Chronique de droit des discriminations (octobre 2015-mars 2016)

Droit des discriminations

Thomas Dumortier, Frédéric Guimard, Marjolaine Roccati et Ioannis Rodopoulos

---

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2098>

DOI : 10.4000/revdh.2098

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Thomas Dumortier, Frédéric Guimard, Marjolaine Roccati et Ioannis Rodopoulos, « Chronique de droit des discriminations (octobre 2015-mars 2016) », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 24 mai 2016, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2098> ; DOI : 10.4000/revdh.2098

Ce document a été généré automatiquement le 1 mai 2019.

Tous droits réservés

Chronique de droit des discriminations (octobre 2015-mars 2016)

Droit des discriminations

Thomas Dumortier, Frédéric Guimard, Marjolaine Roccati et Ioannis Rodopoulos

---

1°/Législation et institutions (T.D.)

A – Projet de loi « Egalité et citoyenneté »

- 1 Le projet de loi « Egalité et citoyenneté » a été déposé le 13 avril dernier au bureau de l'Assemblée nationale¹. Le Gouvernement a décidé de rendre public l'avis du Conseil d'Etat du 31 mars dernier qui ne soulève pas d'objection fondamentale. Ce texte couvre un vaste champ d'action : renouveler les modes d'engagement citoyen (réserve citoyenne, service civique, livret citoyen), favoriser la mixité sociale dans l'attribution des logements sociaux, diversifier l'accès à la fonction publique et renforcer la lutte contre les discriminations. Ce dernier aspect passe par une modification de la loi de 1881 sur la liberté de la presse et le Code pénal afin de favoriser les poursuites à l'encontre des faits de provocation, de diffamations et d'injures racistes ou discriminatoires et de généraliser les circonstances aggravantes de racisme et d'homophobie à l'ensemble des crimes et délits.
- 2 Parmi les autres mesures intégrées dans le volet consacré à la lutte contre les discriminations, plusieurs d'entre elles proposent de modifier la 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 afin de remédier au caractère « asymétrique » du dispositif mis en place par cette loi. Le projet gouvernemental propose d'abord de refondre la liste des motifs de discrimination prohibés en reprenant l'intégralité des motifs mentionnés à l'article 225-1 du code pénal². Il vise également à harmoniser les régimes de protection, susceptibles à l'heure actuelle de varier selon le motif de

discrimination considéré et le domaine considéré (emploi, accès aux biens et services, etc.) : à l'heure actuelle, par exemple, si l'accès au logement est refusé à une personne en raison de son handicap, celle-ci ne peut faire reconnaître la discrimination que par la voie pénale et ne dispose pas d'un recours en responsabilité civile – et de son aménagement de la preuve. Encore motivé par un souci d'harmonisation, même si la portée de cette modification laisse songeur du point de vue d'un renforcement de la lutte contre les discriminations, le projet de loi propose d'intégrer une exception générale à l'interdiction des discriminations, quel que soit le domaine considéré (éducation, protection sociale, etc.) et plus seulement en matière d'emploi : les différences de traitement sont admises « lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés » (art. 41 du projet). Toutefois, afin de conformer la loi de 2008 à la jurisprudence européenne (CJUE, Gr. Ch., 1^{er} mars 2011, Assoc. Test-Achats, C-236/09), le même article propose de supprimer la disposition contenue dans cette loi qui autorisait les différences en matière de primes et de prestations d'assurance pour les assurés, selon leur sexe, lorsque ce dernier était un facteur déterminant dans l'évaluation des risques. Par rapport à la loi de 2008, le projet de loi généralise la possibilité d'adopter des mesures favorables aux femmes, et étend cette possibilité aux personnes en situation de handicap ainsi qu'aux personnes résidant dans certaines zones géographiques.

B – Avis du CGLP sur les discriminations à l'égard des femmes en prison

- 3 Dans son avis du 25 janvier 2016, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) fait état de la situation des femmes privées de liberté. A l'occasion des visites qu'il a effectuées dans les établissements pénitentiaires, ainsi que dans les centres de rétention, les établissements de santé, il a constaté que « la situation des femmes privées de liberté n'est pas conforme au principe d'égalité entre les hommes et les femmes affirmé tant dans les normes nationales qu'internationales ». Minoritaires en nombre, les femmes sont en effet l'objet de discriminations importantes dans l'exercice de leurs droits fondamentaux : un maintien des liens familiaux rendu difficile par un maillage territorial inégal des lieux d'enfermement, des conditions matérielles d'hébergement insatisfaisantes en raison de leur enclavement au sein de quartiers distincts, un accès réduit ou inadéquat aux activités, une prise en charge au sein de structures spécialisées limitée voire inexistante et, parallèlement, un manque de prise en compte des besoins spécifiques des femmes.
- 4 Outre l'ouverture d'un quartier « centre de détention » destiné aux femmes dans le sud de la France, afin de favoriser des rapprochements familiaux, le CGLP préconise un recours plus fréquent à l'organisation d'activités mixtes au sein des établissements pénitentiaires, prévue par l'article 28 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Cela permettrait d'éviter une répartition souvent genrée des activités, ainsi qu'une impossibilité de fait pour les femmes, dans certains établissements, d'accéder à des équipements sportifs ou culturels situés dans les quartiers « hommes ». Le Contrôleur insiste également sur la nécessité de tenir compte des spécificités propres aux femmes détenues afin de garantir l'effectivité du principe d'égalité, qu'il s'agisse de répondre à leurs besoins hygiéniques ou d'assurer une prise en charge médicale suffisante et respectueuse de leur vie privée et de leur dignité.

C – Rapport annuel du Défenseur des droits

- 5 Le DDD a publié son rapport annuel d'activité pour l'année 2015. Ce dernier a récemment fait l'objet d'une étude publiée dans les Lettres ADL : « A l'heure du bilan quinquennal, quels enjeux stratégiques pour le Défenseur des droits ? ». Relevons simplement que le nombre de réclamations a augmenté de 6,9 % entre 2014 et 2015 (4846 réclamations). Les motifs de discrimination les plus invoqués dans les réclamations demeurent l'origine, la race, l'ethnie – considérées de manière globale par le DDD (22,6 %), suivis de près par le handicap (21,1 %). 54,3 % des réclamations dénonçant une discrimination concernent l'emploi, tandis que 7,2 % seulement concernent le logement. Plus précisément, le DDD souligne la persistance de la différence de rémunération entre femmes et hommes. Il rapporte également l'augmentation des saisines à la suite des attentats de janvier 2015 qui témoignent d'une augmentation de violences verbales et d'agressivité à connotation raciste à l'égard des personnes perçues comme appartenant à la communauté musulmane.

2°/ Conseil constitutionnel (T.D.)

A – Allocation de reconnaissance

CC, Décision n° 2015-504/505 QPC du 4 décembre 2015, Mme Nicole B. veuve B. et autre [Allocation de reconnaissance II]

- 6 Après avoir invalidé en 2011 la disposition de la loi qui se fondait sur le critère de la nationalité pour exclure du bénéfice de l'allocation versées aux anciens supplétifs de l'armée française en Algérie, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la légalité des nouvelles restrictions apportées à ce droit par une loi du 18 décembre 2013. Le législateur a en effet souhaité en 2013 limiter le champ des bénéficiaires de cette allocation, aux seuls harkis, moghaznis et autres supplétifs de statut civil de droit local, à l'exclusion des supplétifs de statut civil de droit commun. Pour faire court, les premiers désignent des personnes d'origine arabo-berbère tandis que les seconds désignent, en principe, des personnes d'origine européenne³. Il convient toutefois de préciser que le statut de droit commun a pu également être accordé, mais de manière résiduelle, à des personnes arabo-berbères d'origine locale⁴.
- 7 La QPC soulevée par le requérant appelait le Conseil à se prononcer sur la conformité de la différence de traitement au regard du principe d'égalité entre les anciens harkis selon qu'ils bénéficiaient d'un statut civil de droit local ou d'un statut civil de droit commun. Après avoir rappelé son considérant de principe en matière d'égalité⁵, le Conseil admet que la différence de traitement prévue par le législateur répond à une différence de situation objective au regard de l'objet de loi : « indemniser non les charges entraînées par le départ d'Algérie mais le préjudice de ceux des anciens harkis, moghaznis et personnels des formations supplétives ayant servi en Algérie qui ont connu des difficultés particulières d'insertion après leur arrivée sur le territoire national ». En ce sens, la décision du Conseil constitutionnel reprend le raisonnement déjà tenu en 2007 par le Conseil d'Etat⁶ et validé par la Cour européenne des droits de l'homme en 2014 (CourEDH, 5^{ème} Sect., 23 janvier 2014, Montoya c. France, Req. n° 62170/10). Signalons qu'une QPC soulevée peu de temps après a donné l'occasion au Conseil constitutionnel d'aller plus loin dans l'examen de la constitutionnalité de la loi de décembre 2013 (CC, Décision n

° 2015-522 QPC du 19 février 2016, Mme Josette B.-M. [Allocation de reconnaissance III]), qui remettait en cause des situations légalement acquises⁷.

B – Droit à pension et nationalité

CC, Décision n° 2015-530 QPC du 23 mars 2016, M. Chérif Y. [Modalités d'appréciation de la condition de nationalité française pour le bénéfice du droit à pension en cas de dommage physique du fait d'attentat ou de tout autre acte de violence en relation avec les événements de la guerre d'Algérie]

- 8 La QPC qui était ici soumise au Conseil constitutionnel concernait une différence de traitement fondée sur la nationalité. Cependant, la discrimination invoquée par le requérant ne reposait pas sur la nationalité en tant que telle, mais sur la date à laquelle la condition de la nationalité était appréciée. La loi du 31 juillet 1963 prévoyait en effet de réserver une pension d'invalidité à toutes les victimes civiles de violence ayant eu lieu pendant la guerre d'Algérie à condition de posséder la nationalité française au moment de la promulgation de la loi. Le Conseil constitutionnel prend bien soin de limiter son examen à cette seule question, conformément d'ailleurs aux moyens soulevés par le requérant : ne remettant pas en cause la condition de nationalité, les juges s'interrogent sur la constitutionnalité du moment où cette condition doit être appréciée. Après avoir rappelé l'objectif de solidarité nationale poursuivi par la loi consistant à garantir le paiement de rentes aux personnes ayant souffert de préjudices résultant de ces dommages ou à leurs ayants droit, le Conseil considère qu'au regard de cet objectif, « ces personnes ne sont pas dans une situation différente selon qu'elles possédaient ou non la nationalité française à la date de promulgation de la loi créant le régime d'indemnisation (...) ». Il en conclut qu'en réservant le bénéfice de l'indemnisation aux personnes de nationalité française à la date de promulgation de cette loi, les dispositions contestées instaurent une différence de traitement qui n'est justifiée ni par une différence de situation ni par l'objectif de solidarité nationale poursuivi par le législateur. Ce n'est donc pas le critère de la nationalité des victimes qui est remis en cause au regard du principe d'égalité, mais la date à partir de laquelle cette nationalité est appréciée.

