice in relation to age discrimination », *HLLJ*, 2014/1, pp. 39-63

KILPATRICK, C., « Article 21 – Non-Discrimination », *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, sous la direction de S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER et A. WARD, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 579-603

MARTIN, D., *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006

O' CINNEIDE, C., « The Principle of Equality and Non-discrimination within the Framework of the EU Charter and its Potential Application to Social and Solidarity Rights », *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument*, sous la direction de G. PALMISANO, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, pp. 199-221;

PICOD, F., « Article II-81-§2 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sous la direction de L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 298-308

PLATON, S., « Les spécificités du principe de non-discrimination dans le droit de l'Union européenne », *La Charte des droits fondamentaux après le Traité de Lisbonne*, sous la direction de B. FAVREAU, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 125-163 ;

UITZ, R., « The old wine and the new cask: The implications of the Charter of Fundamental Rights for European non-discrimination law », *EADLR*, 2013/16, pp. 24-36.

Sommaire

INTRODUCTION

I. POTENTIALITES ET LIMITES DE L'ARTICLE 21

- A. *Une liste actualisée et ouverte de motifs de discrimination prohibés*
- B. *Un champ d'application étendu – mais néanmoins limité – à celui du droit de l'Union européenne*
- C. *Portée de l'interdiction de discrimination et articulation avec les autres sources du droit européen*

II. UN POTENTIEL ENCORE SOUS-UTILISE EN PRATIQUE

- A. *L'article 21 comme preuve de l'existence d'un principe général de droit*
- B. *Des occasions manquées*
- C. *Une portée autonome encore limitée*
 - 1. *Contrôle de l'action des institutions et organes de l'Union européenne*
 - 2. *Contrôle du droit des Etats membres*

INTRODUCTION

1. L'article 21, paragraphe premier de la Charte, est une expression particulière du principe général d'égalité de traitement consacré à l'article 20 de la Charte (voy. au sujet de l'article 20, le commentaire de E. Bribosia, I. Rorive et J. Hislaire dans cet ouvrage)¹. Il précise ce dernier en instaurant une clause d'interdiction de discrimination fondée sur une liste actualisée et ouverte de motifs. Pour des raisons historiques, un sort spécial est réservé à l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, reprise au paragraphe 2 de l'article 21, qui reproduit purement et simplement l'article 18, alinéa premier, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)².

2. Une telle clause anti-discriminatoire (article 21, paragraphe 1^{er}), résultat de revendications déjà anciennes³, ne s'inscrit pas en terrain vierge, loin s'en faut. Depuis le Traité

¹ Voy, en ce sens, arrêts CJUE (Gr. ch.), 10 mai 2011, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, aff. C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, point 59, et CJUE (5^e ch.), 22 mai 2014, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, point 43.

² Pour un commentaire spécifique de cette disposition, telle qu'elle avait été intégrée dans le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, voy. F. PICOD, « Article II-81-§2 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sous la direction de L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 298-308.

³ M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, O.U.P., 2002, pp. 59-72.

de Lisbonne, l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) érige l'égalité, la non-discrimination et l'égalité entre les femmes et les hommes au rang de valeurs de l'Union communes aux Etats membres. Combattre l'exclusion sociale, les discriminations et promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes constituent également des objectifs de l'Union (article 3 TUE). Cette dernière s'engage, en outre, en vertu du principe de *mainstreaming*, « à 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 » dans l'ensemble de ses politiques et actions (article 10 TFUE).

3. Rappelons également que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte s'est vue conférée une valeur équivalente au droit primaire (article 6 TUE). Par ailleurs, outre le principe général d'égalité et de non-discrimination mis en évidence par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE), tant le droit primaire (article 157 TFUE) que le droit dérivé (directives adoptées sur la base de l'article 19 TFUE ou de l'article 157 TFUE) consacrent l'interdiction de certaines formes de discrimination⁴. Les sources d'inspiration abondent également en dehors du droit de l'Union. Des instruments de protection des droits de la personne existent tant au niveau national que régional ou encore international. On mentionnera par exemple l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), l'article E de la Charte sociale européenne révisée ou encore les articles 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵.

4. Au sein de la Charte elle-même, l'article 21 est évidemment étroitement lié à l'article 20 — égalité devant la loi — dont il constitue une expression particulière⁶. Il entretient également une relation spécifique avec les autres dispositions du chapitre « égalité » de la Charte qui approfondissent et précisent les droits dont jouissent certaines catégories de personnes : article 23 (égalité entre femmes et hommes, voy., à ce sujet, le commentaire par J. Jacquemain), articles 24 et 25 (droits de l'enfant et droits des personnes âgées, commentés respectivement par A. Gouttenoire et M. Borgetto) et article 26 (intégration des personnes handicapées commenté par I. Hachez dans cet ouvrage).

⁴ Ce système de protection se cantonnait toutefois à prohiber certains motifs de discrimination dans des domaines spécifiques.

⁵ S. BAER, « Equality », *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, sous la direction de M. ROSENFELD ET A. SAJÒ, Oxford, O.U.P., 2012, pp. 982-1001.

⁶ Voy. notre commentaire de l'article 20 dans cet ouvrage.

5. Au vu de l'arsenal normatif particulièrement développé qu'offre le droit de l'Union en matière de lutte contre les discriminations, la question de la valeur ajoutée de l'article 21 se pose immanquablement. Les potentialités et les limites de cette disposition feront d'abord l'objet d'une réflexion théorique (I.). L'examen de la pratique jurisprudentielle atteste que l'article 21 reste sous-exploité et que son usage n'est pas exempt de nombreuses zones d'ombre (II.).

I. POTENTIALITES ET LIMITES DE L'ARTICLE 21

6. Tandis qu'un traitement spécifique continue d'être réservé à l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité (article 21, paragraphe 2), l'article 21, paragraphe 1^{er}, de la Charte instaure une clause anti-discriminatoire comportant une liste actualisée et ouverte de motifs de discrimination prohibés. (A.). Si cette interdiction s'impose tant aux institutions, organes et organismes de l'Union qu'aux Etats membres, dans un champ d'application étendu mais limité à celui du droit de l'UE (voy. au sujet du champ d'application de la Charte, la contribution de F. Picod dans cet ouvrage), la question de son applicabilité horizontale à des relations entre personnes privées demeure controversée (B.). Sa portée relative, au vu des limitations qui peuvent y être apportées dans le respect des conditions énoncées à l'article 52 de la Charte (disposition commentée par S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah dans cet ouvrage), doit également être précisée au regard de l'articulation avec les autres sources de droit européen et notamment, le principe général d'égalité et d'interdiction des discriminations (C).

A. Une liste actualisée et ouverte de motifs de discrimination prohibés

7. Dans la distinction traditionnelle entre listes fermées ou ouvertes de motifs de discrimination prohibés (ou entre règles d'égalité « sélectives » ou « non-sélectives »⁷), le droit de l'Union européenne est habituellement rattaché à la première catégorie⁸. En effet, le système de protection mis en place, notamment sur la base des articles 18, 19 et 157 du TFUE, interdit des discriminations fondées sur des motifs spécifiques, et ce, uniquement dans des domaines particuliers.

⁷ S. FREDMAN, *Discrimination Law*, 2^e éd., coll. Clarendon Law Series, Oxford, O.U.P., 2011, pp. 112 et suiv. Sur les articles 14 de la CEDH et 1^{er} du Protocole additionnel n°12, voy. J. GERARDS, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *HRLR*, 2013/1, pp. 99–124.

