Chronique de droit des discriminations (octobre 2016-mars 2017)

Céline Chassang, Jacqueline Domenach, Thomas Dumortier, Claire
Langlais, Marjolaine Roccati, Morgan Sweeney et Marc Touillier

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3869>

DOI : 10.4000/revdh.3869

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Céline Chassang, Jacqueline Domenach, Thomas Dumortier, Claire Langlais, Marjolaine Roccati, Morgan Sweeney et Marc Touillier, « Chronique de droit des discriminations (octobre 2016-mars 2017) », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 06 juin 2018, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3869> ; DOI : 10.4000/revdh.3869

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

Chronique de droit des discriminations (octobre 2016-mars 2017)

Céline Chassang, Jacqueline Domenach, Thomas Dumortier, Claire Langlais, Marjolaine Roccati, Morgan Sweeney et Marc Touillier

1°/ - Législation et institutions

A/ – La loi « Égalité et citoyenneté »¹ (T. D.)

Ce projet de loi, présenté en Conseil des ministres le 13 avril 2016 et promulgué le 27 janvier 2017, vise à favoriser l'insertion des jeunes et s'articule autour de trois axes : généraliser l'engagement au service de l'intérêt général et accompagner l'émancipation des jeunes ; favoriser la mixité sociale et l'égalité d'accès au logement ; renforcer l'égalité réelle.

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.

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.

D'abord, le projet de loi ajoute de nouveaux motifs de discrimination prohibés à la loi de 2008. Antérieurement à la loi Égalité et Citoyenneté, l'article 1^{er} de la loi de 2008 visait les critères suivants : l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, les convictions, la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de celui qui discrimine, l'âge, la perte

d'autonomie, le handicap, l'orientation ou l'identité sexuelle, le sexe ou le lieu de résidence. Le projet de loi y ajoute : « origine », « grossesse », « situation de famille », « apparence physique », « état de santé », « caractéristiques génétiques », « mœurs », « identité de genre » (qui remplace l'« identité sexuelle »), « opinions politiques », « activités syndicales », « capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français », « patronyme ». Par ailleurs, la liste des motifs prohibés par l'article 225-1 du Code pénal, qui constitue le fondement légal des discriminations sanctionnées par le droit pénal, est calquée sur celle du nouvel article 1^{er} de la loi de 2008.

Le projet gouvernemental vise également à harmoniser les régimes de protection, qui étaient susceptibles auparavant de varier selon le motif de discrimination considéré et le domaine concerné (emploi, accès aux biens et services, etc.) : par exemple, si l'accès au logement était refusé à une personne en raison de son handicap, celle-ci ne pouvait faire reconnaître la discrimination que par la voie pénale et ne disposait pas d'un recours en responsabilité civile – et ne pouvait donc pas bénéficier de l'aménagement de la preuve prévu dans ce cadre. Encore motivé par un souci d'harmonisation, 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 de traitement 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, la nouvelle loi consacre, tout en la généralisant, 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.

A l'occasion de l'examen du texte en première lecture à l'Assemblée nationale, des députés avaient déposé un amendement destiné à expérimenter la remise d'un récépissé à la suite d'un contrôle d'identité exécuté sur le fondement de l'article 78-2 du Code de procédure pénale. La commission des finances a cependant invoqué l'article 40 de la Constitution pour déclarer irrecevable cet amendement. Bien conscient malgré tout de l'existence des « contrôles au faciès », contre lesquels le candidat François Hollande s'était engagé à lutter, le gouvernement a finalement introduit un autre dispositif expérimental : équiper d'une caméra mobile des agents de police et soumettre à l'enregistrement systématique les contrôles d'identité (art. 211 de la loi). Un décret est intervenu en avril 2017 afin de préciser les zones de sécurité prioritaires dans lesquelles aura lieu l'expérimentation.

B/ - L'action de groupe « discrimination » et la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle² (J. D.)

Si l'action de groupe a longtemps fait débat en France, elle est devenue, sous l'influence du juge administratif³ et de la doctrine, une solution nécessaire au traitement des recours sériels, en vue « d'améliorer la justice au quotidien ». Outre ces justifications d'ordre général, l'introduction de l'action collective vise aussi à répondre aux insuffisances des

procédures juridictionnelles administratives, en particulier dans le domaine de la lutte contre les discriminations⁴. Cette nouvelle action collective conduit à s'interroger sur l'efficacité de l'accès à la justice, de l'intérêt à agir des groupements et en particulier des associations, ou encore sur les conséquences de la distinction entre recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, quant à la protection des administrés et l'accessibilité au juge.

Un régime relativement complexe

La diversité des procédures appliquée à l'action de groupe « discrimination »

La loi prévoit à la fois un cadre commun aux actions de groupe et des régimes spécifiques⁵. Ainsi à côté de l'action de groupe en reconnaissance de responsabilité⁶, il est prévu par le Code de justice administrative (CJA) une action de groupe « discrimination » qui présente des aspects particuliers. Cette procédure spécifique comporte une seconde distinction, entre une action collective généraliste, en référence à la loi du 27 mars 2008 modifiée⁷ et une action spécifique relevant des discriminations imputables à un employeur public ou privé.

L'avancée des droits des personnes faisant l'objet de discriminations est à souligner en ce qui concerne la reconnaissance de leurs droits à réparation, par la voie d'une action collective en responsabilité. La solution classique de l'action des associations en matière de discriminations ne permettait pas, en effet, d'agir par la voie du plein contentieux pour faire reconnaître aux victimes un droit à indemnisation. Cette constatation permet de relever un premier obstacle de la jurisprudence pour la défense des intérêts patrimoniaux des justiciables. Trop limitée au recours en annulation des décisions administratives et non à la reconnaissance des intérêts indemnitaires des victimes, l'action des associations et autres groupements est largement insuffisante pour assurer l'effectivité de la lutte contre les discriminations⁸. Au-delà de la perspective indemnitaire, la procédure consacre également la possibilité de faire cesser tout manquement aux obligations légales ou contractuelles, soit à ces deux titres⁹.

Le champ d'application de l'action collective et la notion de discrimination

La loi de 2016 unifie le régime procédural de l'action de groupe « discrimination » en modifiant la loi de 2008 de lutte contre les discriminations. Les préconisations du Défenseur des droits ont à cet égard été largement entendues.

Il convient de faire une mention particulière au « harcèlement discriminatoire », dont la question a été soulevée par le Défenseur des droits, dans son rapport d'octobre 2015¹⁰. La loi de novembre 2016, sans retenir la notion de harcèlement « discriminatoire » en application des directives communautaires et applicable à l'ensemble des discriminations prohibées, opte pour la qualification de « tout agissement lié à l'ensemble des motifs de discrimination et pour tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

Une procédure relativement limitée

Contrairement à la recevabilité des recours exercés par des groupements, tels que définis par la jurisprudence de 1905, le législateur a tout d'abord limité les catégories de requérants habilités à agir au nom d'un groupe de personnes. Il est venu également encadrer la procédure.

Les limites relatives à la recevabilité des requérants

Tout d'abord, afin de mettre en œuvre un filtre dans l'accès à la nouvelle procédure, seuls les associations et syndicats peuvent agir devant la juridiction. Pour les associations dont le rôle est essentiel en matière de lutte contre les discriminations, le législateur pose deux limites quant à la recevabilité des groupements pour l'exercice de l'action de groupe « généraliste » : il s'agit soit d'associations agréées, soit d'associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins. L'autre limite vise l'objet statutaire du groupement : l'objet comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte¹¹. Il faudra attendre l'interprétation jurisprudentielle pour pouvoir apprécier la portée de telles limitations.

De plus, ce sont les mêmes limitations qui s'appliquent dans le cadre de la procédure spécifique en matière de discrimination à l'emploi¹². La loi précise donc les organisations habilitées à exercer une action collective. Il s'agit de « toute organisation syndicale de fonctionnaires représentative », « d'un syndicat représentatif de magistrats de l'ordre judiciaire », « de toute « association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans, intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap ». Cette définition des associations paraît suffisamment large pour penser que l'action collective pourra être efficace.

L'encadrement de la procédure

L'action collective regroupe un ensemble de personnes relevant de situations similaires. La représentation des individus est donc différente de celle de la défense assurée par les groupements dans le cadre de la jurisprudence traditionnelle. De plus, le législateur en retenant la notion d'intérêt similaire entend-il défendre une acception plus large que celle d'intérêt comparable ? Il faudra attendre les solutions jurisprudentielles pour voir préciser une telle référence.

Le législateur ne donne aucune définition du nombre de personnes concernées¹³.

Dans le silence de la loi, la règle de la décision préalable s'applique à l'action collective devant le juge administratif et impose donc au demandeur de lier préalablement le contentieux. L'engagement de l'action par l'association ou le syndicat renvoie à une procédure préalable qui impose au requérant ayant qualité à agir de procéder à une mise en demeure préalable adressée à l'auteur du dommage pour faire cesser le manquement ou/et procéder à la réparation des préjudices subis. Le développement de la médiation est ainsi au cœur du dispositif de l'action de groupe. L'introduction de cette action de négociation préalable avec l'autorité administrative concernée pourrait permettre de modifier dans le domaine de la lutte contre les comportements et actes discriminatoires de nouvelles méthodes d'action différentes des classiques recours administratifs préalables. Le précontentieux pourrait trouver un intérêt réel, délaissé largement dans le cadre des recours gracieux et hiérarchiques en matière de discrimination¹⁴. Les AAI, et en particulier le Défenseur des droits, pourraient se voir reconnaître une mission essentielle dans la médiation. La personne mise en demeure dispose d'un délai de quatre mois pour répondre à la demande. Ce n'est donc qu'au terme de ce délai que l'action de groupe pourra être engagée, faute d'irrecevabilité¹⁵. Il convient d'ajouter l'importance des règles d'information et de publicité relatives à l'action de groupe¹⁶. Le juge peut prononcer toute mesure utile pour faire cesser tout manquement, y compris prononcer une astreinte.

En ce qui concerne l'action de groupe en reconnaissance de responsabilité, le juge statue sur la responsabilité du défendeur. La réponse s'opère en deux étapes. La première étape suppose la détermination du groupe de personnes concerné par la mise en jeu de la

responsabilité, sur le fondement de critères qui restent à définir. Puis, il déterminera le montant des indemnisations, en précisant s'il s'agit « d'une application de la procédure individuelle de réparation ou de la procédure collective de liquidation des préjudices »¹⁷.

La nouvelle action en reconnaissance de droits permet à des associations et à des syndicats la reconnaissance par le juge de droits individuels en faveur d'un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt¹⁸.

2°/ - Droit administratif (T.D.)

A/ – Modulation des allocations familiales en fonction des revenus

CE, 16 novembre 2016, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Req. n° 392365

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2015 a instauré la modulation des allocations familiales en fonction des ressources du ménage ou de la personne qui a la charge des enfants. Le gouvernement revenait ainsi, selon certaines critiques, sur le « principe d'universalité » des allocations familiales, conçu comme un principe d'égalité absolue. La controverse s'est poursuivie devant le Conseil d'État, la confédération nationale des associations familiales catholiques (CNAFC), ayant exercé un recours contre le décret du 3 juin 2015 précisant les modalités d'application de cette réforme.

L'argument tiré du caractère discriminatoire du décret empruntait deux voies :

D'abord, la CNAFC tentait de faire reconnaître le caractère inconstitutionnel de la disposition législative instaurant la modulation des allocations, en se fondant sur plusieurs articles du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, 9, 10). L'article 2, en particulier, prohibe les discriminations fondées sur la fortune dans la reconnaissance des droits contenus dans ce traité. Sans surprise, le Conseil d'État rappelle que ces stipulations conventionnelles ne produisent pas d'effets à l'égard des particuliers et ne peuvent donc pas être utilement invoquées devant le juge. La Haute juridiction administrative a, en effet, toujours refusé l'effet direct des dispositions du PIDESC invoquées devant lui¹⁹.

L'autre moyen avancé par la CNAFC se situait sur le terrain du principe d'égalité.

Or, comme le rappelle le Conseil d'État, « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier ». Les chances de succès étaient minces puisque le décret ne faisait qu'appliquer la loi, elle-même d'ailleurs validée sur ce point par le Conseil constitutionnel²⁰. Le Conseil d'État devait donc ici examiner si les modalités d'application (plafonds de ressources, taux d'allocations, etc.) créaient des différences de traitement manifestement disproportionnées au regard des objectifs poursuivis par le législateur. Sa réponse est négative et le recours est donc rejeté.

B/ – Droit des étrangers et discrimination en raison du handicap

Plusieurs arrêts relatifs au droit des étrangers sont intervenus durant la période couverte par la chronique, qui révèlent des points de vue différents du Conseil d'État sur

l'existence d'une discrimination en raison du handicap. Certaines affaires concernaient la délivrance d'une carte de « résident de longue durée », tandis qu'une autre concernait le droit au regroupement familial d'un ressortissant algérien, sachant que, dans tous les cas, les demandeurs bénéficiaient de l'allocation aux adultes handicapés (AAH). Confrontés au refus de l'administration parce qu'ils ne satisfaisaient pas à l'exigence, légale ou conventionnelle selon les cas, de justifier de ressources nécessaires, les requérants se plaignaient d'être victimes d'une discrimination en raison de leur handicap.

CE, 1^{er} février 2017, M. B.A. c. ministre de l'Intérieur, Req. n° 400182

Un ressortissant algérien, bénéficiaire de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) souhaitait bénéficier du droit au regroupement familial afin de faire venir auprès de lui son épouse et son fils. Or, une stipulation de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 exige pour accorder ce droit une condition de ressources : pouvoir se prévaloir d'un revenu au minimum équivalent au SMIC. L'AAH du demandeur se situait en deçà. Par conséquent, sa demande avait été rejetée par le préfet.

Invoquant le bénéfice de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le requérant exerce un recours en cassation devant le Conseil d'État suite à ses déconvenues face aux juges du fond.

La Haute juridiction administrative se trouvait ici en face d'un conflit potentiel entre deux traités, un accord bilatéral et la convention européenne des droits de l'homme. À vrai dire, il avait déjà tranché cette question un an auparavant²¹. Dès lors, confirmant sa décision antérieure, le juge ne remet pas en cause l'accord lui-même et, pour en préserver l'intégrité, il se place sur le terrain de son interprétation. Autrement dit, ce n'est pas la stipulation de l'accord algérien que le juge met en cause mais la décision du préfet. Ce faisant, le Conseil d'État ne se situe pas sur le terrain d'une discrimination indirecte mais sur celui, plus commode, d'une discrimination directe : le préfet ne saurait, « *pour rejeter une demande de regroupement familial présentée par un ressortissant algérien qui, du fait de son handicap, est titulaire de cette allocation, se fonder sur l'insuffisance de ses ressources, sans introduire, dans l'appréciation de son droit à une vie privée et familiale normale, une discrimination à raison de son handicap prohibée par les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la CEDH* »²².

Il convient de relever ici que cette position avait été retenue à partir de 2007 par le législateur pour les ressortissants étrangers, non algériens, à l'article L 411-5 du CESEDA²³. S'il est donc largement admis que la condition de ressources opposée aux personnes handicapées constitue une discrimination lorsqu'il est question du regroupement familial, il en va autrement en matière de séjour, comme les deux arrêts suivants en témoignent.

CE, 20 juin 2016, M. B c. Préfet du Bas-Rhin, Req. n° 383333

CE, 20 juin 2016, M. A c. Préfet de Haute-Garonne, Req. n° 387796

Les requérants, ressortissants de pays tiers, avaient sollicité la délivrance d'une carte de « résident de longue durée ». Pour pouvoir bénéficier de ce statut, l'étranger doit notamment justifier de revenus suffisants pour satisfaire à ses besoins (art. L 314-8 du CESEDA dans sa rédaction alors applicable). Sur ce point, la loi ne faisait que transposer la directive du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. Le principal moyen soulevé par les requérants consistait à remettre en cause la conventionnalité de la loi de transposition et donc, indirectement, de la directive. En se fondant là encore sur les articles 8 et 14 de la CEDH, mais également sur l'article 5

de la convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), ils faisaient en effet valoir que l'exigence de revenus posée par la directive constituait une discrimination indirecte à l'égard des personnes en situation de handicap qui ne sont pas en mesure d'exercer une activité professionnelle ou ne peuvent exercer qu'une activité limitée. Ces personnes peuvent par conséquent se trouver dans l'incapacité de disposer de ressources suffisantes pour subvenir à leurs besoins sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre où elles résident.

Confrontant l'exigence de ressources posée par la directive²⁴ d'abord à l'article 8 de la CEDH, puis à cet article combiné avec l'article 14 de la même convention, le Conseil d'État estime qu'elle ne viole pas les stipulations de la Convention. Il rappelle d'abord que le refus de délivrance d'un titre de séjour de résident de longue durée ne fait pas obstacle à l'obtention d'un autre titre de séjour, ce qui ne compromettrait donc pas, selon lui, son droit au séjour et, par conséquent, le juge écarte une atteinte au respect de la vie privée et familiale. Ensuite, sur le terrain de la non-discrimination (art.14 de la CEDH et art. 5 de la CDPH), le juge estime, au terme d'une motivation particulièrement laconique, que la condition de ressources prévue par la directive « *est nécessaire et proportionnée au but en vue duquel elle a été prise* », c'est-à-dire éviter que les étrangers qui constituent une charge pour l'État ne puissent bénéficier de la possibilité de séjourner plus de trois mois dans un autre État membre, comme le permet le statut de résident de longue durée.

Saisi d'une affaire similaire, le Défenseur des droits avait eu l'occasion de déclarer que l'absence de prise en compte de la situation particulière d'une personne bénéficiaire de l'AAH, consécutive à l'exigence de ressources prévue à l'article L 314-8 du CESEDA, constituait une discrimination indirecte à l'égard des personnes en situation de handicap²⁵. Convaincu de l'existence d'une telle discrimination, le législateur a modifié en mars 2016 l'article litigieux en précisant que la condition de ressources n'est pas applicable aux demandeurs de la carte de résident qui sont titulaires de l'AAH ou de l'allocation supplémentaire d'invalidité.

C/ – Scolarisation des enfants roms

TA de Versailles, 16 mars 2017, Commune de Ris-Orangis, n° 1300665

Les enfants roms se heurtent encore bien souvent au refus des chefs de commune de les inscrire à l'école.

En l'occurrence, face à la demande de familles roms, installées sur le terrain de la commune de Ris-Orangis, de scolariser leurs enfants au sein des écoles de secteur à partir de septembre 2012, le maire avait décidé – quatre mois après la rentrée – d'accueillir les enfants au sein d'un local municipal attenant à un gymnase de la commune aménagé en salle de classe. Les enfants étaient ainsi placés en dehors de l'école. Trois enseignants avaient été affectés sur ce site par le ministère de l'Éducation nationale. Les familles des enfants avaient demandé au tribunal l'annulation de la décision du maire.

Le préfet enjoignit au maire de scolariser les enfants dans les écoles. Bien que le maire ait obtempéré le 19 février, le juge avait tout de même à connaître de la légalité de la décision du maire du 21 janvier, qui avait produit des effets durant quasiment un mois.

Les familles et les associations qui les accompagnaient dans leurs démarches judiciaires mettaient notamment en avant une discrimination fondée sur l'origine ethnique, en faisant référence à la loi de 2008 sur les discriminations, ainsi qu'à la Convention européenne des droits de l'homme. L'application de la loi de 2008 au cas d'espèce

soulevait toutefois quelques difficultés, puisque cette loi ne couvre pas l'accès au service public.

En définitive, le tribunal a constaté que le dispositif d'accueil particulier des enfants concernés avait eu pour effet de les tenir à l'écart des autres enfants scolarisés dans la commune et de les priver de l'accès aux services liés à la scolarisation, tels que les activités périscolaires. En application du principe d'égalité (et non du principe de non-discrimination), un traitement différencié des enfants ne pouvait être fondé, rappelle le juge, que sur des considérations objectives en lien avec le but poursuivi par le service public de l'éducation. Contrairement à ce qu'affirmait la commune, le dispositif n'avait pas pour objet d'évaluer le niveau des enfants pour déterminer une orientation scolaire adaptée. Il n'existait donc aucune justification objective du traitement différencié réservé à ces enfants. La décision du maire de Ris-Orangis a donc été annulée.

D/ – Concours d'accès à la fonction publique

CE, 8 juillet 2016, M. A. c. ministre de la Justice, Req. n° 392777

CE, 27 juillet 2016, M. A. c. ministre de la Justice, Req. n° 393669

Remettre en cause la décision d'un jury de concours devant le juge est le plus souvent malaisé. Le Conseil d'État leur reconnaît en effet un pouvoir souverain d'appréciation, se laissant toutefois la possibilité de sanctionner une « erreur manifeste d'appréciation ». Il a également eu l'occasion de préciser, dans une affaire mettant en cause le caractère discriminatoire d'un refus d'admission à un concours, que « s'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de contrôler l'appréciation faite par un jury de la valeur des candidats, il lui appartient en revanche de vérifier que le jury a formé cette appréciation sans méconnaître les normes qui s'imposent à lui »²⁶. Encore faut-il que le juge dispose des moyens de contrôler les éléments d'appréciation sur lesquels le jury s'est fondé pour évaluer les aptitudes du candidat.

Dans les deux cas d'espèce, les requérants souhaitaient devenir magistrats. Le premier (n° 392777) avait emprunté la voie du concours d'entrée à l'ENM. Mais, au terme de sa formation, il a fait l'objet d'une décision d'inaptitude à l'exercice des fonctions judiciaires par le jury de l'examen de classement et d'aptitude des candidats aux fonctions de magistrat. Le candidat se plaignait d'une discrimination sans que les termes de l'arrêt ne permettent de révéler au regard de quel motif. Ne relevant aucun élément de fait permettant de laisser présumer une discrimination d'une part et, d'autre part, dans la mesure où le jury ne s'est manifestement fondé que sur des critères relatifs à la manière de servir du requérant, le juge en conclut qu'il n'y a pas eu de discrimination.

Dans la seconde affaire (n° 393669), le requérant qui se prévalait d'une expérience professionnelle conséquente dans le domaine du droit avait sollicité une intégration directe dans la magistrature. Mais la commission d'avancement a émis un avis défavorable à cette intégration. À l'appui de son recours, le candidat malheureux soulève notamment le moyen tiré d'une discrimination en raison de son nom ou de ses origines. Après avoir rappelé son considérant Perreux, et l'exigence de faits laissant présumer une discrimination, la Haute juridiction relève qu'aucune pièce du dossier ne contient de tels éléments. Elle en conclut donc qu'il n'y a pas eu de discrimination.

E/ – Accessibilité universelle

CE, 6 juillet 2016, ADEP, Req. n° 387876

Dans la lignée des recours portés contre les nouvelles normes d'accessibilité pour les personnes en situation de handicap (voir la 3^{ème} édition de la chronique), celui-ci portait sur la légalité de l'arrêté du 8 décembre 2014 fixant les dispositions prises pour l'application des articles R. 111-19-7 à R. 111-19-11 du Code de la construction et de l'habitation et de l'article 14 du décret n° 2006-555 du 17 mai 2006 relatives à l'accessibilité aux personnes handicapées des établissements recevant du public situés dans un cadre bâti existant et des installations ouvertes au public. Cet arrêté a pour but d'assouplir un certain nombre de règles d'accessibilité des établissements recevant du public et des installations ouvertes au public.

Parmi les mesures contestées figurait l'article 12 qui dispense, d'une part, les hôtels ne proposant que le service de restauration du petit-déjeuner de mettre à disposition des personnes en fauteuil roulant des toilettes adaptées et, d'autre part, qui n'exige pas de mettre en place dans les locaux publics des toilettes adaptées pour chacun des deux sexes lorsqu'il existe des cabinets de toilette séparés pour chaque sexe. Selon les associations requérantes, cela créait une discrimination illégale et portait atteinte à la dignité des personnes handicapées. On relèvera au passage avec intérêt que la possibilité de dérogation à la mise en place de toilettes aménagées pour chacun des sexes remet en cause la distinction genrée des toilettes publiques, puisque la seule obligation qui pèse sur les établissements est de mettre à la disposition des personnes handicapées des toilettes adaptées, éventuellement mixtes.

Loin de se positionner sur l'éventuelle discrimination issue de ces dispositions, les juges rappellent que la loi de 2005 admet l'adaptation des modalités d'accessibilité notamment lorsqu'il y a disproportion manifeste entre les améliorations apportées par la mise en œuvre des prescriptions techniques d'accessibilité, d'une part, et leurs coûts, leurs effets sur l'usage du bâtiment et de ses abords ou la viabilité de l'exploitation de l'établissement »²⁷. Dans la mesure où les dispositions litigieuses ne remettent pas en cause l'accessibilité des toilettes, le Conseil d'État écarte ce moyen.

Finalement, les requérants ont obtenu gain de cause pour une disposition de l'arrêté qui prévoyait une dérogation à la mise en accessibilité des bâtiments présentant certaines caractéristiques rendant « impossible » l'accès aux personnes en fauteuil roulant²⁸. Or, ce nouveau motif de dérogation à l'accessibilité pour les établissements recevant du public (ERP) n'était pas prévu par la loi. Le Conseil d'État l'annule donc. En définitive, le Conseil d'État se dérobe au questionnement sur la discrimination qui était et opte pour un contrôle « plus classique » de légalité.

F/ – Pouvoirs de police

CE, 13 juin 2016, M. D et M. A c. min de l'Intérieur, Req. n° 372721

Alors que la Cour de cassation examinait en audience les contrôles au faciès le 4 octobre 2016, la Haute juridiction administrative s'est penchée quelques mois plus tôt sur l'éventuel caractère discriminatoire d'une partie du régime légal des contrôles d'identité. À l'occasion d'un recours contre le refus du ministre de l'Intérieur d'abroger l'arrêté du 22 mars 2012 relatif aux contrôles d'identité dans les ports, aéroports et gares ferroviaires

et routières, les requérants mettaient en cause la conventionnalité de la totalité de l'article 78-2 du Code de procédure pénale. Dans la mesure où seul le huitième alinéa de cet article constituait le fondement légal de l'arrêté, le Conseil d'État limite son examen à la conventionnalité de cette disposition²⁹.

Selon les requérants, étaient en cause l'absence de droit à un recours effectif, une atteinte à la liberté d'aller et venir, au respect de la vie privée ainsi qu'au principe d'égalité et de non-discrimination. Tous les moyens ainsi soulevés sont écartés par le juge. S'agissant du dernier principe – fondé sur l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux et sur les stipulations de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale – le Conseil d'État s'en tient à une analyse abstraite de la disposition litigieuse pour considérer qu'elle est parfaitement conforme « par elle-même » à ce principe³⁰, renvoyant aux services de police, sous le contrôle du juge, le soin d'en assurer la mise en œuvre sans discrimination. Ce recours aurait justement pu donner lieu à un examen des pratiques policières fondées sur cet article, en situant le problème sur le terrain de la discrimination indirecte. Mais la Haute juridiction administrative peine encore à mobiliser cette notion, incitant donc encore moins les juridictions administratives inférieures à s'en saisir.

CAA de Douai, 5 juillet 2016, Com. de La Madeleine, n° 15DA01895

La LDH avait contesté en 2011 un arrêté municipal interdisant le chiffonnage sur le territoire de la commune, mettant notamment en avant le caractère discriminatoire de la mesure à l'égard des Roms. La commune admettait pour sa part que l'interdiction avait été prise dans un contexte marqué par l'installation à proximité de la commune d'un nombre significatif de personnes d'origine « Rom ». Le Conseil d'État, intervenant en cassation pour admettre la recevabilité du recours porté par la section locale de la LDH, avait renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de Douai³¹ (CE, 4 novembre 2015, Commune de La Madeleine, Req. n° 375178) **pour statuer sur le fond. La juridiction d'appel considère d'abord que l'arrêté a pu légalement être adopté au titre des pouvoirs de police du maire, étant nécessaire à la « salubrité publique » et proportionnée au but poursuivi. La LDH avait par ailleurs soulevé le moyen tiré du caractère discriminatoire de l'interdiction qui visait, selon l'association, principalement les personnes d'origine Rom. Les juges se contentent d'observer que la mesure était rédigée en termes généraux, sans référence à une catégorie de personnes particulières, pour écarter ce moyen. En refusant de se pencher sur les effets d'une mesure de police, ils ne se donnent pas les moyens d'identifier l'éventuelle discrimination indirecte à l'œuvre dans l'application de l'arrêté.**

3°/ - Droit social (M. S.)

A/ – Serment juratoire

Cass. soc. 1^{er} février 2017, n° 16-10.459

L'exercice de pratiques religieuses dans le milieu professionnel n'en finit pas de nourrir débats animés et contentieux. À la suite de la saga des arrêts relatifs à la crèche Babyloup et aux arrêts de la CJUE du 14 mars 2017 (voir *infra*), les juridictions nationales et européennes tâtonnent toujours pour trouver le juste équilibre entre la liberté de religion des salariés, la neutralité que pourrait éventuellement imposer l'employeur et la non-discrimination en raison des convictions religieuses. Dans une espèce un peu particulière,

la chambre sociale a eu à connaître non pas de la confrontation entre une politique de neutralité imposée aux salariés et la règle de non-discrimination, mais de la neutralité affichée de l'employeur vis-à-vis des convictions de sa salariée. En effet, une salariée devait, selon la procédure en vigueur, pour pouvoir être nommée au service de contrôle de la RATP, prêter serment devant le président du tribunal de grande instance. La salariée refuse de prononcer la formule nécessaire à son assermentation, en considération de sa pratique religieuse qui lui interdit de jurer. Elle avait alors proposé une formule alternative. Toutefois, le président du tribunal de grande instance lui dénie cette faculté. Faute d'assermentation, l'employeur ne pouvant la nommer sur le poste pour lequel elle avait été recrutée, la licencie pour faute grave. La cour d'appel a considéré le licenciement justifié, l'employeur n'ayant pas à « *entrer dans le débat de savoir si la formule que proposait la salariée en remplacement de celle qu'entendait lui imposer le juge pour recevoir son assermentation aurait dû, au regard d'une certaine jurisprudence européenne ou des principes généraux du droit, être acceptée par celui-ci* ». La chambre sociale casse l'arrêt, car le texte relatif à la police des chemins de fers autorise les agents de choisir une formule conforme à leur pratique religieuse et que « *le licenciement prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée était nul* ». Alors même que c'est le président du tribunal de grande instance qui a refusé la formule alternative, l'employeur est condamné, car son licenciement repose de manière ultime sur la prise en considération de la pratique religieuse de la salariée. Le licenciement constitue donc une discrimination en raison des convictions religieuses de la salariée.

Cette décision remarquée³² est à front renversé avec celles de la CJUE du 14 mars 2017 : la juridiction européenne considère qu'une politique de neutralité ne constitue pas en soi une discrimination directe, alors que la juridiction nationale considère que la neutralité affichée par l'employeur de ne pas s'immiscer dans le débat qui a opposé la salariée au juge en constitue une. La chambre sociale contrairement à la CJUE interdit à l'employeur toute prise en considération des pratiques religieuses de la salariée et ne peut lui imposer d'agir en contrariété avec ses convictions religieuses. L'une autorise d'imposer la neutralité des salariés dans l'entreprise, alors que l'autre impose la neutralité à l'employeur à l'égard de ses salariés. La position de la chambre sociale est résolument du côté de la liberté des pratiques religieuses de la salariée, affirmant que le juge aurait dû l'autoriser à utiliser la formule alternative compatible avec ses convictions religieuses. Cette décision qui privilégie la liberté religieuse sur la neutralité est à rebours du nouvel article L 1321-2-1 du Code du travail qui autorise les employeurs à imposer une neutralité dans l'entreprise, interdisant aux salariés de faire connaître ou d'invoquer leurs convictions religieuses.

B/ – Valeurs républicaines et représentativité syndicale

Cass. soc. 12 décembre 2016, n° 16-25.793

Le respect des valeurs républicaines est l'une des nouvelles conditions posées par la loi du 20 août 2008 à la reconnaissance de la représentativité des organisations syndicales, qualité exigée à celles-ci pour participer aux négociations collectives. La position commune adoptée par la quasi-majorité des confédérations syndicales et patronales, et ayant inspiré la loi de 2008, précisait : « *Le respect des valeurs républicaines implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance* ».

Le respect de la non-discrimination, érigée en valeur républicaine, peut toutefois emporter des conséquences non négligeables sur l'action syndicale. La non-discrimination pourrait en effet faire obstacle aux actions des organisations syndicales qui s'inscrivent dans des mouvements indépendantistes ou autonomistes régionaux. Souvent, ces organisations, au-delà de la défense du patrimoine et de la culture locale, souhaitent instaurer une politique préférentielle aux salariés originaires de la région. Sans nul doute une telle préférence constitue une discrimination en raison de l'origine des salariés.

C'est ainsi que la capacité du syndicat corse STC à se porter candidate au scrutin national a été contestée par les confédérations syndicales concurrentes CFDT, CGT, CFTC et FO. En effet, la législation impose aux organisations syndicales candidates aux élections professionnelles de respecter les valeurs républicaines. Or, le syndicat STC promeut la « corsisation » des emplois, c'est-à-dire accorder une priorité, à compétence égale, aux Corses et faciliter leurs retours sur l'île de beauté. Après une première décision de cassation (Cass. soc. 9 septembre 2016, n° 16-20.605) et le rejet du recours des quatre confédérations syndicales par le tribunal d'instance de Paris, l'affaire revient devant la chambre sociale³³. Dans sa décision de rejet, elle rappelle, conformément à sa jurisprudence (Cass. soc. 8 juillet 2009, n° 08-60.599), « *que c'est à celui qui conteste le respect, par une organisation syndicale, des valeurs républicaines, d'apporter la preuve de sa contestation* ». Les juges d'instances, approuvés par la Cour de cassation, affirment qu'une telle preuve concrète n'est pas rapportée en l'espèce. Ni le constat des mentions dans les statuts, ni les déclarations publiques de membres du syndicat ou l'organisation de grèves, ni les contestations principales orientées vers des entreprises dites « continentales » ou la distribution de tracts, tous ces événements étant motivés par la « corsisation » des emplois ne suffisent pas à caractériser une telle preuve. Dès lors, on imagine mal quelle preuve pourrait être rapportée pour démontrer l'existence de pratiques concrètes contraires aux valeurs républicaines. Une telle preuve semble alors impossible.

La chambre sociale prend néanmoins soin de préciser que « *méconnaît les valeurs républicaines un syndicat qui prône des discriminations directes ou indirectes, en raison de l'origine du salarié* » et confirme donc que la « corsisation » des emplois constitue bien une politique discriminatoire. Le rappel du principe de la lutte contre la discrimination en raison de ses origines apparaît bien vain, compte tenu de la charge de la preuve (quasi impossible) qui pèse sur ceux qui invoquent la violation du respect des valeurs républicaines par une organisation syndicale. La solution contraste avec la jurisprudence « Front National de la Police » du 10 avril 1998, dans laquelle la Cour de cassation avait dénié la qualité d'organisation syndicale en raison notamment de la préférence nationale prônée dans ses statuts, et donc de son caractère discriminatoire (Cass. mixte, 10 avril 1998, n° 97-17870).

