

Paris, le 5 décembre 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-355

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 le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi du 27 mars 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisi par plusieurs associations qui contestent la légalité de la décision par laquelle le Maire de Y a fait retirer d'une partie de son territoire la campagne nationale d'information pour prévenir et lutter contre le VIH lancée par le Ministère des Affaires sociales et de la Santé en novembre 2016 ;

Estime que, en adressant un courrier à l'afficheur pour lui demander le retrait de la campagne, le maire a fait usage de son pouvoir de police ;

Estime également que l'utilisation de son pouvoir de police par le Maire de Y n'était pas justifiée en l'espèce, en l'absence de troubles à l'ordre public et de circonstances locales particulières ;

Considère que le fait d'interdire l'affichage de cette campagne sur le territoire de la commune de Y a pu avoir pour effet de priver les personnes homosexuelles de l'accès à des informations pourtant essentielles en matière de santé et a pu apparaître comme stigmatisant à l'égard de ces personnes et être ressenti par elles comme portant atteinte à leur dignité ;

Recommande au Maire de Y de veiller à l'avenir à faire un usage proportionné de ses pouvoirs de police afin de protéger les droits de l'ensemble des citoyens.

Jacques TOUBON

Recommandation dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

I – Rappel des faits

1. En novembre 2016, le Ministère des Affaires sociales et de la Santé a lancé une campagne nationale d'information pour prévenir et lutter contre le VIH. Cette campagne de santé publique s'est matérialisée notamment par un affichage dans les rues de photographies de couples homosexuels accompagnées de messages visant les différentes situations et les différents moyens de protection s'offrant aux couples.
2. Par courrier en date du 21 novembre 2016, le Maire de Y a demandé à la société X de retirer, sans délai, cette campagne publicitaire des supports de la Ville de Y « *directement aux abords des écoles et sur les parcours des bus scolaires* ».
3. Contestant la légalité de cette décision, plusieurs associations ont sollicité l'intervention du Défenseur des droits.

II – Procédure

4. Par courrier en date du 16 février 2017, le Défenseur des droits a saisi le Maire de Y pour connaître la teneur des troubles à l'ordre public que l'affichage de cette campagne de santé publique était susceptible de provoquer dans sa commune et les éventuelles circonstances locales particulières ayant justifié cette interdiction sur une partie de son territoire.
5. Par courrier en date du 15 mars 2017, le Maire de Y a fait part de ses observations au Défenseur des droits.
6. En premier lieu, le Maire de Y a précisé : « *je n'ai rien « interdit », je n'ai rien « réglementé », je n'ai ni sollicité les pouvoirs de police du Maire, ni même pris d'arrêté* ».
7. En second lieu, le Maire de Y a indiqué que :

« *J'ai en revanche entendu l'émotion des habitants de ma ville devant cette campagne qui n'était initialement pas prévue pour l'espace public à en croire le revirement du ministère.*

J'ai relayé cette émotion auprès de l'entreprise chargée de l'affichage par le Ministère et je l'ai également fait auprès de ce dernier ».
8. Au vu de ces explications, le Défenseur des droits a estimé que ce courrier constituait bien une utilisation de ses pouvoirs de police par le maire et que cette décision était susceptible de porter atteinte aux droits des usagers et de revêtir un caractère discriminatoire à l'égard des personnes homosexuelles. Il a donc adressé, le 3 juillet 2017, une note récapitulative au Maire de la commune l'invitant à lui présenter tous les nouveaux éléments de nature à établir que sa décision n'était pas de nature à constituer une discrimination.
9. Par courrier en date du 24 juillet 2017, le Maire de Y a affirmé : « *je n'ai pas usé de mon pouvoir de police mais de ma capacité d'interpellation et de relais des témoignages des angevins* ».

10. Il a indiqué ensuite que sa « position aurait été la même pour une campagne illustrée par des couples hétérosexuels ».

11. Il a également fait valoir que « le Ministère de la Santé de l'époque, avait dans un premier temps refusé que cette campagne soit diffusée sur l'espace public » et que : « cette campagne depuis l'origine ne faisait pas l'unanimité même auprès des experts. Ce refus initial n'était pas une forme de discrimination homophobe mais un avis d'opportunité sur les canaux de diffusion appropriés pour faire passer un message de santé publique ».

12. Enfin, le Maire de Y a ajouté : « ma décision a été guidée seulement par une volonté de protéger et à aucun moment de stigmatiser ou de discriminer qui que ce soit. L'action municipale que je conduis depuis 3 ans à Y comporte un volet de prévention que nous avons développé vers les publics et tous les comportements, avec en particulier la lutte contre l'homophobie comme axe important ».

13. Le Défenseur des droits a saisi la Ministre des Solidarités et de la Santé pour connaître les conditions d'organisation de cette campagne de santé publique.

14. Par courrier en date du 2 novembre 2017, la Ministre des Solidarités et de la Santé a indiqué au Défenseur des droits que :

« Cette campagne reposait sur plusieurs volets de communication, via les réseaux sociaux et via deux campagnes d'affichage programmées sur des durées prédéterminées : la première dans des lieux fréquentés par la communauté homosexuelle (bars et clubs, événements festifs gays...) du 8 au 21 novembre 2016 et une campagne d'affichage « grand public » (via le réseau JC Decaux), dans les agglomérations de plus de 20 000 habitants sur des abribus et dans des centres commerciaux du 16 au 22 novembre. Le choix de s'adresser aux HSH dans l'espace public a été fait afin de toucher l'ensemble des hommes qui ont des rapports sexuels avec des hommes et pas seulement ceux qui fréquentent les lieux communautaires, de moins en moins nombreux en particulier chez les jeunes.

L'ensemble du dispositif de communication a été déployé sur le terrain métropolitain aux dates programmées. Avec plus de 8000 affiches déployées sur le mobilier urbain de 32 agglomérations, la campagne grand public a couvert 54% du territoire métropolitain. Le dispositif a généré sur la période novembre-décembre 2016 une hausse significative du nombre de visites sur le site d'information « sexosafe » (276 074 visites sur la période et jusqu'à plus de 12 000 visites quotidiennes enregistrées fin novembre 2016), témoignant de son succès au regard de l'objectif poursuivi. (...)

J'ajoute que le jury de déontologie publicitaire qui a été saisi de cinq plaintes émanant de particuliers et d'une plainte adressée par l'association « W » a conclu dans son avis du 13 janvier 2017 (443/17) que la campagne était conforme aux recommandations déontologiques de l'autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) ».

III – Analyse juridique

15. Aux termes de l'article L.2212-2 du code général des collectivités territoriales, « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».

16. Dans son arrêt n°36385, Les films Lutétia, du 18 décembre 1959, le Conseil d'Etat a considéré, s'agissant d'un arrêté par lequel le maire de Nice avait interdit la projection du film « Le feu dans la peau », « qu'un maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut donc interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé mais dont la projection est susceptible

d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciables à l'ordre public ».

17. Cependant, conformément à l'arrêt de principe du Conseil d'Etat, Benjamin, du 19 mai 1933, le maintien de l'ordre doit se concilier avec les libertés des citoyens et les mesures adoptées en ce sens doivent être proportionnées à la gravité des troubles invoqués.

18. Ainsi, dans son arrêt n°159192 du 9 octobre 1996 relatif à l'interdiction de la distribution gratuite de journaux comprenant de la publicité télématique à caractère licencieux, le Conseil d'Etat a considéré que :

« le maire, responsable du maintien de l'ordre public sur le territoire de sa commune, peut donc réglementer la distribution de documents publicitaires dont la diffusion est susceptible, en raison de son caractère licencieux ou pornographique et de circonstances locales particulières, de provoquer des troubles à l'ordre public ; (...) Qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cette distribution, quel que soit le caractère de ces publications, ait été de nature à porter atteinte au bon ordre ou à la tranquillité publique dans la ville ».

19. De même, dans son arrêt n°171134 du 8 décembre 1997, le Conseil d'Etat a considéré que *« par arrêté du 14 mai 1990, le maire d'Arcueil a interdit sur le territoire de sa commune l'affichage publicitaire en faveur des « messageries roses » ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que cet affichage ait été susceptible de provoquer dans cette commune des troubles matériels sérieux ; qu'en l'absence de circonstances locales particulières, qui ne ressortent pas du dossier, le caractère immoral desdites messageries, à le supposer établi, ne peut fonder légalement une interdiction de toute publicité en leur faveur ; que si la commune soutient que l'arrêté attaqué aurait été justifié également par la nécessité de prévenir une atteinte à la dignité de la personne humaine, elle n'apporte, en tout état de cause, aucun élément au soutien de ce moyen ».*

20. Au regard de ces éléments, il apparaît que si un maire peut, en vertu de ses pouvoirs de police, décider d'interdire l'affichage de publicités sur le territoire de sa commune, dans un souci de maintien de l'ordre public, en ce compris le respect de la dignité de la personne humaine reconnue par le Conseil d'Etat comme une composante de l'ordre public (CE, Commune de Morsang-sur-Orge, 27 octobre 1995, n°136727), encore faut-il que les affiches en question soient de nature à provoquer des troubles à l'ordre public et que la mesure adoptée soit proportionnée à ces troubles. De surcroît, si le maire invoque la protection de la moralité publique, son intervention doit également être justifiée par des circonstances locales particulières.

21. En l'espèce, le Maire de Y a indiqué au Défenseur des droits n'avoir *« rien interdit »*, *« rien réglementé »*, *« ni sollicité les pouvoirs de police du Maire, ni même pris d'arrêté »*, mais avoir simplement relayé l'émotion des habitants de la ville à l'entreprise chargée de l'affichage.

22. En premier lieu, force est de constater que, dans son courrier du 21 novembre 2016 à la société X, le Maire de Y a demandé à cette dernière *« sans délai le retrait de cette campagne d'affichage sur les supports de la ville de Y, directement aux abords des écoles et sur les parcours des bus scolaires ».*

23. Cette demande, qui ne laissait aucune faculté d'appréciation à la société X et qu'elle a immédiatement exécutée, a eu, dans la pratique, un caractère décisif avec des effets similaires à celui d'un arrêté.

24. Ainsi, même en l'absence de l'adoption formelle d'un arrêté, il est patent que le Maire de Y a souhaité faire usage de ses pouvoirs de police en sollicitant le retrait immédiat de cette campagne sur une partie du territoire de sa commune et, dès lors, les principes rappelés ci-dessus trouvaient pleinement à s'appliquer.

25. En second lieu, dans son courrier du 21 novembre 2016, le Maire de Y a justifié sa demande à la société X par le fait que « *cette campagne, par les slogans choisis et par les messages suggérés, a suscité un grand émoi auprès de nombreux angevins qui se sont manifestés auprès de la collectivité. Volontairement choquante, cette campagne d'affichage est diffusée à proximité des écoles, au niveau des abris bus en délivrant ainsi un message que les jeunes enfants sont incapables de comprendre, de discerner, d'appréhender* ».

26. Le législateur a confié au Défenseur des droits la mission de défendre et de promouvoir les droits de l'enfant. Or, en l'espèce, force est d'admettre que les photos des affiches de la campagne de prévention et de lutte contre le VIH ne sont pas sexualisées. Elles ne montrent que des couples qui s'enlacent, sans aucune nudité. Ces photographies ne paraissent, dès lors, pas en elles-mêmes de nature à heurter la sensibilité des enfants, quel que soit leur âge, si on les compare à d'autres images auxquelles ils sont régulièrement confrontés.

27. De même, les messages qui accompagnent ces photographies, qui sont peu explicites et ne sont pas en eux-mêmes choquants, ne paraissent pas davantage de nature à perturber des enfants de six ou sept ans. La mention figurant sur les affiches, « *Les situations varient. Les modes de protection aussi* », est elliptique et allusive et permet précisément d'épargner la sensibilité des plus jeunes.

28. Enfin, la campagne litigieuse poursuit une finalité de prévention des maladies sexuellement transmissibles, qui est un objectif de santé publique.

29. Or, la prévention, notamment dans le domaine de la sexualité, participe de la protection de la santé des jeunes, qui est l'une des priorités de la Stratégie nationale de santé définie en 2013.

30. La diffusion de ces informations de santé publique sur les abribus et les stations de métro, notamment à proximité des collèges, permet donc aussi de sensibiliser les adolescents à cette question. Dès lors, interdire cette diffusion revient à priver d'information une des cibles de cette campagne.

31. Ainsi, aucun élément du dossier ne permet d'établir que la diffusion de la campagne de prévention et de lutte contre le VIH était susceptible de troubler l'ordre public dans les zones considérées, alors qu'elle participait, au contraire, à la réalisation d'une priorité de santé publique.

32. En conséquence, le Défenseur des droits confirme l'analyse qu'il avait faite dans sa note récapitulative du 3 juillet 2017, selon laquelle l'existence de troubles à l'ordre public et de circonstances locales particulières n'est pas caractérisée en l'espèce.

33. Par ailleurs, aux termes de l'article 1er de la loi du 27 mars 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations :

« *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement (...) de son orientation sexuelle, 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* ».

34. L'alinéa 3 de cet article précise que « *la discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité...* ».

35. L'article 2 de cette même loi rappelle ainsi que « *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* ».

36. En l'espèce, le Maire de Y a affirmé que sa « *position aurait été la même pour une campagne illustrée par des couples hétérosexuels* » et que l'action municipale qu'il avait conduite depuis trois ans à Y comporte un volet de prévention « *développé vers les publics et tous les comportements, avec en particulier la lutte contre l'homophobie comme axe important* ».

37. Cependant, le fait d'interdire l'affichage de cette campagne sur une partie du territoire de la commune de Y a pu avoir pour effet de priver les personnes homosexuelles de l'accès à des informations pourtant essentielles en matière de santé, et ce, alors même qu'elles étaient le cœur de cible de cette campagne d'affichage qui cherchait à les sensibiliser à la prévention des maladies sexuellement transmissibles.

39. En effet, la Ministre des Solidarités et de la Santé a confirmé au Défenseur des droits que le choix de procéder à un affichage dans l'espace public a été fait « *afin de toucher l'ensemble des hommes qui ont des rapports sexuels avec les hommes et pas seulement ceux qui fréquentent les lieux communautaires, de moins en moins nombreux en particulier chez les jeunes* ».

40. En outre, le retrait de cette campagne d'affichage, même dans des zones limitées, a pu apparaître comme stigmatisant à l'égard des personnes homosexuelles et être ressenti par elles comme portant atteinte à leur dignité.

41. Certes, le Maire de Y affirme que sa décision « *a été guidée seulement par une volonté de protéger* ». Cependant, force est de constater que cette décision, loin de remplir son objectif de « protection », a en réalité privé les personnes homosexuelles d'un droit à l'information en matière de santé publique. Le Maire, en « relayant » l'émoi de certains, n'a donc pas rempli son rôle de rempart et de protecteur vis-à-vis d'une partie des habitants de sa commune.

42. En conséquence, le Défenseur des droits recommande au Maire de Y de veiller à l'avenir à faire un usage proportionné de ses pouvoirs de police afin de protéger les droits de l'ensemble des citoyens.

Jacques TOUBON