

Paris, le 12 décembre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-297

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne des droits de l'homme et notamment ses articles 8 et 9 combinés à son article 14 ;

Vu les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal ;

Vu 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 ;

Saisi par Madame X au sujet du refus qui lui a été opposé au cours de son séjour au sein de l'établissement Y de Z de nager en burkini dans la piscine de l'établissement.

Décide de recommander à la direction de l'établissement Y d'une part, de modifier le règlement intérieur applicable aux établissements de bain du village de Z et de l'ensemble des autres villages afin d'en rendre le code vestimentaire non-discriminatoire et d'autre part, d'indemniser Madame X de son entier préjudice.

Le Défenseur des droits lui demande de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de six mois à compter de la date de notification de la présente décision.

La présente décision est transmise pour information à la ministre des sports.

Jacques TOUBON

Recommandations

au titre de l'article 25 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011

1. Le Défenseur des droits a été saisi de la réclamation de Madame X au sujet du refus qui lui a été opposé au cours de son séjour au sein de l'établissement Y de Z de nager en burkini dans la piscine de l'établissement.
2. Madame X a séjourné auprès du l'établissement Y de Z du 8 au 22 juillet 2017. Lors de la première semaine de son séjour, elle dit s'être baignée dans la piscine de l'établissement en portant un burkini.
3. Le règlement intérieur de la piscine, alors en vigueur depuis de nombreuses années et applicable à tous les villages de vacances Y en France, prévoyait seulement : « en application des règles d'hygiène, il est interdit de se baigner habillé. Seuls les slips de bain pour les hommes et les maillots de bain pour les femmes sont autorisés. De plus, les baigneurs doivent se présenter en tenue décente dans l'enceinte de la piscine (...). Toute personne contrevenant à ces dispositions se verra interdire l'accès à l'enceinte de la piscine ».
4. Madame X fait l'objet d'injures par des vacanciers qui l'auraient traitée de « Daech » en présence du directeur, de son adjoint, de certains employés et d'autres vacanciers.
5. A partir du 14 juillet 2017, le directeur de l'établissement lui remet un nouveau règlement intérieur. L'article 3 du nouveau règlement intérieur dédié à la « tenue des baigneurs » est complété afin de préciser que « la baignade en burkini, bermuda, tee-shirts à manches courtes et longues ou combinaison de plongée est strictement interdite (...) ».
6. Compte tenu de cette nouvelle mention expresse, Madame X n'a plus pu se baigner dans la piscine de l'établissement. Un surveillant aurait été mis en place afin de faire respecter le règlement.
7. Saisi par Madame X, le Collectif contre l'islamophobie en France aurait cherché en vain à faire annuler cette nouvelle disposition du règlement intérieur et à obtenir réparation au nom et pour le compte de la réclamante.
8. En réponse à l'enquête du Défenseur des droits, Monsieur A, Délégué général de l'établissement Y, explique que le premier règlement intérieur avait fait l'objet d'une rédaction plus précise en juillet 2017 afin de tenir compte « notamment des spécificités des combinaisons intégrales et des nouveaux articles textiles qui ne peuvent, pour des raisons d'hygiène, être utilisés pour la baignade dans nos équipements ». Il précise que la taille des installations privées est réduite et sans comparaison possible avec d'éventuels bassins de baignade publique. En conséquence, l'établissement Y a fait le choix de n'autoriser qu'un nombre restreint de tenues vestimentaires et d'interdire les tenues qui pourraient être utilisables dans d'autres circonstances que la baignade (bermudas, caleçons, tee-shirts, etc). Il est apparu nécessaire d'apporter une clarification du règlement intérieur « afin d'éviter tout quiproquo » et de « faciliter le travail des directeurs et des équipes ». Toute règle édictée peut paraître pour certains restrictive de libertés, mais c'est dans un esprit constructif permettant de bien vivre-ensemble qu'elle est élaborée.

9. Il précise : « le seul reproche qui pourrait semble-t-il nous être opposé, serait celui d'avoir complété ce règlement intérieur en cours de saison, ce qui aurait évité à Madame X d'imaginer que nous l'avions édicté uniquement pour son cas particulier ». Bien qu'intervenant au cours de son séjour, la modification du règlement intérieur de la piscine n'a pas eu vocation à répondre aux plaintes des vacanciers au sujet de sa présence en burkini. Les baignades étant règlementées depuis longtemps, cette modification était due « simplement la nécessité d'une adaptation à de nouveaux comportements vestimentaires ».
10. Concernant les propos outrageants qui ont pu être tenus par certains vacanciers, Monsieur A explique qu'il ne peut pas en porter la responsabilité, qu'il n'en partage pas la teneur et que son directeur les a fait immédiatement cesser. Il affirme également que son personnel n'a pas répondu aux provocations ni aux sollicitations.
11. En réponse à une note récapitulant les éléments de fait et de droit pouvant conduire le Défenseur des droits à présumer l'existence d'une discrimination, le conseil de l'établissement Y, Maître B, précise dans un courrier du 19 septembre 2018, que dans un souci d'apaisement, le règlement intérieur a de nouveau été modifié en 2018. Il prévoit désormais que « seuls les slips de bain pour les hommes et les maillots de bain, 1 pièce ou 2 pièces standards, pour les femmes, sont autorisés. En conséquence, la baignade avec tout autre vêtement que ceux cités ci-dessus est strictement interdite ».
12. Maître B estime que même si la Convention européenne des droits de l'homme a un effet horizontal et s'applique entre particuliers, il n'appartient pas à l'établissement Y d'être condamnée, en lieu et place de l'Etat, compte tenu de l'incertitude juridique entourant la question du burkini et d'une carence législative. Il explique notamment que des arrêtés municipaux dans des communes limitrophes à celle du village de vacances de Z, prohibent directement ou indirectement le port du burkini. Même à supposer qu'ils soient illégaux, de nombreux habitants et vacanciers considèrent l'interdiction du burkini comme normale. En outre, il affirme que la plupart des règlements intérieurs des piscines interdisent la baignade en burkini pour des considérations d'hygiène et de sécurité.
13. En outre, il sollicite du Défenseur des droits une qualification plus nuancée des faits en excluant le terme de discrimination qui préjudicierait à l'image de l'établissement Y. Il explique que le règlement intérieur de la piscine de l'établissement Y n'a pas été conçu pour limiter la liberté religieuse mais afin d'assurer le vivre-ensemble et le respect de l'ordre public, de la laïcité ainsi que les règles d'hygiène et de sécurité.
14. Le Défenseur des droits a interrogé l'agence scientifique et d'expertise du champ sanitaire, SANTE PUBLIQUE FRANCE ainsi que le ministère des sports au sujet de la compatibilité ou de l'incompatibilité du port d'un burkini avec les normes d'hygiène et de sécurité prévues par la réglementation en vigueur dans les établissements d'activités physiques et sportives.
15. Par courrier reçu le 4 avril 2018, SANTE PUBLIQUE FRANCE a fait savoir que cette question ne relevait pas de son champ de compétence.
16. Par courrier reçu le 15 mai 2018, la direction des affaires juridiques du ministère des sports a fait savoir que les établissements organisant la pratique d'activités aquatiques et de baignades, tels que les piscines, étaient principalement gérés par les collectivités territoriales et en grande majorité par les communes. Les personnes fréquentant ces bassins peuvent être considérées comme des usagers du service public vis-à-vis desquels il n'existe pas de législation restrictive quant au port d'une tenue qui

s'apparenterait à un motif religieux. La manifestation de la liberté de conscience prime ainsi, tant qu'elle ne trouble pas l'ordre public.