2°/ Droit administratif (T.D.)

A – Accessibilité et discriminations à l'égard des personnes en situation de handicap

CE, 9 novembre 2015, *France Nature Environnement*, Req. n° 375322

- 9 Pour la réalisation d'un vaste programme de liaison ferroviaire transfrontalière, plusieurs actes administratifs ont été pris, parmi lesquels le décret du 23 août 2013 déclarant d'utilité publique et urgents les travaux nécessaires à la réalisation de l'itinéraire d'accès au tunnel franco-italien de la liaison ferroviaire Lyon-Turin. L'absence d'accessibilité de l'enquête publique aux personnes en situation de handicap figurait parmi les moyens soulevés par les requérants. Le juge estime que la procédure d'information du public s'est déroulée conformément aux prescriptions légales. Il ajoute qu'aucun texte n'imposait la diffusion de l'avis d'enquête publique par des moyens radiophoniques ou audiovisuels ni la publication sur internet de l'intégralité du dossier d'enquête publique. En outre, tout en admettant que certaines communes concernées par le projet de liaison ferroviaire ont mis à disposition les documents du dossier d'enquête publique dans des salles qui

n'étaient pas accessibles aux personnes en situation de handicap, le juge estime qu'il n'y a pas eu de discrimination car les requérants n'ont pas établi que des personnes handicapées s'étaient trouvées dans l'impossibilité de participer à l'enquête publique en raison d'un accès impossible aux locaux d'une commune. Autrement dit, le Conseil d'Etat refuse de se fonder sur la loi du 27 mai 2008 relative aux discriminations pour sanctionner de manière générale le défaut d'accessibilité dans les établissements recevant du public, en l'occurrence les locaux de la commune⁸. Mais il laisse entendre qu'il en aurait été autrement si les requérants avaient pu prouver qu'une personne en situation de handicap avait été mise dans l'impossibilité de participer à l'enquête publique en raison d'un défaut d'accessibilité. La Haute juridiction administrative n'aurait-elle pas pu se placer sur le terrain de la discrimination indirecte et considérer qu'un bâtiment public non accessible à ces personnes est « susceptible d'entraîner [pour elles] (...) un désavantage particulier » tat2016-05-08T16:11:00tgp rapport aux autres personnes. tat2016-05-08T16:12:00tg

Conseil d'Etat, 3 février 2016, Association nationale pour l'intégration des personnes handicapées moteurs, Req. n° 386985 et Conseil d'Etat, 3 février 2016, Association nationale pour l'intégration des personnes handicapées moteurs, Req. n° 386951

- 10 Par deux arrêts rendus le 3 février 2016, le Conseil d'Etat a rejeté les deux recours en annulation formés par l'Association nationale pour l'intégration des personnes handicapées moteurs (ANPIHM) contre les décrets 2014-1323 et 2014-1326, respectivement des 4 et 5 novembre 2014, pris en application de l'ordonnance du 26 septembre 2014⁹.
- 11 Le premier arrêt concernait le décret 2014-1323 relatif aux points d'arrêt des services de transport public à rendre accessibles de façon prioritaire aux personnes en situation de handicap et qui précisait ce que recouvre la notion d'impossibilité technique avérée. Pour rappel, l'article L.114-4 du CASF consacre un principe d'accessibilité des transports publics pour les personnes en situation de handicap (adaptation des services de transport collectif, aménagement des normes de construction des véhicules et des conditions d'accès à ces véhicules, développement des services de transport spécialisés). Le Conseil d'Etat prend toutefois le soin de préciser qu'il ne s'agit là que de « principes généraux (...) dont la portée (...) doit être appréciée au regard des dispositions législatives et réglementaires qui les mettent en œuvre ». Cela dit, le juge écarte sans surprise les moyens qui évoquent une discrimination, et plus exactement une rupture d'égalité entre les différents types de handicap, puisque les différences de traitement selon la nature du handicap formulées par le décret sont prévues par la loi (impossibilité technique d'aménager un point d'arrêt routier pour les personnes ayant un handicap moteur, cons. 13), ou bien reposent sur des critères objectifs en rapport avec l'objet de la loi (zone urbaine/non urbaine, communes selon qu'elles comptent plus ou moins de 1000 habitants, cons. 11). Par ailleurs, les tentatives de l'association requérante de faire reconnaître une discrimination directe ou indirecte dans l'accès des personnes handicapées aux moyens de transports en se fondant sur plusieurs textes internationaux, dont le pacte international relatif aux droits civils et politiques, la convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées et la convention européenne des droits de l'homme, sont écartées par le juge qui estime que les moyens manquent de précisions.

- 12 Le deuxième concerne le décret 2014-1326 modifiant les dispositions du code de la construction et de l'habitation relatives à l'accessibilité aux personnes handicapées des établissements recevant du public et des installations ouvertes au public. Ce décret prévoit notamment l'introduction d'une réglementation spécifique applicable pour la mise en accessibilité des établissements recevant du public situés dans un cadre bâti existant et des installations ouvertes au public existantes ainsi que pour la réalisation de travaux dans ces établissements et dans ces installations. Là encore, la dérogation à l'obligation de mise en accessibilité prévue par le décret ne fait qu'appliquer la loi (article L. 111-7-3 du code de la construction et de l'habitation). Par conséquent le moyen tiré d'une rupture d'égalité devant la loi est déclaré inopérant. L'association requérante essayait de faire reconnaître que cette dérogation était contraire à la directive 2000/78. Sans surprise, le Conseil d'Etat rappelle que cette dernière a pour objet de fixer un " cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail " et ne traite que des obligations des employeurs en ce domaine et donc que la disposition contestée n'entre pas dans le champ d'application de la directive. Le juge écarte une fois encore, pour les mêmes raisons que précédemment, le moyen tiré de la violation de la convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées et l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme.
- 13 A noter : deux autres recours en annulation ont été formés contre les nouvelles normes d'accessibilité. L'un contre l'arrêté du 8 décembre 2014 qui précise les dispositions prévues à l'article 5 du décret 2014-1326, l'autre contre l'arrêté du 14 mars 2014 fixant les « dispositions relatives à l'accessibilité des logements destinés à l'occupation temporaire ou saisonnière ». Le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé sur le premier et a annulé partiellement le second (CE, 16 mars 2016, Association nationale pour l'intégration des personnes handicapées moteurs, Req. n° 380267). Précisons qu'il n'était pas question de discrimination dans cet arrêt.

B – Accès aux origines et discrimination

CE, 12 novembre 2015, *Mme B.*, Req. n° 372121

- 14 Une personne conçue au moyen d'un don de gamètes avait demandé aux structures hospitalières concernées de lui communiquer des documents et informations concernant le donneur de gamètes à l'origine de sa conception. Elle souhaitait savoir s'il s'agissait du même donneur qui avait concouru à la conception de son frère. Devant leur refus, elle avait porté l'affaire devant le tribunal administratif de Montreuil, puis, devant la cour administrative d'appel de Versailles, qui avaient tous deux rejeté ses demandes. Elle a alors formé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. L'arrêt rendu était prévisible puisque la Haute juridiction administrative avait déjà pris position sur le sujet en 2013 à l'occasion d'une demande d'avis transmise par le TA de Paris à l'occasion d'un recours quasiment similaire à celui porté devant le TA de Montreuil (CE, Avis, 13 juin 2013, *M. M.*, Req. 362981). Le Conseil d'Etat confirme en effet que la règle de l'anonymat des donneurs de gamètes n'est pas incompatible avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), en particulier son article 8, qui garantit le respect de la vie privée et familiale. La compatibilité de cette décision avec la jurisprudence européenne ne manque pas de susciter des réserves. La Cour européenne exige en effet de la part des Etats de mettre en place un accès aménagé à des informations relatives au géniteur, notamment des informations « non identifiantes » (informations médicales, génétiques) relatives au donneur (la jurisprudence la Cour européenne

concerne l'accouchement sous X mais son raisonnement est transposable au don de gamète : CourEDH, 13 février 2003, Odièvre c. France, Req. n° 42326/98 ; CourEDH, 2^{ème} sect., 25 septembre 2012, Godelli c. Italie, Req. n° 33783/09).

- 15 Mais la requérante tentait également de faire valoir l'existence d'une discrimination entre les enfants issus d'un don de gamètes et les autres enfants, contraire à l'article 14 de la Convention combinée à l'article 8. Le Conseil d'Etat rappelle d'abord que cet article 14 interdit, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables. Or, selon lui, « l'enfant issu d'un don de gamètes ne se trouve pas dans une situation analogue, et par suite comparable, ni à celle des enfants du donneur de gamètes, ni à celle des enfants du couple receveur ». D'une part, comme souvent, le juge demeure laconique sur le point de vue qu'il adopte pour apprécier les différences de situation ; d'autre part, il entretient une confusion entre analogie et comparaison tandis que la Cour européenne des droits de l'homme distingue les deux (not. Cour EDH, Grde Ch., 16 mars 2010, Carson et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 42184/05).

