

N° 301572
Mme B...

Assemblée du contentieux

Séance du 1^{er} octobre 2010
Lecture du 22 octobre 2010

CONCLUSIONS
de
M. Cyril ROGER-LACAN, rapporteur public

(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Roger-Lacan en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)

« Traiter de façon analogue des situations différentes, est-ce respecter, de l'égalité, autre chose qu'une forme extérieure ? » Posée en ces termes dès 1962 par le Professeur Jean Rivero dans une étude rédigée pour l'Association René Capitant, et consacrée aux relations entre le principe d'égalité et la discrimination, cette question a toujours reçu, en droit public français, une réponse nuancée. Elle connaît, depuis plusieurs années, de nouveaux développements à mesure, notamment, qu'apparaissent de nouvelles normes de droit européen visant à prévenir les discriminations, et que se développent les débats sur l'opportunité de rétablir une égalité réelle par des mesures de soutien spécifique à ceux auxquels le seul respect d'une égalité formelle ne permet pas d'exercer la plénitude de leurs droits.

Le litige qui est aujourd'hui soumis à votre Assemblée est relatif aux difficultés qu'une avocate atteinte d'un handicap moteur rencontre pour accéder aux palais de justice, y circuler, et donc y travailler. Il vous conduira à préciser, sur plusieurs points, les conséquences qui doivent être tirées, face à une telle situation – que les lois successives visant à assurer, depuis 1975, une meilleure adéquation des établissements recevant du public et des locaux de travail aux besoins des personnes handicapées n'ont pas permis d'éviter – de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail relative à la prévention des discriminations dans le travail.

Cette analyse doit être précédée de l'exposé des faits, et d'un bref résumé des étapes procédurales qui ont conduit cette affaire devant vous.

Mme B... est avocate au barreau de Béthune.

Elle souffre d'un handicap moteur lié aux séquelles d'une poliomyélite. A la suite d'une chute en 2001, ce handicap s'est aggravé et elle se déplace depuis lors en fauteuil

roulant. Son métier l'amène à plaider, principalement, dans les juridictions situées dans le ressort de la cour d'appel de Douai. Ayant appelé sans résultat l'attention de certains chefs de juridictions sur la carence des aménagements nécessaires pour rendre sa situation moins pénible, et estimant qu'un ensemble de principes et de règles de notre droit imposait que ces

palais de justice fussent aménagés de façon à lui permettre d'accéder aux salles d'audience et de se déplacer à l'intérieur des palais de justice, Mme B... adresse le 27 mai 2003 au garde des sceaux une demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'insuffisance de ces aménagements.

A cette date, sur la quarantaine de bâtiments du ressort de la cour d'appel de Douai, seul le tribunal de grande instance de Béthune et, depuis 2001, la partie du palais de justice de Dunkerque où se trouve le tribunal d'instance, sont accessibles aux personnes handicapées et aménagées pour leur permettre d'accéder aux salles d'audience et à certaines salles de travail. Dans tous les autres, Mme B... doit avoir recours à l'assistance de personnels du tribunal, ou de policiers. Avant chaque audience, elle doit donc obtenir qu'une organisation *ad hoc* soit mise sur pied permettant d'assurer, autant que faire se peut, qu'une aide lui sera dispensée en temps utile. Dans la plupart des cas, elle est alors portée, dans son fauteuil, par les agents qui l'assistent. Ces manipulations parfois délicates s'effectuent souvent avant les audiences, devant le public qui attend. La contrainte constante que cette situation a fait peser sur la vie professionnelle de Mme B... des années durant, et les conditions dans lesquelles elle est acheminée, par des moyens de fortune, vers les différents lieux du palais de justice auxquels ses fonctions lui imposent d'accéder, constituent le fondement du préjudice moral et du trouble dans ses conditions d'existence qu'elle invoque. Elle fait valoir que s'y ajoute un préjudice économique qui résulterait, d'une part, de la nécessité de rémunérer une tierce personne pour l'assister dans ses démarches et dans l'organisation matérielle de son travail, et d'autre part, de pertes de clientèle liées à l'incertitude que l'inadaptation des palais de justice à son handicap ferait peser sur sa capacité à plaider le jour venu, et plus généralement à défendre efficacement ses clients.

Sa demande reste sans réponse et elle saisit le tribunal administratif de Lille du refus qui lui est opposé. Par un jugement du 5 avril 2005, ce tribunal rejette sa demande. Mme B... fait appel et par un arrêt du 12 décembre 2006, contre lequel elle se pourvoit en cassation devant vous, la cour d'appel de Douai rejette l'ensemble des conclusions de son recours.

Elle le fait en distinguant, avec plus de précision que ne l'avait fait le juge de première instance, différents terrains sur lesquels la responsabilité de l'Etat serait susceptible d'être engagée. Après avoir écarté sans difficulté la méconnaissance des obligations que la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la discrimination raciale, la cour de Douai a longuement cité la directive du 27 novembre 2000, et notamment son article 2 qui dispose que : « 1. Aux fins de la présente directive, on entend par "principe de l'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1er./ 2. Aux fins du paragraphe 1: a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ; / b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes

d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que : /i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que /ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique ». La cour cite également l'article 3, relatif au champ d'application de la directive, qui prévoit qu'elle « s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne : c) les conditions d'emploi et de travail, (...) et son article 5, consacré aux « Aménagements raisonnables pour les personnes handicapées », qui dispose qu'« afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée ».

La cour a ensuite cité l'article L. 111-7-3 du code de la construction et de l'habitation, relatif à l'accessibilité aux personnes handicapées des bâtiments publics, dans sa rédaction résultant des lois du 11 février 2005 et 13 juillet 2006, qui prévoit que « Les établissements existants recevant du public doivent être tels que toute personne handicapée puisse y accéder, y circuler et y recevoir les informations qui y sont diffusées, dans les parties ouvertes au public » et le décret du 17 mai 2006, précisant les modalités de son application, et a relevé que le terme du délai fixé par ces dispositions pour adapter ces établissements recevant du public aux besoins des personnes handicapées était fixé en 2015. Elle en a déduit d'une part que, « ce délai n'étant pas expiré, Mme B... n'est pas fondée à invoquer la méconnaissance fautive des dispositions de l'article L. 111-7-3 dans la rédaction que lui ont donnée les lois susvisées des 11 février 2005 et 13 juillet 2006 » ; et d'autre part et surtout « que la circonstance que la directive 2000/78/CE du Conseil n'était pas transposée à la date du 2 décembre 2003, fixée par son article 18, n'est, en tout état de cause, pas à l'origine des préjudices invoqués dès lors que le délai raisonnable de 10 ans ne serait pas écoulé même si la directive avait été transposée dès cette dernière date ».

Par cette motivation, qui constitue l'un des points essentiels de sa décision, la cour a donc écarté la responsabilité qui aurait pu naître d'une insuffisante application de la directive, soit du fait d'une carence de sa transposition législative, en application de la jurisprudence issue de votre arrêt d'Assemblée G... du 8 février 2007 (n° 279522, rec. p. 78, conclusions Luc Derepas), soit du fait de l'insuffisance fautive d'autres mesures de mise en œuvre par l'Etat de cette directive, en estimant que le délai de dix ans résultant, pour les bâtiments accueillant du public, de la loi et du décret qui l'ont en partie transposée, coupait à la racine tout lien possible entre les droits que Mme B... pourrait éventuellement tirer du texte européen et le préjudice invoqué.

Mme B... dirige un moyen d'erreur de droit contre ce raisonnement. L'existence ou l'absence d'un lien de causalité entre un préjudice et le fait générateur allégué relève en principe de l'appréciation souveraine des juges du fond (Section, 28 juillet 1993, Consorts

D..., n° 117449, p. 250). Mais le raisonnement que la cour d'appel a suivi pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance de la directive comporte, implicitement, plusieurs éléments de pur droit concernant, d'une part, son champ d'application et sa portée dans le cas d'une avocate handicapée soumise à des difficultés d'accès et de circulation dans les palais de justice où elle travaille et, d'autre part, le lien de cette directive avec l'article L.111-7-3, dans sa rédaction résultant de la loi du 11 février 2005. Ces éléments peuvent être saisis par le moyen d'erreur de droit soulevé par la requérante.

La cour a ensuite entendu faire reste de droit aux arguments assez touffus du mémoire d'appel, s'agissant de la directive, en relevant que « l'article 7 § 2 de la directive précitée 2000/78/CE du Conseil réserve le droit des Etats de prendre des mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager l'insertion des personnes handicapées dans le monde du travail ; qu'il n'impose, par lui-même, aucune obligation d'en prendre ; que l'abstention ne saurait, sur ce seul fondement, constituer une faute ». Ce passage de l'arrêt n'est pas visé par un moyen de cassation et il n'est pas au cœur du débat contentieux, mais il pose une question qui n'est pas sans importance, car la cour n'indique pas si elle estime que les aménagements susceptibles de réduire les difficultés de Mme B... relèvent, dans son esprit, des articles 2, 3 et 5 qu'elle a longuement cités, avant d'écarter le moyen qui en était tiré, ou de cet article 7. Nous éclairerons, chemin faisant, les raisons pour lesquelles nous pensons que les mesures réclamées par Mme B... entraînent dans le champ des articles précédents, mais dans un souci de clarification, il est possible de relever que les mesures visées par l'article 7 désignent les mesures, dites parfois de discrimination positive, – c'est le terme qu'emploie à leur propos votre rapport de 1996 sur le principe d'égalité – qui visent, comme le dit la directive, à favoriser l'insertion des personnes handicapées en leur conférant des droits particuliers, telles celles qui imposent des seuils relatifs à la proportion de ces personnes dans l'effectif total d'une entreprise. Les mesures qui visent simplement à permettre aux personnes handicapées d'accéder aux différentes parties d'un palais de justice, et d'y circuler dans les mêmes conditions que les autres, ne relèvent pas de cette catégorie.

