

Paris, le 27 décembre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-303

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 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 d'une réclamation du Collectif contre l'islamophobie en France concernant le refus d'accès à une piscine qui a été opposé à Madame X en raison du port du burkini.

Décide de recommander à la direction la société Y gérant la piscine Z d'une part, de modifier son règlement intérieur 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 d'une réclamation du Collectif contre l'islamophobie en France concernant le refus d'accès à une piscine qui a été opposé à Madame X en raison du port du burkini. Conformément à l'article 5 de la loi organique du 29 mars 2011, Madame X a donné son accord exprès à cette saisine le 12 septembre 2017.

FAITS

2. Madame X a décidé de souscrire à un abonnement mensuel de 116 euros en janvier 2016 lui donnant accès aux équipements nautiques et sportifs du centre aquatique Z à W. Elle affirme avoir précisé au préalable qu'elle souhaitait se baigner en portant un burkini et qu'elle aurait eu la garantie qu'elle pouvait se baigner avec ce vêtement le 8 janvier 2016.
3. Elle aurait ainsi pu nager en burkini à trois reprises même si le maître-nageur lui aurait signalé que ce type de vêtement n'était pas admis dès son premier bain.
4. Une affiche dans la piscine indiquait qu'il était obligatoire « de porter un maillot de bain (ni caleçon, ni string, ou tenue indécente) » mais ne faisait pas mention de l'interdiction du burkini en tant que tel. Par ailleurs, Madame X explique que d'autres usagers suivant les cours d'aquagym portent des combinaisons arrivant aux genoux et aux coudes.
5. Le 14 janvier 2016, le directeur du centre aquatique, Monsieur A, lui adresse un courriel pour s'entretenir avec elle de sa tenue de bain et lui annonce qu'elle ne peut pas porter de burkini.
6. Le Collectif contre l'islamophobie en France intervient auprès du directeur du site dans un courrier du 14 mars 2016 en relevant que les arguments tirés du principe de neutralité ou des règles d'hygiène ne permettent pas de justifier l'interdiction du burkini.
7. En réponse, Monsieur A maintient sa décision concernant l'accès au bassin en se fondant sur son contrat de délégation de service public et la réglementation en vigueur relative aux obligations d'hygiène et de sécurité. Il explique que son règlement intérieur énumère de manière exhaustive les tenues de bain autorisées : « pour les hommes, seuls les slips de bain et les boxers de bain sont autorisés ; pour les femmes, seuls les maillots une pièce et deux pièces sont autorisés ». Sont interdits par le règlement intérieur tout autre type de tenues : « short de sport, short doublé, bermudas, cycliste, combinaison de plongée et de triathlon (sauf dans le cadre associatif), lycra (...), ou tout autre type de vêtement ou de combinaison ». Le directeur explique également que le maître-nageur doit être capable de reconnaître une situation de danger, de noyade et doit pouvoir agir rapidement. L'homogénéité des tenues de baignade est indispensable pour répondre aux obligations de sécurité.
8. Monsieur B, directeur juridique de la société Y, chargée de l'exploitation du centre aquatique Z, a répondu à l'enquête menée par le Défenseur des droits dans un courrier reçu le 22 janvier 2018. Il indique que les obligations d'hygiène et de sécurité auxquelles est soumis le centre aquatique résultent de l'application du contrat de délégation de service public et de la réglementation en vigueur prévue par le Code du sport en matière d'exploitation d'équipements recevant du public, et plus

particulièrement pour les centres aquatiques au sujet de la qualité de l'eau et de la surveillance des baignades.