⁸ S. FREDMAN, *Discrimination Law*, *op. cit.*, pp. 113 et suiv.

8. L'article 21 s'inscrit en revanche dans le deuxième modèle. Il contient une liste ouverte de motifs de discrimination comme en atteste l'utilisation de l'adverbe « notamment ». Cette liste a été actualisée. Le noyau dur est constitué par l'article 14 de la CEDH⁹ auquel se sont ajoutés des motifs plus contemporains : l'âge, un handicap et l'orientation sexuelle – tirés de l'article 19 TFUE – et les caractéristiques génétiques, empruntées à l'article 11 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine. Par rapport à la liste de l'article 14 de la CEDH, seule l'origine nationale n'est pas reprise, probablement en raison du traitement distinct de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité consacrée au paragraphe 2 de l'article 21. A cet égard, il convient de noter que l'origine nationale et la nationalité ne se superposent pas parfaitement, comme le montre les discriminations à l'encontre des migrants naturalisés. Quoiqu'il en soit, l'impact d'une telle omission s'avère limité dans le cadre d'une liste non-exhaustive de motifs de discrimination.

9. Le caractère ouvert de la liste de motifs de discrimination interdits par l'article 21, paragraphe 1^{er}, confère *a priori* une valeur ajoutée évidente à cette disposition, à savoir la possibilité de mettre en cause une différence de traitement fondée sur un motif non couvert par une directive ou une disposition plus précise de droit primaire (par exemple, une discrimination à l'embauche fondée sur les caractéristiques génétiques). C'est également un fondement juridique pour dénoncer une discrimination intersectionnelle¹⁰, laquelle résulte de la combinaison de plusieurs motifs, à l'instar de celles engendrées par l'exclusion du don de sang des hommes ayant eu une relation sexuelle avec un autre homme, où tant le genre que l'orientation sexuelle sont en jeu¹¹.

10. La question de la valeur ajoutée est plus délicate à appréhender pour le paragraphe 2 de l'article 21 qui reproduit purement et simplement l'article 18, premier alinéa, TFUE (ancien

⁹ Le Protocole n° 12 à la CEDH a repris les mêmes motifs que ceux de l'article 14 de la CEDH pour éviter des écueils d'interprétation (Rapport explicatif du Protocole n° 12). Dans le droit international des droits de l'homme, ce modèle de clause ouverte de non-discrimination se retrouve à l'article 2, paragraphe 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi qu'à l'article 2 § 1^{er} du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 2 § 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

¹⁰ Sur cette question, voy. notamment : K. CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989/1(8), pp. 139-167 ; S. FREDMAN, *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016.

¹¹ La Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans l'arrêt *Léger* commenté ci-dessous à la section II, C. (CJUE (4^e ch.), 29 avril 2015, *Geoffrey Léger c. Ministre des affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Etablissement français du sang*, aff. C-528/13, ECLI:EU:C:2015:288).

article 12 du Traité CE) et doit, si l'on suit les explications de la Charte, s'appliquer conformément à celui-ci. Expression spécifique du principe général d'égalité¹², cette dernière disposition consacre, selon la Cour de justice, le principe général de non-discrimination en raison de la nationalité¹³. En dépit de sa formulation générale, la Cour de justice persiste à limiter l'applicabilité de l'article 18 TFUE aux différences de traitement entre citoyens de l'UE. Partant, elle exclut tant les différences de traitement entre citoyens européens et ressortissants de pays tiers¹⁴, que les différences de traitement entre ressortissants de pays tiers¹⁵. Les discriminations à rebours dont seraient victimes les nationaux d'un Etat membre par rapport à un traitement privilégié des citoyens européens¹⁶ échappent également à sa protection.

11. Ces limitations, qui s'expliquent par la construction du marché intérieur et la liberté de circulation¹⁷, s'appliquent-elles automatiquement à l'article 21, paragraphe 2 de la Charte ? Une lecture littérale pourrait le laisser penser. L'ancrage de cette disposition dans la logique des droits fondamentaux, combiné à l'affirmation progressive d'un principe général de droit international et européen relatif aux droits de l'homme interdisant les discriminations fondées sur la nationalité¹⁸, plaide pour une solution plus nuancée. Les différences de traitement entre citoyens de l'UE et ressortissants de pays tiers, entre ressortissants de différents pays tiers ou entre nationaux et citoyens européens (discriminations à rebours) doivent pouvoir être jaugées à l'aune de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité. Une telle approche devrait découler de l'application de l'article 21, paragraphe 2, interprété conformément à l'article 14 de la CEDH, comme l'impose l'article 52, paragraphe 3 de la Charte (voy., à propos

¹² CJCE, 19 mars 2002, *Commission c. Italie*, aff. C-224/00, ECLI:EU:C:2002:185, point 14.

¹³ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, aff. C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464, point 11.

¹⁴ CJUE, 4 juin 2009, *Athanasios Vatsouras et Josif Koupatantze c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE)*, ECLI:EU:C:2009:344, point 52. Voy. toutefois pour une interprétation large de l'article 18 TFUE (ancien article 12 CE), englobant les différences de traitement entre citoyens de l'UE et ressortissants de pays tiers : K. GROENENDIJK, « Citizens and Third country nationals : differential treatment or discrimination », *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, sous la direction de J.-Y. Carlier et E. Guild, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 79 ; Ch. HUBLET, « The scope of article 12 of the Treaty of the European Communities vis-à-vis Third-Country Nationals : Evolution at last ? », *European Law Journal*, 2009, p. 757.

¹⁵ O. DE SCHUTTER, *Links between migration and discrimination. A legal analysis of the situation in the EU Member States*, European Network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Bruxelles, Commission européenne, 2016, p. 40.

¹⁶ M. GAUTIER, « Les discriminations à rebours: une espèce à protéger », *La non-discrimination entre les Européens*, sous la direction de F. Fines, M. Gautier et C. Gauthier, Paris, Pédone, 2012, pp. 145-160. Voy. aussi, J.-Y. CARLIER, « Non-discrimination et étrangers », *La non-discrimination entre les Européens*, sous la direction de F. Fines, M. Gautier et C. Gauthier, *op. cit.*, pp. 180 et suivantes.

¹⁷ M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, *op. cit.*, pp. 36-38.

¹⁸ O. DE SCHUTTER, *Links between migration and discrimination. A legal analysis of the situation in the EU Member States*, *op. cit.*, p. 103.

de cette disposition, le commentaire d'A. Bailleux dans le présent ouvrage)¹⁹. A défaut, ces différences de traitement pourraient être couvertes par le paragraphe 1^{er} de l'article 21, au risque toutefois de se heurter au caractère de *lex specialis* que certains attribuent au paragraphe 2 de cette disposition.

B. Un champ d'application étendu – mais néanmoins limité – à celui du droit de l'UE

12. Les clauses anti-discriminatoires varient également en fonction de leur champ d'application matériel. Certaines sont indépendantes, à l'instar de l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques ou de l'article 1^{er} du Protocole 12 de la CEDH. Elles ont un champ d'application matériel illimité, en ce qu'elles garantissent l'égalité et la non-discrimination en toute matière pour tout avantage ou droit conféré dans le système juridique considéré. D'autres, au contraire, se bornent à consacrer l'égalité et la non-discrimination dans certains domaines, comme la directive 2000/78 établissant un cadre général pour mettre en œuvre le principe d'égalité de traitement qui couvre l'emploi au sens large, ou comme l'article 14 de la CEDH qui s'applique dans la jouissance de droits et libertés déterminés²⁰.

