

LA RÉPRESSION DE L'APPEL AU BOYCOTT DES PRODUITS ISRAËLIENS EST-ELLE CONFORME AU DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION* ?

PAR

François DUBUISSON**

RÉSUMÉ

La mise en œuvre par un ensemble d'ONG d'une campagne de boycott, désinvestissement, sanctions (BDS) visant l'État d'Israël a donné lieu à des condamnations pénales en France, fondées sur une législation interdisant l'entrave discriminatoire de l'exercice normal d'une activité économique quelconque. L'étude entend montrer que cette pénalisation des appels au boycott des produits israéliens pose des graves problèmes de compatibilité au droit à la liberté d'expression. D'une part, l'incrimination de l'appel au boycott des produits israéliens procède d'une interprétation extensive des termes de la loi, destinée à l'origine à ne viser que la mise en œuvre par les opérateurs économiques français des mesures de boycott décidées par des États étrangers. D'autre part, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que les associations militantes bénéficient d'une liberté d'expression particulièrement étendue dans l'exercice de leurs activités politiques, à laquelle la répression de l'appel au boycott apporte une limitation disproportionnée.

Depuis plusieurs années, une campagne de boycott, désinvestissement, sanctions (BDS) visant l'État d'Israël a été lancée par un ensemble d'ONG, dans divers pays, à la suite d'un appel lancé par la société civile palestinienne, en juillet 2005 (1). Elle consiste notamment à prôner diverses formes de boycott, économique, académique et culturel, en vue de faire pression sur l'État d'Israël pour qu'il cesse sa politique d'occupation et respecte le droit international. La mise en œuvre de cette campagne a donné lieu à des poursuites judiciaires en France, visant des militants ou des personnalités ayant publiquement promu le boycott de produits israéliens. Jean-Claude Willem, maire de la commune de Seclin, a été condamné pour avoir annoncé son intention de demander aux services de restauration de sa commune de

* L'auteur remercie Ghislain Poissonnier pour son aimable aide dans la récolte des décisions judiciaires et ses commentaires.

** Chargé de cours, Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles (ULB).

(1) Palestinian Civil Society Call for BDS, 9 July 2005, <http://www.bdsmovement.net/call>.

ne plus acheter de produits en provenance de l'État d'Israël (2). Par ailleurs, une militante de la Ligue des droits de l'homme (affaire *S. A.*) a également été condamnée pour avoir apposé un autocollant appelant au boycott sur une bouteille de jus de fruit provenant d'Israël (3). Le motif de la condamnation dans ces deux cas a été l'incitation publique à la discrimination nationale. Ces procédures judiciaires ont été appuyées par la Direction des affaires criminelles du ministère de la Justice (4), qui a publié en février 2010 une directive appelant à la répression des campagnes de boycott des produits israéliens et enjoignant le ministère public d'« assurer une réponse cohérente et ferme à ces agissements » (5).

La France est l'un des rares États à avoir établi, en se fondant sur la mise en œuvre de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, une législation visant spécifiquement le boycott, en interdisant « l'entrave de l'exercice normal d'une activité économique quelconque », fondée sur « toute distinction opérée entre les personnes à raison de leur appartenance à une nation ». L'application de ce type d'appareil législatif aux campagnes de boycott des produits israéliens pose la question de sa conformité avec le droit à la liberté d'expression, liberté dans le cadre de laquelle s'inscrivent *a priori* les activités militantes des associations promouvant la campagne BDS. Le droit à la liberté d'expression est établi par de nombreux instruments européens et internationaux, notamment l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (ci-après « CEDH ») et l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, dont la portée est similaire.

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la CEDH ») énonce :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques [...].

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, [...]. »

(2) Cour d'appel de Douai, 11 septembre 2003, inédit.

(3) Cour d'appel de Bordeaux, 22 octobre 2010, Dalloz.fr.

(4) La Direction des affaires criminelles et des grâces est placée sous l'autorité du garde des Sceaux. Elle définit les politiques pénales, anime et coordonne l'exercice de l'action publique (<http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/direction-des-affaires-criminelles-et-des-graces-10024/>).

(5) Directive du directeur des affaires criminelles et des grâces, 12 février 2010, CRIM-AP N°. 09-900-A4.

Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a très souvent souligné, « la liberté d'expression consacrée par l'article 10 constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" » (6).

Toute limitation apportée par l'État à l'exercice de la liberté d'expression doit pouvoir être justifiée au regard des critères énumérés au paragraphe 2 de l'article 10. La restriction doit être prévue par la loi et constituer une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de l'un des buts légitimes énoncés, notamment la protection des droits d'autrui (7). Dans le contexte de l'article 10 de la Convention européenne, le caractère « nécessaire » des mesures suppose l'existence d'un « besoin social impérieux » (8).

C'est donc à l'aune de ces normes et de ces critères que doit s'apprécier la compatibilité de la répression de l'appel au boycott des produits israéliens avec le principe de la liberté d'expression. La présente contribution entend montrer que cette pénalisation des appels au boycott des produits israéliens n'est pas compatible avec ce droit à la liberté d'expression. Nous développerons notre analyse plus spécifiquement en nous plaçant dans le contexte français, seul État dans lequel sont intervenues des condamnations visant l'appel au BDS. D'une part, la manière même dont la législation française est appliquée en l'espèce soulève de sérieuses interrogations, dans la mesure où elle procède d'une interprétation particulièrement extensive des termes de la loi (I). D'autre part, la répression de l'appel au boycott des produits israéliens ne peut être considérée comme une limitation à la liberté d'expression qui soit juridiquement « nécessaire » à la protection des droits d'autrui, en l'occurrence ceux des producteurs israéliens (II).

(6) Voy. not. Cour eur. D.H. arrêts *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998, § 46; *Castells c. Espagne* du 23 avril 1992, § 42, et *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995, § 52. Toutes les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme citées sont disponibles dans la base de données HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int>.

(7) Voy. R. PINTO, « La liberté d'information et d'opinion et le droit international », *J.D.I.*, 1981, pp. 102-104; G. COHEN-JONATHAN, « Article 10 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 385 et s.; V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 10, § 2 », in *ibidem*, pp. 409-418.

(8) Voy. not., affaire *News Verlags GmbH & Cokg c. Autriche*, 11 janvier 2000, n° 31457/96, *Rec. 2000-I*, § 52.

I. — UNE RESTRICTION « PRÉVUE PAR LA LOI » ?
L'INTERPRÉTATION EXTENSIVE
DE LA LÉGISLATION « ANTI-DISCRIMINATION »

La première condition à remplir pour qu'une limitation à la liberté d'expression soit admissible est qu'elle soit « prévue par la loi ». Selon la Cour européenne des droits de l'homme,

« pour satisfaire à cette condition, il ne suffit pas que l'ingérence ait une base en droit interne. La loi elle-même doit répondre à certaines exigences de « qualité ». En particulier, une norme ne peut être qualifiée de « loi » si elle n'est pas énoncée avec assez de précision pour permettre au justiciable de régler sa conduite : en s'entourant au besoin de conseils éclairés, celui-ci doit être en mesure de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » (9).

