



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

TROISIÈME SECTION

AFFAIRE BASU c. ALLEMAGNE

(Requête n° 215/19)

ARRÊT

Art 14 (+ Art 8) • Discrimination • Vie privée • Absence d'enquête indépendante effective sur des allégations défendables de profilage racial par la police lors d'un contrôle d'identité dans un train • Seuil de gravité atteint pour que le contrôle d'identité tombe sous le coup de l'art 8 • Obligation d'enquêter afin de protéger de la stigmatisation les personnes concernées et de prévenir la propagation d'attitudes xénophobes

STRASBOURG

18 octobre 2022

DÉFINITIF

18/01/2023

Cet arrêt est devenu définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.

En l'affaire Basu c. Allemagne,

La Cour européenne des droits de l'homme (troisième section), siégeant en une chambre composée de :

Georges Ravarani, *président*,

Georgios A. Serghides,

María Elósegui,

Darian Pavli,

Anja Seibert-Fohr,

Andreas Zünd,

Frédéric Krenc, *juges*,

et de Milan Blaško, *greffier de section*,

Vu :

la requête (n° 215/19) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont M. Biplab Basu, ressortissant allemand (« le requérant ») a saisi la Cour en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention ») le 19 décembre 2018,

la décision de porter la requête à la connaissance du gouvernement allemand (« le Gouvernement »),

les observations des parties,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 20 septembre 2022,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

INTRODUCTION

1. La requête concerne un contrôle d'identité effectué par la police à bord d'un train. Le requérant soutient que son identité n'a été contrôlée qu'à raison de sa couleur de peau, donc de manière discriminatoire, et que les autorités n'ont pas suffisamment enquêté sur ses allégations de profilage racial. L'affaire soulève une question sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8 et sur le terrain de l'article 13 de la Convention.

EN FAIT

2. Le requérant est né en 1955 et réside à Berlin. Il a été représenté par M^e M.J. Burkhardt, avocate à Berlin.

3. Le Gouvernement a été représenté par l'un de ses agents, M. H.-J. Behrens, du ministère fédéral de la Justice et de la Protection des consommateurs.

4. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

5. Le 26 juillet 2012, deux policiers contrôlèrent l'identité du requérant, ressortissant allemand d'origine indienne, et de sa fille, à bord d'un train qui venait d'entrer en Allemagne depuis la République tchèque.

6. Le 19 juillet 2013, le requérant saisit le tribunal administratif de Dresde pour faire constater l'illégalité du contrôle d'identité en cause. Il soutenait que l'article 23 § 1 3) de la loi sur la police fédérale (*Bundespolizeigesetz* – paragraphe 10 ci-dessous) ne constituait pas une base juridique valable justifiant l'atteinte portée à son droit à l'autodétermination dans la sphère de l'information, puisqu'il n'y avait aucune raison valable de contrôler son identité. Il alléguait que parmi toutes les personnes présentes dans les différents compartiments de la voiture du train dans laquelle il se trouvait, seuls lui et sa fille avaient fait l'objet du contrôle d'identité effectué par les deux policiers. Il indiquait que lorsqu'il avait demandé les raisons de ce contrôle, l'un des policiers lui avait expliqué qu'il s'agissait d'un contrôle aléatoire, avant d'ajouter que les cas de contrebande de cigarettes étaient fréquents dans ce train, tout en confirmant qu'aucun soupçon particulier ne pesait sur le requérant à cet égard. Ce dernier arguait, toutefois, que sa fille et lui avaient été contrôlés parce qu'ils étaient les seuls à avoir la peau mate, ce qu'il qualifiait de discriminatoire. L'État défendeur soutenait que le contrôle d'identité en cause était légal au regard de l'article 23 § 1 3) de la loi sur la police fédérale, ajoutant que le requérant et sa fille n'avaient pas été les seules personnes dont l'identité avait été contrôlée par la police dans ce train.

7. Le 20 mai 2015, le tribunal administratif de Dresde, après n'avoir entendu que le requérant (mais ni sa fille ni le policier qui avaient assisté au contrôle en qualité de témoins), déclara irrecevable l'action introduite par l'intéressé. Il estima que celui-ci n'avait aucun intérêt légitime à obtenir une décision sur la légalité du contrôle d'identité en cause au regard de l'article 23 § 1 3) de la loi sur la police fédérale après que l'acte dont il se plaignait eut pris fin.

8. Le 17 novembre 2015, la Cour administrative d'appel de Basse-Saxe, souscrivant à la motivation du tribunal administratif, refusa au requérant l'autorisation d'interjeter appel. Elle confirma que l'intéressé n'avait pas l'intérêt légitime requis pour demander une décision sur la légalité d'un acte qui avait pris fin. Elle estima que le contrôle d'identité, qui n'avait donné lieu au stockage d'aucune donnée, ne constituait qu'une atteinte mineure au droit du requérant à l'autodétermination dans la sphère de l'information. Elle ajouta que le requérant n'avait pas non plus d'intérêt en termes de réhabilitation. Elle releva qu'un contrôle de ce type, en particulier à proximité des frontières, n'était ni inhabituel ni stigmatisant, que le contrôle n'avait duré que quelques minutes et qu'il avait été effectué par la police de manière objective. Elle considéra que les explications données par la police pour justifier le contrôle, telles que rapportées par le requérant, ne révélaient pas non plus de pratique discriminatoire et qu'il n'apparaissait pas que l'acte ait été remarqué par quelqu'un d'autre que par la fille de l'intéressé. Elle en conclut que ce dernier n'avait subi aucune conséquence durable puisqu'il avait recommencé à voyager en train, même s'il avait déclaré avoir cessé de prendre le train après l'incident. Elle affirma que le requérant, qui avait argué

que de nombreuses actions similaires menées les années précédentes montraient que les ressortissants allemands à la peau mate étaient plus souvent contrôlés par la police que les ressortissants à la peau blanche, n'avait pas non plus étayé son allégation selon laquelle il risquait de subir à nouveau un contrôle d'identité dans des circonstances similaires. Elle conclut que l'action étant irrecevable pour défaut d'intérêt légitime à obtenir une décision sur la légalité du contrôle d'identité en cause, il n'y avait pas lieu de trancher la question de savoir si ce dernier pouvait s'analyser en un traitement discriminatoire à l'égard du requérant.

9. Le 19 juin 2018, la Cour constitutionnelle fédérale refusa de connaître du recours constitutionnel dont le requérant l'avait saisie (dossier n° 1 BvR 3196/15), par lequel l'intéressé alléguait une violation de son droit à une protection juridictionnelle effective, combiné avec son droit à l'autodétermination dans le domaine de l'information, son droit à la liberté de circulation et l'interdiction de la discrimination.

LE CADRE JURIDIQUE ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

I. LE CADRE JURIDIQUE INTERNE

10. L'article 23 de la loi sur la police fédérale, en ses parties pertinentes, est libellé comme suit :

« Établissement de l'identité (...)

1) La police fédérale peut établir l'identité d'une personne

(...)

3. à l'intérieur de la zone frontalière, jusqu'à trente kilomètres après la frontière, pour empêcher ou faire cesser toute entrée illégale sur le territoire fédéral ou pour prévenir les infractions visées à l'article (...)

(...)

3) La police fédérale peut prendre les mesures nécessaires pour établir l'identité d'une personne. Elle peut notamment interpellier la personne concernée, lui demander ses données personnelles et exiger qu'elle lui remette un document d'identité afin de contrôler son identité (...) »

II. LE CADRE JURIDIQUE ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX

A. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies

11. Dans ses constatations du 27 juillet 2009 concernant la communication n° 1493/2006 présentée par Rosalind Williams Lecraft contre l'Espagne (CCPR/C/96/D/1493/2006), le Comité des droits de l'homme des Nations unies s'est penché sur une allégation de discrimination ayant résulté

d'un contrôle d'identité. Ayant constaté en l'espèce une violation de l'interdiction de la discrimination visée à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lu conjointement avec le paragraphe 3 de l'article 2, le Comité a dit ce qui suit :

« 7.2 Le Comité doit déterminer si l'auteur, en faisant l'objet d'un contrôle d'identité par la police, a été victime d'une discrimination fondée sur la race. Le Comité estime qu'il est légitime de procéder à des contrôles d'identité de manière générale afin de protéger la sécurité des citoyens et de prévenir la délinquance, ou en vue de contrôler l'immigration illégale. Cela étant, quand les autorités effectuent ces contrôles, les seules caractéristiques physiques ou ethniques des personnes dont l'identité est vérifiée ne doivent pas être considérées comme un indice de leur situation illégale dans le pays. De plus les contrôles ne doivent pas être effectués de telle façon que seules les personnes présentant des caractéristiques physiques ou ethniques déterminées font l'objet de la vérification. S'il n'en était pas ainsi non seulement il y aurait une atteinte à la dignité des intéressés, mais de plus cela contribuerait à propager des attitudes xénophobes dans la population en général et serait contraire à une politique efficace de la lutte contre la discrimination raciale.

(...)

7.4 En l'espèce, il ressort du dossier qu'il s'agissait d'un contrôle d'identité général. L'auteur affirme que personne autour d'elle n'a été contrôlé et que le policier qui l'a interpellée a fait allusion à ses caractéristiques physiques pour expliquer qu'il lui demandait à elle, et non pas aux autres personnes présentes, de lui montrer ses papiers d'identité. Ces allégations n'ont pas été infirmées par les organes administratifs et judiciaires auprès desquels l'auteur a dénoncé les faits ni devant le Comité. Dans ces circonstances le Comité ne peut que conclure que l'auteur a été choisie pour faire l'objet du contrôle uniquement en raison de ses caractéristiques raciales et que celles-ci ont constitué l'élément déterminant pour la soupçonner d'être dans l'illégalité. En outre, le Comité rappelle sa jurisprudence selon laquelle chaque traitement différencié ne constitue pas une discrimination, si les critères fondant cette différenciation sont raisonnables et objectifs et si l'objectif recherché est d'atteindre un but légitime au regard du Pacte. En l'espèce, le Comité est d'avis que les critères de différenciation n'avaient pas le caractère raisonnable et objectif requis (...) »

B. La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance

12. Le 29 juin 2007, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation de politique générale n° 11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police (CRI(2007)39), dans laquelle elle définit le profilage racial comme suit :

« 1. (...) Aux fins de la présente Recommandation, on entend par profilage racial :

L'utilisation par la police, sans justification objective et raisonnable, de motifs tels que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique dans des activités de contrôle, de surveillance ou d'investigation (...) »

13. L'ECRI a recommandé aux gouvernements des États membres, entre autres :

« 9. De garantir l'ouverture d'une enquête efficace sur les allégations de discrimination raciale ou de comportements abusifs à motivation raciste de la police et, le cas échéant, de veiller à ce que les auteurs de tels actes soient sanctionnés de façon appropriée ;

10. De prévoir un organe, indépendant de la police et du parquet, chargé d'enquêter sur les allégations de discrimination raciale et de comportements abusifs à motivation raciste de la police (...) »

14. L'exposé des motifs de cette Recommandation, concernant le paragraphe 1 de la Recommandation, est libellé comme suit en ses parties pertinentes :

« 34.iii) (...) Des études ont montré les effets néfastes considérables du profilage racial. Celui-ci génère un sentiment d'humiliation et d'injustice au sein de certains groupes de personnes et conduit à leur stigmatisation et à leur aliénation tout en détériorant les relations entre la police et ces groupes, suite à la perte de confiance qu'ils devraient avoir en elle (...) »

15. Le paragraphe 11 de la Recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, adoptée le 13 décembre 2002, dans sa version applicable à l'époque des faits, était libellé comme suit :

« La loi doit prévoir que, si une personne s'estimant victime d'un acte discriminatoire a établi devant le tribunal ou toute autre autorité compétente des faits qui permettent de présumer qu'il y a eu discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination. »

III. LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

16. La directive 2000/43/CE du Conseil de l'Union européenne du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO 2000 L 180, p. 22) prévoit ce qui suit en ses parties pertinentes :

Considérant 21

« L'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse. »

Article 8

Charge de la preuve

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une

discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

(...) »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

17. Le requérant soutient qu'il n'a fait l'objet d'un contrôle d'identité qu'à raison de sa couleur de peau et que le refus d'enquêter de la part des juridictions internes a emporté violation de l'interdiction de la discrimination. Il invoque l'article 14 de la Convention, qui est libellé comme suit :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) 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. »

18. Pouvant décider de la qualification juridique à donner aux faits d'un grief en l'examinant sur le terrain d'articles ou de dispositions de la Convention autres que ceux invoqués par le requérant (*Radomilja et autres c. Croatie* [GC], nos 37685/10 et 22768/12, § 126, 20 mars 2018), la Cour considère qu'il convient d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. Cette dernière disposition est libellée comme suit :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Sur la recevabilité

1. Thèses des parties

19. Le Gouvernement soutient qu'un simple contrôle d'identité ne relève pas du droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 8, qui ne trouve dès lors pas à s'appliquer. Il plaide également que rien n'indique que le requérant ait été victime de profilage racial lors du contrôle d'identité effectué par la police.

20. Le requérant allègue qu'il n'a fait l'objet d'un contrôle d'identité qu'à raison de sa peau mate. Il voit dans ce traitement, selon lui discriminatoire,

une atteinte grave à ses droits. Il soutient que pour éviter pareille stigmatisation, il a cessé de voyager en train pendant plusieurs mois.

2. *Appréciation de la Cour*

21. La Cour rappelle que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. Il existe donc une zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la « vie privée » (voir, entre autres, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, n° 4158/05, § 61, CEDH 2010 (extraits)).

