

Le boycott d'un État n'est pas une modalité de la liberté d'expression, mais un acte constitutif du délit de discrimination

La liberté d'expression, fondamentale dans une démocratie, est souvent perçue comme ne pouvant admettre la moindre limitation. Dans certains ordres juridiques de pays qu'on ne saurait qu'imprudemment qualifier autrement que de « démocratiques », cette liberté est totale et garantie comme telle par le droit constitutionnel¹. En droit français et en droit européen, cette liberté est assortie de conditions d'exercice et de frontières : cette liberté peut être mal utilisée, elle n'est donc pas absolue et l'abus en est proscrit.

Or, la liberté restant un principe essentiel de notre ordre juridique, sa restriction est l'exception. L'interdiction doit être spécifiquement décrite, ce qui n'est alors pas décrit comme interdit étant permis. Ce n'est là que la simple lecture de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789².

La vie politique est un domaine, si ce n'est le domaine où la liberté d'expression trouve le plus à s'appliquer, mais aussi à se définir. La question du boycott d'un individu, d'un mouvement, d'un pays est une question régulièrement abordée, y compris par les juges. Ainsi, depuis 2005, un mouvement, dit « Boycott, Désinvestissement, Sanctions » prétend s'en prendre à Israël et aux politiques menées par les gouvernements successifs en place dans cet État afin de défendre les intérêts des Palestiniens. Le mouvement en question prône notamment le boycott des produits importés d'Israël et le manifeste notamment par l'apposition d'étiquettes de couleurs vives sur ces produits.

C'est ainsi que le 30 mai 2009, dans un supermarché proche de Bordeaux, une militante de ce mouvement a apposé sur des bocaux de jus d'orange importés d'Israël ces autocollants. Un vigile l'a alors signalé à la direction du magasin, laquelle a saisi les forces de l'ordre. La militante a alors été interpellée et convoquée à comparaître sur le fondement de l'article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 ; ce texte réprime, entre autres, la provocation 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 appartenance à une nation déterminée.

Le 10 février 2010, Tribunal Correctionnel de Bordeaux a affirmé que l'infraction était constituée, et a condamné la prévenue à une peine d'amende en sus de la condamnation de celle-ci aux intérêts civils. La Cour d'Appel de Bordeaux, le 22 octobre suivant³, confirme le jugement rendu en première instance et la Cour de Cassation, le 22 mai 2012⁴, a rejeté le pourvoi, qui s'appuyait essentiellement sur les textes protégeant la liberté d'expression et sur ceux offrant des garanties processuelles dans la tenue de l'instruction et de l'instance. La Chambre Criminelle a notamment rappelé que la prévenue avait « visé de façon discriminatoire les producteurs et fournisseurs de ces produits en raison de leur appartenance à une nation déterminée, en l'espèce Israël ». C'est ainsi que dans l'instance concernant ces agissements, les trois juridictions saisies ont répondu de la même manière à la question de savoir si l'appel au boycott des produits

¹ L'exemple du 1^{er} amendement à la Constitution des États-Unis de 1787 est souvent cité à ce propos : « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press* ».

² « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

³ CA Bordeaux, 22 octobre 2010, n°10/00286, Rec. Dalloz 2011, p. 931.

⁴ Pourvoi n°10-88315.

importés d'un État donné est une forme de liberté d'expression ou une infraction, celle de l'appel à la discrimination.

Cet arrêt de la Chambre Criminelle, portant sur une matière éminemment polémique, est une décision d'importance en ce qu'elle tranche un débat souvent violent dans le verbe et parfois dans le geste. Il intéresse au plus haut point le droit international économique comme le droit des libertés fondamentales ; notre propos portera principalement sur la seconde de ces deux matières et se divisera en un rappel des limitations à la liberté d'expression (I) et en une exposition du caractère illogique et inopérant des allégations de violation de la liberté d'expression lorsqu'il n'est question que d'une discrimination injustifiée et disproportionnée (II).

I - La liberté d'expression et ses tempéraments

La liberté de conscience est évoquée par l'article 9 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales et son corollaire logique, celle d'expression, est affirmée par l'article suivant⁵ dont la lettre comporte deux volets : la reconnaissance de son importance(A) et celle de ses limites (B).

A- La liberté d'expression, une liberté indissociable des systèmes démocratiques

Une démocratie qui ne reconnaît pas au sommet des droits et libertés qu'elle garantit la liberté de conscience et sa mise en pratique, celle d'expression, est-elle encore digne d'être qualifiée de démocratie ? C'est l'un des enjeux des rédacteurs de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Dans le préambule de ce texte, les États signataires rappellent « leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament ». C'est dans cette perspective tout entière qu'il convient de lire les dispositions relatives aux droits invoqués par les destinataires de cette norme, à savoir essentiellement les citoyens contre les États.

Ainsi, la lettre de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dispose que « toute personne a droit à la liberté d'expression ». Cette déclaration lapidaire, combinée au préambule permet de comprendre que les libertés de conscience et d'expression sont placées parmi les valeurs majeures d'une démocratie. Par parenthèse, il convient d'associer les articles 9 et 10, bien que la décision ici commentée ne le fasse pas. L'article 9 prévoit que « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion » avec pour seul tempérament à la manifestation de celle-ci les restrictions « nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Ces deux articles posent deux principes intimement liés : la liberté de conscience et la liberté du commerce du produit de la conscience, les idées, pensées et opinions. Sans possibilité de véhiculer le fruit de la conscience, la liberté de conscience se voit dépourvue de toute portée pratique : même en prison, l'individu peut toujours penser comme bon lui semble.

⁵ En droit interne de source nationale, les articles 10 et 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Seules l'exposition publique des idées et leur échange, leur débat, même âpre, brutal et houleux sont de nature à permettre l'existence d'un débat public qui caractérise la variété d'opinions propre à la démocratie. Le comparatiste relèvera aisément dans les constitutions des différents États démocratiques des dispositions analogues à celles des articles 9 et 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Il ne lui échappera pas non plus que les textes internationaux associent les libertés de conscience et d'expression. C'est le cas de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le pacte international relatif aux droits civils et politiques (articles 18 et 19 pour les libertés de conscience et l'expression dans chacun des deux textes), de la Charte Européenne des Droits Fondamentaux (articles 10 et 11), de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples (articles 8 et 9) ou encore de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme (articles 12 et 13).

En l'espèce, qu'en est-il ? La consécration des libertés de conscience et de communication, qui n'est que la mise en mouvement de la première, reste un objectif constitutionnel parmi les plus élevés, si ce n'est le plus élevé. En effet, une démocratie pluraliste n'est pas concevable si les opinions dissidentes, minoritaires ou marginales ne sont pas permises. C'est bien ici le sens des déclarations de droits citées dans le paragraphe précédent, que la jurisprudence notamment constitutionnelle française renforce.

Pour autant, si la liberté de conscience ne peut pas sérieusement être limitée (jusqu'au jour funeste où une machine permettra un véritable contrôle de celle-ci) la liberté d'expression est, elle, assortie de limitations et tempéraments.

B- Lutte contre les discriminations et défense de la liberté d'expression ou la combinaison de deux objectifs parfois contradictoires

Le pourvoi ici rejeté se fondait en grande partie sur les dispositions garantissant la liberté d'expression. Une jurisprudence européenne exprimée dans un arrêt du 7 décembre 1976 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme affirme que « la liberté d'expression 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 ». Cette considération permet de rappeler que les libertés fondamentales sont essentielles pour la préservation du caractère démocratique et pluraliste d'une société politique.

L'argumentation des demandeurs en cassation s'appuie sur deux moyens. Dans la première branche du premier, le pourvoi estime que seul l'alinéa 9 de l'article 24 la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse, non visé, et non pas l'alinéa 8, utilisé par analogie, réprime l'entrave à « l'exercice normal d'une activité économique quelconque ». Cette branche du pourvoi insiste donc sur l'inapplicabilité des dispositions de l'article 225-2 du Code Pénal, qui inclut cette entrave dans les discriminations et auquel renvoie l'alinéa 9 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 citée. Or, l'analogie est interdite en matière pénale puisque les dispositions de la loi pénale sont d'interprétation stricte. C'est notamment le sens de l'article 7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La deuxième branche de ce moyen nie la correspondance entre l'entrave à une activité économique et la volonté d'atteindre l'auteur de l'activité économique. Le second moyen portant sur l'action civile, il semble d'un intérêt plus limité pour les motifs qui nous préoccupent présentement.

⁶ CEDH, 7 décembre 1976, n°5493/72, Handyside c/ Royaume-Uni.

La démarche des demandeurs avait donc pour objectif de démontrer que l'appel au boycott des produits importés d'Israël n'était pas une provocation à la discrimination car les activités économiques n'étaient pas visées par le texte retenu par la Cour d'Appel. Dès lors, l'application de la loi pénale étant d'interprétation stricte, si l'infraction n'est pas explicitement prévue par le texte, il ne peut s'ensuivre aucune sanction.

La Cour d'Appel de Bordeaux, avait répondu à ceci que l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, sans préciser l'alinéa,⁷ interdisait précisément de porter atteinte à l'exercice normal d'une activité économique sur la seule base de l'appartenance à une nation.

II - Les lacunes logiques de l'action de boycott ou comment concevoir un boycott sans discrimination

L'arrêt rendu par la Chambre Criminelle reprend à son compte l'argumentation développée par la Cour d'Appel de Bordeaux, qui ne fait que s'inscrire dans le même raisonnement que la jurisprudence antérieure de la même chambre et, plus récemment, de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (A). Ce faisant, elle pointe avant toute chose une faille logique implacable dans la démarche des boycotteurs (B).

A- Une décision conforme à la jurisprudence actuelle

Le problème de l'appel au boycott des produits importés d'Israël s'était déjà posé à la même formation de la Cour de Cassation en 2004 et 2007. En effet, le mouvement d'appel au boycott d'Israël, au minimum dans ses activités économiques, a récemment pris un essor conséquent, qu'on peut faire remonter au début des années 2000, c'est à ce moment que sont nés des litiges que la Cour de Cassation a eu à trancher. Nous examinerons en second la décision de 2004, car elle est suivie d'une instance devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, après avoir abordé l'arrêt rendu le 18 décembre 2007⁸.

Cette dernière affaire portait sur un contrat international de vente de marchandises, une société siégeant aux Émirats Arabes Unis ayant acheté des biens à une société siégeant en France, à Oradour-sur-Vayres (Haute-Vienne). La vente devait être réglée par un crédit documentaire, lequel, pour être valable, devait s'accompagner à la demande de l'acheter d'un certificat précisant que les marchandises ne transiteraient pas par le territoire israélien ni ne seraient transportées par une société israélienne. La Cour de Cassation, censurant la Cour d'Appel de Paris, avait estimé qu'il s'agissait ici d'une discrimination prohibée par les lois françaises. Le cas était légèrement différent de celui qui nous intéresse aujourd'hui mais illustre la variété des procédés utilisés pour boycotter les entreprises et les produits israéliens.

En revanche, dans l'arrêt du 28 septembre 2004⁹, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, examine le pourvoi du maire de Seclin (Nord), Jean-Claude Willem, qui avait boycotté les produits importés d'Israël dans la commande publique de la commune. Les faits d'espèce sont donc plus proches de ceux de l'arrêt rendu le 22 mai 2012 par la Cour de Cassation. L'argumentation était analogue, s'appuyant sur l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; elle s'inscrit dans les prémisses de la campagne de boycott, dont fait partie la demanderesse en cassation. En 2002, alors qu'il est question de dénoncer les accords avec les universités en protestation contre la

⁷ Le Tribunal Correctionnel avait bien cité l'alinéa 8 mais la suite de la démonstration prouvera que le résultat n'en aurait pas été changé.

⁸ Pourvoi n°06-82245.

⁹ Pourvoi n°03-87450.

politique menée par le gouvernement en place à Jérusalem, le maire de Seclin annonce au cours de la séance du conseil municipal du 3 octobre qu'il demandera aux services de restauration de la commune de boycotter les fournitures en provenance d'Israël, dans une démarche analogue à celle de la demanderesse en cassation.

La Cour de Cassation rejettera le pourvoi, en rappelant que cette prise de position a été exprimée non seulement au cours du conseil municipal, à laquelle l'assistance est ouverte au public, mais également sur le site internet de la ville de Seclin, rendant l'accès à cette expression plus aisée encore. Ainsi, les journalistes du quotidien régional *la Voix du Nord* ont repris le propos dès le 5 octobre 2002, occasionnant des réactions adverses immédiates. Le même Jean-Claude Willem, sur le site de la ville, a publié une lettre ouverte dans des termes pour le moins excessifs. Ce faisant, selon la Chambre Criminelle, l'infraction d'incitation à la discrimination *via* le boycott des produits importés d'Israël était constituée et les juges de la Cour d'appel de Douai avaient donc infirmé à bon droit ceux du Tribunal Correctionnel de Lille, qui avaient relaxé le prévenu.

L'affaire s'est poursuivie devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dont l'arrêt définitif a été rendu le 10 décembre 2009 (requête n°10883/05, *Willem c. France*). La Cour de Strasbourg rappelle, dans les paragraphes 22 et 39 de sa décision, que le boycott reste une prérogative des seuls États, prévue en application combinée des articles 39 et 41 de la Charte des Nations Unies (dans le chapitre VII : actions en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression).

La Cour rappelle que, « à l'instar de la juridiction d'appel et de la Cour de Cassation, la Cour [Européenne des Droits de l'Homme] constate que le requérant n'a pas été condamné pour ses opinions politiques mais pour une incitation à un acte discriminatoire » (§ 35) à tel point que Jean-Claude Willem n'a jamais été inquiété par les juridictions françaises à raison de ses opinions exprimées. La Cour de Strasbourg avait ajouté 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 » (§ 38). La Cour Européenne des Droits de l'Homme « 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 » (§ 40), justifiant dès lors qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 10 de la Convention, donc pas de violation de la liberté d'expression.

Dès lors, il n'y a rien d'étonnant à ce que les faits reprochés, en l'espèce, à la militante pro-boycott soient également qualifiés de discrimination : l'arrêt du 22 mai 2012 ne fait que confirmer celui du 18 décembre 2007 et, surtout, ceux du 28 septembre 2004 de la même formation de la Cour de Cassation et du 10 décembre 2009 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. La logique juridique est ici strictement appliquée par le juge pénal, conformément au droit positif. Mais plus loin que cette logique juridique, c'est la démarche de boycott qui est par elle-même éminemment discriminatoire. L'observateur notera que, jusqu'à présent, les actions de boycott n'ont été acceptées que par des juridictions de première instance (Tribunaux Correctionnels de Lille dans l'affaire Willem, de Mulhouse le 15 décembre 2011, minute 3310/2011, Paris, 8 juillet 2011, n° Parquet 0918708077), laissant à penser que le droit positif censure franchement les boycotts tels que celui examiné en l'espèce.

B- Les failles du raisonnement juridique des boycotteurs ou l'invocation erronée d'un principe nullement mis en jeu en l'espèce

Le boycott, par construction, est une action militante visant à atteindre un but précis. Elle a pour objectif de tenter de faire infléchir une position, qu'il s'agisse de celle

d'une entreprise, d'un État ou de toute autre organisation collective. D'une certaine manière, si l'on suit la position exprimée par les boycotteurs, c'est même la raison d'être du boycott que de singulariser l'organisation ainsi visée, de manière à l'écarter de la communauté (internationale, économique ou autre). Or, une telle attitude est l'exacte définition d'une discrimination. On peine à imaginer ce que serait un boycott non discriminatoire : serait-ce encore un boycott ? Ou bien s'agirait-il alors de boycotter tous les États du monde, ce qui reviendrait à substituer au boycott l'autarcie ?

En droit européen, la discrimination reste l'exception : elle est justifiée dans certains cas à l'endroit de particuliers, notamment en droit du travail. Elle doit s'appuyer sur un critère objectif. On comprend aisément que les spécificités de certaines professions conduisent légitimement les employeurs à exclure des catégories précises de population. Il serait ici inutile de donner des exemples qui viendront, du reste, immédiatement à l'esprit du lecteur. En revanche, le principe reste l'interdiction de la discrimination et le cas qui nous intéresse ici n'est certainement pas une exception au principe.

Par ailleurs, la discrimination amène toujours à poser la question de son destinataire : on comprend les raisons qui peuvent justifier la réprobation de la politique menée par un gouvernement. La critique, pourvu qu'elle soit correctement argumentée, est légitime. Toutefois, le mouvement auquel appartient la condamnée attaque Israël seul, mais reste silencieux contre les exactions commises par les autres gouvernements en place. Un problème insurmontable de logique se posera à coup sûr pour trouver un critère objectif justifiant la discrimination envers Israël mais pas envers d'autres États.

Ce choix, qui peut être défendu (nul n'est supposé connaître pleinement les tenants et les aboutissants de tous les conflits intérieurs et extérieurs mettant en jeu un État, ni même ceux d'un seul conflit d'ailleurs) mais se révèle, discriminatoire par lui-même. En étant conséquent dans sa logique, ce mouvement ne peut s'abstenir de boycotter des produits importés d'États dont le gouvernement perpète des exactions contre la population d'autres États ou contre la sienne. Or, loin de traiter à égalité les gouvernements, c'est précisément la discrimination envers Israël qui est la raison d'être du mouvement en question. Qu'il s'étonne de se le voir reprocher nous étonne à notre tour : le boycott n'est-il pas, par sa construction même, une attitude de discrimination ?

Plus loin, si l'enjeu était réellement la liberté d'expression, pourquoi le mouvement en question n'a-t-il jamais été inquiété autrement que dans le débat pour les positions qu'il a prises et exprimées ? En effet, comme le rappellent les différents juges saisis, ce n'est pas à raison des points de vue, discutables comme tant d'autres, que les prévenus ont été poursuivis, mais parce que leur action dépassait de loin l'expression acceptable dans une société démocratique de ce point de vue. Dès lors, ne doit-on pas plutôt inverser la question et demander en quoi l'appel au boycott, par hypothèse discriminant, est compatible avec la liberté d'expression ?