



HAL
open science

Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : la Cour de cassation tranche le débat

Robin Medard Inghilterra

► **To cite this version:**

Robin Medard Inghilterra. Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : la Cour de cassation tranche le débat. La Revue des droits de l'Homme, 2015, pp.1750. 10.4000/revdh.1750 . hal-03322551

HAL Id: hal-03322551

<https://hal.science/hal-03322551>

Submitted on 17 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : la Cour de cassation tranche le débat

Liberté d'expression (droit de la presse, droit pénal, droit de la
Convention européenne des droits de l'homme)

Robin Medard Inghilterra



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/1750>

DOI : 10.4000/revdh.1750

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Robin Medard Inghilterra, « Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : la Cour de cassation tranche le débat », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 décembre 2015, consulté le 24 janvier 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1750> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1750>

Ce document a été généré automatiquement le 24 janvier 2022.

Tous droits réservés

Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : la Cour de cassation tranche le débat

Liberté d'expression (droit de la presse, droit pénal, droit de la Convention européenne des droits de l'homme)

Robin Medard Inghilterra

- 1 Le 9 juillet 2005, à l'occasion du premier anniversaire de l'avis consultatif de la Cour internationale de justice relatif aux conséquences juridiques de l'édification d'un mur en Territoires palestiniens occupés¹, 171 organisations palestiniennes lançaient un appel international à la société civile. Cet appel visait à « imposer de larges boycotts et à mettre en application des initiatives de retrait d'investissement contre Israël tels que ceux appliqués à l'Afrique du Sud à l'époque de l'Apartheid² » ainsi qu'à « faire pression sur [les] États [de la communauté internationale] afin qu'ils appliquent des embargos et des sanctions »³. Les organisations signataires de l'appel sollicitaient le maintien de ces « mesures de sanction non violentes »⁴ jusqu'à ce que soient reconnus le droit à l'autodétermination des Palestiniens et le respect du droit international, principalement en ce qui concerne les trois éléments suivants : (1) la fin de l'occupation et de la colonisation illégale des Territoires palestiniens occupés, conformément à la Résolution 242 du Conseil de sécurité des Nations Unies⁵, ainsi que le démantèlement du mur tel que préconisé par la Cour internationale de justice dans son avis du 9 juillet 2004⁶ ; (2) la reconnaissance des droits fondamentaux des Arabo-Palestiniens d'Israël et, en premier lieu, la reconnaissance du droit à l'égalité de traitement ; (3) le respect du « droit au retour » des réfugiés palestiniens, conformément à la résolution 194 de l'Assemblée générale des Nations Unies⁷. C'est en écho à cet appel que, en France comme ailleurs, des militants organisent des manifestations, notamment dans des établissements de grande distribution, pour appeler les consommateurs à s'abstenir

d'acheter certaines marchandises en provenance d'Israël ou des colonies illégalement implantées en Cisjordanie⁸.

- 2 Ce contentieux avait d'ores et déjà, à de multiples reprises, emprunté le chemin des prétoires. Cependant, il demeurerait sujet à des interprétations divergentes en fonction des juridictions pénales. Dans une affaire similaire au cas d'espèce, une militante, qui avait apposé lors d'une manifestation au sein d'un établissement de grande distribution des étiquettes autocollantes de la campagne BDS sur une caisse enregistreuse et sur une bouteille de jus de fruits, fut condamnée par le tribunal correctionnel de Bordeaux, dans une décision du 10 février 2010, à 1 000 euros d'amende⁹ pour provocation à la discrimination sur le fondement de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881. La cour d'appel de Bordeaux avait confirmé le jugement dans un arrêt du 22 octobre 2010¹⁰, avant que la chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹ ne fasse de même en rejetant le pourvoi¹².
- 3 Deux jours après la décision du tribunal correctionnel de Bordeaux, Michelle Alliot-Marie, alors garde des Sceaux, édictait une circulaire invitant les procureurs généraux près les cours d'appel à promouvoir l'interprétation faite par leurs homologues bordelais¹³. À ce jour, une quarantaine de militants auraient fait l'objet de poursuites judiciaires sur ce fondement. Ce focus particulier à l'égard des militants BDS¹⁴ a parfois été dénoncé comme un « choix dans les poursuites [qui] trahit une instrumentalisation inquiétante du droit pénal »¹⁵. Dans les cas où les décisions de première instance innocentent les prévenus, il est désormais chose commune pour les parquets de faire appel, en appuyant précisément leurs réquisitions sur ladite circulaire. Indubitablement, la question au cœur du litige est sujette à débat, non seulement entre magistrats, mais également au sein du monde associatif, de l'Assemblée nationale¹⁶, des prétoires¹⁷, de l'Ordre des avocats¹⁸, ou encore des établissements d'enseignement supérieur¹⁹.
- 4 *A contrario*, le tribunal correctionnel de Paris avait conclu à la relaxe le 8 juillet 2011 d'un militant ayant mis en ligne la vidéo d'une manifestation d'appel au boycott dans un centre commercial²⁰. Le juge pénal avait alors motivé sa décision en estimant que l'article 24 de la loi de 1881 « ne saurait, avec le degré de prévisibilité exigé par les normes constitutionnelles et conventionnelles, être invoqué pour interdire, en tant que tel, l'appel invitant à une forme d'objection de conscience, que chacun est libre de manifester ou pas, dépourvu de toute contrainte susceptible d'entraver la liberté des consommateurs, lancé par des organisations non gouvernementales ne disposant d'aucune prérogative de puissance publique²¹, à ne pas acheter des produits en provenance de tel pays déterminé, en guise de protestation morale contre la politique de cet État »²². Ce jugement fut confirmé par la cour d'appel de Paris qui soulignait dans son arrêt du 24 mai 2012 que les faits en cause constituaient une « critique pacifique de la politique d'un État relevant du libre jeu du débat politique »²³. Le 19 novembre 2013, la chambre criminelle rejetait les pourvois formés à l'encontre de l'arrêt confirmatif²⁴.
- 5 Loin d'être la seule affaire susceptible d'illustrer les dissensions jurisprudentielles, les juridictions de première instance et d'appel ont, à plusieurs reprises, conclu à l'annulation des poursuites²⁵ ou à la relaxe des prévenus²⁶ poursuivis pour provocation publique à la discrimination. Plus occasionnellement, l'entrave discriminatoire à l'exercice d'une activité économique, sur le fondement de l'article 225-2 du Code pénal cette fois, a pu être considérée comme caractérisée en raison des modalités d'action des militants, sans pour autant que ne soit retenue l'allégation de provocation à la

discrimination fondée sur l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 – en raison du message porté par ces derniers²⁷. Au sujet de cet article, dans un cadre factuel néanmoins différent, Jean-Pierre Delmas Saint-Hilaire soulignait déjà en 1997 – dans une contribution au titre pour le moins évocateur – « que la jurisprudence rendue en la matière ne comporte guère d'unité. Pour des faits identiques, ici relaxe, là condamnation. Et plus fréquemment qu'ailleurs, semble-t-il, des désaccords surgissent entre juges du premier et du second degré, conflits révélateurs des difficultés d'interprétation de la loi rencontrées »²⁸.