22. Sur le point de savoir si un contrôle d'identité effectué par la police relève de la vie privée de la personne qui fait l'objet de ce contrôle, l'ancienne Commission a considéré que l'obligation d'être muni d'une carte d'identité et de la montrer à la police lorsque celle-ci le demande ne constitue pas en tant que telle, en l'absence de circonstances particulières, une ingérence dans la vie privée d'une personne (*Reyntjens c. Belgique*, n° 16810/90, décision de la Commission du 9 septembre 1992, Décisions et rapports 73, p. 152). La Cour a jugé que le recours à des pouvoirs légaux de contrainte imposant à quiconque de se plier à un contrôle d'identité et à une fouille minutieuse de sa personne, de ses vêtements ou de ses effets personnels est manifestement constitutif d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée (*Gillan et Quinton*, précité, § 63, et *Vig c. Hongrie*, n° 59648/13, § 49, 14 janvier 2021). Le caractère public de la fouille peut dans certains cas aggraver ladite ingérence du fait de l'humiliation et de la gêne qui en résultent (*Gillan et Quinton*, précité, § 63).

23. Dans certains contextes, la Cour a jugé nécessaire d'examiner spécifiquement si les effets de l'acte en question ont atteint le seuil de gravité – c'est-à-dire s'il a eu de graves conséquences négatives sur la vie privée de l'individu – pour déterminer si l'article 8 est applicable (voir, en particulier, *Denisov c. Ukraine* [GC], n° 76639/11, §§ 110-113, 25 septembre 2018). Elle a estimé, par exemple, pour que l'article 8 entre en ligne de compte, que l'attaque à la réputation personnelle doit atteindre un certain niveau de gravité et avoir été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée (voir, entre autres, *Bédat c. Suisse* [GC], n° 56925/08, § 72, 29 mars 2016, et *Denisov*, précité, § 112, et les références qui y sont citées). En pareilles circonstances, la Cour considère qu'il appartient au requérant d'établir de manière convaincante que le seuil de gravité a été atteint. L'intéressé est tenu de définir et d'explicitier les répercussions concrètes de la mesure dénoncée sur sa vie privée, ainsi que la nature et l'étendue du préjudice subi par lui, et d'étayer adéquatement ses allégations (*Denisov*, précité, § 114).

24. La Cour rappelle par ailleurs que la discrimination raciale constitue une forme de discrimination particulièrement odieuse qui, compte tenu de la dangerosité de ses conséquences, exige une vigilance spéciale et une réaction

vigoureuse de la part des autorités (voir, dans le contexte de l'article 14, *Timichev c. Russie*, n^{os} 55762/00 et 55974/00, § 56, CEDH 2005-XII, et *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n^{os} 27996/06 et 34836/06, § 43, CEDH 2009).

25. Au vu de ces principes, la Cour considère que tout contrôle d'identité d'une personne appartenant à une minorité ethnique n'atteint pas nécessairement le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup du droit de cette personne au respect de sa vie privée. Ce seuil n'est atteint que si la personne concernée peut prétendre de manière défendable que c'est peut-être en raison de ses caractéristiques physiques ou ethniques qu'elle a fait l'objet du contrôle. Tel peut être le cas notamment lorsque la personne contrôlée soutient que le contrôle n'a porté que sur elle (ou sur des personnes présentant les mêmes caractéristiques qu'elle) alors qu'aucun autre motif propre à le justifier n'était apparent ou qu'il ressort des explications des agents qui l'ont mené qu'il était motivé par les caractéristiques physiques ou ethniques de la personne. La Cour ajoute à cet égard que le caractère public du contrôle peut avoir des répercussions sur la réputation de la personne qui en a fait l'objet (paragraphe 23 ci-dessus) et sur son estime de soi.

26. La Cour relève que le requérant a fait l'objet d'un contrôle d'identité mené par la police en public, dans un train. L'intéressé soutient que ce contrôle n'a été effectué qu'à raison de sa peau mate, et donc pour des motifs raciaux. À l'appui de son allégation, il fait observer que parmi les personnes présentes dans les différents compartiments de la voiture du train dans laquelle il se trouvait, seuls lui et sa fille avaient la peau mate et ont fait l'objet d'un contrôle d'identité. Les explications données par le policier qui a procédé au contrôle ne révèlent par ailleurs aucune autre raison objective de contrôler le requérant. La Cour ne saurait donc souscrire à la thèse du Gouvernement selon laquelle dans les circonstances de l'espèce le requérant ne peut prétendre de manière défendable que c'est en raison de ses caractéristiques physiques ou ethniques qu'il a fait l'objet du contrôle en cause. L'intéressé allègue par ailleurs que le contrôle d'identité effectué dans les conditions de l'espèce a eu de graves répercussions négatives sur sa vie privée, car il s'est senti tellement stigmatisé et humilié qu'il a cessé de voyager en train pendant plusieurs mois.

27. La Cour juge étayée la thèse du requérant selon laquelle le contrôle d'identité effectué par la police dans les circonstances particulières de l'espèce a eu des conséquences suffisamment graves sur le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée. Le contrôle d'identité en question relève donc du champ d'application de l'article 8. Par conséquent l'article 14 trouve à s'appliquer.

28. Constatant que ce grief n'est pas manifestement mal fondé ni irrecevable pour un autre motif visé à l'article 35 de la Convention, la Cour le déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

29. Le requérant soutient que le contrôle d'identité dont il a fait l'objet au seul motif de sa couleur de peau a emporté violation de l'article 14. Il argue que sa fille et lui étaient les seuls passagers à la peau mate et qu'ils ont été les seuls dont l'identité a été contrôlée dans le train. Il précise que les policiers ont expliqué qu'ils procédaient à un contrôle aléatoire sans être en mesure d'indiquer les critères de sélection des personnes à soumettre à ce contrôle. Il plaide qu'alors même qu'il a étayé son allégation selon laquelle le contrôle d'identité en question s'analysait en une discrimination et donc en une atteinte grave à ses droits, les juridictions nationales n'ont pas examiné son grief sur le fond et ont refusé d'établir les faits pertinents, notamment en faisant comparaître comme témoins sa fille et les deux policiers qui avaient procédé au contrôle.

30. Le Gouvernement admet que, à supposer qu'il y ait bien eu une atteinte à l'article 8, l'État avait l'obligation d'enquêter sur les allégations de profilage racial compte tenu des conséquences graves pour les personnes concernées et du fait que seul l'État avait la capacité d'établir les faits pertinents. Il soutient toutefois que la police fédérale s'est acquittée de cette obligation en ce que le bureau de la police fédérale de Pirna – l'autorité hiérarchiquement supérieure au bureau de la police fédérale de Dresde, pour lequel travaillait le policier P. qui a effectué les contrôles – a mené des enquêtes internes sur les allégations du requérant. Il ajoute que, dans le contexte de ces enquêtes, P. a déclaré que le requérant n'avait pas été la seule personne dont l'identité avait été contrôlée lors du contrôle d'identité aléatoire de plusieurs passagers du train. Il précise qu'après avoir interrogé P. et examiné toutes les opérations de police auxquelles celui-ci avait participé entre janvier 2011 et juin 2013, ainsi que les cours de formation suivis par lui, les enquêteurs n'ont trouvé aucune indication de motivation raciste de la part de P. Il conclut que l'affaire n'a pas été examinée par une autorité indépendante, à savoir un tribunal, mais que les juridictions administratives ont suffisamment motivé leur décision de déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt légitime l'action intentée par le requérant.

2. Appréciation de la Cour

31. Quant à la question de savoir si les États ont l'obligation d'enquêter sur d'éventuels mobiles racistes d'un acte commis par un agent de l'État dans le contexte d'une violation alléguée de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, la Cour observe d'emblée que le Gouvernement ne conteste pas l'existence d'une telle obligation.

32. La Cour rappelle que, d'une manière générale, l'obligation d'enquêter sert à garantir que les responsables aient à répondre de leurs actes par la voie

appropriée, qu'elle soit pénale, civile, administrative ou professionnelle. À cet égard, il est important de rappeler que l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention (comparer, *mutatis mutandis*, avec *F.O. c. Croatie*, n° 29555/13, § 91, 22 avril 2021). La Cour a déjà reconnu que, dans certaines circonstances, les États ont l'obligation d'enquêter sur des actes de particuliers dans le contexte de l'article 8. Dans le cas de la divulgation de données à caractère personnel par des acteurs non étatiques, par exemple, elle a considéré que l'obligation positive inhérente à un respect effectif de la vie privée, garantie par l'article 8, implique une obligation de mener une enquête effective afin de rectifier la situation dans la mesure du possible (comparer avec *Craxi c. Italie* (n° 2), n° 25337/94, §§ 74-75, 17 juillet 2003). Par ailleurs, la Cour n'exclut pas que l'obligation positive de l'État au titre de l'article 8 de protéger l'intégrité physique du requérant puisse s'étendre à des questions touchant à l'efficacité d'une enquête pénale (comparer avec *Moldovan et autres c. Roumanie* (n° 2), nos 41138/98 et 64320/01, § 96, CEDH 2005-VII (extraits), et *Burlyta et autres c. Ukraine*, n° 3289/10, §§ 161 et 169-170, 6 novembre 2018). Elle estime que l'obligation d'enquêter devrait d'autant moins être exclue dans le contexte de l'article 8 relativement aux actes d'agents de l'État lorsque le requérant prétend de manière défendable que c'est en raison de ses caractéristiques physiques ou ethniques qu'il a fait l'objet du contrôle.

33. La Cour rappelle qu'elle a admis que, dans certaines circonstances, l'obligation d'enquêter sur de possibles attitudes racistes peut également passer pour faire implicitement partie de la responsabilité qui incombe aux autorités, en vertu de l'article 14 de la Convention. Elle a notamment jugé, dans le contexte de violations alléguées de l'article 14 combiné avec l'article 3, que les autorités de l'État doivent prendre toutes les mesures raisonnables pour déterminer si la personne mise en cause était animée par des motivations racistes et si des sentiments de haine ou des préjugés liés à l'appartenance ethnique ont joué un rôle dans les événements. Elles doivent prendre les mesures raisonnables au vu des circonstances pour recueillir et conserver les éléments de preuve, étudier l'ensemble des moyens concrets de découvrir la vérité et rendre des décisions pleinement motivées, impartiales et objectives, sans omettre des faits douteux susceptibles d'être révélateurs d'un acte de violence motivé par des considérations raciales (*B.S. c. Espagne*, n° 47159/08, § 58, 24 juillet 2012, *Boacă et autres c. Roumanie*, n° 40355/11, §§ 105-106, 12 janvier 2016, *Burlyta et autres*, précité, § 128, et *Sabalić c. Croatie*, n° 50231/13, §§ 94 et 98, 14 janvier 2021, et les références qui y sont citées). Pour qu'une enquête soit effective, il faut que les institutions et personnes qui en sont chargées soient indépendantes de celles qu'elle vise. Cela suppose non seulement une absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète (*Burlyta et autres*, précité, § 127). La responsabilité qui incombe aux autorités, en vertu de

l'article 14, d'assurer sans discrimination le respect d'une valeur fondamentale peut également entrer en jeu lorsque d'éventuelles attitudes racistes aboutissant à la stigmatisation de la personne concernée sont en cause dans le contexte de l'article 8.

34. Dans le contexte d'un grief défendable de discrimination raciale, la Cour rappelle par ailleurs que la discrimination raciale telle qu'interdite par l'article 14 constitue une forme de discrimination particulièrement odieuse qui, compte tenu de la dangerosité de ses conséquences, exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités (voir la jurisprudence citée au paragraphe 24 ci-dessus). Elle se réfère également dans ce contexte au constat de l'ECRI selon lequel le profilage racial, en particulier, conduit à la stigmatisation et à l'aliénation des personnes concernées (paragraphe 14 ci-dessus), raison pour laquelle l'ECRI a souligné l'importance pour les États de garantir l'ouverture d'une enquête effective sur les allégations de discrimination raciale de la part de la police (paragraphe 13 ci-dessus). Par ailleurs, comme l'a relevé le Comité des droits de l'homme des Nations unies, effectuer des contrôles d'identité de telle façon que seules les personnes présentant des caractéristiques physiques ou ethniques déterminées en fassent l'objet porte atteinte à la dignité des intéressés et contribue à propager des attitudes xénophobes (paragraphe 11 ci-dessus).

35. Au vu des éléments ci-dessus, la Cour considère que dès lors que la personne concernée peut prétendre de manière défendable qu'elle a fait l'objet d'un contrôle d'identité en raison de ses caractéristiques raciales et que l'acte en question satisfait aux conditions du seuil de gravité exposées ci-dessus (paragraphe 21 et suivants ci-dessus) et relève donc du champ de l'article 8, l'obligation des autorités d'enquêter sur l'existence d'un lien possible entre des attitudes racistes et l'acte d'un agent de l'État doit passer pour faire implicitement partie de la responsabilité qui incombe aux autorités, en vertu de l'article 14 de la Convention, y compris lorsqu'il est combiné avec l'article 8. Cela est essentiel pour que la protection contre la discrimination raciale ne devienne pas théorique et illusoire dans le contexte d'actes non violents relevant de l'article 8, pour assurer la protection contre la stigmatisation des personnes concernées et pour prévenir la propagation d'attitudes xénophobes.

36. Afin de déterminer si, en l'espèce, les autorités de l'État ont satisfait à leur obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour établir si le contrôle d'identité répondait à des motivations racistes, la Cour observe que, selon le Gouvernement, l'autorité hiérarchiquement supérieure au bureau de la police fédérale de Dresde, pour lequel travaillait le policier P. qui a effectué le contrôle, a mené une enquête interne sur l'incident. Toutefois, au vu des liens hiérarchique et institutionnel entre l'autorité d'enquête et l'agent de l'État qui a effectué l'acte en question, les enquêtes menées à ce sujet ne sauraient passer pour indépendantes (comparer avec le paragraphe 33 ci-dessus).

37. En ce qui concerne la procédure devant les juridictions administratives, la Cour observe que ces juridictions ont refusé d'examiner au fond le grief du requérant tiré du traitement discriminatoire qui aurait résulté du contrôle d'identité dont il a fait l'objet. Alors même que l'intéressé pouvait prétendre de manière défendable avoir été victime de profilage racial, les juridictions n'ont pas recueilli les preuves nécessaires et, en particulier, elles n'ont pas entendu les témoins qui étaient présents lors du contrôle d'identité (paragraphe 7 ci-dessus). Elles ont rejeté pour vices de forme l'action intentée par le requérant, estimant que ce dernier n'avait pas d'intérêt légitime à obtenir une décision sur la légalité du contrôle d'identité dont il avait fait l'objet (paragraphe 7 et 8 ci-dessus).