17. Le Code du sport et le Code de la santé publique imposent des règles sanitaires, de sécurité et de surveillance à ces établissements. Pour autant, aucune disposition législative ou réglementaire ne traite spécifiquement des tenues vestimentaires. Ce point est laissé à l'appréciation des établissements et de leurs exploitants dans le cadre de leur règlement intérieur.
18. Le ministère des sports précise néanmoins que « des règles qui imposeraient le port d'une tenue adaptée à la pratique sportive, en visant directement ou indirectement l'interdiction du port du burkini, ne pourraient être légales que sur la base de raisons objectives telles que l'hygiène et/ou la sécurité, mais aussi démontrables afin de ne pas aboutir à une discrimination indirecte pour des raisons religieuses ».

FONDEMENTS et ANALYSE JURIDIQUES

19. A titre préliminaire, il convient de relever que le terme de burkini est une contraction de burqa et de bikini. Il s'agit d'un vêtement composé de deux ou trois éléments, et couvrant l'ensemble du corps de la femme, à l'exception du visage, des mains et des pieds. Ce justaucorps en lycra comprend un pantalon, une tunique à manches longues et une cagoule couvrant la tête et le cou, cette dernière étant soit détachée soit intégrée à la tunique. La face d'une personne portant un burkini reste visible contrairement à la burqa ou au niqab.
20. Mise à part la proportion de tissu utilisé, le burkini est constitué de la même matière que les maillots de bain classiques d'une ou de deux pièces. Il s'agit généralement d'un mélange d'élasthanne (lycra) et de polyamide (nylon). Il est conçu pour le milieu aquatique et élaboré afin de se conformer aux normes d'hygiène des piscines.

Les droits et libertés fondamentaux

La liberté religieuse, le droit au respect de la vie privée et les principes de non-discrimination fondée sur le sexe et la religion

21. Le Défenseur des droits tient à rappeler au préalable que le droit international accorde une protection particulière à l'égard des femmes qui pratiquent des activités sportives, notamment contre toute forme de discrimination. Cette protection a ainsi vocation à s'appliquer aux femmes musulmanes.
22. Conformément à l'article 13 c) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, que la France a ratifiée en 1983, « les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans d'autres domaines de la vie économique et sociale, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits et, en particulier, (...) le droit de participer aux activités récréatives, aux sports et à tous les aspects de la vie culturelle ».
23. Le droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme englobe non seulement l'intégrité physique et morale de la personne, mais aussi le droit à l'identité et à l'autodétermination personnelles ⁽¹⁾. Ainsi, les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir et le

⁽¹⁾ CEDH 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n°2436/02 et CEDH, Grande chambre, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n°6339/05

port de certains vêtements, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH ⁽²⁾. Les signes religieux constituent d'ailleurs une partie intégrante de l'identité de ceux qui les portent ⁽³⁾.

24. Toutefois, lorsqu'une personne est empêchée de porter dans l'espace public un vêtement que sa pratique d'une religion lui dicte de revêtir, elle soulève avant tout un problème au regard de la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions.
25. La liberté religieuse est une liberté fondamentale consacrée par le droit constitutionnel français ainsi que le droit international et européen. Cette liberté recouvre à la fois la liberté de conscience et la liberté d'exprimer ses convictions, notamment par le port d'un vêtement ou d'un accessoire religieux.
26. D'une part, l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre établi par la loi ». L'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction (...) de religion ». De plus, ce même article précise que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » qui « respecte toutes les croyances ». Il garantit ainsi la neutralité de l'Etat en matière de religion et consacre le principe de la liberté religieuse des usagers.
27. D'autre part, la liberté religieuse est garantie par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 14 de cette même Convention interdit également toute discrimination fondée sur la religion dans la jouissance des droits et libertés de la Convention.
28. Conformément à l'article 9-2 de la Convention européenne des droits de l'homme, « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».
29. Les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal interdisent la discrimination lorsqu'elle consiste soit à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service en raison de l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une religion déterminée, soit à la subordonner à cette condition discriminatoire.
30. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, l'article 2-3° de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 interdit toute discrimination fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une religion déterminée en matière d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services. Ce principe ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés.
31. Ainsi, contrairement à ce qu'affirme Maître B, les discriminations religieuses ne sont pas exclusivement prohibées par le droit pénal. Ces situations relèvent également du

⁽²⁾ CEDH 1^{er} juillet 2014 *SAS c/ France*, Req. n° 43835/11 ; v. également *McFieley et autres c/ Royaume-Uni*, no 8317/78, décision de la Commission du 15 mai 1980, DR 20, p. 44, § 83, et *Kara c/ Royaume-Uni*, no 36528/97, décision de la Commission du 22 octobre 1998, non publiée

⁽³⁾ CEDH 1^{er} juillet 2014 *SAS c/ France*, Req. n° 43835/11 et CDH 27 sept. 2011 *Ranjit Singh c/ France* (Communication n°1876/2009)

droit international, du droit constitutionnel mais aussi du droit civil ou administratif. De surcroît, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme s'applique aux particuliers dans leurs relations horizontales. Le Défenseur des droits est dans son rôle en qualifiant une situation comme discriminatoire, si tel est le cas. C'est précisément l'une des missions qui lui a été dévolue au terme de l'article 4 de la loi organique n° 2011-333. Il agit dans le cadre de la loi et se prononce en droit. Il n'a pas à rechercher une autre qualification plus nuancée.

32. La liberté de pensée, de conscience et de religion a été consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme comme l' « une des assises de la société démocratique » ⁽⁴⁾. « Les juges voient dans la liberté religieuse un élément vital contribuant à former l'identité des croyants et leur conception de la vie. En réalité, la Cour européenne des droits de l'homme a élevé la liberté de religion au rang de droit substantiel de la Convention » ⁽⁵⁾.
33. La protection de la liberté religieuse ne se limite pas à ce qui relève du for intérieur. Même si, selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, elle relève « avant tout de la pensée et de la conscience de chacun, la liberté de religion comprend la liberté de manifester sa croyance, seul et en privé, mais aussi de la pratiquer en société avec autrui et en public. Une conviction religieuse peut se manifester par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites » ⁽⁶⁾. Tel est le cas par exemple des actes de culte ou de dévotion qui relèvent de la pratique d'une religion ou de convictions sous une forme généralement reconnue. Toutefois, la « manifestation » d'une religion ou d'une conviction ne se limite pas aux actes de ce type.
34. L'on ne saurait donc exiger la preuve que tel individu prouve qu'il est pratiquant ou qu'il démontre que sa foi lui dicte de porter tel ou tel signe ou vêtement. Ses déclarations suffisent à cet égard, dès lors qu'il ne fait pas de doute qu'il s'agit là pour lui d'une manière de vivre sa religion et que l'on peut y reconnaître une pratique d'un mouvement identifié. La circonstance qu'une pratique soit minoritaire est sans effet sur sa qualification juridique.
35. En conséquence, dans la mesure où une personne estime obéir à un précepte religieux et manifeste, par ce biais, sa volonté de se conformer aux obligations de sa religion, « l'on peut considérer qu'il s'agit d'un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction » ⁽⁷⁾. L'existence d'un « lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine » doit être établie *in concreto* mais il ne doit pas être prouvé que la personne agisse conformément à un commandement de la religion en question ⁽⁸⁾.
36. La Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions françaises ainsi que le Défenseur des droits ⁽⁹⁾ retiennent ainsi une conception personnelle ou subjective de la liberté de religion.

