

Paris, le 17 septembre 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-196

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 pénal ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment le chapitre IV *Des obligations et de la déontologie*

Saisi de manière anonyme, puis par une association de lutte contre le racisme, concernant le contenu d'un courrier électronique adressé le 1^{er} octobre 2015 par M. X., cadre de la commune de Z., dans lequel il « réitère » des instructions concernant les « SDF, mendiants, de ROMS, et chinois qui fouillent dans les poubelles » dans la commune ;

Après avoir pris connaissance des documents et réponses adressés par M. Y, maire de la commune de Z., aux demandes d'explications du Défenseur des droits, et notamment du rapport établi par M. X. sur le contenu et le contexte de son courrier électronique du 1^{er} octobre 2015 et des événements de main courante rédigés par les policiers municipaux de la commune de Z. entre le 1^{er} septembre 2015 et le 31 mars 2016 ;

En l'absence d'observations complémentaires de M. X. en réponse à la note récapitulative lui ayant été adressée par le Défenseur des droits le 21 février 2018 ;

Après consultation du collègue compétent en matière de déontologie dans le domaine de la sécurité ;

- Considère que la consigne relative aux Roms et aux Chinois édictée par M. X. dans son message du 1^{er} octobre 2015 aurait pu caractériser l'infraction de provocation non publique à la discrimination fondée sur un critère d'origine ou d'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ;

- Eu égard à la prescription trimestrielle de cette infraction rendant impossible un signalement aux autorités compétentes à la date des investigations menées par ses services, recommande que des poursuites disciplinaires soient engagées à l'encontre de M. X ;
- Considère que la différence de traitement que M. X. demande à ses agents d'opérer envers les Roms, les Chinois, les SDF et mendiants caractérise un manquement à l'obligation d'impartialité et de neutralité à laquelle sont soumis les fonctionnaires et agents contractuels de l'Etat et des collectivités territoriales en vertu de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dite loi Le Pors ;
- Recommande qu'un rappel ferme de l'article 25 de la Loi Le Pors soit effectué auprès de M. X.

Conformément aux articles 25 et 29 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits demande à Monsieur le maire de la commune de Z. de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

> FAITS

Une personne anonyme a appelé l'attention du Défenseur des droits sur le contenu d'un courrier électronique adressé par un cadre de la commune de Z.

Joint à la saisine, ce courrier électronique daté du jeudi 1^{er} octobre 2015 et provenant de l'adresse email de M. X., est rédigé en ces termes :

Objet : « ARRÊTÉS AFFICHAGES TRAVAUX »

Importance : Haute

« Bonjour,

Je viens à l'instant de me faire remonter les bretelles (pour être poli), par le Maire en personne.

Il vient de voir des panneaux publicitaires de vente de pneus par une société du 93 dans toute la ville...

Cela est du même ordre que l'affichage du théâtre « Guignol » qui lui, bénéficie d'un arrêté signé !

A chaque fois ce sont nous, la PM, qui nous prenons une volée de bois vert. Sauf que s'il y a arrêté signé, ils ont le droit !

AUSSI LE MAIRE ORDONNE¹ :

- *D'arrêter de signer les arrêtés d'affichage*
- *Que le CSU, la PM, les ASVP soient beaucoup plus vigilants à ce genre de pratique.*

Pour ce qui est du ressort de ma direction², je vous demande d'accuser réception et surtout mise en application de ce message (afficher ce mail dans vos salles + je viendrai).

Je réitère mes propos, qui sont pourtant simples :

« Je ne veux pas :

- *de SDF*
- *de mendiants*
- *de ROMS*
- *de chinois qui fouillent dans les poubelles*
- *de dépôts sauvages*
- *de stationnement anarchique*
- *d'affichage sauvage*

JE VEUX UNE VILLE PROPRE ET VOUS EN ETES LES GARANTS, il n'est pas normal que le Maire voit ces choses avant nous ! »

Le courrier électronique est envoyé à deux adresses nominatives ainsi qu'à une adresse fonctionnelle. Onze adresses nominatives (parmi lesquelles celle de M. X.) sont en copie ainsi qu'une autre adresse fonctionnelle.