C – Police municipale et discrimination

CE, 4 novembre 2016, *Commune de La Madeleine*, Req. n° 375178

- 16 tat2016-05-08T16:14:00tg Le Conseil d'Etat a finalement reconnu l'intérêt pour agir de la Ligue des droits de l'homme contre un arrêté municipal **interdisant la fouille des poubelles sur le territoire de la commune. Le TA de Lille puis la Cour administrative d'appel de Douai avaient rejeté la requête de l'association sans se prononcer sur le fond, estimant que la LDH n'avait pas d'intérêt à agir au regard de son objet statutaire trop général et de son champ d'action national. La Haute juridiction administrative a donc pris le contre-pied de cette approche restrictive en considérant que lorsqu'une** « décision soulève, en raison de ses implications, notamment dans le domaine des libertés publiques, des questions qui, par leur nature et leur objet, excèdent les seules circonstances locales » une association ayant un ressort national dispose d'un intérêt à agir contre cette décision. C'est d'ailleurs le point de vue implicitement adopté par le juge des référés du TA de Lyon qui a suspendu le 6 janvier dernier, à la demande de la LDH, l'application d'un arrêté municipal qui interdisait également le chiffonnage. Le juge a en effet estimé qu'un doute sérieux pesait sur la légalité d'une décision ayant « des effets durables sur une population de personnes pauvres et de personnes marginalisées », et en raison du caractère disproportionné de l'interdiction générale et absolue en l'absence de troubles avérés à l'ordre public. **La Cour administrative d'appel de Douai devra donc statuer à nouveau et examinera cette fois-ci les moyens de légalité invoqués par la Ligue, parmi lesquels la discrimination indirecte visant les gens du voyage, le maire ayant fait des déclarations stigmatisant cette partie de la population.**

D – Discrimination et religion

- 17 tat2016-05-08T16:15:00tg

CE, 10 février 2016, *M. B c. Ministre de la Justice*, Req. n° 385929

- 18 Le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur le recours porté par un détenu de confession musulmane à l'occasion d'une demande de sursis à exécution d'un jugement qui enjoignait un établissement pénitentiaire à proposer régulièrement aux détenus de confession musulmane des menus composés de viande halal (CE, 16 juillet 2014, M. B., Req. n° 377145). L'arrêt rendu à cette occasion laissait déjà présager de l'issue contentieuse de la présente affaire, la Haute juridiction administrative ayant alors insisté sur les coûts élevés impliqués par la décision des juges de première instance. En mai 2013 un détenu de confession musulmane contestait le refus que lui avait opposé le directeur du centre pénitentiaire dans lequel il était incarcéré de prévoir régulièrement des menus halal. Le tribunal administratif avait estimé que ce refus constituait une atteinte à l'article 9 de la CEDH et à l'article 18 du PIDCP, qui garantissent la liberté religieuse, mais également à la loi pénitentiaire de 2009 (art. 26) et au code de procédure pénale (art. R 57-9-3). Pour en arriver là, il a d'abord rappelé, d'une part que le principe de laïcité « garantit le libre exercice des cultes », et d'autre part que les charges impliquées par la mise en place de ces menus, en termes financiers et techniques, n'étaient pas excessives. Le juge avait ensuite pris le soin de préciser que les détenus étaient des usagers du service public dans une « situation contrainte ».
- 19 Après avoir examiné le détail des menus proposés aux détenus (des menus sans porc sont proposés à tous, la possibilité d'obtenir des menus halal lors des fêtes religieuses et enfin la possibilité d'acheter en complément des aliments contenant de la viande halal), la Cour administrative de Lyon estimait que l'administration pénitentiaire de Saint-Quentin-Fallavier, ménageait un « juste équilibre entre les nécessités du service public et les droits des personnes détenues en matière religieuse ». Elle en concluait que le refus d'introduire régulièrement dans les menus de la viande halal n'était pas contraire à la liberté religieuse. En cassation, le Conseil d'Etat confirme l'appréciation de la cour. Il précise le principe qu'il avait déjà eu l'occasion de formuler un an plus tôt, dans une affaire comparable (CE, 25 février 2015, M. B. c. Ministre de la Justice, Req. n° 375724), en affirmant qu'« il appartient à l'administration pénitentiaire, qui n'est pas tenue de garantir aux personnes détenues, en toute circonstance, une alimentation respectant leurs convictions religieuses, de permettre, dans toute la mesure du possible eu égard aux contraintes matérielles propres à la gestion de ces établissements et dans le respect de l'objectif d'intérêt général du maintien du bon ordre des établissements pénitentiaires, l'observance des prescriptions alimentaires résultant des croyances et pratiques religieuses » (cons. 3). Le juge ajoute que la mise à disposition d'aliments halal payants n'engendre pas de discrimination entre les personnes détenues à raison de leurs ressources (article 14 de la CEDH) puisque les détenus dépourvus de ressources suffisantes peuvent obtenir une aide de l'administration (art. D 347-1 du Code de procédure pénale). Il convient toutefois de souligner que cette aide est « prioritairement en nature » et en outre qu'elle est fournie dans la limite des contraintes budgétaires et d'approvisionnement de l'administration...

Cour administrative de Paris, 12 octobre 2015, Mme B. c. Ministre de l'Education nationale, n° 14PA00582

- 20 Alors que l'extension à l'université de l'interdiction du voile, au-delà de l'enceinte des établissements primaire et secondaire, est régulièrement ramenée sur le devant de la scène médiatique par les responsables politiques, la portée de cette interdiction n'en finit pas de s'étendre par la voie prétorienne¹⁰. Désireuse de suivre une formation continue dispensée dans un lycée, une femme de confession musulmane s'est vue refuser l'accès de

l'établissement par le proviseur et le représentant du GRETA parce qu'elle portait un foulard sur la tête. Après avoir exercé en vain un recours hiérarchique devant le recteur d'académie, elle est allée devant le TA de Melun qui a confirmé la décision du recteur. La loi de 2004 qui interdit le port de signes d'appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées, n'était pas directement en cause ici puisque, précisément, la requérante n'était pas une élève du lycée mais bénéficiait d'une formation proposée par le GRETA. Par conséquent la Cour administrative d'appel rappelle les grands principes qui s'appliquent en la matière aux usagers d'un service public : ils ont pleinement droit à leur liberté de conscience, tout en ajoutant que l'exercice de cette liberté, par le port d'un signe d'appartenance religieuse notamment, ne saurait troubler l'ordre au sein de l'établissement ou le bon fonctionnement du service public. C'est alors que la référence à la loi de 2004 est évoquée : dans la mesure où la requérante sera vraisemblablement amenée à croiser des élèves soumis, pour leur part, à l'interdiction de porter tout signe d'appartenance religieuse, le juge en déduit que cela occasionnera un « trouble dans l'établissement », sans toutefois apporter la moindre précision à ce sujet. Par conséquent, la Cour administrative d'appel ne relève pas de discrimination en raison de la religion, puisque les décisions litigieuses étaient motivées par la préservation de l'ordre dans l'établissement²¹. A rebours de l'approche traditionnelle du principe de laïcité à l'égard des usagers d'un service public, qui conditionne la restriction de l'expression d'une conviction religieuse à l'existence de troubles avérés, les juges postulent donc que le port du foulard provoquera un désordre au sein de l'établissement.

- 21 Il convient de rappeler que la HALDE avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur le sujet en 2011 (Délibération n° 2011-36 du 21 mars 2011). Confrontée au règlement intérieur d'un GRETA qui prohibait le port de tout signe ostensible religieux, la haute autorité avait déclaré que « le refus d'accès opposé *ab initio* aux réclamantes du seul fait qu'elles portaient le foulard, à l'exclusion de tout trouble ou risque caractérisé et avéré de trouble à l'ordre public, constitue donc une discrimination religieuse prohibée »¹¹.

E – Retraite et discrimination au regard de l'âge

CE, 25 janvier 2016, M. A. c. *Assemblée nationale*, Req. n° 383836

- 22 Après les contrôleurs aériens (CE, 4 avril 2014, Ministre de l'écologie, Req. n° 362785), les pilotes de ligne (CE, 22 mai 2015, M. A. c. Air France, Req. n° 371623), évoqués dans les chroniques précédentes, c'était au tour des agents de l'Assemblée nationale de faire valoir leur droit à travailler au-delà d'une limite d'âge.
- 23 Le statut des agents des assemblées parlementaires relève d'un régime particulier, fixé par le bureau de ces assemblées. A la date de la décision attaquée, l'âge de la retraite des agents de l'Assemblée nationale était fixé à 62 ans¹² par l'article 53 du règlement intérieur sur l'organisation des services portant statut du personnel de l'Assemblée nationale. Fonctionnaire au sein de cette institution, le requérant contestait cette limite d'âge. Le Conseil d'Etat était donc appelé à vérifier la conformité de cette limite d'âge au regard de la directive 2000/78¹³. Il rappelle d'abord qu'une différence de traitement selon l'âge affectant les conditions d'emploi et de travail au sens de cette directive n'est pas contraire au principe de non discrimination 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. Dans la lignée de ses arrêts de 2013 (CE, 12 mars 2013, Mme A. , Req. n° 352393 ; CE, 22 mai 2013, M. A. c.

communauté d'agglomération d'Annecy, Req. n° 351183), et conformément à la jurisprudence de la CJUE (CJUE, Gr. Ch., 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa, aff. C-411/05), il précise ensuite qu'au nombre de ces objectifs légitimes figurent les politiques visant à promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations. En l'espèce, le juge retient dans un premier temps que l'Assemblée nationale justifiait sa limite d'âge par un objectif légitime : le renouvellement de ses personnels par l'embauche de jeunes fonctionnaires. Puis, dans un deuxième temps, il admet la proportionnalité de cette dérogation au droit commun dans la mesure où des aménagements étaient prévus pour tenir compte de la situation de certains agents pour lesquels l'âge limite serait préjudiciable : les agents parents d'au moins trois enfants à l'âge de cinquante ans et les agents recrutés après l'âge de 45 ans ne remplissant pas les conditions pour obtenir une pension. Ceux-ci pouvaient en effet bénéficier d'un report de l'âge de départ à la retraite d'une à trois années selon les cas. Le Conseil d'Etat en conclut donc que la disposition litigieuse est conforme à la directive 2000/78.

4°/ Droit social (F.G.)

A – Discrimination liée à l'état de grossesse et à la maternité

- 24 Le droit hésite souvent, en matière de discriminations, entre la création de normes spécifiques protectrices d'une catégorie de personnes et des règles de non-discrimination imposant une égalité de traitement de ces catégories avec les autres salariés. Ces deux mécanismes pourraient sembler contradictoires en ce qu'ils adoptent une démarche contraire : protéger par des règles spéciales ou interdire la distinction. Il apparaît pourtant que ces deux corps de règles ont des interactions plus riches qu'on ne l'imagine, permettant de les conjuguer ou de les distribuer selon les objets de litige. Les rapports sont parfois plus incertains. La question se pose en particulier pour la combinaison entre les règles protectrices des femmes enceintes ou accouchées (L. 1225-4 et s. du Code du travail) et les règles de non discrimination en raison de l'état de grossesse. Deux affaires récentes montrent les interactions possibles entre ces corps de normes, s'agissant à la fois de la protection de la santé de ces femmes que de la protection du droit au reclassement au retour du congé maternité.