13. L'article 21 de la Charte se situe à mi-chemin entre ces catégories. Son libellé – « est interdite toute discrimination fondée notamment sur [...] » — plaide dans le sens d'une clause indépendante, car elle se suffit à elle-même et ne limite pas l'interdiction de discrimination à la jouissance de certains droits ou libertés. Il y a là potentiellement une révolution aux conséquences non négligeables : l'interdiction des discriminations s'applique désormais peu importe le domaine considéré et vaut donc également en dehors du champ d'application des directives adoptées sur la base des articles 19 et 157 TFUE. Le champ d'application de l'interdiction n'est pas pour autant illimité. Les explications de la Charte indiquent clairement que l'article 21 doit être lu en combinaison avec l'article 51 suivant lequel les dispositions de la Charte « s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du

¹⁹ En ce sens également, voy. C. KILPATRICK, « Article 21 – Non-Discrimination », *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, sous la direction de S. Peers, T. Hervey, J. Kenner et A. Ward, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 589.

²⁰ La Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins reconnu, depuis l'*affaire linguistique belge*, une portée autonome à ce principe permettant qu'il soit violé alors même que le droit avec lequel on le combine ne le serait pas dans la mesure où il tomberait sous l'empire de ce droit (Cour EDH, arrêt du 23 juillet 1968, *affaire linguistique belge*, Série A n° 6, point 9). À propos de la portée de l'interdiction de discrimination, voy. E. DECAUX, « Article II-81-§1 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, sous la direction de L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, Bruxelles, Bruylant, 2005, spéc. pp. 294-295.

principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union [...] ».

14. Cela signifie d'abord que tout acte législatif ou décisionnel de l'Union, quel que soit l'institution ou l'organe dont il émane ou le domaine dans lequel il est adopté, doit pouvoir être examiné à l'aune de l'article 21 de la Charte²¹. Si une interprétation conforme est inconcevable, une directive, un règlement ou une décision de l'UE doit être déclaré invalide et les dispositions nationales prises en exécution de ce texte seront écartées²².

15. Une lecture combinée des articles 21 et 51 implique ensuite que l'applicabilité de l'article 21 aux États membres est subordonnée à l'existence d'un lien de rattachement entre la discrimination dénoncée et le champ d'application du droit de l'UE²³ (voy. à ce propos, le commentaire par F. Picod précité). Trois types de situations peuvent être distinguées: (i) celle dans laquelle un État membre met en œuvre, transpose ou applique le droit de l'Union et donc en traduit les exigences dans l'ordre juridique national²⁴; (ii) celle dans laquelle une mesure nationale s'appuie sur les exceptions prévues par le Traité ou aménagées par la jurisprudence pour déroger au principe de libre circulation²⁵; et finalement, (iii) celle dans laquelle il existe un autre lien de rattachement entre la situation nationale et le droit de l'Union²⁶. Ainsi, il y a fort à parier qu'à défaut de lien de rattachement suffisant avec le droit de l'UE, une disposition nationale ne permettant pas aux couples de même sexe de contracter mariage ne pourra être contrôlée à l'aune de l'article 21 de la Charte, sauf dans l'hypothèse où l'un des membres du couple qui souhaite se marier est un citoyen européen ayant exercé sa liberté de circulation. Il en irait de

²¹ La question de savoir si la Charte lie également les institutions lorsqu'elles agissent en dehors des traités demeure controversée, même si la doctrine majoritaire est d'avis que le respect de la Charte s'impose en toute circonstance. Voy. notamment P. CRAIG, « Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance », *ECL Review*, 2013/9(2), pp. 263–284.

²² K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *ECL Review*, 2012/8, p. 376.

²³ Sur ce que recouvre cette notion de champ d'application du droit de l'UE, voy. E. BRIBOSIA et Th. 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 Küçükdeveci de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. Trim. D.Eur.*, 2011/47(1), pp. 41-84.

²⁴ Voy. notamment : CJCE, 13 juill. 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, ECLI:EU:C:1989:321, point 19 ; CJCE, 24 mars 1994, *Bostock*, aff. C-2/92, ECLI:EU:C:1994:116, point 16.

²⁵ Voy. notamment CJCE 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tilleorassi (ERT) c Dimotiki Etairia Pliforissis et Sotirios Kouvelas*, aff. 260/89, ECLI:EU:C:1991:254, points 42 et 43 ; CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325, point 24.

²⁶ Voy. CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, point 19. Voy. aussi les conclusions de l'avocate générale Sharpston du 22 mai 2008, dans l'affaire *Bartsch* (CJUE, 23 septembre 2008, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH.*, aff. C-427/06, ECLI:EU:C:2008:517), point 69 et les réf. citées à la note 64.

même pour une reconnaissance d'un mariage contracté à l'étranger (voy. le commentaire de l'article 9 de la Charte par G. Willems dans le présent ouvrage).

16. Enfin, la lecture combinée de l'article 21 et 51 de la Charte et des explications relatives à l'article 21, aurait pu signifier que l'interdiction des discriminations ne trouverait à s'appliquer que dans les rapports avec les autorités publiques – nationales ou de l'Union – mais pas dans les rapports entre particuliers. La Cour de justice ne s'est pourtant pas cantonnée à cette interprétation littérale. Dès 2014, à l'occasion de son arrêt *Association de médiation sociale*, elle a reconnu l'invocabilité de l'article 21 de la Charte, combiné au principe général de non-discrimination dont il est la consécration, dans un rapport horizontal. Elle a affirmé que « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, [...], consacré à l'article 21, paragraphe 1, de la Charte, se suffit à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel »²⁷. Cette approche est totalement cohérente avec la jurisprudence antérieure de la Cour de justice relative au principe général d'égalité et de non-discrimination²⁸, où l'applicabilité horizontale de l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe²⁹ ou sur la nationalité³⁰ a été consacrée de longue date³¹.

C. Portée de l'interdiction de discrimination et articulation avec les autres sources du droit européen

17. Comme consécration du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination, l'article 21 de la Charte impose que « des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié »³². Une distinction de

²⁷ CJUE (Gr. ch.), 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT et autres*, aff. C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, point 47. Cela a été confirmé d'une manière encore plus explicite à l'occasion de l'arrêt CJUE (Gr. ch.), 19 avril 2016, *Dansk Industri (DI) (Ajos A/S) contre Succession Karsten Eigil Rasmussen*, aff. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, point 36.

²⁸ D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 216.

²⁹ L'applicabilité dans les rapports horizontaux entre particuliers de l'article 157 TFUE (ancien article 119 du traité CEE) a été reconnue par la Cour de Justice depuis l'arrêt *Defrenne II* (CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne – Sabena II*, aff. 43/75, ECLI:EU:C:1976:56, point 39).

³⁰ CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296, point 36.

³¹ Pour une approche détaillée de cette question de l'invocation de la Charte dans des litiges horizontaux, voy. N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union et les Etats membres*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 438-461.

