Chronique de droit des discriminations (mai 2015- septembre 2015)

Droit des discriminations

Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Marjolaine Roccati et Marc Touillier

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/1748>

DOI : 10.4000/revdh.1748

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Marjolaine Roccati et Marc Touillier, « Chronique de droit des discriminations (mai 2015-septembre 2015) », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 02 décembre 2015, consulté le 25 janvier 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1748> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1748>

Ce document a été généré automatiquement le 25 janvier 2022.

Tous droits réservés

Chronique de droit des discriminations (mai 2015-septembre 2015)

Droit des discriminations

Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Marjolaine Roccati et Marc Touillier

1°/- Législation (T.D.)

Plusieurs évolutions relatives au droit des discriminations méritent d'être mentionnées pour la période couverte par la présente chronique : la fin du CV anonyme obligatoire ; l'action de groupe en matière de discrimination ; l'introduction d'un nouveau motif de discrimination, la perte d'autonomie.

A – CV anonyme facultatif

Conformément aux conclusions formulées par le rapport Sciberras, le gouvernement est revenu sur le caractère obligatoire du CV anonyme. L'article 24 de la loi de 2006 sur l'égalité des chances prévoyait l'application obligatoire de l'anonymat du CV pour les recrutements dans les entreprises de plus de cinquante salariés. Toutefois, le gouvernement n'a jamais adopté son décret d'application, même à la suite de l'injonction – sans astreinte – que lui avait adressé le Conseil d'Etat en juillet 2014 (CE, 9 juillet 2014, M. A et autres, Req. n° 345253). S'alignant sur les critiques adressées par le rapport Sciberras à ce dispositif de lutte contre les discriminations, le gouvernement a finalement décidé de le rendre facultatif : la loi n° 2015-994 relative au dialogue social et à l'emploi adoptée en août dernier a donc modifié l'article L 1221-7 du Code du travail en laissant simplement la possibilité aux entreprises de recourir à des CV anonymes.

B- L'action de groupe

La réforme de la justice annoncée en 2013 a abouti à deux projets de loi présentés le 31 juillet dernier en Conseil des ministres. Outre un projet de loi organique visant à renforcer l'indépendance et l'impartialité des magistrats, un projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^{ème} siècle crée un cadre légal commun aux actions de groupe, tout en précisant les modalités de l'action de groupe en matière de discriminations. Pour rappel, les députés avaient déjà approuvé en juin une proposition de loi socialiste visant à instaurer une action de groupe contre les discriminations.

D'après le projet de loi, pour participer à une action de groupe, les personnes s'estimant victimes de discrimination devront obligatoirement se tourner vers une association régulièrement déclarée depuis cinq ans au moins et oeuvrant contre les discriminations ou dans le domaine du handicap. Après une mise en demeure obligatoire de la personne mise en cause, l'association pourra saisir le juge pour un groupe de personnes qui « placées dans une même situation, subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement légal ou contractuel de même nature ». Face au juge, le requérant devra apporter la preuve de la discrimination. Si la preuve est apportée, la juridiction ordonnera la « cessation du manquement » à l'impératif de non-discrimination dans un délai qu'il devra définir, et déterminera éventuellement « les préjudices susceptibles d'être réparés ».

Dans le domaine du travail, tout syndicat représentatif pourra lancer une action devant le tribunal de grande instance ou le juge administratif, en apportant des éléments pour établir que plusieurs salariés font l'objet d'une discrimination. De même, des associations constituées depuis au moins cinq ans, pourront agir mais seulement pour les discriminations à l'embauche ou sur l'accès à un stage. La procédure prévoit que le syndicat demande d'abord à l'employeur de faire cesser le trouble. Celui-ci a six mois pour entamer une discussion et agir, faute de quoi le syndicat pourra porter l'affaire en justice.

C- La perte d'autonomie

En 2014, les députés avaient introduit dans le projet de loi sur l'adaptation de la société au vieillissement un nouveau motif de discrimination : la perte d'autonomie. Estimant que cet amendement était inutile et incohérent, les sénateurs l'avaient supprimé en première lecture. Ils faisaient en effet valoir qu'en « prévoyant une discrimination en raison de l'âge ou du handicap, la situation de la perte d'autonomie est d'ores et déjà couverte par la loi ». Mais l'Assemblée nationale a réintroduit l'amendement et le projet de loi a été adopté en deuxième lecture le 16 septembre. Le Sénat s'est finalement rallié à la position des députés dans le texte qu'elle a adopté en deuxième lecture le 28 octobre. La perte d'autonomie représentera donc bientôt le 21^{ème} motif de discrimination prohibé par la loi.

2°/- Droit social (F.G.)

A - Discrimination à l'embauche en raison de l'origine

Cour d'appel de Rennes, 2 octobre 2015, n° 13/07958

La rareté des décisions rendues sur le terrain des discriminations raciales dans l'emploi justifierait à elle seule de présenter l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes du 16 juin 2015. L'arrêt mérite d'autant plus d'être valorisé qu'il accepte une démarche originale de preuve des discriminations fondées sur l'origine.

L'affaire concerne un salarié d'une société nantaise du groupe d'origine belge Aviapartner (société d'assistance aéroportuaire aux compagnies d'aviation low cost), qui avait connu une succession de contrats à durée déterminée de 2001 et 2008 sans jamais parvenir à obtenir un contrat à durée indéterminée. Il prétendait avoir ainsi fait l'objet d'une discrimination, sans que le motif à l'origine de celle-ci soit clairement désigné. Le conseil des prud'hommes l'avait débouté, estimant que le salarié n'établissait aucun fait de discrimination, et se dit convaincu que la société était respectueuse des convictions d'autrui et que les circonstances économiques du moment justifiaient suffisamment l'absence de transformation du CDD en CDI. La décision est infirmée en appel.

Le raisonnement de la Cour d'appel sur le terrain de la preuve est intéressant, tout en montrant en creux les incertitudes propres à ces contentieux.

Sur le terrain de la preuve, la Cour inscrit son raisonnement dans l'application de l'article L. 1134-1 C. Trav. et de la définition des discriminations directes et indirectes portées par l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008. Le salarié produisait de son côté un ensemble d'éléments disparates à l'appui de sa demande, montrant selon lui une attitude hostile à l'encontre de ses 'convictions religieuses' et de ses 'origines maghrébines'. Des attestations de collègues faisaient ainsi part de remarques de la hiérarchie sur la pratique du ramadan, ou l'accent des salariés. Ces éléments, tels qu'ils sont rappelés sans être détaillés par la Cour d'appel paraissent plutôt imprécis, aussi la Cour d'appel va-t-elle ne pas leur prêter attention pour centrer son attention sur le seul registre unique du personnel produit en défense par la société pour justifier de l'absence de discrimination. La Cour d'appel se livre à une rapide analyse statistique afin de pouvoir analyser les pratiques de l'entreprise. Elle décompte, sur les 22 salariés embauchés de 2000 à 2008, les salariés ayant un nom à 'consonance maghrébine' et les autres. Il apparaît alors notamment que dans le premier groupe, comportant 9 salariés, un seul salarié a été embauché en CDI après avoir été recruté en CDD, alors que le second groupe, regroupant 13 salariés, avait connu 7 salariés embauchés en CDI : le ratio montre, selon la cour qu'à l'évidence, « une personne portant un nom à consonance maghrébine n'a que très peu de chance de se voir proposer un contrat à durée indéterminée après avoir conclu un ou des contrats à durée déterminée ». Cette situation, selon la Cour d'appel de Rennes, montrerait « la matérialité de faits précis et concordants laissant supposer l'existence d'une discrimination ». Les justifications de l'entreprise, fondées sur des considérations générales de diminution du trafic, ne permettent pas d'expliquer une telle disparité, aucun argument n'étant avancé quant aux compétences, diplômes, ou à l'expérience des personnes ayant été recrutées en contrats à durée indéterminée.

L'arrêt pourrait à première vue paraître pertinent dans sa démarche assez implacable pour dépister des discriminations fondées sur l'origine à l'embauche, un simple décompte à partir du registre du personnel, souvent produit dans ce genre d'affaires, permettant de démasquer les pratiques d'une entreprise, visiblement peut promptement à intégrer des salariés d'origine étrangère dans son noyau de salariés stables alors qu'elle emploie massivement de tels salariés dans des statuts précaires. L'arrêt répond ainsi de

manière efficace à la problématique des discriminations selon l'origine, que les testings permettent souvent de mettre en avant, alors que les contentieux sur les discriminations raciales achoppent le plus souvent sur l'absence de preuve de ces formes de discrimination qui sont, par nature, dissimulées.

Le raisonnement paraît néanmoins quelque peu grossier dans sa facture juridique, ce qui le fragilise grandement. Différents éléments méritent à ce titre d'être relevés, non pas dans le but de critiquer la décision de la Cour d'appel de Rennes mais afin de montrer les écueils auxquels sont nécessairement confrontés juges et plaideurs face à ce type de contentieux.

La première difficulté est celle des catégorisations. Comment nommer les discriminations fondées sur l'origine des personnes ? Si l'existence de représentations et comportements racistes dans les faits est indéniable, la manière dont le droit peut s'y référer n'est pas sans poser nombre de difficultés, ainsi que l'avait noté Danièle Lochak². La lecture des décisions de justice montre que la désignation des catégories n'est pas plus simple pour le juge qu'elle ne l'est pour le législateur. Le plaideur lui-même invoquait, à titre d'indices, des faits discriminatoires se rapportant à la religion (remarques sur l'aménagement des horaires liés à la pratique du ramadan), à l'accent ou au port de la barbe. Aucun de ces faits ne constitue à proprement parler une discrimination fondée sur l'origine : elles concernent la religion, l'apparence physique, la pratique linguistique. Le demandeur ne qualifie d'ailleurs pas lui-même la discrimination de discrimination fondée sur l'origine et le juge ne parvient pas plus à nommer la discrimination, se contentant d'indiquer que « la discrimination est établie ». Son raisonnement se base sur une discrimination qui porterait davantage sur le patronyme. Ces différentes approches montrent que la discrimination par les origines est difficile à cerner et qu'elle ne peut le plus souvent être approchée que par différentes formes de distinctions qui permettent de fournir des indices d'une telle discrimination. En un sens la discrimination raciale serait ainsi une discrimination multiple, faite de la conjugaison de critères qui la rendent difficile à identifier et souvent à nommer.

Cette difficulté de l'énonciation des catégories de distinction ne pose pas de véritable difficulté lorsqu'il s'agit de rendre compte de distinctions prohibées pratiquées ou dénoncées par les individus. La sanction de faits racistes ne nécessite en rien de prendre parti sur l'existence objective de ces catégories qui doivent au contraire être déniées. Mais le malaise peut naître lorsque le juge lui-même se propose d'élaborer des typologies pour vérifier la neutralité des comportements des entreprises. Ainsi, afin de caractériser le comportement de l'entreprise, le juge opère-t-il un comptage en distinguant d'un côté « le groupe des salariées portant un nom à consonance maghrébine » et de l'autre le « groupe des personnes ne comportant pas un nom à consonance maghrébine ». Cette typologie peut être vue comme très surprenante. Sa pertinence peut d'abord être interrogée, eu égard à la variété linguistique qui caractérise les populations du Maghreb et à la difficulté à distinguer ces populations de celles relevant d'autres zones géographiques voisines ou plus éloignées. Elle l'est ensuite au regard de la possibilité de dresser des statistiques ethniques par les juges. Le conseil constitutionnel, on s'en souvient, avait, dans sa décision du 15 novembre 2007 (Décision n° 2007-557 DC), annulé un projet de loi autorisant la « réalisation de traitements de données à caractère personnel faisant « apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques » des personnes » à fin de recherches statistiques. Il avait invalidé ces dispositions, au nom de l'article 1^{er} de la Constitution,

en précisant qu'il est possible d'effectuer des recherches sur des données permettant de mesurer les questions de discrimination et d'intégration sur le fondement de « données objectives », mais non sur le recueil d'informations portant sur « l'origine ethnique ou la race ». Cette distinction permet de valider des recherches statistiques portant sur des indicateurs objectifs permettant d'avoir des indications de l'origine des personnes (mesure de l'origine nationale ou géographique des personnes, mesures fondées sur le patronyme, etc.) mais interdit de recourir à des typologies fondées sur une origine raciale ou ethnique des personnes. Les débats opposent depuis ceux qui souhaitent outrepasser cette interdiction au nom de la promotion d'une égalité réelle et ceux qui craignent que la construction de ces catégories statistiques ne renforce une « conscience ethnique » et ne vienne détruire l'idéal républicain³. Malgré l'absence d'autorité formelle de la décision du conseil constitutionnel, il semble hasardeux pour les juges de s'aventurer dans la constitution de statistiques fondées sur l'origine ethnique ou raciale. Le recours à la catégorisation des groupes selon la consonance maghrébine ou non des patronymes ne semble pas assez objective pour servir de base à un raisonnement fiable pour outrepasser cette objection. La censure par le Conseil constitutionnel d'un texte qui avait pour objet de permettre le traitement de données fondées non seulement directement mais aussi indirectement sur l'origine nationale permet de rappeler qu'il ne saurait être question de constituer des catégories dépourvues d'objectivité permettant d'outrepasser l'interdiction des discriminations fondées sur la race ou l'origine.