Dans un rapport en réponse à l'enquête du Défenseur des droits, M. X. précise être Directeur sécurité prévention de la commune de Z. depuis octobre 2014 et que son rôle, à ce titre, est « *de répondre à l'attente, aux interrogations aux soucis des habitants de la commune dans les domaines de la prévention, de la sécurité au sens large, de l'accessibilité, de la sécurité incendie dans les établissements recevant du public, de la salubrité et de la propreté* ».

Il déclare qu'« *il n'y a bien évidemment aucun fondement juridique aux consignes qu'il a données* » et qu'il « *n'interdit d'ailleurs l'accès de la ville à personne* ».

¹ Souligné et en gras dans le texte

² Souligné dans le texte

Sur le contexte du courrier électronique dont il est l'auteur, M. X. indique que le 1^{er} octobre 2015, le Maire lui avait personnellement signalé « *qu'il y avait de l'affichage sauvage partout dans la ville et qu'il n'était pas normal qu'on ait laissé faire cela* ».

« *Courroucé, parce que pris en défaut* », M. X. avait « *à tort employé les propos de "ROMS" et "Chinois". Ces termes étant usuellement employés dans notre vie quotidienne, je n'en ai pas fait un usage volontairement péjoratif* ».

« *Quant aux SDF et aux mendiants, je n'ai pas développé mes propos dans ce mail déjà très long mais il s'agissait de viser uniquement ceux qui font leurs besoins dans les parties communes des immeubles, qui occupent les trottoirs en entravant la circulation des piétons...concourant à donner une image « sale » de la Ville* ».

Enfin, M. X. « *reconnaît humblement et entièrement la maladresse des propos rapportés* », « *regrette d'avoir écrit ces mots* » et se dit « *prêt à s'en excuser auprès des personnes à qui il aurait causé du tort* ».

Par courrier en date du 21 février 2018, le Défenseur des droits a adressé à l'attention de M. X. une note récapitulant son analyse du dossier. Aucune réponse n'a été reçue.

** **

*

> CADRE JURIDIQUE

En droit interne, la Constitution du 4 octobre 1958 consacre, en son article 1^{er}, le principe d'égalité des citoyens devant la loi : « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique est sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

L'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que : « *Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination* ».

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme rappelle également « *l'interdiction de discrimination* » : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

Cet article, qui vaut uniquement pour « *la jouissance des droits et libertés* » garantis par la Convention et ses Protocoles, peut être notamment combiné à l'article 2 du Protocole n° 4, lequel protège la liberté de circulation³.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, une différence de traitement est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « *but légitime* » ou s'il n'existe pas de « *rapport raisonnable de proportionnalité* » entre les moyens employés et le but visé par la mesure⁴.

³ *Timichev c. Russie*, nos 55762/00 et 55974/00, CEDH 2005-XII

⁴ *Chassagnou et autres c. France* [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 91, CEDH 1999-III

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 définit la notion de discrimination en son article 1 : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou 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 .*

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

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 ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2. »

L'article 2 dispose en son paragraphe 3 : « *3° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1^{er} 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.

La dérogation prévue au deuxième alinéa du présent 3° n'est pas applicable aux différences de traitement fondées sur l'origine, le patronyme ou l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une prétendue race (...) »

En outre, le Conseil d'Etat, dans un arrêt de 1951⁵, a dégagé un principe général du droit d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics, selon lequel toutes les personnes placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent être régies par les mêmes règles. Ce principe s'applique aux différents interlocuteurs du service public, tant les fonctionnaires qui doivent être impartiaux et traiter de manière neutre les usagers, que les usagers entre eux.

Il convient de rappeler que les collectivités territoriales –personnes morales de droit public disposant d'une autonomie juridique– assurent des missions de service public.

⁵ CE, sect., 9 mars 1951, n° 92004, Société des concerts du conservatoire

En outre, les provocations non publiques⁶ à la discrimination commises à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race sont punies, par l'article R. 625-7 du code pénal, de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe.

Pénalement, constitue une discrimination « *toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (...)* » (art. 225-1 du code pénal, dans sa rédaction au 1^{er} octobre 2015).