La cour a ensuite jugé « que si Mme B... se prévaut de l'article L. 114-1 du code de l'action sociale et des familles, tel que modifié par les lois des 17 janvier 2002 et 11 février 2005, qui énonce : « Toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté. / L'Etat est garant de l'égalité de traitement des personnes handicapées sur l'ensemble du territoire et définit des objectifs pluriannuels d'actions », elle n'apporte pas, en tout état de cause, à l'appui de son moyen les précisions permettant d'en apprécier la portée ». On relèvera simplement, à ce stade, que le juge d'appel n'a pas cherché à rapprocher cet article d'autres dispositions plus précises, comme vous l'avez fait dans certaines décisions, mais l'a au contraire isolé, ce qui en affaiblit presque nécessairement la portée.

Elle a ensuite écarté un terrain de responsabilité pour faute tiré de la méconnaissance de l'article 26 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966. C'est curieusement pour écarter la violation du Pacte de New York, à l'évidence moins topique que ne l'est la directive 2000/78, que la cour a fait état du soutien concret que reçoit Mme B... lorsqu'elle doit accéder à un palais de justice dépourvu d'aménagements adéquats et

y circuler, et en a rappelé la nature. Le Pacte de New York ne nous semble pas applicable aux faits qui ont donné naissance au litige et il est opportun, avant d'en revenir aux questions importantes qui ont justifié l'inscription de l'affaire devant votre Assemblée, de clarifier rapidement ce point. L'article 26 est ainsi rédigé : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. ». Les stipulations de l'article 26 sont directement invocables en droit interne, mais elles ne le sont que lorsqu'est en cause une discrimination relative à l'un des droits civils et politiques énumérés par ce Pacte, comme vous l'avez indiqué dans votre avis d'Assemblée du 15 avril 1996, Mme D..., (n° 176399, p. 125). Aucun de ces droits, énumérés par les articles 6 à 25 de la Convention, n'est en cause dans le cas où une avocate est confrontée à des difficultés liées à son handicap dans un cadre professionnel, du fait de l'absence d'aménagements adaptés à sa situation. Vous avez certes jugé, dans votre avis d'Assemblée du 6 décembre 2002 Mme D... (n° 250167, p. 423), que le nouveau régime de réparation des préjudices subis par les enfants nés handicapés et par leurs parents, défini par l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002, n'est pas incompatible avec les stipulations des articles 14 et 26 du pacte. Mais la référence à l'article 14, qui ne trouve pas à s'appliquer dans le cas de Mme B..., marque que c'est en regard de ses stipulations, et d'elles seulement, que la question de la conformité de cette loi au Pacte a pu être examinée. Vous pourrez donc casser l'arrêt de la cour sur ce point et écarter, si vous décidez de juger l'affaire au fond comme nous vous le proposerons dans les présentes conclusions, le moyen invoqué devant le juge d'appel.

Enfin, la cour a écarté la responsabilité sans faute de l'Etat. Elle a en effet estimé que le préjudice allégué ne présentait pas un caractère anormal. La requérante dirige contre cette partie de la décision un moyen d'erreur de qualification juridique des faits que vous examinerez en cassation, conformément à la jurisprudence issue de votre décision commune de Lormont c/ Consorts R... du 10 mars 1997 (n° 150861, page 74).

oo

Le moyen qui vise l'erreur de droit commise par le juge du fond en ne retenant pas la violation du Pacte de New York étant écarté, vous pourrez examiner les deux autres moyens du pourvoi qui prolongent, en cassation, ce qui constitue, depuis la première demande de Mme B..., le fil directeur de son action contentieuse : l'invocation conjointe et indissociable de la discrimination indirecte dont elle estime faire l'objet dans son travail du fait de son handicap, au sens de la directive du 27 novembre 2000, et d'une rupture d'égalité dont elle serait victime. C'est curieusement à cette question centrale que, par son raisonnement, la cour a partiellement évité de répondre et c'est de là, nous semble-t-il, que doit partir votre réflexion.

Aussi, pour affermir le terrain sur lequel la solution du litige doit être recherchée, voudrions-nous essayer d'éclairer deux questions.

Dans quelle mesure l'introduction de la notion de discrimination indirecte modifie-t-elle, dans les domaines où elle est applicable, les relations complexes qui existent en droit français entre les différentes applications du principe d'égalité et le droit des discriminations ?

Dans la perspective particulière qui est celle de la discrimination indirecte, existe-t-il une spécificité du handicap qui le distingue d'autres critères de discriminations interdites, et quelles en sont les conséquences juridiques ?

*

Si votre jurisprudence a admis très tôt que le principe d'égalité ne faisait pas obstacle à ce que des personnes se trouvant dans une situation différente fissent l'objet d'un traitement distinct, dès lors que cette différence de traitement est en rapport avec cette différence de situation, et proportionnée à celle-ci, eu égard à l'objet de la mesure en cause, en revanche elle n'a jamais admis qu'il imposât, par lui-même et en règle générale, de telles différences de traitement. Ce choix résultait déjà de votre décision du 22 mars 1950 Société des ciments français (n°s 87957 et 87958, p.175) qui juge que l'administration ne viole pas l'égalité de traitement de producteurs d'une même catégorie, ayant des coûts d'exploitation différents, en leur imposant un prix unique. Il a été confirmé par votre arrêt d'Assemblée Société Baxter et autres du 28 mars 1997 (n°s 179049, 179050 et 179054, p. 114), et la jurisprudence qui s'en est inspirée, notamment vos décisions Union des familles en Europe du 20 avril 2005 (n° 266572, aux tables pp.710, 712, 774, 1052 et 1105) et Commune de saint Jean d'Aulps du 14 octobre 2009 (n° 300608, aux tables p. 642). Le Conseil constitutionnel a exprimé une position analogue dans sa décision 2003-489 DC du 29 décembre 2003, relative à la loi de finances pour 2004 (rec. CC 487, cons. 37) en relevant « que si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. »

Relevant de surcroît que le principe de non-discrimination ne s'est pas vu reconnaître, en tant que tel, la valeur d'un principe constitutionnel autonome par le Conseil constitutionnel, une part majoritaire de la doctrine estime que, marqué par une conception universaliste du principe d'égalité au fondement de laquelle on trouve, à côté de l'article 1^{er} de la Constitution et de l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, son article 6 qui prévoit que « La loi doit être la même pour tous » et « qu'il ne saurait y avoir d'autres distinctions entre les citoyens que celles de leurs vertus et de leurs talents », le droit public français serait plus soucieux d'égalité juridique formelle que d'égalité réelle et y voit le fondement d'une réticence au développement de normes visant à prévenir ou corriger les discriminations qui visent souvent à faire en sorte, selon la juste expression du Pr Rivero dans son article déjà cité, qu'« à l'égalité recherchée dans la généralité se substitue l'égalité dans la différenciation ».

Dans ce contexte juridique, on discerne la portée novatrice de la notion de discrimination indirecte, qui désigne précisément les situations où le respect de l'égalité formelle, appliqué à des situations trop hétérogènes, non seulement ne suffit pas à prévenir la discrimination, mais d'une certaine façon la caractérise. Elle trouve son origine dans la jurisprudence de la CJUE et celle de la CEDH qui, sur ce point, ont souvent paru se distinguer

assez nettement de la vôtre. La CJCE relevait déjà dans certains arrêts anciens que la discrimination « consiste non seulement à traiter de manière différente des situations semblables, mais aussi à traiter de manière identique des situations différentes » (17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne c/ Commission, affaire 13-63, recueil CJCE p. 341). Elle a même semblé systématiser ce raisonnement dans certains arrêts, dont l'influence sur la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 est évidente. Ainsi écrit-elle dans sa décision du 14 février 1995, Finanzamt Köln-Altstadt c/ Schumacker, affaire C-279/93 (Rec I 225, D 1995, IR p. 71) qu'« une discrimination consiste dans l'application de règle différentes à des situations comparables, ou dans l'application de la même règle à des situations différentes ». Et la CEDH reprendra ces raisonnements en des termes très voisins (6 avril 2000 Thlimennos c/ Grèce, RTD civ. 2000, p. 434).

Puisant une partie de son inspiration dans cette jurisprudence, la directive 2000/78 la définit de la façon suivante : « b) une discrimination indirecte *se produit* lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est *susceptible* d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que : / (...) / ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur *ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé*, en vertu de la législation nationale de prendre des mesures appropriées (...) afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique. »

Cette rédaction appelle trois remarques essentielles pour notre litige.

En premier lieu, la discrimination indirecte y est définie comme une situation objective, caractérisée par ses effets et non par son objet, et même, plus précisément, par ses effets potentiels (« susceptible d'entraîner »). Ce dernier point a d'ailleurs fait l'objet de critiques au Sénat lors de la transposition, tardive, de cette notion, consécutive à l'engagement d'une procédure d'infraction par la Commission à l'encontre de la France, dans la loi du 27 mai 2008. Mais il a finalement été jugé inhérent aux obligations posées par la directive, et transposé à l'identique par l'article 1^{er} de la loi qui reprend l'expression « susceptible d'entraîner ».

Aussi l'emploi du terme de discrimination indirecte, destiné à faire ressortir, de propos délibéré, qu'une discrimination peut également se produire dans des situations où l'égalité formelle est respectée, ne doit-il pas être une source d'ambiguïté : une discrimination directe défavorise intentionnellement une personne en fonction de certains critères définis. Elle vise l'objet d'une mesure particulière. Tandis que la discrimination indirecte désignera, le plus souvent, l'effet d'une mesure générale.

On peut aisément prévoir de quels risques cette notion serait porteuse si son application n'était pas assortie de conditions de mise en œuvre prenant en compte le coût des mesures destinées à prévenir son apparition, et tempérant ce qu'elle peut avoir de systématique. L'élégante symétrie des formulations adoptées par la CJUE masque en réalité une asymétrie bien réelle : appliquer de façon trop mécanique cette notion de discrimination indirecte dans certains domaines, ce serait faire du problème particulier de chacun la source d'une norme opposable à tous, concrètement inapplicable.

Cette première remarque en appelle directement une deuxième. A l'inverse du principe qui prévaut traditionnellement en matière de discrimination, il peut arriver – et tel sera sans doute le cas le plus fréquent – qu'une discrimination indirecte ne révèle pas d'élément intentionnel. Elle ne sera donc pas susceptible, dans ce cas, d'être pénalement sanctionnée. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler dans sa décision du 16 juin 1999 relative au code de la route « qu'il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés » et que l'élément moral ne peut lui être étranger (99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 16, Rec. p. 75 – voir également 2003-467 DC, 13 mars 2003, p. 211). Et vous avez également eu l'occasion de le préciser dans certaines décisions, afférentes à des cas où était en cause une discrimination (Section, 30 octobre 2001, Association française des sociétés financières et autres, n° 204909, p. 518). La définition même de la discrimination indirecte s'accorde mal avec celle que l'article 225-1 du code pénal donne de la discrimination, et encore moins avec l'article 225-2 du même code, qui distingue les cas dans lesquels une discrimination est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La référence, à l'article 1^{er} de la directive, à la notion de « motif », reprise dans la définition que donne la loi du 27 mai 2008, qui se réfère à la notion de « pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier (...) », ne peut s'interpréter comme rétablissant un élément nécessaire d'intentionnalité dans une notion qui n'en comporte pas. La version anglaise de la directive confirme cette interprétation et la jurisprudence de la Cour de cassation, en matière de discrimination indirecte dans le travail, conforte cette analyse, également partagée par la majorité de la doctrine¹. Cette interprétation résulte notamment de deux arrêts de la chambre sociale, l'un retenant une discrimination indirecte dans le cas d'un mode de décompte des jours d'absence « nécessairement défavorable » au salarié en période de haute activité (Cass. soc. 9 janvier 2007, n° 05-43962, note Mercat Bruns, GP, 7 juin 2007, n° 158, p. 61), l'autre l'écartant dans le cas du plafonnement d'une indemnité conventionnelle de licenciement, au motif qu'il ne résulte pas des constatations du juge du fond que cette mesure aurait « pour effet » de désavantager les salariés du fait de leur âge (Cass. soc. 30 avril 2009, n° 07-43945). La cohérence générale de cette notion avec les qualifications pénales de la discrimination est introuvable, et c'est également pour cette raison que le législateur a limité au domaine civil sa transposition.

Ces deux remarques en appellent une troisième, tout aussi essentielle pour notre litige : si la discrimination indirecte dans le travail peut être le résultat d'une action, édicton de norme ou mesure concrète à caractère général, elle peut aussi résulter d'une abstention, du simple fait de laisser les choses en l'état, de les faire comme on les a toujours faites, dès lors qu'il en résulte un désavantage particulier associé à l'un des critères fixés par la directive.

Or lorsque la notion est appliquée aux personnes handicapées qui travaillent, elle est susceptible, et c'est notre deuxième point, de produire des effets particuliers, pour une raison simple : le handicap se distingue des autres critères de discrimination retenus par la directive

¹ On renverra notamment sur ce point aux études consacrées à la loi du 27 mai 2008 par Mmes Elisabeth Fortis (AJ pénal 2008, p. 303) et Laurence Péru-Pirotte (JCP S, 2008, 1314) et pour une plus nuancée sur l'intentionnalité, à celle de Mme Odile Gabriel-Calixte (LPA, 7 janvier 2009, n° 5, p. 3).

en ce que l'entrave à la vie professionnelle qu'il est susceptible d'entraîner n'est pas uniquement le fruit de la discrimination, mais préexiste, dans une large mesure, à celle-ci.

Ce point est moins évident qu'il ne peut le sembler. La volonté d'unifier le droit des discriminations, qui inspire notamment la Commission européenne, conduit à privilégier une conception du handicap qui l'analyse comme un effet de la discrimination, plutôt qu'un état préexistant à celle-ci. Le rapport que les experts mandatés par la Commission ont consacré à la mise en œuvre de la directive (juillet 2009, rapport de Mmes Waddington et Lawson pour le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination ; <http://ec.europa.eu.progress>) laisse transparaître cette pensée, notamment dans la critique qui est adressée à la définition que la CJUE a donnée du handicap dans son arrêt Chacon Navas c/ Eurest du 11 juillet 1986 (affaire C-13/05). Cette définition est objective, et présente le handicap comme un caractère inhérent d'abord à la personne, en indiquant (considérant 43) que « La directive 2000/78 vise à combattre certains types de discrimination en ce qui concerne l'emploi et le travail. Dans ce contexte, la notion de « handicap » doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle ». Et l'esprit de la définition, un peu différente, qu'en donne l'article L. 5213-1 du code du travail la rejoint dans cette objectivité : il dispose qu'« Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique ». Mais de cette définition objective, et à nos yeux raisonnable, du handicap, qui marque qu'il préexiste, pour l'essentiel, à la discrimination, il résulte nécessairement une efficacité particulière, dans le cas des personnes handicapées, de la notion de discrimination indirecte, puisque le fait de laisser en l'état des pratiques existantes, identiques pour tous, mais dépourvues de toute prise en considération des difficultés de celui qui, dans son travail, souffre de son handicap, créera, à son détriment, un désavantage particulier.

Si vous nous rejoignez dans cette analyse, vous en tirerez la conséquence suivante : en imposant, dans une mesure que le litige vous conduira à préciser, que tous ceux auxquels s'applique la directive prennent des mesures appropriées pour prévenir l'apparition de discriminations indirectes dans le travail, la directive fait de l'accès au travail, entendu au sens le plus large, l'un des domaines dans lesquels s'applique une conception de l'égalité de traitement qui impose de rechercher des solutions concrètes aux difficultés posées par le handicap, allant nécessairement au-delà des principes généraux qui résultent de votre jurisprudence Baxter.

Or vous avez déjà, à trois reprises au moins, fait prévaloir une logique analogue, s'agissant d'accès de personnes handicapées à des droits universels. Il importe de rappeler dans quel cadre juridique, et par quel raisonnement, vous l'avez fait.

Dans une décision Mme M... du 30 avril 2004 (n° 254106, aux Tables pp. 572 et 712), vous avez censuré le refus opposé à une candidate handicapée à un poste de professeur d'éducation physique et sportive, au motif que l'administration avait à tort écarté la possibilité de réaliser des aménagements de poste susceptibles de lui permettre d'assurer de telles fonctions. La solution était déduite de la combinaison des principes généraux de l'article L.114-1 du code de la famille et de l'aide sociale, que nous avons cité tout à l'heure, et de l'article L. 243-3 du même code, qui dispose qu'"aucun candidat handicapé ne peut être

écarté, en raison de son handicap, d'un concours donnant accès à un emploi de l'Etat ou d'une des collectivités ou établissements mentionnés à l'article L. 323-2 du code du travail, si ce handicap a été reconnu compatible avec cet emploi par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (...) ». Votre décision relève que « si le handicap (de la requérante) était incompatible avec la conduite de certaines des activités prévues par les programmes d'éducation physique et sportive, notamment des activités gymniques et aquatiques, des aménagements de poste, dont le principe est prévu par le décret du 30 juin 1998, (...) auraient permis de compenser les conséquences de ce handicap » et censure l'erreur d'appréciation de l'administration qui a écarté cette possibilité. Ce n'est donc qu'en cas d'impossibilité matérielle de prendre de tels aménagements que l'incompatibilité peut-être retenue. Cette exigence marque l'évolution de notre droit par rapport à la solution que vous reteniez dans une décision P... du 6 avril 1979 (n° 09510, aux Tables p. 767), dans laquelle vous vous borniez à examiner la compatibilité d'un handicap avec un emploi public, sans qu'il soit imposé à l'administration de rechercher des mesures d'adaptation de son environnement de travail à sa situation. Dans la décision Mme M... de 2004 précitée, vous avez marqué de surcroît une attention particulière à la réalité de cet effort d'adaptation de l'environnement de travail de la requérante à son handicap, en exerçant un plein contrôle sur l'appréciation de la commission.

En matière d'accès aux soins, par une ordonnance de référé du 9 mars 2007, G... et Section française de l'observatoire international des prisons (n° 302182, Tables p.1086), vous avez jugé que les dispositions de l'article L. 6111-2, qui fixe certaines missions universelles de l'hôpital en prévoyant que les établissements hospitaliers « sont ouverts à toutes les personnes dont l'état requiert leurs services (...) dispensent aux patients les soins préventifs, curatifs ou palliatifs que requiert leur état et veillent à la continuité de ces soins, en s'assurant qu'à l'issue de leur admission ou de leur hébergement, tous les patients disposent des conditions d'existence nécessaires à la poursuite de leur traitement » et « orientent les patients sortants ne disposant pas de telles conditions d'existence vers des structures prenant en compte la précarité de leur situation », combinées à celles de l'article L.6112-1 du code de la santé publique, qui confie au service public hospitalier la mission d'assurer le diagnostic et les soins dispensés aux personnes détenues en milieu pénitentiaire, mettaient à la charge de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris une obligation de rechercher une solution particulière permettant d'orienter un détenu âgé, souffrant d'un ensemble de pathologies invalidantes et se déplaçant en fauteuil roulant, vers une structure adaptée à son état.