³² CJUE (Gr. ch.), 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd*, aff. C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, points 54-55.

traitement fondée sur l'un des motifs énoncés ou implicitement inclus dans la liste de l'article 21 de la Charte n'est discriminatoire qu'à condition d'être dépourvue de justification objective et raisonnable. En principe, à l'instar du système résultant de l'article 14 de la CEDH, le système de justification repose sur un modèle « ouvert » prévu à l'article 52, paragraphe 1^{er} de la Charte (commenté par S. Van Drooghenbreck et C. Rizcallah dans cet ouvrage). Une différence de traitement ne sera admissible que si, prévue par la loi, elle est nécessaire à la réalisation de l'un des objectifs d'intérêt général reconnu par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui, tout en respectant le principe de proportionnalité, et pour autant qu'elle ne vide pas le principe de non-discrimination de son contenu essentiel³³.

18. La réalité est plus complexe car elle diffère selon que la distinction de traitement se fonde ou non sur un des motifs de discrimination listés à l'article 19 TFUE, pour lesquels des directives ont été adoptées. A supposer que tel soit le cas, la Cour de justice appréciera la légalité de la distinction de traitement à l'aune du dispositif de la directive correspondante et non sur la base de l'article 21 ou du principe général d'égalité et de non-discrimination. Cette tendance jurisprudentielle présente un avantage certain : dans un système de type « fermé », tel que celui sur lequel reposent les directives, il n'est en principe pas possible de justifier une distinction de traitement fondée directement sur un motif déterminé, sous réserve d'exceptions limitées, ponctuelles et stipulées par avance. Il sera donc plus aisé de démontrer l'existence d'une discrimination sous le visa d'une directive que sous l'angle de l'article 21 de la Charte ou d'un principe général de droit. Cette préséance vaut également lorsque la directive n'est pas formellement applicable à la situation en cause, notamment lorsqu'il s'agit d'une relation horizontale entre opérateurs privés. Par exemple, dans l'arrêt *Dansk Industri (Ajos)*, la Cour de justice mobilise le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré à l'article 21 de la Charte, afin de pallier l'absence d'applicabilité horizontale de la directive 2000/78. Elle n'en poursuit pas moins l'examen des justifications à la différence de traitement fondée sur l'âge en appliquant le dispositif de la directive. Pour la Cour, en effet, puisqu'elle a jugé qu'une législation nationale instaurant une différence de traitement fondée sur l'âge ne pouvait être justifiée au regard des articles 2 et 6, paragraphe 1^{er} de la directive, « il en va de même à l'égard du principe fondamental d'égalité de traitement, dont le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge ne constitue qu'une expression particulière », principe désormais consacré à l'article 21 de la Charte³⁴. Il semble ainsi que le contenu et la portée du

³³ CJUE, 29 avril 2015, arrêt *Geoffrey Léger*, *op. cit.*, point 52.

³⁴ CJUE (Gr. ch.), 19 avril 2016, *Dansk Industri (DI)*, *op. cit.*, point 26.

principe général de non-discrimination soient entièrement déterminés par la directive 2000/78. Elle ajoute qu'en adoptant la directive, « (l) législateur de l'Union européenne a entendu (...) définir un cadre plus précis, destiné à faciliter la mise en œuvre concrète du principe d'égalité de traitement et, notamment, déterminer différentes possibilités de dérogation audit principe en encadrant celles-ci au moyen d'une définition plus claire de leur domaine d'application »³⁵. Ce n'est donc, *a priori*, que lorsqu'il s'agit d'une différence de traitement fondée sur un autre motif que ceux repris dans l'article 19 TFUE, pour lesquels des directives ont été adoptées, ou lorsqu'il s'agit d'une différence de traitement fondée sur un de ces motifs, mais en dehors du champ matériel de ces directives, que le système ouvert de justification de la Charte trouvera à s'appliquer.

19. Telles des poupées russes, les différentes sources d'interdiction de la discrimination — directives, principes généraux du droit de l'UE, article 21 de la Charte — s'emboîtent les unes aux autres, non sans mal dans certains cas. La Cour de justice ne semble pas voir d'obstacle à l'application du régime plus précis des directives lorsqu'elle mobilise le principe général d'interdiction des discriminations consacré par l'article 21 de la Charte. On ne pourrait pour autant affirmer, sans méconnaître la hiérarchie entre ces sources, que la portée de la protection conférée par une directive de non-discrimination ne dépasse pas celle accordée par le principe général de droit, et, partant, l'article 21 de la Charte. En effet, certaines dérogations au principe d'égalité de traitement prévues dans une directive pourraient, en théorie, être jugées contraires à l'article 21 de la Charte ou au principe général de non-discrimination fondé sur le motif en cause³⁶. L'article 21 de la Charte doit donc être considéré comme un seuil minimal de protection.

20. Il nous reste à souligner le caractère subsidiaire de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, consacrée à l'article 21, paragraphe 2 de la Charte. A l'instar de l'article 18 TFUE, conformément auquel il doit être interprété, cette disposition n'a vocation à s'appliquer de façon autonome que dans les situations régies par le droit de l'Union et pour lesquelles celui-ci ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination³⁷. Parmi ces dernières, figurent non seulement les règles de droit primaire relatives à la liberté de circulation

³⁵ *Ibidem*, point 23.

³⁶ En témoigne notamment l'arrêt *Test-Achat* de la Cour de justice (CJUE, 1er mars 2011, *Association belge des consommateurs - Test-Achats*, aff. C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100) commenté ci-dessous § 34.

³⁷ CJUE, ordonnance du 13 juin 2006, *Ameur Echouikh contre Secrétaire d'État aux Anciens Combattants*, aff. C-336/05, ECLI:EU:C:2006:394, point 63.

mais également celles de droit dérivé (directives ou accords d'association ou de coopération) qui consacrent une interdiction des discriminations fondées sur la nationalité dans les domaines des droits économiques et sociaux ou de la sécurité sociale. Ce caractère subsidiaire n'exclut pas pour autant une application cumulative des règles spécifiques et de l'article 21, paragraphe 2 (en tant qu'expression de l'article 18 TFUE), voire une application exclusive de ce dernier dans les cas où l'applicabilité de la règle spécifique est discutable ou lacunaire³⁸. L'article 21 de la Charte devrait également pouvoir servir d'horizon interprétatif à l'aune duquel apprécier les clauses de non-discrimination fondées sur la nationalité qui sont incluses dans le droit dérivé (accords euro-méditerranéens ou directives). Celles-ci pourraient d'ailleurs être confrontées à l'exigence de non-discrimination résultant de l'article 14 de la CEDH tel qu'interprété par la Cour européenne des droit de l'homme, en sa qualité de disposition correspondant à l'article 21 de la Charte³⁹.

³⁸ Pour une présentation plus détaillée du caractère subsidiaire de cette disposition, voy. F. PICOD, « Article II-81-§2 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.*, pp. 302-306.

³⁹ CJUE, ordonnance du 13 juin 2006, *Ameur Echouikh*, *op. cit.*, point 65.

II. UN POTENTIEL ENCORE SOUS-UTILISÉ EN PRATIQUE

21. En 2014, au terme de l'analyse qu'elle consacrait à l'article 21 de la Charte, C. Kilpatrick dressait un constat sévère quant à la faible contribution de cette disposition à la protection des droits fondamentaux⁴⁰. Début 2017, l'article 21 de la Charte nous paraît encore sous-exploité. L'examen de la jurisprudence de la Cour montre qu'elle se borne souvent à le mentionner uniquement comme une consécration de l'existence d'un principe général de droit (A.) quand elle ne l'ignore pas purement et simplement (B.). Ceci étant, certains arrêts témoignent d'un développement d'une portée autonome de l'article 21, mais celle-ci n'est pas dénuée de zones d'ombres (C.).