⁽⁴⁾ CEDH 25 mai 1993 *Kokkinakis c/ Grèce*, Req. n°14307

⁽⁵⁾ Division de la Recherche, Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion, Conseil de l'Europe, 2011 mis à jour en 2013 ; http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_FRA.pdf

⁽⁶⁾ Pour un exemple, CEDH 15 janvier 2013 *Eweida et al c/ Royaume-Uni*, Req.n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10

⁽⁷⁾ CEDH 10 novembre 2005 *Sahin c/ Turquie*, Req. n° 44774/98

⁽⁸⁾ CEDH 15 janvier 2013 *Eweida et al. c/ Royaume-Uni*, Req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10

⁽⁹⁾ V. CE (ord.) 26 août 2016, n°402742 et CE (ord.) 26 septembre 2016, n° 403578 ; par ex Délibération HALDE n° 2008-193 du 15 septembre 2008 (burqa) et Décision du Défenseur des droits n° 2018-13 (foulard)

37. Madame X explique qu'elle porte un burkini pour des raisons religieuses. Il n'y a pas de raison de douter que le port de cette tenue correspond à une manifestation sincère de sa religion musulmane. Compte tenu de sa conviction, Madame X a été privée de toute possibilité de nager dans la piscine de l'établissement pendant une partie de son séjour de vacances alors qu'elle avait payé pour avoir accès à ce service pour toute la durée de ses vacances.

Le cadre juridique des limitations à la liberté religieuse

Des restrictions prévues par la loi

38. La Cour européenne des droits de l'homme adopte une approche extensive et matérielle de la notion de « loi », de sorte qu'elle vise l'ensemble du droit en vigueur, qu'il soit législatif, réglementaire, jurisprudentiel ou encore constitutionnel ⁽¹⁰⁾.

39. En revanche, le droit constitutionnel français apparaît plus exigeant car il impose une loi au sens formel du terme. En effet, conformément à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

40. Or, le port du burkini n'est pas interdit, en tant que tel, par la loi française.

41. Dans la mesure où il laisse la face visible, il ne tombe pas sous le coup de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

42. Il n'y est pas fait davantage mention dans les dispositions législatives et réglementaires du Code de la santé publique (articles L. 1332-1-1 et ss et D. 1332-1 et ss) ou du Code du sport (art. L. 322-1 et ss et R. 322-1 et ss) qui sont relatives aux règles d'hygiène et de sécurité applicables aux établissements de bain. Il convient de rappeler que ces normes d'hygiène s'appliquent à tous les établissements de bain, quelle que soit leur taille, qu'ils soient privés ou publics, à la seule exception des piscines réservées à l'usage personnel d'une famille, les piscines thermales ou strictement médicales. L'ensemble des normes réglementaires applicables ont trait à la qualité de l'eau et non à la tenue des baigneurs.

43. Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur l'interdiction du burkini sur les plages. Son approche s'inscrit dans la lignée de sa jurisprudence *Abbé Olivier* ⁽¹¹⁾ concernant

⁽¹⁰⁾ CEDH 20 mai 1999 *Rekvényi c/ Hongrie*, Req. n°25390/94 ; Ainsi, la Cour a jugé qu'il y avait une base légale suffisante en droit interne s'agissant de l'exclusion de deux collégiennes après avoir refusé de retirer leur foulard pendant les cours d'éducation physique et sportive et ce, avant même l'adoption de la loi du 15 mars 2004 encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Elle s'est appuyée sur le fait que les règles étaient accessibles car elles se fondaient sur des textes régulièrement publiés et la jurisprudence constante du Conseil d'Etat. En outre, en signant le règlement intérieur lors de leur inscription au collège, les requérantes avaient eu connaissance de la teneur de la réglementation litigieuse et s'étaient engagées à la respecter, avec l'accord de leurs parents. En conséquence, « les requérantes pouvaient prévoir, à un degré raisonnable, qu'au moment des faits, le refus d'enlever [leur] foulard pendant les cours d'éducation physique et sportive pouvait donner lieu à [leur] exclusion de l'établissement pour défaut d'assiduité », de sorte que l'ingérence pouvait être considérée comme étant « prévue par la loi » (CEDH 4 décembre 2008 *Dogru c/ France*, no [27058/05](#) et *Kervanci c/ France*, n°[31645/04](#)). En Hongrie, la Cour constitutionnelle a d'ailleurs eu l'occasion d'annuler, le 11 avril 2017, un arrêté municipal relatif à des « règles de cohabitation commune » interdisant le port des burkinis dans les lieux publics. Elle a jugé que les conseils municipaux n'étaient pas autorisés à adopter une réglementation qui porterait atteinte ou limiterait les droits fondamentaux, ces questions ressortant du domaine de la loi. Elle a conclu au caractère inconstitutionnel de cette mesure qu'elle a annulée rétroactivement ; Decision No. II/2034/2016 du 11 Avril 2017; *European Equality Law Review*, 2017/2, p. 94

⁽¹¹⁾ CE, 19 févr. 1909, n° 27355 : Rec. CE 1909, p. 181, le Conseil d'Etat relevant que cette mesure n'était « pas strictement nécessaire au maintien de l'ordre » et qu'il appartenait aux maires de « respecter les habitudes et traditions locales » conformément à la loi de 1887 sur les pompes funèbres.

l'annulation d'un arrêté municipal prohibant des processions religieuses lors de funérailles où étaient portés des habits sacerdotaux.

44. Dans deux ordonnances de référé des 26 août (n°402742) et 26 septembre 2016 (n° 403578), la haute juridiction a rappelé que le maire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs de police, édicter des dispositions qui interdisent l'accès à la plage et la baignade à des femmes portant un burkini alors qu'elles ne reposaient ni sur des risques avérés de troubles à l'ordre public ni, par ailleurs, sur des motifs d'hygiène ou de décence ⁽¹²⁾.
45. La haute cour administrative a ainsi ordonné la suspension de l'exécution des arrêtés municipaux litigieux au motif qu'ils portaient « une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle ». Elle a rejeté les arguments avancés par les maires pour interdire le burkini tels que la laïcité, les bonnes mœurs ou l'égalité entre les hommes et les femmes ». Elle a également relevé que « l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet [2016] ne sauraient suffire à justifier légalement » la mesure d'interdiction du port du burkini sur la plage.
46. L'établissement Y se plaint d'une carence de la loi et de l'incertitude juridique qui entourent la question du port du burkini dans les piscines en ajoutant qu'il est « hasardeux » de transposer la jurisprudence administrative relative au burkini sur les plages au cas du port du burkini dans les piscines. Il estime qu'il ne peut pas être condamné en lieu et place de l'Etat sur cette question.
47. Or, justement, ni le législateur français, ni les juridictions dans le contexte balnéaire en tout cas, ne semblent avoir souhaité et permis, à ce jour, l'interdiction de principe du burkini.
48. Le Défenseur des droits estime que la jurisprudence de la haute cour administrative concernant l'interdiction du burkini sur les plages constitue un précédent jurisprudentiel pertinent. L'analyse du Conseil d'Etat est transposable à l'interdiction de ce vêtement dans les piscines lorsque des arguments tirés de l'ordre public, la laïcité, l'égalité femmes - hommes sont évoqués pour la justifier. En revanche, l'analyse de la compatibilité de ce vêtement avec les normes d'hygiène et de sécurité des piscines apparaît spécifique.
49. L'établissement Y estime cependant qu'une incertitude juridique demeure au sujet des burkinis. Il s'appuie sur un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille du 3 juillet 2017 (n° 17MA01337) autorisant l'interdiction du port du burkini dans la commune de Sisco ainsi que sur l'existence de règlements municipaux prohibant le port du burkini dans des communes proches du village de vacances de Z.
50. Le Défenseur des droits estime au contraire que la jurisprudence est claire et stabilisée s'agissant du burkini sur les plages. L'arrêt de la Cour administrative d'appel, dont le pourvoi a d'ailleurs été refusé par le Conseil d'Etat le 14 février 2018 (N° 413982), n'est

