

Paris, le 2 décembre 2016,

Avis du Défenseur des droits n°16-21

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 ;

Emet l'avis ci-joint sur le projet de loi de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Le Défenseur des droits formule les observations suivantes sur deux articles du projet de loi projet de loi de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique.

I. La discrimination en raison de la domiciliation bancaire

L'article 17 du projet de loi de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer prévoit qu'au premier alinéa de l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, les mots : « ou son lieu de résidence » soient remplacés par les mots : « , son lieu de résidence ou sa domiciliation bancaire ». Il s'agit d'un ajout issu d'un amendement n°CL165 présenté par le gouvernement lors de l'examen du projet de loi par la commission des lois de l'Assemblée nationale.

L'exposé des motifs du gouvernement indique que : « *Les ultramarins rencontrent une difficulté majeure relative à leur domiciliation bancaire généralement située en outre-mer. Bien souvent, ils voient leur demande de crédit ou de souscription à un service refusée en raison de leur domiciliation bancaire hors hexagone. Cet amendement tend à rappeler que le refus de délivrer un service, ou de manière générale le fait d'écarter de tout type de démarche une personne du fait de sa domiciliation bancaire, constitue une forme de discrimination.* »

1. Le dispositif actuel est suffisant

Si l'objectif est de prévenir les discriminations dont sont victimes les ultramarins en raison de leur domiciliation en outre-mer, le dispositif actuel satisfait déjà à cet objectif.

En effet, la loi n°2014-173 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine en insérant le critère de discrimination « lieu de résidence » à l'article 225-1 du code pénal et dans la loi de mai 2008, a renforcé les moyens de droit permettant de lutter contre les discriminations dont sont victimes les populations d'Outre-mer.

Les discriminations directes à raison du lieu de résidence

Les personnes victimes de discriminations fondées sur leur domiciliation bancaire ultramarine résident le plus souvent en Outre-mer, dès lors la domiciliation bancaire et le lieu de résidence se confondent.

Les discriminations en considération de la domiciliation bancaire peuvent être appréhendées par les articles 225-1 et 225-2 1° et 4° du code pénal qui interdisent de refuser ou de subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur le lieu de résidence.

Elles peuvent être également appréhendées par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 modifiée par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, pour tous les comportements entraînant un traitement moins favorable d'une personne par rapport à une autre sur le fondement de son lieu de résidence.

Exemple tiré d'un règlement amiable du Défenseur des droits (15-003873)

Les conditions générales et de financement d'un compte épargne rémunéré subordonnaient expressément l'ouverture d'un compte à la fourniture d'un RIB d'un compte ouvert en France métropolitaine. Les réclamants résidaient à la Réunion et leur banque était de fait domiciliée à La Réunion.

Le Défenseur des droits a adressé une note à l'établissement de crédit mis en cause dans laquelle il lui rappelait que « *la pratique commerciale qui consiste à exiger de ses clients une adresse métropolitaine ou une domiciliation bancaire métropolitaine, revient à subordonner la fourniture d'un service à une condition fondée sur le lieu de résidence* ».

Suivant la position du Défenseur des droits, l'établissement de crédit a modifié ses pratiques en supprimant toute référence à une domiciliation en France métropolitaine.

Les discriminations indirectes fondées sur le critère de la domiciliation bancaire entraînant un désavantage particulier pour les personnes d'origines ultramarines

Dans le cas où la victime de discrimination fondée sur sa domiciliation bancaire ultramarine résiderait en France métropolitaine, le mécanisme de la discrimination indirecte en raison de l'origine pourrait également permettre d'appréhender cette situation.

Il s'agit du mécanisme utilisé par le Défenseur des droits avant l'entrée en vigueur de la loi n°2014-173 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, notamment dans ses décisions MLD-2011-59 du 29 octobre 2011 et MLD-2013085 du 29 avril 2013.

2. Un contentieux résiduel

La plupart des réclamations dont est saisi le Défenseur des droits en matière d'accès aux services concernent des conditions de domiciliation en France métropolitaine pour des raisons de recouvrement et non vraiment la domiciliation métropolitaine du chèque. En effet, le plus souvent la domiciliation bancaire est un moyen pour le prestataire de service de déceler une domiciliation en outre-mer. Le véritable motif du refus est en réalité le lieu de résidence de la personne.

Dans une décision n°2012-81 en date du 24 mai 2012, le Défenseur des droits dénonçait ces pratiques et demandait à ce que des dispositions utiles pour lutter contre ces discriminations soient prises. L'introduction du critère du lieu de résidence en 2014 a eu pour effets de donner une base légale à l'interdiction de ces pratiques. Cependant, ce contentieux demeure même s'il se trouve être assez résiduel.