Cour d'appel de Paris, Pôle 6, chambre 6, 18 novembre 2015, n° 13/00633

- 25 La grossesse fait l'objet de règles spécifiques destinées à protéger les femmes contre les discriminations. Outre le principe de l'interdiction des mesures qui seraient motivées directement ou indirectement par l'état de grossesse (L. 1132-1 et L. 1225-1 C. Trav.), les règles interdisent de rompre le contrat de travail pendant sa suspension et les quatre semaines qui suivent l'expiration de ces périodes (L. 1225-4 C. Trav.). La garantie de l'effectivité de ces droits n'est pas toujours aisée, notamment lorsque les salariées exercent des responsabilités dans l'entreprise, qui conduisent à ne pas bien distinguer ce qui relève des exigences de l'entreprise et ce qui revient à des initiatives volontaires des salariées. Ces menaces sont d'autant plus grandes lorsque les salariés exercent en partie leurs missions à distance, au moyen des technologies de l'information et de la communication. En ce domaine, le droit à la déconnexion aujourd'hui promis à une consécration législative¹³ devrait être proclamé avec une particulière fermeté, interdisant pendant les périodes protégées tout échange professionnel.

- 26 L'affaire concernait une agente de maîtrise, cheffe de département chargée de la responsabilité de la commercialisation de bougies parfumées dans une entreprise. Pendant l'ensemble de son congé maternité, elle se rendit disponible et son employeur ne manqua pas de la solliciter par mail, de la relancer si besoin, y compris au milieu de la nuit, et elle ne manqua jamais d'y répondre. D'épuisement, elle finit par devoir ensuite prolonger son congé maternité par un congé maladie, et son employeur la licencia dès la notification de cet arrêt maladie, pour un motif économique après qu'elle eût refusé une mutation dans un autre établissement. La salariée conteste le caractère discriminatoire de son licenciement et réclame, en outre, des dommages et intérêts sur le fondement de l'atteinte à la santé. Elle obtient gain de cause sur ces deux fondements. Les arguments de la Cour d'appel de Paris sont intéressants sur chacun de ces points.
- 27 Pour ce qui est du motif de licenciement, la Cour constate que la salariée est la seule à qui ait été proposée la modification contractuelle et que celle-ci avait été proposée pendant un « arrêt maladie en rapport avec une pathologie liée à la grossesse », ce qui peut laisser supposer l'existence d'une discrimination. Les arguments avancés par l'employeur pour justifier cette mesure ensuite ne sont pas jugés convaincants par les juges : le licenciement est donc fondé sur un motif discriminatoire. Cette argumentation, qui paraît pertinente, montre toute l'utilité de la combinaison entre les règles prohibant les discriminations et celles protégeant l'emploi de ces femmes. En effet, au-delà de la période de protection, les femmes ne sont plus protégées directement par un régime de protection spécifique de l'emploi. La Cour de justice de l'Union Européenne est ferme en ce sens, en limitant un régime spécifique de protection à la seule protection de la condition biologique de la femme, sans que ce droit puisse s'étendre à d'autres périodes, notamment pour les droits liés à la parentalité¹⁴. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris montre à l'inverse que la protection de l'emploi peut s'étendre au-delà de la période protégée lorsque le dommage a été provoqué par des faits commis pendant cette période.
- 28 En ce qui concerne ensuite la protection de la santé de la femme enceinte, la Cour d'appel de Paris rappelle avec fermeté que le congé de maternité exige une cessation complète des fonctions pendant la période de suspension du contrat de travail. Reprenant l'examen des faits, la Cour constate que l'employeur avait « demandé à la salariée de travailler pendant toute la période de suspension de son contrat pour congé maternité », et ensuite pendant la durée du congé pathologique en rapport avec la grossesse puis pendant les arrêts maladie ultérieurs.
- 29 Une telle attitude caractérisait donc une faute, à l'origine de la dégradation de la santé de la salariée, qui permet d'engager la responsabilité de l'employeur pour le préjudice subi par celle-ci en raison de la violation par la société de son obligation d'assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de la salariée, sur le fondement de l'article L. 4121-1 C. Trav. Le préjudice est ici évalué à 20.000 €. Si la « santé n'a pas de prix », celle des salariées victimes de discriminations semble n'avoir qu'une valeur modeste !
- 30 La motivation de l'arrêt est néanmoins intéressante, en ce qu'elle montre que la protection n'est pas seulement assurée par l'interdiction de licencier pendant les périodes protégées : l'employeur conserve, malgré la suspension du contrat de travail, la responsabilité de ses agissements pouvant conduire à la dégradation de la santé des salariées pendant ces périodes de suspension.

Cour d'appel de Toulouse, Chambre sociale 4, section 1, 20 Novembre 2015, n° 13/03647

- 31 Ce second arrêt permet d'attirer l'attention sur les règles spécifiques au reclassement des femmes postérieurement au congé maternité. L'article L 1225-25 du code du travail prévoit qu'à l'issue du congé de maternité, « la salariée retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ».
- 32 Une salariée, à son retour de congé maternité, se voit signifier que son poste a été supprimé, et elle se voit affectée pendant un an et demi à une série de missions ponctuelles sans rapport avec sa qualité de cadre avant finalement d'être licenciée pour motif économique. Elle conteste le motif du licenciement et réclame réparation du préjudice causé. La Cour d'appel de Toulouse considère que le motif économique n'est pas établi. Par ailleurs, elle octroie à la salariée 10.000 € de dommages et intérêts. La salariée invoquait ici l'exécution déloyale du contrat de travail et la discrimination découlant de l'absence de reclassement. Sans s'en expliquer vraiment, la Cour fait droit à la demande de la salariée, mais en se fondant sur la seule violation de l'article L 1225-25 du code du travail. L'absence de reclassement au retour de la salariée montrait en effet une méconnaissance de ses obligations par l'employeur. Contrairement à l'affaire soumise à la Cour d'appel de Paris évoquée ci-dessus, la violation des règles protectrices spéciales suffit ici sans qu'il soit besoin d'invoquer la discrimination. On pourrait toutefois se demander si les faits ne conduisaient pas, outre la reconnaissance de l'obligation de reclassement, à des faits de discrimination ou d'exécution déloyale du contrat de travail comme l'avait invoqué la salariée. La cour ne répond pas sur ce point. Mais il aurait été ici possible de distinguer les différents préjudices causés à la salariée : à la méconnaissance de l'obligation de reclassement s'ajoutait un préjudice moral distinct né de la pratique discriminatoire et de l'inexécution fautive du contrat de travail. Toutefois, tenue par l'objet de la demande, elle ne pouvait que se tenir à l'octroi d'une seule indemnité réclamée par la salariée.

B – Preuve des discriminations syndicales

- 33 Les affaires de discrimination buttent presque inévitablement sur des questions de preuve. La répartition de la preuve entre les parties prévues par l'article L. 1134-1 du Code du travail, imposant au demandeur de « présent[er] des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » et au défendeur de « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » s'avère en pratique assez incertaine. La notion d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond est empreinte d'un certain mystère. Trois affaires de discrimination syndicale illustrent cette difficulté tout en proposant des modes d'établissement des discriminations bien distincts.

Cass. Soc., 25 novembre 2015, n° 14-14422 (inédit) : la prise en compte par l'employeur de l'exercice du mandat

- 34 Dans sa décision du 25 novembre 2015, la Cour de cassation rappelle d'abord l'une des manières les plus simples pour établir la discrimination. Toute référence à l'appartenance syndicale d'un salarié, ou à l'exercice d'un mandat, dans le choix de l'employeur doit être analysé comme le signe d'une discrimination. Une salariée exerçait un mandat prud'homal important (présidente du conseil de prud'hommes de Bordeaux). L'employeur avait retiré à la salariée ses fonctions de correspondant informatique, l'estimant incompatible avec l'exercice parallèle de ses fonctions de conseiller prud'hommes et il justifiait les retards de carrière de la salariée en invoquant

« l'investissement de la salariée dans ses divers mandats ». L'arrêt de la Cour d'appel qui avait refusé d'y voir une discrimination est cassé. Il résultait de ces faits que « l'employeur avait pris en considération l'exercice d'une activité syndicale par la salariée pour arrêter ses décisions en matière d'avancement, de rémunération, de conduite et de répartition du travail, ce qui caractérisait une discrimination syndicale ».

- 35 Cet arrêt montre une démarche courageusement mise en avant par la Cour de cassation : dès lors que l'employeur arrête l'une de ces décisions en la justifiant par l'exercice de fonctions syndicales ou représentatives, celle-ci est considérée comme une discrimination directe. Cette règle est souvent mise en avant lorsque l'employeur, au cours d'un entretien de licenciement, justifie une absence de promotion, le non-versement d'une prime, par le moindre investissement dans la vie de l'entreprise impliqué par l'exercice du mandat¹⁵.
- 36 Il en est ainsi, comme le montre l'arrêt commenté, même lorsqu'il apparaît que le mandat, très exigeant, a pour conséquence un engagement à temps presque complet dans l'exercice du mandat. Celui-ci ne pourrait être pris en compte que pour valoriser l'engagement du salarié, mais non pour infliger un traitement moins favorable.