9. Il transmet copie du règlement intérieur qui était applicable le 6 janvier 2016. Ce texte qui n'avait pas été communiqué à Madame X ne prévoit rien au sujet des combinaisons ou du burkini. Il indique seulement que « les slips et boxers de bain sont autorisés ; les shorts de sport, les shorts doublés, les bermudas, les cyclistes sont strictement interdits dans l'enceinte de l'établissement. Les sous-vêtements ne doivent pas être utilisés pour la baignade. Une tenue de bain décente et une attitude correcte sont exigées des usagers ».
10. Monsieur B transmet également copie du règlement intérieur applicable à ce jour sans préciser à quelle date il est entré en vigueur. Ce règlement prévoit désormais que « les combinaisons de plongée et de triathlon (sauf dans le cadre associatif) » ne sont pas acceptées. Les combinaisons arrivant au niveau des genoux et des coudes ne sont pas tolérées en application du règlement intérieur.
11. Monsieur B ajoute que l'homogénéité des tenues de baignade est importante afin d'assurer la surveillance dans les bassins car « il est compliqué d'avoir une visibilité entière sur tous les usagers » qui se baignent.
12. Il relève toutefois que le point le plus important est celui de la sécurité et notamment de la réactivité en cas de noyade ou d'accident cardiaque. Lors d'un accident, d'autres tenues que celles autorisées sont susceptibles de gêner les opérations de sauvetage. Si la personne accidentée doit être choquée (avec un défibrillateur), découper des habits remplis d'eau qui collent à la peau entraîne une perte réelle de temps. C'est la raison pour laquelle il n'est pas concevable que des personnes se baignent sous la responsabilité de la société Y avec des combinaisons.
13. Il explique que les combinaisons de plongée et de triathlon sont admises dans le seul cas où son établissement n'est pas ouvert au public mais mis à disposition au profit d'une association. Dans ce cas, la surveillance des bassins ne relève plus de la responsabilité de la société Y.
14. En réponse à une note récapitulant les éléments de fait et de droit permettant de présumer l'existence d'une discrimination, Monsieur B répond par courrier du 27 septembre 2018 et maintient que le refus de « maillot de bain intégral » opposé à Madame X est fondé sur des considérations d'hygiène et de sécurité auxquelles la société Y est tenue en vertu de son contrat de délégation de service public avec la ville de W, des articles L. 322-2 et suivants du Code du sport et des articles L. 1332-1 et suivants du Code de la santé publique.
15. Monsieur B met en doute le caractère scientifique des études et des recherches qui auraient été menées en Belgique à ce sujet pour conclure que ces considérations ne permettent pas, en elles-mêmes, d'interdire les burkinis dans les piscines françaises. Il s'interroge également sur leur caractère transposable en France. Il estime qu'une étude complète devrait être menée afin de savoir si le port d'un maillot de bain intégral représente un risque pour la sécurité et l'hygiène au regard de la réglementation française.
16. 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.

17. Par courrier reçu le 4 avril 2018, SANTE PUBLIQUE FRANCE a fait savoir que cette question ne relevait pas de son champ de compétence.
18. 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.
19. 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.
20. 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

21. 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.
22. Le terme de « maillot intégral » plutôt que celui de burkini, utilisé par la société Y, semble entretenir une confusion avec le voile intégral qui dissimule le visage. Or, la face d'une personne portant un burkini reste visible contrairement à celles qui portent une burqa ou un niqab.
23. 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

24. 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.

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. 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⁾.
27. 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⁾.
28. 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.
29. 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.
30. 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.
31. 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

(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>

(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)

également toute discrimination fondée sur la religion dans la jouissance des droits et libertés de la Convention.

32. 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 ».
33. 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.
34. 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.
35. 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⁾.
36. 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.
37. 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.
38. 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,

⁽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

«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⁾.

39. 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.

40. 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 durant une partie de son abonnement mensuel payant en janvier 2016.

Le cadre juridique des limitations à la liberté religieuse

Des restrictions prévues par la loi

41. 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⁾.

42. 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 ».

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

44. 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.

45. 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

⁽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

⁽¹⁰⁾ 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)

⁽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 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

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. Hormis ces cas, les piscines ouvertes au public, qu'elles soient publiques ou privées, sont soumises aux mêmes règles d'hygiène et de sécurité. Le fait que le centre aquatique Z soit un établissement géré dans le cadre d'une délégation de service public n'a donc pas d'incidence particulière en la matière.

46. L'ensemble des normes réglementaires applicables ont trait à la qualité de l'eau et non à la tenue des baigneurs. A ce jour, le législateur français ne semble pas avoir souhaité et permis l'interdiction de principe du burkini dans les piscines.