- 6 En l'espèce²⁹, les prévenus avaient été interpellés le 26 septembre 2009 alors qu'ils participaient à une manifestation dans un centre de grande distribution pour appeler les consommateurs au boycott de produits en provenance d'Israël. Ces derniers alertaient également les consommateurs sur un usage frauduleux de l'étiquetage des produits considérés comme étant en provenance d'Israël et pourtant fabriqués dans les colonies israéliennes implantées illégalement en Territoires palestiniens occupés³⁰. Principalement, l'acte visé consistait en la distribution de tracts sur lesquels figurait, entre autres, la mention « boycott des produits importés d'Israël, acheter les produits importés d'Israël, c'est légitimer les crimes à Gaza, c'est approuver la politique menée par le gouvernement israélien », accompagnée d'une liste des marques de certains produits commercialisés dans la région et concernés par l'incitation au boycott. Plusieurs associations³¹ s'étaient alors constituées parties civiles devant le tribunal correctionnel de Mulhouse qui concluait le 15 décembre 2011 à la relaxe des militants³². Sur sollicitations de ces associations et du ministère public, la cour d'appel de Colmar avait par la suite annulé ce jugement par une double décision en date du 27 novembre 2013³³, condamnant chacun des quatorze militants à 1 000 euros d'amende avec sursis et, solidairement, à 7 000 euros de dommages-intérêts et 21 000 € au titre de l'article 475-1 du Code de procédure pénale. Saisie des pourvois, il appartenait désormais à la Cour de cassation de trancher le débat.
- 7 En soi, l'unique moyen développé soulevait deux enjeux cruciaux – auxquels s'ajoutait l'allégation d'un défaut de motivation et d'un manque de base légale : l'un relatif à la caractérisation du délit de provocation à la discrimination prévu par l'article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881 (I/); l'autre, relatif à la protection dont devait bénéficier le discours au titre de la liberté d'expression, notamment telle que garantie par la jurisprudence européenne (II/). Face à ces enjeux, la chambre criminelle non seulement estime que la Cour d'appel « a justifié sa décision », comme c'était le cas dans les affaires précédentes³⁴, mais en outre, elle suggère que, au vu des éléments de fait en cause, elle n'aurait pu aboutir à une autre conclusion et qu'elle avait ainsi relevé « à bon droit » que les prévenus « par leur action, provoquaient à discriminer les produits venant d'Israël, incitant les clients à ne pas acheter ces marchandises en raison de l'origine des producteurs et fournisseurs » et que, dans ce cadre, « l'exercice de la liberté d'expression [...] peut être [...] soumis à des restrictions ou sanctions qui constituent [...] des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et à la protection des droits d'autrui »³⁵.

I/ – La caractérisation de la provocation à la discrimination : un contrôle pusillanime de la motivation et de la base légale

- 8 Si les carences initiales de l'argumentaire sont imputables à la cour d'appel et non à la chambre criminelle, laquelle se contente de statuer sur le moyen, leur persistance est permise par une retenue certaine de la Cour de cassation dans l'exercice de son contrôle de la motivation et de la base légale des arrêts du 27 novembre 2013. La haute juridiction, sans s'inquiéter particulièrement de l'absence de qualification de l'acte discriminatoire (article 225-2 du Code pénal), impliquant pourtant par extension celle de provocation à la discrimination (article 24 de la loi de 1881) (B), valide la motivation de la cour d'appel de Colmar qui, pour caractériser l'infraction, retient qu'était en cause une provocation publique (A), appelant à une distinction entre les producteurs et fournisseurs (C) en raison de leur origine nationale (D).

A – L'existence incontestable d'une provocation publique invitant à une distinction entre produits

- 9 L'article 24, alinéa 8, de la loi de 1881 dispose : « 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 ». Plusieurs éléments sont immédiatement en cause.
- 10 Le premier, lié aux moyens de la provocation, ne fait pas débat. L'appel au boycott procède effectivement par le biais d'un des moyens – au moins – énoncés à l'article 23, c'est-à-dire par les « discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des 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, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ». Dans la présente affaire, il était question d'interpellation orale des consommateurs et de distribution de tracts, ce qui rejoint de toute évidence plusieurs des moyens ci-dessus énoncés.
- 11 Le second élément à considérer concerne le caractère « provocateur » du discours. En dépit d'une absence de clarté de la notion juridique de « provocation »³⁶, le terme, lui, provient du latin *provocare* (*pro* : en avant, et *vocare* : appeler), ce qui pousse Fernand Boulan à définir la provocation comme « une action qui consiste dans le fait d'inciter autrui à faire ou à ne pas faire quelque chose »³⁷. L'incitation des consommateurs à s'abstenir d'acheter certains produits en provenance d'Israël et des colonies implantées en Cisjordanie étant au cœur de la campagne BDS, il convient de reconnaître sans réserve cette dimension provocatrice.
- 12 Persiste un troisième élément à examiner, en l'occurrence le caractère discriminatoire de l'objet de l'appel. C'est à ce stade qu'intervient l'article 225-1 du Code pénal qui pose la définition de la discrimination, entendue comme « toute distinction opérée entre les

personnes physiques » (alinéa 1) ou « personnes morales » (alinéa 2) à raison de plusieurs critères parmi lesquels figurent ceux mentionnés à l'alinéa 8 de l'article 24, soit « leur origine ou [...] leur appartenance ou [...] leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». Les prévenus provoquaient manifestement à une distinction puisqu'ils appelaient les consommateurs à sélectionner des produits. Dans l'affaire précédemment évoquée (Cass. crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315), la militante mise en cause avait même procédé à l'identification du produit par l'apposition d'une étiquette. Néanmoins, s'il est possible de s'accorder sur le fait que l'appel au boycott se manifeste sous la forme d'une provocation publique à la distinction entre produits, la suite de l'argumentaire de la cour d'appel permettant de caractériser le délit de provocation à la discrimination est, elle, emplie d'une immense fragilité qui n'a, malheureusement, pas perturbé les sens – habituellement plus affûtés – de la chambre criminelle.

B – Lévanouissement de l'acte discriminatoire dans la motivation du juge pénal : l'énigme de l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique

- 13 En droit pénal, la caractérisation du délit de discrimination demeure fonction de la manière dont se manifeste la distinction litigieuse. L'article 225-2 énonce à cet égard les six actes qui, lorsqu'ils procèdent d'une distinction entre les personnes fondée sur un motif énuméré, sont susceptibles de constituer une discrimination punissable³⁸ – sous réserve de certaines justifications (article 225-3). Dans l'affaire examinée, l'appel au boycott encourt la qualification de provocation publique à la discrimination (article 24 de la loi de 1881). Le caractère discriminatoire de l'appel doit, quant à lui, être apprécié au regard de l'objet de la provocation, c'est-à-dire le boycott. C'est celui-ci qui sera le cas échéant considéré comme l'acte discriminatoire au sens de l'article 225-2 du Code pénal, permettant par répercussion la caractérisation de la provocation à la discrimination en cas d'appel au boycott. Dès lors, il importe de procéder à un rapprochement entre le boycott et l'un des actes discriminatoires énoncés à l'article 225-2. Dans les affaires précédentes, il était soutenu que l'appel au boycott avait pour conséquence d'entraver « l'exercice normal d'une activité économique quelconque »³⁹, acte effectivement mentionné à l'article 225-2, 2°. Néanmoins, de manière extrêmement surprenante, tout en retenant la qualification de provocation à la discrimination pour ce qui est de l'appel au boycott, la cour d'appel de Colmar ne fait, dans sa motivation, aucune référence ni à l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque ni même à l'article 225-2 du Code pénal aux fins de qualification de l'objet de la provocation.
- 14 Face à cette carence manifeste, la Cour de cassation, pourtant saisie d'un pourvoi alléguant le défaut de motivation et de base légale, laisse passer le moustique sans filtrer le chameau⁴⁰. La cour d'appel retenait que « le seul fait pour les prévenus d'inciter autrui à procéder à une discrimination entre les producteurs et/ou les fournisseurs », sans préciser en quoi celle-ci serait fondée, « est suffisant à caractériser l'élément matériel de l'infraction » prévue à l'article 24 de la loi 1881. En clair, pour caractériser une provocation à la discrimination, nul besoin de démontrer que l'objet de la provocation est discriminatoire conformément aux dispositions du Code pénal. L'absence de cassation a ici de quoi surprendre, tout comme la formule de la chambre

criminelle qui estime que la Cour d'appel « a relevé, à bon droit », par des « motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction », que « les éléments constitutifs du délit prévu par l'article 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881 étaient réunis »⁴¹.

- 15 La Cour de cassation affirmait pourtant en mars 2015, après avoir visé l'article 24, que le délit de provocation prévu et réprimé par ledit article n'est caractérisé que si les juges constatent que, tant par leur sens que par leur portée, les propos incriminés tendent à inciter le public à la discrimination à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes déterminées⁴². Quelques années plus tôt, elle avait surtout validé le raisonnement plus abouti de la cour d'appel de Paris qui soulignait, toujours au sujet de cet article, que « l'infraction n'est constituée que dans l'hypothèse de l'existence démontrée d'une incitation à la discrimination [...] à l'égard de la personne ou du groupe visé ; qu'il ne suffit pas à cet égard de constater que les [propos] incriminés ont pu engendrer chez [autrui] des sentiments négatifs à l'égard d'une communauté ou heurter, même à juste raison, la sensibilité des personnes appartenant au groupe visé, mais qu'il doit exister chez [le prévenu] l'intention coupable d'inciter, de provoquer, ou d'encourager [...] *des comportements positifs [discriminatoire] que la loi réprime* »⁴³. Or, les comportements positifs discriminatoires que la loi pénale réprime se trouvent bel et bien être ceux mentionnés à l'article 225-2 du Code pénal...
- 16 Cette carence dans l'examen du moyen – même rédhibitoire⁴⁴ – n'empêche pas d'éprouver la pertinence d'un raisonnement qui aurait été appuyé explicitement sur l'invocation d'une discrimination au sens du Code pénal, à savoir un acte à la fois énuméré à l'article 225-2 et fondé sur l'un des critères de l'article 225-1 (par exemple, l'appartenance à une nation). Auquel cas, aucun doute n'est permis sur le fait que serait alimentée la dynamique d'ores et déjà amorcée par les juridictions de Lille, de Douai et de Bordeaux, et par la Cour de cassation elle-même⁴⁵, retenant dans le cadre de ce contentieux comme acte matériel de la discrimination – et objet de la provocation – une « entrave à l'exercice normal d'une activité économique »⁴⁶ des personnes considérées comme victimes de l'appel au boycott. La circulaire Mercier précise en ce sens que les termes de l'article 24 visent « à sanctionner le fait, non pas d'entraver une activité économique mais d'inviter par des discours ou par des écrits à le faire »⁴⁷. Deux éléments semblent dès lors devoir être clarifiés par l'analyse du cas d'espèce. Le premier concerne l'identification de ce que serait l'« exercice *normal* d'une activité économique » susceptible d'être considéré comme affecté si l'appel des militants était suivi d'effets. Le second se réfère à la nature et au degré de l'atteinte requise afin de caractériser l'« entrave ».
- 17 Quelle que soit l'activité économique susceptible d'être ici visée, elle le serait nécessairement par suite de l'action des prévenus. Dans une affaire précédente, le tribunal d'Alençon avait retenu l'établissement de grande distribution comme victime de l'infraction⁴⁸. L'activité économique visée était alors la commercialisation des produits débouchant sur « la vente normale », finale, aux consommateurs, par la société dans laquelle se déroulait la manifestation. Si l'on considère l'activité économique de l'établissement de grande distribution, l'entrave éventuelle ne saurait pourtant être discriminatoire – n'étant pas fondée sur un motif énuméré caractérisant l'établissement de grande distribution en tant que personne morale ni même sur les caractéristiques de ses membres. L'entrave à cette activité économique ne saurait par suite, dans l'hypothèse envisagée des appels au boycott de la campagne BDS, corroborer le délit de provocation à la discrimination⁴⁹.