Enfin, le raisonnement de la Cour d'appel de Rennes dérange en raison de la manière dont il présente le jeu de l'administration de la preuve. Face aux différents indices de discrimination présentés par le salarié (témoignages de collègues sur des remarques faites aux salariés, comparaison avec un collègue recruté en CDI), les juges ont substitué leur propre indice permettant d'établir des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, tiré de décomptes statistiques. Tel n'est pas la répartition de l'administration de la preuve issu de l'article L. 1134-1 qui impose au demandeur de présenter au juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, au défendeur de justifier de la différence ainsi pratiquée et au juge de former sa conviction après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Les juges de la cour d'appel ici ne se prononcent pas sur le caractère suffisant des arguments avancés par le salarié pour avancer leur propre évaluation de la situation.

Ce raisonnement ne paraît pas conforme aux prescriptions du texte mais révèle également toute la difficulté de son application. L'établissement de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination est d'une rare difficulté pour le demandeur, en particulier s'agissant de discriminations fondées sur l'origine, qui sont dissimulées et ne peuvent faire l'objet d'aucune statistique : la plupart des litiges paraissent donc buter sur cette première étape. D'où la tentation qu'ont peut-être eue ici les juges de dépasser cette répartition du fardeau probatoire, pour examiner eux-mêmes à partir des éléments dans le débat d'autres indices d'une possible discrimination fondée sur l'origine. L'article 7 C. Pr. Civ. autorise le juge à prendre en compte dans son raisonnement les 'faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions' (parfois dénommés faits adventices⁴). Ce large pouvoir lui permet, dans la limite du respect du contradictoire, de relever parmi les éléments de fait soumis, des indices de discrimination. Mais peut-il se substituer aux parties dans la construction de catégories statistiques qui ne lui auraient pas été proposées ? Rien ne

l'en empêche véritablement, mais la fragilité des données ainsi produites et leur caractère inévitablement discutable devrait inviter à davantage de prudence. Aussi nous semble-t-il que la construction d'indices statistiques devrait relever davantage du recours à des mesures d'instruction ou d'expertise que d'initiatives du juge. En l'espèce, le juge aurait pu estimer la nécessité du recours à des mesures d'instruction pour compléter les indices proposés par le salarié, et sur la base des données ainsi rassemblées, se fonder sur ces éléments complémentaires pour estimer que le salarié avait fait valoir des éléments suffisant pour imposer à l'employeur des différences pratiquées.

En arrière-plan, le raisonnement fragile des juges démontre la difficulté de mener les contentieux sur le terrain de la preuve des discriminations. La première phase du procès, qui impose au salarié de présenter des éléments de fait est pour lui particulièrement ardue à franchir, faute de disposer de tout accès aux preuves. La solution pourrait passer par le recours aux mesures d'instruction, mais celles-ci ont pour inconvénient d'être coûteuses, de ralentir le cours des procédures, et d'être mal adaptées au cadre des litiges prud'homaux basés sur une procédure orale assez expéditive. La solution devrait normalement passer par une pleine utilisation de ses pouvoirs d'instruction par le bureau de conciliation dans la phase initiale du litige, mais l'expérience montre que les conseils ne l'exercent que rarement.

Face à ces difficultés, deux voies devraient être à explorer. La première consisterait en une meilleure combinaison des règles sur la preuve des discriminations et celles relatives aux prérogatives du bureau de conciliation. La volonté de renforcer les prérogatives du bureau de conciliation et d'orientation dans la loi Macron⁵ pourrait être l'occasion d'imposer systématiquement une mission de s'enquérir de la collecte de preuves dans les contentieux relatifs aux discriminations, permettant de tenir compte de la faible aptitude à la preuve des demandeurs dans ce genre de litiges. La seconde pourrait consister en une lecture moins exigeante des règles relatives à l'administration de la preuve, en estimant que de simples indices concordants suffisent pour imposer à l'employeur de justifier de la neutralité de ses processus de décision et de la neutralité de leurs effets.

Cass. Soc., 16 juin 2015, n° 13-28129 (inédit)

La seconde décision à évoquer rapidement au titre des discriminations fondées sur l'origine est une décision de la Cour de cassation relative à la sélection dans le cadre de concours. Face à un modèle de recrutement discrétionnaire et difficilement garant de la neutralité des choix faits par les entreprises, le secteur public et certains organismes de droit privé à l'instar des caisses de sécurité sociale ont fait depuis longtemps du concours le modèle de sélection, permettant de garantir une sélection fondée sur les seuls critères du mérite. Pourtant ce procédé de sélection et l'issue sur laquelle il débouche ne suffit pas toujours à garantir de la neutralité des choix. L'arrêt de la chambre sociale du 16 juin 2015 permet alors de s'interroger sur la manière dont peuvent être discutés ces processus de sélection. L'affaire concerne une caisse d'assurance vieillesse, qui avait recruté des techniciens retraite sur la base d'un concours. Une salariée, écartée à l'issue du concours, engage un recours en faisant valoir qu'elle a été victime d'une discrimination en raison de son origine ou de son nom et demande son intégration parmi le personnel de la caisse. Les juges du fond la déboutent, estimant que la salariée n'attestait d'aucun fait précis laissant supposer l'existence d'une discrimination. Le pourvoi faisait valoir que la Cour d'appel avait violé l'article L. 1134-1 C. Trav., relatif à l'administration de la preuve, la salariée ayant

invoqué à l'appui de la demande un testing réalisé par la HALDE saisie par la salariée qui montrait une forme de discrimination en raison du domicile, les candidats locaux finalement choisis s'avérant être en nombre insuffisant par rapport aux candidats extérieurs. La cour de cassation déboute la salariée de son pourvoi. Elle estime que la décision de la caisse ne peut être vue comme laissant supposer l'existence d'une discrimination, tant en ce qui concerne le procédé de sélection que l'issue sur laquelle elle a débouché.

Sur le premier point, la Cour de cassation précise les indices qui permettent à un concours d'être regardés comme un gage de neutralité dans le processus de recrutement. La Cour relève que « les épreuves de sélection s'étaient déroulées dans des conditions préservant l'anonymat des candidats », et qu'en particulier leur « origine réelle ou supposée ne pouvait être identifiée par les évaluateurs », et enfin que « leur classement par ordre de mérite ne révélait aucune préférence fondée sur le nom ou l'origine ». Ces indications montrent ainsi qu'un concours de recrutement ne peut à n'importe quelle condition être vu comme neutre. Il faut qu'il respecte pleinement des garanties d'anonymat, interdisant aux évaluateurs de connaître leur origine (ce qui pourrait laisser entendre que l'écrit seul en fournit une garantie véritable), et enfin que le classement final se fonde sur le seul critère du mérite des candidats. Mais le procédé pourrait encore déboucher sur des inégalités statistiques, de par les différents biais que des épreuves de sélection sont à même de générer : la cour de cassation se montre donc exigeante en ne se contentant pas de l'apparence que pourrait constituer la neutralité du procédé de sélection. Elle relève d'ailleurs que le testing pratiqué en l'espèce par la HALDE a révélé une distinction en fonction du domicile des candidats. Toutefois elle ne le prend pas en compte, à la fois en raison du fait que le domicile n'était pas à l'époque des faits un critère de résidence⁶ et que ce critère « ne peut à lui seul laisser supposer l'existence d'une discrimination à caractère racial ». Cette affirmation montre que les candidats écartés à l'issue d'un concours ont bien peu de chances de contester pour discrimination par l'origine, en raison à la fois de l'interdiction de toute statistique ethnique ou raciale que nous venons de voir et de l'absence de lien que la cour refuse de faire systématiquement avec le lieu de résidence. La motivation laisse toutefois entrevoir que la décision du recruteur pourrait aujourd'hui être contestée au nom de la discrimination par le lieu de résidence. Il est toutefois difficile d'imaginer qu'un concours, répondant aux critères énoncés par la Cour ne puisse justifier d'une telle différence.

B – Discrimination en raison du sexe : la garantie des droits des transsexuels

Cour d'appel d'Aix en Provence, 11 septembre 2015, n° 13/15440 ; Cour d'appel de Paris, 4 juin 2015, n° 12/08519

Deux arrêts de la Cour d'appel de Paris et d'Aix en Provence invitent à réfléchir à ce que peut être un comportement de l'employeur exempt de toute discrimination à l'égard des transsexuels. La question s'avère, à la lecture des décisions, poser de redoutables questions pratiques aux employeurs confrontés aux demandes de salariés en cours de changement de sexe ou l'ayant déjà fait : prise en compte du nouveau sexe, du nouveau prénom, accès aux sanitaires, protection contre les réactions de collègues souvent peu compréhensifs, etc. L'équilibre entre des revendications individuelles et le respect du droit des personnes est alors souvent difficile à déterminer.

Dans la décision rendue par la Cour d'appel d'Aix en Provence, un ouvrier qualifié travaillant pour une société de HLM avait, après 18 ans de travail auprès de son entreprise, entrepris une procédure médicale visant à changer de sexe et obtenu par jugement la rectification de son état civil. La salariée est ensuite en arrêt maladie avant d'être licenciée pour inaptitude médicale. Elle demande réparation devant le conseil des prud'hommes pour discrimination. Le débat porte essentiellement sur la preuve de cette discrimination. La salariée invoque un ensemble de faits : refus des salariés de l'appeler par son nouveau prénom féminin, interdiction du port de jupes par l'employeur, absence de toilettes particulières, maintien du terme « monsieur » sur les documents la concernant, remarques désobligeantes de ses supérieurs hiérarchiques, etc. L'employeur contestait la réalité de ces allégations. La salariée produit à l'appui de sa demande différents éléments (courriers et documents divers, dossier médical, extrait de son agenda, attestation de son ex épouse...) que la Cour juge suffisants pour laisser présumer une discrimination ou un harcèlement.

La Cour d'appel estime néanmoins que la salariée ne parvient pas à établir la réalité des faits qu'elle invoque : elle ne produisait à l'appui de sa demande qu'une attestation de son ex-épouse relatant des faits imprécis. A l'inverse, l'employeur avait pu produire des attestations de ses collègues indiquant qu'ils n'avaient pas entendu parler d'atteinte à la dignité de la salariée ; certains faisaient même part du suivi attentif apporté à sa situation par la DRH de l'entreprise. Les différents comportements allégués ne pouvaient donc pas être établis. Les courriers employant le terme « monsieur » résultaient de documents isolés liés à des logiciels anciens, tandis que le maintien d'un numéro de sécurité sociale commençant par le chiffre 1 provenait de la Sécurité sociale elle-même qui n'avait pas procédé au changement de l'immatriculation de la salariée. La Cour estime en conséquence que les faits invoqués par la salariée sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et qu'elle n'a subi aucune discrimination ou harcèlement. Par conséquent l'entreprise n'a pas failli à son obligation de sécurité de résultat.