Cour d'appel de Versailles, Chambre 15, 25 Novembre 2015, n° 14/02684 : le faisceau d'indices

- 37 Faute de disposer d'éléments montrant la prise en compte par l'employeur de l'appartenance syndicale ou de l'exercice d'un mandat pour arrêter ses décisions, les juridictions sont tenues, conformément à la règle de l'article L 1134-1 C. Trav, de rassembler un faisceau d'indices montrant une situation de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Démarche abordée avec rigueur dans un arrêt du 25 mars 2015 par la Cour d'appel de Versailles. L'affaire concerne une salariée chargée de l'accueil et standardiste d'une structure associative, désireuse d'évoluer professionnellement, mais à qui l'employeur avait systématiquement refusé soit d'augmenter son temps de travail, soit de suivre des formations afin de pouvoir changer de fonction. La salariée faisait valoir que ce refus de toute évolution professionnelle était constitutif d'une discrimination liée à son exercice de mandats syndicaux.
- 38 La cour d'appel fait droit à sa demande.
- 39 Les indices présentés par la salariée ont été jugés suffisants pour laisser supposer l'existence d'une discrimination. Les éléments de preuve produits attestaient des différentes interventions de la salariée afin de réclamer une évolution, les courriers de l'inspection du travail interrogeant l'employeur sur son refus de formation, ou encore le refus de faire droit à une demande de formation au titre du DIF alors que d'autres salariés avaient obtenu l'accord de l'employeur. Les arguments avancés par l'employeur ne convainquent pas la Cour du bien fondé du refus d'évolution professionnelle. Elle retient notamment que, si les formations sollicitées ne pouvaient directement conduire à occuper une fonction différente dans l'entreprise, elles auraient pu rapidement lui permettre d'y accéder. Cette argumentation montre que, même si les salariés ne bénéficient pas véritablement d'un droit à la progression professionnelle, l'employeur est tenu de porter attention aux demandes de formation du salarié, et un refus sans raison peut caractériser une discrimination syndicale.
- 40 Le raisonnement déployé par la Cour d'appel de Versailles paraît correspondre aux attentes dégagées par la jurisprudence : il n'est pas lieu d'exiger que chaque élément

avancé soit pleinement convaincant d'une discrimination, ce sont les éléments « pris dans leur ensemble » qui doivent convaincre le juge de la possibilité de l'existence d'une discrimination (cf en dernier lieu Cass. Soc. 21 Janvier 2016, n° 14-26.701).

Cass. Soc., 21 janvier 2016, n° 14-26698 : L'inégalité de traitement, indice suffisant en présence de panels

- 41 Un arrêt inédit de la Chambre sociale du 21 janvier 2016 permet d'éclaircir la répartition du fardeau probatoire en cas de présentation d'un panel de comparaison par le salarié. L'affaire concerne, très classiquement une militante syndicale qui réclamait réparation d'un préjudice de carrière, se basant sur un panel de comparaison montrant le retard subi par rapport à une partie de ses collègues. L'employeur contestait la pertinence du panel retenu, notamment du point de vue de sa composition. Les juges du fond déboutèrent la salariée de sa demande, en reprenant les arguments patronaux contestant la pertinence de la comparaison proposée par la salariée. Ils ajoutèrent que, malgré la stagnation de carrière constatée, la discrimination ne pouvait être retenue, celle-ci exigeant, pour être caractérisée contrairement à la différence de traitement, « une volonté d'écarter un individu pour un des motifs prévus par la loi ». L'arrêt est cassé par la Cour de cassation qui rappelle que « lorsque le salarié présente plusieurs éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments pris dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». En l'espèce, la Cour d'appel « avait constaté que la salariée, déléguée du personnel et membre du comité d'entreprise, avait fait l'objet au cours de la période considérée d'une différence de traitement, ce dont elle aurait dû déduire qu'elle présentait des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination en sorte qu'il revenait à l'employeur d'établir que ses agissements étaient étrangers à toute discrimination ». L'arrêt est intéressant d'abord en ce qu'il rappelle que l'appréciation de l'existence d'une discrimination doit scrupuleusement respecter les règles d'administration de la preuve. Contrairement à l'appréciation avancée par la Cour d'appel, il ne s'agit pas directement d'apprécier si un panel de comparaison présenté peut caractériser ou non une discrimination. Les juges du fond doivent d'abord apprécier si ce panel constitue un indice suffisant pour laisser supposer l'existence d'une discrimination, et, ensuite, le cas échéant, si l'employeur peut justifier une telle différence.
- 42 Surtout, la Cour de cassation propose un mode d'emploi du raisonnement à adopter en présence de l'invocation de panels de comparaison. Bien que la Cour considère que le panel de comparaison constitue un mode de preuve comme un autre¹⁶, elle propose, dans l'arrêt du 21 janvier 2016 de considérer que la différence établie par un panel de comparaison soit suffisante pour caractériser une différence de traitement, imposant à l'employeur de justifier de cette différence. La Cour ne se contente pas en effet de renvoyer au pouvoir souverain des juges du fond en la matière : elle indique bien que la cour d'appel doit impérativement déduire d'une différence de traitement établie par une pluralité d'éléments qu'il s'agit là de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination.
- 43 Cette méthode permet de clarifier les règles d'administration de la preuve en présence de panels de comparaison. L'arrêt n'étant pas publié, il conviendra de rester prudent sur sa portée et d'attendre une confirmation ultérieure pour savoir si la Cour reste attachée à cette démarche.

- 44 Du point de vue de ses résultats, il semble qu'elle facilite l'administration de la preuve : la simple production d'un panel de comparaison – dont on n'exige pas à ce stade qu'il soit pleinement pertinent – suffit à imposer à l'employeur la justification de la différence.
- 45 Si cette clarification des règles d'administration de la preuve ne peut qu'être saluée du point de vue de la lutte juridique contre les discriminations, elle n'en comporte pas moins un certain nombre de difficultés. En premier lieu, du côté de l'interprétation, la question ne manque pas de se poser de savoir ce qu'il faut considérer comme « faire l'objet d'une différence de traitement ». La simple comparaison avec un unique collègue peut-elle être vue comme suffisante ? La mention par la Cour de la nécessité de présenter « plusieurs éléments de fait » pourrait l'exclure. Une comparaison avec quelques collègues est-elle alors suffisante ? La Cour n'en dit mot, et sur ce point, il ne pourrait qu'être renvoyé au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur la pertinence des éléments avancés pour établir une différence de traitement. Par ailleurs, d'un point de vue factuel, la démarche imposée par la Cour de cassation est de nature à faciliter la tâche du salarié, mais elle n'élimine pas toutes les difficultés probatoires. La constitution d'un panel pour les salariés est d'une redoutable difficulté, puisqu'elle exige de réunir des éléments de preuve complexes (évolution des rémunérations par catégorie professionnelle) qui ne sont pas à la disposition des salariés ni même des représentants du personnel. En dernier lieu, la formule de la Cour de cassation ne dit rien sur la justification des différences de traitement par l'employeur. L'employeur peut dans cette situation soit contester la différence en produisant des contre-panels ou autres éléments montrant l'absence d'inégalité de traitement, soit montrer que la différence constatée est justifiée par des éléments objectifs. Dans les deux cas, le caractère malléable de l'argumentation laisse à l'employeur une large marge d'action, de nature souvent à débouter le salarié de sa demande.

C - Discrimination en raison de l'apparence physique

Cour d'appel de Paris, 20 Janvier 2016, n° 15/06000

- 46 L'apparence physique, entrée comme motif prohibé de discrimination dans la liste de l'article L 1132-1 C. Trav. à la faveur de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, suscite peu de contentieux, bien qu'elle soit un motif de discrimination important, ainsi que le Défenseur des droits l'a récemment rappelé à travers une Décision-cadre très détaillée¹⁷. Une décision rendue par la Cour d'appel de Paris montre les difficultés auxquelles sont confrontés les salariés pour invoquer ce type de discrimination.
- 47 L'affaire concerne une danseuse de revue nue au Lido pendant 7 ans, dont le contrat de travail à durée déterminée ne fut pas renouvelé. La salariée invoque le fait que le non-renouvellement de son contrat est lié à la fois à son âge et à son apparence physique : l'entreprise, selon elle, se séparerait des salariés les plus âgés. A l'appui de sa demande, la salariée produisait un écrit de l'employeur par lequel celui-ci motivait son refus de l'intégrer à un nouveau spectacle en faisant valoir que ses « qualités artistiques et/techniques et/ou esthétiques ne correspondent pas à celles attendues pour la mise en place de la nouvelle revue du Lido ». Une telle assertion n'était-elle pas un aveu d'une rupture de la relation de travail motivée (au moins en partie) par l'apparence physique de la salariée ? La Cour d'appel refuse de l'admettre. L'évaluation de l'employeur insistait avant tout sur des aspects techniques : la salariée n'avait « pas réussi à reproduire la chorégraphie telle que présentée par le chorégraphe lors de l'audition. Elle n'est pas

parvenue à reproduire les mouvements demandés ni effectuer les transitions entre les mouvements ». Pour la Cour d'appel, le refus est ici « justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, à savoir un niveau technique insuffisant ».

48 Cette motivation rappelle d'abord une évidence : l'application des règles de droit est dépendante de la question de l'interprétation des faits dont sont chargés les juges du fait¹⁸. La référence à des questions d'esthétique ne signifie pas nécessairement prendre en compte une apparence physique. Celle-ci désigne « l'ensemble des caractéristiques physiques (taille, poids, etc...) et des attributs (tenue vestimentaires, coiffure...) propres à une personne »¹⁹. La référence à « l'esthétique » pourrait tout à fait en ce sens constituer un jugement sur l'apparence du corps de la personne. Mais un terme peut toujours être interprété : l'esthétique, dans une profession artistique peut aussi faire référence à la technique déployée par un acteur ou un danseur pour répondre à un projet artistique, sans que cela soit à proprement parler un jugement sur le corps de la personne. Ce serait donc une sorte d'évaluation de l'aptitude qui serait proféré derrière l'apparence d'un jugement sur l'apparence. Mais même en ces termes, l'appréciation de l'employeur était-elle véritablement abstraite de tout jugement sur l'apparence physique ? L'esthétique d'un danseur ou d'une danseuse peut-elle se manifester autrement que par son apparence physique ? Plutôt que d'écarter toute référence à l'apparence physique, ne serait-il pas plus convaincant d'estimer que les faits pouvaient laisser supposer l'existence d'une discrimination fondée sur ce motif, dont il appartenait à l'employeur de montrer le caractère objectif et pertinent ? En cette matière, il serait compréhensible de laisser une place à un jugement basé sur des valeurs artistiques : l'esthétique, le style ou la gestuelle d'un danseur peut être une considération légitime pour un metteur en scène.

49 Le litige ne mettait-il pas par ailleurs en évidence une forme de discrimination qui ne se limitait pas à l'apparence physique, mais se fondait également sur l'âge de la salariée, ou une combinaison entre les discriminations par l'âge et l'apparence physique ? La salariée avait sous-entendu l'existence d'un tel grief, mais n'avait formulé aucune demande sur ce fondement. Elle faisait valoir que le licenciement était avant tout motivé par un choix de ne pas retenir les salariés les plus âgés. Peut-être aurait-il alors fallu s'interroger davantage sur l'existence d'une discrimination indirecte en raison de l'âge, trouvée soit dans les exigences techniques soit dans les pyramides d'âge des danseurs et danseuses recrutés. Faute de demande spécifique en ce sens, la Cour d'appel n'a pas eu à aborder la question. Resterait, si on l'abordait, à se demander si l'âge peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article L 1133-1 C. Trav., notamment pour des danseurs, et si des considérations esthétiques subjectives sont suffisantes pour licencier un salarié...