La Cour précise que « le degré de précision dépend dans une large mesure du contenu du texte en cause, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires » (10).

Les poursuites concernant les cas d'appel au boycott des produits israéliens sont fondées sur les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, et sur les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal.

Selon l'article 24, alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse,

« [...] 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 45000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement ».

Les moyens visés à l'article 23 sont les « discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics », les « écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics », les « placards ou []es affiches exposés au regard du public », soit encore « tout moyen de communication au public par voie électronique ».

L'article 225-1 du Code pénal français définit la discrimination comme « toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grosseur, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activi-

(9) Cour eur. D.H., affaire *Editorial Board of Pravoye Delo c/ Ukraine*, arrêt du 5 mai 2011, § 42. Voy. également affaire *Ahmet Yildirim c/ Turquie*, arrêt du 18 décembre 2012, § 57.

(10) Cour eur. D.H., affaire *Editorial Board of Pravoye Delo c/ Ukraine*, arrêt du 5 mai 2011, § 43.

tés syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée». Les mêmes critères sont également d'application concernant les membres ou certains membres des personnes morales, pour les distinctions dont ces dernières feraient l'objet. Selon l'article 225-2, la discrimination punissable vise plus spécialement certains comportements, parmi lesquels figure le fait d'«entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque» (2°).

À cet égard, il n'apparaît pas que ce dispositif législatif soit rédigé d'une manière qui permette de manière prévisible de fonder les poursuites visant les appels au boycott émanant d'ONG ou de militants. Un tel constat découle tant de l'examen de l'historique législatif de ces dispositions (A) que des termes mêmes qui y sont utilisés (B).

*A. — L'historique de la législation « anti-boycott » :
un texte destiné à viser uniquement les opérations
du commerce international*

Les textes mentionnés ci-dessus, qui forment un dispositif visant à pénaliser l'incitation à la discrimination économique, tirent leur origine historique d'une loi adoptée par l'Assemblée nationale en 1977. La loi du 7 juin 1977 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (11) a inscrit dans le Code pénal un article 416-1 qui se lisait comme suit :

« Les peines énoncées à l'article 416 sont également applicables à quiconque aura, par son action ou son omission, et sauf motif légitime, contribué à rendre plus difficile l'exercice d'une quelconque activité économique dans des conditions normales :

1° Par toute personne physique à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une race ou une religion déterminée ;

2° Par toute personne morale à raison de l'origine nationale, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion déterminée, de ses membres ou de certains d'entre eux ».

Adoptée sur initiative parlementaire (12), contre l'avis du gouvernement, cette disposition s'inscrivait dans le contexte du boycott décrété par la Ligue arabe à l'encontre de l'État d'Israël. Selon les promoteurs de la proposition, la loi visait en effet « essentiellement à lutter contre le boycott par certains pays des entreprises ayant des relations commerciales avec Israël » (13).

(11) Loi n° 77-574 du 7 juin 1977 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *J.O.R.F.*, 8 juin 1977, p. 3151.

(12) Amendement n° 28 présenté par MM. Foyer et Krieg, Assemblée nationale, 1^{er} séance du 30 novembre 1976, 8806.

(13) Rapport fait par M. Yvon Coudé de Foresto, Sénat, session ordinaire 1976-1977, n° 296, 12 mai 1977, p. 9, Rapport fait par M. Augustin Chauvet, Assemblée nationale, session ordinaire 1976-1977, n° 2925, 26 mai 1977, p. 9.

L'hypothèse visée était celle de sociétés ou d'organismes français, amenés à accepter des clauses dans les contrats passés avec certains États arabes ou ressortissants de ces États, par lesquelles ils s'obligeaient à ne pas recourir aux services de sociétés israéliennes. C'est ce qui ressort très explicitement des explications fournies, lors du débat à l'Assemblée nationale, par le concepteur de la proposition de loi, J.-F. Krieg :

« Je ne vais pas “tourner autour du pot” et je dirai crûment les choses. Chacun sait que les entreprises industrielles françaises qui démarchent certains pays de la Ligue arabe se voient imposer par celle-ci de répondre à des questionnaires leur demandant si, dans d'autres conditions, elles travaillent avec Israël ou même avec des organismes et des banques dans lesquels les intérêts israéliens ou israélites sont particulièrement importants. Si les entreprises concernées ne répondent pas ou si leurs réponses sont jugées non satisfaisantes, leurs partenaires les placent devant un dilemme : “ou bien vous renoncez à travailler avec les autres, ou bien vous renoncez à travailler avec nous”. Incontestablement notre commerce extérieur subit ainsi un préjudice important. En outre, cette ingérence d'États étrangers dans notre législation et nos affaires est anormale. Or des pays [...] placés devant le même problème, sont parvenus à le résoudre en introduisant simplement dans leur arsenal pénal des dispositions législatives qui interdisent à toute personne [...] de répondre à toute demande témoignant d'une quelconque discrimination raciale, ethnique ou religieuse. Aux États-Unis et au Canada, de telles dispositions n'ont jamais empêché aucune entreprise de commercer avec des pays arabes ou dépendant de la Ligue arabe. Les pays acheteurs se sont inclinés, considérant que ces dispositions constituaient une obligation imposée à leurs cocontractants, avec lesquels ils traitent d'ailleurs comme dans le passé » (14).

En prohibant l'entrave économique discriminatoire en fonction de l'origine nationale, la loi visait « plus particulièrement à donner aux entreprises les moyens de ne pas céder au boycott exercé par certains États étrangers et, en particulier à celui exercé par certains pays de la Ligue arabe contre les entreprises entretenant des relations commerciales avec Israël » (15). Le texte n'avait donc nullement pour objectif de viser les éventuels appels au boycott émanant de la société civile. Il s'agissait de réguler certaines pratiques relevant de la vie des affaires internationales, et en aucune manière de se prononcer sur une quelconque limitation à des discours relevant en principe de l'exercice de la liberté d'expression s'inscrivant dans le cadre d'activités militantes. Ce point est encore confirmé par un ajout fait au texte finalement voté, fruit des longues discussions ayant animé le parcours législatif de la proposition. Devant les préoccupations manifestées par le gouvernement et par le Sénat sur le fait que cette disposition puisse handicaper les sociétés françaises sur le marché international, un troisième paragraphe a été adjoint, qui rend les dispositions de l'article 416-1 inapplicables « lorsque les faits visés sont conformes à des directives du gouvernement prises dans le cadre

(14) Assemblée nationale, 1^{re} séance du 30 novembre 1976, 8807.