A. *L'article 21 comme preuve de l'existence d'un principe général de droit*

22. Suivant une formule devenue classique, la Cour de justice a le plus souvent, inséré des références formelles à l'article 21 de la Charte, présenté comme une consécration du principe général d'égalité et de non-discrimination. Combiné à ce dernier, l'article 21 a ainsi rempli une double fonction, tantôt remède à l'absence d'effet direct horizontal des directives, tantôt outil au service d'une interprétation large de celles-ci. Il reste que sa valeur ajoutée reste difficile à déterminer dans les situations où le principe général de non-discrimination aurait, le cas échéant, pu opérer de manière autonome.

23. L'article 21 de la Charte a d'abord servi à renforcer la mobilisation du principe général de non-discrimination dans les situations où il a servi de palliatif à l'absence d'effet direct horizontal des directives. C'est à l'occasion de son arrêt *Mangold*⁴¹ que la Cour de justice a, pour la première fois, mobilisé le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge pour pallier l'absence d'effet direct horizontal de la directive 2000/78 et le non-écoulement de son délai de transposition au moment des faits. Malgré les critiques importantes suscitées par cette jurisprudence⁴², la Cour de justice a continué dans cette voie, tout en y adjoignant une

⁴⁰ C. KILPATRICK, « Article 21 – Non-Discrimination », *op. cit.*, p. 603.

⁴¹ CJUE (Gr. Ch.), 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, aff. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, point 74.

⁴² Pour une synthèse de ces critiques, voy. 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.*, pp. 66-68.

référence expresse aux articles 20 et 21 de la Charte. En témoignent l'arrêt *Küçükdeveci*⁴³ et, plus nettement encore les arrêts *HK Danmark*⁴⁴ et *Dansk Industry (Ajos)*⁴⁵. Dans cette jurisprudence relative à des discriminations fondées sur l'âge, les sources s'imbriquent et se superposent. Ainsi, la directive 2000/78 concrétise le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, principe général de droit de l'UE, 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 de la Charte »⁴⁶. La valeur ajoutée de l'article 21 de la Charte paraît limitée 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'UE, 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.

24. Le recours au principe général de non-discrimination plutôt qu'à l'article 21 de la Charte peut s'expliquer par des considérations historiques. Il ressort de l'arrêt *Mangold* que c'est en vue de garantir la pleine effectivité du droit de l'Union que la Cour a mobilisé le principe général de non-discrimination⁴⁷, en vue de pallier l'absence d'effet direct horizontal des directives. A cette époque, la Charte n'était pas encore entrée en vigueur. Les nombreuses critiques essuyées à la suite de son arrêt *Mangold*, notamment relatives à l'existence d'un principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, peuvent expliquer que la Cour ait mobilisé l'article 21 à l'appui de son existence⁴⁸. La Cour gagnerait à utiliser l'article 21 comme source autonome, susceptible de pallier l'absence d'effet direct des directives dans les litiges horizontaux. Une telle approche présente d'abord l'avantage de renforcer la protection juridique des justiciables en permettant de faire l'économie de la démonstration de l'existence d'un principe général. En outre, elle devrait rassurer les juridictions nationales réticentes à admettre la primauté d'un principe général non-écrit de non-discrimination.

⁴³ CJUE (Gr. ch.), 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & co. KG*, aff. C-555/07, EU:C:2010:21, points 20 et 21.

⁴⁴ CJUE (2^e ch.), 26 septembre 2013, *HK Danmark c. Experian A/S*, aff. C-476/11, ECLI:EU:C:2013:590.

⁴⁵ CJUE, (Gr. ch.), 19 avril 2016, *Dansk Industri (DI)*, *op. cit.*, points 22 et 23.

⁴⁶ *Ibidem*, point 22.

⁴⁷ Sur l'influence des impératifs de primauté, d'unité et d'effectivité du droit de l'Union sur l'application de la Charte, voy. : C. RIZCALLAH, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : l'immuable poids des origines ? », *CDE*, 2016/2, pp. 399–427.

⁴⁸ Conclusions de l'avocat général M. MAZÁK précédant CJCE (Gr. ch.), 16 octobre 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, aff. C-411/05, ECLI:EU:C:2007:604.

25. En tant que consécration du principe général d'interdiction des discriminations, l'article 21 de la Charte, sert également d'horizon interprétatif. Il a ainsi été mis au service d'une approche extensive du champ d'application matériel de la directive 2000/43⁴⁹ et des discriminations qu'elle prescrit. A l'occasion de l'affaire *CHEZ*⁵⁰, la grande chambre de la Cour de justice s'est fondée sur le principe général de non-discrimination en fonction de la race et des origines ethniques, consacré à l'article 21 de la Charte⁵¹, pour considérer que l'interdiction de discrimination fondée sur l'origine ethnique, consacrée dans la directive 2000/43, vise notamment un traitement défavorable fondé sur l'origine ethnique dans la fourniture de biens ou de services, même si la personne qui a subi la différence de traitement n'appartient pas à l'ethnie concernée (discrimination par association)⁵². Dans l'affaire *Tümer*, l'avocat général Bot développe une approche similaire. Il invoque le principe d'égalité et de non-discrimination, consacré notamment aux articles 20 et 21 de la Charte, pour faire bénéficier des salariés ressortissants de pays tiers, y compris en séjour irrégulier, de dispositions du droit social européen conférant une protection aux travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (directive 80/987/CEE)⁵³. La Cour a consacré la solution préconisée par son avocat général, mais elle a ancré son interprétation dans la finalité sociale de la directive 80/987/CEE, sans se référer au principe d'égalité ou à la Charte des droits fondamentaux⁵⁴.

B. Des occasions manquées

26. Régulièrement, la Cour de justice, alors même qu'elle est interrogée à titre préjudiciel sur l'interprétation de différentes sources interdisant la discrimination, en ce compris l'article 21 de la Charte, tend à privilégier l'examen sous l'angle du droit dérivé ou du principe général de droit, sans envisager la question à l'aune de l'article 21 de la Charte.

⁴⁹ CJUE (2^e ch.), 12 mai 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Pawel Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres*, aff. C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291, point 43. Il est à noter qu'après avoir établi que le champ d'application de la directive 2000/43 ne peut être interprété de manière restrictive, la Cour a néanmoins estimé qu'il ne couvrirait pas une disposition nationale prévoyant l'obligation de transcription des noms et prénoms dans les actes d'état civil sous une forme respectant les règles de graphie de la langue nationale (point 47).

⁵⁰ CJUE (Gr. ch.), 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, aff. C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480. Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique 2015 », *J.E.D.H.*, 2016, pp. 264-268.

⁵¹ *Ibidem*, points 42 et 58.

⁵² *Ibidem*, point 50.

⁵³ Conclusions de l'avocat général BOT, présentées le 12 juin 2014, dans l'affaire *Tümer* (CJUE, 5 novembre 2014, *O. Tümer contre Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*, aff. C-311/13, ECLI:EU:C:2014:1997, points 69-71.

⁵⁴ CJUE, 5 novembre 2014, arrêt *Tümer*, *op. cit.*, point 45.