5°/ Droit pénal (I. R.)

A – Provocation à la discrimination et discrimination économique à raison de l'origine nationale

Cass. crim., 20 oct. 2015, no 14-80020, Publié au bulletin

Cass. crim., 20 oct. 2015, no 14-80021, Non publié au bulletin

Cass. crim., 30 mar. 2016, no 14-88355, Non publié au bulletin

50 L'appel à boycotter les produits d'un État constitue une provocation à la discrimination pénalement sanctionnée (mais peut-être pas pour longtemps).

- 51 Par deux arrêts aussi intéressants que controversés, la Cour de cassation a confirmé, le 20 octobre 2015, la condamnation, par la Cour d'appel de Colmar, de 14 militants du mouvement BDS (Boycott, désinvestissement, sanctions) à 28 000 euros de dommages et intérêts aux parties civiles et chacun à une amende de 1 000 euros avec sursis. Il leur était reproché d'avoir participé à une manifestation, dans un supermarché, « *appelant au boycott des produits en provenance d'Israël* ». Les manifestants portaient des vêtements comportant la mention « *Palestine vivra, boycott Israël* » et distribuaient des tracts sur lesquels on lisait : « *Acheter les produits importés d'Israël, c'est légitimer les crimes à Gaza, c'est approuver la politique menée par le gouvernement israélien* ». Bien qu'aucune dégradation ou entrave au fonctionnement du supermarché ne fussent constatées, la chambre criminelle y vit une « *provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une nation, une race, ou une religion déterminée* » (article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse).
- 52 Si cette décision peut être comprise comme un effort de la chambre criminelle pour homogénéiser une jurisprudence très contradictoire en la matière, la solution adoptée a suscité de vives critiques de la part, tant de la doctrine que de la presse française et internationale²⁰.
- 53 D'une part, en effet, l'interprétation de la notion de provocation à la discrimination apparaît excessivement large, posant des problèmes évidents au regard du principe de légalité des délits et des peines. D'autre part, il est très incertain que l'incrimination du seul appel au boycott – qui constitue, par ailleurs, une exception française – puisse être vue comme une restriction légitime et justifiée de la liberté d'expression ; au regard, notamment, de la très riche jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière. Enfin, des inquiétudes ont été exprimées par rapport au respect de l'égalité devant la loi²¹, puisque tous les appels au boycott ne sont pas traités de la même manière ; en effet, une réponse pénale sélective pourrait s'avérer plus discriminatoire que le boycott lui-même.
- 54 Plus modéré, un arrêt de la Chambre criminelle du 30 mars 2016 a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Caen du 24 novembre 2014, qui avait condamné un groupe de manifestants du même mouvement BDS, pour des faits quasiment identiques, à 500 € d'amende avec sursis pour discrimination économique à raison de l'origine nationale. Selon l'arrêt, la Cour d'appel avait, « *par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction* », fait une application exacte des textes en vigueur et, par conséquent, les pourvois furent rejetés.

B – Discrimination à raison d'un handicap

Cass. crim., 15 déc. 2015, no 13-81586, Publié au bulletin

- 55 Le refus d'une compagnie aérienne d'embarquer une personne handicapée au motif que cette personne n'est pas accompagnée constitue une discrimination à raison d'un handicap.
- 56 Entre novembre 2008 et janvier 2009, une compagnie aérienne avait opposé un refus d'embarquement à trois personnes en situation de handicap, sur trois vols différents, au prétexte qu'elles voyageaient seules, alors qu'elles utilisaient un fauteuil roulant.

- 57 La compagnie avait été condamnée en première instance, à Bobigny, à 70 000 euros d'amende, décision confirmée le 5 février 2013 par la Cour d'appel de Paris. La compagnie affirmait se conformer aux réglementations européenne et britannique, et, afin de justifier son acte, invoquait des raisons de sécurité. La Cour d'appel avait cependant estimé, d'une part, que le refus d'embarquer les passagers concernés ne reposait sur aucun motif de sécurité justifié et imposé par le droit ; d'autre part, qu'à la différence des autres compagnies aériennes, la compagnie en cause avait délibérément décidé de ne pas former ses personnels à la fourniture d'une assistance spécifique permettant de répondre aux besoins des personnes handicapées.
- 58 Le 15 décembre 2015, un pourvoi en cassation formé par la compagnie fut rejeté par la Cour de cassation, qui jugea que la Cour d'appel avait parfaitement justifié sa décision.
- 59 Pour confirmer le jugement de la juridiction d'appel, la chambre criminelle rappela les termes du règlement européen 1107/2006 du 5 juillet 2006, qui, en son article 3, interdit aux compagnies aériennes tout refus de transport d'une personne handicapée, en leur imposant une obligation d'assistance et, à cette fin, de formation de leur personnel. Par ailleurs, à propos de la dérogation prévue à l'article 4 dudit règlement invoquée par la défense, la compagnie aérienne ne justifia, selon la Cour, d'aucun élément de nature à démontrer que son refus d'embarquer les passagers concernés était imposé par la loi et lié à des impératifs de sécurité auxquels la compagnie n'était pas en mesure de répondre, notamment, par la formation de son personnel lui incombant dans le cadre de son obligation d'assistance.

C – Discrimination syndicale

Cass. crim., 1 mar. 2016, no 14-86473, Non publié au bulletin

- 60 En cas de cumul idéal d'infractions, l'infraction de discrimination syndicale absorbe l'infraction de harcèlement moral.
- 61 Cet arrêt, confirmant un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 10 septembre 2014, ne concerne que des intérêts civils (sur le plan pénal, les prévenus avaient déjà été relaxés en première instance de façon définitive, faute d'appel du parquet). Il présente néanmoins un intérêt théorique pour le droit pénal, puisqu'il tranche, entre autres, la question d'un cumul idéal d'infractions de discrimination syndicale et de harcèlement moral.
- 62 Alors que, selon la Cour d'appel, « les valeurs protégées par la prévention et la prohibition du harcèlement moral au travail ainsi que celles de la discrimination syndicale dans l'entreprise poursuivent des intérêts et des objectifs indéniablement différents, le premier tenant aux conditions de travail de chaque salarié et le second, à la nécessité pour la communauté des travailleurs de voir représentés leurs intérêts dans l'entreprise par l'un d'entre eux », la Chambre criminelle, faisant implicitement référence à la jurisprudence de la CEDH relative à l'article 4 du Protocole 7 de la CESDH, rappela qu'« un même fait, autrement qualifié, ne peut donner lieu à une double déclaration de culpabilité ». Soulignant qu'en l'espèce, les faits retenus à l'appui de la qualification de harcèlement moral étaient strictement identiques à ceux retenus à l'appui de la qualification de discrimination syndicale, la Chambre criminelle fit observer que la discrimination avait été prétendument subie sous la forme d'un harcèlement moral, que la victime n'aurait été harcelée qu'en raison de son appartenance syndicale, que le harcèlement n'aurait été qu'un moyen de commettre la discrimination syndicale et que, par conséquent, en distinguant deux valeurs sociales distinctes dans le fait de harceler un

délégué syndical dans le but de le discriminer, la Cour d'appel avait violé le principe *non bis in idem*.

D – Discrimination raciale

CA Versailles, 18 mar. 2016

- 63 La cour d'appel de Versailles condamne, vendredi 18 mars 2016, un bailleur social pour discrimination raciale, à une amende de 25 000 euros et 12 000 euros de dommages et intérêts. En première instance, le bailleur avait été condamné pour fichage ethnique, mais avait été relaxé des faits de discrimination raciale. Il s'agit seulement du deuxième cas, après une décision du Tribunal de grande instance de Saint-Étienne du 3 février 2009, de condamnation requise contre une société HLM dans le cadre d'un procès en discrimination visant une personne physique.
- 64 En l'espèce, un agent de la RATP, Français d'origine ivoirienne et candidat à l'attribution d'un logement social, se le vit refuser, alors qu'il était présenté par son employeur, qui disposait d'un quota de réservations dans la résidence en cause. À la réception de sa lettre de refus, qui donnait comme motif la « mixité sociale selon l'article 56 de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », l'intéressé appela immédiatement la chargée de clientèle de la société, pour lui demander des explications et enregistra la conversation. Dans la conversation enregistrée, on pouvait entendre la jeune femme expliquer qu'il y a « trop de Noirs dans cette tour » et que la société est « obligée d'appliquer cela dans des tours [...] parce que c'est déjà des tours qui vivent très mal, il y a beaucoup de problèmes et on essaie de mixer un peu toutes les origines et tous les revenus », donnant pour argument la loi déjà citée.
- 65 Soutenu par les deux associations, l'intéressé porta plainte. Lors d'une perquisition au siège de la société, furent saisis des fichiers qui mentionnaient l'origine de naissance des candidats locataires.
- 66 La cour d'appel retint la responsabilité de la société dans son « refus de fourniture d'un bien et d'un service », en faisant remarquer que « l'infraction se fonde essentiellement sur une analyse erronée de la mixité sociale ».
- 67 Bien que l'analyse de la mixité sociale par le bailleur fût probablement en effet erronée et bien que le refus de fourniture s'avère discriminatoire, l'argumentation de la prévenue ainsi que celle de la cour d'appel révèlent combien il est parfois difficile de trouver un juste équilibre entre l'impératif de non-discrimination et celui de mixité sociale, voire entre discriminations « négatives » et discriminations « positives ». De ce point de vue, et si l'on retient l'observation susmentionnée de la cour, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit d'un cas de discrimination raciale imputable à son auteur, d'un cas de discrimination non-intentionnelle et donc non punissable, ou même – vu le texte des articles L441 et s. du Code de la construction et de l'habitation – d'un cas d'erreur sur le droit au sens de l'article 122-3 du Code pénal.

6°/ Droit de l'UE (M.R.)

A - Discrimination fondée sur le sexe : des dommages-intérêts punitifs non requis

CJUE, 17 décembre 2015, *María Auxiliadora Arjona Camacho c/ Securitas Seguridad España SA*, aff. C-407/14

- 68 Une juridiction espagnole tenait pour acquis le caractère discriminatoire du licenciement d'une femme, engagée en qualité d'agent de sécurité. Toutefois, la juridiction s'interrogeait sur l'indemnisation devant être accordée, au regard de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Son article 18 prévoit en effet que le préjudice doit être réparé ou indemnisé de manière dissuasive. L'indemnisation doit-elle alors comprendre des dommages-intérêts punitifs, lesquels vont au-delà de la réparation intégrale des préjudices effectivement subis et constituent une mesure de sanction, notion étrangère au droit espagnol ?
- 69 La Cour rappelle que dans l'hypothèse d'un licenciement discriminatoire, le rétablissement de la situation d'égalité peut être réalisé par la réintégration de la personne discriminée ou, alternativement, une réparation pécuniaire du préjudice subi (point 32). Lorsque cette dernière est la mesure retenue, la réparation doit permettre de compenser intégralement les préjudices effectivement subis (point 33). Toutefois, en l'absence de disposition du droit national permettant le versement de dommages et intérêts punitifs, la directive ne prévoit pas que le juge national puisse de lui-même prononcer la condamnation de l'auteur de cette discrimination à de tels dommages et intérêts (point 43).

B - Discrimination en fonction de l'âge : régime de retraites et manquement de la République de Chypre

CJUE, 21 janvier 2016, *Commission européenne c/ République de Chypre*, aff. C-515/14

- 70 La législation chypriote prévoyait qu'un fonctionnaire âgé de moins de 45 ans, qui démissionne de l'emploi qu'il occupe dans la fonction publique chypriote pour exercer une activité professionnelle dans un autre État membre, une institution de l'Union ou une autre organisation internationale, perçoit immédiatement une somme forfaitaire et perd le droit de voir sa retraite consolidée, liquidée et versée lorsqu'il aura atteint l'âge de cinquante-cinq ans, alors qu'un fonctionnaire qui continue à exercer cet emploi ou qui quitte celui-ci pour exercer d'autres fonctions publiques à Chypre perçoit immédiatement ladite somme et conserve ce droit (point 43). Une loi postérieure a mis fin à ce régime, mais ne s'applique qu'aux fonctionnaires nommés après le 1^{er} octobre 2011 (point 44). La Cour de justice caractérise le manquement de la République de Chypre à ses obligations européennes, à raison de l'inégalité de traitement entre les travailleurs migrants et de l'entrave à la libre circulation des travailleurs, sans analyse d'une possible justification liée au déséquilibre du système de sécurité sociale (point 58).

C - Discrimination à raison de la nationalité

CJUE, 17 décembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) c/ Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social, Syndicat national des résidences de tourisme (SNRT) e.a. et Beaudout Père et Fils SARL c/ Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle et du Dialogue social, Confédération nationale de la boulangerie et boulangerie-pâtisserie française, Fédération générale agro-alimentaire – CFDT e.a.*, aff. jointes C-25/14 et C-26/14 (libre prestation de services, obligation de transparence et régime de prévoyance complémentaire)

71 Étaient ici en cause deux conventions collectives nationales, de l'immobilier et de la boulangerie et boulangerie-pâtisserie, dont les avenants avaient institué un régime de prévoyance couvrant les risques de décès, d'incapacité de travail et d'invalidité (dans le premier cas) ainsi que des régimes complémentaire de remboursement de frais de soins de santé pour les travailleurs salariés (dans les deux cas). Dans les deux séries d'avenants, une institution de prévoyance était désignée comme unique organisme assureur de ces régimes. Par arrêté ministériel, ces avenants ont été étendus à l'ensemble des employeurs de la branche d'activité concernée. La Haute juridiction administrative française s'interrogeait quant au point de savoir si le respect d'une obligation de transparence constituait une condition préalable obligatoire à l'extension. En effet, dans un arrêt antérieur, la Cour avait jugé que l'obligation de transparence est une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur économique le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur (arrêt *Sporting Exchange*, 3 juin 2010, C-203/08, point 47).

72 La Cour en réponse rappelle, s'agissant des prestations de services qui impliquent une intervention des autorités nationales tel l'octroi d'une concession de services, que l'obligation de transparence s'applique non pas à toute opération, mais uniquement à celles qui présentent un intérêt transfrontalier certain, du fait qu'elles sont objectivement susceptibles d'intéresser des opérateurs économiques établis dans des États membres autres que celui dont relève l'autorité qui les attribue (point 27). Sous réserve de constater cet intérêt transfrontalier, la Cour expose que l'obligation de transparence implique un degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution (point 39). En l'espèce, au regard de la procédure suivie, les opérateurs intéressés n'avaient pu manifester leur intérêt pour la gestion du régime de prévoyance en cause avant que la décision d'extension intervienne (point 45). La Cour en conclut que la réglementation nationale doit prévoir une publicité adéquate permettant à l'autorité publique compétente de tenir pleinement compte des informations qui lui seraient soumises, relatives à l'existence d'une offre plus avantageuse (point 46). Toutefois, au regard des conséquences de cette décision, la Cour précise que les décisions d'extension intervenues avant la date de son prononcé ne sont pas concernées par les effets de cet arrêt (point 53).

CJUE, 4 février 2016, *Sebat Ince*, aff. C-336/14 (libre prestation de services, obligation de transparence et paris sportifs)

73 Les juridictions allemandes avaient constaté l'incompatibilité avec le droit de l'Union d'un monopole public sur les paris sportifs, sans néanmoins s'entendre sur les conséquences à tirer de cette illégalité en l'absence de réforme législative ou réglementaire. En l'occurrence, l'intéressée collectait en Allemagne des paris sportifs

pour le compte d'une société établie en Autriche, sans disposer d'une autorisation délivrée par l'administration allemande à cette fin. Pouvant théoriquement obtenir une telle autorisation, elle encourait une sanction pénale, dont elle contestait la compatibilité avec la libre prestation de services.

- 74 Si la Cour de justice ne remet pas en cause la possibilité d'un régime d'autorisation administrative préalable en ce qui concerne l'offre de certains types de jeux de hasard, elle relève que les critères employés doivent être objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance (point 55). Sur la base des précisions fournies par la juridiction de renvoi, elle observe qu'en l'occurrence une indétermination existe sur la procédure à suivre ou les conditions d'octroi ou refus de l'autorisation et qu'en pratique, aucune autorisation n'avait été délivrée à un opérateur privé. Est ainsi mise en cause la conformité d'une telle procédure « avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi que l'obligation de transparence qui en découle » (point 88). En conséquence, la Cour considère que le régime de monopole public sur l'organisation et l'intermédiation des paris sportifs, a perduré dans les faits (point 91). Dès lors, elle précise qu'un État membre ne peut appliquer une sanction pénale pour une formalité administrative non remplie lorsque l'accomplissement de cette formalité est refusé ou rendu impossible par cet État membre en violation du droit de l'Union (point 94).

CJUE, 19 novembre 2015, *Roman Bukovsky c/ Finanzamt Lörrach*, aff. C-241/14 (libre circulation des personnes et fiscalité)

- 75 Un ressortissant allemand a transféré son domicile en Suisse mais a continué à être imposé en Allemagne, conformément à la convention fiscale préventive de la double imposition germano-suisse, sur ses revenus de salarié provenant d'une entreprise allemande. Dans la même situation, un ressortissant suisse serait uniquement imposé en Suisse. En conséquence, une juridiction allemande s'interroge sur la compatibilité de cette différence de traitement avec les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement, énoncés à l'accord germano-suisse.
- 76 La Cour relève que le choix de l'Allemagne et la Suisse, en vue de répartir entre elles la compétence d'imposition, de différents facteurs de rattachement n'est pas en tant que tel constitutif d'une discrimination interdite (point 45). Dès lors que l'intéressé ne subit pas de désavantage fiscal par rapport aux contribuables résidant en Allemagne (point 46), la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de conclure à l'existence d'une discrimination.

CJUE, 19 novembre 2015, *Skatteverket c/ Hilkka Hirvonen*, aff. C-632/13 (libre circulation et fiscalité)

- 77 En Suède, les contribuables non-résidents sont soumis à un régime d'imposition à la source, sans droit à déduction pour les frais liés à l'acquisition et à la conservation des revenus ou pour les frais personnels. Une résidente finlandaise tirant ses revenus exclusivement de Suède s'est estimée discriminée par rapport aux résidents suédois. Elle aurait pu opter pour le régime applicable aux contribuables résidents, mais la Cour rappelle que ce choix qui lui est ouvert est dépourvu d'effet neutralisant quant à la discrimination (point 42).
- 78 La Cour de justice se réfère à sa jurisprudence antérieure suivant laquelle la situation des résidents et celle des non-résidents dans un État ne sont, en règle générale, pas comparables dans la mesure où le revenu perçu sur le territoire d'un État par un non-résident ne constitue le plus souvent qu'une partie de son revenu global. La capacité contributive personnelle du non-résident, résultant de la prise en compte de l'ensemble

de ses revenus et de sa situation personnelle et familiale, peut s'apprécier le plus aisément à l'endroit où il a le centre de ses intérêts personnels et patrimoniaux, ce qui correspond en général à sa résidence habituelle (point 31). La discrimination existe lorsque la situation personnelle et familiale d'un non-résident n'est prise en compte ni dans l'État d'emploi ni dans l'État de résidence, faute d'y percevoir des revenus (point 34). Toutefois, la Cour de justice constate en l'espèce que, par l'application d'un taux inférieur, les contribuables non-résidents sont soumis à une charge moins lourde que celle pesant sur les contribuables résidents, pour des revenus comparables (points 37 et 38). Elle relève également que le refus de reconnaître la déduction personnelle doit plutôt être accepté comme un élément inhérent au régime d'imposition à la source (point 46). Par conséquent, la discrimination n'est pas caractérisée.

