

Paris, le 30 janvier 2017

---

## Décision du Défenseur des droits n° 2017-044

---

### Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

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

---

Vu le code pénal ;

Vu la demande d'avis du procureur de la République près le tribunal de grande instance de A du 7 mai 2015 ;

Vu les décisions MLD-2015-164 et MLD-2016-19 du Défenseur des droits ;

Vu la décision du procureur de la République près le tribunal de grande instance de A d'engager des poursuites pénales dans cette affaire ;

Vu le jugement du TGI de A en date du 1<sup>er</sup> mars 2016 sans caractère définitif au vu de l'appel interjeté ;

Saisi par Monsieur X qui estime avoir subi un refus discriminatoire d'accès à la discothèque Y à Z avec 7 autres personnes de son groupe d'amis dont certains sont d'origine maghrébine ;

Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de M.

**Jacques TOUBON**

## Observations devant la Cour d'appel de A dans le cadre de l'article 33 de la loi organique

1. Le Défenseur des droits a été saisi, le 25 novembre 2013, d'une réclamation de Monsieur X et de Madame C, relative au refus d'accès à la discothèque Y située à Z, qui leur aurait été opposé par les deux gérants de cette discothèque dans la nuit du 28 au 29 septembre 2013.

### Les Faits :

2. Dans sa saisine, Monsieur X, ancien gendarme auxiliaire, a indiqué qu'il faisait partie d'un groupe de 3 filles et de 5 garçons. Une amie, Madame C, avait réservé une table auprès d'une personne nommée Monsieur D, gérant de l'établissement.
3. Le soir, arrivés à l'entrée devant le vigile physionomiste, ils confirmaient qu'ils « *avaient réservé et que Monsieur D et Madame K étaient au courant de leur venue* ».
4. Madame C avait tout d'abord été retenue à l'entrée. Ensuite, on l'aurait laissée entrer pour qu'elle puisse parler avec Monsieur D. Selon le témoignage de Madame C, ce dernier lui aurait dit : « *Tu comptes aller où avec cinq maghrébins ?* »
5. Elle indiquait que, par ailleurs, elle avait cherché à parler à Monsieur E, qu'elle identifiait comme étant l'associé de Monsieur D. Celui-ci lui aurait répondu « *de toute façon, je ne peux rien faire pour toi, cinq maghrébins ce n'est pas possible* ».
6. Elle était ensuite sortie, suivie de Monsieur D, qui réaffirmait devant tout le groupe : « *Cinq maghrébins, ce n'est pas possible. J'assume complètement mes paroles, et oui, ce sont des propos racistes et j'assume.* »
7. L'ensemble des témoignages accompagnant la réclamation corroborent les dires de Madame C.

### La Procédure :

8. Les réclamants ont déposé plainte auprès du procureur de la République près le tribunal de grande instance (TGI) de A, qui demandait à la gendarmerie nationale de F de procéder à une enquête préliminaire. En parallèle, une demande d'autorisation d'instruire a été adressée par le Défenseur des droits au procureur de la République près le TGI de A, qui l'accordait par courrier en date du 7 avril 2014.
9. Un courrier de demande d'explications était adressé, le 8 août 2014, à la gérance de la société exploitant la discothèque. La SARL « B » répondait par un courrier, en date du 29 août 2014, en indiquant qu'il convenait de s'adresser directement à Monsieur D car celui-ci n'était plus gérant de l'établissement, et que la nouvelle direction ne serait pas en mesure de s'expliquer sur les faits antérieurs à la prise de gestion. Le changement de direction était en effet intervenu en avril 2014 comme en témoignait une annonce au BODACC n°75B du 16 avril 2014.
10. En septembre 2014, le procureur de la République informait les services du Défenseur des droits que l'enquête préliminaire, après avoir été retournée au parquet, était de nouveau partie en enquête le 23 septembre 2014, Monsieur D n'ayant pas pu être entendu.

11. Par courrier du 7 mai 2015, reçu le 18 mai 2015, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de A transmettait l'enquête pour avis au Défenseur des droits.