38. Dans ces circonstances, force est à la Cour de conclure que les autorités nationales ne se sont pas acquittées de leur obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour rechercher, par l'intermédiaire d'un organe indépendant, si une attitude discriminatoire a pu ou non jouer un rôle dans le contrôle d'identité en cause, et n'ont par conséquent pas mené d'enquête effective à cet égard. Partant, la Cour n'est pas en mesure de déterminer si le requérant a fait l'objet d'un contrôle d'identité à raison de son origine ethnique.

39. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

40. Invoquant l'article 13 de la Convention, le requérant reproche, par ailleurs, aux juridictions nationales d'avoir refusé de statuer sur le fond du grief qu'il tirait du contrôle d'identité dont il avait fait l'objet, selon lui discriminatoire et contraire à son droit à la liberté de mouvement. L'article 13 se lit ainsi :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

41. Eu égard aux conclusions auxquelles elle est parvenue ci-dessus sur le terrain de l'article 14 combiné à l'article 8, la Cour juge que le requérant a un grief défendable sous l'angle de ces dispositions de la Convention et que l'article 13 de la Convention est ainsi applicable. Constatant par ailleurs que ce grief n'est pas manifestement mal fondé ni irrecevable pour un autre motif visé à l'article 35 de la Convention, elle le déclare recevable.

42. La Cour observe qu'elle a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 essentiellement parce que les juridictions administratives ont refusé d'examiner au fond le grief du requérant tiré d'un traitement discriminatoire à raison du contrôle d'identité litigieux, ce qui constitue

également l'essentiel du grief formulé par le requérant sous l'angle de l'article 13. Elle estime donc que, dans les circonstances de l'espèce, ce dernier grief ne soulève pas une question distincte à examiner en sus des conclusions auxquelles elle est parvenue sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8.

III. SUR LES AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE LA CONVENTION

43. Le requérant soutient enfin que le contrôle d'identité dont il a fait l'objet ne reposait pas sur une base légale suffisante, ce qui aurait emporté violation de son droit à la liberté de mouvement, tel que protégé par l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention.

44. À la lumière de l'ensemble des éléments en sa possession, et pour autant que le grief du requérant relève de sa compétence, la Cour estime qu'il ne révèle aucune apparence de violation de l'article 2 du Protocole n° 4. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et qu'elle doit être rejetée, en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

45. Aux termes de l'article 41 de la Convention :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

46. Le requérant n'a pas présenté de demande au titre de la satisfaction équitable. En conséquence, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de lui octroyer de somme à ce titre.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Déclare* les griefs fondés sur l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention et sur l'article 13 de la Convention recevables, et le surplus de la requête irrecevable ;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention ;
3. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief formulé sur le terrain de l'article 13 de la Convention.

ARRÊT BASU c. ALLEMAGNE

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 18 octobre 2022, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Milan Blaško
Greffier

Georges Ravarani
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée du juge Pavli.

G.R.
M.B.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DU JUGE PAVLI

(Traduction)

1. J'ai voté en faveur des conclusions unanimes quant à l'applicabilité en l'espèce de l'article 14, combiné avec l'article 8 de la Convention, et à la violation procédurale de cette disposition en raison des lacunes de l'enquête menée sur les allégations de discrimination raciale formulées par le requérant. Je tiens également à reconnaître le caractère novateur de cet arrêt, car, avec celui rendu dans l'affaire *Muhammad c. Espagne* (n° 34085/17, 18 octobre 2022), adopté le même jour, il s'agit des premières affaires dans lesquelles la Cour a examiné des allégations de profilage racial dans le cadre de contrôles d'identité effectués par la police dans un espace public.

2. J'écris toutefois la présente opinion séparée, car je ne souscris pas à la conclusion sommaire formulée par la majorité dans la dernière phrase du paragraphe 38 de l'arrêt, selon laquelle, en raison du manquement de l'État défendeur à son obligation de mener une enquête effective, « la Cour n'est pas en mesure de déterminer » s'il y a eu violation matérielle de l'article 14. Étant donné que le dispositif de l'arrêt comporte un seul point (le deuxième) sur le fond des griefs formulés sur le terrain de l'article 14, sans préciser si la violation constatée est de nature procédurale ou matérielle, je n'ai pas pu voter formellement contre le constat effectif de non-violation matérielle de cette disposition, d'où l'objet de mon opinion en partie dissidente.

A. Discrimination directe et renversement de la charge de la preuve : principes généraux

3. Dans son analyse portant sur la recevabilité, la Cour a conclu que le requérant a prétendu, tant dans la procédure nationale que devant elle, « de manière défendable que c'est en raison de ses caractéristiques physiques¹ ou ethniques qu'il a fait l'objet du contrôle en cause ». Elle parvient à cette conclusion en s'appuyant sur l'allégation incontestée que le requérant et sa fille, à la peau mate, ont été les seules personnes à faire l'objet du contrôle d'identité en cause dans leur partie du train et que le policier qui a effectué ce contrôle n'a donné « aucune autre raison objective de contrôler le requérant » (paragraphe 26 de l'arrêt).

4. Cette conclusion amène la question suivante : en présence d'un grief défendable de discrimination *directe* fondée sur la race ou l'origine ethnique de la part d'un agent de l'État, pourquoi la majorité n'a-t-elle pas transféré sur la partie défenderesse la charge de prouver que la différence de traitement

¹ Je donne aux termes « caractéristiques physiques » le sens de traits raciaux ou similaires dans l'apparence d'une personne. À l'inverse, on peut avoir des caractéristiques physiques (par exemple avoir les yeux bleus ou être de grande taille) qui ne donnent pas lieu à discrimination pour un motif prohibé.

était en fait conforme à l'article 14 ? Je trouve que l'arrêt n'apporte aucune réponse convaincante à cette question en rejetant de fait l'allégation du requérant selon laquelle il y a eu, outre la violation procédurale, une violation matérielle de la disposition prohibant la discrimination. Après tout, l'un des principes fondamentaux de notre jurisprudence relative à l'article 14 est qu'en règle générale il incombe au requérant d'établir l'existence d'une différence de traitement et au Gouvernement de démontrer qu'elle était justifiée (*Timichev c. Russie*, nos 55762/00 et 55974/00, § 57, CEDH 2005-XII, *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 177, CEDH 2007-IV, et *Di Trizio c. Suisse*, n° 7186/09, § 84, 2 février 2016). Les règles relatives à la répartition de la charge de la preuve ont pour fonction et but de permettre à la Cour de parvenir à des conclusions au fond même en l'absence d'une certitude absolue quant aux faits de la cause ou à d'autres considérations pertinentes. Même le gouvernement défendeur a admis que « seul l'État avait la capacité d'établir les faits pertinents » (paragraphe 30 de l'arrêt). Il n'est donc ni nécessaire ni approprié de considérer les défaillances d'une enquête au niveau national comme un facteur qui empêcherait objectivement la Cour de parvenir à des conclusions sur l'élément matériel. Entre autres raisons, cela pourrait constituer une incitation perverse pour toutes les autorités nationales qui ne seraient pas enclines à « lever le voile » sur des incidents isolés ou, pire encore, systémiques de profilage racial par des agents de l'État et rendrait presque impossible pour les victimes de profilage racial d'avoir gain de cause lorsqu'elles allèguent une violation matérielle dans de telles circonstances.

5. Des principes sur le renversement de la charge de la preuve dans un contexte de discrimination sont fermement établis non seulement dans notre propre jurisprudence, mais aussi plus généralement dans le droit européen, notamment dans la législation de l'Union européenne (UE) et dans les normes de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe. Ces normes européennes sont citées aux paragraphes 15 et 16 de l'arrêt, mais on ne comprend pas bien à quelle fin. Elles énoncent les exigences pertinentes en des termes presque identiques : dès lors qu'une personne établit « *des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte*, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement » (article 8 de la directive 2000/43/CE de l'Union européenne – c'est nous qui soulignons ; voir aussi le paragraphe 11 de la Recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI).

6. Jusqu'à présent, notre jurisprudence s'est essentiellement penchée dans le contexte de l'article 3 de la Convention sur le comportement d'agents de l'État potentiellement motivé par une animosité raciste ou d'une autre manière discriminatoire, consistant par exemple en des actes de brutalité policière (paragraphe 33 de l'arrêt, et les affaires qui y sont citées). Il est vrai que dans certaines de ces affaires, la Cour a choisi de ne pas transférer la charge de la preuve sur la partie défenderesse alors même que les autorités

nationales n'avaient pas mené d'enquête effective sur les allégations de discrimination, au motif qu'une telle approche reviendrait à exiger du gouvernement défendeur qu'il prouve l'*absence* d'une attitude subjective particulière (*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n^{os} 43577/98 et 43579/98, § 157, CEDH 2005-VII).

7. La présente affaire se situe toutefois dans un contexte très différent. Premièrement, contrairement aux violences policières injustifiées, qui sont illégales et peuvent être motivées par de nombreux facteurs différents, un contrôle d'identité des passagers d'un train est *a priori* légal et devrait reposer sur des normes de maintien de l'ordre solides et objectives. Deuxièmement, la discrimination dans ce contexte n'est pas nécessairement le résultat de l'attitude *individuelle et consciente* d'un policier ou de son hostilité à l'égard d'un groupe racial ou ethnique particulier, elle peut aussi résulter de directives, de pratiques ou d'attitudes internes de la police, partiales (ou du moins permissives), formalisées ou simplement tolérées par la hiérarchie. En termes simples, il n'est pas excessif, dans ce contexte, de demander au Gouvernement de démontrer tout simplement que le contrôle d'identité avait un fondement objectif et raisonnable, et qu'il n'était pas exclusivement ou principalement motivé par la race de l'intéressé ou par son appartenance à un autre groupe. Pour des raisons analogues, exiger des requérants qu'ils prouvent l'attitude discriminatoire de l'agent de l'État reviendrait à faire peser sur eux une charge injuste et souvent impossible. Cela limiterait leurs chances à des situations où un policier serait, disons, assez imprudent pour exprimer ses mobiles discriminatoires et où le futur requérant aurait la chance d'avoir des témoins à sa disposition, ce qui pourrait difficilement décourager les pratiques pernicieuses de discrimination raciale par des agents de l'État.

8. Enfin, le refus de transférer la charge de la preuve en cas de grief défendable de discrimination *directe* par des agents de l'État créerait des effets assez paradoxaux, étant donné que la Cour a souvent accepté de la transférer dans des situations où les requérants invoquaient une présomption de discrimination *indirecte*, par exemple en fournissant la preuve d'une pratique apparemment neutre qui avait produit des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe particulier de personnes (*Hoogendijk c. Pays-Bas* (déc.), n^o 58641/00, 6 janvier 2005, *D.H. et autres c. République tchèque*, précité, et *Di Trizio*, précité). En pareilles circonstances, le Gouvernement est invité à réfuter cette présomption en mettant en avant les éléments objectifs qui sous-tendent la pratique ou la politique en cause. Je ne vois pas pourquoi des requérants tels que M. Basu, qui se prétendent victimes d'une discrimination directe lors d'un contrôle de police, devraient être placés dans une situation moins favorable.

B. Le contexte national général et le cadre juridique

9. Divers organes internationaux ont publié des conclusions concernant le degré de prévalence de pratiques problématiques de profilage par les forces de l'ordre allemandes. Le présent arrêt ne contient toutefois aucune information sur le contexte national général. L'ECRI s'est penchée sur la question dans ses deux derniers rapports sur l'Allemagne. Dans le plus récent d'entre eux, datant de décembre 2019, elle a exprimé ses préoccupations concernant des allégations de comportement raciste de la part des forces de police et s'est référée, par exemple, à une étude dans laquelle 34 % des personnes d'origine subsaharienne interrogées déclaraient avoir été interpellées par la police au moins une fois au cours des cinq dernières années².

10. Une autre critique de l'ECRI est plus directement pertinente en l'espèce, car elle porte sur la même disposition législative que celle qui a servi de base au contrôle d'identité dont M. Basu a fait l'objet, l'article 23 § 1 3) de la loi fédérale sur la police (paragraphe 10 de l'arrêt), ainsi que sur les directives internes de la police sur les contrôles d'identité, qui ne sont pas publiées. À ce propos, l'ECRI a noté, dans son rapport de 2019 précité (paragraphe 107), qu'« [a]lors même qu'une Haute Cour administrative [nationale] avait considéré les directives pratiques de la police comme étant trop vagues pour protéger les personnes contre leur utilisation abusive, l'ECRI n'a pas reçu d'informations selon lesquelles des tentatives auraient été faites pour les rendre plus précises ». Il s'agit vraisemblablement des mêmes lois et directives que celles qui étaient en vigueur au moment où le requérant a été interpellé pendant son trajet en train, le 26 juillet 2012.

11. Les juridictions allemandes ont également critiqué l'article 23 de la loi sur la police fédérale et son application dans certains contextes. En 2018, la Haute Cour administrative du Bade-Wurtemberg a jugé que l'article 23 ne fournissait pas une base légale suffisante pour un contrôle d'identité impliquant le passager d'un train à proximité d'un poste-frontière, tandis qu'une deuxième juridiction a conclu que la police avait commis un abus de pouvoir en effectuant dans une gare un contrôle d'identité au cours duquel la couleur de la peau avait été un facteur déterminant dans le choix du policier de contrôler la personne concernée³. Enfin, l'article 23 de la loi allemande sur la police fédérale a également fait l'objet d'un examen de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans une affaire de 2017 concernant une

² ECRI, Rapport sur l'Allemagne (sixième cycle de monitoring), adopté le 10 décembre 2019 (publié le 17 mars 2020), paragraphe 104, faisant référence à l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, deuxième enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination, 5 décembre 2017, p. 69.

³ Voir, respectivement, Haute Cour administrative du Bade-Wurtemberg, 1 S 1469/17, 13 février 2018, et Haute Cour administrative de Rhénanie du Nord-Westphalie, 5 A 294/16, 7 août 2018, §§ 74-75.

personne dont l'identité avait été contrôlée par la police allemande alors qu'elle traversait à pied le pont de l'Europe entre Strasbourg et Kehl. La CJUE a jugé l'article 23 incompatible avec le code frontières Schengen (à propos des contrôles internes à Schengen), en ce qu'il autorisait les contrôles indépendamment du comportement de la personne concernée et sans aucune limitation quant à leur intensité et à leur fréquence⁴.

12. Pour être clair, ces décisions n'ont pas dit que la législation allemande ou les règlements d'application autorisaient directement le profilage racial par la police. Elles donnent toutefois fortement à penser que ces textes peuvent faciliter, ou ne sont pas conçus pour prévenir ou dissuader de telles pratiques en ce qu'ils accordent trop de pouvoir discrétionnaire à la police pour procéder à des contrôles aléatoires et donnent trop peu d'instructions ou de restrictions objectives contre le profilage fondé sur des caractéristiques raciales ou ethniques.

C. Une violation matérielle en l'espèce

13. Au vu des considérations qui précèdent, j'estime que la Cour aurait dû examiner s'il y avait eu violation matérielle de l'article 14, combiné avec l'article 8, en recherchant si le gouvernement défendeur avait été en mesure de réfuter la présomption selon laquelle le requérant avait fait l'objet d'un traitement discriminatoire en raison de la couleur de sa peau. Avant d'aborder les arguments du Gouvernement à cet égard, il convient de faire deux remarques préliminaires.

14. La première obligation positive d'un État partie dans ce contexte est d'établir un cadre législatif et réglementaire capable de prévenir et de dissuader efficacement le profilage policier pour des motifs raciaux ou d'autres motifs prohibés (voir, *mutatis mutandis*, sur les obligations positives découlant de l'article 14, *Volodina c. Russie*, n° 41261/17, 9 juillet 2019, *Budinova et Chaprazov c. Bulgarie*, n° 12567/13, 16 février 2021, et *Behar et Gutman c. Bulgarie*, n° 29335/13, 16 février 2021)⁵. Le fait que l'arrêt n'aborde pas ces questions constitue à mon avis une omission importante. Eu égard aux critiques internationales et nationales examinées dans la deuxième partie de la présente opinion séparée, il est possible de douter que le cadre juridique allemand applicable aux contrôles de police puisse être considéré comme compatible avec les obligations positives découlant de l'article 14. Seul un système juridique qui prend au sérieux les effets pernicioeux de la discrimination raciale, y compris sous la forme d'un profilage policier inapproprié des individus, peut être considéré comme conforme à l'article 14. En outre, le dernier rapport de l'ECRI ne contient aucune information sur le point de savoir si la législation allemande de lutte contre la discrimination a

⁴ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 21 juin 2017 dans l'affaire *A*, C-9/16, EU:C:2017:483.

⁵ Voir aussi, à cet égard, *Muhammad*, précité, opinion dissidente du juge Krenč, §§ 9-13.

correctement intégré les normes de l'Union européenne et de l'ECRI sur la répartition ou le renversement de la charge de la preuve dans ce domaine.

15. La question préliminaire suivante porte sur le critère matériel à appliquer dans ce contexte – en d'autres termes, qu'est-ce que l'article 14 interdit exactement lorsqu'il s'agit de profilage par des agents de l'État ? Cette question n'a pas non plus reçu de réponse claire, puisque la majorité a refusé d'examiner l'allégation de violation matérielle. Je dirais que dans une certaine mesure cela vaut également pour l'affaire jumelle *Muhammad* (précitée), qui a toutefois examiné au fond les allégations de violation matérielle. L'arrêt *Muhammad* pose la question pertinente de savoir si les policiers « procédaient à des contrôles d'identité motivés par une animosité à l'égard des personnes de [l']origine ethnique » du requérant (*ibidem*, § 99) ou par « un motif raciste » (*ibidem*, § 100), mettant ainsi fortement l'accent sur l'attitude subjective ou l'animosité du policier comme seule base d'un constat de traitement discriminatoire. À mon avis, l'approche adoptée par le Comité des droits de l'homme des Nations unies dans l'affaire *Rosalind Williams Lecraft c. Espagne* (CCPR/C/96/D/1493/2006) est plus appropriée dans ce contexte, la question essentielle étant de savoir si l'auteur de la plainte « a été choisie pour faire l'objet du contrôle uniquement en raison de ses caractéristiques raciales et [si] celles-ci ont constitué l'élément déterminant pour la soupçonner d'être dans l'illégalité » (paragraphe 11 du présent arrêt, citant le paragraphe 7.4 des constatations du Comité des droits de l'homme des Nations unies).

16. Pour en venir aux faits de l'espèce, j'ai déjà relevé la conclusion unanime selon laquelle le requérant a présenté un grief défendable tiré du contrôle d'identité dont il a fait l'objet, selon lui en raison de sa couleur de peau, conclusion s'appuyant sur des faits qui laissent présumer une discrimination directe de la part d'un agent de l'État. Pour réfuter cette présomption, le gouvernement défendeur avance deux arguments principaux : i) le requérant et sa fille n'auraient pas été les seules personnes contrôlées dans le train dans lequel ils se trouvaient, et ii) l'enquête interne menée par la police n'aurait permis de déceler aucune indication de motivation raciste de la part du policier qui avait effectué le contrôle (paragraphe 30 de l'arrêt).

17. Je trouve qu'aucun de ces arguments, pris isolément ou combinés, n'est de nature à satisfaire à la charge de la preuve qui pèse sur la partie défenderesse. Le fait que d'autres passagers aient également été contrôlés, peut-être dans d'autres parties du train, ne prouve pas grand-chose en l'absence de toute donnée sur l'appartenance raciale ou ethnique ou sur l'apparence de ces autres passagers contrôlés, ou sur les raisons pour lesquelles leur identité a été contrôlée. De même, les antécédents du policier peuvent être pertinents dans une certaine mesure, mais pas déterminants en eux-mêmes. Les arguments du gouvernement défendeur nous laissent encore dans l'ignorance quant à deux considérations cruciales : i) sur quelle base le

policier a-t-il pris la décision spécifique de procéder à un contrôle d'identité du requérant et de sa fille à bord de ce train, et ii) sur quelle base ces contrôles sont-ils généralement effectués par la police allemande des frontières en vertu de l'article 23 § 1 3) de la loi sur la police fédérale. Ces questions n'ont reçu de réponse ni au niveau national ni devant la Cour. Se borner à soutenir que les contrôles étaient aléatoires ne répond pas à la question (et je reviendrai ci-dessous sur leur caractère aléatoire), d'autant plus qu'il existe des directives internes de la police allemande, dont la Cour ignore toujours le contenu, sur ces questions.