27. A l'occasion de l'arrêt *Vital Perez* où la Cour devait déterminer les sources pertinentes pour évaluer si l'âge maximal de recrutement des agents de police locale était conforme au droit européen de la non-discrimination, elle a précisé que « lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle ayant pour objet l'interprétation du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que consacré à l'article 21 de la Charte, ainsi que des dispositions de la directive 2000/78, dans le cadre d'un litige opposant un particulier à une administration publique, (elle) n'examine la question qu'au regard de cette directive »⁵⁵. La Cour semble ainsi dénier tout effet utile à l'article 21 de la Charte lorsqu'elle est saisie dans le cadre d'un litige étranger à la problématique de l'absence d'effet direct horizontal des directives et qu'elle est interrogée tant sur l'interprétation d'une directive adoptée en matière de non-discrimination que sur l'interprétation de l'article 21.

28. Cette solution paraît logique, à première vue, lorsque la norme ou la pratique prétendument discriminatoire entre dans le champ d'application de la directive venue préciser le principe d'interdiction des discriminations consacré à l'article 21 de la Charte⁵⁶. Dans l'hypothèse où la Cour conclut à l'inapplicabilité de la directive, l'on pourrait s'attendre à une vérification plus systématique de l'existence d'un autre lien de rattachement avec le champ d'application du droit de l'UE⁵⁷. Le cas échéant, la Cour devrait alors s'interroger sur la conformité de la situation discriminatoire à l'aune de l'article 21 de la Charte et du principe général d'interdiction des discriminations⁵⁸. En outre, la Charte reste l'horizon interprétatif de la directive. Dès lors, même à supposer qu'une différence de traitement soit, pour la Cour,

⁵⁵ CJUE, 13 novembre 2014, *Mario Vital Perez c. ayuntamiento de Oviedo*, aff. C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371, point 25. Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique 2015 », *J.E.D.H.*, 2016, pp. 255-256.

⁵⁶ Voy. en ce sens: CJUE, 21 janvier 2015, *Georg Felber c. Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur*, aff. C-529/13, ECLI:EU:C:2015:20, points 15-17.

⁵⁷ La Cour ne semble pas vérifier systématiquement si, au-delà du rattachement au champ d'application d'une directive anti-discriminatoire — quod non —, un autre facteur de rattachement au droit de l'UE pourrait être identifié rendant pertinente une interrogation sous l'angle de la conformité à l'article 21 de la Charte. Voy. notamment CJUE, 1^{er} décembre 2016, *Mohamed Daouidi contre Bootes Plus SL, Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*, aff. C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917. Comme l'applicabilité de la directive 2000/78 est subordonnée à l'appréciation de la juridiction de renvoi sur le caractère durable ou non de l'incapacité de travail, ni l'avocat général Bot, ni la Cour n'estiment utile de répondre aux questions préjudicielles relatives à la conformité du licenciement avec l'article 21, paragraphe 1^{er} de la Charte. Or, l'existence d'un autre lien de rattachement du licenciement avec le droit de l'UE n'est pas examinée par la Cour. Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique 2016 », *J.E.D.H.*, 2017 (à paraître).

⁵⁸ CJUE, 7 juin 2012, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*, aff. C-132/11, EU:C:2012:329, points 21 à 23. Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique 2012 », *J.E.D.H.*, 2013/2, pp. 125-157.

justifiée au regard d'une directive, encore faudrait-il en contrôler la validité au regard de l'article 21. Qui plus est, à supposer qu'une situation sorte du champ d'application d'une directive, encore faudrait-il vérifier qu'une telle exclusion ne constitue pas une violation de l'article 21.

29. Le raisonnement adopté par la Cour de justice dans son arrêt *Kaltoft*⁵⁹ illustre à l'envi les limites d'une telle approche. Interrogée sur l'existence en droit de l'Union d'une interdiction des discriminations fondées sur l'obésité, la Cour se contente d'examiner la question sous l'angle du principe général de droit et juge que le droit de l'Union ne consacre aucun principe général de non-discrimination en raison de l'obésité⁶⁰. Elle s'abstient d'examiner la question sous l'angle de l'article 21 de la Charte, au motif que rien dans le dossier ne lui permet de considérer que le licenciement d'une personne prétendument fondé sur son obésité relève du champ d'application du droit de l'Union⁶¹. Au-delà du fait que la Cour a déjà été plus volontaire pour identifier un facteur de rattachement au droit de l'Union, l'approche en deux temps proposée par l'avocat général Jääskinen a le mérite de distinguer la question de l'existence d'une interdiction de discrimination fondée sur l'obésité de celle de son applicabilité⁶². Pour ce dernier, dès lors que l'article 21 consacre une liste ouverte de critères de discrimination, l'on peut soutenir que le droit de l'Union comprend une interdiction générale de toutes les formes de discriminations, en ce compris celles fondées sur l'obésité. A ce stade, encore faut-il vérifier que la situation nationale présente un lien de rattachement suffisant avec le droit de l'Union. Or, celui-ci ne peut être établi par « un lien général entre un Etat membre et le droit des marchés du travail de l'Union »⁶³. En d'autres termes, le seul fait qu'une situation nationale relève du champ d'application matériel d'une directive adoptée en matière de non-discrimination ne suffit pas à établir l'existence d'un lien de rattachement suffisant avec le droit de l'Union. Toute autre interprétation porterait atteinte à la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres et serait dès lors contraire à l'article 51, paragraphe 2, de la Charte.

⁵⁹ CJUE (4^e ch.), 18 décembre 2014, *Fag of Arbejde c. Kommunernes Landsforening (Kaltoft)*, aff. C-354-13, ECLI:EU:C:2014:2463.

⁶⁰ *Ibidem*, points 33-36.

⁶¹ *Ibidem*, points 38-39.

⁶² Conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN précédant CJUE (4^e ch.), 18 décembre 2014, arrêt *Fag of Arbejde c. Kommunernes Landsforening (Kaltoft)*, *op. cit.*. Toutefois, pour l'avocat général, l'existence d'un principe général de non-discrimination en raison de l'âge n'appuie nullement la thèse de M. Kaltoft dès lors qu'à la différence de l'âge, aucune des dispositions des traités ou du droit dérivé ne mentionne l'obésité comme motif interdit de discrimination (point 26). Il conclut à l'absence d'une interdiction générale de discrimination fondée sur l'obésité alors qu'il s'était pourtant attaché à distinguer la question de l'existence d'une interdiction de celle de son applicabilité.

⁶³ *Ibidem*, points 17-25.

30. Au rang des occasions manquées, les arrêts *C.D.*⁶⁴ et *Z.*⁶⁵ illustrent également la réticence de la Cour à mobiliser l'article 21 de la Charte afin d'élargir l'interdiction des discriminations à des motifs autres que ceux visés dans les directives. Considérant que le refus par un employeur d'accorder un congé de maternité à une mère commanditaire ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe au regard de la directive 2006/54⁶⁶, elle ne procède pas pour autant à une vérification de l'existence d'une discrimination fondée sur un autre motif, tel que l'incapacité de procréer par des moyens conventionnels, à l'aune de l'article 21 de la Charte. S'il est vrai qu'un détour par l'article 21 de la Charte n'aurait pas forcément permis d'assurer un lien de rattachement au droit de l'Union, une telle approche aurait eu le mérite de distinguer la question de l'existence d'une interdiction de celle de son applicabilité. Dans l'affaire *Z.*, la Cour de justice était également interrogée sur l'existence d'une éventuelle discrimination fondée sur le handicap, au sens de la directive 2000/78, du fait de l'absence d'utérus et de l'incapacité corrélative d'avoir un enfant par des moyens conventionnels. Appliquant la définition du handicap dégagée dans le cadre de la directive 2000/78, La Cour va considérer que cette incapacité n'en relève pas, au motif qu'elle n'empêche pas la mère commanditaire « d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser »⁶⁷. Si la Cour avait proposé une lecture de la directive 2000/78 au prisme de l'article 21 de la Charte, elle aurait dû étendre la notion de handicap aux situations qui, sans constituer un empêchement « d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser », limitent de façon durable la participation pleine et effective de la personne à *la vie sociale*. Or, la Cour écarte l'examen de la validité des directives 2000/78 et 2006/54 au regard du principe d'égalité et de l'article 21 de la charte, car l'impossibilité pour une mère commanditaire de bénéficier d'un congé de maternité ne relève pas de ces directives⁶⁸. N'y a-t-il pas là une pétition de principe ? A notre estime, la portée du droit dérivé devrait être modifiée si elle méconnaît le principe général de non-discrimination et l'article 21 de la Charte⁶⁹.

