

AJ Collectivités Territoriales 2016 p.508

Annulation par le Conseil d'Etat des arrêtés « anti-burkini »

La réaffirmation de l'ordre public matériel dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative par le maire

Gilles Le Chatelier, Professeur associé à l'ENS de Lyon, Avocat associé au cabinet ADAMAS

Un peu plus de deux ans après les affaires *Dieudonné* (1), le Conseil d'Etat s'est à nouveau retrouvé sous les feux des projecteurs de l'actualité dans l'exercice de son rôle de juge des référés libérés dans les affaires dites des arrêtés « anti-burkini ». Une nouvelle fois au cœur du litige se trouve la question de l'exercice par l'autorité administrative de ses pouvoirs de police, de la conciliation entre exercice des libertés publiques et maintien préventif de l'ordre public, et, plus encore sans doute, des contours mêmes de cette dernière notion, nécessairement évolutive (2) au gré des situations, des circonstances locales et du moment où l'autorité de police est amenée à intervenir.

Le 5 août 2016, le maire de la commune de Villeneuve-Loubet a édicté un arrêté municipal portant « règlement de police, de sécurité et d'exploitation des plages concédées par l'Etat à la commune de Villeneuve-Loubet » comportant 31 articles. Une de ses dispositions - figurant à l'article 4.3 de l'arrêté - constitue le cœur de litige puisqu'elle dispose que « sur l'ensemble des secteurs de plage de la commune, l'accès à la baignade est interdit du 15 juin au 15 septembre inclus, à toute personne ne disposant pas d'une tenue correcte, respectueuse des bonnes moeurs et du principe de laïcité, et respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime. Le port de vêtements, pendant la baignade, ayant une connotation contraire aux principes mentionnés ci-avant est strictement interdit sur les plages de la commune ».

Etait ici principalement en cause, à travers la nécessité d'adopter une tenue de plage respectueuse du principe de laïcité, le port par certaines baigneuses du « burkini », tenue de plage féminine portée par certaines musulmanes et couvrant intégralement le corps. Cette mesure a été également mise en oeuvre dans plusieurs autres communes balnéaires du sud de la France.

Cette disposition particulière a été contestée par diverses associations devant le juge des référés du tribunal administratif de Nice.

L'ordonnance rendue par le tribunal administratif de Nice

Par une ordonnance du 22 août 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Nice, statuant collégalement, devait décider de rejeter la demande. Son raisonnement, particulièrement détaillé, mérite d'être précisément exposé.

Après avoir admis que la demande au titre de la procédure prévue à l'article L. 521-2 du code de justice administrative était recevable, dès lors que pouvaient valablement être invoquées la liberté d'exprimer ses convictions religieuses, la liberté d'aller et venir et la liberté de conscience, le juge rappelle les limites qu'il est susceptible d'apporter à la liberté d'expression de ses convictions religieuses, telle qu'elle est reconnue par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (« Liberté de pensée, de conscience et de religion ») et l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion [...] »).

Le tribunal administratif rappelle que le Conseil constitutionnel a estimé que cette liberté peut être soumise à certaines restrictions « tenant notamment à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé et de la morale publics, ainsi qu'à la protection des droits et libertés d'autrui » (3) ou encore au principe de laïcité interdisant « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers ». La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) adhère à ces mêmes principes, au nom de la nécessité d'assurer dans les sociétés démocratiques la coexistence des religions et des croyances (4).

Dès lors, il appartenait aux juges de vérifier si l'interdiction du port du burkini sur les plages constituait une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés en cause au regard des impératifs de l'ordre public, ainsi défini.

Pour le tribunal administratif de Nice, la mesure d'interdiction était justifiée. Deux séries d'éléments fondent en droit ce raisonnement.

En premier lieu, le port du burkini est l'expression du « fondamentalisme religieux islamiste » qui est « incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française et le principe d'égalité entre les sexes ». La volonté qui anime cette pratique de remettre en cause la coexistence des religions, garantie par le principe constitutionnel de laïcité, apparaît au surplus comme une provocation exacerbant les tensions dans le contexte des attentats de Nice et de Saint-Etienne du Rouvray, au demeurant sur des plages « qui ne constituent pas un lieu adéquat pour exprimer de façon ostentatoire ses convictions religieuses » (consid. 15).

En second lieu, le port du burkini est susceptible de provoquer des troubles matériels à l'ordre public, compte tenu de la grande sensibilité de la population à ces manifestations, dans le contexte créé par les attentats terroristes et de la grande affluence de touristes sur les plages, alors que les forces de l'ordre sont déjà surmenées par les charges liées à la mise en oeuvre de l'état d'urgence (consid. 16).