⁽¹²⁾ En revanche, à Sisco, en Haute-Corse, des actes de violence ont été constatés ce qui a légalement justifié, pour ce motif tiré du risque avéré de trouble à l'ordre public, que le maire de la commune interdise l'accès aux plages et à la baignade à toute personne n'ayant pas « une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et de la laïcité » ; Les juridictions de première instance et d'appel ont rejeté les recours dirigés contre cet arrêté (TA de Bastia, 26 janvier 2017, n° 1600976 et CAA de Marseille, 3 juillet 2017, n° 17MA01337). Le Conseil d'Etat a refusé l'admission du pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille, estimant qu'il n'avait pas à remettre en cause les constats de fait effectués par les juges du fond dans l'exercice de leur pouvoir souverain. Or, les moyens du pourvoi tendaient à remettre en cause directement ou indirectement l'appréciation souveraine des juges du fond (CE, 14 février 2018, *Ligue des droits de l'homme*, n° 413982).

pas en contradiction avec les ordonnances mentionnées *supra* : ce sont les circonstances particulières tirées des risques de troubles avérés à l'ordre public survenus sur le territoire de cette commune qui ont pu justifier l'interdiction temporaire du port du burkini sur les plages de cette commune.

51. Le fait que des arrêtés municipaux illégaux aient été adoptés dans un périmètre géographique proche du village Y est sans incidence sur la clarté et la prévisibilité de la loi.

Des restrictions justifiées et proportionnées

52. L'article 9 de la CEDH ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou ses convictions ⁽¹³⁾. Aussi, la Convention ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction religieuse. Diverses limitations au droit de manifester sa religion ont ainsi été admises aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique, à savoir la protection de l'ordre, de la santé et de la sécurité publiques ou encore les droits et libertés d'autrui⁽¹⁴⁾.

53. Dans un avis juridique remis aux responsables des piscines publiques en Flandre sur le port du maillot de bain intégral ⁽¹⁵⁾, l'homologue belge du Défenseur des droits, UNIA, a néanmoins considéré qu'aucun argument tiré de l'hygiène et la sécurité, du vivre-ensemble, de l'égalité homme/femme ou encore de l'écologie ne permettaient d'interdire ce type de vêtement.

54. Le 5 juillet 2018, le tribunal administratif de Gand a confirmé cette analyse dans deux affaires où des piscines municipales avaient interdit à des femmes de se baigner en burkini ⁽¹⁶⁾. Le juge belge a estimé que l'interdiction d'une telle tenue de bain méconnaissait le principe de neutralité et l'égalité dans l'usage de la piscine. Les autorités ont pour mission de favoriser la tolérance respectueuse entre différents groupes de la population. Les principes susmentionnés ne sont pas respectés lorsqu'on limite les tenues vestimentaires des nageuses et qu'on interdit donc l'accès aux femmes qui portent des burkinis. Les affaires sont actuellement pendantes en appel.

55. Déjà en 2009, l'homologue néerlandais du Défenseur des droits avait également considéré qu'une telle interdiction fondée sur le malaise ressenti par les autres nageurs n'était pas proportionnée ⁽¹⁷⁾.

Droits et libertés d'autrui et vivre-ensemble

56. N'ayant invoqué dans un premier temps que des exigences liées à l'hygiène pour justifier de son interdiction, l'établissement Y a ajouté, dans le cadre de l'instruction du dossier par le Défenseur des droits, d'autres motifs de justification. Il explique notamment que l'interdiction de la baignade en burkini dans une piscine de taille réduite se fonde également sur le « vivre-ensemble ». Selon l'établissement Y, le vivre-ensemble commanderait historiquement en France de ne pas se baigner habillé. Dès

⁽¹³⁾ CEDH 1er juillet 1997 *Kalaç c/ Turquie*

⁽¹⁴⁾ Comm.E.D.H. 19 mars 1981 *Swami c/ Royaume-Uni* ; Comm.E.D.H. 12 juillet 1978 *X c/Royaume-Uni* ; CEDH 11 janvier 2005 *Phull c/ France* (déc.), n° 35753/03 ; CEDH 4 mars 2008 *El Morsli c/ France* (déc.), n°15585/06 ; voir également CEDH 1^{er} juillet 2014 *SAS c/ France*, précité

⁽¹⁵⁾ Avis 166 – 10 juillet 2017 ; https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/170349_advies_lichaamsbedekkende_zwemkledij_FR2.pdf

⁽¹⁶⁾ Tribunal de Première instance de Gand 5 juillet 2018, YA/Ville de Gand a.o. ; Tribunal de Première instance de Gand 5 juillet 2018, SH/Ville de Merelbeke a.o.

⁽¹⁷⁾ CGB 13 March 2009, Oordeelnummer 2009-15 (Stichting Artikel 1 Overijssel/College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Hengelo), cité par BREMS (E.), OUALD CHAIB (S.) & VANHEES (K.), "Burkini" bans in Belgian municipal swimming pools : Banning as a default option", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2018, pp. 1–20

lors « comment envisager le vivre-ensemble s'il faut autoriser la baignade en burkini (...) tandis que la baignade en short de bains, tee-shirt anti-UV ou combinaison de plongée est interdite (...) ? », surtout dans une piscine de 9 m de large sur 20 m de long.

57. Si elle a admis que « le vivre-ensemble » pouvait valablement permettre à certains Etats de légiférer contre la dissimulation du visage dans l'espace public comme étant « un choix de société »⁽¹⁸⁾, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu l'occasion de se prononcer directement sur la compatibilité du port du burkini avec la Convention.
58. Le Défenseur des droits rappelle que si la loi du 10 octobre 2010 a été jugée compatible à la Convention européenne des droits de l'homme sur la base du « vivre-ensemble », c'est parce que la Cour de Strasbourg a jugé que le visage jouait « un rôle important dans l'interaction sociale » et que « la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage » pouvait être « perçue (...) comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble »⁽¹⁹⁾. En France, le législateur a décidé d'interdire la dissimulation du visage car elle était perçue comme une « violence symbolique et déshumanisante heurtant le corps social »⁽²⁰⁾.
59. Or, contrairement aux burqas et niqabs, les femmes faisant le choix de couvrir intégralement leur corps en portant un burkini laissent leur face visible, tel que l'a retenu le Conseil d'Etat. Cette jurisprudence n'est donc pas transposable à ce type de vêtement⁽²¹⁾.
60. En outre, il convient également d'indiquer que l'argument du « vivre-ensemble » a récemment été considéré dans deux décisions récentes, par le Comité des droits de l'homme, comme « vague et abstrait » et qu'il ne pouvait en tant que tel justifier la loi du 10 octobre 2010⁽²²⁾. Le Comité des Nations Unies a d'ailleurs considéré que cette loi avait pour effet de marginaliser les femmes musulmanes en les confinant chez elles en leur fermant l'accès notamment à certains services. Il en a conclu que l'interdiction du visage dans l'espace public constituait une « forme de discrimination croisée sur le fondement du sexe et de la religion », contraire à l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques interdisant les discriminations.
61. Par ailleurs, d'aucuns ont pu considérer que la Cour européenne des droits de l'homme avait indirectement délivré un « brevet de conventionalité »⁽²³⁾ au burkini dans son arrêt *Osmanoglu et Kocabas c/ Suisse*⁽²⁴⁾. Dans cette affaire, la Cour a jugé proportionnée l'obligation faite à deux élèves musulmanes de participer à des cours de natation mixtes, notamment dans la mesure où l'école leur avait proposé des aménagements significatifs, tels que se doucher et se dévêtir hors la présence des garçons et porter un burkini. Ce dispositif permettait ainsi, selon elle, « de réduire l'impact litigieux (...) sur les convictions religieuses de leurs parents ».

⁽¹⁸⁾ CEDH 1^{er} juillet 2014 *SAS c/ France*, Req. n° 43835/11 ; CEDH 11 juillet 2017 *Belcacemi et Oussar c/Belgique*, no 37798/13 ; CEDH 11 juillet 2017 *Dakir c/ Belgique*, n° 4619/12

⁽¹⁹⁾ Parag. 122 de l'arrêt *SAS c/ France*, précité

⁽²⁰⁾ Exposé des motifs du projet de loi 2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2520.asp>

⁽²¹⁾ BERRY (C. E.), "The 'Burkini Ban' – A Red Line Even for the European Court of Human Rights?", *Oxford Human Rights Hub*, 7 September 2016; Joël Andriantsimbazovina *in* Hervieu (n 7); Charlotte Girard 'Burkini : Entretien croisé des Professeurs Stéphanie Hennette-Vauchez et Joël Andriantsimbazovina sur la decision du Conseil d'Etat' (2016) 10 *Revue des Droits de l'Homme* 1, 12-13.

⁽²²⁾ CDH 18 juillet 2018, *Yaker c/ France*, CCPR/C/123/D/2747/2016 ; CDH 18 juillet 2018 *Hebbadj c/ France*, CCPR/C/123/D/2807/2016 ;

<https://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23750&LangID=F>

⁽²³⁾ GONZALEZ (G.), « Du burkini comme moteur de l'intégration sociale des enfants étrangers », *La Semaine juridique*, Ed. G, n° 5, 30 janvier 2017, p. 17

⁽²⁴⁾ CEDH, 10 janvier 2017 *Osmanoglu et Kocabas c/ Suisse*, n° 29086/12

62. Dans cette affaire, la Cour estime qu'aucune preuve ne lui a été apportée sur le prétendu caractère « stigmatisant » du burkini. Elle valorise plutôt le fait de nager ensemble, y compris dans cette tenue qui ne lui semble pas problématique *a priori*⁽²⁵⁾.
63. A cet égard, la Cour s'est d'ailleurs inspirée du raisonnement déjà élaboré le 11 septembre 2013 par le tribunal administratif fédéral allemand sur la même question. Alors que la plaignante musulmane soutenait que le port d'une tenue de bain était incompatible avec ses convictions religieuses, le tribunal avait considéré que le port du burkini permettait de concilier obligations scolaires et croyances religieuses en participant aux enseignements sportifs, même mixtes⁽²⁶⁾. Il avait ainsi jugé qu'il n'était pas nécessaire d'exonérer les élèves musulmanes de leur obligation d'assiduité au cours de natation au motif que la tenue de bain n'est pas compatible avec les exigences de leur foi.
64. De même, la Commission chargée de l'égalité au Pays-Bas a eu à trancher d'une affaire similaire en 2009 où l'interdiction du burkini dans une piscine avait été justifiée sur la volonté d'empêcher que les nageurs étant moins couverts ne se sentent mal à l'aise en présence d'une personne portant un burkini⁽²⁷⁾. L'homologue du Défenseur des droits avait considéré qu'il y avait d'autres moyens de créer une bonne atmosphère dans la piscine et que l'interdiction du burkini était à cet égard disproportionnée.
65. Il convient de rappeler « la protection des droits et libertés d'autrui », permettant par exemple d'éviter des réactions négatives des autres usagers des piscines, ne pourrait pas justifier l'interdiction du burkini. Ainsi que le rappelle régulièrement la Cour européenne des droits de l'homme, « Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une 'société démocratique' ». Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante »⁽²⁸⁾.
66. Parallèlement, « il n'existe aucun droit à ne pas être choqué ou agressé par différents modèles d'identité culturelle ou religieuse, même par ceux qui sont aux antipodes du style de vie traditionnel français ou européen »⁽²⁹⁾. Dans le contexte d'atteintes à la liberté d'expression, la Cour a souligné à maintes reprises que la Convention protège non seulement les opinions « accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi (...) celles qui heurtent, choquent ou inquiètent »⁽³⁰⁾. Cela vaut aussi pour certains codes vestimentaires religieux qui peuvent paraître radicaux ou conservateurs.
67. En outre, les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir en société et le port de certains vêtements, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et de la vie privée englobant « de multiples

⁽²⁵⁾ BREMS (E.), OUALD CHAIB (S.) & VANHEES (K.), *précité*

⁽²⁶⁾ *Bundesverwaltungsgericht* 11 septembre 2013, 2 BvR 2436/10, 2 BvE 6/08), Chronique de droit administratif allemand, *Droit Administratif, Droit Administratif*, n° 10, Octobre 2015, chron. 6 ; <http://www.bverwg.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.php?jahr=2013&nr=63>

⁽²⁷⁾ CGB 13 March 2009, Oordeelnummer 2009-15, in the case of (Stichting Artikel 1 Overijssel/College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Hengelo), cité par E. BREMS

⁽²⁸⁾ V. par ex, *Izzettin Doğan et autres c. Turquie* [GC], no 62649/10, § 109, voir aussi, *mutatis mutandis*, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 63, série A no 44, *Valsamis c/ Grèce*, 18 décembre 1996, § 27, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, et *S.A.S. c. France*, § 128

⁽²⁹⁾ Opinion en partie dissidente commune aux juges Nußberger et Jäderblom à l'arrêt *SAS c/ France* précité.

⁽³⁰⁾ V. par exemple, *Mouvement raëlien suisse c/ Suisse* [GC], n° 16354/06, § 48, CEDH 2012, et *Stoll c/ Suisse* [GC], n° 69698/01, § 101, CEDH 2007-V

aspects de l'identité physique et sociale d'un individu »⁽³¹⁾. Le burkini, qu'il soit porté par des femmes musulmanes comme un signe religieux ou par des personnes qui souhaitent couvrir leurs corps pour des motifs non religieux mais en lien avec leur état de santé, leur apparence physique (afin de dissimuler des cicatrices, des traces de brûlures, des tâches sur la peau), leur transgendérisme ou par convenance personnelle (pudeur) etc relève du droit fondamental à l'autodétermination personnelle et au respect de l'identité⁽³²⁾ garantis par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁽³³⁾.

