



Paris, le 3 février 2015

Décision du Défenseur des droits MSP-MDS-MLD-2015-021

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 et notamment l'article 33 ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 3, 5, 8, 14 et l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention ;

Vu la Directive européenne 2000/43/CE 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 ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu les articles 78-1 et suivants du code de procédure pénale ;

Vu l'article L.141-1 du code de l'organisation judiciaire ;

Saisi des appels interjetés contre 13 jugements rendus le 2 octobre 2013 par le Tribunal de grande instance de Paris, déboutant les requérants de leurs demandes visant à mettre en cause la responsabilité de l'Etat du fait de la réalisation de contrôles d'identité discriminatoires et à obtenir réparation du préjudice (n° 12/5871, 12/5873, 12/5874, 12/5875, 12/5876, 12/5877, 12/5878, 12/5879, 12/5880, 12/5881, 12/5882, 12/5883, 12/5884),

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour d'appel de Paris.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Observations devant la Cour d'appel de Paris

Estimant avoir été victimes de discrimination lors de contrôles d'identité effectués par les forces de police, en 2012, les réclamants, Messieurs A., B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, ont fait assigner l'Agent judiciaire de l'Etat et le Ministre de l'Intérieur devant le Tribunal de grande instance (TGI) de Paris, afin de voir constater la responsabilité de l'Etat et condamner celui-ci à réparer le préjudice subi.

Le 2 octobre 2013, par 13 jugements, le TGI s'est déclaré compétent pour statuer sur ces demandes, estimant que les dispositions de l'article L.141-1 du code de l'organisation judiciaire ouvrant un recours en responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice devaient s'appliquer en l'espèce. Sur ce fondement et après avoir écarté les dispositions de la loi du 27 mai 2008 relatives à l'aménagement des règles de la charge de la preuve en matière de discrimination, le tribunal a débouté les requérants de leurs demandes, au motif que la preuve d'un comportement discriminatoire ou déplacé des forces de police constitutif d'une faute lourde n'était pas rapportée.

Les réclamants ont interjeté appel des jugements. Le 13 novembre 2014, leurs représentants ont saisi le Défenseur des droits d'une demande d'intervention dans la procédure devant la Cour d'appel de Paris, sur le fondement l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

Le Défenseur des droits n'entend pas se prononcer ici sur l'interprétation des faits de l'espèce. Il souhaite porter à l'attention de la Cour d'appel de Paris les constats qu'il a pu dresser à travers le traitement des réclamations individuelles dont il a été saisi et les travaux qu'il a pu mener, sur les pratiques en matière de contrôles d'identité, ainsi que sur les exigences du droit européen relatif à la lutte contre les discriminations, en particulier les obligations positives pesant sur l'Etat qui sont inhérentes à la protection effective des droits.

Les constats que dresse aujourd'hui la société civile sur l'existence de contrôles d'identité discriminatoires doivent conduire celles-ci à prendre des mesures concrètes visant à prévenir et réprimer ce type de mesures, en encadrant suffisamment les contrôles et en prévoyant des garanties suffisantes contre les risques d'abus et d'arbitraire.

Le contrôle d'identité

Le contrôle d'identité est la demande faite à une personne par un agent de la force publique, fonctionnaire de police ou militaire de la gendarmerie, de justifier de son identité par tout moyen. Il résulte de la combinaison des articles 78-1 et 2 du code de procédure pénale (CPP), que le contrôle d'identité est en réalité une injonction ou une sommation adressée par les forces de l'ordre à un citoyen qui est contraint de rester sur place pour révéler son identité. La personne interpellée est donc tenue à la disposition des autorités de police ou de gendarmerie, le plus souvent sur les lieux de l'opération, le temps nécessaire à la démonstration de son identité et à la consultation de fichiers de police.¹

Le pouvoir de contrôle d'identité est dévolu à tous les policiers et gendarmes, quel que soit leur grade, en leur qualité d'agents de police judiciaire (article 20 du CPP). Cependant, le contrôle doit être effectué sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire.

Les conditions autorisant un agent de la force publique à effectuer un contrôle d'identité sont précisées à l'article 78-2 du CPP. A noter que les articles 78-2-1 à 78-2-4 prévoient

¹ C. GIRAULT, « Contrôles et vérifications d'identité », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2010 (mise à jour oct. 2013).

également le recours à des contrôles d'identité, mais concernant des situations particulières (réquisitions du procureur de la République aux fins de perquisitions de lieux à usage professionnel, aux fins de recherches et de poursuite d'acte de terrorisme et de visites de véhicule), qui sont écartées des présentes observations.

Trois catégories de situations doivent être principalement évoquées.

D'une part, aux termes des premiers alinéas de l'article 78-2 du CPP, peut être contrôlée toute personne à l'égard de laquelle existe « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* » qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit, qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit, ou qu'elle a fait l'objet de recherches ordonnées par l'autorité judiciaire.