Ainsi, pour l'ensemble de ces raisons, la mesure d'interdiction était « nécessaire, adaptée et proportionnée au but poursuivi en matière de protection de l'ordre et de la sécurité publiques ».

La censure par le Conseil d'Etat en appel

L'ordonnance rendue en appel et censurant ce raisonnement frappe par sa sobriété et son « classicisme ». Elle rappelle de manière claire le cadre dans lequel s'exerce le pouvoir de police administrative que détient le maire, appliqué à l'objet précis de la police des baignades publiques.

Dans son considérant de principe (consid. 5), le Conseil d'Etat rappelle les principes d'adaptation, de nécessité et de

proportionnalité au regard des seules nécessités de l'ordre public, cadre traditionnel depuis la non moins traditionnelle jurisprudence *Benjamin* (5). Il s'agit de rappeler qu'en présence de mesures nécessairement attentatoires à une ou plusieurs libertés publiques, la mesure prise doit être indispensable au maintien de l'ordre public.

Dès lors, le Conseil d'Etat rappelle également qu'au nom du principe d'adaptation aux circonstances de temps et de lieu, les mesures doivent être uniquement justifiées au regard de considérations d'ordre public en lien avec l'activité de baignade. Il cite ici trois séries de motivations susceptibles d'être retenues, cette liste n'étant sans doute pas exhaustive : le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. Pour le reste, « il n'appartient pas au maire de se fonder sur d'autres considérations et les restrictions qu'il apporte aux libertés doivent être justifiées par des risques avérés d'atteinte à l'ordre public ».

Sur la base de cette approche que certains jugeront sans doute minimaliste, mais qui n'est que le rappel de principes presque centenaires, la conclusion de la censure s'impose. En effet, le Conseil d'Etat relève que la présence de personnes en burkini sur les plages de Villeneuve-Loubet n'avait suscité aucun risque de trouble à l'ordre public. A ce titre, l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats ne pouvaient, à elles seules, justifier la mesure d'interdiction. En l'absence d'invocation d'aucun motif tiré de la « police administrative des baignades », l'atteinte portée aux libertés fondamentales que sont « la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle » est excessive et justifie la suspension de l'exécution de l'article de l'arrêté municipal litigieux.

La limite apportée à la notion « d'ordre public immatériel »

Le point essentiel de l'ordonnance du Conseil d'Etat du 26 août 2016 est ici de s'en tenir essentiellement à une approche « matérielle » de l'ordre public, censurant par là même le raisonnement tenu par les premiers juges, s'appuyant pour partie sur une conception « immatérielle » de l'ordre public.

Dans son rapport du 25 mars 2010 (6), le Conseil d'Etat distingue deux approches de la notion d'ordre public (p. 24 et 25). Il rappelle tout d'abord sa dimension matérielle « qui regroupe les trois composantes traditionnelles que sont la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques », consacrées par le Conseil constitutionnel (7) et correspondant à la définition qu'en donne l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales définissant les pouvoirs de police administrative du maire.

Mais, le Conseil d'Etat relève également l'existence d'une « dimension non matérielle qui regroupe pour l'essentiel :

- la moralité publique - parfois qualifiée de " bon ordre", prise en compte non de façon générale, mais en fonction de circonstances locales particulières ;
- et le respect de la dignité de la personne humaine ».

Enfin, l'ordre public pourrait être regardé comme une notion présentant une certaine autonomie et un contenu propre, à savoir « le socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société ».

La notion d'ordre public « immatériel » n'est pas de création récente, l'atteinte aux bonnes mœurs ayant de tous temps pu être invoquée pour motiver une mesure portant atteinte aux libertés publiques (8). Toutefois, la jurisprudence du Conseil d'Etat a souvent été réticente à suivre les autorités de police dans cette approche, en grande partie du fait du fort relativisme de ce type d'appréciations.

Mais force est de constater que l'approche immatérielle s'est récemment renforcée, notamment à travers la reconnaissance de l'atteinte au principe de dignité de la personne humaine comme pouvant constituer une menace à l'ordre public de nature à justifier l'intervention de l'autorité de police administrative compétente (9).

Plus encore, le vote de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public allait être l'occasion de nouvelles avancées dans ce registre (10).