68. La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs jugé qu'« à partir d'un certain degré d'enracinement, tout stéréotype négatif concernant un groupe peut agir sur le sens de l'identité de ce groupe ainsi que sur les sentiments d'estime de soi et de confiance en soi de ses membres. En cela, il peut être considéré comme touchant à la vie privée des membres du groupe »⁽³⁴⁾.
69. Ainsi, dans ces divers contextes ainsi que dans une société multiculturelle et diverse où le rapport que chacun entretient avec son corps relève d'une conception personnelle et individuelle, le droit au respect de la vie privée protège en principe l'ensemble de ces groupes de toute interdiction à des activités de baignade du seul fait qu'elles portent un vêtement plus couvrant que la majorité de la population.
70. Une autre interprétation devrait faire l'objet d'une réflexion et d'un débat démocratique et ne peut pas, en tout cas, être laissée à l'appréciation des prestataires de services privés, quelles que soient leurs intentions. Il n'appartient donc pas à l'établissement Y d'édicter une interdiction du port du burkini dans la piscine du village alors que ce type de restriction à une liberté fondamentale relève de la compétence du législateur dans une société démocratique. En tout état de cause, l'établissement Y n'explique pas quelle liberté fondamentale d'autrui serait atteinte par le port du burkini ou en quoi cela ferait obstacle à l'exercice des droits d'autrui.

La laïcité

71. L'établissement Y a ajouté, au cours de l'instruction, de nouveaux arguments en lien avec la laïcité et le respect de l'ordre public pour justifier l'interdiction du burkini.
72. Il explique que conformément à ses statuts, il poursuit « des valeurs humanistes, sociales et citoyennes » ; il en conclut que cela renvoie « nécessairement » à la notion de laïcité dont il est en droit d'attendre le respect de la part de ses clients. S'appuyant sur les affaires *Eweida c/ Royaume-Uni* et *Bougnaoui* jugées respectivement par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne, il estime être en droit de s'assurer que son image corresponde à son objet humaniste et citoyen. S'appuyant également sur l'arrêt de la Cour de cassation (réunie en assemblée plénière) dans l'affaire *Baby-Loup*, il estime que ses statuts ou son règlement intérieur lui permettraient de porter des restrictions à la liberté religieuse dès lors qu'elles ne revêtent pas un caractère général et sont justifiées par la nature des activités des clients et proportionnées au but poursuivi. Il précise que le burkini n'est interdit que dans le bassin de baignade et qu'il est autorisé dans le reste du village de vacances de Z.

⁽³¹⁾ CEDH 1^{er} juillet 2014 *SAS c/ France*, Req. n° 43835/11 ; CEDH 15 mars 2012 *Aksu c/ Turquie*, nos 4149/04 et 41029/04 ; v. également *McFeeley et autres c/ Royaume-Uni*, no 8317/78, décision de la Commission du 15 mai 1980, DR 20, p. 44, § 83, et *Kara c/ Royaume-Uni*, no 36528/97, décision de la Commission du 22 octobre 1998, non publiée ;

⁽³²⁾ CEDH 1^{er} juillet 2014 *SAS c/ France*, Req. n° 43835/11 et CDH 27 sept. 2011 *Ranjit Singh c/ France* (Communication n°1876/2009)

⁽³³⁾ CEDH 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n°2436/02 et CEDH, Grande chambre, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n°6339/05

⁽³⁴⁾ Arrêt *Aksu c/ Turquie* précité

73. Or, la laïcité ne saurait davantage fonder une interdiction du burkini dans l'espace public ou même dans les piscines. Ainsi que la Cour l'a relevé dans son arrêt *Arslan c/ Turquie* ⁽³⁵⁾, le principe de laïcité s'applique principalement dans la relation entre les collectivités publiques et les religions ou les personnes qui s'en réclament. Elle s'impose directement aux institutions et collectivités publiques, ce qui justifie une obligation de neutralité pour leurs représentants dans l'exercice de leurs missions⁽³⁶⁾. En revanche, elle ne peut s'imposer directement à la société ou aux individus qu'en raison des exigences propres à certains services publics, tel que celui des écoles publiques primaires et secondaires ⁽³⁷⁾. Le Conseil d'Etat et les juridictions administratives françaises s'inscrivent également sur cette ligne jurisprudentielle ⁽³⁸⁾.
74. « (...) De simples citoyens (...) ne peuvent donc être soumis, en raison d'un statut officiel, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses » dans l'espace public ⁽³⁹⁾. La laïcité n'empêche nullement les manifestations extérieures de la foi de certains usagers qui ne sont pas soumis à une telle obligation, dans la seule limite du respect de l'ordre public ⁽⁴⁰⁾.
76. De manière plus claire que dans l'affaire *Bouagnaoui*, la Cour de Luxembourg a défini, dans son arrêt *Achbita* rendu le même jour⁽⁴¹⁾, le cadre juridique dans lequel les entreprises privées peuvent adopter une politique de neutralité. Si elle a effectivement reconnu que les entreprises privées pouvaient adopter une politique de neutralité, elle ne l'a admis, à ce jour, qu'à propos des relations de travail entre employeur et salarié et ce, dans un cadre très strict. En particulier, une telle politique n'est admissible que si elle est appliquée de manière cohérente, systématique et généralisée à tous les signes, qu'ils soient religieux, philosophiques ou politiques, sans viser une religion en particulier. Par ailleurs, elle ne peut s'imposer qu'aux salariés en contact avec la clientèle.
77. La position tenue par la Cour de cassation dans l'affaire *Baby-Loup*, remise en cause par le Comité des droits de l'homme ⁽⁴²⁾, est antérieure à sa décision de novembre 2017 dans l'affaire *Bouagnaoui* où elle fait sienne les positions de la Cour de justice de l'Union européenne.
78. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé, quant à elle, la nécessité de mettre en balance les intérêts de l'employeur à promouvoir une certaine image commerciale et ceux des salariés à exprimer leur liberté religieuse et à assurer un juste équilibre entre ces intérêts concurrents. Dans l'affaire *Eweida* ⁽⁴³⁾, la Cour a ainsi

⁽³⁵⁾ CEDH 23 février 2010, *Arslan et autres c/ Turquie*, n° 41135/98

⁽³⁶⁾ V. par exemple, CEDH *Ebrahimian c/ France*, n° 64846/11 ; Voir également Avis du Conseil d'Etat du 3 mai 2000, Mlle Marteaux, n° 217017

⁽³⁷⁾ CEDH 4 décembre 2008 *Dogru et Kervanci c/ France* (déc.), n° [31645/04](#) et 27058/05 CEDH 30 juin 2009, *Aktas ; Bayrak ; Gamaleddyn ; Ghazal ; J. Singh ; R. Singh c/ France* (6 déc.), n° [43563/08](#) ; 14308/08 ; 18527/08 ; 29134/08 ; 25463/08 ; 27561/08 ;

⁽³⁸⁾ Sur l'inapplicabilité du principe de neutralité aux usagers du service public ; V. infra les ordonnances du CE sur le burkini ; [TA NICE du 9 juin 2015 n° 1305386 Mme D.](#) (sur les mères accompagnatrices de sorties scolaires) ; CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, n° 269077 et CE 5 décembre 2007 *Ghazal, Singh, etc.* n° [285394](#) et n° 295671 sur la question des élèves de l'enseignement public ; V. également l'étude du Conseil d'Etat demandée par le Défenseur des droits (20 septembre 2013) ; https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20130909_laicite.pdf ; V. également la Circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique ; sur la question des élèves de l'enseignement public

⁽³⁹⁾ *Ibidem* ; pour une illustration plus récente, voir CEDH 18 septembre 2018 *Lachiri c/ Belgique*, n° 3413/09

⁽⁴⁰⁾ CEDH 5 décembre 2017 *Hamidovic c/ Bosnie-Herzégovine*, n° [57792/15](#) ;

⁽⁴¹⁾ à savoir le 14 mars 2017, aff. C-157/15

⁽⁴²⁾ CDH 10 août 2018 *F. A c/ France*, n° 2062/2015

⁽⁴³⁾ CEDH 15 janvier 2013 *Eweida c/ Royaume-Uni*, aff. [48420/10](#), condamnant le Royaume-Uni en relevant que « la croix de Mme Eweida était discrète et ne pouvait nuire à son apparence professionnelle. Rien ne prouvait que le port par les employés d'autres vêtements religieux autorisés d'emblée, par exemple le turban ou le hijab, eût nui à la marque ou à l'image de British Airways. De surcroît, le fait que l'employeur a pu modifier son code vestimentaire pour permettre le

estimé que « trop de poids » avait été accordé au souhait de l'employeur (*British Airways*) de promouvoir une certaine image par rapport au souhait de l'employée de manifester ses convictions religieuses.

79. Ainsi que le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion de le relever ⁽⁴⁴⁾, les jurisprudences évoquées concernant des exigences de neutralité s'appliquent aux relations de travail et n'ont aucune pertinence dans des relations entre les prestataires de services et leurs clients, tel qu'en l'espèce.

80. En tout état de cause, l'interdiction expresse du burkini, se rapportant à un signe religieux relié à l'Islam, ne constitue pas une règle de neutralité générale et indifférenciée. Elle apparaît au contraire avoir un caractère directement discriminatoire.

Le respect de l'ordre public

80. Concernant l'impératif lié au respect de l'ordre public pour justifier sa pratique, la position de l'établissement Y est incohérente. Dans un premier temps, l'établissement Y explique que le changement du règlement intérieur n'a rien à voir avec Madame X puis il se contredit pour affirmer qu'au contraire, sa présence en burkini dans la piscine avait suscité de vives protestations – certes inacceptables- de la part des autres clients, mais que cela constituait un trouble à l'ordre public. Les réactions et invectives de la part d'autres vacanciers, attisés par le contexte politique et la polémique médiatique autour de ce vêtement à l'été 2016, auraient alors conduit le directeur du village à interdire le burkini dans le bassin afin d'éviter toute aggravation des tensions, et apaiser les relations entre les vacanciers.

82. Par ailleurs, si la jurisprudence admet que des troubles avérés ou une menace réelle de troubles peuvent conduire à l'interdiction de signes religieux ⁽⁴⁵⁾, encore faut-il que l'autorité concernée ait des pouvoirs de police et qu'elle apporte la preuve de tels troubles ou menaces.

83. Dans l'affaire *Arslan* précitée, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il fallait au préalable démontrer de manière convaincante que le port d'un signe ou vêtement religieux constituait ou risquait de constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui. En l'espèce, elle a estimé que tel n'avait pas été le cas des requérants qui, en l'occurrence, n'avaient pas « tenté de faire subir des pressions abusives aux passants dans les voies et places publiques dans un désir de promouvoir leurs convictions religieuses ».

84. Même lorsque la démonstration est faite que l'ordre public est menacé, les restrictions religieuses doivent être appropriées et proportionnées. Ainsi, dans l'affaire déjà évoquée *supra* concernant l'interdiction du burkini par le maire de Sisco, le juge administratif a considéré que cette interdiction n'était justifiée pour des motifs tirés de l'ordre public que dans la mesure où elle était limitée dans le temps.

84. En outre, ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour de cassation l'ont récemment jugé, de simples considérations subjectives, issues de préjugés

port visible de pièces symboliques de joaillerie religieuse montre que l'ancienne interdiction n'était pas d'une importance cruciale ».

⁽⁴⁴⁾ V. par ex, sa décision n° 2018-13 du 6 mars 2018

⁽⁴⁵⁾ La Cour d'appel de Paris a conclu à l'existence d'une discrimination religieuse au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal concernant le refus opposé par un centre privé de formation professionnelle à une stagiaire voilée faute d'éléments démontrant de manière objective que le port du voile avait provoqué dans l'établissement « des perturbations ou protestations » ou que « l'enseignement qu'elle aurait dû recevoir aurait été empêché ou dégradé par le port du voile ou foulard islamique » (CA Paris 8 juin 2010, N° 08/08286).

défavorables, ne peuvent pas permettre de justifier des exceptions à l'égalité de traitement ⁽⁴⁶⁾.

85. Le Défenseur des droits relève en l'occurrence qu'il n'a pas été reproché à Madame X un quelconque acte de prosélytisme, de pression ou d'agression de sa part. Or, le respect de l'ordre public doit a priori être géré de manière à cibler les personnes qui incitent à la haine ou réagissent violemment, et non une femme qui souhaite simplement se baigner dans un vêtement correspondant à ses convictions religieuses.
86. L'établissement Y n'explique pas les raisons pour lesquelles il n'a pas envisagé d'autres moyens de faire respecter l'ordre public que d'interdire le burkini, ce qui a conduit à « double-victimiser » Madame X. En l'occurrence, un surveillant avait été mis en place par l'établissement Y au moment des faits. Ce dernier aurait pu veiller à recadrer voire à exclure des abords de la piscine les vacanciers faisant preuve d'hostilité et d'agressivité à l'égard de Madame X.
87. Compte tenu des contradictions de l'établissement Y lors de l'enquête, du maintien de l'interdiction dans le temps et de l'absence de recherche de solutions adaptées, le Défenseur des droits estime que le respect de l'ordre public ne permet pas de justifier l'interdiction du port du burkini par l'établissement Y dans son règlement intérieur.

L'hygiène et la sécurité

85. L'établissement Y explique que c'est pour des raisons d'hygiène qu'un nouveau règlement intérieur a été adopté, compte tenu de la taille des installations et de leur caractère privé.
86. Dans un premier temps, l'établissement Y n'a donné aucune explication sur le fait qu'un burkini qui est fabriqué dans une matière adaptée au milieu aquatique contreviendrait aux règles d'hygiène applicables à cet établissement.
87. Même s'il couvre largement le corps, le burkini ne peut être assimilé à un vêtement de ville, tel que les shorts de bain, puisqu'il a été justement conçu pour la baignade: ainsi, ni la sécurité, ni l'hygiène des baigneuses n'apparaissent a priori menacées. Le fait qu'il s'agisse d'une petite installation privée n'a aucun impact sur le contenu de la réglementation, puisqu'elle ne constitue ni une piscine réservée à l'usage personnel d'une famille ni d'une piscine thermale ou médicale.
88. En Belgique, l'Agence indépendante flamande « Soins et Santé » a considéré que « le maillot de bain couvrant l'entièreté du corps est de la même matière que les autres maillots de bain et n'a donc aucun impact sur la qualité de l'eau ». Tout en relevant que les tenues de bain doivent être propres et qu'il peut être difficile pour le responsable d'une piscine de vérifier si elles sont bien utilisées conformément aux règles d'hygiène, le burkini ne diffère pas de ce point de vue des autres tenues spécifiquement destinées à la baignade ou la natation. Contrairement aux shorts de bain, le burkini n'est pas porté comme une tenue de ville et pour effectuer des activités extérieures. Une interdiction du burkini pour de simples raisons d'hygiène ne se justifie donc pas. En cas d'utilisation correcte, un burkini est un maillot de bain qui répond aux exigences en matière d'hygiène. Tant UNIA dans un avis de 2017 que le tribunal de Gand en 2018 ont repris ce raisonnement pour considérer que le burkini ne pouvait pas être interdit dans les piscines.

⁽⁴⁶⁾ CJUE 14 mars 2017 Bougnaoui, aff. C-188/15 et Cass. Soc. 22 novembre 2017 13-19.855 ; V. également Affaire *Feryn*, aff. C-54/07, conclusions présentées le 12 mars 2008

89. L'agence belge a également estimé qu'aucune situation dangereuse en lien avec le port d'un burkini n'avait été déplorée et que l'argument de la sécurité des nageurs ne pouvait pas davantage permettre de l'interdire.
90. En réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, l'établissement Y rétorque que le rapport de l'Agence belge - laconique et non référencé – n'est pas applicable en France. Il ajoute qu'il est impossible pour le surveillant de la piscine de vérifier si un burkini est utilisé conformément aux règles et qu'il est plus aisé pour un surveillant de le vérifier s'agissant d'un maillot de bain. Il développe de nouveaux arguments en lien avec la sécurité et relève que le burkini qui comporterait des parties lâches pourrait se prendre dans les dispositifs d'aspiration de la piscine et que le port de cette tenue serait gênant en cas de sauvetage.
91. Toutefois, il ne démontre pas en quoi la vérification de la conformité aux règles et le sauvetage seraient moins faciles dans le cas du burkini.
92. Interrogé par le Défenseur des droits, le ministère des sports n'a pas relevé a priori d'incompatibilité de principe ou de risques majeurs et/ou spécifiques au port du burkini en matière d'hygiène et de sécurité. D'ailleurs, plusieurs piscines autorisent le port du burkini. Tel est d'ailleurs récemment le cas de la piscine municipale de Rennes, à condition que *la tenue de bain soit dans une matière, par exemple le lycra, compatible avec la pratique de la nage. Le maillot ne doit pas être non plus porté avant d'entrer dans la piscine et les nageurs doivent se doucher et se savonner avant de pénétrer dans le bassin.*
93. Les burkinis ne comportent pas tous des tuniques amples ; tel ne semble pas avoir été le cas du burkini porté par Madame X. Les burkinis sont spécialement conçus pour la baignade et pour permettre de nager avec aisance. En conséquence, les tuniques composant le burkini arrivent généralement jusqu'en haut des cuisses ou à mi-cuisses. Elles n'ont pas un effet « parachute » mais collent au corps de la nageuse dans l'eau.
94. Dans le cas où le burkini comporterait une tunique longue et lâche, l'établissement Y n'étaye pas ses propos en apportant des données factuelles et scientifiques démontrant que cette tenue présenterait un danger d'aspiration. Sans minimiser ce risque, le Défenseur des droits relève néanmoins que l'établissement Y n'interdit pas aux baigneurs de porter des cheveux longs, des bijoux ou des maillots de bain comportant des lanières qui pourraient tout autant se prendre dans le système d'aspiration. La gestion du risque de certaines tenues ou accessoires concernant le dispositif d'aspiration doit être évalué au cas par cas et sauf à faire la démonstration d'un risque systématique, une interdiction de principe de tous les types de burkinis apparaît disproportionnée.

L'égalité Homme/Femme

95. L'établissement Y dit ne pas se prévaloir du principe d'égalité entre homme et femme pour avoir interdit le port du burkini dans son règlement intérieur et à Madame X. Mais il se dit troublé par la proximité sémantique provocatrice entre burqa et burkini.
96. L'égalité entre les hommes et les femmes peut, dans certaines conditions, motiver une ingérence dans l'exercice de certains des droits et libertés que consacre la Convention⁽⁴⁷⁾. Toutefois, si « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe ⁽⁴⁸⁾, la Cour européenne

⁽⁴⁷⁾ Voir, *mutatis mutandis*, CEDH 10 juillet 2012 *Staatkundig Gereformeerde Partij c. Pays-Bas* (déc.), no 58369/10

⁽⁴⁸⁾ CEDH 22 mars 2012 *Konstantin Markin c. Russie* [GC], no 30078/06, § 127, CEDH 2012

des droits de l'homme considère qu'il n'est pas possible d'invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes revendiquent dans le cadre de l'exercice de leurs droits, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux ⁽⁴⁹⁾. « Opposable à autrui », le principe de l'égalité des sexes n'a donc pas « vocation à être opposé à la personne elle-même, c'est-à-dire à l'exercice de sa liberté personnelle, laquelle peut, le cas échéant, la conduire à adopter un comportement susceptible d'être interprété comme consacrant son inégale situation, y compris dans l'espace public dès lors que son intégrité physique n'est pas atteinte ⁽⁵⁰⁾.

97. En conséquence, il ne serait pas possible d'interdire le port du burkini sur le fondement de l'égalité homme/femme, sauf à démontrer qu'une femme s'y soumet du fait de violences, de pressions, de contrainte ou de force.
98. Il convient de relever que seules les femmes portent le burkini et qu'elles font l'objet d'une particulière stigmatisation. Ainsi que l'a relevé le Haut Commissaire aux Droits de l'Homme des Nations Unies, les codes vestimentaires interdisant les burkinis, tant sur les plages que dans les piscines, « affectent de manière disproportionnée les femmes et les filles et sapent leur autonomie en niant leur aptitude à prendre des décisions indépendantes sur leur manière de se vêtir et constituent une discrimination claire à leur encontre » ⁽⁵¹⁾.
99. Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits rappelle que Madame X avait, dans certaines limites, le droit de manifester sa religion. Or, elle n'a pas pu bénéficier d'un service qu'elle avait d'ailleurs payé, à savoir se baigner dans la piscine de son établissement de vacances. Elle a, en outre, subi des injures islamophobes, certains vacanciers l'assimilant à une terroriste.
100. A la lumière des développements précédents et des éléments portés à la connaissance du Défenseur des droits, l'établissement Y n'a pas démontré en quoi l'interdiction du port du burkini de Madame X était justifié par des motifs impérieux tels que le respect des libertés d'autrui, la laïcité, l'ordre public ou encore l'hygiène et la sécurité.
101. Le Défenseur des droits en conclut que le refus d'accès opposé à Madame X à la piscine de l'établissement de Z et l'adoption d'un nouveau règlement intérieur interdisant le port du burkini caractérisent des discriminations fondées sur la religion et le genre, au sens des articles 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme combinés avec son article 14, des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal et de l'article 2-3 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.
102. Il recommande à la direction de l'établissement Y d'une part, de modifier le règlement intérieur applicable aux établissements de bain du village de Z et de l'ensemble de autres villages afin d'en rendre le code vestimentaire non-discriminatoire et d'autre part, d'indemniser Madame X de son entier préjudice. Le Défenseur des droits lui demande de rendre compte des suites données à ses recommandations dans un délai de six mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

⁽⁴⁹⁾ CEDH 1^{er} juillet 2014 *SAS c/ France*, Req. n° 43835/11 et

⁽⁵⁰⁾ Conseil d'Etat, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, 25 mars 2010, http://www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude_vi_30032010.pdf

⁽⁵¹⁾ Prise de position de M. Rupert Colville, Haut Commissaire, le 30 août 2016, <https://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20430&LangID=F>