(15) Rapport fait par M. Yvon Coudé de Foresto, Sénat, session ordinaire 1976-1977, n° 235, 5 avril 1977, p. 60.

de sa politique économique et commerciale ou en application de ses engagements internationaux ». Cet ajout était destiné à permettre au gouvernement d'exempter de l'application de cette disposition certaines activités, en vue de poursuivre certains objectifs commerciaux d'intérêt national. En application de ce texte, le Conseil des ministres avait édicté une directive qui excluait de l'application de l'article 416-1 « les opérations commerciales en direction des marchés du Moyen-Orient, de l'Asie du Sud-Est, de l'Amérique latine et de certains pays d'Afrique » (Avis du 27 juillet 1977). Sur recours, cette directive avait été censurée par le Conseil d'État, par un arrêt du 18 avril 1980 (16). La juridiction administrative a considéré qu'en vertu du paragraphe additionnel « le Gouvernement [...] a la faculté de déterminer *des catégories d'opérations commerciales d'exportation* à l'occasion desquelles certains faits entrant dans le champ d'application des articles 187-2 et 416-1 du Code pénal n'entraînent pas l'application de ces articles » (17), mais qu'en l'occurrence la directive avait pour effet de retirer aux dispositions concernées la plus grande partie de leur portée, ce qui entraînait son annulation (18). Par le libellé de cette directive gouvernementale et l'analyse qu'a faite le Conseil d'État du champ de l'article 416-1, se trouve pleinement confortée l'interprétation selon laquelle la loi n'avait d'autre objet que de viser les opérations de commerce international impliquant des sociétés françaises. C'est également en ce sens que se prononçait la commissaire du Gouvernement dans les conclusions rendues en cette affaire : « le texte de l'article 32 de la loi du 7 juin 1977 avait été pris pour mettre fin précisément aux pratiques et aux pressions de certains États arabes sur les entreprises françaises et sur certains organismes publics ou para-publics » (19).

La disposition actuellement en vigueur, l'article 225-2 2°, a été adoptée à l'occasion de la réforme du Code pénal de 1992 (20), en s'inscrivant dans la continuation directe de l'article 416-1 (21). Seule une certaine reformulation a été opérée, mais aucun éclairage particulier n'a été apporté qui indiquerait

(16) C.E., *Société Maxi-Librati création et autres*, 18 avril 1980, *A.J.D.A.*, 1981, p. 233.

(17) Nous soulignons.

(18) Sur cette affaire, voy. Voy. J.-L. BISMUTH, *Le boycottage dans les échanges économiques internationaux au regard du droit. Remarques autour et sur la loi française du 7 juin 1977*, Paris, Economica, 1980, pp. 56 et s.; C. GOYARD, « La réglementation des boycottages illicites devant le Conseil d'État », *A.J.D.A.*, 1981, pp. 227 et s.

(19) Conclusions de M^{me} Hagelsteen, commissaire du Gouvernement, C.E., *Société Maxi-Librati création et autres*, 18 avril 1980, *J.C.P.*, 1980, II, 19364.

(20) Loi n° 92684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, publiée au *Journal Officiel* du 23 décembre 1992.

(21) Cette continuation est confirmée par la Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 14 mai 1993 présentant le commentaire des dispositions de la partie législative du nouveau Code pénal : « Les articles 225-1 et suivants du nouveau Code pénal reprennent, en les complétant, en améliorant la présentation et en aggravant la répression, les dispositions des articles 416, 416-1 et 416-2 du Code actuel. [Selon l'article 225-2.] la discrimination peut ainsi consister : [...] à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. *Ce comportement est actuellement sanctionné par l'article 416-1* » (nous soulignons).

une volonté d'en modifier ou d'en étendre la portée. Dans l'affaire *Willem*, la Cour européenne des droits de l'homme a mis en évidence cette ascendance directe liant le texte de l'article 225-2 à celui de l'article 416-1, en soulignant l'objectif précis qui avait été conféré à cette disposition :

« L'entrave à l'exercice d'une activité économique était précédemment incriminée par l'article 416-1 de l'ancien code pénal issu de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977, loi dite « anti-boycott ». Lors de la rédaction de ce texte, le législateur national avait pour objectif de lutter contre *certaines pratiques de boycott économique dans le commerce international* et, notamment, le boycott d'Israël » (22).

La prise en compte de l'origine historique du dispositif législatif « anti-boycott » révèle ainsi que son objet est circonscrit aux actes du commerce international (23) et qu'il n'a aucunement été question, lors de sa conception, d'instaurer une quelconque limitation à l'exercice de la liberté d'expression d'associations militantes. Ce n'est que tout dernièrement que cette loi a été utilisée pour entamer des poursuites pénales visant les campagnes BDS. Outre que ces poursuites cadrent mal avec l'objectif initial de la loi, elles s'accordent de surcroît difficilement avec les termes mêmes du texte législatif.

B. — *Les termes de la loi ne sont pas susceptibles de viser les appels citoyens au boycott*

Le domaine d'application de la loi tel qu'il avait été conçu lors de son adoption originelle était, comme on l'a montré, totalement distinct de celui des activités militantes des ONG et de leurs membres. La directive de la direction des affaires criminelles, mentionnée plus haut, entend néanmoins faire application du dispositif anti-discrimination aux « appels au boycott des produits israéliens » prenant « le plus souvent la forme de rassemblements dans des centres commerciaux », manifestations susceptibles de faire ensuite « l'objet de diffusions via des sites internet ». Les faits visés ne consistent donc pas en l'engagement de ne pas contracter avec des ressortissants israéliens dans le cadre de relations commerciales, mais dans le fait d'essayer d'influencer les consommateurs dans l'achat de produits, dans une perspective politique.

Dans l'affaire *S.A.*, personne qui était poursuivie pour avoir apposé sur une bouteille de jus de fruit un autocollant comportant l'inscription « Boycott apartheid Israël », la Cour d'appel de Bordeaux a ainsi jugé que Madame A. « a incité, appelé à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque, en opérant une distinction entre les producteurs, fournisseurs de ces produits, en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une

(22) Cour eur. D.H., *Willem c/ France*, arrêt du 9 juillet 2009, § 20 (nous soulignons).

(23) Pour l'un des rares cas d'application, voy. Cass crim., 18 décembre 2007, *Rec. Dalloz*, 2008, Jurisprudence, p. 893. Cette affaire visait le cas d'une société française en relation commerciales avec une société des Emirats arabes unis, qui avait fourni une attestation par laquelle elle s'engageait à ne pas recourir à un transporteur israélien pour la livraison des marchandises.

nation déterminée, en l'espèce Israël, faits qui constituent une discrimination à l'égard de ces mêmes personnes » (24). En l'occurrence, le juge a fondé cette condamnation sur une interprétation de la loi selon laquelle

« l'infraction de provocation à la discrimination consistant à entraver l'exercice normal d'une activité économique (en l'espèce la vente de produits israéliens) par des personnes physiques ou morales en raison de l'appartenance de ces personnes à une nation, Israël, est précisément prévue à l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 modifié, en ce que ce dernier fait expressément référence à l'article 225-2 du Code pénal qui réprime les actes de discrimination consistant à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque (donc le boycott de produit), et renvoie à l'article 225-1 du Code pénal qui définit la discrimination comme toute distinction opérée entre les personnes physiques ou morales à raison de leur appartenance à une nation » (25).

Pourtant, de nombreuses questions se posent quant à l'utilisation des termes des textes législatifs mentionnés en vue de la sanction des appels au boycott concernés. La discrimination qui est visée doit consister en une « entrave » à l'exercice d'une activité économique. Prise dans son sens ordinaire, la notion d'entrave suppose que des obstacles, des empêchements sérieux soient mis au développement d'une activité commerciale (26). En l'espèce, il est uniquement fait appel au libre choix des consommateurs, sans qu'aucune forme de contrainte ou de pression ne soit exercée ni à leur égard ni à l'égard des producteurs israéliens (27). Dans le chef du consommateur lui-même, le fait de ne pas acheter de produits israéliens pourrait difficilement être qualifié de discriminatoire ou d'entrave, puisque ses préférences d'achats procèdent très certainement d'un choix discrétionnaire. Il est ainsi difficile d'apercevoir où, dans le cas d'un appel citoyen au boycott économique, se situe l'entrave exigée par le texte et où se situe la discrimination illicite dont l'incitation serait poursuivie.

Par ces différents aspects, la situation est différente de celle où les agents économiques s'interdisent de nouer des relations avec des opérateurs de

(24) Cour d'appel de Bordeaux, 22 octobre 2010, Dalloz.fr. Pour une critique de cette décision, voy. G. POISSONNIER, « Une pénalisation abusive de l'appel citoyen au boycott », *Rec. Dalloz*, 7 octobre 2010, n° 34, pp. 2 et s.

(25) Le pourvoi contre cette décision de condamnation a été rejeté par la Cour de cassation (Cass. crim., 22 mai 2012, inédit), mais cet arrêt de rejet peut difficilement être vu comme une décision de principe, la Cour se limitant à constater « qu'en prononçant ainsi, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction et qui répondent aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, la cour d'appel a justifié sa décision ». Sur la portée de cette décision, voy. F. DUBUISSON et G. POISSONNIER « L'appel citoyen au boycott des produits de l'État d'Israël constitue-t-il une infraction ? Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 2012 », *AJ Pénal*, novembre 2012, pp. 592-595.

(26) Le Petit Robert, v° « entrave », édition 2012.

(27) Voy. S. DETRAZ, « Discrimination : entrave à l'exercice normal d'une activité économique à raison de l'appartenance à une nation », *Rec. Dalloz*, 2008, pp. 893 et s.

nationalité israélienne puisque, dans ce cas, un obstacle est effectivement mis à la possibilité pour ces opérateurs de conclure des contrats (28).

On constate ainsi que les décisions de condamnation des appels au boycott procèdent d'une interprétation particulièrement large des textes relatifs à l'interdiction de la discrimination, sans aucunement tenir compte du fait que les actions des groupes militants s'inscrivent dans l'exercice de la liberté d'expression et poursuivent un objectif politique. On peut dès lors sérieusement douter du fait que les poursuites ou les condamnations concernant les appels au boycott des produits puissent être considérées comme fondées sur une restriction à la liberté d'expression « prévue par la loi », au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est en ce sens que s'est récemment développé un courant jurisprudentiel, qui conteste l'applicabilité de l'appareil législatif anti-discrimination aux actions de boycottage politique. Dans une affaire où les poursuites concernaient la publication d'une vidéo promouvant le boycott, le Tribunal de grande instance de Paris a tiré les conclusions suivantes :

« Il en résulte que le texte visé à la prévention [article 24 de la loi sur la liberté de la presse] ne saurait, avec le degré de prévisibilité exigé par les normes constitutionnelles et conventionnelles, être invoqué pour interdire, en tant que tel, l'appel (1) invitant une certaine forme d'objection de conscience, que chacun est libre de manifester ou pas, (2) dépourvu de toute contrainte susceptible d'entraver la liberté des consommateurs, (3) lancé par des organisations non gouvernementales ne disposant d'aucune prérogative de puissance publique, (4) à ne pas acheter des produits en provenance de tel pays déterminé, en guise de protestation morale contre la politique de cet État » (29).

Le Tribunal de grande instance de Mulhouse a, de manière analogue, jugé que le fait d'interpeller des clients d'un supermarché et de les inviter à ne pas acheter des produits en provenance d'Israël n'est pas visé par l'infraction de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence au sens de l'article 24, alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 (30).

Dans le point suivant, il sera montré qu'en toute hypothèse, la répression des appels au boycott des produits israéliens ne peut être considérée comme une limitation à la liberté d'expression qui soit juridiquement « nécessaire » à la protection des droits des producteurs israéliens, dès lors que le contexte dans lequel interviennent ces appels est pleinement pris en considération.

(28) G. POISSONNIER, « Une pénalisation abusive ... », *op. cit.*, p. 4.

(29) T.G.I. Paris, 8 juillet 2011, inédit.

(30) T.G.I. Mulhouse, 15 décembre 2011, *Gaz Pal.*, 16 février 2012 n° 47, p. 9 et la note G. POISSONNIER, « L'article 24, alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 est inapplicable à des faits d'appel citoyen au boycott ».

II. — LA RÉPRESSION DES APPELS AU BOYCOTT N'EST PAS
UNE RESTRICTION « NÉCESSAIRE » À LA PROTECTION DES
DROITS D'AUTRUI

Toute limitation apportée par l'État à l'exercice de la liberté d'expression doit être justifiée au regard des critères énumérés au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La restriction doit constituer une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de l'un des buts légitimes énoncés, notamment la protection des droits d'autrui (31). Comme l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme, « il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était “proportionnée au but légitime poursuivi” et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent “pertinents et suffisants” » (32).

En l'occurrence, les « droits d'autrui » concernés ont été considérés comme étant ceux des producteurs israéliens. Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour, plusieurs éléments indiquent que la répression de l'appel au boycott des produits israéliens ne peut être considérée comme une limitation « nécessaire » à la protection de tels droits : d'une part, le fait que cet appel émane de groupes militants (a), d'autre part, la prise en compte de l'objectif poursuivi par les campagnes de boycott (b).

A. — *Les groupes militants bénéficient d'une protection renforcée de leur liberté d'expression*

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme accordent une protection renforcée aux actions menées par les associations et groupes militants. Dans une affaire concernant la distribution de tracts dénonçant la politique de la chaîne de restauration rapide Mc Donald, la Cour a énoncé :

« Même des petits groupes militants non officiels [...] doivent pouvoir mener leurs activités de manière effective et [...] il existe un net intérêt général à autoriser de tels groupes et les particuliers en dehors du courant dominant à contribuer au débat public par la diffusion d'informations et d'opinions sur des sujets d'intérêt général » (33).

Il en résulte que « l'expression politique y compris sur des sujets d'intérêt général, exige un niveau élevé de protection » (34). En son principe, le boycott apparaît comme étant une mesure légitime à laquelle les associations militantes peuvent avoir recours, que ce soit à l'encontre d'entreprises ou

(31) Voy. R. PINTO, *op. cit.*, pp. 102-104; G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, pp. 385 et s.; V. COUSSIRAT-COUSTERE, *op. cit.*, pp. 409-418.

(32) Cour eur. D.H., *Mamère c/ France*, 7 novembre 2006, § 19.

(33) Cour eur. D.H., *Steel & Morris c/ Royaume-Uni*, 15 février 2005, § 89.

(34) *Ibidem*, § 88; Cour eur. D.H., *affaire Renaud c/ France*, 25 février 2010, § 33.

d'États, et il est fréquemment utilisé sans que sa légalité ne soit mise en cause (35). C'est ce qu'a souligné le tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 8 juillet 2011 :

« Les autres appels, émanant de certains secteurs de la société civile, au boycott de tels produits en provenance d'un pays ou d'une entreprise sont nombreux, sans qu'ils aient jamais été incriminés dans l'ordre des abus de la liberté d'expression » (36).

Une telle mesure constitue en effet un moyen d'action visant à susciter le débat sur des questions d'intérêt général. Dans le cas de la campagne BDS, l'appel au boycott vise à promouvoir le respect du droit international par Israël et à proposer un moyen d'action palliant ce qui est perçu comme étant une défaillance des États et des institutions internationales (37). C'est en ce sens que s'est prononcé le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés, dans un Rapport du 7 juin 2010 :

« L'opération « Plomb durci » a choqué la conscience de l'humanité et donné naissance, partout dans le monde, à un sentiment de solidarité à l'égard du calvaire et de la lutte du peuple palestinien. Ce sentiment a été renforcé par la réalisation que ni les États voisins, ni l'ONU et ses États Membres les plus puissants ne voulaient, ou ne pouvaient, protéger le peuple palestinien et défendre ses droits. [...] La campagne mondiale de la société civile pour le boycottage, le désinvestissement et les sanctions, en vue d'exercer une pression économique et sociale non violente propre à mettre fin à l'occupation israélienne, est le fruit de ce sentiment et s'est développée à un rythme rapide depuis quelques années. Cette idée d'un mouvement anti-occupation de portée mondiale en est venue à ressembler à maints égards au mouvement antiapartheid qui a beaucoup contribué à la transformation du climat politique en Afrique du Sud à la fin des années 80.

La partie boycottage de cette campagne prend de multiples formes. À titre d'exemple, on peut citer le boycott des produits des colonies de peuplement israéliennes en Europe ou l'autorisation donnée aux magasins en Grande-Bretagne d'apposer sur les produits alimentaires et autres des étiquettes indiquant qu'il s'agit de produits de ces colonies. [...] Des actions similaires ont été entreprises en ce qui concerne les relations universitaires et culturelles » (38).

(35) Divers appels au boycott, de natures assez diverses, sont intervenus en France ces dernières années, sans que leur validité juridique ne soit mise en question : appels au boycott de certains restaurants Quick en raison de leur décision de ne proposer que de la viande halal, au boycott des manifestations culturelles prévues dans le cadre de l'Année du Mexique pour protester contre la condamnation de Florence Cassez, au boycott de Danone pour sa politique de délocalisation, au boycott des produits Lipton pour dénoncer la politique sociale de cette entreprise, au boycott gouvernemental des rencontres de football se déroulant en Ukraine dans le cadre de l'Euro 2012. Dans une affaire où la société Danone mettait en cause plusieurs sites Internet relayant un appel au boycott de ses produits, la Cour d'appel de Paris a jugé : « Considérant qu'il s'ensuit que les appellants avaient, en créant les sites litigieux, inscrit leur action dans le cadre d'un strict exercice de leur liberté d'expression et dans le respect des droits des sociétés intimées [...] » (Cour d'appel de Paris, 30 avril 2003, *Revue Ubiquité*, 17/2003, p. 81).

(36) T.G.I. Paris, 8 juillet 2011, précité.

(37) Voy. « Boycotter Israël, c'est lutter pour une paix juste », *LeMonde.fr*, 17 novembre 2010.

(38) Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, 7 juin 2010, A/HRC/13/53/Rev.1.

Dans son rapport de septembre 2012, le Rapporteur spécial recommande également le boycott des entreprises qui prennent part à des activités liées aux colonies de peuplement israéliennes dans les territoires palestiniens occupés :

« Le Rapporteur spécial demande à la société civile de mener dans le cadre national de vigoureuses campagnes de boycottage, de désinvestissement et de sanctions à l'encontre des entreprises mentionnées dans le présent rapport, jusqu'à ce qu'elles alignent leurs politiques et leurs pratiques sur les normes et le droit internationaux, ainsi que sur le Pacte mondial » (39).

Ces divers éléments indiquent que les actions menées par des associations militantes, contribuant à un débat d'intérêt général, bénéficient d'une protection renforcée dans l'exercice de la liberté d'expression, et que parmi ces actions figurent les activités de promotion de boycotts (40).

À cet égard, la décision rendue par une Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Willem c/ France* (16 juillet 2009) (41), par laquelle la condamnation de M. Willem a été jugée conforme à l'article 10 de la Convention, ne saurait être avancée comme constituant un précédent de nature à démentir cette conclusion. Dans cette affaire, M. Willem avait, dans le cadre de sa fonction de maire de la commune de Seclin, demandé aux services de restauration de sa municipalité de boycotter les produits israéliens, en particulier les jus de fruits. Cette annonce s'était faite à la suite de l'opération Rempart menée par l'armée israélienne en 2002 et avait été justifiée par M. Willem par le « refus d'aider économiquement le pouvoir militaire de Sharon dans ses pratiques de répression, d'invasion et d'occupations militaires » (42).

Le motif essentiel qui a fondé la décision de la Chambre de la Cour tient à la *qualité de maire* de M. Willem, qui lui imposait un certain *devoir de réserve* et impliquait qu'il ne pouvait se substituer au gouvernement pour *décider* un boycott de produits étrangers :

« 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. À 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'État 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, le requérant a appelé les

(39) Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, 19 septembre 2012, A/67/379.

(40) Voy. G. POISSONNIER, « L'appel au boycott des produits d'un État par un citoyen n'est pas interdit par le droit français », *Gaz. Pal.*, Ed. G., Sept.-Oct. 2011, p. 2810.

(41) Cour eur. D.H., *Willem c/ France*, arrêt du 9 juillet 2009.

(42) *Ibidem*, § 8.

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» (43).

Les considérations qui ont constitué le fondement de la décision de la Cour sont à l'évidence totalement étrangères aux activités des associations militantes dont le propre est d'être indépendantes des autorités publiques et dénuées du pouvoir d'adopter des décisions obligatoires pour les tiers (44). De surcroît, les actions de boycott s'inscrivent dans leur chef dans la perspective de la stimulation d'un débat d'intérêt général, élément que la Cour avait considéré comme étant absent dans le cas de M. Willem. Ainsi, c'est de manière tout à fait inadéquate que la Cour d'appel de Bordeaux, dans la décision précitée, a pu se fonder sur cette décision pour juger compatible avec la liberté d'expression la condamnation d'une militante ayant mené une action de boycott. En aucune manière, la décision de la Cour européenne dans l'affaire *Willem* ne peut être considérée comme ayant tranché la question de l'application de la loi anti-discrimination au cas d'une association militante ou de l'un de ses membres. Dans une telle situation, on se situe au contraire dans l'hypothèse où, selon la jurisprudence de la Cour, la marge d'appréciation dont disposent les autorités pour juger de la « nécessité » de la mesure limitant l'exercice de la liberté d'expression est particulièrement restreinte (45).

Par ailleurs, la motivation de la décision de la Chambre dans l'affaire *Willem* est en toute hypothèse particulièrement indigente, ce qui jette un sérieux doute sur la capacité de cet arrêt à faire jurisprudence. Comme le relève Jean-François Flauss, « la Cour pêche par manque de discernement, de motivation, en un mot de rigueur juridique » (46). Tout d'abord, l'arrêt n'est pas exempt de contradictions. Dans un premier temps, la décision souligne le fait que la qualité de maire de M. Willem « est un élément important » dans la mesure où « la liberté d'expression [...] est tout particulièrement [précieuse] pour un élu du peuple » puisqu'il « représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts ». En conséquence, « des ingérences dans la liberté d'expression d'un maire commandent donc à la Cour de se livrer à

(43) *Ibidem*, § 37-39.

(44) Voy. G. POISSONNIER, « L'appel au boycott... » *op. cit.*, pp. 2810-2811.

(45) Voy. not. Cour eur. D.H., *Steel & Morris c/ Royaume-Uni*, 15 février 2005, § 90; Cour eur. D.H., *Mamère c/ France*, 7 novembre 2006, § 20; Cour eur. D.H., *affaire Renaud c/ France*, 25 février 2010, § 33.

(46) J.-F., FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1944. Voy. également G. POISSONNIER, « Une pénalisation abusive ... », *op. cit.*, p. 6.

un contrôle des plus stricts». Mais dans les motifs qui justifient la décision, on ne trouve nulle trace de ce « contrôle des plus stricts » et la qualité de maire est au contraire utilisée pour expliquer que soient imposés à M. Willem une « certaine neutralité » et un « devoir de réserve », restrictions dont le fondement n'est d'ailleurs pas explicité par la Chambre (47). Ensuite, la Chambre semble considérer, sans autre motivation, que l'appel au boycott est exclu du champ de la liberté d'expression, en affirmant que le maire n'a pas été poursuivi « pour ses opinions politiques » mais pour avoir entrepris une « démarche discriminatoire ». Dès lors, et de manière assez surprenante, la Chambre s'abstient de procéder à tout examen sur la « nécessité » de l'ingérence dans la liberté d'expression de M. Willem. Le constat que la décision du maire ne contribue aucunement à un débat d'intérêt général est également contestable. Ces diverses défaillances ont bien été mises en évidence par le juge Jungwiert dans son opinion dissidente :

« À mon avis, tout ce qui s'est passé à Seclin et ce qui peut arriver ailleurs dans le futur doit être considéré comme débat public d'intérêt général dans le cadre duquel il est permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation. Or, on peut facilement imaginer que dans une situation similaire, un maire (qui est presque toujours membre d'un parti politique) appelle par exemple au boycott des produits en provenance des États-Unis pour protester contre la guerre en Iraq, des produits russes à cause du conflit en Tchétchénie ou encore de la marchandise chinoise pour soutenir le Tibet. J'ai la ferme conviction qu'une société démocratique doit tolérer voire parfois même susciter un tel débat ou une incitation à l'action. [...] J'estime que les déclarations du requérant incriminées dans la présente affaire reflètent, compte tenu des circonstances de l'espèce et de la tonalité générale de ses propos, l'expression d'une opinion ou d'une position politique d'un élu sur une question d'actualité internationale.

[...]

Je pense par ailleurs que les juridictions nationales n'ont pas pris en compte l'intention du requérant dans le contexte général de l'affaire. Les propos litigieux ont pour toile de fond une escalade de la violence dans le conflit israélo-palestinien et font suite à une position unanime des organisations internationales en 2002. Ils ont été prononcés dans un contexte politique international particulier portant sur une question d'intérêt général et, au niveau local, dans le cadre de manifestations organisées par la commune. Ils ont été surtout tenus par le maire en séance du conseil municipal, lieu privilégié du débat public. La place à accorder au lieu dans lequel la déclaration a été faite est essentielle, puisqu'il permettait aux membres du conseil municipal de protester contre cette décision et au requérant de s'expliquer directement.

Mais la question la plus importante qui se posait à la Cour était celle de savoir si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique ». En vérité, il existe une certaine lacune dans la motivation de l'arrêt : la majorité reconnaît bien qu'il faut examiner cette question, mais l'argumentation pertinente justifiant le caractère « nécessaire » n'apparaît pas dans l'arrêt » (48).

(47) J.-F., FLAUSS, *ibidem*.

(48) Opinion dissidente du juge Jungwiert, Cour eur. D.H., *Willem c/ France*, arrêt du 9 juillet 2009.

En conclusion, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que les associations militantes bénéficient d'une liberté d'expression particulièrement étendue dans l'exercice de leurs activités politiques. L'arrêt *Willem* rendu par la Cour ne vient pas altérer cette analyse, sa motivation n'étant en toute hypothèse applicable qu'à la situation d'une autorité publique dotée d'un pouvoir de décision et n'étant dès lors pas transposable à la situation d'associations militantes.

B. — *La nécessité de prendre en considération l'objectif poursuivi par les campagnes de boycott*

La manière dont une partie de la jurisprudence française interprète et applique la notion de discrimination dans le contexte d'appel au boycott des produits israéliens apparaît comme constituant une limitation « disproportionnée » à l'exercice de la liberté d'expression, en ce que le juge n'admet aucune possibilité de justification à l'appel au boycott de produits provenant d'un État désigné, le boycott économique étant prohibé comme tel (49). Ainsi, les décisions françaises rendues dans l'affaire *Willem* écartent par principe toute justification qui pourrait fonder la distinction nationale opérée dans l'appel au boycott, à savoir faire pression sur un État qui viole de manière flagrante le droit international. La Cour d'appel précise que « le mobile [...] invoqué, protester contre la politique du premier ministre de l'État d'Israël, est sans incidence », dans la mesure où « le dol prévu par les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal est caractérisé par la seule conscience de traiter différemment les producteurs israéliens » (50). Ensuite, la Cour ajoute « qu'aucun texte n'autorisait ou n'imposait une telle discrimination qui ne résultait que de prises de positions personnelles de Jean-Claude Willem à l'égard de la politique menée par un premier ministre, qui ne constituent pas des raisons objectives étrangères à l'appartenance des producteurs israéliens à la nation israélienne ». Ce dernier motif soumet à une autorisation légale expresse la possibilité d'un boycott national et écarte de façon péremptoire la réprobation de la politique du gouvernement israélien comme ne constituant pas « des raisons objectives » permettant de fonder la distinction, sans que la Cour n'explicite davantage son raisonnement. Dans son pourvoi en cassation, M. Willem invoquait le fait qu'« une décision de boycott des produits d'un pays donné ne saurait être discriminatoire que si elle manque de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Il en déduisait « qu'en l'espèce, dans le contexte particulier du conflit du Proche

(49) Dans la disposition adoptée en 1977 (article 416 du Code pénal), le texte excluait du champ de la notion de discrimination le cas du « motif légitime ». Lors de la refonte du Code pénal en 1992, l'hypothèse du « motif légitime » a été supprimée sans qu'aucune explication précise ne soit apportée à cette modification.

(50) Cour d'appel de Douai, 11 septembre 2003, précité.

Orient faisant l'objet d'un large débat public et passionné, une décision de boycott des produits israéliens, destinée à protester contre la politique menée par le chef du Gouvernement israélien, se trouvait justifiée par l'exercice par l'intéressé de sa liberté d'expression ». La Cour de cassation n'a, dans sa décision du 28 septembre 2004 (51), pas retenu cette argumentation, et ce sans y apporter aucune réponse spécifique (52). Dans l'affaire *S. A.*, la Cour d'appel de Bordeaux a retenu une même conception, n'examinant pas les raisons qui ont amené la prévenue à appeler au boycott des produits en provenance d'Israël.

La notion de « discrimination » qui est ainsi appliquée s'avère particulièrement large puisqu'elle vise indifféremment « toute distinction » fondée sur l'appartenance nationale. Il ne semble exister dès lors, au regard de cette jurisprudence, aucune place pour apprécier la légitimité des raisons fondant l'appel au boycott et des objectifs poursuivis, ni pour évaluer l'adéquation de cette mesure avec l'objectif proclamé. En cela, la notion de « discrimination » telle qu'elle est appliquée par le juge français aux cas d'appels au boycott se distingue nettement de la notion juridique de discrimination qui a généralement cours, qui intègre des critères de légitimité et de proportionnalité. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme interprète la règle de l'interdiction de la discrimination (dans l'assurance de la jouissance des droits fondamentaux prévus par la Convention), prévue à l'article 14 de la Convention européenne de protection et de sauvegarde des libertés fondamentales, à l'aune de ces deux critères. Le texte de cette disposition est dans son énoncé très similaire à celui de l'article 225-1 du Code pénal, puisque par discrimination il vise une « distinction [...] 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 ». Dans l'application de ce texte, la Cour rappelle « qu'une distinction 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 (53) ». Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, organe chargé de

(51) Cass. crim., 28 septembre 2004, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(52) « Attendu que, pour infirmer le jugement qui avait relaxé le prévenu, l'arrêt attaqué énonce notamment que Jean-Claude X..., en annonçant son intention de demander aux services de restauration de la commune de ne plus acheter de produits en provenance de l'État d'Israël, a incité ceux-ci à tenir compte de l'origine de ces produits et, par suite, à entraver l'exercice de l'activité économique des producteurs israéliens, cet appel au boycott étant fait en raison de leur appartenance à la nation israélienne ».

Attendu qu'en cet état, et dès lors que la diffusion sur le site internet de la décision prise par le maire de boycotter les produits israéliens, accompagnée d'un commentaire militant, était en multipliant les destinataires du message, de nature à provoquer des comportements discriminatoires, la cour d'appel a justifié sa décision ».

(53) Voy. not. Cour eur. D.H., Affaire *Chassanou et autres c/ France*, arrêt du 23 avril 1999, § 91 <http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc/>. Voy. également C. PICHÉRAL, « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2001, p. 518.

l'application et de l'interprétation de la Convention du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, définit cette notion de manière similaire :

« Le Comité fait observer qu'un traitement différencié ne constitue pas un acte de discrimination si, comparés aux objectifs et aux buts de la Convention, les critères de différenciation sont légitimes [...] » (54).

Il est à souligner que la législation française anti-discrimination se présente comme la mise en œuvre de la Convention de 1965 (55) et devrait dès lors s'interpréter conformément à celle-ci.

Dans diverses législations nationales, la discrimination nationale est également définie au regard de critères qui dépassent le simple constat de l'existence d'une distinction. C'est par exemple le cas de la loi belge du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (56), qui dispose en son article 7 :

« Toute distinction directe fondée sur la nationalité constitue une discrimination directe, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ».

Au regard de ce type de définition de la discrimination, plusieurs éléments devraient être pleinement pris en compte pour apprécier le caractère justifié, légitime et raisonnable des campagnes d'appel au boycott des produits provenant d'Israël.

Tout d'abord, l'objectif d'affecter la politique commerciale extérieure d'un État qui se livre à des violations graves du droit international, dûment constatées par de nombreuses instances internationales (57), et d'ainsi l'inciter à faire cesser ces violations. Ensuite, la volonté de ne pas admettre la commercialisation de produits fabriqués dans les colonies établies illégalement en Territoire palestinien occupé et l'impossibilité matérielle de distinguer entre ces produits et ceux véritablement produits en Israël, compte tenu de la politique d'indication d'origine de cet État, qui labellise « made in Israel » les biens produits dans les colonies. Cette problématique a été mise en lumière dans l'affaire *Britta/SodaClub* portée devant la Cour de justice des Communautés européennes.

(54) Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale XIV, « Définition de la discrimination, article 1 (1) », 22 mars 1993, <http://www2.ohchr.org/french/bodies/ceerd/index.htm>.

(55) Voy. not. Avis présenté par J. Auburtin et J. Thyraud, Sénat, session ordinaire 1976-1977, n° 241, 7 avril 1977, p. 17.

(56) <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>.

(57) Voy. notamment, C.I.J., Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, Avis consultatif du 9 juillet 2004, <http://www.icj-cij.org>; Résolution 446 (1979) du Conseil de sécurité des Nations Unies; Résolution 478 (1980) du Conseil de sécurité des Nations Unies; Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, John Dugard, 29 janvier 2007, A/HRC/4/17; Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, Richard Falk, 10 janvier 2011, A/HRC/16/72.

Dans cette affaire, les autorités douanières allemandes ont refusé l'application du régime préférentiel prévu par l'Accord d'association CE/Israël, en raison du soupçon qu'elles avaient sur le fait que ces produits ne provenaient pas d'Israël, comme annoncé, mais étaient fabriqués dans une colonie située en Territoire palestinien occupé. La Cour a décidé que « les produits originaires de Cisjordanie ne relèvent pas du champ d'application territorial de l'accord CE-Israël et ne sauraient donc bénéficier du régime préférentiel instauré par celui-ci » (58). Il s'ensuit que les autorités douanières allemandes pouvaient refuser d'accorder le traitement préférentiel prévu par l'accord d'association aux marchandises concernées au motif que celles-ci étaient originaires de Cisjordanie. Cette problématique a encore été récemment soulevée par une résolution du Parlement européen dans laquelle celui-ci « s'inquiète vivement des pratiques utilisées par certaines entreprises qui persistent à tirer profit des dispositions de l'accord d'association UE-Israël en exportant des biens produits dans les territoires occupés ». Le Parlement souligne que « l'Union a rencontré toute une série de problèmes lors de l'application des règles relatives à l'origine en ce qui concerne les produits provenant de colonies situées dans les territoires occupés », en ajoutant que « les citoyens européens ont clairement fait part de leur volonté en ce qui concerne les produits provenant des territoires palestiniens occupés » (59). Il découle de cette situation qu'actuellement le consommateur n'a aucune garantie quant à la provenance exacte des produits israéliens et que la seule manière de s'assurer qu'il n'achète pas de biens manufacturés dans les colonies consiste à s'abstenir d'acheter tout bien indiqué comme étant fabriqué en Israël. Enfin, il doit être pris en compte, pour apprécier le caractère proportionné des actions de boycott, du caractère simplement incitatif et non contraignant de ces actions, qui se limitent à faire appel, par des campagnes d'information, au libre choix des consommateurs. Lorsque l'ensemble de ces éléments sont pris en considération, il apparaît que l'objectif des campagnes de boycott n'est pas de prôner la discrimination arbitraire à l'égard des ressortissants israéliens mais de viser une politique étatique et d'œuvrer, par des moyens non violents et non contraignants, à l'application du droit international (60).

En refusant de prendre en considération des motifs de justification visant à expliquer les raisons de l'appel au boycott de certains produits, le juge retient une interprétation particulièrement large de la loi anti-discrimination, contribuant à rendre son application constitutive d'une limitation disproportionnée de la liberté d'expression des associations militantes concernées.

(58) C.J.C.E., Affaire C-386/0, *Firma Brita GmbH | Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, arrêt du 25 février 2010.

(59) Résolution du Parlement européen sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de la convention régionale sur les règles d'origine préférentielles paneuroméditerranéennes, 16 février 2012.

(60) Voy. G. POISSONNIER, « Une pénalisation abusive ... », *op. cit.*, p. 5.

À l'encontre de la jurisprudence développée dans les affaires *Willem et S.A.*, certaines décisions ont pleinement intégré l'analyse des exigences du respect de la liberté d'expression et ont consacré la légalité de principe des appels au boycott des produits israéliens. Dans un cas déjà mentionné concernant la publication d'une vidéo de promotion du boycott, le Tribunal de grande instance de Paris a acquitté la prévenue aux motifs suivants :

« En cet état, il sera jugé qu'en elle-même la mise en ligne d'une vidéo montrant une manifestation de quelques minutes durant laquelle des militants ont appelé les consommateurs d'une enseigne de la grande distribution à ne pas acheter des produits en provenance d'Israël et à soutenir un tel boycott pour des motifs politiques sur un sujet d'intérêt général de portée internationale qui mobilise depuis des années la communauté internationale, pour l'heure en vain, en vue d'un règlement pacifique du conflit ne caractérise en aucun de ces éléments le délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence contre un groupe de personnes à raison de son appartenance à une nation, en l'espèce Israël » (61).

D'autres décisions ont encore prononcé la relaxe des prévenus pour des motifs relevant soit de l'inadéquation de l'article 24 de la loi sur la liberté de la presse pour viser des faits d'appel au boycott (62), soit du non-respect de certaines formes procédurales (63).

Cette jurisprudence, bien plus conforme aux exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'est toutefois pas encore, comme on l'a vu, reprise de manière uniforme et la politique de poursuites à l'encontre des militants menant des actions de sensibilisation au boycott des produits israéliens se maintient, plusieurs procès étant toujours en cours.

CONCLUSION

La politique répressive mise en œuvre en France à l'encontre des campagnes de boycott relayées par les associations promouvant le respect du droit international par Israël apparaît comme relevant d'une interprétation

(61) T.G.I. Paris, 8 juillet 2011, inédit. En appel, la décision a été confirmée sur la légalité de principe de l'appel au boycott, mais la prévenue a été condamnée du chef d'incitation à la haine raciale pour avoir diffusé des propos tenus par un maire palestinien : La cour d'appel a estimé que « en choisissant de diffuser ces propos outranciers et notamment l'affirmation selon laquelle acheter un produit en provenance d'Israël équivaut à acheter une balle qui va tuer un enfant palestinien, [...] Jocelyne Z. a incité à la haine ou à la violence » (Paris, 24 mai 2012).

(62) Voy. Corr. Mulhouse, 15 décembre 2011, précité. Dans cette affaire, les prévenus étaient poursuivis du chef de « provocation à la discrimination à l'égard d'une personne à raison de leur appartenance à une nation », pour avoir mené une action de boycott devant un magasin Carrefour. Le tribunal a estimé que les slogans utilisés (« Boycott des produits importés d'Israël », « Acheter les produits israéliens, c'est légitimer les crimes de Gaza, c'est approuver la politique menée par le gouvernement israélien », « Israël assassin ») ne relevaient pas de l'incitation à la haine raciale.

(63) Paris, 28 mars 2012, inédit, qui a prononcé la nullité de la citation.

extensive du texte de la loi et comme soulevant de nombreux problèmes de compatibilité avec le droit à la liberté d'expression de ces associations et de leurs membres. La situation actuelle demeure très incertaine, avec des décisions judiciaires contradictoires, une jurisprudence de la Cour de cassation qui ne paraît guère intégrer les impératifs de la liberté d'expression et le maintien en vigueur de la directive du ministère de la justice enjoignant aux parquets d'entreprendre des poursuites. Pour obtenir une réponse claire, sans doute faudra-t-il attendre que la Cour européenne des droits de l'homme se prononce sur l'hypothèse de l'application de la loi « anti-boycott » à une association militante.