Exemple tiré de la décision MLD-2013-085

Le réclamant se présente dans un magasin en métropole qui propose des paiements en plusieurs fois sans frais (crédit). L'offre est refusée au motif que le réclamant a donné un RIB sur lequel l'adresse de la banque est à La Réunion. Le réclamant travaillant entre La Réunion et la métropole, il dispose également d'une banque métropolitaine et il revient le lendemain avec un RIB de sa banque parisienne. L'offre est refusée une nouvelle fois au motif que le domicile du réclamant est à La Réunion.

Ici, à nouveau, on remarquera qu'en réalité c'est le lieu de résidence du réclamant qui justifie le refus. L'établissement mis en cause a modifié ses pratiques et a ouvert ses crédits aux personnes domiciliées en Outre-mer.

3. Les risques de ce nouveau critère : des effets d'aubaine

Si cette proposition de modification législative vise à protéger les populations d'outre-mer, elle risque dans ses effets d'être dévoyée de son objectif. En effet, dans le domaine de l'accès aux services (logement, crédit etc....) elle va surtout permettre aux ressortissants étrangers de demander aux prestataires d'accepter les documents émanants de banques étrangères. Ainsi, le refus d'un crédit opposé à une personne de nationalité étrangère, disposant uniquement d'un compte en banque à l'étranger et produisant un RIB de cette banque pourrait être considéré discriminatoire en raison de la domiciliation bancaire du demandeur.

Enfin, dans le domaine de l'emploi, on risquera de considérer qu'il sera interdit à un employeur d'exiger d'un candidat à un emploi ou d'un salarié d'avoir un compte bancaire domicilié en France. Ces derniers pourront invoquer une discrimination du fait de la domiciliation de leur compte dans un pays de l'UE mais également hors UE...

Le Défenseur des droits relève que dans ces différents cas de figure, nous sommes très loin de l'objectif affiché dans l'exposé des motifs de l'amendement.

II. L'intervention du juge des libertés et de la détention à Mayotte

L'éloignement des étrangers recouvre de multiples décisions dont la légalité est contrôlée par le juge administratif (refus de séjour, décision d'éloignement, décision de placement en rétention etc.) et par le juge judiciaire (interpellation, notification des droits, respect de leur exercice effectif, nécessité de la mesure de rétention). Cette répartition des compétences résulte du fait que le juge administratif est naturellement le juge de la légalité des actes de l'administration alors qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, le juge judiciaire (ici le JLD - juge des libertés et de la détention) est le garant de la liberté individuelle et doit, de ce fait, s'assurer du caractère non arbitraire de la privation de liberté.

Depuis la loi n°2011-672 relative à l'immigration du 16 juin 2011 dite « loi Besson », l'intervention du JLD n'avait lieu qu'au cinquième jour de rétention. Dans le même temps, cette loi avait imposé

| 4

que le recours contre l'arrêté de placement en rétention et l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) soit formé devant le juge administratif dans un délai de 48 heures, le tribunal devant se prononcer ensuite dans un délai maximum de 72 heures.

Dans la mesure où la décision d'éloignement peut être exécutée dès que le juge administratif a statué, ces règles avaient conduit à augmenter fortement (et mécaniquement) les cas dans lesquels les étrangers sont éloignés sans que le JLD ait pu apprécier et se prononcer sur le caractère justifié et régulier de la privation de liberté. D'après le rapport annuel des cinq associations intervenant en centres de rétention, en 2014, 45,2% des étrangers retenus avaient été éloignés de la métropole avant le délai d'intervention du JLD¹.

Pourtant, plusieurs textes internationaux devant lesquels la loi française devrait s'incliner imposent l'effectivité d'un recours juridictionnel contre l'atteinte à la liberté individuelle que constitue la rétention.

C'est pourquoi le Défenseur a recommandé à différentes reprises, en 2013 et 2015, que le JLD intervienne dans les 48 premières heures du placement en rétention, notamment dans les trois avis qu'il a rendu au parlement dans le cadre du vote de la loi relative au droit des étrangers².

Ses préconisations ont été suivies et la loi n°2016-274 du 7 mars 2016 prévoit cette intervention précoce du JLD, désormais effective depuis le 1er novembre 2016 sur l'ensemble du territoire, y compris à Mayotte.

Toutefois, l'article 10 bis A (nouveau) du projet de loi sur l'égalité réelle, introduit par amendement parlementaire, prévoit que cette intervention précoce ne sera plus applicable à Mayotte.

Ce recul pose les mêmes difficultés juridiques que celles développées par le Défenseur des droits en 2013 et 2015 et dont l'argumentaire avait conduit à l'amélioration de la loi (1). Or, la spécificité de la situation mahoraise au regard de la pression migratoire ne saurait justifier une telle restriction, particulièrement dans le cadre d'une loi qui tend à l'égalité réelle en outre-mer (2).

1. Mayotte : retour contestable sur une avancée fondamentale récente

En premier lieu, l'article 15 de la directive 2008/115/CE dite « directive retour » impose qu'« un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention » ait lieu « le plus rapidement possible à compter du début de la rétention ».

En second lieu, les stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) sont d'une grande clarté sur la nécessité de voir le juge intervenir rapidement en matière de rétention des étrangers puisqu'aux termes de l'article 5§4 de la Convention, « *toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il*

¹ Rapport 2014 sur les centres de rétention administrative, Assfam, Forum Réfugiés, FTDA, La Cimade, L'Ordre de Malte

² Audition devant le député Mathias FEKL, député en mission, en avril 2013 et avis à l'Assemblée nationale et au Sénat nos15-17, 15-20 et 16-02

statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».

Or, il est difficile de prétendre que le délai de 5 jours constitue un délai suffisamment bref dans les circonstances décrites précédemment puisqu'il conduit à ce que, dans de très nombreux cas, le contrôle du juge judiciaire n'ait pas lieu du tout. A ce titre, il peut être relevé que la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé qu'une garde à vue supérieure à 4 jours, sans présentation à une autorité judiciaire, était excessive³. Par comparaison, les étrangers privés de liberté sont présentés immédiatement devant le juge judiciaire en Allemagne, et dans un délai de 3 jours en Belgique, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

Par l'expression « légalité de la rétention » prévue par l'article 5§4 de la CEDH, il faut nécessairement comprendre que le contrôle ainsi imposé est celui de la légalité de l'ensemble des décisions composant la rétention, que ce contrôle appartienne au juge judiciaire ou au juge administratif car leur rôle est complémentaire.

La Commission des lois, à l'occasion du vote de la loi Besson, avait d'ailleurs pointé ce problème en écrivant : « *il aurait donc sans doute fallu, pour respecter pleinement la directive, qu'un recours complet aussi bien sur la légalité de la procédure de placement en rétention que sur la légalité de la mesure de rétention elle-même, pût être exercé en urgence. Ce ne sera pas le cas dans la nouvelle procédure, à moins que le juge administratif qui statuera désormais le premier, décide de se prononcer désormais également sur l'interpellation, la garde à vue, etc. Dans le cas contraire, un étranger pourra être éloigné alors même que la régularité de la procédure de son placement en rétention n'aura pas pu être tranchée par le JLD* »⁴.

C'est dans ce sens que, bien conscient que ce dispositif manquait de pertinence juridique, le législateur a décidé de le réformer et le rendre plus respectueux des droits fondamentaux des étrangers.

2. Une restriction à l'égard du seul territoire de Mayotte non justifiable

Aujourd'hui, un mois après sa mise en application, le législateur prévoit désormais une nouvelle mesure dérogatoire plutôt que de conserver un alignement du droit ultramarin sur celui de la métropole.

Or, les motifs invoqués dans le cadre de cet amendement pour justifier le non-alignement de ces règles, à savoir la pression migratoire et l'absence d'effectifs suffisants au Tribunal de grande instance de Mayotte, ne sont pas admissibles au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Dans l'arrêt De Souza Ribeiro du 13 décembre 2012 concernant le droit au recours effectif en Guyane contre les mesures d'éloignement des étrangers, la Cour avait écarté le moyen du gouvernement tendant à expliquer qu'il convenait de rompre l'égalité de traitement au regard de la pression migratoire particulière et l'insuffisance des moyens des juridictions. Pour la Cour, il

³ CEDH, 26 avril 2010, Alici et Omak c/ Turquie, n°57653/00

⁴ Rapport n°239 (2010-2011) sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité | 6

appartient aux Etats « *d'organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition* ».

Il convient en outre de préciser que depuis le 1er novembre 2016 cette règle est applicable à Mayotte sans que le TGI ne semble être engorgé.

Il résulte de ce qui précède que le Défenseur des droits préconise la suppression du 2° de l'article 10 A nouveau, lequel revient sur l'intervention du JLD dans le délai de 48 heures en cas de contestation de la décision de placement en rétention, amélioration récente respectueuse du droit à la sûreté.

Un tel recul, particulièrement inopportun dans le cadre d'un projet de loi qui tend à l'égalité réelle en outre-mer, reviendrait à réintroduire des dispositions législatives contraires aux garanties européennes.