Dans le même esprit et marquant, en matière de scolarisation des enfants handicapés, une exigence encore plus affirmée vous avez, dans une décision M. et Mme L... du 8 avril 2009 (n° 311434, p. 136), rappelé la stricte obligation qui incombe à l'Etat d'assurer aux enfants handicapés une scolarité adaptée, en jugeant notamment que « le droit à l'éducation étant garanti à chacun quelles que soient les différences de situation, et, d'autre part, que l'obligation scolaire s'appliquant à tous, les difficultés particulières que rencontrent les enfants handicapés ne sauraient avoir pour effet ni de les priver de ce droit, ni de faire obstacle au respect de cette obligation ; qu'il incombe à l'Etat, au titre de sa mission d'organisation générale du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que ce droit et cette obligation aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif ». Vous en avez déduit que son incapacité à le faire était « constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité, sans que

l'administration puisse utilement se prévaloir de l'insuffisance des structures d'accueil existantes ». Cette solution prend appui sur un ensemble de dispositions du code de l'éducation, et notamment sur ses articles L. 111-1, qui dispose que "Le droit à l'éducation est garanti à chacun" et L. 112-1 qui dispose pour sa part que "Les enfants ou adolescents handicapés sont soumis à l'obligation éducative. Ils satisfont à cette obligation en recevant soit une éducation ordinaire, soit, à défaut, une éducation spéciale, déterminée en fonction des besoins particuliers de chacun d'eux par la commission départementale d'éducation spéciale".

Dans ces trois cas où vos décisions ont fait apparaître, avec des nuances importantes quant à sa portée, une obligation du service public de rechercher une adaptation spécifique permettant à une personne handicapée de jouir d'un droit reconnu à tous, on retrouve la combinaison de trois éléments juridiques : des dispositions de principe rappelant l'égal accès de tous à ce droit, une affirmation par la loi de la nécessité d'une solidarité spécifique permettant aux personnes souffrant d'un handicap de jouir réellement de ce droit, et des dispositions, généralement réglementaires, organisant cette solidarité. L'obligation de résultat est stricte dans le cas de la scolarisation des enfants et dans le cas de l'hospitalisation, et tempérée par la prise en compte du coût et de la difficulté des adaptations recherchées dans la décision Mme M... du 30 avril 2004 (n° 254106, aux Tables pp. 572 et 712, précitée page précédente), relative à l'accès aux emplois publics. L'analogie de la démarche avec celle de la directive ressort particulièrement dans ce dernier cas : en enjoignant aux Etats d'imposer des aménagements raisonnables permettant de prévenir les désavantages résultant d'un handicap dans l'exercice d'une activité professionnelle, la directive a pour effet de faire du travail l'un des domaines particuliers dans lesquels cette forme de solidarité doit trouver à s'appliquer. Tel est, nos yeux, le fil directeur qui doit guider l'examen des deux moyens du pourvoi.

*

Pour juger du caractère suffisant des dispositions prises, tant par le législateur que par l'administration, pour transposer la directive, il est nécessaire de trancher deux questions préalables : les difficultés récurrentes auxquelles se heurte Mme B... sont-elles potentiellement constitutives d'une discrimination indirecte, que la directive impose de prévenir par des mesures appropriées, et si tel est le cas, l'Etat, qui n'est pas son employeur, était-il tenu de les prendre ? Ce n'est que si la réponse à ces deux questions est positive que la responsabilité de l'Etat peut être recherchée, à l'égard de Mme B..., du fait d'une éventuelle carence de transposition.

La réponse à la première question nous paraît se déduire, dans une assez large mesure, de ce qui vient d'être exposé. Pour y répondre, il convient d'examiner la nature des difficultés auxquelles Mme B... est confrontée indépendamment, dans un premier temps, des mesures mises en œuvre pour y remédier, puisque précisément l'objet de la directive est d'imposer que de telles mesures soient prises.

Compte tenu de ce qui vient d'être dit, le maintien en l'état d'accès, de circulations intérieures et de salles d'audience formant un environnement de travail identique pour tous, mais dépourvu d'aménagements permettant de résoudre ou de réduire les difficultés des personnes handicapées constitue bien une « pratique apparemment neutre » susceptible d'entraîner pour elles un « désavantage particulier », en raison de leur handicap. Si un doute

résiduel demeurerait dans votre esprit, en dépit des analyses que nous venons de vous présenter, sur l'absence d'intentionnalité requise pour qualifier une discrimination indirecte, on relèverait qu'en tout état de cause, dans la présente affaire, les difficultés éprouvées par Mme B... du fait de l'absence d'aménagements adaptés à son handicap avaient été portées, à plusieurs reprises, avant le recours, et pendant une période de temps assez longue, à la connaissance des autorités judiciaires, de sorte que le caractère non intentionnel d'un effet discriminatoire par ailleurs avéré ne pourrait lui être légitimement opposé.

Une question importante demeure, cependant : l'absence d'aménagement adaptés des locaux et des accès constitue-t-elle bien une « pratique » au sens de la directive ?

Plusieurs points nous amènent à vous proposer d'estimer que tel est bien le cas, mais cette réponse soulève des difficultés nous retrouverons dans l'examen des textes de droit interne.

En matière de handicap, en effet, la législation relative au travail et celle qui est désignée par la notion générale d'accessibilité sont distinctes, malgré certains recoupements. L'une a généralement pour objet de fixer des obligations aux employeurs, l'autre, d'en fixer aux maîtres d'ouvrage s'agissant des bâtiments neufs ou de ceux qui font l'objet de travaux importants. Le champ d'application de la directive, la terminologie qu'elle emploie, le fait que les obligations qu'elle impose à la loi de fixer s'adressent d'abord aux employeurs, indiquent qu'elle se rattache, clairement, à la législation relative au travail. Pour autant, il nous semble que ce serait en méconnaître le sens que de considérer que les graves difficultés auxquelles se heurte Mme B... ne relèvent pas de son champ d'application.

En premier lieu, on peut se demander ce que serait une politique de prévention des « désavantages particuliers » rencontrés par les personnes handicapées dans le travail qui ignorerait la question de l'environnement physique des bâtiments. La « pratique » désignera ici l'organisation des accès à un lieu de travail, indissociable des éléments matériels qui en forment le cadre, et l'on ne voit pas ce qui devrait conduire à les exclure du raisonnement. En deuxième lieu, la directive elle-même indique dans ses considérants (§20) qu'« il convient de prévoir des mesures appropriées, c'est-à-dire des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux, ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement ». La notion d'aménagement nécessaire de l'article 5 n'exclut donc pas les aménagements physiques de locaux, et les « désavantages particuliers » que vise la directive peuvent être de ceux qui se résolvent par des mesures relatives à l'environnement physique.

Mais il faut, pour lever toute hésitation, pousser un peu plus loin l'analyse. La directive se réfère notamment, on vient de le voir, à la notion de « poste de travail », qui est elle-même une notion couramment employée – avec des acceptions elles mêmes diverses – en droit du travail. Par une lecture restrictive de cette notion, on pourrait être tenté d'opposer le poste de travail et l'accès, le premier relevant seul de la législation du travail. Cette distinction ne nous paraît pas non plus susceptible d'exclure les difficultés de Mme B... du champ de la directive.

Quel est, en effet, le poste de travail d'un avocat dans un palais de justice ? Les salles d'audience ? La ou les salles de travail ? Celle qui est réservée aux avocats ? Les cellules où ses clients peuvent être détenus ? Et comment concevoir qu'il puisse travailler sans pouvoir se déplacer de l'un de ces lieux à l'autre, si rien n'est aménagé pour le lui permettre ?

De même la notion d'accès, si elle est parfois inconsciemment associée à tort à la seule entrée des bâtiments, est-elle bien plus complexe. Elle désigne également l'ensemble des circulations intérieures d'un bâtiment, ainsi que, dans certains cas, les aménagements intérieurs des salles. Et surtout, elle n'acquiert de réalité que par rapport à l'objectif et au niveau d'exigence qu'on lui assigne : la mise en accessibilité d'un bâtiment, pensée en relation avec une organisation de travail, dépendra de la nature des activités concernées, et de la plus ou moins grande ambition qu'autorisera la configuration des lieux.

Aussi la distinction du poste de travail et de l'accès nous paraît-elle, au cas d'espèce, tout à fait inopérante. La directive vise à saisir, de façon concrète, les difficultés rencontrées par les personnes handicapées qui travaillent et s'affranchit, ce faisant, des catégories usuelles entre lesquelles se divisent les normes imposant des obligations précises à des débiteurs identifiés. C'est la vertu, et la limite, de la méthode communautaire qui consiste à définir des obligations de résultat à partir de situations concrètes. Elle est rédigée de telle sorte qu'elle ne permet pas d'exclure les aménagements physiques des locaux, ni de tracer de frontière sûre entre le poste de travail, notion souvent peu opérante, comme on l'observe en l'espèce, et les accès, circulations ou autres composantes de l'environnement de travail qui impliquent toujours la définition de niveaux et de priorités d'accessibilité, lesquels renvoient directement à l'organisation du travail. Une telle exclusion priverait donc la directive d'une part essentielle de sa cohérence.

Nous pensons donc que les difficultés de Mme B... relèvent, par nature, du champ de la directive, et que pour les raisons indiquées plus haut, elles constituent potentiellement, dans la logique de l'article 2, une discrimination indirecte, sous réserve, comme le précise cet article, que « l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'(elle) entraîne ».

Cette rédaction nous fait entrer de plain-pied dans la question suivante : en vertu de quelle règle ou de quel principe les mesures appropriées qu'appelle la situation de Mme B... devraient-elles incomber à l'Etat, qui n'est pas son employeur ?

Mme B..., rejointe par la HALDE dans ses observations, vous invite à considérer qu'il incombait à l'Etat de réaliser lui-même des aménagements raisonnables, propres à prévenir ou atténuer ses difficultés. Elle note que la directive se présente comme « un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi *et de travail* », prend appui sur la rédaction de l'article 2, dont nous venons de rappeler qu'il vise l'employeur *ou toute personne à laquelle s'applique la présente directive*, la rapproche de l'article 3, relatif au champ d'application, qui précise que le texte s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne (a) les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail (...) ».

Ces rédactions sont difficilement compatibles avec une interprétation qui limiterait l'application de la directive aux employeurs vis-à-vis de leurs salariés, dans l'acception habituelle du code du travail.

Le système de renvoi réciproque des articles entre eux conduit cependant à nuancer les arguments de texte qu'inspirent ces premiers articles, puisque l'article 5, auquel renvoie l'article 2 s'agissant des mesures à prendre pour prévenir l'apparition d'une discrimination indirecte en matière de handicap, impose des aménagements raisonnables « à l'employeur », sous réserve qu'ils n'entraînent pas pour lui des « charges disproportionnées », sans reprendre explicitement la terminologie plus large des articles précédents. Ce principe est certainement applicable à l'Etat-employeur vis-à-vis de ses agents, par combinaison de la directive et de cette disposition. Il ne l'est pas directement vis-à-vis d'une avocate.

Pour être retenue, la position de Mme B..., soutenue par la HALDE, doit être complétée et précisée. Il ne suffit pas en effet d'identifier une situation de discrimination indirecte pour en déduire que l'obligation de la prévenir ou de l'atténuer pèse indistinctement sur toute personne qui ne serait pas exclue de l'énumération très large qui figure à l'article 3, indépendamment de son lien avec la personne qui en souffre dans son travail. Il faut, pour aller au bout de ce raisonnement, qualifier précisément le lien qui existe entre les responsabilités propres de l'Etat dans les palais de justice et les difficultés qui fondent le préjudice allégué par la requérante.

En qualité d'avocate et en application de l'article 3 la loi du 31 décembre 1971, Mme B... est auxiliaire de justice. Cette notion n'est pas définie par la loi, mais s'agissant de notre litige, on peut en résumer la portée en indiquant que le concours qu'elle apporte au service public est à la fois régulier et nécessaire.

Trois points étroitement liés conduisent alors à spécifier ce qui, dans l'esprit de la directive, peut fonder la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des difficultés qu'elle rencontre.

D'une part, ces difficultés de la requérante sont la conséquence inévitable du concours, indispensable, qu'elle apporte au service public de la justice. D'autre part, les palais de justice sont des bâtiments du domaine public affectés exclusivement à ce service public. Enfin, les palais de justice appartenant au domaine public de l'Etat, personne d'autre que l'Etat ne pourra porter remède aux difficultés qu'elle rencontre.

De cette triple remarque, il se déduit qu'un lien logique indissoluble existe entre les difficultés qu'elle rencontre dans son travail et le concours particulier qu'elle apporte, professionnellement, au service public. Dans cette mesure, le principe d'égalité, qui trouve ici à s'appliquer, tant aux conditions dans lesquelles elle apporte un concours professionnel au service public qu'à celles dans lesquelles elle accède au domaine public – voyez à cet égard votre arrêt de Section Sieur Biberon du 2 novembre 1956 (n° 23551, p. 403) – ne peut, dès lors qu'elle est en situation de travail et entre dans le champ de la directive, se limiter au maintien des accès, circulations et salles d'audience et de travail des palais de justice en l'état, sans aucune considération particulière pour les difficultés professionnelles qui en résultent

pour un avocat, mais doit intégrer, ainsi que nous l'avons analysé, une prise en compte spécifique de ses difficultés.

Si vous nous suivez dans ce raisonnement, vous aborderez l'examen des mesures de droit interne pour apprécier si elles ont correctement mis en œuvre l'obligation, pour l'Etat, de procéder à des aménagements raisonnables pour adapter les palais de justice aux difficultés des personnes handicapées qui y travaillent, en ayant à l'esprit que, comme le rappelait la CJCE dans son arrêt du 27 avril 1988, Commission c/ France, aff. 252/85, Rec. 2243 : « La transposition en droit interne des normes communautaires n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition expresse et spécifique et qu'elle peut se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise ».

Précisons d'abord la date limite que la directive elle-même imposait pour sa transposition. Son article 18 dispose que « Les États membres adoptent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 2 décembre 2003 » et ajoute que « pour tenir compte de conditions particulières, les États membres peuvent disposer, si nécessaire, d'un délai supplémentaire de 3 ans à compter du 2 décembre 2003, soit un total de 6 ans, pour mettre en œuvre les dispositions de la présente directive relatives à la discrimination fondée sur l'âge et l'handicap. (...) ».

La cour a fait l'hypothèse que la France n'aurait pas demandé à bénéficier de ce délai. C'était aussi ce que soutenait la requérante et curieusement l'administration, en appel, ne l'a pas démentie. Mais un supplément d'instruction du pourvoi a fait ressortir que la France a bien informé la Commission, par lettre du 20 novembre 2003, de son intention de bénéficier d'un délai supplémentaire de trois ans, jusqu'au 2 décembre 2006. Reste une hésitation possible sur la portée de ce délai, liée à la rédaction même de l'article 18 : le passage relatif à la prolongation possible pour les dispositions relatives à l'âge et au handicap parle de « mise en œuvre », quand celui qui fixait le délai principal parlait seulement de « se conformer » à la directive. Nous ne pensons pas qu'on puisse, comme essaie de le faire le pourvoi, en déduire que le délai supplémentaire ne concernait pas la transposition normative, mais bien la réalisation effective, dès 2006, de toutes les mesures concrètes et pratiques qu'impliquait la directive. Les « aménagements raisonnables » visés à l'article 5 n'incombent évidemment pas qu'aux Etats eux-mêmes, et l'on ne voit pas comment la directive imposerait directement, dans l'article 18 consacré au délai de sa mise en œuvre par les Etats, des obligations à d'autres personnes morales. Il est donc difficile d'y trouver matière à une difficulté sérieuse d'interprétation, d'autant plus que la directive elle-même mentionne un délai de « six ans au total », d'une façon qui fait ressortir l'unité des obligations auquel ce délai s'applique. Seul devait impérativement être en place, en 2006, le cadre « législatif, réglementaire et administratif » nécessaire à la mise en œuvre de la directive.

S'agissant des personnes handicapées, ce cadre comporte, à gros traits, deux types de dispositions.

Les premières sont conçues directement comme des mesures de transposition. Issues de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, elles imposent aux employeurs des obligations directement inspirées de l'article 5 de la directive qu'elles reprennent presque mot pour mot : il s'agit de l'article L. 5213-6 du code du travail (ancien article L. 323-9) pour les employeurs privés, et de l'article 6 sexies de la loi du 13 juillet 1983, créé par l'article 31 de la même loi du 11 février 2005, pour les employeurs publics. Transposée dans un cadre statutaire, cette dernière disposition est toutefois plus nettement rédigée dans une visée d'aide à la personne. Elle dispose qu'« afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs visés à l'article 2 prennent, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer et d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée, sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, notamment compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. » L'insertion de cette disposition dans un texte statutaire a infléchi, dans un sens qui évoque plutôt l'aide à la personne, la notion d'aménagement. A sa lecture, on est tenté de chercher un complément à ces dispositions, et la nature concrète des difficultés de Mme B... amène notamment à se tourner vers la législation spécifique relative à l'accessibilité des lieux de travail et des bâtiments accueillant du public. C'est ici que nous retrouvons, notamment, la difficulté identifiée plus haut, et tenant à la dispersion des règles de droit national applicables à une situation du type de celle qui vous est soumise entre plusieurs législations qui se scindent en plusieurs branches, selon la vocation des bâtiments – accueil du public ou lieux de travail, ces deux catégories se divisant elles-mêmes selon que les bâtiments sont neufs ou existants – et l'identité des débiteurs éventuels de l'obligation – employeurs ou maîtres d'ouvrage.

Or les palais de justice sont à la fois des bâtiments appartenant au domaine public, des bâtiments accueillant du public, et des lieux de travail. Ce sont en outre, assez souvent, des bâtiments anciens, parfois classés au titre de la législation relative aux monuments historiques. Résumés à l'extrême, les textes qui leur sont applicables se présentent de la façon suivante.

Le principe de l'accessibilité des lieux de travail aux personnes handicapées a été posé par la loi du 13 juillet 1991. Un décret du 31 mars 1992, relatif aux seuls immeubles neufs ou faisant l'objet de travaux, avait prévu des obligations d'aménagement des lieux de travail liées au nombre de personnes travaillant dans le bâtiment. Un niveau devait être rendu fonctionnellement accessible entre 20 et 200 salariés, et une accessibilité plus complète être réalisée au-delà de 200 salariés. Repris par la loi du 11 février 2005, dans des articles codifiés aux articles L. 111-7 et L. 111-7-1 du code de la construction et de l'habitation, ce principe est resté limité aux bâtiments neufs ou parties nouvelles de bâtiments existants par le décret du 21 octobre 2009 qui a étendu l'obligation d'accessibilité à tous ces nouveaux bâtiments.