18. Le gouvernement défendeur n'a donc pas été en mesure de réfuter la présomption de discrimination directe fondée sur la couleur de la peau, en invoquant des motifs objectifs, raisonnables et non fondés sur la couleur pour justifier la différence de traitement. Si la charge pesant sur le Gouvernement se trouvait alourdie en raison des défaillances de l'enquête menée par les autorités nationales, je ne vois pas pourquoi cela jouerait en sa faveur ou au détriment du requérant (celui-ci souffrirait alors deux fois de la médiocrité de l'enquête interne). En conséquence, j'aurais conclu à la violation matérielle des droits du requérant tels que garantis par l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

D. Les coûts pas si cachés du minimalisme procédural

19. Les affaires tranchées aujourd'hui par la Cour n'ont fait qu'effleurer la surface des questions juridiques et politiques complexes qui entourent le profilage (potentiellement) discriminatoire en Europe. En adoptant une approche hautement procéduraliste et en choisissant de ne pas aborder ces difficiles questions de fond, la majorité n'a fait aucune faveur à la cause de l'égalité des individus, au développement de notre jurisprudence, ou même à l'objectif d'un meilleur maintien de l'ordre à travers le continent à une époque de grande tourmente géopolitique et de défis transfrontaliers.

20. Sans chercher en aucune manière à fournir une analyse exhaustive ou des réponses complètes, les questions clés suivantes peuvent être identifiées :

i) Il a été avancé que, pour empêcher le profilage discriminatoire par la police ou d'autres atteintes à la liberté individuelle qui y sont liées, les lois nationales devraient exiger que les contrôles d'identité soient effectués uniquement sur la base de soupçons raisonnables d'illégalité (voir, par exemple, les observations du requérant dans l'arrêt *Muhammad*, précité), ou au moins sur la base de motifs objectifs liés au *comportement* de l'individu interpellé ou de renseignements de la police indiquant de tels motifs (y compris les caractéristiques physiques d'un suspect, telles qu'elles ont par exemple été identifiées par des témoins d'une infraction). Cette option laisserait peu de place, voire aucune, à des contrôles dits aléatoires ou qui ne seraient pas fondés sur des soupçons individualisés.

ii) À l'inverse, les contrôles d'identité aléatoires ou par sondage devraient-ils être autorisés dans certains contextes, tels que les contrôles aux frontières, les rassemblements de masse, les opérations de prévention du terrorisme ou d'autres situations impliquant un grand nombre de personnes ? Dans l'affirmative, comment peut-on empêcher que cette exception ne se transforme en une échappatoire juridique qui accorderait aux policiers le pouvoir de contrôler les gens à leur guise, que ce soit en droit ou en pratique ? Si les programmes informatiques peuvent peut-être être réellement aléatoires, les êtres humains sont moins susceptibles de l'être en l'absence de méthodes préalablement convenues pour rendre les contrôles aléatoires (par exemple vérifier une voiture sur cinq) qui limiteraient le pouvoir discrétionnaire des agents individuels. Il convient de noter qu'en l'espèce les allégations du Gouvernement selon lesquelles le requérant et sa fille ont fait l'objet d'un contrôle aléatoire semblent relever de la première catégorie, du moins en l'absence de toute information sur les directives internes suivies par la police des frontières allemande.

iii) Et y a-t-il de la place pour une norme qui se situerait quelque part entre des soupçons raisonnables et des contrôles aléatoires ? Par exemple, certaines juridictions internes ont estimé que les contrôles d'identité fondés sur l'apparence raciale ou ethnique d'une personne – aussi fiables que ces hypothèses puissent être au premier chef⁶ – ne sont généralement pas admissibles, à moins que la police n'assume la charge plus lourde de démontrer, au moyen de statistiques fiables, « une délinquance accrue de certains groupes cibles [racialement ou ethniquement définis] sur la base de tableaux de situation liés au lieu ou à la situation »⁷. Du point de vue de la personne interpellée, une telle norme serait-elle considérée comme une politique raisonnable de maintien de l'ordre ou comme une politique qui légalise essentiellement la discrimination fondée sur l'affiliation ou l'association ? (sur ce dernier point, voir *Molla Sali c. Grèce* [GC], n° 20452/14, 19 décembre 2018, et *Škorjanec c. Croatie*, n° 25536/14, § 55, 28 mars 2017 (extraits)).

iv) Dans de nombreux pays, la collecte de statistiques ou l'enregistrement des opérations de police en fonction de données raciales ou ethniques sont interdits par la législation antidiscriminatoire, ce qui constitue un défi juridique et pratique. Paradoxalement, il peut alors être beaucoup plus difficile pour les organes publics et les victimes potentielles de profilage d'évaluer et de démontrer l'existence possible d'une discrimination indirecte découlant de pratiques ancrées ou informelles dans le maintien de l'ordre et

⁶ Par exemple, la police espagnole collecte des statistiques et classe les contrôles d'identité effectués dans les commissariats de police en fonction de la provenance (apparente) d'une personne d'un certain continent. Comment cela permet-il de tenir compte de l'apparence parfois très variable de personnes venant d'un même continent ?

⁷ Haute Cour administrative de Rhénanie du Nord-Westphalie, précité, § 73 (traduction non officielle).

dans d'autres domaines⁸. De même, les directives internes de la police sur les contrôles d'identité sont publiques dans certains pays (comme en Espagne), mais pas dans d'autres (comme en Allemagne).

v) Enfin, sur un plan plus général, le profilage racial ou ethnique constitue-t-il une bonne pratique policière ? De nombreuses recherches répondent par la négative à cette question, considérant que le profilage discriminatoire peut être considéré comme un substitut « facile » et inefficace à de saines méthodes de lutte contre la criminalité, et ce d'autant plus qu'il tend à aliéner des communautés entières dont la coopération avec la police est de plus en plus importante dans nos sociétés toujours plus multiethniques⁹.

21. Il ne serait évidemment pas possible, ni sage, qu'un ou deux arrêts novateurs de la Cour cherchent à traiter toutes les facettes d'un phénomène complexe tel que le profilage discriminatoire dans la pratique policière. Mais il faut bien commencer quelque part. Les faits de la présente espèce, ainsi que les observations spécifiques du requérant, invitaient la Cour à commencer à définir les normes de fond à appliquer dans ce domaine, au-delà des exigences préliminaires (quoiqu'essentielles) d'une enquête interne effective. La majorité a décliné cette invitation en se bornant à constater une violation procédurale. Si le minimalisme a ses adeptes, à la fois comme doctrine juridique et comme école d'architecture et de design, il n'est pas nécessairement le meilleur moyen d'assurer l'égalité pour tous dans nos sociétés diverses – qui sont là pour rester.

⁸ Voir sur ce point les recommandations de l'ECRI au paragraphe 108 du rapport le plus récent sur l'Allemagne, précité.

⁹ Voir, entre autres, Agence des droits fondamentaux de l'UE, *Pour des pratiques de police plus efficaces, Guide pour comprendre et prévenir le profilage ethnique discriminatoire*, octobre 2010, pp. 33-44 ; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Le profilage ethnique en Europe : une question très préoccupante » (Résolution 2364, adoptée le 28 janvier 2021), exposé des motifs de M. Čilevičs, rapporteur, pp. 10-11 ; Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, « La prévention et la lutte contre le profilage racial des personnes d'ascendance africaine : bonnes pratiques et difficultés », janvier 2019, pp. 11-12 ; et Open Society Justice Initiative, *Police et les minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, juin 2009.