L'arrêt montre ainsi que la prise en considération de la situation née du changement de sexe, même si elle se heurte à d'inévitables difficultés, permet à l'employeur de justifier des différences pratiquées à l'égard de ses salariés. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris montre de son côté le caractère plus incertain de l'approche lorsque la question du changement de sexe est envisagée non plus sous l'angle des discriminations en raison du sexe mais des discriminations en raison de l'état de santé ou de la protection des salariés contre les risques psycho-sociaux. L'affaire concernait ici un magasinier engagé en 2000, qui fit valoir à partir de 2005 sa volonté de changer de sexe sans procéder à un changement de sexe par voie médicale ou juridique. Son attitude mêlait alors à la fois des revendications (changement de prénom, demande de chaussures de sécurité adaptées) et des comportements plus ou moins provocants (intrusion dans les toilettes féminines malgré les protestations des collègues, adoption de « postures intimes » avec un collègue dans l'entreprise). L'employeur lui inflige différentes sanctions disciplinaires pour ces comportements avant de le licencier pour faute grave à la suite d'une altercation avec un collègue. Le salarié invoque le caractère discriminatoire de ces différentes mesures. Le conseil de prud'hommes fait droit à l'essentiel de ses demandes. La Cour d'appel distingue de son côté les sanctions antérieures au licenciement et le licenciement. Les deux sanctions disciplinaires infligées au salarié sont qualifiées par elle de sanctions discriminatoires. Un premier avertissement avait été adressé au salarié pour l'utilisation des toilettes féminines alors que des salariées

s'y trouvaient. L'employeur indiquait qu'en l'absence de changement de sexe médical et juridique, il se devait de traiter le salarié comme un homme afin de faire respecter la « bienséance », « indispensable à la bonne marche de l'entreprise » et qu'il n'avait pas à tenir compte d'une perception différente que pouvait en avoir le salarié. L'ordre sexuel et la marche économique de l'entreprise auraient ainsi des affinités. Sans se pencher sur cet intéressant débat de valeurs, la Cour de cassation indique que la sanction était fondée sur la « négation de la maladie du transexualisme », attestée par un certificat médical fourni à l'employeur indiquant un « trouble de l'identité de genre » du salarié. Dès lors, cette absence de prise en compte de la situation médicale rend la sanction illicite et nulle en application de l'article L. 1132-4 C. Trav. L'approche du transexualisme sous un angle médical conduit ainsi la Cour à considérer que l'absence de prise en compte de la situation est assimilable à une discrimination, sans doute fondée sur l'état de santé (la décision ne l'énonce pas expressément). Un raisonnement comparable est adopté par la Cour pour annuler le second avertissement prononcé contre le salarié, cette fois-ci lié à son refus de porter des chaussures de sécurité obligatoires, alors que l'employeur faisait valoir que les chaussures étaient les mêmes pour l'ensemble du personnel. La Cour déploie le même argument que précédemment : l'employeur aurait dû, en tenant compte non de l'état physique mais de l'état mental de la personne, lui fournir des « chaussures de sécurité adéquates ». Elle annule donc cette seconde sanction et alloue des dommages et intérêts à hauteur de 5000 €. Elle déboute par contre le salarié de sa demande de nullité de la rupture, estimant que le licenciement avait fait suite à un comportement violent du salarié et était extérieur à toute considération discriminatoire.

Les deux arrêts rapportés sont donc intéressants en ce qu'ils montrent la volonté de protéger les salariés transsexuels ou en cours de transformation sexuelle contre les discriminations. Le premier arrêt montre une application relativement classique du droit des discriminations sexuelles, buttant, comme souvent sur des questions de preuve. Le second est plus original, en déplaçant, en raison des particularités de l'espèce, le débat sur le terrain de la protection de la santé des salariés concernés, ce qui place l'analyse sur le terrain des aménagements raisonnables exigibles de l'entreprise en application de l'article L5213-6 C. Trav et non plus sur celui de la preuve de l'intention ou des effets discriminatoires des actes de l'employeur. La question posée à la Cour d'appel de Paris conduit à réfléchir à ce qu'il peut être raisonnable d'envisager en la matière : aménagements de l'accès aux toilettes, fourniture de vêtements obligatoires adaptés, etc.

En arrière-plan, cette affaire montre la possibilité d'un conflit entre la quête d'une protection du respect des choix personnels du salarié et la protection de la santé et de la sécurité. Le fait que l'employeur ne fournisse que des chaussures de sécurité unisexe justifie-t-il de dispenser le salarié de toutes chaussures adaptées si jamais celles-ci ne correspondent pas aux difficultés psychiques ressenties par le salarié ? Faut-il, sur le modèle libéral anglais considérer en ce cas que le salarié pourrait être dispensé de revêtir les équipements de sécurité requis pour les autres, quitte à exonérer l'employeur de sa responsabilité en cas d'accident ? Ou peut-on imposer de fournir des chaussures de sécurité plus féminines, même si les femmes ne s'en voient pas attribuées de telles ? A quel niveau de dépenses financières peut-on fixer une limite à de telles obligations ? La question de l'accès aux toilettes pose la question de la construction de sanitaires individuelles plutôt que collectives : la charge que cela représente pour l'entreprise serait-elle raisonnable ?

Toutes ces questions montrent la difficulté de la tâche des juges dans ce type de litige, pour lesquels une issue satisfaisante peine nécessairement à être trouvée.

C – Discriminations en raison de l'exercice du droit de grève

Cass. Soc., 9 juillet 2015, n° 14-12779

Les dispositions prohibant les discriminations à l'égard des salariés grévistes sont relativement anciennes. La loi du 17 juillet 1978 avait ainsi inscrit dans le Code du travail une disposition selon laquelle l'exercice normal du droit de grève ne saurait donner lieu à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux. Ces dispositions figuraient dans le Code du travail au titre des dispositions relatives à l'exercice du droit de grève, et ont donné lieu à diverses décisions permettant de préciser le régime juridique des retenues sur salaire en cas de grève.

La portée de ces dispositions a été renouvelée avec la recodification du Code du travail en 2007. Le choix a alors été fait d'inscrire la prohibition contre les discriminations à l'égard des grévistes non seulement dans l'article L. 2511-1 du Code du travail relatif à la protection de l'exercice du droit de grève, mais aussi dans l'article L. 1132-2 au titre de la prohibition des discriminations. S'il n'avait fait aucun doute auparavant que les retenues sur salaire devaient être traitées comme une forme de discrimination à l'égard des grévistes, l'insertion de ce texte dans le titre du code du travail consacré aux discriminations permettait en outre de déclencher l'application de l'entier régime juridique des discriminations. L'arrêt du 9 juillet 2015 montre clairement l'incidence de cette évolution en admettant pour la première fois l'application de la notion de discrimination indirecte en matière de discrimination à l'encontre de grévistes.

L'affaire concernait les mesures de rémunérations adoptées dans le cadre d'un groupe de presse à la suite d'une grève du personnel. Parmi les grévistes, l'employeur avait pratiqué des retenues différenciées en tenant compte de l'impact de la grève sur la sortie des titres : la retenue était réduite de moitié pour les salariés des titres qui avaient réussi à paraître à temps, alors qu'elle était complète pour les salariés dont les titres avaient pu paraître. Des salariés réclamèrent le paiement de leurs jours de grève en raison du caractère discriminatoire de la retenue sur salaire. Les juges du fond firent droit à leur demande. La cour de cassation rejette le pourvoi contre cette décision. Elle indique que les premiers juges ont retenu à bon droit que « la mesure en cause institue une discrimination indirecte en raison de l'exercice normal du droit de grève en ce qu'elle prend en compte le degré de mobilisation des salariés, selon les services, et ses conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise et qu'elle ne peut être justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison de la grève dès lors que la parution en retard des magazines résulte des conséquences inhérentes à la cessation collective du travail ».

La Cour de cassation applique ainsi pour la première fois la notion de discrimination indirecte aux discriminations pratiquées en raison de l'exercice du droit de grève. L'imbrication des textes est ici source de difficultés. Le texte de l'article L. 1132-2 ne mentionne pas ces discriminations indirectes, mais il renvoie au texte de l'article L. 1132-1 qui prohibe les discriminations directes ou indirectes, ce qui permet d'inférer une prohibition des discriminations indirectes fondées sur l'exercice normal du droit de grève. Néanmoins, la loi du 27 mai 2008⁸, qui, en France, a permis d'introduire une définition de la discrimination indirecte, indique qu'elle s'applique « pour l'un des

motifs mentionnés au premier alinéa », qui vise différents motifs de discrimination (race, religion, âge, sexe, etc.) sans mentionner le droit de grève. Techniquement, la définition de la discrimination indirecte en raison de l'exercice normal du droit de grève n'est donc fixée par aucun texte. La jurisprudence pourra néanmoins s'inspirer des définitions existantes, à l'instar de celle prévue dans la loi du 27 mai 2008, selon laquelle une discrimination indirecte est « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

En l'espèce, la différence de rémunération entre les grévistes constituerait une telle discrimination, selon la Cour de cassation, parce qu'elle « prend en compte le degré de mobilisation des salariés selon les services et les conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise ». Ce critère pourrait être vu comme en apparence neutre, car l'employeur n'a pas ici opéré de distinction entre grévistes et non grévistes mais entre les grévistes : le motif serait donc extérieur à l'exercice du droit de grève. Néanmoins la mesure serait injustifiable car non étrangère à la discrimination en raison de l'exercice du droit de grève. En effet, la perturbation du travail serait inhérente à la cessation collective du travail. La motivation de l'arrêt de rejet est prudente, la Cour se contente d'indiquer que les premiers juges ont statué « à bon droit » sans complètement reprendre à son compte ce mode de raisonnement. On pourrait se demander si le détour par les discriminations indirectes s'imposait de façon si évidente dans ce genre d'espèce. Ce qui pose difficulté n'est pas véritablement le caractère caché ou indécélable d'une discrimination, que le concept de discrimination indirecte permet de déceler. L'employeur lui-même ne dément pas que la retenue a été faite à la suite de l'exercice du droit de grève. Ce qui pose difficulté ici c'est le pouvoir d'individualisation de l'employeur que la Cour de cassation n'a jamais cessé de reconnaître dans les réactions face aux grèves⁹ : il est susceptible, sans que la distinction soit automatiquement qualifiée de discrimination, traiter différemment les grévistes. Il pourrait sembler néanmoins que le respect du droit de grève exige une stricte égalité de traitement entre tous les grévistes, toute différence étant susceptible de constituer une discrimination. La mesure adoptée ici par l'employeur aurait donc pu être vue comme une forme de discrimination directe en raison de l'exercice du droit de grève. La question pouvait ensuite se poser si des justifications à cette différenciation pouvaient encore être accueillies.

D – Discrimination en raison de l'âge

Cass. Soc., 30 juin 2015, n° 13-28201

Sans que le sens des évolutions soit encore clairement perceptible, les décisions successivement rendues par la Cour de cassation montrent un clair essor de la jurisprudence relative à la discrimination par l'âge. L'arrêt du 30 juin 2015 a amené la Cour de cassation à se prononcer (à nouveau) sur la confrontation entre les mesures de mise à la retraite par l'employeur et la prohibition des discriminations en raison de l'âge¹⁰. L'affaire concernait la contestation de la mise à la retraite des salariés dans le secteur des mines pour les employés, techniciens et agents de maîtrise. Dans le régime spécial des mines, le décret du 16 janvier 1954 permet à l'employeur de mettre d'office

le salarié à la retraite à l'âge de 60 ans. Un salarié, mis en incapacité préalablement, considèrerait cette mise à la retraite comme une forme de discrimination.

Les juges du fond avaient en l'espèce écarté l'application des règles sur les discriminations en indiquant que les textes spéciaux applicables à la mise à la retraite des salariés concernés relevait d'un texte spécial, échappant aux règles du droit commun sur la mise à la retraite. La spécificité des textes réglementaires était apparue comme une raison suffisante pour les juges du fond pour écarter la discussion sur l'existence ou non d'une discrimination par l'âge. La Cour de cassation casse cette décision au visa de l'article 6, paragraphe 1, de la Directive n° 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 en reprenant les termes de ce texte, qui indique que « les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ». En l'espèce, la Cour ne dit pas si la mise à la retraite d'office à l'âge de 60 ans pour ces salariés constitue une discrimination, mais elle indique que la cour d'appel ne pouvait se contenter de se référer à l'existence d'un texte réglementaire pour exonérer la mesure de tout examen de son caractère discriminatoire. Elle aurait dû « appliquer la directive consacrant un principe général du droit de l'Union » et déterminer si, « pour la catégorie d'emploi du salarié, la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires ».

Un arrêt du même jour livre la même appréciation pour la mise en inactivité à l'initiative de l'employeur des salariés à l'âge de 60 ans des salariés relevant du statut des industries électriques et gazières.

Il appartiendra en conséquence aux cours de renvoi de procéder à l'appréciation du caractère justifié et proportionné d'une mesure. La réponse à la question ne va pas de soi. La Cour de cassation a reconnu, dans un arrêt du 26 novembre 2013, que la mise à la retraite prévue dans le cadre du régime général ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge. Elle indique que les « dispositions du code du travail relatives à la mise à la retraite mettant en œuvre, dans un objectif de politique sociale, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre et en subordonnant la mise à la retraite à la condition que le salarié bénéficie d'une pension à taux plein ». En conséquence, l'employeur n'avait pas à justifier particulièrement de la mise en œuvre de cette règle pour les salariés qui répondent aux conditions ainsi définies. Cette jurisprudence paraît compatible avec la jurisprudence de l'Union européenne, qui a admis la possibilité de mise à retraite d'office, notamment lorsqu'elle est motivée par des politiques de développement de l'emploi des jeunes dans un contexte de crise économique (CJUE, CJUE 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa contre Cortefiel Servicios SA, Aff. C-411/05).

La mise à la retraite d'office a été validée en France pour les salariés du régime général (aujourd'hui à l'âge de 70 ans). Ces arguments peuvent-ils être transposés pour des mise à la retraite d'office à des âges bien antérieurs dans les divers régimes spéciaux, mesure peu favorable à l'emploi des seniors et qui pourrait être vue comme une forme

de discrimination par l'âge ? Peut-on véritablement considérer que ces mesures garantissent un accès au travail pour les jeunes ? L'argument vaut-il dans des secteurs comme les mines qui ne recrutent plus de salariés ? Et si tel était le cas, la mesure de la mise à la retraite d'office serait-elle proportionnée ? L'article L. 1237-4 prévoit la nullité des clauses « clauses couperet » des conventions collectives permettant la mise à la retraite d'office avant l'âge légal. Mais la Cour de cassation a considéré que les dispositions applicables au secteur public échappaient à cette règle (Cass. Soc. 21 juin 1995, n° 91-42460). Une précédente décision du 16 février 2011 (Cass. Soc., n° 09-72061), rendue à propos d'EDF, avait déjà indiqué que l'application des règles dérogatoires de mise à la retraite applicables aux régimes spéciaux se devait d'être conforme aux exigences de la directive 2000/78, mais avait aussi renvoyé à l'appréciation de cette question par les juges du fond. La question reste donc à résoudre, mais on peut comprendre que la cour de cassation reste prudente en prenant une décision qui déstabiliserait profondément les modes de gestion de l'emploi dans les entreprises relevant des régimes spéciaux de sécurité sociale.

E - Discrimination en raison de la nationalité

Condamnation de la SNCF pour discrimination en raison des discriminations indirectes fondées sur la nationalité à l'encontre des travailleurs d'origine marocaine.

Conseil des prud'hommes de Paris, 21 septembre 2015, RG n° F 05/12309

Le 21 septembre 2015, le conseil de prud'hommes de Paris, statuant en départage, a condamné la SNCF, dans une série de décisions qui a été très médiatisée, pour la discrimination de travailleurs d'origine marocaine n'ayant pu, au cours de leur carrière, se voir appliquer le statut d'emploi propre aux agents titulaires. L'affaire a donné lieu à plus de 800 demandes.

Les origines de l'affaire remontent à 1963, date à laquelle le Maroc, à la suite de son indépendance, signe avec la France une convention bilatérale qui permet notamment à la SNCF de recruter des salariés marocains pour venir travailler en France. Ces travailleurs, faute de disposer de la nationalité française, ne peuvent accéder au statut de l'entreprise publique et ne peuvent être embauchés qu'en qualité d'agent contractuels, régis par un règlement particulier. Demeurés agents contractuels pendant l'ensemble de leur carrière, ces salariés n'ont pu bénéficier ni d'un statut salarial ni d'une évolution de carrière comparable aux autres salariés de la SNCF. Ils engagent donc une action en justice devant les prud'hommes en 2013 afin de faire reconnaître une discrimination fondée sur la nationalité et d'obtenir réparation des divers préjudices qui en découlent. Le conseil de prud'hommes de Paris, dans une série de décisions solidement motivée, fait droit aux demandes, octroyant des réparations relativement élevées (150.000 à 200.000 €). L'enjeu financier important a conduit la SNCF à faire appel.

Outre le caractère singulier de l'affaire, due à l'ampleur des enjeux qu'elle emporte, les décisions sont intéressantes en ce qu'elles se fondent sur la notion de discrimination indirecte en raison de la nationalité pour condamner la SNCF. L'affaire fournit en ce sens une illustration de l'intérêt de cette notion.

Le jugement prend appui sur une série de normes qui lui permettent de prendre en compte des faits qui remontent à une période ancienne pour laquelle le droit des

discriminations ne connaissait qu'un développement embryonnaire, afin de tenir compte de la prohibition des effets rétroactifs de la loi issue de l'article 2 du Code civil. Les décisions se fondent en conséquence à la fois sur l'article L. 1132-2 C. trav. pour la période postérieur à la loi du 4 août 1982, la Convention 111 de l'OIT à compter de sa ratification par la France en 1981, l'article 14 CESDH à compter de sa ratification par la France, le CPH écartant de façon un peu rapide l'argument avancé par la SNCF son absence d'effet autonome. De façon plus floue, le conseil en appelle également au respect du Droit de l'Union européenne. En revanche le conseil écarte le jeu de l'article 5 du Préambule, qui ne concerne que les discriminations fondées sur l'origine et ne vise pas la nationalité. De ces différents textes, le Conseil de prud'homme déduit finalement une règle : il appartient à la juridiction saisie de « rechercher si les pratiques critiquées n'ont pas créé une discrimination, directe ou indirecte en désavantageant particulièrement des personnes en raison de leur nationalité, dans l'affirmative, si elle pouvait être justifiée par des raisons objectives, étrangères à toute discrimination et si le moyen mis en œuvre était approprié et nécessaire à cet effet ».

Le conseil de prud'hommes de Paris choisit de porter le raisonnement sur le seul terrain de la discrimination indirecte fondée sur la nationalité. Il considère que la SNCF a opéré une distinction fondée sur la nationalité en réservant l'application du statut aux agents de nationalité française. L'application d'un règlement distinct pour les agents non statutaires effectuant un même travail ou un travail de valeur égale ne suffit pas à caractériser la différence de situation, et l'entreprise ne montre pas en quoi l'exercice de prérogatives de puissance publique, qui justifie la différence de statut, permet de justifier de la différence ainsi pratiquée. L'application des différences de statut a en conséquence désavantagé particulièrement les salariés étrangers par rapport aux salariés français engagés dans les mêmes fonctions, créant une discrimination indirecte que la SNCF ne peut justifier.

Le conseil de prud'hommes condamne ainsi les différences pratiquées dans la carrière, ainsi que dans l'accès à divers avantages (prestations maladie et retraite, facilités de transport). En revanche, le conseil de prud'hommes ne considère pas que la différence de traitement fondée sur la nationalité justifie en soi l'intégration dans le corps des agents statutaires, la nationalité étrangère faisant obstacle aux conditions d'intégration au cadre permanent. On comprend sur la base de ce raisonnement que le conseil de prud'homme demeure mesuré dans sa décision : il ne condamne pas les différences de traitement fondées sur la nationalité dans le secteur public, mais, au regard de l'objet que sont la carrière, la rémunération et les avantages sociaux, une différence de traitement que ne saurait justifier la seule application d'un statut réglementaire spécifique pour les travailleurs qui n'ont pas la nationalité française.

3°/ - Droit pénal (M.T.)

A – Don du sang, protection des données et orientation sexuelle

Cass. crim., 8 juill. 2015, n° 13-86.267, Publié au bulletin

Quelques semaines à peine après la décision particulièrement médiatisée de la Cour de Justice de l'Union européenne ayant admis l'exclusion des personnes homosexuelles du don du sang (CJUE, 4^e Ch., 29 avril 2015, Léger, aff. C-528/13 ; à ce sujet, lire Yehudi Pelosi, « L'exclusion permanente de tout homme homosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *RevDH*, 1^{er} juill. 2015), la Chambre

criminelle de la Cour de cassation est à son tour venue apporter sa « contribution » à ce débat particulièrement sensible en se prononçant sur le fichage de l'orientation sexuelle des donneurs dans un arrêt du 8 juillet 2015.

À l'origine de cette affaire en réalité plus ancienne que celle ayant donné lieu à l'arrêt de la CJUE, se trouve un particulier ayant souhaité faire un don de sang dans un hôpital parisien en 2004. Après s'être heurté à un premier refus au motif de son homosexualité supposée, il en essuya un second dans un autre établissement où on lui expliqua qu'il était référencé sous un code « FR 08 », correspondant à une catégorie « homosexuel ». L'intéressé décida alors de porter plainte avec constitution de partie civile du chef de discrimination à raison de l'orientation sexuelle.

Le juge d'instruction saisi de la plainte rendit une ordonnance de refus d'informer, en retenant que le recueil d'un don de sang ne pouvait s'analyser en une fourniture d'un bien ou d'un service, au sens des articles 225-1 à 225-3 du Code pénal. Sans doute faut-il admettre, pour aller dans le sens de l'ordonnance, que le don de sang ne constitue pas un bien ou service quelconque, sa collecte étant réservée aux établissements de transfusion sanguine agréés et soumise, avant toute distribution, délivrance ou utilisation, à des examens biologiques et des tests de dépistage de maladies transmissibles (CSP, art. L. 1221-2 et L. 1221-4). Le refus d'informer opposé par le juge d'instruction n'en paraissait pas moins contestable quand on sait combien les termes « fourniture », « bien » et « service » sont entendus largement par la jurisprudence¹¹ et qu'aucune exception relative au don de sang humain n'est prévue par l'article 225-3 du Code pénal pour écarter l'application du délit de discrimination en pareille situation.

Ce n'est pourtant pas cette voie que privilégia la chambre de l'instruction pour infirmer l'ordonnance du magistrat instructeur. Saisi par l'appel de la partie civile, les conseillers de la chambre de l'instruction préférèrent inviter le juge d'instruction à vérifier si la mise et la conservation en mémoire de données à caractère personnel touchant à l'orientation sexuelle, sans le consentement de l'intéressé, étaient autorisées par la loi. Ce faisant, le débat était déplacé sur le terrain du délit de recueil illicite de données personnelles prévu par l'article 226-19 du Code pénal.

L'affaire n'en intéresse pas moins le contentieux relatif aux discriminations dès lors que le recueil de données personnelles est susceptible d'aboutir à des discriminations en fonction de la nature des données concernées – tel est bien le cas de données relatives à l'orientation sexuelle d'un donneur de sang si l'on s'en tient aux motifs prohibés par l'article 225-1 du Code pénal – et de l'usage qui en est fait. Pour confirmer l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction du chef de recueil illicite de données personnelles, la chambre de l'instruction a tout d'abord retenu que l'intéressé avait été informé, dans un questionnaire « pré-don », de l'enregistrement informatique par l'Établissement français du sang des informations demandées à cette occasion ainsi qu'au cours de l'entretien préalable au don. A ce titre, il ne pouvait ignorer la nécessité pour le médecin en charge de cet entretien d'apprécier le risque lié à une maladie transmissible et le fait que ce dernier devait notamment savoir à cette fin s'il avait eu des relations sexuelles avec d'autres hommes. Or en refusant qu'une telle information soit écrite sur le questionnaire afin de définir son aptitude au don, il avait mis le médecin en mesure de comprendre et/ou de savoir qu'il avait eu « *des relations sexuelles entre hommes* », quand bien même le document avait été déchiré à l'issue du même entretien.

Au vu de l'ensemble des informations données à la partie civile sur l'enregistrement informatique des données personnelles la concernant, les conseillers de la chambre de l'instruction ont ensuite estimé que le consentement exprès de celle-ci pour la mise et la conservation en mémoire informatisée de ses données n'était pas requis à peine d'irrégularité de l'enregistrement et de mise en œuvre des sanctions prévues par l'article 226-19 du Code pénal.

Enfin, la chambre de l'instruction a rejeté l'application de ce délit aux professionnels ayant reçu l'intéressé et rentré son identité sous le code FR08 dans le logiciel prévu à cet effet dans le but de répertorier les contre-indications aux dons du sang, dès lors que cet enregistrement respectait les bonnes pratiques transfusionnelles homologuées par l'arrêté du 10 septembre 2003, conformément à l'article L. 1223-3 du Code de la santé publique, et que le code sous lequel l'identité de la partie civile avait été rentrée était resté sous le contrôle de la CNIL.

Le pourvoi en cassation formé par la partie civile contestait tout à la fois la solution retenue par la chambre de l'instruction, en ce qu'elle se fondait sur « *une simple recommandation à l'adoption de bonnes pratiques* », et la constitutionnalité des dispositions de l'article 226-19 du Code pénal combinées à celles de l'article 1223-3 du Code de la santé publique, en ce qu'elles dérogeaient à l'obligation de recueillir le consentement exprès d'une personne désireuse de donner son sang pour mettre ou conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel relatives à la santé. Si la Haute juridiction a déclaré sans objet les moyens relatifs à la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par le demandeur, compte tenu de la déclaration de conformité des dispositions contestées rendue par le Conseil constitutionnel à l'occasion de cette affaire (CC, Décision 2014-412 QPC du 19 septembre 2014, M. Laurent D.), elle a rejeté pour le reste le pourvoi tout en se démarquant de la motivation de la décision attaquée.

Les magistrats de la Chambre criminelle ont en effet désavoué le choix de la chambre de l'instruction de fonder l'inapplicabilité du délit de recueil illicite de données personnelles sur l'article L. 1223-3 du Code de la santé publique et l'arrêté du 10 septembre 2003 relatif aux bonnes pratiques en matière de transfusion sanguine, sans pour autant censurer la décision, « *dès lors que les faits visés par la poursuite, tels que souverainement appréciés par les juges, entrent dans les prévisions du paragraphe II-6° de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, selon lesquelles l'interdiction, posée au paragraphe I du même article, de collecter ou de traiter des données à caractère personnel relatives, notamment, à la santé ou à la vie sexuelle des personnes, ne s'applique pas aux traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé, et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne soumise au secret professionnel* ». Par suite, la Cour de cassation a estimé « *qu'à défaut même de consentement exprès de M. X... à la mise en mémoire ou à la conservation des données le concernant, le comportement des personnels et établissements de santé qu'il a entendu dénoncer ne saurait tomber sous le coup de l'incrimination prévue par l'article 226-19 du code pénal, qui renvoie lui-même à des exceptions, prévues par la loi, à l'interdiction d'enregistrement informatique des données personnelles sensibles* ».

En réponse à la critique fondée sur l'absence d'exception légale claire et univoque à l'interdiction de recueillir des données personnelles sensibles sans le consentement de la personne concernée, la Haute juridiction a par ailleurs ajouté qu'une telle exception

découlait des dispositions combinées des articles 226-19 du Code pénal et 8 de la loi du 6 janvier 1978 et constituait « *une mesure légitime, nécessaire à la protection de la santé, définie par la loi avec suffisamment de précision pour éviter l'arbitraire, et de nature à assurer, en l'état, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de la santé publique, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée* ».

On peut légitimement être déçu de cette décision en général et de la substitution de motifs (et de base légale) sur laquelle elle repose en particulier, au regard de la situation profondément éprouvante dans laquelle elle place toute personne homosexuelle – et non les seules personnes ayant eu des comportements « à risque » – désireuse de donner son sang par générosité (pour une critique nourrie, v. Hilème Kombila, « La Cour de cassation valide la stigmatisation du don de sang des hommes homosexuels et bisexuels », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 25 septembre 2015). Sur un sujet aussi sensible, l'arrêt de la Cour de cassation présente néanmoins l'intérêt de motiver l'interdiction faite à une personne homosexuelle de donner son sang sur un fondement plus solide et respectueux du principe de légalité des délits et des peines que le renvoi aux bonnes pratiques des établissements de transfusion sanguine.

B – Accès au logement social et origines ethniques

Cass. crim., 22 sept. 2015, n° 14-84.802, inédit

Connue pour son activisme en matière de lutte contre les discriminations, la Fédération nationale des maisons des potes (FNMDP) a de nouveau frappé à la porte de la Cour de cassation avec l'arrêt rendu le 22 septembre 2015. Il s'agissait cette fois de pourvois formés avec l'une des associations de son réseau (la Maison des potes de Paris - Maison de l'égalité) contre un arrêt de chambre de l'instruction ayant confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue dans une affaire faisant suite à leur plainte avec constitution de partie civile, contre personne non dénommée, des chefs de détournement de finalité de fichier et discrimination dans le cadre de la gestion des bases de données de l'office public d'habitations à loyer modéré (OPHLM) du Kremlin-Bicêtre, relatives aux accédants à la propriété du parc locatif public de cette commune.

La FNMDP et la Maison des potes de Paris reprochaient à l'OPHLM et ses responsables d'utiliser les bases de données en cause à des fins discriminatoires dans l'attribution des logements HLM dans la mesure où ces bases contenaient non seulement des codes en fonction de la nationalité des postulants et des locataires, mais aussi des codes renvoyant directement à une origine ou à une catégorie ethno-raciale.

La chambre de l'instruction a refusé de suivre les parties civiles dans leur argumentation après avoir relevé, d'une part, que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) avait pu vérifier que la table de nationalités contenue dans l'application informatique utilisée par l'OPHLM du Kremlin-Bicêtre comportait certes les rubriques « africaines », « guadeloupéenne », « martiniquaise » et « réunionnaise », mais que seules 13 des 4267 personnes enregistrées dans la base de données l'avaient été avec l'une de ces valeurs. Pour la CNIL, l'absence de « *bridage informatique* » et de consignes émanant des concepteurs du progiciel utilisé par l'office pour organiser et contrôler la « qualité » des informations enregistrées par son personnel étaient plutôt à l'origine des manquements constatés aux exigences de la loi du 6 janvier 1978. Cette explication est apparue d'autant plus convaincante aux yeux des magistrats que les responsables de l'office s'étaient conformé aux

recommandations de la CNIL émises en 2004 en ne maintenant, depuis cette date, dans leurs bases de données que les valeurs « française », « Europe » et « hors CEE ».

Pour exclure le renvoi en jugement du chef de recueil illicite de données personnelles au sens de l'article 226-19 du Code pénal – et, par là même, toute volonté d'opérer une discrimination entre les demandeurs de logement –, la chambre de l'instruction a, d'autre part, estimé que la maîtrise de la politique d'attribution des logements échappait totalement à l'OPHLM du Kremlin-Bicêtre (son rôle consistant seulement à délivrer un « bon de visite » du logement proposé au locataire potentiel par une commission *ad hoc* composée de représentants de la mairie et du préfet), de sorte que l'existence supposée d'un fichage ethnique ne pouvait en l'espèce se concevoir à des fins discriminatoires.

Cela ne pouvait suffire à justifier un non-lieu « *en bloc* » pour les demandeurs aux pourvois, qui critiquaient principalement le refus de constater le délit de fichage ethnique concernant les faits reprochés à l'OPHLM avant 2004, établis tant sur le plan matériel qu'intentionnel selon eux, nonobstant le « *nombre résiduel* » de données litigieuses.

La Cour de cassation estime, pour sa part, qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause la décision attaquée dès lors qu'elle est « *en mesure de s'assurer que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu entreprise, la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits dénoncés dans la plainte et répondu aux articulations essentielles des mémoires produits par les parties civiles appelantes, a exposé, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction, que l'information était complète et qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis les délits reprochés, ni toute autre infraction* ». La solution retenue, habituelle dans ce type de dossiers portés devant les juridictions d'instruction, confirme s'il en était besoin la difficulté à établir – et apprécier – la réalité de faits discriminatoires, même lorsqu'ils sont matérialisés par l'utilisation de bases de données informatiques reposant sur des critères entrant dans les prévisions de l'article 225-1 du Code pénal.

C - Constitutionnalité de l'article 225-2, 2°, du Code pénal

Cass. crim., 23 juin 2015, n° 14-88.355, inédit

Cinq ans après l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), les requêtes visant les dispositions du Code pénal relatives aux discriminations n'en finissent pas d'être soulevées par les justiciables désireux de remettre en cause leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis au détour d'un contentieux les concernant (v. not. Cass. crim., 4 févr. 2015, n° 14-90.048, QPC). Si les affaires et les dispositions en cause ne se ressemblent pas, elles se suivent et aboutissent peu ou prou à la même fin de non-recevoir : le refus opposé par la Cour de cassation de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel en raison, le plus souvent, du défaut de caractère sérieux de la question posée.

En l'occurrence, c'est le paragraphe 2 de l'article 225-2 du Code pénal qui avait donné lieu à une QPC soulevée par plusieurs requérants à l'occasion de pourvois formés contre l'arrêt de la cour d'appel de Caen qui, pour discrimination à raison de l'origine, les avait condamnés chacun à 500 euros d'amende avec sursis. Pour rappel, ce texte dispose que « *la discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne*

physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : [...] 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ».

La seule lecture de l'arrêt rendu par la Haute juridiction ne permet pas de connaître les faits à l'origine de cette QPC, mais la question contestait la constitutionnalité de ces dispositions au regard du principe de légalité des délits et des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. De façon prévisible, la Chambre criminelle exclut le caractère nouveau de la question et précise, pour rejeter son caractère sérieux, que « l'article 225-2, 2°, du Code pénal, qui limite la discrimination aux cas précisés par l'article 225-1 du même code, commise à l'égard d'une personne physique ou morale et consistant à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque, est rédigé en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure tout risque d'arbitraire et laisse au juge, dont c'est l'office, le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive ».

La Cour de cassation entend ainsi rappeler que la définition des actes discriminatoires, pour large et fuyante qu'elle puisse paraître lorsqu'elle recouvre des agissements plus perniciox que les refus incriminés au paragraphe 1 de l'article 225-2 du Code pénal, est aussi l'affaire de la jurisprudence... des juridictions de l'ordre judiciaire.

D – Discrimination en raison de l'âge et emploi

Cass. crim., 12 mai 2015, n° 12-83.753, inédit

La Cour de cassation précise dans cet arrêt que, même avérée, la discrimination ne peut être sanctionnée sur le plan civil sur la base d'éléments établissant le délit à l'égard d'un individu définitivement relaxé sur le plan pénal. Longtemps associées pour le meilleur et pour le pire, les règles relatives à la responsabilité civile et pénale ont progressivement acquis une réelle autonomie en cas d'action conjointement menée sur les deux fronts par la victime d'une infraction. Cette séparation s'est tout récemment traduite par l'interdiction désormais faite aux juges du second degré, au nom du respect du principe de la présomption d'innocence, de rechercher si les faits qui leur sont déferés constituent une infraction pénale en cas d'appel d'un jugement de relaxe interjeté par la seule partie civile (Cass. crim., 5 févr. 2014, n° 12-80.154 ; *Bull. crim.* n° 35). L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 12 mai 2015 en offre une illustration intéressante sur le terrain de la lutte contre les discriminations.

Dans cette affaire, un salarié de la société France Télécom avait saisi le tribunal correctionnel par voie de citation directe pour obtenir la condamnation, du chef de discrimination, de son manager ainsi que de la société qui l'employait pour avoir refusé de lui accorder, en raison de son âge (56 ans au moment des faits), le bénéfice de formations ou compléments de formation professionnelle. La juridiction de première instance avait relaxé les prévenus et débouté de ses demandes la partie civile, qui, seule, avait interjeté appel de cette décision. Les juges du second degré ayant au contraire estimé que les faits cités étaient constitutifs du délit de discrimination en raison de l'âge, le jugement a été infirmé en ses dispositions civiles et les intimés ont été déclarés entièrement responsables du préjudice subi par la victime, en faveur de laquelle ils ont été condamnés à verser des dommages-intérêts.

Les responsables du salarié ont alors fait valoir, dans leur pourvoi en cassation, que la cour d'appel n'avait été saisie que des intérêts civils, de sorte qu'en l'absence de tout appel sur l'action publique, elle pouvait certes rechercher si les faits déferés

constituaient une infraction pénale et se prononcer en conséquence sur les demandes de réparation de la partie civile, mais en aucun cas statuer, dans le dispositif de sa décision, sur l'existence de l'infraction. Bien qu'il ne traduise qu'imparfaitement la position plus tranchante adoptée, depuis, par la Cour de cassation, l'argument soutenu par les demandeurs au pourvoi ne pouvait qu'être accueilli, nonobstant le rejet du pourvoi *in fine*.

En affirmant le 5 février 2014 que « le dommage dont la partie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, peut obtenir réparation de la part de la personne relaxée résulte de la faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite », la Cour de cassation a sérieusement infléchi sa propre jurisprudence qui imposait jusque-là aux juges du second degré, saisis du seul appel de la partie civile, de rechercher si les faits poursuivis étaient constitutifs d'une infraction pénale engageant la responsabilité de son auteur pour pouvoir accorder réparation (v. not. Cass. crim., 18 mai 2011, n° 10-87.622 et 10-88.512, inédit). Ce revirement est à mettre directement en relation avec la condamnation prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Lagardère c. France*, à l'occasion de laquelle elle avait jugé que les juridictions pénales appelées à juger l'action civile ne pouvaient se prononcer pour la toute première fois sur la culpabilité pénale d'un prévenu décédé sans méconnaître le principe de la présomption d'innocence garanti par l'article 6, § 2, de la Convention (CEDH, 5^e sect., 12 avr. 2012, *Lagardère c. France*, req. n° 18851/07, spéc. § 55).

La Chambre criminelle en a pris acte et impose désormais aux juges du fond de statuer sur le dommage dont la partie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, demande réparation en se basant uniquement sur une faute civile. Tel était le cas en l'espèce, malgré les motifs erronés par lesquels la cour d'appel avait reconnu l'existence du délit de discrimination, dès lors qu'elle avait « sans insuffisance ni contradiction, caractérisé, à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite, la faute commise par les responsables ayant entraîné pour la victime un préjudice direct et personnel ouvrant droit à réparation, pour un montant que les juges ont souverainement évalué, dans les limites des conclusions dont ils étaient saisis ».

4°/ - Droit administratif (T.D.)

A – Limite d'âge pour les pilotes

CE, 22 mai 2015, *M. A. c. Scté Air France*, Req. n° 371623

Le caractère justifié ou non des limites d'âge pour l'exercice de certaines professions fait l'objet d'appréciations juridictionnelles dont la logique n'est pas toujours aisée à identifier. En tout cas, à s'en tenir à l'arrêt du 22 mai 2015, il semble que le contrôle aérien requiert des conditions physiques manifestement plus exigeantes que le pilotage d'avion.

Le recours exercé contre une décision de licenciement mettait en cause la limite d'âge portée à 60 ans pour le personnel navigant (article L. 421-9 du code de l'aviation civile)¹². Pour être tout à fait précis, c'est l'article tel qu'il était applicable à la date de la décision attaquée qui était en cause. En effet, les faits étaient intervenus avant le 1^{er} janvier 2010, date à laquelle a pris effet la modification de l'article L. 421-9 issue d'une loi du 17 décembre 2008 : cette réforme a aménagé la possibilité pour un pilote de

poursuivre son activité, éventuellement jusqu'à soixante-cinq, s'il « **remplit les conditions nécessaires à la poursuite de son activité de navigant** ».

Dans sa rédaction antérieure applicable au cas d'espèce, le code ne prévoyait pas cette possibilité et introduisait donc une limite d'âge inférieure au droit commun : 60 ans. Cela caractérisait donc une différence de traitement selon l'âge affectant les conditions d'emploi et de travail au sens de la directive 2000/78 CE. Une telle mesure peut cependant être justifiée si elle est nécessaire notamment à la sécurité publique (§5 de l'article 2 de la directive) ou bien si elle est objectivement et raisonnablement justifiée par des objectifs légitimes de politique sociale ou de l'emploi et constitue un moyen approprié et nécessaire pour atteindre ces objectifs (§1 de l'article 6 de la directive). Le juge a omis en l'espèce d'évoquer l'article 4 (§1), sur les exigences professionnelles essentielles, estimant sans doute que ces exigences coïncidaient ici avec les considérations relatives à la sécurité.

Or, aucun de ces motifs ne constitue ici une justification acceptable pour le Conseil d'Etat. D'abord, il n'est pas convaincu que la sécurité publique soit mise en cause par des pilotes âgés de plus de soixante ans. Il fonde son appréciation notamment sur les recommandations de l'Organisation de l'aviation civile qui n'excluent pas par principe la possibilité pour des pilotes de soixante ans d'exercer leurs fonctions. Ensuite, le Conseil d'Etat récuse le second motif tiré de la mise en œuvre d'un objectif de politique de l'emploi tenant au recrutement de jeunes pilotes à l'issue de leur formation, la société Air France n'ayant pas communiqué de faits précis démontrant l'impact de la limite d'âge à cet égard. On peut considérer aussi que la modification de la loi, si elle ne constitue pas la référence légale pertinente dans le cas d'espèce, constitue un élément ayant convaincu le juge que la limite d'âge n'était pas nécessaire pour garantir la sécurité aérienne. Pour finir, en considérant que la limite d'âge imposée aux pilotes est discriminatoire, le Conseil d'Etat s'aligne sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE qui, confrontée à la même question, avait jugée disproportionnée et donc discriminatoire une convention collective allemande fixant à 60 ans l'âge limite pour les pilotes de ligne (CJUE, Gr. Ch., 13 septembre 2011, Deutsche Lufthansa AG, aff. C-447/09). Plus encore, la décision de la Haute juridiction administrative assure ainsi la cohérence des jurisprudences administratives et judiciaires sur le sujet puisque la Cour de cassation s'était déjà prononcée dans le même sens trois ans plus tôt (Cass. Soc., 3 juillet 2012, *Scté Brit Air c. X*, n° 11-13795).

Le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de se prononcer sur les limites d'âge dans le domaine aérien, mais il s'agissait alors des contrôleurs aériens (CE, 4 avril 2014, 362785, 362787, 362806, 362811, 362813, 362815, 362817, 362819, 362821). A cette occasion, le juge avait en effet dû examiner la conformité de la limite d'âge prévue par la législation française pour les contrôleurs aériens, qui est actuellement fixée à 57 ans à la directive européenne 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Le Conseil d'Etat avait estimé qu'en raison des facultés toutes particulières d'attention, de concentration et de vigilance attendues des contrôleurs aériens, cette limite d'âge était justifiée par un objectif de protection de la sécurité publique et que son niveau était proportionné au but poursuivi¹³.

Dans les deux affaires, les juges constatent qu'avec l'âge les aptitudes physiques des pilotes et des contrôleurs aériens sont susceptibles de décliner, mais ils admettent que certains individus demeurent parfaitement capables d'assurer leur mission sans

remettre en cause la sécurité publique. C'est donc la proportionnalité de l'interdiction qui est en cause au regard de l'objectif de sécurité aérienne : faut-il faire prévaloir une interdiction de principe d'exercer les professions en cause au-delà d'un certain âge ou bien une autorisation au cas par cas est-elle envisageable sans compromettre la sécurité des passagers ? La réponse à cette alternative repose essentiellement sur les caractéristiques de l'examen médical dont font l'objet les pilotes ou les contrôleurs aériens. S'agissant de ces derniers, les juges avaient relevé que les examens médicaux auxquels ils sont soumis annuellement n'étaient pas destinés ni adaptés à l'évaluation des aptitudes physiques associés à leur fonction. A l'inverse, l'arrêt de la CJUE *Deutsche Lufthansa AG* mentionné dans les visas avait pour sa part insisté sur l'existence en Allemagne de « mesures qui tendent à éviter les accidents aéronautiques par le contrôle de l'aptitude et des capacités physiques des pilotes » (§58). De manière étonnante, le juge n'évoque pas cette question dans l'arrêt commenté : de ce point de vue, le laconisme du juge administratif à l'égard des raisons qui l'amènent à considérer que la limite d'âge à 60 ans imposée aux pilotes n'est pas nécessaire pour assurer la sécurité aérienne, s'inspire davantage de la Cour de cassation que de la CJUE. S'il y a convergence des jurisprudences administratives et judiciaires à l'égard des pilotes de ligne, la cohérence de la jurisprudence administrative sur les limites d'âge pour les pilotes et les contrôleurs aériens ne manque donc pas de susciter quelques réserves.

B – Contrôles d'identité discriminatoires

CE, 29 juin 2015, *GISTI et autres*, Req. n° 391192

La Haute juridiction administrative n'a pas retenu le caractère discriminatoire des contrôles d'identité et de titres de séjour réalisés massivement à la frontière italienne depuis le 11 juin dernier. Des associations de défense des droits des étrangers et quatre migrants ont saisi le Conseil d'État dans le cadre d'une procédure de référé-liberté (521-2 du CJA), demandant au juge d'enjoindre au ministre de l'intérieur de mettre fin aux contrôles qui se multipliaient depuis plusieurs semaines dans le département des Alpes Maritimes, tant à la frontière qu'à l'intérieur du territoire, dans les villes et dans les trains en provenance d'Italie. Les requérants faisaient en effet valoir que l'ampleur des contrôles suggérait l'existence d'une décision ministérielle et équivalait à un rétablissement du contrôle systématique aux frontières, contraire au règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen (CFS)). Ce dernier prohibe les contrôles aux frontières (art. 20). Toutefois, le CFS ménage le droit pour les autorités nationales de police d'exercer leurs compétences, y compris dans les zones frontalières intérieures, à condition que ces contrôles n'aient pas un effet équivalent aux vérifications frontalières (art. 21)¹⁴.

En l'occurrence, le juge a considéré que les contrôles contestés n'excédaient « manifestement » pas le cadre légal, que ce soit « par leur ampleur, leur fréquence ou leurs modalités de mise en œuvre ». Il a pris la peine d'ajouter que si les requérants estimaient néanmoins que certains contrôles avaient été effectués dans des conditions irrégulières, il leur appartenait de saisir la juridiction compétente. Cette précision prend un relief tout particulier suite à la reconnaissance par la Cour d'appel de Paris quelques jours plus tôt de la responsabilité de l'Etat en raison de contrôles d'identité discriminatoires (Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015).

Dans les conclusions déposées par les associations requérantes, les caractères discriminatoires et systématiques étaient intrinsèquement liés : de nombreux témoignages concordants rapportaient l'existence de contrôles massifs visant exclusivement les personnes d'« apparence étrangère ». Cependant, la représentante du ministère de l'Intérieur contestait autant la fréquence des contrôles que leur caractère discriminatoire. S'efforçant de se conformer aux exigences de la Cour de cassation¹⁵ et du Conseil constitutionnel¹⁶, elle mettait en avant la mise en oeuvre de contrôles « non ciblés », fondés sur des « signes objectifs d'extranéité » tels que la fuite face aux agents de police, ou les panneaux de manifestation... sans vraiment convaincre sur l'absence de contrôles au faciès. Toutefois le Conseil d'Etat a décidé de faire prévaloir les vues du ministère tout en admettant la possibilité de dérives discriminatoires, mais qui ne relevaient plus dès lors de sa compétence...

C – Concours et discrimination en raison de l'origine

CE, 30 septembre, *Mme A.*, Req. n° 373737

Cet arrêt rendu à l'occasion d'un litige individuel ne marque pas d'évolution jurisprudentielle significative. Il présente toutefois l'intérêt d'illustrer une fois encore la difficulté pour les requérants d'apporter la preuve d'une discrimination, en l'occurrence en matière d'accès à l'emploi public. Plus encore, cet arrêt témoigne de la retenue du juge à exercer certaines prérogatives susceptibles de contribuer à la révélation d'une discrimination.

Durant plus d'un an la requérante a exercé en qualité d'agent non titulaire, la fonction de gestionnaire au sein du service « marché public » de la Région des Pays de la Loire. Elle est admise au concours qui lui ouvre l'accès à une candidature sur ce même poste en février 2009. Mais sa candidature n'est finalement pas retenue. Lorsqu'elle sollicite les raisons du rejet de sa candidature, le président du Conseil régional lui répond que " le recrutement s'est orienté vers une candidature dont le profil [lui] sembl[ait] plus proche des exigences du poste à pourvoir ". S'estimant victime d'une discrimination, elle saisit le tribunal administratif afin d'obtenir l'annulation de la nomination de l'autre candidate et une réparation des préjudices matériels et moral qu'elle a subis. Etant donné le montant de l'indemnité sollicitée par la requérante, le jugement du TA est intervenu en premier et dernier ressort. Par conséquent le recours contre le jugement est porté en cassation devant le Conseil d'Etat.

La preuve par la requérante de la discrimination dont elle aurait fait l'objet se heurte à l'impossibilité d'objectiver les raisons qui ont motivé le choix de la commission de recrutement. Les commissions de recrutement des agents publics territoriaux ne sont en effet pas soumises à l'obligation de motiver leurs décisions¹⁷. C'est pourquoi les pouvoirs d'instruction du juge pourraient compenser la position de faiblesse dans laquelle se trouve la requérante par rapport à l'Administration. Mais, dans l'affaire présente, d'une part le juge du tribunal administratif a tenu pour négligeable un élément de fait soulevé par la requérante (une question inappropriée qui lui aurait été posée) et, d'autre part, n'a pas enjoint à l'administration de se justifier davantage que ne l'avait fait le président du Conseil régional qui s'était contenté de la réponse lapidaire évoquée plus haut.

Enfin, malgré les différences objectives existant entre les expériences professionnelles respectives de chacune des candidates, le juge du tribunal les estime équivalentes. La

requérante justifiait pour sa part d'une expérience de seize mois, en qualité d'agent non titulaire, sur le poste au concours alors que l'autre candidate finalement retenue ne pouvait se prévaloir que d'une expérience de cinq mois au sein du service des marchés publics du conseil régional ainsi que de dix-huit mois au sein de l'association du personnel de la région des pays de la Loire (APRPL). Cette équivalence n'a rien d'évident mais le Conseil d'Etat, intervenant en cassation, s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond, en précisant que le juge n'a pas dénaturé les faits. Après avoir établi l'équivalence des profils professionnels des deux candidates, le juge de première instance en a déduit que la commission de recrutement avait dès lors pu se prononcer « au regard de la seule personnalité des candidates ». Cette conclusion laisse songeur lorsqu'on relit les raisons données du président du conseil régional : « le recrutement s'est orienté vers une candidature dont le profil [lui] sembl[ait] plus proche des exigences du poste à pourvoir ».

5°/- Droit européen

A – Cour de justice de l'Union européenne (M.R.)

1 – Discrimination fondée sur le sexe

CJUE, 4^e Ch., 16 juillet 2015, *Maïstrellis*, aff. C-222/14

Un fonctionnaire peut-il être privé du droit à un congé parental dans la situation où son épouse ne travaille pas ou n'exerce aucune profession ? Exception faite du cas où, en raison d'une maladie grave ou d'un handicap, celle-ci ne soit jugée comme étant dans l'incapacité de faire face aux besoins liés à l'éducation d'un enfant. Confronté à la situation d'un magistrat ayant vu sa demande visant à l'octroi d'un congé parental rémunéré de neuf mois rejetée, le Conseil d'Etat grec a interrogé la Cour de justice sur la conformité de cette réglementation grecque notamment à la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (JO L 204, p. 23).

Après avoir rappelé que la situation d'un travailleur masculin ayant la qualité de parent et celle d'un travailleur féminin ayant également cette qualité sont comparables en ce qui concerne l'éducation des enfants, la Cour remarque l'absence, pour une mère fonctionnaire, d'une telle privation tenant à la situation professionnelle de son époux. Ainsi qu'elle le précise, cette disposition est de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire par rapport à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale. Ne visant pas à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, la réglementation nationale est écartée par la Cour de justice comme constituant une discrimination directe fondée sur le sexe.

2 - Discrimination en fonction de l'âge

CJUE, 7^e Ch., 1^{er} octobre 2015, *O. contre Bio Philippe Auguste SARL*, aff. C-432/14

En France, un étudiant zélé, embauché quatre jours sur la base d'un contrat de travail à durée déterminée peu avant Noël 2010, a saisi le conseil de prud'hommes de Paris pour obtenir entre autres une indemnité de fin de contrat, celle-ci lui ayant été déniée par

application de l'article L1243-10 2° du Code du travail, suivant lequel « [l']indemnité de fin de contrat n'est pas due [...] [l]orsque le contrat est conclu avec un jeune pour une période comprise dans ses vacances scolaires ou universitaires ». Le conseil de prud'hommes a interrogé la Cour sur la compatibilité de cet article avec le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge.

La Cour renvoie d'abord à la juridiction nationale l'appréciation circonstanciée de la qualité de « travailleur » de l'intéressé au sens du droit de l'Union, en fonction de tous les éléments pertinents – mentionnant comme tels notamment ceux relatifs à la durée du travail et au niveau de la rémunération, à d'éventuels droits à des congés payés, au maintien du salaire en cas de maladie, à la soumission du contrat de travail à la convention collective applicable, au versement de cotisations et, le cas échéant, à la nature de ces dernières. La Cour compare ensuite la situation d'un étudiant, employé sur la base d'un contrat de travail à durée déterminée pendant ses vacances universitaires, à la situation de travailleurs éligibles à l'indemnité de fin de contrat. La Cour relève que ladite indemnité vise à compenser la précarité de la situation du salarié lorsque les relations contractuelles ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée. À l'inverse, le contrat conclu par l'élève ou l'étudiant employé pendant ses vacances scolaires ou universitaires est de nature temporaire et accessoire, l'intéressé ayant vocation à reprendre ses études. À l'instar d'autres catégories de travailleurs ne bénéficiant pas de cette indemnité de fin de contrat, les situations ne sont pas objectivement comparables, la différence de traitement ne saurait dès lors constituer une discrimination en fonction de l'âge.

CJUE, 2^e Ch., 9 septembre 2015, *Unland*, aff. C-20/13

Saisie d'une réglementation allemande relative à la rémunération en fonction de l'âge des juges, la Cour a considéré comme étant applicable la directive 2000/78 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 (JO L 303, p. 16). La Cour répond tour à tour sur les dispositions relatives au traitement de base, au reclassement et aux modalités d'avancement des juges.

Quant au traitement de base, il est fixé, lors du recrutement des juges, exclusivement en fonction de la tranche d'âge à laquelle ceux-ci appartiennent. Dès lors, la discrimination en fonction de l'âge est caractérisée, conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour (CJUE, 2^e Ch., 19 juin 2014, *Specht et autres*, aff. C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12).

En ce qui concerne les mesures de reclassement, fondées sur la rémunération perçue antérieurement par les fonctionnaires déjà titularisés, elles perpétuent une situation discriminatoire au terme de laquelle des juges perçoivent une rémunération moindre que celle perçue par d'autres juges alors qu'ils se trouvent dans des situations comparables, cela uniquement en raison de l'âge qu'ils avaient lors de leur recrutement. Néanmoins, la différence de traitement est susceptible d'être justifiée par l'objectif de protection des droits acquis, raison impérieuse d'intérêt général.

Enfin, s'abritant derrière la large marge d'appréciation reconnue aux États membres dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé en matière de politique sociale et de l'emploi, mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser, la Cour considère comme justifiées les modalités d'avancement au sein d'un nouveau système de rémunération de juges déjà titularisés. Celles-ci prévoient que, à partir d'un certain échelon, les juges qui avaient atteint un

certain âge à la date de référence fixée pour le passage au nouveau système, bénéficient d'un rythme de progression de la rémunération plus rapide que celui prévu pour les juges qui étaient plus jeunes à la date de référence fixée pour le passage au nouveau système. La Cour accueille la justification du gouvernement allemand, pour qui favoriser ainsi les juges qui ont entre 31 ans et 39 ans doit être perçu comme une gratification du fait que l'expérience professionnelle croît de manière particulièrement importante au cours des premières années d'activité, ainsi qu'un moyen de répondre aux besoins des juges à une période de leur vie où ils doivent habituellement faire face à des dépenses plus élevées.

Si la discrimination en fonction de l'âge est établie, la sanction reste relative. La Cour ajoute que le droit de l'Union n'impose pas d'octroyer de façon rétroactive aux juges discriminés un montant correspondant à la différence entre la rémunération effectivement perçue et celle correspondant à l'échelon le plus élevé de leur grade. Le cas échéant la juridiction de renvoi pourra engager la responsabilité de l'Etat, si les conditions en sont réunies. Par ailleurs, les recours exercés par les juges discriminés pour faire valoir leur droit à des prestations pécuniaires peuvent être enfermés dans l'exercice budgétaire en cours, sous réserve que cette règle respecte les principes d'effectivité et d'équivalence, à savoir qu'elle ne rend pas excessivement difficile l'exercice de ces recours, qui ne doivent pas être moins favorables que les recours similaires de nature interne.

3 - Discrimination à raison de la nationalité

CJUE, 7^e Ch., 10 septembre 2015, *Commission c/ Lettonie*, aff. C-151/14

À la suite d'une série d'arrêts similaires rendus par la Cour le 24 mai 2011 – *Commission c. Belgique* (aff. C-47/08); *Commission c. France* (aff. C-50/08); *Commission c. Luxembourg* (aff. C-51/08); *Commission c. Autriche* (aff. C-53/08); *Commission c. Allemagne* (aff. C-54/08), et *Commission c. Grèce* (aff. C-61/08) – la Cour caractérise le manquement de la Lettonie à la liberté d'établissement consacrée à l'article 49 TFUE, pour avoir imposé une condition de nationalité pour l'accès à la profession de notaire.

4 - Discrimination fondée sur l'origine ethnique

CJUE, Grde Ch., 16 juillet 2015, *CHEZ*, aff. C-83/14

En Bulgarie, les compteurs électriques de l'ensemble des abonnés d'un quartier ont été placés sur les piliers en béton faisant partie du réseau de la ligne électrique aérienne, à une hauteur de six à sept mètres, alors que dans les autres quartiers, les compteurs installés étaient placés à une hauteur de 1,70 mètre. Il s'avère que ce quartier est habité essentiellement par des personnes d'origine rom. Ne pouvant consulter son compteur aux fins de contrôler sa consommation et de s'assurer de l'exactitude des factures qui lui étaient adressées, l'une des habitantes a saisi l'organe étatique de prévention des discriminations, qui a établi l'existence d'une discrimination fondée sur la « situation personnelle » de la requérante. Principalement en raison d'hésitations quant aux notions de « discrimination directe » et de « discrimination indirecte », la juridiction saisie sur recours s'est tournée vers la Cour de justice.

Se fondant sur la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180, p. 22) et sur l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux, la grande chambre de la Cour de justice a fait application de la notion

de « discrimination fondée sur l'origine ethnique », quand bien même la mesure collective touche les personnes d'origine rom et celles qui, sans posséder ladite origine, subissent, conjointement avec les premières, le traitement moins favorable ou le désavantage particulier résultant de cette mesure. Afin d'assurer la prohibition la plus large possible de toute discrimination, directe ou indirecte, la Cour précise que le traitement moins favorable ou le désavantage particulier ne doit pas nécessairement consister en une atteinte à des droits ou à des intérêts légitimes.

La Cour renvoie au juge national l'appréciation des circonstances entourant la pratique litigieuse, afin de déterminer s'il existe suffisamment d'indices pour que les faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur l'origine ethnique soient considérés comme établis. Parmi ces éléments figurent la circonstance que la pratique litigieuse n'a été instaurée que dans des quartiers urbains qui sont notoirement peuplés majoritairement de ressortissants bulgares d'origine rom, ou les affirmations et preuves de la compagnie d'électricité suivant lesquelles les dégradations et les branchements illicites sont principalement le fait de tels ressortissants d'origine rom. Ces affirmations sont en effet de nature à suggérer que la pratique litigieuse repose sur des stéréotypes ou des préjugés d'ordre ethnique. Si la juridiction conclut à l'existence d'une présomption de discrimination, il incombera à la société ayant posé les compteurs de prouver que l'instauration de la pratique litigieuse et son maintien actuel ne sont aucunement fondés sur la circonstance que les quartiers concernés sont des quartiers habités essentiellement par des ressortissants bulgares d'origine rom, mais exclusivement sur des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique.

Si la discrimination directe n'est pas caractérisée, la Cour ajoute que la pratique en question peut être constitutive d'une discrimination indirecte, pratique apparemment neutre entraînant un désavantage particulier pour des personnes d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes. Aucun degré particulier de gravité n'est requis quant à ce désavantage particulier. Cette mesure peut alors être objectivement justifiée par la volonté d'assurer la sécurité du réseau de transport d'électricité et un suivi approprié de la consommation d'électricité. Toutefois, s'il s'agit d'objectifs légitimes reconnus par le droit de l'Union, la Cour rappelle qu'il appartient à la société d'établir objectivement, d'une part, l'existence et l'ampleur effectives desdits comportements illicites et, d'autre part, pour quelles raisons précises il existerait, en l'état actuel des choses, dans le quartier concerné, un risque majeur que de tels dégradations et branchements illicites sur les compteurs se perpétuent – lesdits comportements illicites s'étant écoulés en l'espèce quelque 25 années auparavant. La société en l'occurrence s'était contentée d'alléguer que de tels comportements et risques sont « notoires ». Par ailleurs, la Cour rappelle que même justifiée, ladite mesure ne doit pas dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs légitimes et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts ainsi visés. Tel n'est pas le cas s'il existe d'autres moyens appropriés et moins contraignants permettant d'atteindre lesdits objectifs ou si ladite mesure porte une atteinte démesurée à l'intérêt légitime des utilisateurs d'électricité d'avoir accès à la fourniture d'électricité dans des conditions qui ne revêtent pas un caractère offensant ou stigmatisant et qui leur permettent de contrôler régulièrement leur consommation d'électricité.

5 - Egalité de traitement et migrants

CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, aff. C-67/14

Cet arrêt se situe dans la lignée de l'arrêt *Dano* (CJUE, Grde Ch., 11 novembre 2014, aff. C-333/13) et concerne cette fois des ressortissants suédois en Allemagne. La Cour énonce que, pour ce qui concerne l'accès à des prestations d'assistance sociale, en l'espèce des allocations de subsistance pour les chômeurs de longue durée qualifiées de « prestations spéciales en espèces à caractère non contributif », un citoyen de l'Union ne peut réclamer une égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil. La Cour justifie sa décision par l'objectif de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JO L 158, p. 77), qui vise à éviter que les citoyens de l'Union ressortissants d'autres États membres deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil. Dès lors que le citoyen de l'Union perd le statut de travailleur, qui peut être conservé pendant une certaine période après la fin d'un emploi, le bénéfice de ces prestations peut lui être refusé.

CJUE, 2^e Ch., 4 juin 2015, *P et S*, aff. C-579/13

En ce qui concerne les ressortissants de pays tiers ayant acquis le statut de résidents de longue durée dans un État membre, la Cour s'est penchée sur une disposition néerlandaise contenant l'obligation de réussir un examen d'intégration civique, afin de démontrer l'acquisition d'aptitudes orales et écrites en langue néerlandaise ainsi qu'une connaissance suffisante de la société néerlandaise, sous peine de se voir infliger une amende de 1 000 euros en cas d'échec – le montant des frais d'inscription à la charge des ressortissants de pays tiers s'élevant déjà quant à lui à la somme de 230 euros.