CJUE, 15 octobre 2015, Gavril Covaci, aff. C-216/14 (droit à la traduction et procédures pénales)

- 79 La Cour a interprété la directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010, relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, au regard de la procédure allemande d'ordonnance pénale. Délivrée par le juge à la demande du ministère public pour des infractions mineures, cette ordonnance constitue une décision provisoire. Elle passe en force de chose jugée dès l'expiration d'un délai de deux semaines à compter de sa signification à la personne poursuivie ou son mandataire. La tenue d'un débat contradictoire est subordonnée à une opposition formée avant l'expiration de ce délai, par écrit ou sur procès-verbal auprès du greffe.
- 80 La Cour a estimé que le droit à l'interprétation et à la traduction, prévus dans la directive, ne s'opposent pas à l'interdiction de former une opposition par écrit contre cette ordonnance dans une langue autre que celle de la procédure, alors même que la personne poursuivie ne maîtrise pas cette dernière langue, sauf pour les autorités nationales à considérer une telle opposition comme un document essentiel (point 51). À cet égard, la Cour relève que l'opposition n'est pas soumise à l'obligation de motivation (point 41). Par ailleurs, le destinataire bénéficie de l'assistance gratuite d'un interprète s'il forme une opposition oralement auprès du greffe de la juridiction nationale compétente. Si le destinataire forme une opposition par écrit, il bénéficie de l'assistance d'un conseil juridique, qui se chargera de rédiger le document correspondant, dans la langue de la procédure (point 42).
- 81 La Cour ajoute que le délai de deux semaines pour faire opposition est compatible avec la directive, alors même que la personne poursuivie ne réside pas dans l'État membre concerné, « à condition que cette personne bénéficie effectivement de l'intégralité du délai imparti » (point 68), c'est-à-dire que cette durée ne soit pas diminuée du temps nécessaire au mandataire pour faire parvenir l'ordonnance pénale à son destinataire (point 67).

CJUE, 25 février 2016, Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c/ Jovanna García-Nieto, Joel Peña Cuevas, Jovanlis Peña García, Joel Luis Peña Cruz, aff. C-299/14 (prestations sociales)

- 82 Dans la lignée des arrêts Dano (gde chb., 11 novembre 2014, C-333/13) et Alimanovic (gde chb., 15 septembre 2015, C-67/14), la Cour devait se prononcer ici sur l'attribution de prestations d'assistance sociale à des ressortissants espagnols durant les trois premiers mois de leur séjour en Allemagne. Pendant cette période, les citoyens de l'Union ont en effet le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre sans autres conditions que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de

validité. Ce droit existe tant qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil (point 42).

- 83 Toutefois, se fondant essentiellement sur l'article 24 de la directive 2004/38 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, qui permet à l'État d'accueil de ne pas accorder de droit à une prestation d'assistance sociale aux ressortissants d'autres États membres pendant les trois premiers mois de séjour, la Cour valide l'exclusion opérée en ce sens par la législation allemande.

CJUE, Grde Ch., 1^{er} mars 2016, *Kreis Warendorf c/ Ibrahim Alo (C-443/14) et Amira Osso c/ Region Hannover (C-444/14)*, en présence de : *Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht (C-443/14 et C-444/14)* , aff. jointes C-443/14 et C-444/14 (prestations sociales)

- 84 Deux ressortissants syriens, ayant bénéficié du statut conféré par la protection subsidiaire, disposaient de permis de séjour assortis d'une obligation de résider dans une ville ou une région précises d'Allemagne. Le bénéfice de certaines prestations sociales était subordonné au respect de cette obligation de résidence. La Cour de justice était dès lors interrogée sur la compatibilité de cette obligation avec la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.
- 85 La Cour a considéré que cette obligation de résidence constituait une restriction à la liberté de circulation garantie par la directive (point 40). Celle-ci, en son article 33, admet néanmoins des restrictions si elles s'appliquent également aux ressortissants d'autres pays tiers résidant légalement sur leur territoire. Or, en l'occurrence, les réfugiés et ressortissants de pays tiers résidant légalement pour des raisons autres qu'humanitaires, politiques ou relevant du droit international restent libres du choix du lieu de leur résidence. La Cour admet néanmoins que l'obligation de résidence pourrait être imposée aux seuls bénéficiaires du statut conféré par la protection subsidiaire s'ils ne sont pas placés dans une situation objectivement comparable au regard de l'objectif poursuivi par cette réglementation (point 54).
- 86 En l'espèce, l'objectif de réaliser une répartition appropriée de la charge découlant du versement de ces prestations ne peut justifier la différence de traitement opérée avec les autres bénéficiaires de ces prestations (point 56). Toutefois, la solution pourrait être différente au regard de l'objectif de faciliter l'intégration des ressortissants de pays tiers dans l'État membre ayant octroyé la protection subsidiaire. En effet, si en particulier les autres ressortissants de pays tiers ne peuvent bénéficier de l'aide sociale qu'à la suite d'un séjour légal ininterrompu d'une certaine durée, ce séjour laisserait présumer qu'ils sont suffisamment intégrés (point 63). Il revient à la juridiction de renvoi de vérifier si les bénéficiaires du statut conféré par la protection subsidiaire sont davantage confrontés à des difficultés d'intégration (point 62), pouvant ainsi justifier d'être seuls soumis à l'obligation de résidence.

*

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

---

NOTES

1. Le Gouvernement a engagé la procédure accélérée sur ce projet de loi.
2. A l'heure actuelle, la loi de 2008 ne prohibe la discrimination que pour les motifs suivants : l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion, les convictions, l'âge, la perte d'autonomie, le handicap, l'orientation ou l'identité sexuelle, le sexe ou le lieu de résidence
3. Cette distinction est issue d'une ordonnance du 21 juillet 1962 qui exigeait de la part des Français de statut civil de droit local, lorsqu'ils souhaitaient demeurer français, de faire une déclaration « reconnitive » de nationalité française qui était acceptée à condition qu'ils établissent leur domicile en France.
4. Comme le rappelle Claire Landais dans ses conclusions sous l'arrêt Conseil d'Etat, 30 mai 2007, Union nationale laïque des anciens supplétifs, Req. n° 282553, AJDA 2007, p. 1408.
5. Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit
6. De manière comparable, voir : Conseil d'Etat, 30 mai 2007, Union nationale laïque des anciens supplétifs, Req. n° 282553.
7. Non seulement la loi de décembre 2013 avait ajouté une condition au droit à l'allocation de reconnaissance, mais encore était-elle d'effet rétroactif. En effet, cette loi avait vocation à remettre en cause le droit à l'allocation reconnu explicitement par le Conseil d'Etat aux harkis de droit commun, le juge administratif ayant tiré les conséquences de la décision QPC de 2011. Hormis les décisions de justice passées en force de chose jugée, les décisions de refus opposées par l'administration aux demandes d'allocations et de rentes formées par les anciens harkis, moghaznis et personnels des formations supplétives relevant du statut civil de droit commun étaient donc validées par cette loi. Pour rappel, le juge constitutionnel se fonde sur l'article 16 de la DDHC pour exercer son contrôle sur la remise en cause des situations légalement acquises. Il exige pour admettre leur validité l'existence d'un intérêt général suffisant. Or, en l'espèce, l'importance de l'enjeu financier pour les finances publiques lié à l'ouverture du droit à l'allocation de reconnaissance consécutive à la décision QPC de 2011 n'est pas démontrée. Donc, le caractère rétroactif de la loi est jugé contraire à la constitution.
8. Pour rappel, le législateur a ratifié en 2015 l'ordonnance du 26 septembre 2014 qui a reculé à 2018 le délai de mise en accessibilité de la plupart des établissements recevant du public.
9. Cette ordonnance recule non seulement l'échéance de l'exigence d'accessibilité aux établissements recevant du public (cf supra) mais également celle qui concerne l'accessibilité aux transports publics.

10. La possibilité pour des mères accompagnatrices de porter le voile dans le cadre des sorties scolaires fait l'objet à l'heure actuelle de divergences jurisprudentielles. Tandis que le TA de Montreuil a validé l'interdiction pour ces femmes d'accompagner leurs enfants en sortie (TA de Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015) le TA de Nice a récemment annulé une telle interdiction (TA de Nice, 9 juin 2015, n° 1305386)
11. Le GRETA a modifié son règlement intérieur, sans satisfaire les exigences de la HALDE, puisqu'elle a « limité » l'interdiction du port par les stagiaires de la formation continue aux seuls cas où les formations dispensées par le GRETA se déroulent dans les locaux scolaires publics aux mêmes heures que les formations initiales dispensées aux élèves du second degré : CAA de Nantes, 15 mai 2014, n° 13NT01655
12. Il est désormais à 65 ans.
13. Voir les dispositions du futur Projet de loi El Khomri, Titre III, Chapitre III sur l'adaptation du droit du travail à l'ère du numérique. Le projet de loi est directement inspiré du Rapport de B. Mettling, Transformation numérique et vie au travail, Rapport au Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, sept. 2015, Doc.Fr.
14. CJCE 25 oct. 1988, Commission c/ France, aff. 312/86, Dr. soc. 1989. 551, obs. M. T. Lanquetin et H. Masse-Dessen. ; CJCE 16 sept. 1999, Abdoulaye, aff. C-218/98, Rec. I. 5723.
15. Cf. Soc. 11 janvier 2012, n° 10-16655, Bull. civ. V, n° 8
16. Soc. 3 juillet 2012, n° 10-25.747, inédit, RDT 2012. 714 obs. E. Serverin et T. Grumbach
17. Défenseur des droits, Décision MLD n° 2016-058 et Décision cadre MLD-2016-058 relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi, 12 février 2012
18. Cf. Th. Ivainier, L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat", Paris, LGDJ, 1988,
19. Défenseur des droits, Décision cadre précitée.
20. Voir not. : F. Dubuisson, G. Poissonnier, « L'incrimination de l'appel au boycott des produits d'un État, est-elle compatible raison de l'origine avec la liberté d'expression », *La Semaine juridique*, gén., n° 50, 7 décembre 2015 ; R. Médard, « Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : La Cour de cassation tranche le débat », cette revue, décembre 2015 ; J.-B. Jacquin, « L'appel à boycotter Israël déclaré illégal », *Le Monde*, 06.11.2015 ; voir aussi I. Nyström, P. Vendramin, *Le boycott*, Presses de Sciences Po, Paris, 2015.
21. J.-B. Jacquin, *art. cit.*

RÉSUMÉS

Cette troisième édition de la chronique de droit des discriminations couvre la période du 1^{er} octobre au 31 mars 2016. Elle rend compte de l'actualité législative et jurisprudentielle relative aux discriminations. Pour consulter les deux premiers numéros : n° 1 (octobre 2014-avril 2015), n° 2 (mai 2015-septembre 2015).

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)

IOANNIS RODOPOULOS

Post-doctorant (Université du Luxembourg)