

Paris, le 25 juillet 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-201

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 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 ;

Vu les éléments de l'enquête préliminaire clôturée le 31 janvier 2019.

Saisi par Madame X, qui estime avoir subi une discrimination du fait de l'interdiction qui lui a été faite de tenir un stand au marché de Noël de Z en raison du port d'un voile.

Estime que cette interdiction, n'étant pas justifiée par l'application des principes de laïcité et de neutralité des services publics, est susceptible de constituer une discrimination en raison de l'appartenance à une religion.

Recommande au maire de Z de se rapprocher de Madame X afin d'examiner avec elle les voies d'une juste réparation du préjudice moral et matériel qu'elle a subi en raison de l'interdiction qui lui a été faite de tenir son stand.

Recommande également au maire de Z de veiller à l'avenir à faire une juste application des principes de laïcité, de neutralité et de liberté religieuse.

Jacques TOUBON

I.- Les faits

1. Madame X a été autorisée à occuper un stand sous l'enseigne Y, lors du marché de Noël qui s'est tenu du 30 novembre au 9 décembre 2018 sur le territoire de la commune de Z.
2. Or, le 30 novembre, en fin de journée, le maire de la commune de Z, Monsieur W, a enjoint à Madame X de quitter son stand au motif qu'elle portait un voile.
3. Par courrier en date du 4 décembre 2018, Madame X a formé un recours gracieux contre cette décision et sollicité son retrait ainsi qu'une indemnisation, estimant que cette décision portait atteinte à sa liberté d'entreprendre et constituait une discrimination.
4. Par courrier en date du 6 décembre 2018, le maire de la commune de Z a rejeté le recours de Madame X.
5. Après lui avoir rappelé qu'elle portait, à l'occasion du marché de Noël, « *un signe religieux distinctif au sein du chalet* » mis à sa disposition par la commune pour y vendre des pâtisseries et qu'il lui avait demandé soit de se faire remplacer, soit d'adopter une tenue plus neutre, il lui a indiqué que :

« Cette manifestation, qui est organisée pour la 20^{ème} année, revêt un caractère désormais traditionnel à Z et participe, par son caractère festif et convivial, à l'animation ainsi qu'au dynamisme de la ville. (...) »

Des agents communaux tiennent d'ailleurs eux-mêmes des stands pour le compte de la ville. Le premier espace est à destination des enfants et consiste en des ateliers (dessin, Père Noël...). Le second est consacré à la vente du miel de Z et vise à sensibiliser le public sur la nécessaire préservation de la biodiversité et des écosystèmes locaux. (...)

Les commerçants, artisans ou associations qui exposent au sein de cette manifestation sont occupants du domaine public communal puisque la mairie met à leur disposition des chalets temporairement installés sur une place.

Cette qualité d'occupant du domaine public au sein d'une manifestation organisée par la commune dans l'exercice de ses compétences et au service des habitants de la commune appelle un régime juridique particulier qui ne saurait être celui auquel votre courrier laisse penser que vous prétendez.

Ainsi, je dois en premier lieu rappeler qu'il n'existe aucun droit acquis à l'occupation privative du domaine public et qu'une telle occupation est, par définition, précaire et révocable (L.2122-3 du code général de la propriété des personnes publiques).

En second lieu et surtout, je souhaite attirer votre attention sur le nécessaire respect des principes de laïcité (énoncé notamment à l'article 1^{er} de la Constitution) et, plus généralement, de neutralité par les personnes participant à l'organisation d'une manifestation communale.

Ces personnes ne sauraient être assimilées aux réels usagers des services publics que sont les habitants de la commune venant sur le marché et plus généralement les chalandes envers lesquels les principes précités ne s'appliquent évidemment pas.

C'est ainsi qu'au-delà des agents communaux présents sur le marché, les commerçants, artisans ou associations participant par leur présence à un service proposé par la commune à ses habitants se trouvent soumis, bien qu'ils agissent d'abord pour leur propre compte et aient un intérêt personnel (souvent financier) à être présents, aux lois du service public dont notamment la laïcité et la neutralité.

Cet impératif s'impose d'autant plus lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les personnes extérieures à la collectivité interviennent dans des propriétés publiques aux côtés d'agents publics.

Il y a en effet un enjeu de bon fonctionnement des manifestations communales attaché notamment au traitement identique de tous les intervenants qui sont au contact des usagers.

C'est cette nécessaire neutralité qui a justifié qu'il vous soit demandé d'opter pour une tenue neutre ou, à défaut, de vous faire remplacer à votre poste et, seulement face à votre refus, de libérer votre stand. (...)

Je vous précise que votre entreprise Y demeure toutefois la bienvenue sur le marché communal si vous acceptez de ne pas revêtir de signe religieux incompatible avec les exigences de neutralité et de laïcité ou si vous préférez vous faire remplacer par une personne acceptant ces règles (...) ».

6. Madame X estimant, malgré ces explications, avoir été victime d'une discrimination, a sollicité, par l'intermédiaire du Collectif contre l'islamophobie en France, l'intervention du Défenseur des droits.

II.- La procédure

7. Par courrier en date du 12 mars 2019, le Défenseur des droits a saisi le maire de la commune de Z des faits relatés par Madame X, en lui indiquant que sa décision, n'étant pas justifiée par l'application des principes de laïcité et de neutralité des services publics, était susceptible de constituer une discrimination en raison de l'appartenance religieuse et sollicitait dès lors que ce dernier lui présente ses observations sur ce dossier.
8. Par courrier en date du 28 mars 2019, le maire de Z a indiqué au Défenseur des droits que Madame X avait déposé une plainte contre lui et qu'il avait, dans le cadre de cette procédure, « *donné toutes les explications utiles et nécessaires pour la réalité de ce qui s'est passé* ».
9. Le Défenseur des droits a alors saisi le Procureur de la République près le tribunal de grande instance de P, qui lui a communiqué les pièces du dossier, dont la décision de classement sans suite de la plainte de Madame X en date du 13 février 2019.

III.- Analyse juridique

10. En vertu de 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 établi par la loi* ».
11. L'article 1^{er} de la Constitution précise que « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».
12. Dans sa décision n°77-87 DC du 23 novembre 1977, le Conseil constitutionnel a érigé la liberté de conscience en principe fondamental reconnu par les lois de la République.
13. Quant au Conseil d'État, dans son arrêt n°264314 du 16 février 2004, il a considéré que « la liberté de culte présente le caractère d'une liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.
14. Aux termes de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme :

*« Liberté de pensée, de conscience et de religion
1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2 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 ».*
15. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme précise également que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) la religion...*».
16. L'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne stipule que « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ».
17. En application de ces dispositions, la liberté religieuse implique, au-delà de la liberté de croire ou de ne pas croire, celle d'exercer son culte ou d'exprimer ses croyances.
18. Par ailleurs le principe d'égalité, régissant le fonctionnement des services publics et impliquant l'égal accès et traitement des usagers au service public, a pour corollaire le principe de neutralité des services publics.
19. En application de ces deux principes, de laïcité de l'État et de neutralité des services publics, les services publics sont tenus de respecter une neutralité notamment religieuse dans leur fonctionnement.
20. Ainsi, les agents du service public, qui bénéficient, au même titre que tout autre administré, de la liberté de conscience, sont en revanche soumis à cette exigence de neutralité du service public, justifiant les restrictions apportées à leur liberté de manifester leurs convictions religieuses.

21. En l'espèce, le maire de Z a indiqué à Madame X qu'il estimait que cette dernière aurait dû retirer son voile lors de sa participation au marché de Noël organisé sur le territoire de la commune, en application « *des principes de laïcité (énoncé notamment à l'article 1^{er} de la Constitution) et, plus généralement, de neutralité par les personnes participant à l'organisation d'une manifestation communale* ».

22. Il considère en effet « *qu'au-delà des agents communaux présents sur le marché, les commerçants, artisans ou associations participant par leur présence à un service proposé par la commune à ses habitants se trouvent soumis, bien qu'ils agissent d'abord pour leur propre compte et aient un intérêt personnel (souvent financier) à être présents, aux lois du service public dont notamment la laïcité et la neutralité* » et que « *Cet impératif s'impose d'autant plus lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les personnes extérieures à la collectivité interviennent dans des propriétés publiques aux côtés d'agents publics* ».

23. Lors de son audition du 29 janvier 2019, dans le cadre de l'enquête préliminaire menée par le commissariat de B, à la suite de la plainte déposée par Madame X, Le maire de Z a indiqué que :

« Je lui ai dit que comme il s'agissait d'une manifestation municipale, organisée dans un lieu municipal puisqu'il s'agit des chalets qui sont loués et que cet évènement concourrait au service public, de par ses animations, gratuites, ou non, par son côté festif, par le fait que se côtoient des agents du service public et des acteurs extérieurs, il y avait une logique de bon fonctionnement et que la règle de la laïcité et de la neutralité devait s'appliquer lors de ce type de manifestation.

D'ailleurs, lors de la journée des associations, chaque année la demande de la paroisse de la ville d'exposer est refusée pour les mêmes raisons ».

24. Il a également relevé que :

« Je lui ai précisé que le marché de Noël était laïc, dans un sens nullement religieux ; pour moi Noël, c'est le Père Noël et les cadeaux ; on n'y vend pas d'objet religieux ou de crèche ; s'il y avait n'importe quel autre signe distinctif religieux pendant la manifestation, j'aurais agis de même,

Je fais bien la distinction entre les organisateurs qui participent à un service public et l'utilisateur qui n'est pas soumis aux mêmes règles ».

25. Enfin, il a précisé que :

« Je n'ai aucune animosité envers quelque religion que ce soit, je n'ai jamais eu l'intention de discriminer qui que ce soit, juste de faire respecter la règle de la laïcité ».

26. Cependant, les explications fournies par le maire de Z, lors de son audition du 29 janvier 2019, n'apportent pas d'éléments d'information complémentaires de nature à justifier sa décision.

27. Les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé.

28. Ainsi pour que ces principes soient applicables, encore faut-il être en présence d'une activité pouvant être qualifiée de service public.

29. Le Conseil d'État, dans son étude du 19 décembre 2013 réalisée à la demande du Défenseur des droits, et l'observatoire de la laïcité, dans son avis du 29 mai 2018 sur l'application ou la non-application du principe de neutralité aux prestataires extérieurs de l'administration publique ou des services publics, ont rappelé les principes d'identification des services publics.
30. En premier lieu, l'existence d'un service public peut résulter de garanties constitutionnelles ou avoir été prévue par des dispositions législatives.
31. En second lieu, en l'absence de qualification textuelle, l'identification d'un service public suppose de rechercher si des activités d'intérêt général sont assurées sous le contrôle de l'administration et que les personnes privées qui en sont chargées sont dotées à cette fin de prérogatives de puissance publique.
32. En l'espèce, ces trois critères ne sont pas réunis.
33. En effet, l'organisation d'un marché de Noël par la commune à l'occasion duquel des commerçants, des artisans et des associations, occupent le domaine public afin de vendre, pour leur compte, des biens à des promeneurs ne constituent pas un service public, en l'absence notamment d'une activité d'intérêt général et de prérogatives de puissance publique mises à disposition de ces personnes.
34. D'autant que le fait que ce marché se déroule sur le domaine public est sans effet sur son éventuelle qualification juridique de service public.
35. Ainsi, en l'absence d'une telle qualification, les principes de neutralité et de laïcité ne pouvaient nullement s'appliquer aux commerçants disposant d'une autorisation d'occuper un chalet, qui disposaient ainsi, comme tout usager du droit de manifester leur conviction religieuse.
36. Il faut relever à cet égard que la comparaison effectuée par le maire de Z, à l'occasion de son audition, entre la situation litigieuse et les refus opposés à la paroisse d'exposer à l'occasion de la journée annuelle des associations est totalement inopérante.
37. En effet, en l'espèce, Madame X, lors du marché de Noël, ne venait pas représenter une religion, mais simplement tenir un stand pour vendre des gâteaux et le fait qu'elle porte un foulard à cette occasion relevait simplement de l'expression de sa liberté religieuse.
38. Dès lors, seul un risque de trouble à l'ordre public aurait pu être susceptible de justifier la décision du maire de Z.
39. Or, en l'espèce, aucun trouble à l'ordre public n'a été invoqué et un voile, comme l'a rappelé le Conseil d'État, « *ne saurait être regardé comme un signe présentant par sa nature un caractère ostentatoire ou revendicatif, et dont le port constituerait dans tous les cas un acte de pression ou de prosélytisme* » (CE, 27 novembre 1996, req. n° 170207/170208).
40. Certes, l'article 1^{er} de la loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 prévoit que « *nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage* ».
41. L'article 1, a) de la circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public précise à cet égard que :

« Les tenues destinées à dissimuler le visage sont celles qui rendent impossible l'identification de la personne. Il n'est pas nécessaire, à cet effet, que le visage soit intégralement dissimulé.

Sont notamment interdits, sans prétendre à l'exhaustivité, le port de cagoules, de voiles intégraux (burqa, niqab...), de masques ou de tout autre accessoire ou vêtement ayant pour effet, pris isolément ou associé avec d'autres, de dissimuler le visage. Dès lors que l'infraction est une contravention, l'existence d'une intention est indifférente : il suffit que la tenue soit destinée à dissimuler le visage ».

42. Ainsi, si toute personne, autre que les agents de service public, peut décider, au titre de ses croyances religieuses, de porter un voile dans l'espace public, celui-ci ne doit pas être de nature à empêcher son identification.

43. Cependant, en l'espèce, et comme cela ressort de l'audition de Monsieur D, conseiller municipal délégué, le foulard de Madame X ne lui couvrait nullement le visage.

44. Par conséquent, au regard de l'ensemble de ces éléments, la décision du maire de Z, sollicitant que Madame X adopte « une tenue plus neutre » ou se fasse « remplacer », constituant de fait une interdiction de tenir un stand au marché de Noël de Z en raison du port d'un voile ne paraît pas justifiée en l'espèce.

45. Certes, la plainte déposée par Madame X à l'encontre du maire de Z a été classée sans suite par le Procureur de la République du tribunal de grande instance de P, le 13 février 2019. Cependant, ce classement sans suite est sans incidence sur l'application, au civil des dispositions de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

46. L'article 1er de la loi du 27 mai 2008 dispose que :

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [...] une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ».

47. L'article 2 de la loi précise que :

« Sans préjudice de l'application des autres règles assurant le respect du principe d'égalité :

[...]

3° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, 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 selon l'un des motifs mentionnés au premier alinéa du présent 3° lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés ».

48. À cet égard, la personne qui s'estime victime d'une discrimination peut bénéficier également d'un aménagement de la charge de la preuve. Ainsi, s'il lui appartient de présenter les éléments de fait permettant d'en présumer l'existence, il incombe au mis en cause de produire les informations permettant d'établir que les faits contestés sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

49. En l'espèce, la décision du maire de Z n'étant pas justifiée par l'application des principes de laïcité et de neutralité des services publics ni par aucun autre élément objectif, elle est susceptible de constituer une discrimination en raison de l'appartenance à une religion.
50. Le Défenseur des droits recommande donc au maire de Z de se rapprocher de Madame X afin d'examiner avec elle les voies d'une juste réparation du préjudice moral et matériel qu'elle a subi en raison de l'interdiction qui lui a été faite de tenir son stand.
51. Il lui recommande également de veiller à l'avenir à faire une juste application des principes de laïcité, de neutralité et de liberté religieuse.

Jacques TOUBON