La Cour de justice passe rapidement sur la question d'égalité de traitement, l'obligation d'intégration civique en cause n'étant pas imposée aux ressortissants nationaux. Elle considère que la situation des ressortissants de pays tiers n'est pas comparable à celle des ressortissants nationaux en ce qui concerne l'utilité des mesures d'intégration telles que l'acquisition d'une connaissance tant de la langue que de la société du pays, celle-ci pouvant être présumée pour les ressortissants nationaux.

B – Cour européenne des droits de l'homme (T.D.)

1 – Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

Cour EDH, 4^e Sect., 12 mai 2015, *Identoba et autres c. Géorgie* (Déf), Req. n° 73235/12

À l'initiative d'une ONG de défense des droits des personnes LGBT, une manifestation fut organisée en mai 2012 pour marquer la journée internationale contre l'homophobie et la transphobie, à laquelle participèrent les quatorze requérants individuels. Les manifestants furent menacés, insultés, puis attaqués par des contre-manifestants membres de deux groupes religieux. Estimant que les policiers étaient demeurés relativement passifs face à ces violences, les requérants déposèrent des plaintes pénales à l'encontre des policiers et des contre-manifestants. Seuls deux contre-manifestants furent condamnés à de faibles amendes. Les quatorze requérants individuels se plaignaient devant la Cour européenne d'une violation de l'article 3 de la Convention (traitements inhumains et dégradants) combiné avec l'article 14 : était en cause une

discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. Ils invoquaient par ailleurs, conjointement avec l'ONG, une violation de l'article 11 (liberté de réunion) combiné avec l'article 14.

La Cour juge tout d'abord que les agissements des contre-manifestants revêtaient une connotation homophobe et transphobe. Les juges européens avaient déjà eu l'occasion de préciser que l'orientation sexuelle est couverte par l'expression « toute autre situation » de l'article 14 (par exemple : Cour EDH, 26 février 2002, Fretté, Req. n° 36515/97), mais ici elle mentionne également « l'identité de genre » (« gender identity »)¹⁸. La Cour poursuit en relevant que les requérants ont dû éprouver des sentiments de peur et d'insécurité suffisamment intenses pour que l'article 3 combiné avec l'article 14 de la Convention trouve à s'appliquer. Au regard des rapports qui pointent le climat homophobe qui sévit en Géorgie, la Cour estime ensuite que les autorités auraient dû prévoir que l'événement comportait des risques. Elles avaient donc l'obligation de fournir une protection renforcée, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. La Cour juge par ailleurs que l'enquête menée n'a pas été suffisamment sérieuse et approfondie et que les faibles sanctions prononcées à l'encontre des manifestants ne sont pas suffisantes pour satisfaire à l'obligation procédurale de l'article 3. Elle en conclut qu'il y a eu violation de l'article 3 combiné avec l'article 14.

S'agissant de l'article 11 combiné à l'article 14, la Cour relève tout d'abord que l'interruption de la manifestation pacifiste a porté atteinte à la liberté de réunion des requérants. Ayant été prévenues à l'avance, les autorités avaient l'obligation de recourir à tous les moyens possibles pour veiller à ce que la manifestation pût se dérouler pacifiquement. La Cour considère que tel n'a pas été le cas en l'espèce, eu égard en particulier au faible nombre de policiers mobilisés pour l'occasion. Elle en déduit une violation de l'article 11 de la Convention combinée là aussi à l'article 14.

Cour EDH, 4^e Sect., 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie* (Déf), Req. n° 18766/11 et n° 36030/11

La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie en 2011 par trois couples homosexuels résidant en Italie. Ils se plaignaient du fait que la loi italienne leur interdise de se marier et ne prévoit aucune forme d'union civile pour les couples de personnes de même sexe.

La Cour a déjà eu l'occasion dans le passé de relever que la relation qu'entretient un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable relève de la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 (Cour EDH, 1^{ère} Sect., 24 juin 2010, *Shalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30141/04, §94). Elle a également reconnu que « les couples homosexuels se trouvent dans une situation comparable à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation » (*Shalk et Kopf*, §99). Or, la Cour estime que le droit italien, malgré quelques timides évolutions en faveur des couples homosexuels, ne répond pas aux besoins fondamentaux des couples homosexuels.

La Cour relève ensuite une série d'éléments laissant entrevoir une évolution du contexte social en faveur d'une reconnaissance juridique pleine et entière des couples de même sexe. D'abord, et cela marque une évolution importante dans l'argumentation de la Cour par rapport à sa décision *Shalk et Kopf*, il existe désormais au sein des États membres du Conseil de l'Europe une tendance à la reconnaissance juridique des couples homosexuels, puisque 24 des 47 États membres ont adopté une législation permettant cette reconnaissance (contre 19 en 2010). Ensuite, la Cour constitutionnelle italienne

elle-même s'est prononcée en ce sens, et la majorité de la population italienne est favorable, d'après des études récentes, à la reconnaissance juridique des couples homosexuels. Enfin, la Cour européenne souligne que le gouvernement italien n'invoque même pas de son côté un intérêt général à mettre en balance avec l'intérêt des requérants à obtenir la consécration juridique de leur relation.

La Cour en conclut donc que l'Italie n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe de veiller à ce que les requérants disposent d'un cadre juridique spécifique apte à reconnaître et protéger leur union. Il y a donc eu violation de l'article 8. Elle ajoute qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question d'une violation de l'article 8 combiné à l'article 14. Selon une jurisprudence bien établie, lorsque la Cour conclut à la violation d'un droit reconnu par la Convention, il n'est pas rare qu'elle renonce à se prononcer sur la discrimination alléguée lorsque l'examen de celle-ci la conduirait à statuer sur un grief pour l'essentiel identique (Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. RU*, Req. n° 7525/76).

Confirmant la position adoptée dans sa décision *Shalk et Kopf*, la Cour considère en revanche que le droit au mariage reconnu par l'article 12 de la Convention n'impose pas aux Etats de reconnaître aux couples homosexuels un accès au mariage.

Cet arrêt a été salué par certains journalistes : « Par un arrêt historique, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a recommandé, mardi 21 juillet, à tous les pays européens de prévoir au moins une forme d'union civile pour les homosexuels »¹⁹. Sans doute la Cour consacre une évolution notable par rapport à la jurisprudence antérieure puisqu'elle formule une obligation positive à l'égard de l'Etat de reconnaître juridiquement les couples de même sexe (§164). Toutefois, en insistant sur le contexte juridique et social italien, tout en soulignant la ligne de défense peu fournie du gouvernement, la Cour laisse apercevoir en négatif ce qui pourrait alimenter à l'avenir la marge d'appréciation des Etats se refusant à consacrer la reconnaissance juridique des couples de même sexe.

2 – Discrimination en raison de l'état de santé

CourEDH, 1^{ère} Sect., 9 juillet 2015, *Martzaklis et autres c. Grèce* (D2f), Req n° 20378/13

Les requérants, séropositifs avec un taux d'invalidité minimum de 67 %, ont été ou sont encore détenus dans un hôpital (section psychiatrique) de la prison de Korydallos en Grèce. Devant la Cour européenne des droits de l'homme ils dénonçaient leurs conditions de vie déplorables, leur « ghettoïsation » dans une aile spécifique de l'hôpital, ainsi que l'omission des autorités d'examiner si ces conditions de détention étaient compatibles avec leur état de santé. Ils alléguaient par conséquent une violation de l'article 3, pris isolément ou combiné avec l'article 14 de la Convention, et une violation de l'article 13.

Le Gouvernement justifiait le placement des détenus séropositifs dans l'hôpital psychiatrique de la prison par des raisons sanitaires : il s'agissait selon lui de mieux les traiter et les protéger. La Cour admet donc que la différence de traitement à l'égard des détenus séropositifs poursuivait un « but légitime » : leur offrir des conditions de détention plus favorables par rapport aux détenus ordinaires. Toutefois, elle précise qu'une « différence de traitement manque de justification objective et raisonnable si, de surcroît, il n'existe pas un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé » (§71). En l'occurrence, si un détenu séropositif devait

être séparé des autres détenus, il aurait dû être placé dans un endroit en adéquation avec ses besoins médicaux et son bien-être.

Or, la Cour relève que les conditions de détention désastreuses dans cet hôpital pénitentiaire sont de notoriété publique. D'autre part, la prise en charge médicale n'est absolument pas adaptée et les carences dans la mise en œuvre des soins sont légions. Elle en déduit que les requérants ont été - et sont peut-être encore pour certains d'entre eux - exposés à une souffrance physique et mentale « allant au-delà de celle inhérente à la détention » (§75). Elle conclut alors qu'ils ont subi un traitement inhumain et dégradant et que la ségrégation dont ils ont fait l'objet manque de justification objective et raisonnable car « elle n'était pas nécessaire compte tenu des circonstances ». Il y a donc bien eu violation de l'article 3 pris isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

2. D. Lochak, « La race : une catégorie juridique ? » in : Mots, n° 33, décembre 1992, « Sans distinction de ... race », sous la direction de Simone Bonnafous, Bernard Herszberg et Jean-Jacques Israel, pp. 291-303.
3. Cf. D. Schnapper, Statistiques ethniques, Commentaire 1/2007 (Numéro 117), p. 119.
4. L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, 8^e ed., LexisNexis, 2013, n° 542.
5. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, article 258.
6. Le lieu de résidence a été inscrit dans la liste des critères discriminatoires par l'article 15 de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine
7. Cf sur la dispense de port du turban des sikhs : *Employment Act*, 1989, chap. 38, art. 11
8. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations
9. Cf sur l'individualisation des sanctions disciplinaires Soc. 15 mai 1991, Bull. civ. V, n° 236
10. Voir notamment sur ces questions Soc. 26 nov. 2013 n° 12-21.758 12-22.200 Bull. civ. V, n° 283
11. en ce sens, v. Philippe Conte, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4^e éd., 2013, n° 447
12. Plus précisément, le requérant était délégué syndical et avait exercé un recours devant le tribunal administratif contre la décision du ministre du travail autorisant son licenciement. Ayant atteint l'âge de soixante ans, il n'avait plus le droit de poursuivre son activité de pilote en application de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile. A défaut d'avoir pu le reclasser dans un emploi au sol, la société Air France qui l'employait avait demandé à l'inspection du travail l'autorisation de rompre son contrat de travail. Cette autorisation lui avait été refusée dans un premier temps par un inspecteur du travail, puis accordée par le ministre chargé du travail.

13. Les juges en charge de l'instruction avaient pris la peine de se rendre au centre en route de la navigation aérienne d'Athis-Mons, couvrant principalement les tours de contrôle des aéroports de Roissy-Charles de Gaulle, Orly et Le Bourget, en application de l'article R. 622-1 du code de justice administrative, afin de prendre connaissance « sur le terrain » des modalités d'exercice du métier.

14. Le CFS prévoit également la possibilité d'un retour temporaire des contrôles aux frontières « en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure » (art. 23).

15. Cass. Crim., 25 avril 1985, n° 85-91324.

16. CC, n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, cons. 16.

17. Le CE a déjà eu l'occasion de relever que la décision d'un jury ne constitue pas une mesure « restreignant l'exercice d'une liberté publique ou refusant une autorisation » et n'est donc pas soumise à l'obligation de motivation selon la loi de 1979 (CE, 5 Mai 2000, M. X., n° 205812).

18. Dans un arrêt de 2010, la Cour avait considéré que la transexualité était couverte par l'article 14 de la Convention : Cour EDH, 3^e Sect., 30 novembre 2010, P.V. c. Espagne, Req n° 35159/09, §30.

19. P. Ridet, J.-B. Chastand, « La CEDH condamne l'Italie pour absence de PACS », Le Monde, 22 juillet 2015

1. Sur la période donnée, le Conseil constitutionnel n'a pas rendu de décisions relevant de cette chronique. Le principe d'égalité a été évoqué dans plusieurs décisions, mais il n'était jamais question de discriminations fondées sur des motifs prohibés.

RÉSUMÉS

Faisant suite à la première chronique de droit des discriminations, cette seconde édition couvre la période du 1^{er} mai au 30 septembre 2015. Elle rend compte de manière sélective de l'actualité législative et jurisprudentielle relative aux discriminations¹.

AUTEURS

THOMAS DUMORTIER

Post-doctorant (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CREDOF)

FRÉDÉRIC GUIOMARD

Maître de conférences en droit privé (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – IRERP)

MARJOLAINE ROCCATI

Maître de conférences en droit privé (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CEJEC)

MARC TOUILLIER

Maître de conférences en droit privé (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense – CDPC)