Ainsi, le Conseil constitutionnel a validé cette loi (11) en estimant qu'une pratique telle que celle du port du « voile intégral » méconnaissait les exigences minimales de la vie en société. A cette occasion, la définition de l'ordre public s'est également fondée sur les dispositions de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (12), dans une approche novatrice. De même, la CEDH a estimé que le dispositif prévu par la France n'encourait pas la censure car « l'interdiction litigieuse peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du "vivre ensemble" en tant qu'élément de la "protection des droits et libertés d'autrui" » (13).

Le raisonnement suivi repose sur les mêmes fondements : il est possible d'interdire l'expression de certaines pratiques religieuses quand ces dernières menacent l'ordre public du fait de leur capacité à mettre en péril la coexistence entre les différentes religions et à contester directement la conception française du fonctionnement de notre société qui repose en particulier sur les principes constitutionnels de laïcité et d'égalité entre les sexes.

C'est au nom d'une telle approche que le tribunal administratif de Nice avait validé l'arrêté municipal. C'est en l'écartant que le Conseil d'Etat l'a censuré.

On se risquera à quelques éléments d'explication.

En premier lieu, ce que le législateur peut faire, l'autorité de police administrative ne le peut pas. Rappelons ici que relève de la compétence du législateur, en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution, le soin de prendre éventuellement des mesures apportant des restrictions à l'exercice des libertés publiques. Le Conseil constitutionnel ne censure dans ce domaine que la disproportion manifeste entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés. Quant à la CEDH, elle laisse une importante marge d'appréciation aux autorités nationales, s'agissant de questions de politique générale impliquant un choix de société de la part de l'Etat partie considéré.

Le contrôle de proportionnalité du juge administratif sur l'exercice par le maire de son pouvoir de police est tout autre, reposant sur un contrôle strict de proportionnalité de l'action menée par une autorité administrative. Il est ainsi, par nature, très réticent aux mesures d'interdiction générale, comme en l'espèce. Il y a ici une différence de nature qui doit être préservée, le juge administratif exerçant pleinement sa fonction - ô combien précieuse - de gardien des libertés publiques.

C'est cette même différence qui explique que l'interdiction par la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 de tout signe

religieux manifestant ostensiblement une appartenance litigieuse ait été considérée comme conforme à la Convention EDH (14), là où cette même interdiction, figurant dans le règlement intérieur d'un établissement, est censurée par le Conseil d'Etat (15).

En second lieu, la pratique du burkini, quoi que l'on en pense - et l'on permettra à l'auteur de ces lignes de dire qu'il en pense fort peu de bien - n'est pas de même ampleur que celle du voile intégral et est sans doute moins problématique en termes de sécurité publique. Dès lors que les considérations tirées de la dimension immatérielle de l'ordre public apparaissent moins prégnantes, une approche uniquement fondée sur la dimension matérielle aboutissait à une censure certaine en l'absence de trouble avéré à l'ordre public, tenant par exemple à des tensions susceptibles de dégénérer en affrontements physiques, risques qui n'étaient pas avérés en l'espèce (16). Le Conseil d'Etat s'en tient à des éléments pertinents pour l'exercice de la police administrative sur les plages publiques : assurer le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade et l'hygiène et la décence sur la plage (17). La censure apparaissait d'autant plus s'imposer que la mesure d'interdiction intervenait dans un espace public où l'exercice des libertés, même lorsqu'elles dérangent, ne doit pas être abusivement encadré.

Restait l'invocation des circonstances de temps et de lieu. L'arrêt querellé était intervenu quelques semaines après l'odieux attentat de Nice, proche de la commune de Villeneuve-Loubet et dans un contexte de menace terroriste particulièrement vif depuis les assassinats de janvier 2015. Tout est ici affaire d'appréciation, mais on ne peut ici que saluer le souci de la Haute assemblée d'avoir voulu favoriser l'apaisement et non la surenchère des passions dont se nourrissent finalement ceux qui régulièrement, par leurs actes criminels, essaient de remettre en cause le pacte républicain.

Et maintenant une loi ?

A peine sèche l'encre de l'ordonnance du Conseil d'Etat que plusieurs réclament une loi pour interdire le port du burkini. Comme on l'a évoqué plus haut, la marge de manoeuvre du législateur est plus importante que celle du maire dans le cadre de ses pouvoirs de police administrative. Une telle loi passera-t-elle le double contrôle constitutionnel et conventionnel ? Difficile de se livrer au jeu des pronostics, la loi du 11 octobre 2010 ayant déjoué les plus avisés. On rappellera tout de même que la CEDH a déjà jugé que l'interdiction de porter dans l'espace public certaines tenues religieuses, en dehors des cérémonies religieuses, ne répondait pas au critère de nécessité exigé par l'article 9 de la Convention (18). Il n'est pas non plus certain que la surenchère législative soit réellement le remède le plus adapté pour faire face aux menaces qui pèsent ici sur l'ordre public.

Mots clés :

POLICE * Police du maire * Police générale * Accès à la baignade * Burkini * Police municipale * Ordre public * Risque avéré de troubles à l'ordre public

(1) V. not. CE 9 janv. 2014, n° 374508 ; 10 janv. 2014, n° 374528 ; 11 janv. 2014, n° 374552, *Sté Les Productions de la Plume*, Lebon (1) ; AJDA 2014. 79 (1) ; *ibid.* 866 (1) ; note J. Petit (1) ; AJCT 2014. 157 (1), obs. G. Le Chatelier (1) ; RFDA 2014. 87, note O. Gohin (1).

(2) V. G. Le Chatelier, L'ordre public, une notion nécessairement évolutive, AJCT 2014. 157 (1) ; O. Gohin, Liberté d'expression, liberté de réunion, police administrative et ordre public : l'affaire *Dieudonné*, RFDA 2014. 87 (1).

(3) Cons. const. 19 nov. 2004, n° 2004-505 DC, AJDA 2005. 211 (1), note O. Dord (1) ; *ibid.* 219, note D. Chamussy (1) ; RFDA 2005. 1, étude H. Labayle et J.-L. Sauron (1) ; *ibid.* 30, note C. Maugué (1) ; *ibid.* 34, note F. Sudre (1) ; *ibid.* 239, étude B. Genevois (1).

(4) CEDH, gde ch., 13 févr. 2003, n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c/ Turquie*.

(5) CE 19 mai 1933, n° 17413, Lebon (1) 541.

(6) « Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le 25 mars 2010.

(7) Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, D. 2004. 1273 (1), obs. S. Nicot (1) ; RSC 2003. 614, obs. V. Bück (1).

(8) CE, sect., 18 déc. 1959, n° 36385, *Sté Les films Lutetia*, Lebon (1).

(9) CE 27 oct. 1995, n° 136727, *C^{ne} de Morsang-sur-Orge*, Lebon avec les concl. (1) ; AJDA 1995. 942 (1) ; *ibid.* 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux (1) ; *ibid.* 2014. 106, chron. M. Franc (1) ; RFDA 1995. 1204, concl. P. Frydman (1) ; CE 9 janv. 2014, n° 374508, *Min. de l'Intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume*, (1) préc.

(10) P. Gervier, L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public, Regards croisés des jurisprudences constitutionnelle et européenne sur un choix de société, AJDA 2014. 1866 (1).

(11) Cons. const. 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, AJDA 2010. 1908 (1) ; *ibid.* 2373 (1), note M. Verpeaux (1) ; *ibid.* 2014. 1866, étude P. Gervier (1).

(12) « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi

ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

(13) CEDH 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, *SAS c/ France*, AJDA 2014. 1348  ; *ibid.* 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen  ; *ibid.* 1866, étude P. Gervier  ; Constitutions 2014. 483, chron. M. Afroukh  ; RSC 2014. 626, obs. J.-P. Marguénaud .

(14) CEDH 10 nov. 2005, n° 44774/98, *M^{me} Leyla Sahin c/ Turquie*, AJDA 2006. 315  , note G. Gonzalez  ; *ibid.* 2006. 466, chron. J.-F. Flauss  ; D. 2006. 1717  , obs. J.-F. Renucci .

(15) CE 2 nov. 1992, n° 130394, *Kherouaa et M^{me} Kachour et Balo et M^{me} Kizic*, Lebon  833 ; AJDA 1992. 833  ; *ibid.* 788, chron. C. Maugué et R. Schwartz  ; *ibid.* 790  ; *ibid.* 2014. 104, chron. A. Lallet et E. Geffray  ; RFDA 1993. 112, concl. D. Kessler .

(16) Bien évidemment, la solution peut être contraire dans l'hypothèse où l'autorité administrative est à même de justifier la mesure par l'existence de tels troubles.

(17) La référence à la décence montre que le Conseil d'Etat n'est pas complètement insensible à une approche en termes d'ordre public immatériel..

(18) CEDH 23 févr. 2010, n° 41135/98, *Ahmet Arslan c/ Turquie*, AJDA 2010. 362  ; *ibid.* 997, chron. J.-F. Flauss  ; D. 2010. 682  , note J.-P. Marguénaud  ; *ibid.* 561, édito. F. Rome  ; RFDA 2011. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre .