

Délibération n°2009-384 du 30 novembre 2009

Le Collège :

Vu le code pénal,

Vu la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse,

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 la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment son article 13,

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Sur proposition du Président,

Décide :

Par courrier du 30 septembre 2009, Madame la procureure de la République près le TGI a sollicité l'avis de la haute autorité concernant une plainte dont l'a saisi l'institution X relative à l'appel au boycott de produits israéliens. En effet, un constat d'huissier joint à la plainte fait état de la présence d'un panneau d'affichage, devant la Maison des Associations, installé par l'association Y, comportant le message suivant :

**« SOLIDARITE ET RESISTANCE non violente à la violence faites aux PALESTINIENS
N'ACHETEZ PLUS LES FRUITS ET LEGUMES ISRAELIENS de marque Z »**

Le Parquet interroge la haute autorité sur les qualifications pénales que peut recevoir le fait d'afficher, de diffuser un tel message.

Le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité adopte les termes des observations annexées ci-après.

Le Président

Louis SCHWEITZER

L'appel au boycott de produits israéliens est susceptible de recevoir deux qualifications pénales en matière de discrimination. D'une part, l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque prohibée par l'article 225-2, 2° du code pénal ou bien celle de provocation à la discrimination telle que définie par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881.

L'entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque

L'article 225-2, 2° du code pénal prohibe *l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque* à raison de l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une nation.

Par cette incrimination, issue de la loi n°77-574 du 4 juin 1977, le législateur entendait lutter contre les pratiques de boycott économique dans le commerce international inspirées par des raisons politiques.

Puisque le texte ne vise aucun comportement précis, l'entrave peut être de toute nature, pour peu qu'elle rende plus difficile l'exercice d'une activité économique, ce qui n'implique pas que l'activité ait été rendue impossible¹.

Il faut cependant que les agissements aient pu effectivement produire des effets. Dans un arrêt de 1994, la Cour de cassation a estimé que le délit n'était pas constitué dans la mesure où l'activité économique a été rendue impossible pour des raisons étrangères aux agissements du prévenu². De même, ne constitue pas une entrave à l'exercice d'une activité économique, le fait, pour un cocontractant, de certifier *a posteriori* l'origine d'un produit objet d'un contrat de vente déjà conclu et en cours d'exécution³.

Il faut par ailleurs que soit entravé l'exercice d'une véritable activité économique c'est-à-dire concourant à la production ou à la consommation de richesse. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que la vente d'un bien immobilier entre particuliers ne constitue pas l'exercice d'une activité économique en rappelant que la loi pénale est d'interprétation stricte⁴.

L'article 225-2, 2° exige encore que l'entrave affecte l'exercice *normal* de l'activité économique.

Certains ont soutenu que dans un contexte de boycott économique réciproque entre deux pays, l'exercice de l'activité économique ne pouvait pas être considéré comme normal et seraient donc autorisées des entraves qui dans des circonstances *normales* auraient été interdites. La Cour de cassation ne partage pas cette analyse et considère qu'« *une discrimination en matière économique ne peut être justifiée par l'existence d'un boycott irrégulier que l'article 225-2, 2° du code pénal a pour but de sanctionner* »⁵.

¹ Voir CA de Toulouse du 1^{er} décembre 1988, CA de Bordeaux du 20 novembre 2001 et Crim., 9 novembre 2004 Bull. crim. 2004, n° 273

² Crim., 21 novembre 1994, n° 93-84.384

³ Crim., 9 novembre 2004 précité

⁴ Crim., 24 mai 2005, Bull. Crim. 2005, n° 151

⁵ Crim. 18 décembre 2007, n° 06-82.245

Enfin, la répression pénale devra être écartée dès lors que l'on se trouve placé dans l'hypothèse de l'article 32 III de la loi n°77-574 du 7 juin 1977 qui prévoit que les dispositions des articles 225-2 et 432-7 du code pénal ne sont pas applicables lorsque les faits visés dans ces articles sont conformes à des directives du gouvernement prises dans le cadre de sa politique économique et commerciale, ou en application de ses engagements internationaux⁶.

En conclusion, le délit d'*entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque* doit s'entendre comme « *le fait non pas d'empêcher, mais de rendre plus difficile l'exercice par un professionnel d'une activité concourant à la production, à la distribution ou à la consommation des richesses au moyen d'un dénigrement particulier ou de pression diverses sur des clients potentiels* »⁷. Cette analyse est identique à celle effectuée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 28 septembre 2004.

En l'espèce, en l'absence d'éléments matériels tangibles ayant pour effet de gêner ou freiner l'exercice de l'activité économique, la qualification d'*entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque* ne semble pas pouvoir être retenue pour l'affichage d'un panneau devant la maison des associations, qui pourrait seulement constituer un acte préparatoire à une éventuelle opération d'entrave.

La provocation à la discrimination

Lorsque l'entrave ne s'est pas manifestée par des agissements concrets, une autre qualification peut être envisagée : la provocation à la discrimination prévu par l'article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 aux termes duquel « *Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

C'est ce qu'illustre l'affaire suivante : à l'occasion d'une réunion du conseil municipal, le maire avait indiqué avoir demandé aux services de restauration de la commune de boycotter les produits en provenance d'Israël, ses propos ayant par ailleurs été reproduits sur le site internet de la commune. Alors qu'ils étaient invités à requalifier en entrave à l'exercice normal d'une activité économique, les juges du fond ont maintenu la qualification initiale de provocation à la discrimination. La cour d'appel de Douai considérait que « *les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 incriminent le fait de provoquer par discours ou par écrits à la discrimination emportant entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque. Qu'en effet, ces textes renvoient aux dispositions des articles 225-1 et 225-2 du code pénal qui pour le premier définit la discrimination comme étant le fait d'opérer une distinction entre les personnes physiques à raison leur appartenance à une nation et pour le second prévoit qu'elle consiste à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque* ». La chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé l'analyse de la cour d'appel de Douai, et a rejeté le pourvoi⁸.

⁶ Voir. CE 18 avril 1980

⁷ CA de Paris 16 juin 2008

⁸ CA de Douai 11 septembre 2003 ; Cass. Crim. 28 septembre 2004.

En l'espèce donc, et au regard de la jurisprudence précitée, la qualification juridique qui semble pouvoir être retenue est celle de provocation à la discrimination emportant entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

Il n'est pas contestable que l'appel public au boycott litigieux constitue une provocation à la discrimination – inciter le public à ne pas acheter certains produits en raison de leur origine – et par suite, entraver l'exercice normal de l'activité économique des producteurs et distributeurs des fruits et légumes Israéliens de marque Z.

Le mobile politique qui pourrait être avancé est indifférent dans la mesure où l'élément intentionnel est caractérisé par la seule conscience d'inciter le public à traiter différemment les producteurs ou distributeurs israéliens de fruits et légumes.

Le délit de provocation à la discrimination paraît donc constitué. Se pose néanmoins la question de savoir si la condamnation qui pourrait résulter de l'engagement de poursuite à l'encontre des auteurs de l'infraction ne constituerait pas une atteinte au droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Dans une espèce récente où la Cour devait dire si la condamnation à une peine d'amende de 1000 € d'un maire pour avoir appelé au boycott de produits israéliens constituait une atteinte à la liberté d'expression, la Cour affirme :

« A l'instar de la juridiction d'appel et de la Cour de cassation, la Cour constate que le requérant n'a pas été condamné pour ses opinions politiques mais pour une incitation à un acte discriminatoire. C'est d'ailleurs ce qu'avait souligné le Procureur général en précisant qu'il n'était pas reproché au requérant une idéologie antisémite (voir paragraphe 12 ci-dessus). En effet, le requérant ne s'est pas contenté de dénoncer la politique menée à l'époque par Ariel Sharon, mais il est allé plus loin, en annonçant un boycott sur les produits alimentaires israéliens.

La Cour note que la Cour de cassation a non seulement pris en compte l'annonce du boycott faite oralement lors du conseil municipal mais également le message diffusé sur le site Internet de la commune. A cet égard, ce message a aggravé le caractère discriminatoire de la position du requérant, confortée ainsi par l'utilisation de termes polémiques.

La Cour relève qu'en sa qualité de maire, le requérant avait des devoirs et des responsabilités. Il se doit, notamment, de conserver une certaine neutralité et dispose d'un devoir de réserve dans ses actes lorsque ceux-ci engagent la collectivité territoriale qu'il représente dans son ensemble. A cet égard, un maire gère les fonds publics de la commune et ne doit pas inciter à les dépenser selon une logique discriminatoire.

La Cour conçoit que l'intention du requérant était de dénoncer la politique du premier ministre de l'Etat d'Israël, mais elle estime que la justification du boycott exprimée tant lors de la réunion du 3 octobre 2002 que sur le site internet correspondait à une démarche discriminatoire et, de ce fait, condamnable. Au-delà de ses opinions politiques, pour lesquelles il n'a pas été poursuivi ni sanctionné, et qui entrent dans le champ de sa liberté d'expression (voir, a contrario, Jérusalem, précité), le requérant a appelé les services municipaux à un acte positif de discrimination, refus explicite et revendiqué d'entretenir des relations commerciales avec des producteurs ressortissants de la nation israélienne. Ce faisant, par l'exposé d'une communication effectuée tant lors de la réunion du conseil municipal, sans donner lieu à débat ni vote, que sur le site internet de la commune, le requérant ne peut soutenir avoir favorisé la libre discussion sur un sujet d'intérêt général.

La Cour note encore que dans ses réquisitions devant les juridictions internes, le procureur de la République a fait valoir que le maire ne pouvait se substituer aux autorités gouvernementales pour ordonner un boycott de produits provenant d'une nation étrangère (paragraphe 12 et 22 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour considère que les motifs avancés par les juridictions françaises pour justifier l'ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'expression étaient « pertinents et suffisants » aux fins de l'article 10 § 2 de la Convention »⁹.

Toutefois, le Collège souligne que le cas jugé par la Cour européenne des droits de l'homme est relatif à une espèce différente de celle soumise par le Procureur de la République, en ce qu'elle concerne un élu local, ayant des responsabilités publiques, qui a été au-delà de ses pouvoirs en appelant les services municipaux à un acte positif de discrimination.

En conclusion, s'agissant de la présence d'un message appelant à un boycott apposé sur un panneau d'affichage dans une maison des associations, le Collège, sans prendre partie sur l'opportunité des poursuites, relève que les poursuites qui pourraient être engagées, ne pourraient l'être que sur le fondement de l'article 24 alinéa 8 du 29 juillet 1981.

⁹ Arrêt CEDH , 16 juillet 2009 Willem c. France §§ 35-40