Le principe de l'accessibilité des bâtiments accueillant du public était déjà posé par l'article 49 de la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées. Il disposait que: « Les dispositions architecturales et aménagements des locaux d'habitation et

des installations ouvertes au public (...) doivent être tels que ces locaux et installations soient accessibles aux personnes handicapées. ». Un premier décret, du 1^{er} février 1978, a précisé l'application du principe, pour l'ensemble des ouvrages, publics ou privés, accueillant du public, aux ouvrages nouvellement construits. S'agissant des installations existantes, un second décret du 9 décembre 1978, a prévu, pour les seules installations appartenant à certaines personnes publiques, un système de classification de ces bâtiments selon leur adaptabilité, et un délai variable pour rendre accessibles les installations qui pouvaient l'être, en-deçà d'un certain seuil de coûts. Ce système trop complexe n'a pas donné corps à une véritable obligation de résultat et la loi du 13 juillet 1991, tout en réaffirmant le principe, ne lui a pas donné une application plus étendue. C'est donc la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées qui, dans son article 41 devenu l'article L. 111-7-3 du code de la construction et de l'habitation, a posé le principe selon lequel tous les établissements existants recevant du public, « doivent être tels que toute personne handicapée puisse y accéder, y circuler et y recevoir les informations qui y sont diffusées, dans les parties ouvertes au public ». Il prévoit que ces aménagements devront être réalisés dans un délai fixé par décret, et au plus tard dix ans après son entrée en vigueur, soit en 2015. Le décret du 17 mai 2006 s'est borné à confirmer ce délai. Les bâtiments les plus importants, classés en catégorie 1 à 4 selon les critères de la sécurité incendie, doivent faire l'objet d'un diagnostic d'accessibilité complet avant le 1^{er} janvier 2011.

Compte tenu du fait que les palais de justice sont, en majorité, des bâtiments anciens, la disposition la plus opérante est aussi, paradoxalement, la moins directement liée à la transposition de la directive elle-même. L'article L. 111-7-3, qui n'a pas été pensé à l'origine comme un texte transposant la directive, bien qu'une allusion fugitive à celle-ci apparaisse dans le débat parlementaire, ne couvre pas, dans les bâtiments qu'il concerne, tout le champ d'une accessibilité adaptée au travail. Il pose clairement un principe, qui est celui d'un aménagement progressif des parties ouvertes au public des bâtiments accueillant du public, c'est-à-dire essentiellement, s'agissant des palais de justice, les salles d'audience et les espaces d'accueil, d'attente et de circulation, ainsi que les bureaux des magistrats, quand ceux-ci sont appelés à y recevoir les parties. Les cellules où sont parfois placés les prévenus avant d'être jugés, et où leur avocat peut avoir à leur rendre visite, les salles réservées aux avocats eux-mêmes, ne sont pas directement concernées. Le champ de l'article L. 111-7-3 est donc à la fois plus large que celui de la directive – en tant qu'il concerne tous les bâtiments accueillant du public – et plus restreint, dès lors qu'il n'assure pas une accessibilité complète dans une perspective professionnelle.

Mais il apparaît comme le fil directeur du programme d'aménagements qui se développe dans les palais de justice, et l'examen *in concreto* qu'appelle son application fait ressortir que le recoupement effectif entre ses effets et l'accessibilité professionnelle est assez large.

Soumis à la double obligation de procéder à des aménagements raisonnables en tant qu'employeur public, et d'assurer l'accessibilité des palais de justice au public avant 2015, le ministère de la justice a en effet engagé un programme ciblé sur quatre « objectifs prioritaires » d'accessibilité, qui concernent une salle d'audience au moins, puis toutes les

salles d'audience, une salle de travail aménagée, et enfin les équipements sanitaires. On voit que par son objet même, ce programme, « calé » dans le calendrier de 2015 fixé par l'article L. 111-7-3, intègre les objectifs d'accessibilité professionnelle. L'examen des données de fait transmises par le ministère de la justice le confirme, et permet de résumer en quatre points son application.

En premier lieu, le sujet est sérieusement pris en compte, dans le cadre d'une approche méthodique, fondée sur la définition de ces quatre critères. Cette approche confirme la synthèse pratique qui se réalise entre l'accessibilité au public et celle qui est susceptible de bénéficier aux personnes qui travaillent dans les palais de justice.

En deuxième lieu, d'importants travaux ont été conduits, grâce auxquels 192 palais de justice, soit un peu moins du tiers, répondent aujourd'hui aux quatre critères prioritaires. Certes, 362 d'entre eux, soit plus de 60 %, sont dits « accessibles » dans la seule mesure où l'accès au bâtiment lui-même est rendu possible, mais cet indicateur n'est pas d'une grande portée s'agissant des personnes qui y travaillent, et le fait que 40% des palais ne satisfassent pas ce critère n'est guère rassurant. Enfin, seuls 11% de ces bâtiments bénéficient d'une accessibilité totale, c'est-à-dire conforme aux critères fixés pour les locaux de travail nouvellement construits qui, pour certains bâtiments anciens, restera toujours hors d'atteinte.

En troisième lieu, ceux de ces bâtiments qui doivent faire l'objet d'un diagnostic obligatoire avant 2011 en auront tous bénéficié à la fin de cette année, et la loi sera respectée sur ce point.

Enfin, et c'est le quatrième point, le programme fait apparaître une très nette accélération prévue des investissements après 2011. Le montant annuel des investissements correspondants, situé entre 1 et 1,5 M d'euros, serait ainsi porté à 10 M d'euros par an à partir de 2011. Autrement dit, il ressort clairement de l'instruction que l'objectif posé par la loi ne sera atteint que si ce programme est nettement accéléré et intensifié.

Dans le ressort de la cour d'appel de Douai, sur 41 bâtiments, 27 ont au moins une salle d'audience accessible, dont 19 dans lesquels elles le sont toutes. 18 bâtiments ont une salle mutualisée accessible et 14 seulement, soit le tiers, des toilettes adaptées. 14 bâtiments remplissent les quatre critères, dont les TGI de Béthune, de Lille et de Cambrai, ainsi qu'une annexe de celui de Valenciennes, et certains tribunaux d'instance et conseils de prudhommes. A l'issue des travaux en cours, la moitié des sites respecteront les quatre critères prioritaires. La progression par rapport à la date d'introduction du recours de Mme B... est tangible, mais l'effort restant à accomplir ne l'est pas moins.

De cet examen d'ensemble du contexte de transposition, nous tirons trois conclusions.

En premier lieu, il nous paraît difficile de laisser en l'état le raisonnement de la cour, qui écarte toute responsabilité du fait de la directive au seul motif que l'article L. 111-7-3 fixe un délai de dix ans, sans s'interroger, ni sur les droits que Mme B... tire de la directive et les obligations qui en résultent pour l'Etat vis-à-vis d'elle, en sa qualité d'organisateur du service public de la justice auquel les palais de justice sont affectés, ni sur le rôle des autres mesures

de transposition, ni sur la compatibilité du délai fixé par cet article avec les objectifs de la directive. Nous vous proposerons donc de casser pour erreur de droit cette partie de son arrêt.

En deuxième lieu, nous ne pensons pas que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée du fait de la violation de la directive, ou d'une carence de sa transposition, par la loi. Les questions que soulevait sa transposition étaient très complexes. S'agissant de la loi, la transposition réalisée avant 2006 couvre, pour l'essentiel, le champ de la directive. Le caractère plus tardif de la loi du 27 mai 2008 ne peut, en aucune manière, être rapproché des difficultés que connaît Mme B.... Certes, le délai fixé par l'article L. 111-7-3 apparaît, en l'espèce, comme celui qui s'applique, en réalité, à la mise en œuvre d'ensemble des aménagements qu'elle prescrit. Mais ce double caractère, progressif et partiel, au regard de l'objectif fixé par la directive, du programme que dessine l'article L. 111-7-3, est à rapprocher de l'importance des aménagements à réaliser, particulièrement dans les palais de justice qui sont le plus souvent des bâtiments anciens et classés, à l'architecture intérieure complexe. C'est ici que doit jouer, dans votre appréciation, la réserve des charges disproportionnées que prévoit l'article 5 de la directive. Apprécié au niveau global des actions à entreprendre pour assurer une meilleure accessibilité des palais de justice, et des budgets correspondants, le critère de l'aménagement raisonnable ne peut pas ne pas intégrer une échelle de temps, pas plus que la notion de charge disproportionnée ne peut ignorer les sacrifices d'autres priorités budgétaires qu'impliquerait l'accélération du programme. Il était sans doute concevable d'aller plus vite, au prix d'un effort budgétaire plus concentré, et d'un coût net plus élevé, tenant à la mobilisation simultanée de ressources importantes s'agissant des travaux. Mais il faut laisser, dans ce domaine une marge d'appréciation au législateur, si elle n'est pas incompatible avec les termes de la directive. Rappelons à cet égard ce qu'écrivait la CJCE dans son arrêt du 5 mars 1996 *Brasserie du pêcheur et Factortame* (C-46/93 et C-48/93 ; voir également commentaire du Pr Dubouis à la RFDA 1996, p. 583) qui a été l'une des sources d'inspiration de votre décision d'Assemblée du 8 février 2007 G... , précitée (n° 279522, rec. p. 78) : « (...) pour ce qui est de la responsabilité des États membres pour des violations du droit communautaire, le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance manifeste et grave, par un État membre (...), des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. A cet égard, parmi les éléments que la juridiction compétente peut être amenée à prendre en considération, il y a lieu de relever le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaire (...) ». Rappelons enfin, à la lumière de ce qui a été dit de la force de la notion de discrimination indirecte dans le travail appliquée au handicap, qu'il convient de tempérer le caractère presque mécanique de son application en modulant avec réalisme les obligations qui en découlent.

En troisième lieu enfin, l'examen des mesures prises concrètement ne nous semble pas révéler une faute de l'Etat dans l'exécution des obligations qui résultaient pour lui de la directive et des lois qui l'ont transposée. L'intégration, dans un même programme, d'une préoccupation d'accueil des usagers handicapés des palais de justice et d'amélioration de l'environnement physique de ceux qui y travaillent nous semble au contraire conforme à l'esprit de la directive. Le délai de dix ans, dont nous avons dit qu'il ne nous paraissait pas contrarier, dans son principe, les objectifs fixés par la directive, ne nous paraît pas masquer une inaction de fait, même s'il est clair que le programme aurait dû commencer plus vite. Que

plus des deux tiers des aménagements nécessaires restent à réaliser, à mi-parcours, peut se justifier en grande partie par le fait que les premières années d'un tel délai sont en partie consacrées au diagnostic et à la programmation des travaux. S'agissant enfin de l'appui apporté à Mme B... pendant cette période, des « mesures de substitution », comme les appelle l'article L. 111-7-3, rappelons que des mesures palliatives sont prises, au prix de contraintes d'organisation qui sont lourdes pour Mme B..., mais qui ne sont pas négligeables pour l'administration. Dans des conditions qui sont certes pénibles pour elle, mais qu'impose à tous la configuration des lieux, il résulte de l'instruction que Mme B... bénéficie, de la part des personnels des juridictions concernées et des services de police, d'un soutien effectif.

*

Nous en venons à présent au dernier moyen de cassation, tiré de l'erreur de qualification juridique des faits que la cour aurait commise en écartant le caractère anormal du préjudice de Mme B... .

A l'exigence de caractère « anormal et spécial », encore retenue par votre décision Commune de Lormont déjà citée, s'est substituée de façon précise, depuis votre décision de Section Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre (30 juillet 2003, n° 215957, p. 367), une exigence de « caractère grave et spécial » d'un préjudice « qui ne saurait, dès lors être regardée comme une charge incombant normalement à l'intéressé ». Le caractère anormal du préjudice se compose donc du double critère de sa gravité et de sa spécialité, auxquels s'ajoute, comme le rappelait notre collègue Mattias Guyomar dans ses conclusions sur l'arrêt du 2 novembre 2005, Société Ax'ion (n° 266564, page 468), le fait qu'il ne doit pas se rattacher à un aléa normalement assumé par la victime.

Précisons, et en prenant, dans un souci de simplification, quelques libertés avec l'ordre d'examen des questions qui découle normalement de la procédure, puisqu'à ce stade du raisonnement vous n'êtes que juge de cassation, que c'est à nos yeux sur le préjudice moral et le trouble dans les conditions d'existence de Mme B... que doit se concentrer votre examen du caractère anormal du préjudice.

Le préjudice économique allégué se constituerait en effet, d'une part, du coût de la tierce personne à l'assistance de laquelle Mme B... a recours dans le cadre de son activité professionnelle, et d'autre part, de pertes de clientèle, au profit de ses associés ou d'autres confrères n'appartenant pas au même cabinet.

Sur le premier point, Mme B... établit bien qu'elle rémunère une tierce personne pour l'assister dans un ensemble de tâches que son handicap rend plus difficiles, mais on ne peut déduire de l'instruction que l'absence d'aménagement des palais de justice soit la raison d'être principale de la nécessité dans laquelle elle se trouve de recourir à une telle assistance, et l'on ne trouve pas non plus dans ses productions d'éléments qui permettraient d'attribuer à cette difficulté particulière une part de son coût global. Le lien de causalité n'est donc pas établi et nous vous proposerons, si vous jugez au fond, de l'écarter.

Quand au second préjudice, il ne présente, pas, par lui-même, un caractère certain, et rien au dossier ne convainc vraiment que la requérante, qui plaide très régulièrement et jouit

d'une excellente notoriété professionnelle, perde des clients du seul fait de l'incertitude que son handicap ferait peser sur sa capacité à les défendre.

C'est donc bien sur le caractère anormal du préjudice moral que vous devez vous interroger.

Trois éléments se combinent à nos yeux pour établir son caractère spécial.

Le premier élément est peut-être celui dont l'appréciation est la plus délicate, mais il est impossible de ne pas le prendre en compte. Il a trait à la dignité de la fonction et à l'environnement particulier qui est celui d'un palais de justice, notamment avant une audience. C'est dans un climat parfois tendu par le contexte et la gravité des affaires que le public attend, que les diverses manutentions imposées par l'absence d'aménagements adaptés à la situation d'un avocat se déplaçant dans un fauteuil prennent place. Relevons à ce titre que la Cour suprême des Etats-Unis a reconnu à des prévenus handicapés qui s'étaient heurtés, lors de leur procès, à l'absence d'accès et de circulations aménagés des palais de justice, et dont l'un avait refusé d'être porté dans son fauteuil jusqu'aux salles d'audience, le droit de rechercher la responsabilité de l'Etat du Tennessee, en application de la loi sur le handicap de 1990, qui est l'une des sources d'inspiration de la notion d'aménagement raisonnable employée par la directive, estimant que cette carence d'aménagements mettait en cause leur accès à un droit fondamental, en violation de cette loi (Supreme Court of the United States, 17 mai 2004, Tennessee vs Lane et al., n° 02-1667).

Le second élément, qui distingue, à l'intérieur même du monde judiciaire, le préjudice de Mme B... de celui d'un prévenu, et plus généralement d'un usager, est sa nature récurrente. Non que la situation d'un justiciable qui verrait les difficultés inhérentes à un handicap s'ajouter à celles d'un procès nous paraisse, nous l'avons dit, bénigne, ou acceptable dans son principe. Mais la constante réitération de telles difficultés crée à l'évidence une situation différente. Et cette récurrence du préjudice invoqué, à présent atténué mais non supprimé par les aménagements qui ont été décrits, s'étend sur une période assez longue, puisque c'est depuis 2001 que Mme B... est contrainte de se déplacer dans un fauteuil roulant.

Enfin, et dans le sous-ensemble dessiné par les deux premiers critères, son préjudice se distingue également, quoique de façon peut-être plus nuancée, de celui d'un agent ou d'un magistrat attaché à une juridiction. Les avocats sont en effet appelés à plaider devant plusieurs d'entre elles, à un rythme et selon une distribution géographique et temporelle qui sont entièrement aléatoires. L'examen de la situation concrète prévalant dans les juridictions auquel nous nous sommes efforcés de procéder dans le cadre de l'instruction de la présente affaire, et dont nous vous avons rendu un compte très synthétique, semble faire ressortir que, là où un agent ou un magistrat affecté à une juridiction souffrent d'un handicap susceptible de les gêner dans leur travail, des aménagements ont été effectués visant à leur permettre d'accéder à leur lieu de travail, qui est unique, et d'y travailler dans des conditions compatibles avec le handicap dont ils souffrent. Ici, la multiplicité des sites concernés a fait obstacle à ce que les demandes présentées par Mme B... à l'autorité judiciaire, et notamment au premier président de la cour d'appel de Douai, puissent être accueillies, et introduit dans l'organisation de son travail un élément constant d'aléa et d'inquiétude, lié à la nécessité de

renouveler, à chaque audience tenue dans un palais de justice ou une salle dépourvus d'aménagements, une organisation *ad hoc*.

La combinaison de ces trois éléments nous paraît conférer au préjudice de Mme B... un caractère de spécialité assez marqué.

Ce préjudice moral est-il grave ? Il entre inévitablement une part de sensibilité personnelle dans la réponse et il est très difficile de se mettre à la place de celui ou de celle qui subit une situation de ce type pendant des années. Mais le caractère constant de cette dépendance, le renouvellement, des années durant, de ces situations où Mme B... est portée devant le public alors qu'elle s'apprête à plaider, la lassitude qui en résulte nécessairement nous paraissent, s'agissant d'un préjudice moral, revêtir un caractère de gravité indéniable. Si chaque situation doit être appréhendée dans sa singularité, et si l'on ne trouve pas dans votre jurisprudence de décision indemnisant, ou refusant d'indemniser, une personne placée dans une situation présentant avec celles de Mme B... des analogies suffisantes pour vous éclairer, on gardera à l'esprit que la CEDH, saisie du cas d'un détenu paraplégique qui ne pouvait se déplacer que dans un fauteuil roulant, incarcéré dans des établissements qui ne comportaient pas d'aménagements adaptés à son handicap, ce qui imposait qu'il fût porté par les surveillants pour certains déplacements, subissait de ce fait un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 24 octobre 2006, Vincent c/ France, n° 6253/03 ; SJCAT n° 9, 26 février 2007, 2048, chron. O. Dubos). Quoi que l'on pense de la qualification retenue par la Cour de Strasbourg, et bien que la situation en cause dans ce litige parût plus douloureuse encore que celle de Mme B..., l'analogie est réelle entre les causes et les conséquences des deux situations, et ce repère jurisprudentiel doit être pris en considération.

Divers auteurs, différents commissaires du gouvernement ont essayé de résumer ce qui fonde le caractère anormal d'un préjudice susceptible d'ouvrir droit à une réparation sur le terrain de la responsabilité sans faute. Tous, au fond, se rejoignent pour souligner que plus encore que la gravité intrinsèque qu'il présente pour l'intéressé, un tel préjudice se signale par le sentiment d'indignation, d'anomalie choquante que suscite l'énoncé des circonstances dans lesquelles il a pris forme. A cet égard, on relèvera que vous n'avez jamais eu l'occasion, à notre connaissance, d'isoler un préjudice moral au titre de la responsabilité sans faute, sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques. Cette circonstance ne nous paraît pas constituer un obstacle à sa prise en considération. Ce qui choque en effet dans le cas de Mme B... c'est bien la dimension symbolique de sa situation, celle d'une solidarité défaillante, et d'une justice rendue en référence à l'égalité dans des lieux dont l'absence d'aménagement fait ressortir l'inégalité qui affecte les personnes handicapées au lieu de l'atténuer, et sa dimension psychologique, du fait de l'usure morale dont on peut craindre qu'elle n'affecte ceux qui, les années passant, voient se répéter de telles situations malgré les lois qui depuis trente-cinq ans, semblent en promettre la disparition. Sans que ce point soit décisif, on remarquera que Mme B..., qui a dû commencer sa vie professionnelle vers 1975, date à laquelle fut, pour la première fois, affirmé dans la loi le principe de l'accessibilité des bâtiments publics aux personnes handicapées, aura largement l'âge de prendre sa retraite, si elle le souhaite, en 2015, nouvelle échéance fixée par la loi à sa réalisation.

Pour cette raison, nous vous proposerons de casser sur ce point l'arrêt de la cour d'appel en retenant le caractère anormal du préjudice de Mme B... . Combinée aux propositions qui vous ont été faites de casser l'arrêt sur deux autres terrains, cette solution amènera la cassation totale de celui-ci.

Cette qualification du préjudice ouvre naturellement la voie à sa possible réparation sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques mais il vous faut, avant de l'évaluer comme juge du fond pour la période un peu plus longue qui vous sépare à présent de la demande initiale, préciser le fondement de ce que serait ce nouveau cas de responsabilité sans faute.

Il nous semble à cet égard que le raisonnement que nous vous avons proposé de suivre pour écarter l'existence d'une faute de l'Etat dans les difficultés que rencontre Mme B... contribue à définir la question de principe que pose sa situation au regard de l'égalité devant les charges publiques.

La justification fondamentale de la possibilité laissée à l'Etat d'étaler sur une période assez longue la mise en œuvre effective d'un ensemble d'actions qui auront pour effet d'éviter que les personnes handicapées ne subissent, du fait de leur handicap, un désavantage particulier dans l'exercice de leur activité professionnelle, réside principalement dans le coût que ces actions représentent pour l'ensemble de la collectivité.

S'agissant, pour les palais de justice, de dépenses d'investissement directement prises en charge par le budget de l'Etat, évaluées à 76 millions d'euros, tout nouvel effort se traduit, nécessairement, par un redéploiement qui s'effectue au détriment d'autres priorités nationales, ou par une augmentation de l'impôt. En étalant sur dix ans, ou sur quinze ans si l'on raisonne à partir de l'entrée en vigueur de la directive, les aménagements susceptibles d'adapter certains bâtiments aux besoins des personnes handicapées qui y accèdent comme usagers ou y travaillent, le législateur fait des choix entre ces priorités, pondère leur importance, hiérarchise leur degré d'urgence. Et accorde cet ensemble de choix collectifs avec le niveau global de l'effort qui est demandé, au nom de la solidarité nationale, à tous les contribuables.

Nous sommes donc bien dans une situation où c'est l'égalité devant les charges publiques qui est en cause. Une situation que la directive impose de prévenir dans une mesure raisonnable va perdurer au détriment de certains, pour que son règlement n'aggrave pas, au-delà d'un degré défini par le législateur, les charges pesant sur tous, et pour que d'autres priorités, bénéficiant à d'autres, ne lui soient pas sacrifiées. Si le législateur est dans son rôle en effectuant de tels choix, le juge est dans le sien en examinant les conséquences concrètes qui peuvent en résulter pour ceux que l'absence des aménagements ainsi différés pénalise plus particulièrement.

Plus il choisit d'allonger la période de temps allouée à la réalisation des mesures nécessaires pour rendre accessibles les bâtiments publics accueillant du public, plus l'effort relatif demandé aux personnes qui, pendant cette période, ne bénéficieront pas des aménagements dont elles ont besoin, s'accroît. Si les problèmes que rencontrent certaines de ces personnes sont d'une pénibilité particulière, et présentent de ce fait un caractère de

spécialité assez marqué, les années qui passent sans qu'ils soient résolus leur confèrent, le temps passant, une gravité qui, combinée à leur caractère spécial, ne peut plus se rattacher aux charges qui leur incombent normalement. Tel est le lien assez fort que le préjudice anormal de Mme B..., tel que nous l'avons analysé, nous paraît entretenir avec la rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Ce terrain de responsabilité sans faute, pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, ne s'apparente pas directement à ceux que vous avez déjà identifiés, mais il combine des raisonnements qui vous sont familiers.

Si un choix législatif est en cause, ce qui apparente, dans une certaine mesure, la solution à celles qui fondent la responsabilité du fait des lois sur une rupture d'égalité devant les charges publiques, dans le prolongement de votre arrêt La Fleurette (Ass. 14 janvier 1938, rec. p. 25, RDP 1938.87, concl. Roujou, note Jèze), la loi, ici, intervient dans le préjudice en tant qu'elle diffère les mesures nécessaires à la disparition de ses causes, elle-même commandée dans son principe, et dans certaines limites, par une norme de niveau supérieur.

Nous ne sommes pas non plus dans un cas qui s'apparenterait directement à la jurisprudence Couitéas (30 novembre 1923, rec p. 789, S. 1923.3.57, note Hauriou, concl. Rivet) où c'est le refus d'agir de l'administration, fondé sur un motif d'intérêt général, qui serait à l'origine du préjudice, privant la victime de la jouissance d'un droit dont la privation fonde la réparation. Cette jurisprudence a trouvé à s'appliquer dans des cas d'abstention d'agir de portée plus étendue. Vous avez ainsi accepté d'indemniser les conséquences de la renonciation régulière d'une collectivité publique à un projet de voirie (CE, 17 mars 1989, Ville de Paris c/ Sté Sodevam, n° 42428, p. 96). De même le refus du Conseil supérieur de l'audiovisuel d'imposer le déplacement de plusieurs émetteurs pour mettre fin à une concentration géographique qui entraîne des perturbations électromagnétiques dans l'habitation d'un requérant, à tel point que celui-ci ne peut utiliser chez lui les équipements ménagers d'usage courant, ainsi que la prolongation pendant plusieurs années de ces troubles, sont-ils susceptibles d'ouvrir droit à indemnisation (CE, 13 juin 2001, V..., n° 211403, p. 261). Ces précédents concernent toutefois des décisions qui demeurent assez ponctuelles, et non l'effet d'une politique d'ensemble.

Ici, l'abstention pure et simple constituerait une méconnaissance de la directive engageant directement la responsabilité de l'Etat, si elle procédait de la loi, et serait fautive, si elle était le fait de l'administration. Mais la fixation à 2015 de la limite du délai dans lequel un niveau raisonnable d'accessibilité devra être atteint ne résulte pas uniquement, nous l'avons dit, de la force des choses, mais également du choix de n'agir que progressivement, et comporte donc bien une part d'appréciation qui conduit, non à refuser d'exécuter des mesures, mais à en refuser une exécution plus rapide, et à en différer la majeure partie.

Il vous restera, si vous nous avez suivi, à évaluer le préjudice de Mme B... . On ne trouve pas de précédent fournissant un repère vraiment topique pour ce faire.

Dans un arrêt du 15 juin 2010, la cour d'appel de Douai a évalué le préjudice moral subi par M. V..., dont la CEDH avait jugé que les conditions de détention méconnaissaient l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales et l'article D. 189 du code de procédure pénale, à 9 000 euros (Garde des sceaux et V..., n°s 09DA00256 et 10DA00006). De récents arrêts de cour d'appel, indemnisant des enfants handicapés que l'Etat n'a pas correctement scolarisés pendant des périodes comprises entre un et trois ans, sur le fondement de la jurisprudence L.... (décision précitée du Conseil d'Etat, 8 avril 2009, M. et Mme L..., n° 311434, rec. p. 136), ont accordé aux enfants des indemnisations comprises entre 8000 et 20000 euros, et aux parents des indemnisations comprises entre 6000 et 16 000 euros (CAA Versailles, 1^{er} décembre 2009, Ministre de la santé et des solidarités c/ M. et Mme L..., n° 09VE01650 ; CAA Paris, 11 juillet 2007, Ministre de la santé et des solidarités c/ M. et Mme H..., n°s 06PA01579 et 06PA02793).

Dans le cas de Mme B..., en considération, d'une part, de la nature de son préjudice, qui nous paraît moins grave que celui d'un enfant privé de toute scolarisation, mais qui s'est étalé sur une durée plus longue, acquérant, avec le temps, un caractère de gravité plus prononcé, et d'autre part, du soutien qu'elle a malgré tout reçu de la part des services de l'Etat, nous vous proposerons de fixer à 15 000 euros le montant de l'indemnité réparant son préjudice moral et le trouble apporté à ses conditions d'existence par ses difficultés.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'article 2 de l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Douai ;
- à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Lille ;
- à ce que l'Etat soit condamné à verser à Mme B... une somme de 15 000 euros, portant intérêt au taux légal à compter du 12 mai 2003 ;
- à ce qu'une somme de 7500 euros soit mise à la charge de l'Etat en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet du surplus des conclusions de Mme B... .