Elle est délictueuse :

- de la part de toute personne lorsqu'elle consiste : « 1° à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2° à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4° à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 du code pénal (...) ; 5° à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-(...) ; 6° à refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale » (art. 225-2 du code pénal)
- de la part d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, lorsqu'elle consiste : « 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque » (art. 432-7 du code pénal).

Enfin, l'article 40 du Code européen d'éthique de la police dispose que « *la police doit mener à bien ses missions d'une manière équitable, en s'inspirant en particulier des principes d'impartialité et de non-discrimination* ».

> ANALYSE

En l'espèce, M. X. est directeur de Sécurité et Prévention de la commune de Z. Cette direction comprend notamment le service de Surveillance de la Voie Publique ainsi que le service de Police Municipale⁷.

⁶ La provocation non publique à la discrimination se distingue de la provocation publique à la discrimination par les moyens utilisés par son auteur. En effet, la provocation publique requiert que l'auteur ait utilisé l'un des moyens listés par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, rédigé comme suit : « *Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet* ». La provocation publique à la discrimination est un délit, punissable d'un an d'emprisonnement et/ou 45000 euros d'amende (article 24 de la loi du 29 juillet 1881)

⁷ La Direction comprend, en outre, un Bureau de la Réglementation Incendie et Accessibilité, un service Hygiène et Salubrité ainsi qu'un Observatoire de la tranquillité publique. Par ailleurs, le directeur Prévention et Sécurité est assisté d'un Service administratif et comptable.

Les évènements de main courante rédigés par les policiers municipaux de Z. tendent à démontrer que, contrairement à ce que M. X. indique, son usage des termes « Roms » et « Chinois » ne constituait pas une maladresse de langage.

En effet, parmi les évènements de main courante rédigés entre le 1^{er} septembre 2015 et le 31 mars 2016, le Défenseur des droits en a relevé deux antérieurs au message du 1^{er} octobre 2015 (en date du 17 septembre 2015) relatant l'évacuation par des policiers municipaux d'une personne « de type asiatique » qui avait été trouvée fouillant des poubelles dans des rues de la commune⁸.

Le Défenseur des droits a également relevé trois évènements antérieurs au message du 1^{er} octobre 2015, en lien avec des infractions ou faits négatifs commis par des individus décrits physiquement par leurs victimes, comme étant des « Roms ou « Roumains », notamment⁹ :

- des individus qui importunaient des passants (évènement du 5 septembre 2015),
- des personnes d'origine roumaine qui auraient volé des poubelles dans un commerce (évènement du 23 septembre 2015)
- un individu d'origine roumaine qui aurait arrêté des personnes en véhicule pour vendre des bijoux (évènement du 23 septembre 2015).

Enfin, sur la période précédant le message du 1^{er} octobre 2015, le Défenseur des droits a constaté que les signalements concernant des personnes « asiatiques », « roms » ou « roumaines », ont été les plus nombreux.

Il ressort de ce qui précède que la référence par M. X. dans son message du 1^{er} octobre 2015 à des « Roms » et à des « Chinois qui fouillent des poubelles » ne peut être considérée comme une simple coïncidence et qu'elle est contraire aux textes précités, car uniquement fondée sur l'origine de ces personnes, sans justification objective.

Les évènements qui se passent dans la commune de Z. concernant quelques personnes roms ou asiatiques de manière ponctuelle ne sauraient justifier de traiter différemment toutes les personnes appartenant, de manière réelle ou supposée, à l'une ou l'autre de ces populations.

Sur les conséquences, en droit commun, de l'instruction donnée par M. X.

Le Défenseur des droits a déposé des observations devant la Cour d'appel de Paris, dans le cadre de litiges portant sur des contrôles d'identité, rappelant notamment : « la loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, interdit toute discrimination directe et indirecte, fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, 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. Elle précise en son article 4 : *« Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination »*¹⁰.

⁸ Deux autres évènements, postérieurs au 1^{er} octobre 2015, ont été relevés concernant des faits similaires de personne « de type asiatique » fouillant les poubelles, le 5 octobre 2015 et le 17 janvier 2016

⁹ Bien que tous les Roms ne soient pas originaires de Roumanie (donc de nationalité roumaine), le Défenseur des droits a fait le choix d'étendre sa recherche aux « Roumains », l'inconscient collectif - avec regret - assimilant souvent les deux

¹⁰ Décision MDS 2016-132, 29 avril 2016 relative à des contrôles d'identité discriminatoires

La première chambre civile de la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts le 9 novembre 2016, concernant des contrôles d'identité jugeant « *qu'il appartient à celui qui s'en prétend victime d'apporter des éléments de fait de nature à traduire une différence de traitement laissant présumer l'existence d'une discrimination, et, le cas échéant, à l'administration de démontrer, soit l'absence de différence de traitement, soit que celle-ci est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;* »¹¹.

Par analogie, établir que des opérations effectuées par des policiers municipaux ne viseraient qu'une catégorie d'usagers permettrait d'établir une présomption de discrimination à leur encontre, qu'il leur appartiendrait ensuite de réfuter par des éléments de preuve objectifs étrangers à toute discrimination.

En l'absence de justification objective et raisonnable apportée par l'administration, le Défenseur des droits pourrait conclure à l'existence d'une discrimination.

Sur la qualification, en droit pénal, de l'infraction donnée par M. X.

Pour être constitué, l'élément matériel de l'infraction de provocation à la discrimination nécessite la démonstration :

- d'un ou plusieurs actes ou propos incitant à commettre une discrimination ;
- à l'encontre d'une personne déterminée ou d'un groupe de personnes ;
- à raison de leur origine, de leur apparence physique, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race.

L'élément intentionnel de cette infraction est caractérisé lorsqu'il est démontré que l'auteur avait conscience du caractère discriminatoire de sa démarche.

En l'espèce, s'agissant de la matérialité de l'infraction, il n'est pas contestable que dans son message du 1^{er} octobre 2015, M. X. appelle ses agents, au même titre que les dépôts sauvages, stationnements anarchique et affichages sauvages, à évincer de la commune des populations désignées uniquement en référence à leur origine ou leur appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race.

Il convient de souligner que lorsque le mobile d'une provocation à la discrimination tient à l'origine ou à l'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race, l'article R. 625-7 alinéa 1^{er} du code pénal n'exige pas de démontrer que l'auteur a voulu inciter à un acte précis de discrimination¹².

S'agissant de l'élément intentionnel de l'infraction, il n'est pas contestable que M. X. ne pouvait ignorer le caractère discriminatoire de sa consigne.

Le Défenseur des droits considère que la consigne relative aux Roms et aux Chinois édictée par M. X. dans son message du 1^{er} octobre 2015 caractérise l'infraction de provocation non publique à la discrimination fondée sur un critère d'origine ou d'appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race.

La prescription trimestrielle attachée à cette infraction rendant impossible, à la date de la présente note, un signalement aux autorités compétentes, le Défenseur des droits recommande que des poursuites disciplinaires soient engagées à l'encontre de M. X.

¹¹ Civ.1^{ère}. 9 nov. 2016, pourvoi 15-25873

¹² Au contraire, lorsque le mobile tient au sexe, à l'orientation sexuelle ou au handicap, seule est alors incriminée la provocation « aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 » (art. R. 625-7 alinéa 2 du code pénal)

Sur la qualification, en déontologie, de l'instruction donnée par M. X.

L'article 25 du chapitre IV (« Des obligations et de la déontologie ») de la loi du 13 juillet 1983 dite loi Le Pors dispose que « *le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte (...) leur dignité* »¹³.

L'article 32 de la même loi dispose que « *II. Sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, sont applicables aux agents contractuels (...) le présent chapitre IV, à l'exception de l'article 30* ».

M. X., quel que soit son statut (fonctionnaire titulaire ou agent contractuel de la commune de Z.), est donc soumis à cette règle d'impartialité et de neutralité.

Le Défenseur des droits considère que la différence de traitement que M. X. demande à ses agents d'opérer envers les Roms, les Chinois, les SDF et mendiants caractérise un manquement à l'article précité, pour lequel il recommande un rappel ferme de ces dispositions auprès de l'intéressé.

¹³ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. L'article 2 de cette loi dispose que « *la présente loi s'applique aux fonctionnaires civils des administrations (...), des communes et de leurs établissements publics y compris les établissements mentionnés à l'article 2 du titre IV du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales (...)* »