### Les Procès-Verbaux :

12. Madame C, entendue par les enquêteurs le 13 février 2014, indiquait qu'elle tenait une boutique de prêt-à-porter dans le centre-ville de la commune de F. Dans sa boîte aux lettres, elle aurait trouvé dix invitations non nominatives pour la boîte de nuit Y à l'occasion de son ouverture sur la commune de Z.
13. Madame C précisait qu'elle connaissait Monsieur E, qu'elle identifiait comme étant l'un des gérants de la discothèque, et son épouse, cliente de sa boutique. Elle avait décidé d'organiser un anniversaire dans cet établissement, et avait réservé, le soir même, pour minuit, une table pour huit personnes. Le groupe serait arrivé vers 2 heures du matin. Elle précisait: « *nous étions tous correctement vêtus et non-alcoolisés* ».
14. Elle confirmait le récit des événements déjà relatés dans sa plainte. Monsieur D lui aurait demandé où elle comptait aller avec cinq maghrébins. Elle maintenait également que Monsieur E lui aurait affirmé qu'il « *ne pouvait rien faire, cinq maghrébins ce serait trop* ». Selon elle, alors que le groupe était resté devant la porte, Monsieur D était sorti et avait alors assumé et répété devant tout le monde que « *cinq maghrébins ce n'est pas possible* ».
15. Le second auteur de la plainte, Monsieur X, était entendu au commissariat de police de F, le 13 février 2014. Outre les faits relatés dans sa lettre de réclamation au Défenseur des droits, il indiquait que Monsieur D aurait précisé, lorsqu'il était sorti, que, compte tenu du fait qu'il gérait deux discothèques, il avait donné instruction à ses établissements de refuser les maghrébins et « *les racailles* ».
16. Monsieur G, également entendu le 13 février 2014, avait déposé plainte, ce jour-là, et confirmait ces propos en soulignant que le gérant les avait retenus alors que la discothèque n'était pas pleine.
17. Monsieur H, également membre du groupe d'amis qui avait déposé plainte, était entendu par les enquêteurs le 24 juillet 2014. Son récit des faits corroborait celui fait par Madame C, Monsieur X et Monsieur G. Il supposait que le gérant les avait vu arriver et avait donné des directives afin de ne pas les laisser rentrer. Il précisait que le gérant était clair dans ses propos contre les maghrébins et qu'il n'y avait donc aucun autre motif possible à ce refus, puisqu'il ne s'agissait pas d'une soirée privée et qu'il y avait autant de femmes que d'hommes.
18. Monsieur I, entendu le 4 août 2014, faisait un récit identique des faits et déposait lui aussi plainte pour discrimination raciale.
19. Le 7 août 2014, Madame J, également membre du groupe d'amis, était entendue par les enquêteurs et faisait un récit identique des faits, en décrivant un comportement clair et sans équivoque de Monsieur D. Elle précisait que c'était la première fois qu'ils venaient tous, et que la discothèque n'était pas complètement remplie. Elle déposait plainte contre le gérant de la discothèque pour discrimination raciale.
20. Les deux autres membres du groupe ne se présentaient pas à la suite de leurs convocations aux fins d'audition.

21. A l'époque des faits, Monsieur E était l'associé de Monsieur D dans une autre société, L et L, qui sous-louait la discothèque de Z. Ce n'est qu'en avril 2014 qu'il avait été nommé gérant de la discothèque Y exploitée par La SARL « B ».
22. Interrogé sur les faits, il se souvenait qu'une femme s'était vue refuser l'entrée car elle était accompagnée de maghrébins. Il indiquait que c'était Monsieur D qui avait refusé l'entrée. Il expliquait que Monsieur D étant le gérant, il n'avait lui-même pas de pouvoir dans la discothèque à l'époque. De ce fait, il estimait qu'il ne pouvait intervenir. Se souvenant que son associé avait dit qu'il ne voulait pas de maghrébins, Monsieur E niait cependant avoir déclaré que «  *cinq maghrébins cela faisait trop*  ». En tant que nouveau gérant, il affirmait qu'il ne refuserait en tous cas pas de maghrébins.
23. L'épouse de Monsieur E, Madame K, était entendue le 17 décembre 2014, sans qu'elle ne puisse apporter d'explications. Elle était au bar au moment des faits et aurait appris l'incident après la soirée. Elle confirmait que Monsieur D était gérant de la discothèque à cette période.
24. Monsieur D était convoqué pour une audition libre, le 24 mars 2015.
25. Il confirmait être le seul gérant de la discothèque Y à l'époque des faits.
26. Il précisait : «  *Oui, je me rappelle avoir dit à cette personne que cinq maghrébins de plus pour cette soirée ça faisait trop car je ne souhaitais pas que l'on dise que c'est une boîte où il n'y a que de la racaille. Car dans l'esprit des gens quand il y a trop de maghrébins on est tout de suite catalogué comme boîte à racaille.*  »
27. Il précisait avoir dit que cinq maghrébins c'était trop pour cette soirée, puisqu'il y avait déjà des maghrébins dans la discothèque.
28. Interrogé sur les directives et les critères de sélection donnés au personnel à l'entrée, notamment de «  *refuser les arabes et les noirs*  », Monsieur D indiquait que ce n'était pas le cas et qu'il recevait régulièrement des arabes et des noirs dans ses autres établissements, en précisant : «  *mais, il est vrai que je fais attention à ce qu'il n'y en ait pas trop en même temps pour ne pas être affiché comme boîte à racaille*  ».
29. Monsieur D indiquait avoir non seulement des effectifs d'origine étrangère dans son personnel, maghrébin, algérien, roumain, serbe.... mais aussi que son ex-femme, était d'origine kabyle. «  *Je suis tout sauf raciste ; je tiens juste à assurer la pérennité de mes établissements.*  »
30. Interrogé sur le fait qu'il aurait laissé entrer des personnes typées pendant qu'il discutait avec le groupe de Madame C, il répondait: «  *J'ai des maghrébins que je considère comme des très bons clients à qui je ne refuse jamais l'entrée.*  »
31. Ne connaissant pas les membres du groupe de Madame C, il indiquait n'avoir pas été au courant de l'invitation qu'elle avait reçue par l'intermédiaire de la femme de Monsieur E. Il précisait que cette personne était au bar de l'établissement au moment des faits.
32. En réponse à la question de savoir s'il reconnaissait avoir commis des faits de discrimination raciale, Monsieur D répondait que «  *le racisme est lié à une race, or que je sache le Maghreb est une région du monde et non pas une race*  ».

33. La consultation du bulletin officiel des annonces civiles et commerciales confirmait que La SARL « B » exploitait l'établissement Y et la gérance unique de Monsieur D à la date des faits.

**Les suites de la procédure :**

34. Par décision MLD 2015-164 du 24 juillet 2015, le Défenseur des droits a rendu un avis en réponse à la demande du procureur de la République près le tribunal de grande instance de A du 7 mai 2015.
35. Par courrier en date du 21 octobre 2015, le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de A informait le Défenseur des droits qu'il avait engagé des poursuites pénales pour discrimination à l'encontre du nommé Monsieur D en sa qualité de gérant de la discothèque Y mais aussi en tant que représentant de la personne morale, en l'occurrence La SARL « B », au nom de laquelle il exerçait la gérance de la discothèque.
36. Le Défenseur des droits a adopté, le 5 février 2016, la décision MLD-2016-19 afin de présenter des observations lors de l'audience devant le TGI de A.
37. L'audience devant la chambre correctionnelle du TGI de A s'est déroulée, le 23 février 2016. Au début de l'audience, l'avocat du prévenu Monsieur D a précisé que ce dernier n'était plus gérant de la personne morale, La SARL « B ». De ce fait, il n'était pas en mesure de représenter cet établissement qui ainsi n'avait pas été correctement convoqué. Le tribunal a donc effectué une disjonction de la procédure contre la personne morale.
38. Par délibéré du TGI de A en date du 1 mars 2016, le nommé Monsieur D a été déclaré coupable du délit de discrimination et a été condamné à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et 8000 euros d'amende. Le tribunal condamnait le prévenu, en outre, à payer à chacune des parties civiles la somme de 500 euros outre 100 euros au titre des frais d'avocat. Monsieur D interjetait appel contre ce jugement devant la Cour d'appel de M.
39. La SARL « B » a été récitée devant le Tribunal de grande instance de A le 3 novembre 2016. Le tribunal a prononcé un jugement par défaut après l'audience en absence du prévenu, la SARL B qui a été condamné à 10000 d'amende délictuelle, 500 euros dommage et intérêt pour chacun des réclamants ainsi que 100 euros au titre des frais de procédure. Le Défenseur des droits ignore à ce jour si ce jugement est désormais définitif.

## Cadre et Analyse Juridique

40. Les articles 225-1 et 225-2 du code pénal répriment toute discrimination lorsqu'elle consiste à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service à raison de l'origine ou de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race.
41. La notion de fourniture de biens ou de services est entendue largement et recouvre la totalité des activités économiques, les termes « *biens et services* » devant être compris comme visant « *toutes les choses susceptibles d'être l'objet d'un droit et qui représentent une valeur pécuniaire ou un avantage* » (CA Paris 21 novembre 1974 et CA Paris 25 janvier 2005). Le texte ne distingue ni entre les professionnels et les particuliers, ni entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.
42. En l'espèce, l'accès à une discothèque est une prestation de service.
43. Pour que l'infraction de discrimination soit caractérisée, il convient de rapporter successivement la preuve de l'élément matériel et de l'élément intentionnel du délit.
44. L'élément matériel de l'infraction consiste dans le refus d'accès à la discothèque fondé sur l'origine ou de l'appartenance ou de la non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une race.
45. Les déclarations concordantes des plaignants avec celles du mis en cause confirment le refus d'accès à la discothèque en raison de l'origine maghrébine de cinq membres du groupe. Monsieur D a en effet confirmé avoir refusé l'accès à la discothèque au groupe des réclamants pour ce motif précis, à l'exclusion de tout autre.
46. Il ressort de l'ensemble de la procédure que les membres du groupe avaient réservé, qu'ils étaient correctement habillés, qu'ils n'avaient pas bu d'alcool, et que d'autres personnes ont pu accéder à la discothèque qui n'était pas pleine.
47. L'élément matériel de l'infraction est caractérisé par le refus d'accès exprimé par Monsieur D en présence de tous les membres du groupe ainsi que des vigiles.
48. Le fait que Monsieur D laisse éventuellement entrer d'autres maghrébins dans ses établissements et qu'il fasse en sorte de contrôler le nombre de ceux-ci pour éviter une réputation de « *boîte à racaille* », ou qu'il ait d'autres employés d'origine étrangère, ne change rien à la caractérisation de l'élément matériel de la discrimination.
49. En effet, la discrimination est réprimée lorsqu'il est établi que l'auteur du refus en cause a fondé sa décision sur un critère prohibé et était animé d'une intention de discriminer. Cette intention est caractérisée par la conscience de se livrer à des agissements discriminatoires, en l'espèce, refuser l'accès à la discothèque en raison de l'origine.
50. Ainsi, il n'est pas nécessaire, pour caractériser la conscience que peut avoir une personne de commettre une discrimination, de rechercher les raisons pour lesquelles elle a pris en compte un motif discriminatoire.
51. Quels que soient les mobiles de l'auteur, ceux-ci sont indifférents à la caractérisation de son intention dès lors que sa volonté d'opérer une différence de traitement reste fondée sur un critère de discrimination prohibé.
52. L'élément intentionnel de l'infraction est en conséquence caractérisé par le fait que Monsieur D a refusé l'accès sur la seule base d'un critère prohibé de discrimination,

l'origine maghrébine, ce qu'il a assumé devant les plaignants et lors de son audition par les enquêteurs. L'intention discriminatoire de l'intéressé est donc particulièrement manifeste.

53. En conséquence, au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère :
- La responsabilité pénale de Monsieur D en tant que personne physique est engagée au titre du refus d'accès à la discothèque, les réclamants ayant fait l'objet d'un refus en raison de leur origine ;
  - En tant que gérant de la discothèque, il a également engagé la responsabilité de La SARL « B » au nom et au compte de laquelle il exerçait la gérance au moment des faits du refus discriminatoire. Les agissements incriminés ayant été ainsi commis par un organe et un représentant pour le compte de celle-ci au sens de l'article 121-2 du code pénal, et dans son intérêt exclusif ;
  - L'élément matériel et l'élément moral de l'infraction de discrimination au sens des articles 225-1 et 225-2 du code pénal étant caractérisés, la responsabilité de Monsieur D en tant que personne physique et en tant que gérant de La SARL « B », ainsi que la responsabilité de cette personne morale sont engagées eu égard à ces infractions ;
  - Conformément aux articles susvisés du code pénal, si un tel refus discriminatoire est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, la commission du délit est réprimée par une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

\*\*\*

54. Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à l'appréciation de la Cour d'appel de M en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Jacques TOUBON