Des restrictions justifiées et proportionnées

47. L'article 9 de la CEDH ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou ses convictions ⁽¹²⁾. 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⁽¹³⁾.
48. A titre préliminaire, il convient de rappeler que 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.
49. 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* ⁽¹⁴⁾ concernant l'annulation d'un arrêté municipal prohibant des processions religieuses lors de funérailles où étaient portés des habits sacerdotaux.
50. 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 ⁽¹⁵⁾.
51. 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

⁽¹²⁾ CEDH 1er juillet 1997 *Kalaç c/ Turquie*

⁽¹³⁾ 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 1er juillet 2014 *SAS c/ France*, précité

⁽¹⁴⁾ 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.

⁽¹⁵⁾ 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).

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.

52. 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.
53. Déjà en 2009, l'homologue néerlandais du Défenseur des droits avait considéré qu'une interdiction du burkini dans une piscine, fondée sur le malaise ressenti par les autres nageurs, n'était pas proportionnée ⁽¹⁶⁾.
54. L'analyse de la compatibilité de ce vêtement avec les normes d'hygiène et de sécurité des piscines apparaît spécifique et n'a pas été traité à ce jour par les juridictions françaises mais par d'autres instances à l'étranger.
55. Dans un avis juridique remis aux responsables des piscines publiques en Flandre sur le port du maillot de bain intégral ⁽¹⁷⁾, l'homologue belge du Défenseur des droits, UNIA, a considéré qu'aucun argument tiré du vivre-ensemble, de l'égalité homme/femme, de l'écologie mais également de l'hygiène et la sécurité, ne permettaient d'interdire ce type de vêtement dans les piscines.
56. L'Agence indépendante flamande « Soins et Santé » a, en effet, 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.
57. 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.
58. 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 ⁽¹⁸⁾. 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

⁽¹⁶⁾ 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

⁽¹⁷⁾ Avis 166 – 10 juillet 2017 ; https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/170349_advies_lichaamsbedekkende_zwemkledij_FR2.pdf

⁽¹⁸⁾ 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.

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.

59. Contrairement à ce que laisse entendre la société Y, le Défenseur des droits ne considère pas que l'ensemble de ces décisions prises dans d'autres pays de l'Union européenne relèvent du droit positif français et/ou s'imposent en France. En l'absence de précédent jurisprudentiel ou législatif en la matière en France, le Défenseur des droits cherche simplement à situer cette question inédite dans une perspective de droit comparé, sachant que des spécificités liées à la réglementation française pourraient éventuellement permettre d'aboutir à des solutions différentes.
60. Les justifications évoquées par la direction de la piscine Z relèvent de l'hygiène et de la sécurité. D'une part, l'homogénéité des tenues de bain permettrait une meilleure surveillance du bassin. D'autre part, le port de combinaisons par les nageurs gênerait des soins d'urgence tels que la pose d'un défibrillateur. La combinaison est néanmoins autorisée lorsque les clubs de plongée ou de triathlon assurent seuls la sécurité.
61. S'agissant de l'argument de l'homogénéité des tenues, il n'est pas démontré auprès du Défenseur des droits en quoi elle favoriserait la sécurité des baigneurs. Par définition, les nageurs portent des tenues diverses et variées, en termes de forme et de couleurs. D'ailleurs cet argument n'a pas été réitéré et encore moins étayé en réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits.
62. S'agissant de l'argument tiré de la difficulté de « choquer » avec un défibrillateur une personne qui porte une combinaison ou un burkini, la société Y explique que la survie d'un noyé dépend notamment de la rapidité du sauvetage. Or, le temps d'action nécessaire au placement des électrodes dans le cas d'une personne portant un burkini serait plus long que pour un maillot de bain classique.
63. L'usage du défibrillateur automatisés externe (DAE) ⁽¹⁹⁾ exige que les électrodes du défibrillateur soient effectivement placées sur la peau nue de la victime : l'une doit se situer sous l'aisselle gauche, l'autre sur la poitrine côté droit. Si le port d'une combinaison est susceptible de gêner cette opération, il convient de relever qu'en cas de sauvetage, les vêtements sont en principe découpés avec des ciseaux de secours étudiés à cet effet. L'extrémité des lames est arrondie et la lame inférieure possède un guide pour glisser sur la peau sans provoquer de lésion. Les matériaux sont choisis afin que les ciseaux puissent être stérilisés.
64. Le Défenseur des droits entend que le temps d'action nécessaire pour placer les électrodes sur le corps des nageuses soit légèrement plus long selon qu'il faille découper un burkini plutôt qu'un maillot de bain une pièce ou encore le haut d'un bikini.
65. La société Y reconnaît que des membres de clubs de plongée et de triathlon sont autorisés à porter des combinaisons de plongée au motif qu'elle n'est pas, elle-même, en charge de la surveillance des nageurs. Or, si le port de ce type de vêtement gênait sensiblement voire empêchait tout sauvetage dans des conditions de sécurité suffisantes, il ne devrait pas pouvoir être admis pour des raisons impérieuses de sécurité publique, quel que soit l'organisme en charge de la sécurité.

⁽¹⁹⁾ V. en ce sens, les consignes posées par la CROIX ROUGE FRANCAISE ; <https://www.croix-rouge.fr/Je-me-forme/Particuliers/Les-6-gestes-de-base/L-arret-cardiaque-la-defibrillation> et les modes d'emploi des divers DAE ; https://www.allodocteurs.fr/maladies/coeur/infarctus-arret-cardiaque/defibrillateur-mode-d-emploi_2925.html ; <https://www.mediprostore.com/comment-utiliser-defibrillateur> ; Il convient de relever qu'en vertu d'un décret du 4 mai 2007, toute personne, même non médecin, est habilitée à utiliser un DAE.

66. Par ailleurs, les combinaisons de plongée sont assez épaisses car elles sont généralement conçues en néoprène, d'une part, et elles sont constituées d'une seule et unique pièce se fermant par un zip dans le dos, d'autre part. A l'inverse, le burkini se compose de diverses pièces dont une tunique en lycra, un matériau léger, qu'il paraît plus facile à découper en cas d'intervention médicale urgente.
67. La société Y note qu'aucune institution n'a pris position sur le port du burkini en France dans les piscines et remet en cause le caractère scientifique des études menées en Belgique ainsi que les conclusions auxquelles sont parvenues l'agence « Soins et Santé » et UNIA qui, selon elle, relèvent davantage « de l'affirmation » que de « la démonstration ».
68. Monsieur B pose notamment la question de savoir si ce vêtement ne favoriserait pas l'introduction de corps étrangers altérant la qualité de l'eau. Il s'interroge également sur le fait que les institutions belges aient effectivement procédé à des tests bactériologiques. Enfin, il relève que ce n'est pas parce qu'aucun accident n'est arrivé à ce jour que le port du burkini ne pose pas question au regard des exigences de sécurité. Pour le directeur de la société Y, les jugements du tribunal de Gand ne sont pas définitifs et donc ne prouvent rien.
69. 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 compatible avec la pratique de la nage, telle que le lycra. 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.*
70. Il convient de relever que le fait de refuser l'accès d'un établissement de bain à une femme musulmane portant un burkini laisse présumer l'existence d'une discrimination. En application des règles d'aménagement de la charge de la preuve prévues par l'article 4 de la loi du 27 mai 2008, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
71. Or, en l'espèce, la société Y ne démontre pas en quoi le burkini présenterait un risque de non-conformité aux règles d'hygiène et/ou en terme de sécurité, notamment en s'appuyant sur des données factuelles et scientifiques. Au contraire, elle s'interroge sur ces risques en appelant de ses vœux l'élaboration d'une étude particulière.
72. Or, il lui appartient de rapporter la preuve que ces risques existent matériellement et objectivement, le cas échéant en produisant une étude scientifique et objective.
73. En tout état de cause, sans minimiser le caractère essentiel des règles d'hygiène et de sécurité, le Défenseur des droits relève que le risque posé par certaines tenues ou accessoires 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.
74. A la lumière des développements précédents et des éléments portés à la connaissance du Défenseur des droits, rien ne permet de démontrer que le burkini de Madame X aurait contrevenu aux règles d'hygiène et de sécurité du centre nautique Z.

75. Le Défenseur des droits en conclut que le refus d'accès opposé à Madame X à la piscine Z du fait qu'elle portait un burkini et l'adoption d'un règlement intérieur interdisant son port 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, et de l'article 2-3 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.
76. Il recommande à la direction de la société Y d'une part, de modifier son règlement intérieur 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