⁶⁴ CJUE (Gr. ch.), 18 mars 2014, *C.D.* c. *S.T.*, aff. C-167/12, ECLI:EU:C:2014:169.

⁶⁵ CJUE (Gr. ch.), 18 mars 2014, *Z.* c. *A Government department et The Board of management of a community school*, aff. C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159.

⁶⁶ CJUE, 18 mars 2014, *C.D.*, *op. cit.*, point 55 ; CJUE, 18 mars 2014, arrêt *Z.*, *op. cit.*, point 60. Pour un commentaire de ces deux décisions, voy.: E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique 2014 », *JEDH*, 2015/2, spéc. pp. 229–234.

⁶⁷ CJUE, 18 mars 2014, arrêt *Z.*, *op. cit.*, point 81.

⁶⁸ *Ibidem*, points 64–65 et 83.

⁶⁹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination - Chronique 2014 », *J.E.D.H.*, 2015/2, p. 231.

31. L'analyse de l'utilisation de l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité, comprise à l'article 21, paragraphe 2, de la Charte aboutit à un constat plus sévère encore. Au nom de la subsidiarité de cette interdiction et du lien étroit qu'elle entretient avec l'article 18 du TFUE, l'on peine à identifier un cas dans la jurisprudence où cette disposition aurait joué un rôle. L'arrêt *Kamberaj*⁷⁰ constitue certainement l'une des principales occasions manquées. La juridiction nationale interrogeait explicitement la Cour, notamment sur l'interprétation de l'article 21 de la Charte, dans une situation où un ressortissant albanais s'était vu refuser le renouvellement d'une aide au logement, en application d'un système qui favorisait les citoyens de l'Union, par rapport aux ressortissants de pays tiers. La Cour développe une approche stricte de la recevabilité et écarte la majeure partie des questions, au motif qu'elles ne seraient pas directement pertinentes pour l'objet du litige. Bien que la Cour ait donné des éléments à la juridiction nationale pour lui permettre de déceler l'existence d'une discrimination fondée sur la nationalité, elle n'a pas trouvé opportun d'examiner l'existence d'une discrimination à la lumière de l'article 21, paragraphe 2, de la Charte. C'est uniquement à l'aune de la directive 2003/09 sur le statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, interprétée à la lumière de l'article 34 de la Charte consacrant l'aide au logement, que la Cour fonde son raisonnement⁷¹.

32. Comme le conclut Olivier De Schutter dans une étude consacrée aux liens entre migration et discriminations :

« Bien que la clause anti-discriminatoire de la Charte ait été invoquée occasionnellement soit pour justifier l'extension du bénéfice de disposition du droit social européen aux ressortissants de pays tiers résidant même illégalement dans un Etat membre (affaire *Tümer*) ou pour renforcer la lecture de dispositions consacrant l'égalité de traitement dans des accords d'association, de partenariat ou de coopération conclu par l'UE avec des pays tiers (affaire *Echouikh*), son potentiel reste encore sous-exploité. Dans le domaine des différences de traitement fondées sur la nationalité, l'interprétation dominante de l'article 21 reste une interprétation conservatrice, selon laquelle cette disposition ne vise pas à étendre la protection contre les discriminations au-delà de celle conférée par l'article 18 TFUE, les dispositions des traités ou le droit dérivé »⁷².

C. Une portée autonome encore limitée

⁷⁰ CJUE (Gr. ch.), 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233. Pour un commentaire, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique 2012 », *J.E.D.H.*, 2013/2, pp. 125-157.

⁷¹ *Ibidem*, points 64-93.

⁷² O. DE SCHUTTER, *Links between migration and discrimination. A legal analysis of the situation in the EU Member States*, *op. cit.*, p. 59 (notre traduction).

33. Si la plus-value de l'article 21 de la Charte est souvent difficile à déceler et son potentiel largement inexploité, certains arrêts témoignent de la portée autonome qui peut lui être reconnue, en particulier pour mettre en cause la validité de l'action des institutions et organes de l'UE (1.) mais également pour encadrer l'action des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE (2.).

1. Contrôle de l'action des institutions et organes de l'UE

34. L'arrêt *Test-Achats* est emblématique de la reconnaissance d'une portée autonome à l'article 21 de la Charte. La Cour de justice, saisie d'une question préjudicielle en appréciation de validité, a invalidé, l'article 5, paragraphe 2 de la directive 2004/113 consacrant l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans le domaine des biens et services, au regard de l'objectif de la directive et des articles 21, paragraphe 1^{er} et 23 de la Charte, au motif que la dérogation au principe d'égalité de traitement, prévue par la directive dans le secteur des assurances, était illimitée dans le temps⁷³. On notera toutefois que si la Cour mobilise plus explicitement les articles 21 et 23 de la Charte, elle n'en continue pas moins à se référer au principe général d'égalité de traitement.

35. L'affaire *Glatzel*⁷⁴ illustre parfaitement l'ambivalence de la Cour à ce sujet. La juridiction de renvoi interrogeait la Cour afin de savoir si l'exigence d'une acuité visuelle minimale pour bénéficier d'un permis de conduire « poids lourd », telle qu'elle résulte de la directive 2006/126, constitue une discrimination fondée sur le handicap contraire à l'article 21 de la Charte. Bien que la Cour affirme contrôler la validité de la directive 2006/126 au regard de l'article 21 de la Charte, son examen se fonde en réalité largement sur des concepts tirés de la directive 2000/78. La Cour précise ainsi que la notion de « handicap » doit être entendue au sens de l'article 21 comme visant « une limitation résultant, notamment, d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut 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 personnes »⁷⁵. Elle reprend ainsi la définition du handicap élaborée dans le domaine de l'emploi à l'occasion d'un contrôle de conformité d'une

⁷³ CJUE, 1^{er} mars 2011, arrêt *Test-Achats*, *op. cit.*, points 16-17 et 30-34.

⁷⁴ CJUE (5^e ch.), 22 mai 2014, arrêt *Wolfgang Glatzel*, *op. cit.*

⁷⁵ *Ibidem*.

disposition nationale avec la directive 2000/78⁷⁶ et la transpose, sans l'adapter ni l'élargir, au contexte de l'article 21 de la Charte. Si la directive 2000/78 se limite à prohiber toute discrimination fondée sur un handicap dans le cadre de l'emploi et du travail, l'article 21 interdit quant à lui toute discrimination fondée sur le handicap dans le champ d'application du droit de l'Union⁷⁷. Rien ne nous semble donc justifier cette interprétation restrictive. La Cour s'appuie également sur sa jurisprudence relative aux exigences professionnelles essentielles et déterminantes en matière d'âge ou de sexe et l'applique à l'article 21, paragraphe 1^{er} de la Charte, quand bien même l'on se situe ici hors du domaine de l'emploi⁷⁸. S'il n'est bien entendu pas exclu que la Cour se fonde sur sa jurisprudence tirée des directives anti-discriminatoires pour préciser le contenu de l'article 21 de la Charte, encore faut-il qu'elle le fasse en tenant compte des champs d'application respectifs de ces différents instruments. Il semble ainsi que la Cour oscille entre sa volonté d'ériger l'article 21 de la Charte en norme de contrôle autonome et celle de ne pas sortir des carcans préalablement établis.

2. *Contrôle du droit des Etats membres*

36. Quant au contrôle de l'action des Etats membres, la portée autonome de l'article 21 de la Charte devrait principalement se développer lorsqu'il s'agit de vérifier le caractère discriminatoire de leur action hors du champ d'application des directives anti-discriminatoires. A ce stade, la jurisprudence ne révèle pas de mobilisation fructueuse de l'article 21 de la Charte afin de dénoncer une discrimination dans un domaine matériel couvert par une directive mais sur la base d'un autre motif, comme par exemple un licenciement fondé sur l'état de santé ou la maladie ou encore sur l'obésité⁷⁹. Elle semble considérer qu'à défaut d'applicabilité de la directive 2000/78 - 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 vu l'absence supposée de lien de rattachement avec

⁷⁶ Voy. CJUE, (Gr. ch.), 18 mars 2014, arrêt *Z.*, *op. cit.*, point 76 et CJUE (2^e ch.), 26 septembre 2013, arrêt *HK Danmark*, *op. cit.*, points 37-39.

⁷⁷ CJUE (5^e ch.), 22 mai 2014, arrêt *Wolfgang Glatzel*, *op. cit.*, point 46. Pour un commentaire critique, voy. A. BAILLEUX et I. HACHEZ, « Another look at Glatzel. Of principles and discriminations », *Rewriting Integrated Human Rights*, sous la direction de E. BREMS et E. DE SMET, Cheltenham Glos, Edward Elgar Publishers, à paraître en 2017.

⁷⁸ CJUE (5^e ch.), 22 mai 2014, arrêt *Wolfgang Glatzel*, *op. cit.*, point 49.

⁷⁹ Voy. CJCE (Gr. ch.), 16 mars 2006, *Sonia Chacon Navas c. Euredit*, aff. C-13/05. 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 » (point 56). Voy. également CJUE, 18 décembre 2014, arrêt *Fag af Arbejde c. Kommunernes Landsforening (Kaltoft)*, *op. cit.*

le droit de l'UE. 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.

37. C'est à l'occasion de son arrêt *Geoffrey Léger*⁸⁰ que la Cour franchit une étape décisive vers l'affirmation de l'article 21 de la Charte comme norme de contrôle autonome, susceptible d'invalidier une disposition nationale qui lui serait contraire. 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 2004/33⁸¹ qui prévoit l'exclusion permanente du don de sang des sujets dont le comportement sexuel est considéré comme « à risque ». Si les 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 Etats 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 sexuelle⁸². La Cour se contente d'apprécier le caractère discriminatoire de la mesure en cause à l'aune de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle⁸³. 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 saisisse pas de la question des discriminations multiples ou intersectionnelles par le biais de l'article 21 de la Charte⁸⁴. Ceci étant, si le raisonnement de la Cour n'est pas exempt de critique, il a le mérite de fonder le contrôle de

⁸⁰ CJUE (4^e ch.), 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, *op. cit.*

⁸¹ Dir. n° 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, *JOCE*, L 91/25 du 30 mars 2004, pp. 25–39.

⁸² CJUE (4^e ch.), 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, *op. cit.*, points 45-48.

⁸³ CJUE (4^e ch.), 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, *op. cit.*, points 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 (Conclusions de l'avocat général MENGOZZI précédant CJUE (4^e ch.), 29 avril 2015, *Geoffrey Léger*, *op. cit.*, point 44).

⁸⁴ Pour une occasion manquée récente de la Cour de se saisir de la question des discriminations multiples, voy. CJUE (Gr. ch.), 24 novembre 2016, arrêt *Paris*, C-443/15, EU:C:2016 :897 et notre chronique 2016 précitée, *J.E.D.H.*, 2017 (à paraître).

validité d'une disposition nationale exclusivement sur les articles 21 et 52 de la Charte des droits fondamentaux.

Conclusion

38. Avec sa liste actualisée et ouverte de motifs de discrimination valable pour l'ensemble du champ d'application du droit de l'Union, l'article 21 de la Charte complète utilement l'arsenal juridique européen relatif au droit de non-discrimination. La complexité de ce dernier reste néanmoins un frein à son développement harmonieux. Telles des poupées russes en partie dépareillées, les différentes sources du droit de la non-discrimination — directives, principes généraux du droit de l'Union, article 21 de la Charte — ne s'emboîtent pas toujours parfaitement les unes aux autres. Leur articulation reste l'un des enjeux majeurs de l'effectivité de ce droit.

39. En théorie, dès lors que les délais de transposition des directives anti-discriminatoires sont expirés, trois cas de figure peuvent être distingués⁸⁵. Premièrement, lorsque la différence de traitement porte sur un critère couvert par une directive (par exemple, l'orientation sexuelle) 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). Même dans ce cas de figure, l'article 21 de la Charte, en tant que consécration du principe général de non-discrimination, présente une double utilité. D'une 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 particulier, ce que l'application de la directive seule ne lui permet pas. D'autre part, il définit un horizon interprétatif et sert de norme de référence à l'aune de laquelle la validité de la directive doit être appréciée. Deuxièmement, lorsque la différence de traitement ne tombe pas dans le champ d'application matériel d'une directive anti-discriminatoire (par exemple, parce qu'elle se fonde sur un critère non-couvert par celle-ci), mais qu'elle présente un autre lien de

⁸⁵ 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.

rattachement avec le champ d'application du droit de l'Union, l'article 21 de la Charte et le système de justification prévu à l'article 52, paragraphe 1^{er}, sont alors applicables tant dans les rapports verticaux qu'horizontaux. Troisièmement, si la différence de traitement ne présente aucun lien avec le droit de l'Union, ni les directives anti-discriminatoires, 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.

40. La jurisprudence de la Cour de justice présente un tableau peu systématique quand il s'agit d'articuler les sources du droit de la non-discrimination. Le potentiel de l'article 21 de la Charte reste sous-exploité, étant donné qu'il joue le plus souvent un simple rôle probatoire destiné à renforcer le raisonnement de la Cour de justice. Celle-ci continue de privilégier le principe général d'égalité et de non-discrimination ou les directives qui le concrétisent. Toutefois, de manière ponctuelle, la plus-value de l'article 21 de la Charte a pu ressortir de la jurisprudence de la Cour. L'arrêt *Léger* est topique à cet égard. La pratique relative à l'article 21, paragraphe 2, aboutit à un même constat alors même qu'une mise en œuvre de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité s'avère nécessaire à la lumière de l'émergence en droit international et européen des droits de l'homme d'un principe général d'interdiction de telles discriminations.