D'autre part, le procureur de la République peut également, sur réquisitions écrites, ordonner des contrôles d'identité pour la recherche et la poursuite de certaines infractions dans un lieu et un temps qu'il précise. Il est généralement admis que ces deux premières catégories de contrôles peuvent être qualifiées de contrôles exercés au titre de la police judiciaire, autrement dit, en vue de rechercher et poursuivre les auteurs d'une infraction.

Enfin, une troisième catégorie de contrôles est exercée au titre de la police administrative, en vue de prévenir des troubles à l'ordre public. Cette disposition a été introduite dans le CPP en 1993 par la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité. Compte tenu du caractère vague de sa rédaction, celle-ci a fait dès l'origine l'objet d'une interprétation sous réserve du Conseil constitutionnel (Décision n° 93-323 DC du 05 août 1993), soulignant « *que toutefois la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle ; que s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle* ».

Il faut relever que si les contrôles d'identité suivis d'une garde à vue ou d'une vérification d'identité sont comptabilisés et identifiés de manière précise, les contrôles n'ayant entraîné aucune suite ne le sont pas. Cette absence de traçabilité et de données objectives laisse le champ libre à la subjectivité des points de vue exprimés par les acteurs².

Constats des acteurs

En 2012, le Défenseur des droits rappelait le point de vue de différents acteurs sur le sujet.

Tout d'abord, des acteurs institutionnels tels que la Commission nationale de la déontologie (CNDS), dont le Défenseur des droits a repris les missions, ainsi que la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) qui avaient pris position. La CNDS a rendu plusieurs avis sur les contrôles d'identité, notant l'importance qu'ils soient exercés conformément aux conditions légales afin qu'ils ne puissent être considérés comme des « *contrôles au faciès* », et regrettant de ne pouvoir à chaque fois déterminer les conditions dans lesquelles des contrôles peuvent être menés. Pour la CNDS, le fait qu'on ne puisse vérifier la manière dont sont sélectionnées les personnes, en particulier dans les cas d'opérations menées sur réquisitions du procureur de la République³, est problématique.

Dans le cadre de l'instruction de nombreuses affaires, la CNDS et le Défenseur des droits se sont heurtés à l'impossibilité de retrouver la trace des auteurs d'un contrôle d'identité (voir, par exemple, l'avis n° 2009-77, avril 2010). Dans une affaire qui a fait l'objet d'une procédure judiciaire, le contrôle de deux palestiniens a été justifié par les fonctionnaires de police parce qu'un individu se trouvait debout derrière un pilier, en face d'un autre assis sur un banc. Pour

² Rapport relatif aux relations police / citoyens et aux contrôles d'identité, oct. 2012, p.9 http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/rapport_controle-identite-final_0.pdf

³ CNDS, rapport 2010.

l'agent, l'un d'eux « *se dissimulait* » derrière le pilier. La Commission avait considéré que ces motifs ne correspondaient pas aux dispositions de l'article 78-2 du CPP et que le contrôle pouvait être considéré comme un contrôle « *au faciès* » (avis n° 2008-89, 6 avril 2009). Dans une autre affaire, un homme avait été contrôlé à une gare, à Lyon, et lorsqu'il a demandé les motifs de son contrôle, il lui aurait été répondu : « *parce que vous êtes arabe* ». Dans le cadre de son enquête et notamment de l'audition de l'agent, ce dernier a indiqué simplement, qu'agissant sur réquisitions du parquet, il n'avait pas de motif à invoquer (avis n° 2010-11, 17 janvier 2011). Dans son avis n° 2008-123, s'agissant du contrôle d'identité de deux musiciens de rue (suivi d'une interpellation), à Avignon, la Commission avait relevé que les rédacteurs du procès-verbal de saisine et d'interpellation indiquaient avoir effectué un contrôle d'identité « *d'un individu de type africain qui était en train d'effectuer une vente à la sauvette* ». Or les fonctionnaires entendus ont admis, au cours de l'enquête de l'IGPN et devant la Commission, avoir en réalité contrôlé cette personne parce qu'elle était dotée d'un gros sac, elle avait les apparences d'un vendeur à la sauvette, et ce bien qu'aucune marchandise n'ait été visible. La Commission a estimé que le contrôle avait en réalité été effectué « *au faciès* ».

Dans son rapport de 2010 intitulé « *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie* », la CNCDH a rendu compte de l'ensemble des travaux concernant la question des contrôles d'identité. Ainsi, ils révèlent que policiers sur-contrôlent une population caractérisée par le fait qu'elle est jeune, masculine, habillée de manière typiquement jeune et issue de minorités visibles. La Commission a invité le ministère de l'Intérieur à prendre les mesures nécessaires pour lutter contre tout comportement discriminatoire au sein des forces de l'ordre, notamment en assurant le suivi des activités de police, afin d'identifier des pratiques de profilage ethnique.

Au niveau européen, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA)⁴ et la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance du Conseil de l'Europe (ECRI)⁵ ont constaté dans le cadre de leurs travaux la pratique dite du profilage ethnique discriminatoire. Du côté des associations et des organisations non gouvernementales, nombreuses sont celles qui dénonçaient, sur la base de travaux de recherche, d'enquêtes et d'observations sur le terrain, la surreprésentation de certaines populations issues de l'immigration, sans motif légitime apparent, dans la pratique des contrôles d'identité par les forces de l'ordre⁶. Ces pratiques conduiraient alors à cibler non plus sur un comportement mais sur des stéréotypes et des caractéristiques raciales ou ethniques.

Depuis 2012, force est de constater que le ressenti exprimé par certains citoyens perdure. Les recours déposés par les 13 plaignants en sont bien l'illustration. Par ailleurs, un an après la publication de son rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité, le Défenseur des droits a décidé de poursuivre la réflexion sur la question des contrôles d'identité et leurs modalités.

⁴ http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1133-Guide-ethnic-profiling_FR.pdf

⁵ http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2014/09/ecri_-_quatrieme_rapport_sur_la_france_-_2010.pdf p. 43 à 45

⁶ <http://www.cnrs.fr/inshs/recherche/docs-actualites/rapport-facies.pdf/>
<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/france0112frForUpload.pdf/>
http://www.gisti.org/IMG/pdf/np_controle_identite_v3.pdf

1. Des obligations positives inhérentes à la protection effective contre les discriminations

Normes relatives à la lutte contre les discriminations

Corollaire du principe de non-discrimination, le principe d'égalité est consacré par la Constitution en son article 1^{er} qui dispose que : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion.* » Ce principe d'égalité s'applique au service public en tant qu'organe d'application des lois. Dans un arrêt de 1951⁷, le Conseil d'Etat a édicté un principe général du droit d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics et signifie que toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public doivent être régies par les mêmes règles. Cette règle vise les différents interlocuteurs du service public, tant les fonctionnaires qui doivent être impartiaux et traiter de manière neutre les usagers, que les usagers entre eux. Les juges administratifs et judiciaires sont garants de l'application du principe d'égalité et de non-discrimination devant le service public.

La Directive européenne 2000/43/CE du 29 juin 2000 consacre également le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans discrimination de race ou d'origine ethnique, dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services.

La loi du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, interdit toute discrimination directe et indirecte, fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services. Elle précise en son article 4 : « *Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

Par ailleurs, les articles 225-1 et 225-2 du code pénal interdisent les discriminations telles que définies par la loi, lorsqu'elles consistent à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; refuser d'embaucher, à sanctionner ou licencier une personne ; à subordonner l'accès d'un bien, d'un service ou d'un emploi à une conditions fondée sur un motif interdit et notamment sur l'origine, l'apparence physique, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Ces dispositions visent donc de telles inégalités de traitement lorsqu'elles sont commises en relation avec l'accès à un service public et l'article 432-7 du code pénal prévoit d'ailleurs de sanctionner plus sévèrement une discrimination commise par une personne dépositaire de l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions, lorsqu'elle consiste à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ou à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

Enfin, le Code européen d'éthique de la police, adopté en 2001 par le Comité des ministres du conseil de l'Europe, recommande en son article 40, que « *la police doit mener à bien ses missions d'une manière équitable, en s'inspirant en particulier des principes d'impartialité et de non-discrimination* »⁸.

⁷ CE, sect., 9 mars 1951, n° 92004, Société des concerts du conservatoire.

⁸ Recommandation Rec(2001)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le Code européen d'éthique de la police, adoptée le 19 septembre 2001.

Jurisprudence internationale significative

Les contrôles d'identité « *au faciès* » constituent des mesures discriminatoires au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), notamment du principe de non-discrimination consacré par l'article 14, aux termes duquel : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la [...] Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] la race, la couleur [...] l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale [...]. » Cet article, qui vaut uniquement pour « *la jouissance des droits et libertés* » garantis par la Convention et ses Protocoles, peut être combiné dans le cas des contrôles d'identité aux articles 5 et 8 de la Convention, ainsi qu'à l'article 2 du Protocole n 4, lesquels protègent respectivement le droit à la liberté et à la sûreté, le droit au respect de la vie privée (*Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, no 4158/05, § 57, CEDH 2010) et la liberté de circulation (*Timichev c. Russie*, nos 55762/00 et 55974/00, CEDH 2005-XII). Selon une jurisprudence constante de la Cour, une différence de traitement est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « *but légitime* » ou s'il n'existe pas de « *rapport raisonnable de proportionnalité* » entre les moyens employés et le but visé par la mesure (*Chassagnou et autres c. France* [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 91, CEDH 1999-III).

La discrimination raciale étant « *une forme de discrimination particulièrement odieuse* » (*Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], nos 43577/98 et 43579/98, § 145, CEDH 2005-VII), la Cour estime que le niveau de protection garanti au justiciable doit être le plus élevé. Dès lors, lorsqu'une différence de traitement est fondée directement ou non sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, ou encore sur la nationalité, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi restrictive que possible. En outre, la Cour considère qu'aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne peut être objectivement justifiée (*ibid*, § 176).

La Cour a déjà eu l'occasion de condamner un Etat concernant des mesures discriminatoires fondées sur l'origine. Elle l'a fait, par exemple, dans l'affaire *Timichev c. Russie*, relative à un refus d'entrée sur le territoire fondé sur l'appartenance à la communauté Tchétchène (précité). Par ailleurs, il convient de rappeler qu'un contrôle d'identité effectué de manière discriminatoire peut constituer un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la CEDH. Déjà en 1978, la Commission de la Cour saisie de refus d'entrée ou de séjour au Royaume-Uni opposés à des personnes en provenance de territoires anciennement sous contrôle britannique, estimait que « *la discrimination fondée sur la race pouvait, dans certaines circonstances, représenter en elle-même un "traitement dégradant" au sens de l'article 3* » (requête n° 4626/70 et autres, décision du 6 mars 1978). Cette jurisprudence a été par la suite confirmée, notamment dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, dans laquelle la Cour a estimé que la discrimination subie par les Chypriotes grecs atteignait une telle gravité qu'elle constituait un traitement dégradant (*Chypre c. Turquie* [GC], no 25781/94, CEDH 2001-IV). Dans cette affaire, étaient en cause les conditions de vie avilissantes et indignes imposées à ces personnes, en raison de leur origine ethnique et religion.

A noter que sur le plan international, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques offre une plus grande protection que la CEDH puisque le Comité des droits de l'homme (CDH) a jugé que le droit à la non-discrimination, garanti par l'article 26 du Pacte était un droit autonome. Le Comité estime que l'article 26 consacre le principe général de l'égalité devant la loi, proclamé par l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, lequel « *interdit toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics* » (CDH, décision n° 172/1984, 9 avr. 1987, *Broeks c/Pays-Bas*).

Dans l'affaire *Williams Lecraft c. Espagne* (n° 1493/2006), concernant la violation de l'article 26 constituée par un contrôle d'identité policier motivé par la couleur de peau de l'intéressée, le Comité a considéré que le contrôle constituait une discrimination illégale. Lorsque la plaignante a demandé au policier pour quelle raison elle était la seule personne priée de montrer ses papiers, celui-ci lui a répondu, « *c'est parce que vous êtes noire* ». Le CDH a mis en garde contre le fait de cibler des personnes présentant certaines caractéristiques physiques ou ethniques qui « *aurait non seulement des répercussions négatives en termes de dignité des personnes concernées mais contribuerait également à propager des attitudes xénophobes dans la population en général et serait contraire à une politique effective de lutte contre la discrimination raciale* ».

Les obligations positives de l'Etat en matière de discrimination

La protection effective des droits impose aux Etats de s'abstenir non seulement de s'ingérer arbitrairement dans l'exercice des droits protégés par la Convention, mais également de prendre des mesures appropriées et concrètes afin de prévenir et de réprimer de telles ingérences commises par les agents de l'Etat et les tiers. De telles obligations positives existent également en matière de discrimination. La Cour l'a affirmé à maintes reprises, en particulier dans l'affaire *Natchova et autres* (précité), où elle a rappelé que l'interdiction de la discrimination de manière générale, et de la discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique en particulier, reflètent au même titre que les autres droits garantis par la Convention et ses Protocoles, les valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe.

Dans l'affaire *Timichev*, la Cour a jugé que ce type de comportement appelle de la part des autorités « une vigilance particulière et une réaction énergique » et qu'elles doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme, renforçant ainsi la conception démocratique de la société, dans laquelle la diversité est perçue non pas comme une menace, mais comme une richesse (précité, § 56).

Les contrôles d'identité effectués de manière discriminatoire à l'égard de personnes, en raison de leur origine, de leur nationalité ou de leur couleur de peau appellent donc de la part des autorités l'adoption de mesures concrètes et fermes propres à prévenir et à réprimer ce type d'actes.

Ces obligations positives peuvent être matérielles et/ou procédurales. Elles peuvent concerner certains groupes particulièrement vulnérables lorsqu'ils ont besoin d'une protection renforcée. C'est le cas des membres de la communauté Tsiganes/Rom ou des femmes victimes de violences conjugales (*Oršuš et autres c. Croatie*, [GC], n°15766/03, §§ 147-148, CEDH 2010 et *Opuz c. Turquie*, no 33401/02, CEDH 2009). Les mesures peuvent inclure la mise en place d'un cadre législatif permettant de mettre les individus suffisamment à l'abri d'actes contraires à la Convention (voir, à titre d'exemple, *Abdu c. Bulgarie*, n° 26827/08, 11 mars 2014), l'adoption de dispositions pénales spécifiques réprimant et sanctionnant les actes discriminatoires et les actes de violence racistes (*Nikolay Dimitrov c. Bulgarie*, n° 72663/01, § 67, 27 septembre 2007), la mise en place et l'application effective d'un système réprimant toutes les formes de violence et offrant aux victimes des garanties suffisantes (*Opuz*, précité), l'instauration d'une distinction dans le système juridique et dans la pratique entre les infractions à connotation raciste et ethnique et les autres infractions, le devoir spécifique de mener une enquête afin d'établir si les faits incriminés reposent sur des mobiles racistes (*Natchova* précité, § 160). Le manquement à de telles obligations équivaudrait à fermer les yeux sur la gravité de tels actes et à les considérer comme des actes ordinaires, ce qui pourrait constituer un traitement injustifié, inconciliable avec l'article 14 de la Convention (*Natchova* précité).

La position de la Cour sur l'étendue des obligations positives des Etats en matière de discrimination est partagée par les autres organes de contrôle européens et internationaux. Il est renvoyé à cet égard à la recommandation de politique générale relative à la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police (n°11), où l'ECRI demande aux Etats membres de définir et d'interdire clairement le profilage racial dans la loi, c'est-à-dire « *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* ». Elle leur demande également « *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* »⁹.

Dans une autre recommandation concernant la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale, rendue cette fois-ci par le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de l'ONU, il est rappelé aux Etats contractants l'obligation de « *prendre les mesures nécessaires pour exclure les interpellations, les arrestations et les fouilles fondées de facto exclusivement sur l'apparence physique de la personne, sa couleur, son faciès, son appartenance à un groupe racial ou ethnique, ou tout «profilage» qui l'expose à une plus grande suspicion* » (Recommandation générale XXXI, § 20).

Ainsi, le constat unanime dressé sur l'existence de contrôles d'identité effectués de manière discriminatoire sur des personnes, en raison de leur origine ethnique, de leur nationalité, de leur apparence ou de leur couleur de peau, doit conduire les autorités à prendre des mesures concrètes et efficaces en vue d'empêcher et d'éradiquer de tels actes. Celles-ci doivent intervenir à plusieurs niveaux, tant au niveau du régime juridique applicable aux contrôles d'identité lorsque celui-ci confère un large pouvoir discrétionnaire aux officiers de police (2), qu'au niveau des garanties prévues dans la mise en œuvre du dispositif (3).

2. La nécessité d'un régime juridique encadrant suffisamment le dispositif des contrôles d'identité

Le dispositif législatif régissant les contrôles d'identité doit répondre aux exigences de qualité de la loi; ce qui implique que les pouvoirs conférés aux forces de police soient suffisamment encadrés et soient entourés de garanties légales adéquates contre les abus. En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, toute ingérence à un droit garanti par la Convention et ses Protocoles doit être « *prévue par la loi* ». Cela signifie que la mesure litigieuse doit avoir une base légale en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, principe fondamental d'une société démocratique (*Gillan et Quinton*, précité). La loi doit donc être suffisamment accessible et prévisible, de manière à ce que le justiciable puisse régler sa conduite. Pour répondre à ces exigences, le droit interne doit offrir une protection légale adéquate contre l'arbitraire et les atteintes des pouvoirs publics aux droits fondamentaux. Il doit définir avec une clarté suffisante le degré de discrétion conférée au pouvoir exécutif et ses modalités d'exécution. Ce niveau de précision dépend, précise la Cour, dans une large mesure du contenu du texte en question, de la matière qu'il est censé régir et du nombre et du statut de ceux auquel il est adressé. Cette exigence n'est pas atteinte lorsque le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaît pas de limite.

La Cour a jugé que ces exigences n'étaient pas remplies dans l'affaire *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni* (précitée), concernant le dispositif législatif autorisant les officiers de police à procéder à des interpellations et des fouilles, aux fins de prévention d'actes de terrorisme. Les textes critiqués conféraient un pouvoir discrétionnaire trop large aux policiers et ne prévoyait que les modalités d'exécution des mesures. Sans encadrement strict, ces mesures reposaient essentiellement sur le « *pressentiment* » ou « *l'intuition professionnelle* » des policiers. Les officiers n'avaient donc pas à démontrer l'existence de motifs légitimes, ni même à nourrir subjectivement le moindre soupçon à l'égard de la personne interpellée et fouillée. Selon la Cour, ce dispositif accordait un pouvoir étendu aux policiers et faisait naître un risque clair d'arbitraire et de discrimination à l'égard de catégories de la population. Elle a jugé que ce risque était démontré en l'espèce par les statistiques, lesquelles faisaient état d'un usage disproportionné de ce pouvoir contre les personnes de race noire ou d'origine asiatique. Enfin, elle a rajouté que dans ces circonstances, l'existence d'un contrôle judiciaire ou d'une action en réparation ne sont pas suffisants pour constituer une garantie contre les abus lorsque l'officier de police n'est pas tenu de démontrer l'existence de soupçons légitimes puisqu'il sera impossible de prouver l'abus de pouvoir.

Les travaux menés par le Défenseur des droits sur les contrôles d'identité ont mis en lumière la problématique du recours à des critères purement subjectifs pour procéder à un contrôle d'identité. En effet, il apparaît que les contrôles d'identité qui posent problème sont ceux effectués non pas à partir de critères objectifs (comme le comportement), mais à partir de critères appréciés subjectivement par le fonctionnaire de police ou le militaire de la gendarmerie. Or, il a pu constater qu'en réalité la plupart des contrôles d'identité étaient effectués sur réquisition du procureur de la République, comme cela a d'ailleurs été le cas pour 8 des 13 demandeurs en l'espèce. Or une fois la réquisition délivrée aucune obligation de motivation des contrôles effectués n'est formellement exigée.

La question du motif du contrôle soulève la difficulté d'objectiver le choix de la personne contrôlée dans le cadre des contrôles requis et des contrôles administratifs, qui peuvent être pratiqués sur toute personne indépendamment de son comportement. La question se pose de savoir sur quels critères les agents se fondent pour choisir les personnes qu'ils contrôlent. Il ressort des travaux du Défenseur des droits que ces derniers se fondent en grande partie sur des critères subjectifs tels que leur ressenti ou leur « instinct ». Il revient alors aux agents d'apprécier librement quelles sont les personnes qu'ils contrôlent indépendamment de leur comportement. Ces critères sont propres à chaque agent qui construit son propre « instinct policier », c'est à dire sa grille de lecture. Celle-ci peut se fonder sur des facteurs multiples tels que le profil de la personne, son origine ethnique supposée, sa tenue vestimentaire ou autres, et/ou selon des stéréotypes.

Puisque le critère qui a conduit au contrôle d'identité est subjectif, il est très difficile de le vérifier, et ce d'autant plus qu'il n'est pas formalisé et que l'auteur du contrôle ignore parfois lui-même les raisons précises qui l'ont amené à procéder au contrôle.

Les mesures visant à encadrer davantage les contrôles d'identité doivent s'accompagner de garanties dans la mise en œuvre du dispositif, en vue de protéger le justiciable des risques d'abus et d'arbitraire.

3. Des garanties nécessaires contre les risques d'abus et d'arbitraire

Les autorités ont au regard de la CEDH l'obligation de prévoir des garanties jouant un contrepoids réel aux pouvoirs étendus accordés à l'exécutif, afin d'offrir au justiciable une protection individuelle adéquate contre l'arbitraire et les risques d'abus (*Gillan*, précité, § 79).

L'amélioration des moyens de poursuite et de preuve devrait permettre d'assurer l'effectivité de la non-discrimination dans le domaine des contrôles de police.

a) Garantir l'accès à un contrôle juridictionnel effectif

Les procédures de contrôle et de vérification d'identité sont soumises aux contrôles des juridictions, exclusivement des magistrats de l'ordre judiciaire. Le Conseil Constitutionnel a rappelé, dans sa décision du 5 août 1993, qu'« *il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôles et de vérification d'identité* »¹⁰.

L'absence de traçabilité des contrôles d'identité

Ainsi que le tribunal de grande instance de Paris l'a constaté dans les jugements rendus le 2 octobre 2013, les dispositions législatives applicables aux procédures de contrôles d'identité ne prévoient aucune trace écrite sur les contrôles opérés : « [...] *même si cet acte de police judiciaire, effectué en application des dispositions qui viennent d'être rappelées, n'a donné lieu à la rédaction d'aucun procès-verbal, ni, par voie de conséquence, à l'établissement d'aucune procédure* ». En effet, si les contrôles d'identité suivis d'une garde à vue ou d'une vérification d'identité font l'objet d'une procédure écrite, ceux qui ne le sont pas ne donnent lieu à aucun écrit. En effet, les contrôles d'identité en France ne font l'objet d'aucune obligation légale de traçabilité. Les contrôles ne doivent pas être enregistrés, aucun récépissé n'est délivré, et les policiers et les gendarmes n'ont pas l'obligation de reporter un contrôle sur un procès-verbal dans les cas où celui-ci n'a pas abouti à la constatation d'infraction.

L'absence de motivation et de procédure écrite, en particulier de toute trace du contrôle effectué (précisant *a minima* la date et le lieu du contrôle, le nom de l'agent contrôleur et de la personne contrôlée et les raisons ayant justifié la mesure), ni même la notification orale à la personne contrôlée de la base légale de la mesure et des motifs du contrôle, entrave l'accès au contrôle juridictionnel et peut priver celle-ci de la possibilité de contester utilement la légalité de la mesure et de dénoncer son caractère discriminatoire. Dans ces affaires, les seuls éléments sont souvent la parole des fonctionnaires de police contre celle de la personne contrôlée. Priver cette dernière de ces informations rend les droits dont elle dispose théoriques et illusoire. Or, la Cour européenne l'a rappelé à maintes reprises, l'objectif de la Convention consiste à protéger des droits concrets et effectifs (voir, notamment, *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, § 33, série A no 37). Par ailleurs, l'absence de communication des motifs du contrôle alimente le sentiment d'injustice de la personne contrôlée, laquelle peut légitimement supposer que le contrôle est fondé sur des éléments subjectifs tels que son origine.

De l'absence de contrôle a priori des contrôles sur réquisition...

Il faut rappeler que les contrôles sur réquisition du parquet avaient été validés par le Conseil constitutionnel dans la mesure où ils étaient soumis au contrôle strict *a priori* du procureur de la République afin de garantir le respect des libertés fondamentales¹¹.

¹⁰ Recommandation Rec(2001)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le Code européen d'éthique de la police, adoptée le 19 septembre 2001.

¹⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993.

¹¹ *Ibid.*

En l'absence de mécanisme de contrôle du fait de la demande croissante de réquisitions par les forces de l'ordre, leur enchaînement systématique revient à généraliser dans certaines zones la pratique de contrôles d'identité discrétionnaires, puisque réalisés indépendamment du comportement de la personne. Or, le Conseil constitutionnel a souligné que « *la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle* »¹². La délivrance de réquisitions dont les plages horaires s'enchaînent dans le temps pose donc un réel problème du point de vue du respect des libertés fondamentales.

... à l'insuffisance du contrôle a posteriori

En effet, au-delà du contrôle des réquisitions, le procureur de la République est informé des contrôles d'identité uniquement si la personne contrôlée est par la suite placée en garde à vue. Si le contrôle n'aboutit à aucune procédure, le procureur n'a pas connaissance de celui-ci.

Quant aux magistrats du siège, ils ne sont confrontés qu'aux procédures judiciaires contestant un contrôle d'identité, lorsqu'elles leur parviennent. Tel est le cas lorsqu'un contrôle d'identité a donné lieu à une interpellation, l'auteur présumé du délit poursuivi pourra faire valoir devant le juge judiciaire une exception d'illégalité, par exemple que le contrôle a été motivé essentiellement sur son origine ethnique, en s'appuyant par exemple sur le procès-verbal d'interpellation.

En définitive, une grande partie des contrôles d'identité échappe donc au contrôle de l'autorité judiciaire. La garantie d'un contrôle juridictionnel effectif d'une mesure coercitive telle que le contrôle d'identité impose en conséquence à l'Etat l'obligation de mettre en œuvre les conditions de la traçabilité et de la motivation. Elle doit s'accompagner d'une autre garantie procédurale : l'aménagement des règles de la charge de la preuve.

b) Le nécessaire aménagement de la charge de la preuve

Contrairement à ce qu'affirme le TGI, la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment à la Directive 2000/43/CE, interdit toute discrimination fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, en matière d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services. L'article 4 relatif à l'aménagement du régime de la charge de la preuve est applicable devant une juridiction civile aux agissements et mesures adoptées par le service public. La loi s'est bornée à soustraire de la portée du dispositif les seules poursuites pénales.

Dès lors, les requérants mettant en cause le fonctionnement du service public de la justice, dont les opérations de police font partie, les dispositions précitées sont applicables au litige. Les requérants doivent donc bénéficier d'un aménagement de la charge de la preuve laissant reposer sur les services mis en cause l'absence de discrimination, à partir du moment où ils présentent les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination.

Cette règle de l'aménagement de la charge de la preuve issue du droit communautaire a d'ailleurs été systématiquement transposée à toutes les procédures civiles et administratives en matière de discrimination : à cet égard, il est renvoyé à l'article L.1134-1 du Code du travail, l'article 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs. C'est également ce que fait le juge administratif. Par exemple, dans une affaire où était en cause le refus par une commune de mise à disposition d'une salle à une association franco-musulmane dans le but d'exercer un culte, le Conseil d'Etat a estimé que c'était à la commune d'établir la difficulté de répondre à cette demande (CE, 26 août 2011, n°1106560). Il faut également citer les affaires *Perreux* et *Mme Delaunay* (CE, Ass., 30 octobre 2009,

12 *Supra* 10.

n°298348 et CAA Versailles, 29 décembre 2009, n°08VE00296). Il est intéressant de se référer aux conclusions du rapporteur public dans le cadre de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles 29 décembre 2009 (AJDA 2010, p.742). La loi de 2008 n'était pas applicable à l'époque des faits, mais il a été fait application de la directive du 15 décembre 1997, sur la présomption de discrimination et l'aménagement de la charge de la preuve. « *Si ce mode d'emploi, relatif à l'administration de la preuve, a été élaboré par le Conseil d'Etat à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, il n'existe aucune raison de ne pas l'appliquer à un litige de plein contentieux tendant à la réparation de conséquences dommageables d'actes dont il s'agit d'apprécier la légalité au regard du principe de non-discrimination* ».

A cet égard, la lecture qui est faite de la loi du 27 mai 2008 est confortée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Elle estime en effet qu'en matière de discrimination, lorsque le requérant a produit un commencement de preuve quant à l'existence d'une différence de traitement du fait d'une mesure ou d'une pratique, il incombe à la partie mise en cause de démontrer que cette différence de traitement est justifiée (voir notamment *Chassagnou et autres c. France* [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, §§ 91-92, CEDH 1999-III). De surcroît, consciente des difficultés pour apporter la preuve d'une discrimination, la Cour estime que pour garantir une protection effective des droits au citoyen, on peut s'appuyer sur des données statistiques pour établir l'existence d'une différence de traitement entre deux groupes de personnes qui se trouvent dans une situation similaire. Elle l'a fait notamment dans des affaires de discrimination où les requérants alléguaient que la discrimination résultait d'une différence dans l'effet d'une mesure générale ou d'une situation de fait (*Opuz*, précité, § 183). Le droit de l'Union européenne pose les mêmes exigences (*D.H. et autres*, précité, §§ 84-91).

c) Garantir au justiciable une voie de recours effective contre une mesure portant atteinte au principe d'égalité de traitement

Le TGI de Paris a statué sur le fondement de l'article 141-1 du code de l'organisation judiciaire (COJ), aux termes duquel l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice. Il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que la faute lourde s'entend de « *toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public à remplir la mission dont il est investi* ».

Le droit européen impose aux autorités de garantir au justiciable une voie de recours effective contre toute mesure portant atteinte à ses droits et au principe d'égalité de traitement. La Cour l'a rappelé au fil de sa jurisprudence sur l'article 13, laquelle consacre le droit au recours effectif (voir notamment *Kudła c. Pologne* [GC], no 30210/96, § 157, CEDH 2000-XI). Cela signifie que les autorités doivent fournir aux citoyens un moyen par lequel ils peuvent obtenir un redressement approprié des violations de leurs droits garantis par la Convention. Ce recours doit être « *effectif* », en pratique comme en droit. L'article 7 de la Directive 2000/43 précitée pose les mêmes exigences ; il demande aux Etats de veiller à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives soient accessibles à toutes les personnes qui s'estiment lésées par le non-respect à leur égard du principe de l'égalité de traitement.

Or, lorsque des contrôles d'identité restent sans suite, ce qui caractérise les situations où les personnes estiment qu'elles ont été contrôlées abusivement, imposer au justiciable la charge d'établir la faute lourde sans aménagement de la charge de la preuve et sans imposer au service public de se justifier, équivaut à priver le justiciable alléguant du caractère discriminatoire de la mesure d'une voie de recours effective lui permettant de contester la légalité de la mesure et d'obtenir un redressement approprié ; contrairement à la personne

faisant l'objet de poursuites pénales qui peut contester la régularité du contrôle d'identité devant le juge.

Les conditions de mise en œuvre des contrôles d'identité ne faisant pas l'objet de suites pénales et la charge de la preuve imposée par le TGI pourraient nous conduire à nous demander si une telle interprétation du recours prévu à l'article L. 141-1 est, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne, une voie de recours effective, c'est-à-dire adéquate et suffisante, pour prévenir et réprimer efficacement les discriminations susceptibles d'être faites lors des contrôles d'identité.

Il est également permis de douter du caractère approprié et suffisant du redressement de la violation qui pourrait être accordé à la victime dans de telles conditions (*Kudła*, précité). En effet, ce recours permet la réparation du dommage causé à celle-ci par le versement d'une indemnisation au titre d'une défaillance du service de la justice, mais rien n'est prévu s'agissant de la punition de l'agent responsable. Or, les autorités ont le devoir de prendre des mesures visant à prévenir et réprimer les actes discriminatoires, et d'en punir les responsables. Dans certaines affaires où les requérants portaient des griefs relatifs à l'article 3 de la CEDH protégeant toute personne contre les traitements inhumains et dégradants, la Cour a estimé qu'une procédure qui visait uniquement à allouer des dommages et intérêts, sans autre mesure permettant l'identification et la punition des responsables, ne pouvait être considérée comme un recours effectif (*Turan Cakir c. Belgique*, no 44256/06, § 48, 10 mars 2009, *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, § 102). Cette jurisprudence est parfaitement transposable dans les présentes affaires, au regard des exigences posées par la Cour pour garantir une protection effective des droits. L'article 15 de la Directive 2000/43 précitée va d'ailleurs dans ce sens puisqu'elle demande aux Etats de mettre en place des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives en cas de discrimination.

Ainsi, selon nous, la Cour d'appel devra s'interroger sur la manière dont les textes applicables peuvent être interprétés pour offrir au justiciable des garanties suffisantes contre le risque de voir les contrôles d'identité échapper à tout contrôle juridictionnel effectif et se demander si le recours pour fonctionnement défectueux du service de la justice prévu par l'article 141-1 du COJ constitue une voie de recours effective à l'encontre des contrôles d'identité abusifs, au sens de la jurisprudence de la CEDH, et en particulier utilement accessible aux personnes alléguant avoir fait l'objet de contrôles d'identité fondés sur des motifs discriminatoires.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour d'appel de Paris.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON