

Paris, le 27 décembre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-301

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 ;

Saisi par Mesdames X et Y au sujet du refus de porter un burkini qui leur a été opposé par l'AQUACLUB de Z, dans le cadre d'un séjour W.

Décide de prendre acte de l'adoption prochaine d'un nouveau règlement intérieur de l'AQUACLUB de Z ainsi que de l'information des personnels clarifiant que le port du burkini est autorisé dans les bassins de l'AQUACLUB de Z.

Recommande au président du syndicat mixte de B d'indemniser Mesdames X et Y de leur entier préjudice pour s'être vu refuser l'accès à l'AQUACLUB de Z en burkini, sans aucune justification et avoir ainsi dû renoncer à leur séjour de vacances.

Le Défenseur des droits demande au président du syndicat mixte du littoral B de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois 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

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

1. Le Défenseur des droits a été saisi par Mesdames X et Y au sujet du refus de porter un burkini qui leur a été opposé par l'AQUACLUB de Z, dans le cadre d'un séjour W.

FAITS

2. En février 2016, Mesdames X et Y décident d'organiser leurs vacances avec leurs enfants. Madame Y réserve, via son comité d'entreprise, un hébergement pour 8 personnes du W, une entreprise privée de tourisme et loisirs, situé à C. Ce séjour donne également accès aux activités et installations d'un centre aquatique, l'AQUACLUB de Z.
3. Avant de réserver ce séjour incluant l'accès à un centre aquatique, Madame X dit avoir contacté téléphoniquement le prestataire W en février 2016 afin de s'assurer qu'elle pouvait y accéder avec son amie en portant un burkini. Elle affirme que W et l'AQUACLUB de Z lui auraient confirmé que cela ne posait pas de difficulté à partir du moment où cette tenue était en lycra. Seul le short de bain aurait été interdit.
4. Au mois de juin 2016, le séjour couvrant la période du 15 au 25 août 2016 est réservé. Le montant du séjour comprenant les frais de dossier s'élève à 2173 euros.
5. Arrivées sur le lieu de villégiature, Mesdames X et Y décident de se baigner le 16 août 2016. Elles disent avoir été informées que l'AQUACLUB de Z refuse son accès aux femmes en burkini depuis les vacances de Pâques à la suite de plaintes de vacanciers. Il convient également de rappeler que les faits se passent au cours de l'été 2016 où l'accès aux plages aux femmes portant un burkini avaient été interdits dans diverses municipalités.
6. Se retournant auprès de W, Monsieur D, alors directeur du village, explique à Mesdames X et Y que l'AQUACLUB est un établissement public régi par la commune de C déterminant son propre règlement intérieur et qu'il n'a aucun droit de regard sur ce dernier.
7. Toutefois, à l'époque des faits, Mesdames X et Y affirment que rien n'indiquait expressément ou implicitement dans le règlement intérieur de l'AQUACLUB que le burkini était interdit.
8. Le 19 août 2016, Mesdames X et Y se voient contraintes de quitter de manière anticipée leur lieu de vacances, l'accès à l'aquaclub étant déterminant notamment pour leurs enfants qu'elles n'auraient pas pu accompagner et surveiller.
9. Le 14 septembre 2016, elles obtiennent du village de vacances W le remboursement des nuitées non effectuées après avoir refusé une première proposition de geste commercial correspondant à un forfait d'une semaine au mini-club pour les enfants d'un montant de 600 euros.
10. Cependant, elles soutiennent que cette indemnisation ne couvre ni les frais qu'elles ont dû engager pour rentrer de manière anticipée à leur domicile ni le préjudice moral qu'elles-mêmes et leurs enfants ont subi pour avoir été privés d'un séjour de vacances.
11. Interrogé par le Défenseur des droits, Monsieur A, directeur d'exploitation de l'AQUACLUB de Z explique, après deux courriers de relance, que son établissement

est un établissement public sous la tutelle du Ministère de la Jeunesse et des Sports accueillant 1200 personnes de manière instantanée et jusqu'à plus de 2500 clients par jour. Il est attaché au syndicat mixte de B, un établissement public financé principalement par le conseil départemental du département S. W est un client de l'AQUACLUB de Z bénéficiant de tarifs particuliers. Monsieur A ne communique toutefois pas le texte de l'accord, malgré les demandes du Défenseur des droits.

12. Monsieur A transmet le règlement intérieur de son établissement selon lequel « pour des raisons de sécurité et d'hygiène, il est formellement interdit « de se baigner en short, sous-vêtements, vêtement de ville, en paréo, casquette, tee-shirt coton, combinaison longue en lycra ou néoprène, etc... Sont tolérés les maillots anti-UV en lycra manches courtes/longues ». Ce même texte prévoit également qu'il est obligatoire « pour des raisons d'hygiène et de salubrité, de se baigner en slip ou boxer en lycra au-dessus du genou pour les personnes de sexe masculin et en maillots de bain 2 pièces de type « bikini » ou 1 pièce en lycra uniquement pour les personnes de sexe féminin (...). Malgré les demandes du Défenseur des droits, Monsieur A ne précise pas si ce règlement était celui qui était en vigueur au moment des faits litigieux.
13. Monsieur A explique seulement que compte tenu de sa fréquentation croissante, son établissement est soumis à de fortes contraintes d'exploitation notamment en ce qui concerne les normes sanitaires d'hygiène publique. Il est donc obligatoire de mettre des règles de bon fonctionnement afin d'assurer « la sécurité physique, affective et sanitaire » des 200 000 clients annuels.
14. En réponse à une note récapitulant les éléments de fait et de droit laissant présumer l'existence d'une discrimination, le directeur général des services du syndicat mixte de B répond, par courrier du 27 septembre 2018, qu'il n'a pas de nouveaux éléments à ajouter. Sans contester la version des faits énoncée par Mesdames X et Y, il affirme que le burkini n'a en fait jamais été interdit à l'AQUACLUB de Z. Toutefois, cette affaire a permis de « prendre conscience de la mauvaise lecture qui pouvait être faite du règlement intérieur ». Il annonce donc que le règlement intérieur sera modifié afin de prévoir expressément que les burkinis sont autorisés au même titre que les maillots de bain une pièce en lycra afin d'éviter tout malentendu. Une note de service circulera auprès des personnels afin que le burkini soit effectivement autorisé dans le bassin de l'aquaclub.
15. 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.
16. Par courrier reçu le 4 avril 2018, SANTE PUBLIQUE FRANCE a fait savoir que cette question ne relevait pas de son champ de compétence.
17. 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.

18. 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.
19. Le ministère 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

20. 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.
21. 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

22. 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.
23. 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 ».
24. 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 » ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ 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>

25. 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 ».
26. 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 ⁽²⁾. Ainsi, les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir et le 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 ⁽³⁾. Les signes religieux constituent d'ailleurs une partie intégrante de l'identité de ceux qui les portent ⁽⁴⁾.
27. 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.
28. 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.
29. 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.
30. 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.
31. 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 ».

⁽²⁾ 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

⁽³⁾ CEDH 1^{er} juillet 2014 *SAS c/ France*, Req. n° 43835/11 ; 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

⁽⁴⁾ 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)

32. 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.
33. 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.
34. 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 »⁽⁵⁾. « 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 »⁽⁶⁾.
35. 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 »⁽⁷⁾. 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.
36. 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.
37. 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 »⁽⁸⁾. 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⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ CEDH 25 mai 1993 *Kokkinakis c/ Grèce*, Req. n°14307

⁽⁶⁾ 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

⁽⁷⁾ Pour un exemple, CEDH 15 janvier 2013 *Eweida et al c/ Royaume-Uni*, Req.n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10

⁽⁸⁾ CEDH 10 novembre 2005 *Sahin c/ Turquie*, Req. n° 44774/98

⁽⁹⁾ CEDH 15 janvier 2013 *Eweida et al. c/ Royaume-Uni*, Req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10

38. La Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions françaises ainsi que le Défenseur des droits ⁽¹⁰⁾ retiennent ainsi une conception personnelle ou subjective de la liberté de religion.
39. Mesdames X et Y expliquent qu'elles portent 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 leur religion musulmane. Compte tenu de leurs convictions religieuses, elles n'ont pas eu accès aux bassins de l'AQUACLUB de Z et ont dû renoncer à leur séjour de vacances alors qu'elles avaient payé pour avoir accès à ce service.

Le cadre juridique des limitations à la liberté religieuse

Des restrictions prévues par la loi

40. 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 ⁽¹¹⁾.
41. En revanche, le droit constitutionnel français apparaît plus exigeant car il exige 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 ».
42. Or, le port du burkini n'est pas interdit, en tant que tel, par la loi française.
43. 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.
44. 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.

⁽¹⁰⁾ V. CE (ord.) 26 août 2016, n°402742 et CE (ord.) 26 septembre 2016, n° 403575 ; par ex Délibération HALDE n° 2008-193 du 15 septembre 2008 (burqa) et Décision du Défenseur des droits n° 2018-13 (foulard)

⁽¹¹⁾ 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*, n°27058/05 et *Kervanci c/ France*, n°31645/04). En Hongrie, la Cour constitutionnelle a également 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

45. 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* ⁽¹²⁾ concernant l'annulation d'un arrêté municipal prohibant des processions religieuses lors de funérailles où étaient portés des habits sacerdotaux.
46. 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 ⁽¹³⁾.
47. 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.
48. 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.

Des restrictions justifiées et proportionnées

49. L'article 9 de la CEDH ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou ses convictions ⁽¹⁴⁾. 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⁽¹⁵⁾.
50. Dans un avis juridique remis aux responsables des piscines publiques en Flandre sur le port du maillot de bain intégral ⁽¹⁶⁾, l'homologue belge du Défenseur des droits, UNIA, a 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.

⁽¹²⁾ 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.

⁽¹³⁾ 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'État 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).

⁽¹⁴⁾ CEDH 1er juillet 1997 *Kalaç c/ Turquie*

⁽¹⁵⁾ 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

⁽¹⁶⁾ Avis 166 – 10 juillet 2017 ; https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/170349_advies_lichaamsbedekkende_zwemkledij_FR2.pdf

51. 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.
52. 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.
53. 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 ⁽¹⁷⁾. 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.
54. 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 ⁽¹⁸⁾.
55. Dans un premier temps, le directeur de l'AQUACLUB de Z a évoqué les contraintes auxquelles son établissement était soumis afin d'assurer « la sécurité physique, affective et sanitaire » de ses 200 000 clients annuels. Cela étant il n'a donné aucune explication sur les raisons précises pour lesquelles cela l'aurait conduit à refuser l'accès de Mesdames X et Y à son établissement parce qu'elles souhaitaient se baigner en burkini.
56. En réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, le directeur général des services du syndicat B précise qu'en réalité les burkinis n'ont jamais été interdits à l'AQUACLUB de Z sans toutefois contester que les réclamantes ont été exclues de ce fait.
57. Le Défenseur des droits en conclut que le refus d'accès opposé à Mesdames X et Y à l'AQUACLUB de Z fondé sur le port du burkini caractérise une discrimination fondée 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.

⁽¹⁷⁾ 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.

⁽¹⁸⁾ 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

58. Le Défenseur des droits décide de prendre acte de la modification prochaine du règlement intérieur autorisant expressément les burkinis dans l'AQUACLUB de Z ainsi que de l'information des personnels à ce sujet.
59. Il recommande au président du syndicat mixte B d'indemniser Mesdames X et Y de leur entier préjudice pour s'être vu refuser l'accès à l'AQUACLUB sans aucune justification et avoir ainsi dû renoncer à leur séjour de vacances.

Jacques TOUBON