De manière évidente, par le jeu de la charge de la preuve, la Cour de cassation interdit aux juges de s'ériger en censeurs de la doctrine et des idées portées par les organisations syndicales, particulièrement à l'occasion d'élections professionnelles. Les juges laissent le soin aux électeurs de sélectionner les organisations syndicales – la STC a obtenu 52,13 % des suffrages en Corse... La Cour sacrifie la lutte contre les discriminations pour mieux garantir la liberté syndicale des organisations elles-mêmes et refuse d'endosser le rôle de directeurs des consciences (syndicales).

4°/ - Droit pénal (C. C. et M. T.).

A/ – Contrôles d'identité discriminatoires (C. C.)

Cass. crim., 3 novembre 2016, n° 15-85548

Civ. 1^{re}, 9 novembre 2016, n° 15-25875, n° 15-25873, n° 15-25872, n° 15-24214, n° 15-24213, n° 15-24212, n° 15-24211, n° 15-24210, n° 15-24209, n° 15-24208, n° 24207

Les contrôles d'identité discriminatoires, appelés contrôles d'identité « au faciès », décrivent la pratique visant le fait de « recourir à des critères d'apparence plutôt qu'au comportement individuel pour fonder la décision de contrôler l'identité d'une personne »³⁴. Et l'enquête menée par Fabien JOBARD et René LÉVY d'octobre 2007 à mai 2008 a, par exemple, montré que les personnes d'origine subsaharienne « couraient entre 3,3 et 11,5 fois plus de risques que les Blancs »³⁵ d'être contrôlées et que les personnes de type nord-africain couraient « entre 1,8 et 14,8 fois plus de risques que les Blancs »³⁶ d'être contrôlées. Si la couleur de peau est bien un facteur déterminant du contrôle d'identité, l'étude montre qu'il en est de même de la tenue vestimentaire³⁷. Ainsi, les contrôles d'identité ont pu être plus fréquents à l'encontre des personnes portant des vêtements associés aux cultures jeunes comme les styles « hip-hop », « tecktonic », « punk », « gothique »³⁸. Pourtant, les différents contrôles d'identité prévus par la loi française, principalement par l'article 78-2 du Code de procédure pénale, doivent être fondés sur des critères autres que ceux de l'apparence. Ainsi, le contrôle de police judiciaire est permis lorsqu'il existe à l'encontre d'une personne une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit ou encore qu'elle fait l'objet d'une recherche par une autorité judiciaire. Un contrôle de police judiciaire peut également faire suite à des réquisitions écrites du procureur de la République précisant le type d'infractions recherchées, le lieu et la période de temps. Quant au contrôle de police administrative, il doit être fondé sur le risque d'atteinte à l'ordre public et en particulier à la sécurité des personnes et des biens. Plus spécifiques sont les contrôles dits Schengen et les contrôles des titres de séjour prévus par l'article L 611-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). En effet, les premiers permettent, dans certaines zones frontalières, de contrôler l'identité d'une personne ainsi que son titre de séjour aux fins de prévention et de recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière. Toutefois, la loi précise qu'il ne doit pas s'agir d'un contrôle systématique et qu'il ne peut excéder six heures consécutives dans un même lieu. Les seconds obligent en réalité les personnes de nationalité étrangère à présenter leurs titres de séjour aux officiers et agents de police judiciaire, et ce, même en dehors de tout contrôle d'identité à proprement parler. Consacrant le principe posé par la Cour de cassation d'abord, dans ses fameux arrêts BOGDAN et VUCKOVIC du 25 avril 1985³⁹, et par le Conseil constitutionnel ensuite, dans sa décision du 13 août 1993⁴⁰, l'article L 611-1 du CESEDA précise – depuis la loi du 31 décembre 2012⁴¹ – que ce contrôle ne peut être effectué que « si des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger ». Entendons donc que le contrôle ne peut être fondé sur l'apparence de l'individu contrôlé sans être estampillé « au faciès ». Et si le contrôle d'identité s'avère discriminatoire, le juge peut alors l'annuler, tout comme la procédure subséquente. L'arrêt de la chambre criminelle du 3 novembre 2016⁴² en est une parfaite illustration. Agissant sur réquisitions écrites du procureur de la République aux

fins de recherche et de poursuite des infractions de trafic de stupéfiants, des infractions à caractère terroriste, de vols et vols aggravés et de ports d'armes prohibées, des policiers ont procédé au contrôle d'un « individu de type nord-africain » selon les termes du procès-verbal. Cette personne ayant fait l'objet en 2009 d'un arrêté de reconduite à la frontière, elle fut poursuivie pour l'infraction de maintien irrégulier d'un étranger en France⁴³. L'individu a donc sollicité l'annulation du contrôle d'identité et de la procédure subséquente. Pour confirmer le jugement du tribunal correctionnel, la Cour d'appel a en effet estimé que le procès-verbal ne mentionnait que l'apparence « nord-africaine » de la personne contrôlée, ce qui – à l'évidence – « ne constituait pas un motif licite de contrôle ». Rejetant le pourvoi formé par le procureur général près la Cour d'appel de Bordeaux, la Cour de cassation précisa en effet que « les mentions du procès-verbal sont de nature à faire présumer que le contrôle d'identité a été motivé par l'appartenance ethnique, réelle ou supposée, de la personne contrôlée, en méconnaissance de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Dans ces circonstances, on voit bien que le caractère discriminatoire du contrôle d'identité peut véritablement être pointé du doigt. Tel n'est pas le cas en revanche lorsque le contrôle d'identité ne débouche sur aucune procédure. Dans ce cas le problème se pose avec plus d'acuité, comme a d'ailleurs pu l'illustrer le fameux procès dit « des contrôles d'identité au faciès ». Treize personnes estimant avoir fait l'objet d'un contrôle discriminatoire avaient en effet assigné l'Agent judiciaire de l'État en réparation de leur préjudice moral sur le fondement de l'article L 141-1 du Code de l'organisation judiciaire – en raison du fonctionnement défectueux du service public de la justice. Et si les treize plaignants ont été déboutés en première instance, ce ne fut pas systématiquement le cas en appel. En effet, le 24 juin 2015, la Cour d'appel de Paris avait, dans cinq cas, condamné l'État pour faute lourde. L'État ainsi que les requérants déboutés ayant formé un pourvoi en cassation, c'était au tour de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation de se prononcer en la matière. Au détour de deux arrêts de cassation et onze arrêts de rejet, la Cour de cassation a posé les jalons d'une protection jurisprudentielle contre les contrôles d'identité au faciès. D'une part, elle reconnaît qu'un contrôle d'identité présentant un caractère discriminatoire constitue une « faute lourde résultant d'une déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi, au sens de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire » et justifie ainsi la réparation par l'État du préjudice causé. Tel est ainsi le cas du contrôle d'identité au faciès, car il repose sur « des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine, réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable ». D'autre part, la première chambre civile reconnaît la possibilité d'aménager la charge de la preuve en consacrant le « principe de la charge de la preuve partagée »⁴⁴, comme cela existe déjà en droit social⁴⁵. Ainsi, selon la Cour de cassation, celui qui se prétend victime d'un contrôle discriminatoire doit, dans un premier temps, apporter « des éléments de fait de nature à traduire une différence de traitement laissant présumer l'existence d'une discrimination ». Et, tel n'est pas le cas de la simple production d'études et d'informations statistiques qui attesteraient de « la fréquence de contrôles d'identité effectués, selon des motifs discriminatoires ». Puis, si besoin est, c'est alors, dans un second temps, « à l'administration de démontrer, soit l'absence de différence de traitement, soit que celle-ci est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Tel est le cas, par exemple, lorsque la personne contrôlée correspond au signalement d'un individu recherché⁴⁶. Si cette jurisprudence reconnaît le phénomène des contrôles d'identité au faciès, il ne s'agit que d'accorder, a posteriori, une réparation

du préjudice moral causé par un contrôle discriminatoire. De nouveau, se pose alors la question des moyens qui permettraient de lutter, en amont cette fois, contre le phénomène des contrôles d'identité discriminatoires. À l'issue de leur enquête de terrain, Fabien JOBARD et René LÉVY avaient dressé une liste de recommandations, largement reprises par la doctrine⁴⁷, par les associations⁴⁸ et par le Défenseur des Droits⁴⁹. Est par exemple recommandée la réécriture de l'article 78-2 du Code de procédure pénale pour y introduire explicitement l'interdiction de la discrimination raciale⁵⁰. Si cette modification peut revêtir une portée symbolique, il n'est pas certain qu'en pratique cela change quoi que ce soit puisque la jurisprudence tant de la Cour de cassation que du Conseil constitutionnel⁵¹ interdit déjà de tels contrôles⁵². Dans son rapport d'octobre 2012, le Défenseur des droits préconisait aussi l'identification de chaque policier par son matricule⁵³. Mais c'est surtout la question de la mise en place de récépissés qui a pu être discutée. Au regard des expériences espagnole et britannique, si cette procédure ne règle pas définitivement le problème des contrôles discriminatoires, elle semble réduire le nombre de contrôles d'identité, et partant le nombre de contrôles abusifs⁵⁴. C'est pourquoi, avant que le dispositif soit définitivement écarté, la CNCDH encourage de nouveau « les pouvoirs publics à l'envisager au moins à titre expérimental sur quelques sites pilotes »⁵⁵. D'ailleurs, comme le préconisait la CNCDH⁵⁶, la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté n'a-t-elle pas introduit, à titre expérimental, l'enregistrement audiovisuel systématique des contrôles d'identité⁵⁷ dès lors que les agents sont équipés d'une caméra mobile⁵⁸ ? Il n'y aurait alors plus qu'un pas à franchir pour mettre en place les récépissés. C'est en tout cas ce que demandent, devant la CEDH, les parties qui ont vu leur requête rejetée pour absence de contrôle discriminatoire dans le procès dit des contrôles au faciès⁵⁹. Affaire à suivre donc...

B/ – Discrimination à l'embauche fondée sur la non-appartenance à la nation française

Cass. crim., 13 décembre 2016, n° 15-82.601, inédit

La discrimination indirecte serait-elle en passe d'acquérir ses lettres de noblesse en matière pénale ? Après la reconnaissance implicite de la discrimination « par ricochet » dans un arrêt que nous avons commenté – en assimilant hâtivement cette notion à celle, en apparence voisine, de discrimination indirecte⁶⁰ – dans la précédente chronique⁶¹, la question mérite d'être posée, et bien pesée, à l'aune de l'arrêt rendu le 13 décembre 2016 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

L'arrêt fait suite à un conflit né du refus par un employeur d'une chaîne de supermarché d'embaucher une stagiaire de nationalité étrangère en raison de la nature de sa carte de séjour. La stagiaire, qui disposait d'un titre de séjour portant la mention « vie privée et familiale », porta plainte du chef de discrimination liée à un refus d'embauche contre la société et deux responsables régionaux. Elle soutenait qu'après avoir effectué un stage qui s'était révélé satisfaisant, elle avait été convoquée par le responsable de réseau en vue d'un entretien d'embauche à l'issue duquel ce dernier avait refusé de la recruter après s'être aperçu qu'elle était titulaire d'un tel titre de séjour.

Les prévenus furent cités devant le tribunal correctionnel par la candidate éconduite, un syndicat et l'association SOS Racisme-Touche pas à mon pote qui soutenaient son action. Le tribunal les déclara coupables de discrimination à l'embauche et d'offre d'emploi

soumise à condition discriminatoire. Sur l'appel des prévenus et du ministère public, le jugement se trouva toutefois infirmé par la Cour d'appel d'Amiens le 11 mars 2015.

Les juges du second degré ne remirent pas en cause le motif du refus d'embauche, qui procédait clairement d'une consigne verbale des responsables et du siège de la société, mais la confusion faite à leurs yeux par les premiers juges entre une discrimination fondée sur la nationalité de la victime et une discrimination fondée sur sa situation au regard du droit au séjour. Si dans le premier cas l'article 225-1 du Code pénal aurait pu servir de fondement à une condamnation, il en allait autrement dans le second cas, qui « *bien que procédant de la qualité d'étranger de la personne concernée, n'en diffère pas moins sur plusieurs points essentiels, au regard de leur droit au travail et de la durée de validité de leur titre de séjour, éléments qui peuvent conduire des employeurs, soumis à des obligations législatives très contraignantes en cas de perte par l'étranger de son titre de séjour, à adapter une politique de recrutement en conséquence* ». Pour réelle qu'elle soit, la discrimination opérée par la société était donc jugée admissible puisqu'elle reposait sur un critère non prévu par la loi et n'avait pas conduit à écarter la candidate en raison de sa non-appartenance à la nation française, mais à écarter « *les seuls étrangers titulaires d'une carte de séjour "vie privée et familiale"* ».

Les parties civiles critiquèrent la distinction faite par la cour d'appel entre le critère de la nationalité et le critère tiré de la situation du candidat à l'embauche au regard du droit au séjour, car elle revenait selon eux à opérer une discrimination par rapport aux nationaux. Ils invitèrent en conséquence la Haute juridiction à interpréter l'article 225-1 du Code pénal à la lumière de la loi du 27 mai 2008, autrement dit à voir une discrimination indirecte dans le fait d'opérer une distinction entre des étrangers en raison de la nature de leur titre de séjour.

La Chambre criminelle approuve cependant la décision de la cour d'appel, dès lors qu'il résulte de ses motifs « *que le refus d'embaucher la partie civile, au motif de la nature de sa carte de séjour, ne dissimulait pas, en réalité, un refus d'embauche fondé sur la non-appartenance à la nation française* ».

Le rejet des pourvois résonne à première vue comme un refus d'admettre le caractère discriminatoire d'une distinction faite entre des étrangers à raison du titre de séjour dont ils sont porteurs. Et pour cause, puisqu'une telle situation n'entre pas dans la liste maintes fois allongée des motifs discriminatoires prévue à l'article 225-1 du Code pénal. De ce point de vue, la décision pourrait légitimement susciter les regrets des étrangers demandeurs d'emploi qui disposent d'une carte de séjour « vie privée et familiale », car elle occulte le fait qu'un tel titre autorise précisément son bénéficiaire à travailler – même lorsque sa durée est limitée à un an, comme en l'espèce – et, surtout, qu'un refus fondé sur sa possession peut très bien être le ferment d'une discrimination fondée sur la situation de famille (ce qu'avaient tenté de faire valoir les demandeurs aux pourvois). La décision pourrait ainsi servir d'argument commode aux employeurs désireux d'opérer une sélection parmi des candidatures émanant de personnes étrangères.

Nonobstant sa portée limitée, puisque l'arrêt n'a pas eu les honneurs d'une publication, la solution ne doit toutefois pas être lue de manière trop restrictive. À bien y regarder, il ressort en effet des motifs de la Chambre criminelle que le titre de séjour, s'il ne peut en tant que tel constituer un motif discriminatoire au sens de l'article 225-1 du Code pénal, est néanmoins susceptible d'aboutir à une discrimination indirecte. Telle est la voie ouverte, nous semble-t-il, par la Cour de cassation lorsqu'elle précise que le refus opposé

en l'espèce « *ne dissimulait pas, en réalité, un refus d'embauche fondé sur la non-appartenance à la nation française* ».

Sans doute faut-il y voir une référence implicite au contexte dans lequel est intervenu un tel refus, la cour d'appel ayant insisté sur le fait que la société avait eu largement recours à des salariés de nationalité étrangère pour pourvoir ses postes, de sorte que la nationalité étrangère aurait été en elle-même indifférente aux discriminations pratiquées. La Cour de cassation laisse néanmoins entendre qu'il aurait pu en être différemment si le refus fondé sur le titre de séjour de la candidate avait servi de prétexte à une discrimination fondée sur la nationalité.

L'on entrevoit les signes d'une discrimination indirecte, au sens où cette pratique est définie par l'alinéa deux de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 comme une « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes* ». À supposer « neutre » la sélection faite par un employeur en considération du type de titre de séjour des candidats à une offre d'emploi⁶², ce texte permet en effet de considérer comme indirectement discriminatoire un refus fondé sur ce critère s'il entraîne, pour un motif d'ordre national ou racial par exemple, un désavantage particulier – en l'occurrence l'éviction – pour le candidat qui en fait l'objet par rapport à ses concurrents. Sous cet angle, l'arrêt du 13 décembre 2016 traduirait une nouvelle percée de la discrimination indirecte dans le champ pénal⁶³.

Reste à peser l'impact d'une telle évolution dans le champ pénal. Assurément profitable aux victimes de discriminations qui rencontrent de grandes difficultés à apporter la preuve d'agissements commis sous une forme bien souvent insidieuse – le fardeau probatoire est bien réel en matière pénale, où l'allègement de la charge de la preuve est exclu⁶⁴ –, la consécration de la discrimination indirecte devrait à présent passer par le canal du législateur⁶⁵, sans quoi elle ne manquera pas de s'entrechoquer avec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

C/ – Provocation à la discrimination, la haine ou la violence

Cass. crim., 20 septembre 2016, n° 15-83.070, Publié au bulletin

Dans un arrêt du 20 septembre 2016, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la teneur de propos tenus publiquement par un chantre de la prétendue islamisation de notre pays. Lors d'une réunion consacrée aux « *Assises internationales sur l'islamisation de nos pays* », l'individu se lança dans un discours à peine maquillé sur la « *nocence* », concept échafaudé pour désigner l'instrument du « *Grand Remplacement* » par lequel des « *voyous* » – qualifiés tour à tour de « *soldats* », de « *nouveaux venus* » ou encore de « *colonisateurs* » – s'attacheraient à rendre la vie impossible aux « *indigènes* » en les agressant de différentes manières pour mieux les forcer « *à fuir, à évacuer le terrain* » sur le modèle de « *ce que les Anglo-Saxons appellent le "Whiteflight", la fuite des blancs. Ou bien, pis encore, à se soumettre sur place, à s'assimiler à eux, à se convertir à leurs mœurs, à leur religion, à leur façon d'habiter la terre et ses banlieues qui sont l'avenir de la terre* ». Et le discours d'ajouter que « *la nocence n'est pas un phénomène qu'on peut abandonner à l'action policière ou à celle des tribunaux, dont on connaît d'ailleurs la mollesse* ».

Cette diatribe à peine voilée contre les personnes immigrées de confession musulmane valu à l'intéressé d'être poursuivi, à la requête du ministère public, devant le tribunal

correctionnel qui le condamna à une amende de 4 000 euros et à verser des dommages-intérêts au MRAP, partie civile, au titre du délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence envers un groupe de personnes à raison de leur appartenance à une religion déterminée. Pour rappel, il s'agit d'un délit de presse prévu à l'article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881, aux termes duquel « *ceux qui, par l'un des moyens [de publicité] énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

Le prévenu vit sa condamnation confirmée en appel et forma donc un pourvoi en cassation dans lequel il reprochait en substance aux juges du second degré d'avoir dénaturé ses propos, qui « *ne contenaient aucune exhortation ou incitation à commettre des actes de discrimination, de haine ou de violence ou une quelconque infraction pénale à l'égard de quiconque et encore moins à l'égard des musulmans, en sorte qu'ils relevaient de sa liberté d'expression* ».

La Cour de cassation rejette la critique et estime au contraire que la cour d'appel a déduit à bon droit d'éléments extrinsèques aux propos poursuivis, qu'elle a souverainement analysés, que « *ceux-ci visaient l'ensemble des immigrés de religion musulmane, et qu'elle a exactement retenu que lesdits propos, au prétexte d'un débat légitime sur les conséquences de l'immigration et la place de l'islam en France, en ce qu'ils présentaient tous les membres du groupe ainsi visé, assimilé au "grand banditisme" et au "crime organisé", comme des délinquants colonisant et asservissant la France par la violence, et affirmaient que cette situation ne pouvait être abandonnée "à l'action policière ou à celle des tribunaux", dès lors que les lois et les institutions chargées de les faire respecter étaient impuissantes à protéger "l'indépendance du pays" et "la liberté du peuple", tendaient, tant par leur sens que par leur portée, à provoquer autrui à la discrimination, à la haine ou à la violence* ».

Indépendamment de la condamnation du discours tenu en l'espèce, la solution doit être approuvée dans la mesure où elle traduit à la fois la vigilance du juge – du fond comme de cassation – dans l'identification du groupe de personnes visées à raison de leur appartenance à une religion⁶⁶ et dans l'établissement du caractère provocateur de ces propos émis à mots faussement couverts⁶⁷.

5°/ - Cour de justice de l'Union européenne (M. R.)

A/ - Discrimination fondée sur la religion et port du foulard en entreprise

CJUE (grande chambre), 14 mars 2017, G4S Secure Solutions (aff. C-157/15) et Bougnaoui et ADDH (aff. C-188/15)⁶⁸

Dans ces deux arrêts, la Cour de justice était saisie de l'interprétation de l'article 2 de la directive 2000/78, relatif aux notions de discriminations directes et indirectes, dans des hypothèses de port du foulard islamique dans une entreprise privée.

Dans la première affaire, était concernée la réceptionniste de l'entreprise, à qui l'employeur avait opposé une règle non écrite de neutralité vestimentaire des travailleurs, intégrée ensuite au règlement intérieur, avant de la licencier face à sa volonté persistante de porter le voile. Dans la seconde affaire, une ingénieure d'études

avait été informée dès l'embauche que le port du foulard islamique pouvait poser problème lorsqu'elle serait en contact avec les clients de la société. À la suite de la gêne que d'aucuns ont exprimée, l'entreprise a licencié l'intéressée.

Dans les deux affaires, la Cour commence par préciser que la notion de « religion » couvre tant le *forum internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions, que le *forum externum*, renvoyant à la manifestation en public de la foi religieuse.

Dans la première affaire, la Cour relève ensuite que la règle interne à l'entreprise impose, de manière générale et indifférenciée, une neutralité vestimentaire s'opposant au port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses. Elle lui refuse en conséquence la qualification de discrimination directe. Elle ajoute que l'obligation en apparence neutre pouvait aboutir, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données. Elle ne serait alors pas constitutive d'une discrimination indirecte si elle est objectivement justifiée par un objectif légitime et si les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. La Cour note que la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse doit être considérée comme légitime, à condition que cette politique soit poursuivie de manière cohérente et systématique. Elle ajoute que cette interdiction doit se limiter au strict nécessaire et viser ici uniquement les travailleurs en relation avec les clients.

Dans la seconde affaire, la Cour renvoie à la juridiction nationale le soin de vérifier l'existence d'une règle interne similaire. En son absence, la Cour relève que la différence de traitement ne constitue pas une discrimination lorsqu'elle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Toutefois, la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir ses services assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

B/ - Discrimination fondée sur le handicap : précisions sur la notion et l'action positive des États membres

CJUE, 1^{er} décembre 2016, Daouidi, aff. C-395/15

Une incapacité temporaire de travail est-elle un handicap, au sens de l'article 1^{er} de la directive 2000/78, susceptible d'entraîner l'annulation du licenciement du salarié concerné si celui-ci est jugé discriminatoire ? En réponse, la Cour rappelle que la notion de « handicap » doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs. La Cour précise que cette notion recouvre les handicaps d'origine accidentelle. Toutefois, la limitation qui en résulte doit être durable. Cette notion de durabilité doit faire l'objet d'une interprétation autonome – *i.e.* pouvant s'appliquer à des limitations qualifiées de « temporaires » en droit national. Reposant sur des éléments factuels, la Cour laisse au juge national le soin d'apprécier cette notion de durabilité. Elle lui donne toutefois des indices, tels le fait que, à la date du fait prétendument discriminatoire, l'incapacité de la personne concernée ne présentait pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme, ou le fait que cette incapacité était susceptible de se prolonger

significativement avant son rétablissement. L'appréciation doit se faire au vu de l'ensemble des éléments objectifs dont dispose la juridiction de renvoi, en particulier les documents et certificats relatifs à l'état de cette personne, établis sur la base des connaissances et des données médicales et scientifiques actuelles.

CJUE, 9 mars 2017, Milkova, aff. C-406/15

La Cour était interrogée sur la compatibilité avec l'article 7 de la directive 2000/78 d'une réglementation bulgare qui confère aux salariés atteints de certains handicaps une protection spéciale *ex ante* en cas de licenciement, sans pour autant conférer cette protection aux fonctionnaires atteints des mêmes handicaps.

Après avoir relevé que la réglementation nationale entrait bien dans le champ d'application de la disposition en cause, la Cour observe que lui sont applicables les principes généraux du droit de l'Union, dont le principe d'égalité de traitement, qui exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié. Une différence de traitement est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la réglementation en cause et qu'elle est proportionnée au but poursuivi. La Cour de justice précise que la comparaison des situations doit être fondée sur une analyse centrée sur l'ensemble des règles du droit national relatives à la protection contre le licenciement applicables aux travailleurs salariés atteints d'un handicap donné et aux fonctionnaires atteints du même handicap. En l'occurrence, la protection instaurée par la réglementation nationale repose sur le fait qu'un organe spécialisé apprécie les répercussions du licenciement sur l'état de santé du travailleur salarié concerné et décide d'autoriser ou non celui-ci. La réglementation poursuit un but lié à l'état de santé du travailleur ; il ne paraît donc pas adéquat d'en priver les fonctionnaires. La Cour renvoie néanmoins au juge national le soin d'apprécier l'ensemble des règles du droit national, pour déterminer si par ailleurs les fonctionnaires handicapés bénéficient d'un niveau de protection équivalent à ce mécanisme d'autorisation préalable.

La Cour ajoute que si le principe d'égalité de traitement n'est pas respecté, le droit de l'Union exige que le champ d'application des règles nationales protégeant les salariés atteints d'un handicap donné soit étendu, pour bénéficier également aux fonctionnaires atteints du même handicap.

C/ - Discrimination en fonction de l'âge : âge maximal pour un recrutement dans la police et pour la déduction de frais de formation, allongement d'un échelon barémique dans une convention collective

CJUE (grande chambre), 15 novembre 2016, Salaberria Sorondo, aff. C-258/15

Un ressortissant espagnol a introduit un recours pour contester la condition d'âge – 35 ans maximum – applicable au concours destiné au recrutement d'agents de la police de la Communauté autonome du Pays basque.

La Cour relève la différence de traitement directement fondée sur l'âge mais s'interroge sur l'existence de caractéristiques, liées à l'âge, constitutives d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, faisant disparaître la discrimination. En ce sens, la Cour considère que le fait de posséder des capacités physiques particulières pour

pouvoir remplir les trois missions essentielles de la police concernée, à savoir assurer la protection des personnes et des biens, garantir le libre exercice des droits et des libertés de chacun ainsi que veiller à la sécurité des citoyens, peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

La Cour rappelle un arrêt antérieur, dans lequel elle avait jugé que l'âge maximal de 30 ans applicable au recrutement d'agents d'une police locale constituait une exigence disproportionnée (voir CJUE, 13 novembre 2014, *Vital Pérez*, aff. C-416/13). Toutefois, elle relève la différence de fonctions des polices en cause, plus exigeantes en l'occurrence sur le plan physique. Elle en déduit que l'objectif consistant à maintenir le caractère opérationnel et le bon fonctionnement du service de police justifie de prendre en considération les années de service qui seront accomplies par l'agent recruté et donc de fixer un âge maximal à 35 ans pour son recrutement.

CJUE, 10 novembre 2016, *de Lange*, aff. C-548/15

En l'occurrence, la réglementation néerlandaise permet, sous certaines conditions, aux personnes n'ayant pas atteint l'âge de 30 ans de déduire intégralement de leurs revenus imposables les frais de formation professionnelle.

La Cour rattache d'abord la question à la notion d'accès à la formation professionnelle, visée à l'article 3, paragraphe 1, sous b), de la directive 2000/78, car les conséquences financières découlant de ce droit à déduction ont une incidence sur l'accessibilité effective à une telle formation.

Elle reconnaît ensuite comme légitime l'objectif avancé par le gouvernement, visant à favoriser la situation des jeunes sur le marché du travail en vue de promouvoir leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection.

Après avoir précisé qu'un tel régime semble de nature à favoriser la situation des jeunes sur le marché du travail dans la mesure où il constitue pour eux une mesure incitative, la Cour relève que les personnes âgées de plus de 30 ans ne sont pas pour autant défavorisées de manière excessive et bénéficient d'un droit à déduction des frais de formation à concurrence de 15 000 euros par an, tout en se trouvant dans une situation financière meilleure que celle de jeunes ayant quitté depuis peu le système scolaire. Par ailleurs, l'exonération totale ici contestée est limitée à une période ordinaire d'études de seize trimestres civils.

La Cour conclut que le régime d'imposition en cause est objectivement et raisonnablement justifié par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et du marché du travail et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

CJUE, 21 décembre 2016, *Bowman*, aff. C-539/15

La Cour était confrontée à une convention collective de travail nationale, en vertu de laquelle un employé, qui bénéficie de la prise en compte de périodes de scolarité aux fins de son classement dans les échelons barémiques, est soumis à un délai d'avancement du premier au deuxième échelon barémique plus long que celui qui s'applique entre les échelons suivants. Tout avancement au deuxième échelon requiert l'accomplissement d'une période de service de cinq ans, tandis que les avancements à partir de cet échelon s'opèrent chaque fois après deux ans de service. Seraient ainsi défavorisés les travailleurs plus jeunes, ne pouvant utilement se prévaloir de périodes antérieures à leur entrée en service aux fins de leur classement dans les échelons barémiques.

Toutefois, la Cour estime que l'existence d'une différence de traitement indirectement fondée sur l'âge ne saurait reposer sur ce seul constat. Les périodes de scolarité peuvent être prises en compte aux fins du classement de l'employé, indépendamment de son âge au moment de son recrutement. Par ailleurs, même si un jeune travailleur, nouvellement recruté et ne disposant que de peu d'expérience, qui demande à ce que ses périodes de scolarité soient prises en compte pour le classement dans les échelons barémiques, sera, concrètement, soumis à l'allongement du délai d'avancement au sein du premier échelon, la Cour précise qu'un travailleur plus âgé et bénéficiant d'une période de service importante au sein de l'administration qui soumet une demande identique se verra, également et au même titre, virtuellement ou rétroactivement, soumis au même allongement. La Cour en déduit que la convention collective en cause n'induit pas de différence de traitement indirectement fondée sur l'âge.

D/ - Absence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : paiement d'une prestation de survie au partenaire civil

CJUE, 24 novembre 2016, Parris, aff. C-443/15

La Cour était interrogée quant au caractère discriminatoire d'une réglementation irlandaise qui, dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnel, subordonnait le droit des partenaires enregistrés survivants des affiliés à bénéficier d'une prestation de survie à la condition que le partenariat enregistré ait été conclu avant que l'affilié n'ait atteint l'âge de 60 ans, alors que le requérant avait déjà dépassé cet âge à l'entrée en vigueur de la loi lui permettant de conclure un tel partenariat.

En réponse, la Cour relève d'abord l'applicabilité de la directive 2000/78, la prestation de survie en cause relevant bien de la notion de « rémunération », qui découle de la relation de travail entre le requérant et son employeur, le *Trinity College*.

Elle note ensuite que le bénéfice d'une telle prestation est soumis, tant pour les conjoints que pour les partenaires enregistrés survivants, à la condition que le mariage ou le partenariat enregistré aient été conclus avant le soixantième anniversaire de l'affilié. Au regard de l'impossibilité pour le requérant de se voir reconnaître son partenariat avant l'âge de 60 ans, la Cour rappelle que l'état civil et les prestations qui en découlent sont des matières relevant de la compétence des États membres. Le droit de l'Union ne contraignait pas l'Irlande à prévoir une union civile pour les couples homosexuels ou des mesures transitoires, une fois cette union civile reconnue. La réglementation en cause ne crée pas de discrimination indirecte en raison de l'orientation sexuelle de l'affilié.

E/ - Discrimination à raison de la nationalité : accès à la profession de notaire

CJUE, 1^{er} février 2017, Commission c/ Hongrie, aff. C-392/15

La liste des États membres condamnés pour avoir réservé l'accès à la profession de notaire à leurs ressortissants s'allonge. Après les arrêts rendus en grande chambre en mai 2011 (Commission / Belgique (C- 47/08, EU :C :2011 :334) ; Commission / France (C- 50/08, EU :C :2011 :335) ; Commission / Luxembourg (C- 51/08, EU :C :2011 :336) ; Commission / Autriche (C- 53/08, EU :C :2011 :338) ; Commission / Allemagne (C- 54/08, EU :C :2011 :339) , et Commission / Grèce (C- 61/08, EU :C :2011 :340)), puis dans cette lignée en septembre

2015 (Commission / Lettonie (C-151/14, EU :C:2015 :577)), c'est au tour de la Hongrie d'être sanctionnée par la Cour.

6°/ - Cour européenne des droits de l'homme (C. L.)

A/ - Discrimination fondée sur la naissance

Cour EDH, 5^{ème} section, 9 février 2017, *Mitzinger c. Allemagne*, req. n° 29762/10 ; Cour EDH, 5^{ème} section, 23 mars 2017, *Wolter et Sarfert c. Allemagne*, req. n° 59752/13 et 66 277/13

Ces deux affaires contre l'Allemagne peuvent se lire de manière combinée, puisque portant sur une même disposition de la loi allemande empêchant les enfants naturels nés avant le 1^{er} juillet 1949 et dont les pères sont décédés avant le 28 mai 2009 d'hériter. Elles sont intéressantes à deux titres : d'une part parce que la Cour constate, sur des fondements différents (respectivement l'article 8 combiné à l'article 14 pour l'affaire *Mitzinger c. Allemagne*, et l'article 1 du Protocole n° 1 combiné à l'article 14 pour l'affaire *Wolter et Sarfert c. Allemagne*), une violation de la Convention dans les deux cas ; d'autre part, car il semble intéressant de constater que trente-huit ans après l'arrêt *Marckx* (Cour EDH [plén.], 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, Rec. CEDH vol. A n° 31), il subsiste au sein des États parties des différences de traitements entre enfants naturels et enfants issus d'un mariage.

Dans aucun des deux arrêts le gouvernement allemand ne remet en cause le fait que la loi allemande crée une différence de traitement entre les enfants issus d'un mariage, les enfants nés hors mariage avant le 1^{er} juillet 1949, les enfants nés hors mariage après cette date (affaire *Wolter et Sarfert c. Allemagne*, § 66), et les enfants nés hors mariage avant le 1^{er} juillet 1949 et dont le père était résident de la RDA avant la réunification (affaire *Mitzinger c. Allemagne*, §37). La Cour ne s'intéresse donc dans ces affaires qu'aux justifications apportées à une telle différence de traitement, justifications qui, selon les formules consacrées, doivent être « légitimes » et « objectives et raisonnables ». S'agissant de la légitimité des justifications, à savoir la sécurité juridique et la protection du *de cuius* et de sa famille, la Cour confirme ce qu'elle avait déjà eu l'occasion d'affirmer dans son arrêt *Brauer* (Cour EDH, 5^{ème} section, 28 mai 2009, *Brauer c. Allemagne*, req. n° 3545/04, spéc. §41) dans lequel elle s'était déjà prononcée sur la disposition litigieuse, générant une modification du droit allemand en la matière. Dans les deux affaires récentes, la Cour insiste donc sur sa jurisprudence antérieure et sur la volonté d'éliminer toutes formes d'inégalités entre les enfants naturels et légitimes au sein du Conseil de l'Europe pour conclure que les justifications, certes légitimes, ne sont pas proportionnées au but poursuivi. La date du 1^{er} juillet 1949 crée donc une différence de traitement disproportionnée et par suite discriminatoire qu'il conviendra d'éliminer du droit allemand pour se conformer à la Convention.

B/ - Discrimination ethnique, discrimination à l'égard des minorités

Cour EDH, 2^{ème} section, 28 mars 2017, *Škorjanec c. Croatie*, req. n° 25536/14

Rendu le même jour qu'une autre décision relative à une discrimination à l'égard d'une minorité (Cour EDH, 5^{ème} section, 28 mars 2017, *Grigoryan et Sergeyeva c. Ukraine*, req. n° 63409/11), le présent arrêt traite de la question épineuse des victimes par association de

crimes de haine. En l'espèce, la requérante et son partenaire d'origine rom sont agressés dans les rues de Zagreb. Alors qu'une plainte est déposée par la police pour suspicion de crime haineux à l'égard du partenaire de la requérante, celle-ci n'est entendue qu'en qualité de témoin. Sa propre plainte sur le même fondement est rejetée, la justice croate niant le caractère raciste de l'agression subie par la requérante. Elle porte l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'Homme qui doit déterminer s'il y a eu violation des articles 3 et 14 de la Convention.

Pour le Gouvernement croate, seul le partenaire de la requérante a été discriminé, tandis que la requérante est une victime collatérale de l'agression raciste qui le visait. La Cour, pour rendre son arrêt concluant à la violation de la Convention, s'appuie sur les principes généraux qu'elle a dégagés dans sa jurisprudence désormais bien établie sur ces articles (notamment : Cour EDH, 1^{ère} section, 31 mai 2007, *Šečić c. Croatie*, req. n° 40116/02 ; Cour EDH, 2^{ème} section, 20 octobre 2015, *Balázs c. Hongrie*, req. n° 15529/12). Elle rappelle ainsi que les autorités nationales ont l'obligation de prendre toutes les mesures, lorsqu'un crime est suspecté d'avoir été commis pour des motifs racistes, permettant d'établir l'existence de motivations fondées sur des préjugés sur l'origine ethnique d'une personne (§ 35). Mais elle précise de manière particulièrement intéressante que cette obligation de rechercher un lien possible entre des attitudes racistes et un acte violent vise non seulement les victimes directes de ces actes – c'est-à-dire celles possédant ou étant perçues comme possédant certaines caractéristiques sur la base desquelles de tels actes seraient considérés comme discriminatoires – mais également les victimes par association de ces actes – c'est à dire des personnes qui ont des rapports ou sont associées à la victime directe (§66). En faisant de la sorte, la Cour affirme que ce ne sont pas les caractéristiques propres à la victime qui sont essentielles, mais bien la nature des préjugés qui ont motivé le crime de haine⁶⁹, étendant ainsi l'applicabilité de l'article 14 à des faits d'agressions discriminatoires par association⁷⁰.

C/ - Discrimination fondée sur la religion

Cour EDH, 4^{ème} section, 17 janvier 2017, *Tsartsidze c. Géorgie*, req. n° 18766/04

Les requérants sont Témoins de Jéhovah qui se plaignent de nombreuses agressions motivées par leur appartenance à cette religion : vols et destructions de matériel, insultes de la part d'officiers de police, dispersion par des officiers de police d'un rassemblement religieux dans un lieu privé, coups et menaces reçus lors d'interpellations par la police, etc. Avant tout raisonnement sur le fond, la Cour relève qu'elle ne peut considérer ces événements de manière isolée, et doit les analyser au regard du contexte général en Géorgie au moment des faits. A cet effet, elle prend comme point de départ ses propres conclusions dans l'affaire *Begheluri* (Cour EDH, 4^{ème} section, 7 octobre 2014, *Begheluri et autres c. Croatie*, req. n° 28490/02), spéc. §§ 145 et 165), dans laquelle elle a conclu que les autorités géorgiennes ont créé un climat d'impunité encourageant d'autres agressions contre des Témoins de Jéhovah dans le pays, impunité qui constitue une violation des articles 3 et 14 de la Convention. Dans la présente affaire, les requérants se plaignent d'une violation de l'article 9 combiné à l'article 14. Si la Cour déroule un raisonnement classique sur ces articles, constatant dans un premier temps l'existence d'une ingérence dans la liberté de religion, puis examinant dans un second temps le caractère nécessaire d'une telle ingérence dans une société démocratique, elle modifie quelque peu son approche lors de l'examen de la violation de la Convention pour le « cas n° 2 ». En l'espèce, des officiers de police ont dispersé un rassemblement de pratiquants des

Témoins de Jéhovah. La Cour estime que les juridictions nationales auraient dû vérifier si un motif discriminatoire existait derrière les actions des officiers de police (§ 82 : « *At no stage of the proceedings did the domestic courts make any attempt to verify a possible discriminatory motive behind the acts of the police officers. Even more to the point, they did not ask the police why, instead of dispersing the religious gathering, they had not taken any measures to ensure that the applicants' religious rights had been adequately protected via, inter alia, making sure the meeting could be conducted in a secure fashion* »). En faisant de la sorte, la Cour rapproche son discours de celui qu'elle tient habituellement sur la violation des articles 2 et/ou 3 combinés avec l'article 14. En effet, au titre de l'examen du respect du volet procédural de ces articles, la Cour enjoint aux États parties de rechercher l'existence ou l'absence de motivations, par exemple racistes, qui peuvent jouer un rôle dans le déroulé d'événements violents (Cour EDH [GC], 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, req. n° 43577/98 et 43579/98, Rec CEDH 2005-VII p. 49, spéc. § 161).

D/ - Discrimination contre les femmes, violences domestiques

Cour EDH, 1^{ère} section, 2 mars 2017, *Talpis c. Italie*, req. n° 41237/14

Dans cet arrêt, largement commenté et qui a fait débat au sein même de la juridiction européenne⁷¹, la requérante se plaint d'un manquement des autorités italiennes à leur devoir de protection contre les violences domestiques qu'elle a subies et qui ont conduit à une tentative de meurtre de la part de son conjoint sur sa personne, et au décès de son fils. La requérante et son mari sont des ressortissants moldaves qui sont venus s'installer en Italie. Elle subissait déjà des violences dans son pays d'origine. Malgré les nombreuses dispositions du droit italien permettant de lutter contre le harcèlement et les violences domestiques subies par les femmes et/ou les enfants mineurs, la Cour trouve ici une violation des articles 2, 3 et 14 de la Convention. Ce constat de violation vient contredire ce que la Cour avait elle-même conclu dans une autre décision récente visant l'Italie. Elle avait conclu à la non-violation de l'article 3 combiné à l'article 14, estimant que les autorités italiennes respectent leurs obligations positives découlant de la Convention en matière de protection des femmes contre les violences conjugales (Cour EDH, 2^{ème} section, 27 mai 2014, *Rumor c. Italie*, req. n° 72964/10, §§ 63-77). Alors que dans cette précédente affaire la Cour écartait toute argumentation sur l'existence d'une discrimination systémique à l'égard des femmes, elle conclut ici qu'en « *n'agissant pas rapidement (...) les instances nationales ont privé [la] plaignante de toute efficacité, créant un contexte d'impunité* » (§ 117) et qu'ainsi « *en sous-estimant, par leur inertie, la gravité des violences litigieuses, les autorités italiennes les ont en substance cautionnées* » (§ 145). Si la Cour ici ne renouvelle pas le raisonnement classique qu'elle tient depuis l'arrêt *Opuz* (Cour EDH, 3^{ème} section, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, req. n° 33401/02, Rec. CEDH 2009-III p. 169) sur les violences faites aux femmes, il apparaît clairement à la lecture de cet arrêt et des opinions dissidentes qui y sont jointes, que la question de la protection des femmes victimes de violences conjugales par le prisme du droit de la non-discrimination peut encore faire l'objet de débats⁷². Alors que les juges dissidents demandent à ce que les constats de violation de l'article 14 combiné avec les articles 2 et/ou 3 de la Convention relatifs aux violences conjugales soient circonscrits aux cas d'attitudes directement discriminatoires des autorités nationales, la Cour en l'espèce accepte de voir dans la seule inertie des autorités une discrimination systémique.

E/ - Discrimination fondée sur l'âge et sur le genre

Cour EDH [GC], 24 janvier 2017, Khamtokhu et Aksenchik c. Russie, req. n° 60367/08 et 961/11

Les requérants ont été reconnus coupables de diverses infractions et purgent des peines de réclusion à perpétuité en Russie. Ils allèguent d'une violation des articles 14 et 5 de la Convention, considérant que les peines de réclusion à perpétuité constituent en Russie une différence de traitement injustifiée, fondée sur le sexe et sur l'âge en raison de l'impossibilité de l'infliger à certaines catégories de personnes (les femmes notamment enceintes ou allaitantes, les hommes ou femmes âgés, les mineurs...). Au titre de l'analyse de l'analogie des situations, la Grande chambre retient comme critère de comparabilité la qualité de délinquant condamné pour une infraction d'une gravité analogue. Cela lui permet d'analyser ensuite la proportionnalité entre la différence de traitement et les objectifs poursuivis par le Gouvernement russe, à savoir : « *promouvoir des principes de justice et d'humanité voulant que la politique en matière de fixation des peines prenne en compte l'âge et les "caractéristiques physiologiques" de diverses catégories de délinquants* » (§ 70). La Cour au titre du contrôle de proportionnalité examine la marge d'appréciation accordée à l'État russe, et par suite l'existence ou l'absence d'un consensus quant à l'exclusion de certaines catégories de personnes de la réclusion à perpétuité. Elle observe ainsi qu'il existe un consensus sur l'exclusion des mineurs d'une telle peine, et qu'il en est de même pour les personnes âgées de 65 ans et plus (§§ 80-81). S'agissant de l'exclusion des femmes de ces peines, la Cour observe que divers instruments européens et internationaux relèvent la nécessité de protéger les femmes contre les violences fondées sur le sexe dans l'environnement pénitentiaire, ou encore de protéger les femmes enceintes et les mères (§ 82). Le Gouvernement russe présente d'ailleurs des données statistiques à l'appui d'une telle protection. En l'absence de consensus en matière d'exclusion des femmes de la réclusion à perpétuité, la Cour laisse une marge d'appréciation aux États parties, concluant qu'un État n'est pas tenu d'étendre cette peine à tous les délinquants (§ 87). Elle conclut donc à la non-violation des articles 14 et 5 de la Convention⁷³.

*

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

NOTES

1. Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté
2. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Voir aussi le Décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

3. Philippe Belaval, *L'action collective en droit administratif*, rapport remis au vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, 5 mai 2009
4. Face au traitement par la juridiction administrative du contentieux sériel et aux méthodes peu satisfaisantes, le Défenseur des droits s'était prononcé en faveur de la procédure d'action collective : Avis 2015-13 du 2 juin 2015 relatif à la proposition de loi n° 1699 instaurant une action de groupe en matière de discrimination du DDD
5. Le nouvel article L. 77-10-3 du CJA dispose que « Lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé d'une mission de service public, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur »
6. Florent Blanco, « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA* 2016, n° 40, pp 2256 à 2263
7. 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, modifiée par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017
8. CE 28 décembre 1906, Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges, n° 25521, Rec. P. 977
9. Art. L. 77-10-3 du CJA, al. 2
10. Rapport précité qui souligne l'importance de la transposition en droit interne des directives communautaires
11. Art. L 77-10-4 du CJA
12. Art. L. 77-11-1 et s. du CJA, Nouveau chapitre XI
13. L'art. L 77-10-3 du CJA ne fixe aucun seuil du nombre de victimes. L'action de groupe pourrait donc être recevable dès que deux personnes sont lésées. De plus la notion de personnes comprend tant les personnes physiques que les personnes morales.
14. Jean-Marc Le Gars, « La juridiction administrative saisie par la médiation », *AJDA* 2016, n° 40, pp 2272 à 2277
15. Art. L. 77-10-5 du CJA
16. Art. L. 77-10-10 du CJA
17. Art. L. 77-10-7 à 9 du CJA, Art. R. 77-10-14 du CJA
18. Olga Mamoudy, « L'action en reconnaissance de droits », *AJDA* 2016, n° 40, pp 2264 à 2271
19. Pour l'article 2, voir not : CE, 5 mars 1999, *Rouquette et Lipietz*, Req. n° 194658.
20. CC, Décision n° 2014-706 DC du 18 décembre 2014, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2015
21. CE, 15 février 2016, M. A. c. Préfet de la Haute-Vienne, Req. n° 387977.
22. Bien que l'article 14 ne fasse pas expressément référence au handicap, la Cour européenne considère que la liste des motifs de discriminations énumérés à l'article 14 revêt un caractère indicatif et non limitatif, comme en atteste l'emploi de l'adverbe « notamment ».
23. Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé la portée de cet article dans un arrêt récent : CE, 11 mai 2016, M. C. c. Préfet de police, n° 392513.
24. Conformément à sa jurisprudence CE, Section, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n° 296845
25. DDD, Décision du Défenseur des droits MLD-2014-164, 6 octobre 2014.
26. CE, 10 avril 2009, M. Haddioui, Req n° . 311888
27. Code de la construction et de l'habitation, art. L 111-7-3.
28. L'arrêté précisait que « cette impossibilité d'accès au bâtiment est avérée notamment si l'espace entre le bord de la chaussée et l'entrée de l'établissement présente à la fois une largeur de trottoir inférieure ou égale à 2,8 m, une pente longitudinale de trottoir supérieure ou égale à 5 % et une différence de niveaux d'une hauteur supérieure à 17 cm entre l'extérieur et l'intérieur du bâtiment ».

29. Les requérants invoquaient, par la voie de l'exception, la non-conformité de la totalité de l'article 78-2 du Code de procédure pénale aux traités internationaux mais le juge a précisé que « la contrariété d'une disposition législative aux stipulations d'un traité international ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre un acte réglementaire que si ce dernier a été pris pour son application ou si en elle constitue la base légale ».
30. Le Conseil d'État prend soin de rappeler qu'« il résulte des termes mêmes des dispositions litigieuses que les contrôles d'identité qu'elles prévoient (...) doivent répondre à des motifs précis d'ordre public tirés de la prévention et de la recherche des auteurs d'infraction liées à la criminalité transfrontalière ; qu'ils sont limités à des zones géographique déterminées en fonction de ces motifs et qu'ils ne peuvent excéder six heures consécutives dans un même lieu ».
31. Voir la troisième édition de la chronique (octobre 2015-mars 2016) : <https://revdh.revues.org/2098#tocto2n8>
32. MOULY, Jean, « Un nouvel exemple de licenciement discriminatoire : le refus de prestation de serment pour motif religieux », *D.* 2017, p. 550 ; HUGLO Jean-Guy et WEISSMANN Raphaël, « Le serment des agents de surveillance de la RATP et le principe de laïcité », *D.S.* 2017, p. 215 ; LOKIEC Pascal et PORTA Jérôme, « Droit du travail : relations individuelles de travail », *D.* 2017, p. 840
33. MOULY, Jean, « Le refus des discriminations en raison des origines, composante du respect des valeurs républicaines », *Dr. Soc.* 2017, p. 180
34. F. JOBARD, R. LÉVY, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, New York, Open Society Justice initiative, 2009, p. 15.
35. *Idem.*
36. *Idem.*
37. F. JOBARD, R. LÉVY, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris, op. cit.*, p. 16.
38. *Idem.*
39. *Crim.*, 25 avril 1985, arrêts *BOGDAN* et *VUCKOVIC*, *Bull. crim.* n° 159.
40. Conseil constitutionnel, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.
41. Loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.
42. *Crim.* 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-85548.
43. Article L. 624-1 CESEDA.
44. N. ANCEL, « Contrôles d'identité : de l'aménagement de la charge de la preuve à la preuve partagée », *JCP(G)*, 30 janvier 2017, n° 5, p. 199-203.
45. Voir *Cass. Soc.*, 23 novembre 1999, n° 97-42940, puis article 4 de 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.
46. Cour de cassation, Communiqué, Arrêts relatifs aux contrôles d'identité discriminatoires, 9 novembre 2016.
47. F. DESPREZ, « L'identité dans l'espace public : du contrôle à l'identification », *APC*, 2010, n° 32, p. 66.
48. GISTI, Graines de France, Human Rights Watch, La Ligue des Droits de l'Homme, la Maison pour un Développement Solidaire, Open Society Justice Initiative, le Syndicat des Avocats de France, le Syndicat de la Magistrature.
49. Le Défenseur des Droits, *Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité*, 2012, 59 pages.
50. F. JOBARD, R. LÉVY, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris, op. cit.*, p. 12. Voir également, F. DESPREZ, « L'identité dans l'espace public : du contrôle à l'identification », *art. précité*, p. 66 ; Human Rights Watch, « La base de l'humiliation » : les contrôles d'identité abusifs en

France, 2012, p. 4 ; CNCDH, « Prévention des pratiques de contrôles d'identité abusives et/ou discriminatoires », Avis du 8 novembre 2016, p. 26.

51. Voir récemment Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, M. Ahmed M. et autres [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République], §26.

52. C. CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal : étude sur la pertinence de la pénalisation*, Thèse de Doctorat en droit, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013, p. 181.

53. Le Défenseur des Droits, *Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité*, op. cit., p. 31-34.

54. *Idem*, p. 51.

55. CNCDH, « Prévention des pratiques de contrôles d'identité abusives et/ou discriminatoires », Avis du 8 novembre 2016, p. 44. Voir également, C. LAZERGES, « Pour une politique criminelle de lutte contre les contrôles d'identité discriminatoires », RSC, 2017, n° 1, p. 178.

56. CNCDH, « Prévention des pratiques de contrôles d'identité abusives et/ou discriminatoires », Avis du 8 novembre 2016, p. 41-42.

57. Article L. 241-1 du Code de la sécurité intérieure.

58. Article 211 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

59. <http://enfiniraveclescontrolesaufacies.org/Six-jeunes-hommes-saisissent-la-Cour-Europeenne-des-Droits-de-l-Homme-pour> [consulté le 13 octobre 2017].

60. Cette forme de discrimination, également qualifiée de discrimination « par association », désigne « l'hypothèse dans laquelle l'acte préjudiciable est accompli à l'encontre d'une personne à raison des caractéristiques présentes chez une autre à qui elle est associée (conjoint d'un syndicaliste, parent d'une personne handicapée, etc.) » (S. DETRAZ, « La cohérence des infractions de discrimination », *Gaz. Pal.*, 11 mai 2013, n° 131). Elle se distingue de la discrimination indirecte qui renvoie notamment à l'hypothèse dans laquelle une distinction est faite entre individus sur la base d'un critère neutre en apparence, mais qui masque en réalité un motif discriminatoire (sur ce point, v. aussi S. DETRAZ, « La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination », *Dr. pén.* 2008, étude 6).

61. Cass. crim., 21 juin 2016, n° 15-80.365 ; *Bull. crim.* n° 187 ; D. 2016, pan. 2424, obs. Th. Garé ; *Dr. pén.* 2016, comm. 136, obs. Ph. Conte ; *Gaz. Pal.*, 4 oct. 2016, obs. S. Detraz.

62. Il faut souligner à cet égard que l'alinéa deux de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 « excuse » la discrimination indirecte si l'acte qui la traduit est objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.

63. Pour un exemple de « précédent » implicite, v. Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83.710, *Bull. crim.* n° 19 ; *AJ pénal* 2009, p. 180, obs. J. Lasserre-Capdeville ; D. 2009, p. 997, note S. Detraz.

64. Sur ce point, nous renvoyons à notre contribution à la recherche collective menée par la FIND : M. TOUILLIER, « Réflexions sur l'opportunité d'étendre l'aménagement du fardeau probatoire en matière pénale », in T. GRÜNDLER, J.-M. THOUVENIN et T. DUMORTIER (dir.), *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations*, Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 245.

65. En ce sens, v. déjà S. DETRAZ, « La cohérence des infractions de discrimination », art. préc.

66. Comme le souligne Emmanuel Dreyer, « le propos était globalisant dès lors qu'il prétendait dénoncer un phénomène imputable aux immigrés de religion musulmane dans leur ensemble » (D. 2017, p. 181).

67. Pour une illustration sur des propos haineux autrement plus explicites, v. Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.922, *Bull. crim.* n° 57.

68. voir dans cette même revue T. Ufarte, « La liberté de conscience des salariés face au culte de la liberté d'entreprise prôné par la CJUE : Une nouvelle guerre de religion ? », 16 juin 2017

69. Voir notamment le commentaire de cette décision réalisé par Saïla OUALD CHAIB, « Škorjanec v. Croatia : victims of racist hate-crime "by association" protected by ECHR », in

Strasbourg Observers, 19 avril 2017, consulté le 13 juin 2017, url : <https://strasbourgobservers.com/2017/06/13/skorjanec-v-croatia-victims-of-racist-hate-crime-by-association-protected-by-echr/>.

70. Il est à noter que cette notion, présente dans le droit canadien depuis les années 1990, existe déjà devant la Cour de justice de l'Union européenne. Elle a été introduite par les conclusions de l'avocat général Maduro présentées le 31 janvier 2008 (C-303/06, ECLI:EU:C:2008:61) dans l'affaire *Coleman* ayant donné lieu à un arrêt de la Cour : CJUE, Gde Ch., 17 juillet 2008, *Coleman c. Attridge Law et Steve Law*, Aff. C-303/06. Finalement, la notion fera son apparition concrète dans un arrêt de 2015 sous l'appellation de « discrimination conjointe » : CJUE, Gde Ch., 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashita ot diskriminatsia*, Aff. C-83/14.

71. Voir notamment les commentaires de Lourdes PERONI, « *Talpis v. Italy : Elements to Show An Article 14 Violation in Domestic Violence Case* », in *Strasbourg Observers*, 19 avril 2017, consulté le 13 juin 2017, url : <https://strasbourgobservers.com/2017/04/19/talpis-v-italy-elements-to-show-an-article-14-violation-in-domestic-violence-cases/> ; et de Fleur VAN LEEUWEN, « *The 'limits of human rights law' : dissenting androcentric voices in Talpis v. Italy* », in *Strasbourg Observers*, 19 avril 2017, consulté le 13 juin 2017, url : <https://strasbourgobservers.com/2017/05/30/the-limits-of-human-rights-law-dissenting-androcentric-voices-in-talpis-v-italy/>.

72. Voir notamment les opinions dissidentes et partiellement dissidentes des juges Eicke et Spano.

73. Voir sur cette décision le commentaire réalisé par Hélène SURREL, « Possible exclusion de groupes d'individus de la réclusion à perpétuité », in *La semaine juridique - Édition générale*, n° 7-8, 13 février 2017, p. 311

RÉSUMÉS

Cette cinquième édition de la chronique de droit des discriminations couvre la période du 1^{er} octobre 2016 au 31 mars 2017. Elle rend compte de l'actualité législative et jurisprudentielle relative aux discriminations durant cette période.

AUTEURS

CÉLINE CHASSANG

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre – membre du CDPC

JACQUELINE DOMENACH

Professeur en droit public à l'Université Paris Nanterre – membre du CRDP

THOMAS DUMORTIER

Docteur en droit public – membre du CREDOF

CLAIRE LANGLAIS

Doctorante en droit public à l'Université Paris Nanterre – membre du CREDOF

MARJOLAINE ROCCATI

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre – membre du CEJEC

MORGAN SWEENEY

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Dauphine – membre de l'IDD

MARC TOUILLIER

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre – membre du CDPC