- 18 En l'espèce, la cour d'appel avait retenu comme victimes de la discrimination les « producteurs ou fournisseurs ». L'activité considérée est celle des personnes morales qui alimentent le système de grande distribution, et non l'activité économique de la grande distribution en soi, chargée de la commercialisation des produits. À ce titre, il fut rappelé avec pertinence que « l'activité économique normale du producteur se borne à fabriquer et proposer à la vente ses produits »⁵⁰. Dans le cas présent, comme dans l'immense majorité des cas d'appel au boycott, plaider le caractère discriminatoire du boycott, en considérant qu'est entravée l'activité économique des producteurs, implique de considérer que l'exercice « normal » de leur activité économique s'étend bien au-delà des activités de fabrication et de proposition à la vente...
- 19 Les prévenus étant mis en cause pour la distribution de tracts et l'interpellation orale des consommateurs, sans intervention physique et sans contact avec la marchandise, il n'était pas question d'entraver, ni par leurs actes ni par leur discours, l'accès des consommateurs à la grande distribution, pas plus que la mise en rayon ou l'exposition des marchandises concernées. Leur action ne constituait pas une entrave à la commercialisation des produits – ce qui avait pu être le cas dans l'affaire soumise au TGI d'Alençon⁵¹ et à la cour d'appel de Caen où des produits avaient été placés dans des caddies et où « l'opération [avait], au moins pendant un certain temps, empêché la vente normale des produits litigieux »⁵². À défaut de restriction dans l'accès aux produits, il s'agirait nécessairement de qualifier d'entrave l'abstention d'achat par les consommateurs des produits mis à disposition, abstention qui ferait directement suite à l'appel au boycott⁵³.
- 20 Alors, en validant l'argumentaire présentant les producteurs ou fournisseurs de biens comme étant victimes d'une discrimination, à supposer que celle-ci soit fondée sur une entrave à leur activité économique, la chambre criminelle semble retenir que l'activité économique des producteurs et fournisseurs s'étend non seulement au-delà de la production, au-delà de l'acheminement des marchandises vers les établissements de commercialisation, mais encore, au-delà de la proposition à la vente aux consommateurs par la mise en rayon dans l'établissement de grande distribution. Pour qu'il soit reconnu entravé – et constituer ainsi la discrimination admise par la Cour – l'exercice normal de l'activité économique des producteurs et fournisseurs s'étend nécessairement dans cette hypothèse en aval de ces trois étapes. Or, la seule activité située en aval de la mise en rayon et de la proposition à la vente se trouve être la vente effective et finale des produits aux consommateurs. En conséquence, « l'exercice normal » de l'activité économique des producteurs et des fournisseurs s'étend, semble-t-il, à la vente effective et finale aux consommateurs des marchandises produites, entravée par l'abstention d'achat. Cette interprétation particulièrement extensive de la notion d'« exercice normal d'une activité économique » d'un producteur ou d'un fournisseur nous semble entrer en contradiction avec l'exigence d'interprétation stricte du droit pénal.
- 21 De surcroît, pour que l'objet de la provocation (le boycott) soit considéré comme un acte discriminatoire, encore faut-il que l'exercice normal de l'activité économique soit *entravé*. Or, retenir la caractérisation de l'infraction prévue à l'article 24, alinéa 8, de la loi de 1881 impliquerait au surplus de retenir comme pertinente l'interprétation suivante, tout aussi extensive et audacieuse : la seule abstention d'achat d'un produit résultant du choix du consommateur est bien de nature à constituer une entrave au sens de l'article 225-2, 2° du Code pénal.

- 22 Commentant l'arrêt susmentionné de la chambre criminelle du 18 décembre 2007, Stéphane Dutraz estimait, au sujet de l'article 24 de la loi de 1881, qu'« il semblerait plus respectueux du texte – et des libertés individuelles [...] – de n'admettre la constitution de l'infraction de discrimination qu'à l'instant où, effectivement, la résolution discriminatoire produit ses effets »⁵⁴. En outre, pour retenir la qualification d'entrave à l'exercice normal d'une activité économique des fournisseurs dans l'affaire ayant donné lieu à la décision du 18 décembre 2007, il précisait que trois éléments devaient être considérés : (1) le statut de la personne poursuivie (il s'agissait alors d'un acteur économique professionnel) ; (2) la formalisation juridique de l'acte discriminatoire (la Chambre de commerce avait juridiquement entériné l'exigence discriminatoire de la société émiratie) ; (3) le degré de probabilité de son efficacité (la configuration du marché rendant des plus probables un acheminement par des fournisseurs israéliens ou/et un acheminement passant par Israël). Implicitement dans le cas présent (explicitement *in* Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87450, Cass. Crim., 18 décembre 2007, n° 0682245 et Cass. Crim., 22 mai 2012, n° 1088315), force est de conclure que la qualification pénale d'entrave à l'exercice normal d'une activité économique est étendue en l'absence de statut professionnel de l'auteur de l'entrave (les consommateurs) et en l'absence de formalisation juridique de l'acte prétendument discriminatoire (sans traçabilité du lien de causalité, l'abstention d'achat de produits étrangers serait nécessairement imputée à l'appel des militants). De plus, l'entrave est admise en dépit d'un degré de probabilité relativement faible (les consommateurs étant placés face à une large gamme de produits au sein d'un établissement de grande distribution).
- 23 Ainsi, pour qualifier l'appel au boycott de provocation à la discrimination, non seulement la cour d'appel s'abstient de qualifier la discrimination envisagée au sens de l'article 225-2 du Code pénal sans encourir la cassation, mais même à supposer qu'une telle abstention n'eût entaché l'arrêt en raison d'une considération explicite d'une entrave à l'exercice normal d'une activité économique, la motivation reposerait néanmoins sur deux interprétations démesurément extensives du droit pénal : d'une part « l'exercice *normal* de l'activité économique » des producteurs et fournisseurs s'étendrait jusqu'à la vente effective et finale aux consommateurs des marchandises produites ; d'autre part, l'abstention d'achat des consommateurs constituerait une *entrave* au sens de l'article 225-2, 2° du Code pénal.
- 24 Outre l'aspect éminemment contestable de ces deux interprétations, même manifestées sous les traits de postulats implicites, pour retenir la charge de provocation publique à la discrimination, encore convenait-il de démontrer que l'abstention d'achat des produits étrangers constituait bien une distinction *entre personnes*.

C – La confusion sur l'objet de la distinction : entre biens meubles (les marchandises) et personnes morales (les producteurs et fournisseurs)

- 25 En réponse à une question parlementaire formulée en 2009 par Éric Raoult, qui l'invitait à considérer l'option de poursuites pénales contre les militants BDS, l'alors ministre de la Justice, Michelle Alliot-Marie, répondait en ces termes quant à l'objet de l'appel au boycott : « plusieurs associations de défense de la cause palestinienne sont intervenues dans des grandes surfaces en appelant au boycott *des produits* en

provenance d'Israël ou de pays supposés apporter une aide à ce pays ». Poursuivant, elle spécifiait « ces opérations, il faut bien le préciser, *touchent des produits* importés d'Israël »⁵⁵. S'il est bien question ici de « provenance », de « pays » et de « produits », le lien avec les personnes ne semble pas manifeste. Quatre années plus tard, toujours dans le cadre des débats parlementaires, et cette fois en réponse à une question de Jean Jacques Candelier invitant l'actuelle garde des Sceaux à abroger la circulaire Alliot-Marie – édictée entre temps –, Christiane Taubira convenait que l'article 24 prohibe « les messages et comportements appelant à la discrimination *d'une ou plusieurs personnes* uniquement au regard de leur nationalité »⁵⁶ »⁵⁷. Surgit ici l'importance de considérer les producteurs et fournisseurs comme personnes morales victimes de l'entrave à « l'exercice normal » de leur activité économique – au prix, certes, non pas d'une mais de deux interprétations particulièrement extensives des dispositions pénales mises en cause ci-dessus. En effet, seules les personnes, morales ou physiques, pourraient être, le cas échéant, victimes d'une discrimination à raison de leur origine ou appartenance nationale⁵⁸.

- 26 Une décision du tribunal correctionnel de Lille du 26 mars 2003, relatif au cas d'un maire qui avait appelé au boycott de jus de fruits produits en Israël, concluait pourtant à la relaxe car « le fait d'appeler à une telle mesure, de nature commerciale, vise des produits et n'entre donc pas dans les prévisions du texte visé dans les poursuites [...] il ne s'agit pas en effet d'une discrimination à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »⁵⁹. À l'inverse, six mois plus tard, la cour d'appel de Douai statuant en appel, sans estimer la nécessité d'une précision supplémentaire, retenait que « le tribunal à tort s'[était] limité à rechercher si les propos de [X] constituaient une discrimination à l'égard des personnes et [avait] décidé qu'il n'avait entendu que boycotter des produits »⁶⁰.
- 27 Dans la présente affaire, les arrêts de la cour d'appel de Colmar et de la chambre criminelle attestent une présence concomitante des deux objets potentiels de la distinction – les produits et les sociétés productrices – sans toutefois être clairs sur la considération attribuée à chacun. Il est notamment reconnu que le tract distribué visait bien des produits, désignés comme « les produits litigieux ». En dépit de cela, les deux juridictions retiennent que l'acte incriminé constitue une provocation à la discrimination « à l'égard d'une catégorie de personne », les producteurs et fournisseurs. Une imprécision similaire semble affecter l'argumentaire en défense des prévenus. Ces derniers soulignaient, il est vrai, que les slogans et tracts « ne visaient pas les producteurs et fournisseurs israéliens » et « [appelaient] au boycott des produits israéliens, en expliquant qu'il s'agissait ainsi de dénoncer des actes qualifiés de criminels commis par le gouvernement israélien dans les territoires palestiniens, [...] sans viser ni stigmatiser la population israélienne elle-même, ni même les producteurs et fournisseurs israéliens, ni appeler à une discrimination à leur égard, visant seulement le boycott des produits ». Néanmoins, les tracts étaient accompagnés d'une liste des marques de produits visés par le boycott. D'une part, ces marques constituaient bien une personnification des sociétés productrices. D'autre part, leur mention explicite aboutissait bien à inciter les consommateurs à opérer une distinction entre des personnes morales identifiées par ces marques.
- 28 Des deux côtés, juridictions et parties, émerge une certaine confusion quant à la détermination de la cible du boycott. Parce qu'elle retient la caractérisation de

l'infraction, la Cour de cassation et la cour d'appel semblent indiquer que s'il était bien question d'une distinction entre les produits, cette distinction ne constituerait *in fine* qu'un écran de fumée révélant au fond une distinction entre personnes morales, à savoir les sociétés productrices qui fabriquent les marchandises litigieuses. Dans la mesure où les juridictions n'ont pas entendu reconnaître une pénalisation des discriminations indirectes⁶¹, cette argumentation semble quelque peu insatisfaisante. Par ailleurs, de manière extrêmement surprenante, la chambre criminelle ne retient pas dans sa motivation une discrimination entre les personnes. Avec la Cour d'appel de Colmar, elle se fonde explicitement sur le fait que les prévenus « provoquaient à discriminer les produits (*sic*) ». Ce propos repose nécessairement sur un contresens manifeste dans la mesure où la discrimination ne peut être opérée qu'entre personnes selon les termes de l'article 225-1 du Code pénal. À l'opposé, pour les prévenus, un discours reposant en partie sur la personnification de sociétés productrices par le ciblage de marques serait compatible avec un argumentaire en défense précisant que l'appel au boycott se limitait à inciter à une distinction entre produits. Il semblerait davantage raisonnable de soutenir que l'appel au boycott, tel qu'exercé par les militants, oscille en réalité entre incitation à la distinction entre produits et incitation à la distinction entre personnes morales⁶².

- 29 En définitive, il est possible d'accepter la pertinence d'une considération concomitante d'un appel au boycott comme provocation publique à la distinction à la fois entre produits et entre personnes morales, mais à la condition que ne soit reléguée à l'évanescence ni la question du lieu de production des marchandises ou du lieu d'activité de la personne morale considérée ni la question de l'implication, directe ou indirecte, desdites personnes morales dans le maintien d'une politique dénoncée par une critique fondée sur le droit international. Or, la cour d'appel – et la chambre criminelle par extension – dilue manifestement la justification de l'appel au boycott en procédant à un nouveau glissement, davantage problématique.

D – La substitution du motif de la distinction : des considérations politico-juridiques à l'origine nationale des producteurs

- 30 Pour condamner les prévenus, la cour d'appel rejette les motifs avancés par ces derniers pour justifier leur appel au boycott, rejet non argumenté, afin de leur substituer comme élément moteur à l'action la considération de l'origine nationale des producteurs. La chambre criminelle, saisie de ce glissement par le moyen du pourvoi, ne donne pourtant droit ni à l'allégation du défaut de motivation ni à celle du manque de base légale.
- 31 Là encore, les conclusions de la cour d'appel semblent quelque peu hâtives. Après avoir souligné « qu'il est établi par les termes du tract distribué et par les déclarations des prévenus que ceux-ci par leur action provoquaient à discriminer les produits venant d'Israël », elle en conclue, en l'absence de tout élément explicatif et de toute remarque d'ordre empirique, que les militants BDS « [incitaient] les clients du commerce en question à ne pas acheter les marchandises *en raison de l'origine* des producteurs ou fournisseurs ». Bien que surprenante, la simple mention de « l'origine » pourrait laisser ouverte une référence à l'origine géographique en raison du lieu d'exercice de l'activité économique (par exemple, dans les Territoires palestiniens occupés). Sur ce point, la cour d'appel de Colmar recourt à une terminologie relativement floue, évoquant tour à

tour les producteurs « installés en Israël » ou encore les producteurs « d'Israël ». À l'évidence, dans un monde globalisé, un lien systématique ne saurait être tissé entre la localisation géographique d'activités économiques et l'appartenance nationale des sociétés auxquelles ces activités sont imputables. Peu importe à la cour, celle-ci relève que les prévenus avaient appelé au boycott « en raison de l'origine des producteurs et fournisseurs, lesquels, constituant un groupe de personnes, appartiennent à une nation déterminée, en l'espèce Israël », sans même qu'il ne soit nécessaire d'identifier ces personnes.

32 Il serait éventuellement possible d'accorder un certain crédit à ce raisonnement qui efface pourtant les motivations juridico-politiques avancées par les prévenus pour leur substituer l'« origine nationale des producteurs », au demeurant non identifiés. Cela supposerait néanmoins de développer un élément central que la cour d'appel ne prend pas la peine d'examiner. La discrimination étant une notion intrinsèquement comparative, il conviendrait de s'interroger sur le sort des personnes morales (producteurs ou fournisseurs) placées dans une situation similaire mais ne partageant pas la caractéristique litigieuse. Il suffit pour cela de questionner le sort des personnes morales qui exercent par exemple une activité économique dans les Territoires palestiniens occupés ou en Israël et qui sont perçues comme impliquées dans l'activité de colonisation, mais dont le siège social est situé à l'étranger (hors Palestine et hors Israël) ou dont les membres ne sont pas de citoyenneté israélienne. Manifestement, la campagne BDS cible également ces situations et les exemples de sociétés autres qu'israéliennes ou composées d'Israéliens ayant fait l'objet d'appels au boycott et de pressions en vue d'un désinvestissement sont légion. À titre d'illustrations, deux sociétés françaises (de télécommunication et de transport) ont récemment fait l'objet d'actions intensives de la part de militants. La première avait participé au développement d'infrastructures permettant de rendre viable la colonisation autour de Jérusalem-Est. La seconde avait développé des accords avec des sociétés de télécommunications opérant dans les colonies et fournissant un soutien matériel à une unité militaire lors de raids sur Gaza durant l'été 2014⁶³. Parmi les cibles récurrentes des militants BDS se trouvent aussi des acteurs économiques tels Puma, New Balance, Caterpillar ou Hewlett Packard en raison de leur activité de *sponsoring* d'entités établies ou d'événements organisés dans les colonies ou en raison de leur rôle de fournisseurs de matériel contribuant à la colonisation. Ce constat tend à renforcer la plausibilité d'une motivation véritablement fondée sur des considérations politico-juridiques. D'autant plus que, face au défaut de motivation des juges sur ce point, les éléments empiriques à disposition sur le site de la campagne BDS permettent largement de corroborer la ligne de défense des prévenus⁶⁴.

33 Une autre comparaison se révèle instructive : celle entre boycotts étatiques et boycotts citoyens. En dépit des différences quant aux sources de l'initiative et aux modalités d'action, l'esprit des mesures et les finalités visées s'avèrent profondément semblables. Dès lors, *quid* de la motivation des boycotts étatiques ? En dépit d'une justification expresse alliant considérations juridiques et politiques, cette motivation reposerait-elle fondamentalement sur la prise en compte discriminatoire de l'origine nationale des ressortissants et des acteurs économiques (producteurs, fournisseurs, etc.) de l'État auquel seraient imposées ces mesures ? Une telle position apparaît à l'évidence difficilement soutenable. Au-delà de la question de la régularité des boycotts citoyens⁶⁵, force est de constater que, pour des faits similaires, les justifications politiques et juridiques sont retenues dans le cadre d'un boycott étatique tout en étant rejetées en

cas d'initiative citoyenne. Dans ce dernier cas, la motivation semble – discrétionnairement – requalifiée par les magistrats pour être articulée autour d'une prise en compte de l'origine nationale des acteurs économiques.

- 34 En clair, dans l'hypothèse du boycott citoyen, l'intention des prévenus est écartée pour reformuler librement la justification du boycott. La Cour d'appel de Douai avait ainsi estimé dans son arrêt du 11 septembre 2003 que « le mobile invoqué par le requérant, protester contre la politique du Premier ministre de l'État d'Israël, était sans incidence »⁶⁶ dans la mesure où l'acte était discriminatoire⁶⁷. Ici, comme dans la décision de la cour d'appel de Colmar, le raisonnement semble vicié.
- 35 Finalement, les raisons du passage d'une distinction entre produits fondée sur leur lieu de production et sous-tendue par une critique juridico-politique, ou entre producteurs concourant à la politique contestée d'un État car celle-ci est contraire au droit international, à une distinction entre producteurs fondée sur leur origine nationale, demeurent relativement mystérieuses. En rejetant le pourvoi, la chambre criminelle fait preuve d'une incontestable retenue. La cour d'appel de Douai, celle-là même qui avait estimé les motivations du prévenu « sans incidence », avait *a minima* tenté d'expliquer ce glissement indispensable à la caractérisation du délit de provocation à la discrimination. Certes honorable, cette tentative fut, cela dit, opérée au prix de la cohérence du propos – dont la lecture attentive laissera immédiatement suivre une certaine perplexité. Elle considérait alors que des « prises de positions personnelles [...] à l'égard de la politique menée par un Premier ministre [...] ne constituent pas des raisons objectives étrangères à l'appartenance des producteurs israéliens à la nation israélienne ». La cour d'appel de Colmar se dispense, elle, de toute explication d'un glissement similaire, sans que la chambre criminelle ne juge opportun de le souligner.

II/ – Le refus d'application du régime protecteur de la liberté d'expression : l'appréciation du juge national à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme

- 36 Un autre enjeu essentiel du litige concernait la conformité de la caractérisation du délit de provocation publique à la discrimination pour les faits disputés au regard de la liberté d'expression telle que garantie par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH). À n'en pas douter, la condamnation litigieuse s'analyse comme une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression des prévenus. Tel est précisément l'objet de l'article 24 de la loi de 1881. Pareille immixtion enfreindrait l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après Convention EDH) si – et seulement si – elle n'était pas prévue par la loi (A) et considérée comme nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un des objectifs légitimes mentionnés au second paragraphe de l'article 10 (B)⁶⁸.

A – La pénalisation de l'appel au boycott face aux principes d'intelligibilité et d'interprétation stricte de la loi pénale

- 37 L'exercice de la liberté d'expression « peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi » (article 10, alinéa 2, de la Convention EDH). Énonçant un impératif de sécurité juridique, en continuité de l'article 7 de la Convention EDH (principe de légalité des délits et des peines), cette formule doit, dans le cas présent, être combinée avec les principes d'intelligibilité et d'interprétation stricte du droit pénal. La seule pénalisation de l'appel au boycott par le biais d'une disposition législative ne saurait suffire. Encore faut-il que cette disposition soit suffisamment claire, notamment quant à son champ d'application. Sur ce point, force est de constater que les décisions de condamnation des militants BDS pour appel au boycott ont fait l'objet de vives contestations, aussi bien dans les moyens des prévenus que dans les commentaires de doctrine.
- 38 En bref, le fondement principal de ces critiques peut être formalisé comme suit : l'alinéa 8 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 ne procède à aucun renvoi explicite à l'article 225-2 du Code pénal et, par conséquent, ne saurait viser une discrimination constituée par l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque. À l'inverse, l'alinéa 9 de l'article 24 s'applique aux provocations « à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap [...et], à l'égard des mêmes personnes, [aux provocations] aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal ». C'est pourtant bien l'alinéa 8, dépourvu de telle référence à l'article 225-2 du Code pénal, sur lequel sont fondées les poursuites à l'encontre des militants BDS. Cette absence de renvoi explicite a poussé certains prévenus et auteurs à douter de la compatibilité de l'interprétation des juridictions qui caractérisent l'infraction avec le principe national⁶⁹ et conventionnel de légalité des délits et des peines. Il est alors soutenu que, pour fonder les condamnations, le juge pénal interpréterait l'alinéa 8 à la lueur de l'alinéa 9 – et de son renvoi vers l'article 225-2 du Code pénal – au détriment de l'interprétation stricte de la loi pénale⁷⁰.
- 39 Pour la première fois devant la cour d'appel de Bordeaux, la militante mise en cause avait tenté de faire valoir la contrariété de l'article 24 de la loi de 1881 à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »). N'ayant pas été modifié par la loi du 30 décembre 2004, contrairement à l'alinéa 9, elle soutenait que l'alinéa 8 ne pouvait viser les discriminations dans le cadre d'une activité économique. Sur ce point, la cour d'appel a estimé que la question posée était dépourvue de caractère sérieux « en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation »⁷¹.
- 40 En effet, dans un arrêt du 28 septembre 2004, la Cour de cassation⁷² a entériné un arrêt de la cour d'appel de Douai⁷³ admettant une référence – même implicite – de l'alinéa 8 de l'article 24 de la loi de 1881 à l'article 225-2 du Code pénal. Cette précision neutralise l'essentiel de la critique formulée, selon laquelle il existerait une prétendue interprétation extensive de l'alinéa 8 à la lueur de l'alinéa 9⁷⁴. Dans l'affaire ayant fait l'objet de la décision de la haute juridiction le 28 septembre 2004, la chose était encore

plus complexe. Le renvoi à l'article 225-2 du Code pénal étant le fruit d'une modification impliquée par la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE, en cas d'interprétation de l'alinéa 8 à la lueur de l'alinéa 9, le juge judiciaire se serait nécessairement positionné à l'encontre du principe de non-rétroactivité de la loi pénale⁷⁵.

- 41 À défaut d'imputer au juge judiciaire une méconnaissance des principes d'interprétation et de non-rétroactivité de la loi pénale, il est possible de considérer – à ses côtés – que la référence implicite à l'article 225-2 du Code pénal est inévitable dès lors que la notion de discrimination insérée à l'alinéa 8 (article 24 de la loi de 1881) doit nécessairement être interprétée à la lueur de la qualification pénale (établie par les articles 225-1, quant à la définition, et 225-2 du Code pénal, quant à son champ d'application). Sur ce point, tout recours potentiel devant la Cour EDH ne devrait pas infirmer la décision de la Cour de cassation du 20 octobre 2015 dès lors que les juges strasbourgeois ont d'ores et déjà confirmé la conventionnalité de cette interprétation au regard de l'article 7 de la Convention EDH⁷⁶. Dans l'affaire *Willem c. France*, la Cour EDH a en effet constaté que « les juridictions compétentes se sont fondées sur les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, lesquels renvoient, selon la cour d'appel, aux dispositions des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal »⁷⁷. Si l'on convient que la seule mention de la discrimination dans la loi de 1881 suffit à faire intervenir l'article 225-2 et que l'interprétation contestée se fonde logiquement sur la qualification pénale habituelle de la discrimination, simultanément, l'on s'interrogera néanmoins sur la nécessité d'introduire en 2004 un renvoi explicite à l'article 225-2 au sein de l'alinéa 9.
- 42 Néanmoins, persiste un second argument, essentiellement mis en lumière par Ghislain Poissonnier et Jean-Christophe Duhamel⁷⁸, relatif au *ratio legis* de l'article 24, alinéa 8, de la loi de 1881⁷⁹. Théoriquement, cet alinéa 8 semblait voir son empire limité aux personnes physiques, ce qui aurait exclu non seulement les distinctions commises à l'égard des biens mais également celles commises à l'égard des personnes morales. Cet alinéa fut introduit par l'article 1 de la loi Pleven de 1972⁸⁰ qui a été rédigé et adopté pour adapter la législation française à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁸¹, notamment en érigeant les propos racistes et discriminatoires en délits. Or, cette Convention onusienne « a pour objet de lutter contre toutes les formes de discrimination entre les êtres humains pour des motifs fondés sur la race, la couleur ou l'origine ethnique ». Par conséquent, l'objet de la loi de 1972 serait, selon les termes mêmes employés par René Pleven, de « permettre la répression de toutes les formes de racisme, que celui-ci s'exerce à l'égard d'un seul individu ou d'un groupe de personnes »⁸². Dans cette mesure, il fut soutenu que l'alinéa 8 ne serait pas applicable aux discriminations commises à l'encontre de personnes morales⁸³. Toutefois, la chambre criminelle ne semble – à juste titre – que peu séduite par ces considérations, tant dans le cas d'espèce que dans les précédentes affaires sur lesquelles elle avait été amenée à statuer⁸⁴. Un recadrage de son interprétation par les juges de Strasbourg à la lueur des débats préparatoires de la disposition législative nationale paraît pour le moins improbable dès lors que la Cour EDH « n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais [seulement] de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation »⁸⁵.

- 43 En résumé, sur le fond, il ne semble pas que la contestation de l'absence de renvoi explicite vers l'article 225-2 du Code pénal et la négligence du *ratio legis* puissent constituer les motifs d'une infirmation par la Cour EDH des décisions rendues le 20 octobre 2015. Si les principes de prévisibilité et d'interprétation stricte de la loi pénale devaient fonder une condamnation de la France au regard de l'article 7 combiné à l'article 10 de la convention EDH, alors les considérations évoquées ci-dessus relatives aux deux interprétations particulièrement excessives de l'article 225-2 du Code pénal, liées à l'exercice *normal* de l'activité de producteur (incluant la vente effective au consommateur) et à *l'entrave* (caractérisée par l'abstention d'achat du consommateur), semble à notre estime davantage pertinentes.

B – La pénalisation de l'appel au boycott : une mesure nécessaire dans une société démocratique à la protection de l'ordre et des droits d'autrui ?

- 44 Ultime point litigieux dans la présente affaire : le propos aurait-il dû être protégé au titre de la liberté d'expression et, si la réponse est négative, comment justifier la proportionnalité de la restriction apportée à la liberté d'expression ? Si l'article 10 de la Convention EDH garantit la liberté de parole, celle-ci peut être limitée aux fins de protection de la morale, de la défense de l'ordre, de la sécurité publique, des droits d'autrui⁸⁶, entre autres. Cette restriction trouve à s'appliquer en matière de discours de haine raciale⁸⁷, nationale⁸⁸, religieuse⁸⁹, de justification de politiques et propos pronazis⁹⁰, révisionnistes ou négationnistes⁹¹.
- 45 Dans la présente affaire, le juge pénal – en appel et en cassation – ajoute que l'appel au boycott, en tant que provocation à la discrimination, « ne saurait entrer dans le droit à la liberté d'opinion et d'expression » et doit par conséquent être écarté de la protection du paragraphe premier de l'article 10 de la Convention EDH. *A contrario*, en première instance pour de faits similaires, le tribunal correctionnel de Paris⁹² – qui ne retenait pas la caractérisation de l'infraction – avait insisté en 2011 sur la nécessité, dans une société démocratique, de garantir la liberté d'expression en vue de protéger les appréciations publiques sur la nature d'un régime politique étranger, cumulées à un appel à l'action citoyenne⁹³. En un sens proche, le TGI de Pontoise avait eu l'occasion de souligner en 2010 que l'appel au boycott relevait d'une « critique pacifique de la politique d'un État » et « du libre jeu du débat politique qui se trouve au cœur même de la notion de société démocratique ». Dès lors, l'appel citoyen au boycott entre, pour le TGI de Pontoise, « dans le cadre normal de la liberté d'expression, liberté à laquelle il faut accorder la plus haute importance », et doit être analysé « comme la manifestation d'une opinion et non comme une véritable incitation à une action discriminatoire »⁹⁴.
- 46 La chambre criminelle prend ses distances vis-à-vis de cette analyse pour reconnaître la caractérisation de l'infraction et se rapprocher de la solution qui avait été retenue par la Cour EDH dans une autre affaire (*Willem c. France*). Si les faits étaient semblables en certains points, une différence de taille avec l'affaire commentée mérite cependant d'être soulignée. Dans l'affaire *Willem*, le prévenu était un maire⁹⁵, en situation d'autorité, et non un simple citoyen ou militant. Celui-ci avait enjoint⁹⁶ à son équipe communale de ne pas acheter de jus de fruits en provenance d'Israël, et engagé par sa décision l'ensemble de la collectivité publique. Il n'était donc pas question d'une simple incitation des consommateurs à exercer leur liberté de conscience tout en demeurant

parfaitement libres de leurs choix⁹⁷. L'affaire *Willem c. France* constitue à ce stade le seul cas de boycott dans le cadre de la campagne BDS sur lequel la Cour EDH a été amenée à se prononcer.

- 47 Dans cette affaire, les juges de Strasbourg n'avaient pas reconnu la violation de l'article 10 de la Convention EDH en raison de la condamnation pénale pour provocation publique à la discrimination de l' élu ayant enjoint aux services communaux de la mairie de Seclin de boycotter les jus de fruits en provenance d'Israël. Pour ce faire, ils déclaraient que l'ingérence était prévue par la loi (article 24 de la loi du 29 juillet 1881), répondait à un but légitime (la protection des droits d'autrui), était proportionnée (condamnation pécuniaire modique), et nécessaire dans une société démocratique (en raison du caractère discriminatoire – allégué – du boycott). Cette décision fut néanmoins perçue par Nicolas Hervieu comme une « preuve [de] sévérité qui contraste avec [la] jurisprudence [européenne] traditionnellement très protectrice de la liberté d'expression même pour les discours provocateurs »⁹⁸. De manière plus cinglante encore, Jean-François Flauss dénonçait « un manque de discernement, de motivation, en un mot, de rigueur juridique », notamment en ce que la Cour EDH, dans cet arrêt, « se dispense de motiver le brevet de conventionnalité accordé au caractère "nécessaire" de la condamnation prononcée », aboutissant *in fine* à une atteinte « éminemment attristante » à l'exercice de la liberté d'expression⁹⁹. Dans son opinion dissidente, le juge Jungwiert concluait lui aussi à « une ingérence non nécessaire et disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression », souffrant de surcroît de « lacune dans [sa] motivation ». Rappelons ici que, traditionnellement, la jurisprudence de la Cour EDH témoigne d'un contrôle renforcé dès lors qu'est concernée la protection du discours et du débat politiques, situés au cœur même de la notion de société démocratique¹⁰⁰. Ce contrôle est d'autant plus exigeant lorsqu'est envisagée la restriction de la liberté d'expression pour certains individus tels les élus¹⁰¹, les journalistes¹⁰² ou encore les militants¹⁰³, impliquant un niveau élevé de protection¹⁰⁴ en raison d'une contribution centrale au débat public¹⁰⁵.
- 48 En cas de saisine de la Cour EDH par les prévenus ayant fait les frais des décisions du 20 octobre 2015, rien n'indique que la jurisprudence *Willem* serait maintenue pour autant¹⁰⁶. Deux éléments sont *a minima* susceptibles de soutenir un infléchissement de la position de la Cour EDH dans le cas d'espèce. Un premier infléchissement pourrait résulter de la considération du statut de l'appelant au boycott. Sur ce plan, la Cour EDH insistait dans *Willem c. France* sur le fait que le requérant, « en sa qualité de maire », « avait des devoirs et des responsabilités » et se devait notamment « de conserver une certaine neutralité » et de respecter « un devoir de réserve dans ses actes lorsque ceux-ci engagent la collectivité territoriale qu'il représente dans son ensemble ». Cette retenue était incompatible avec une incitation à dépenser les fonds publics selon une logique qualifiée de discriminatoire. Dans l'affaire commentée, les prévenus se positionnent dans une démarche citoyenne et militante, dépourvue d'une fonction de représentation politique, et ne sont soumis ni à un devoir de réserve ni à un devoir de neutralité. Un second infléchissement pourrait résulter du degré d'influence de celui qui appelle à l'abstention d'achat des produits en question. Dans le cas *Willem*, la Cour EDH considérait l'influence certaine du maire de la commune sur la décision de l'équipe communale, d'autant plus dans la mesure où celui-ci n'avait pas « favorisé la libre discussion » par l'annonce du boycott « sans donner lieu à débat ni vote »¹⁰⁷. À l'inverse, la position de militants, divulguant une information certes partisane – sans pour autant être erronée – mais n'ayant pour seule attitude à l'égard des consommateurs que celle

d'une invitation à exercer leur liberté de conscience et leur liberté de consommation ne saurait caractériser un même degré d'influence sur la décision d'abstention d'achat.

- 49 Plus généralement, deux interprétations peuvent être érigées en véritables enjeux qui détermineront l'extension ou l'inflexion de la jurisprudence *Willem* en cas de saisine de la Cour EDH sur le présent litige. L'un a trait aux motivations de l'action, l'autre, à ses modalités d'accomplissement.
- 50 Concernant les motivations de l'appel au boycott, il serait opportun pour la Cour EDH de ne pas s'engouffrer dans une tendance déjà amorcée – et soulignée par certains observateurs avisés de la jurisprudence européenne – à « dépolitiser artificiellement l'expression litigieuse afin de la soustraire au régime protecteur du discours politique »¹⁰⁸. Comme le relevait le juge Jungwiert, l'appel au boycott correspond à l'expression d'une position politique qui relève de la liberté d'opinion¹⁰⁹. La motivation du juge pénal qui suggère que les militants BDS ne seraient ni poursuivis ni sanctionnés pour leurs opinions politiques¹¹⁰ semble hautement contestable. Elle revient à dépolitiser l'action de ces militants et à évacuer l'argument de la défense du droit international des droits de l'homme. Comme mentionné précédemment, cette motivation est pourtant indispensable à la compréhension et à la qualification de l'acte litigieux, qu'il s'agisse du boycott (discrimination) ou de l'appel au boycott (provocation à la discrimination). La déconsidération absolue du mobile politique, estimé être « sans incidence »¹¹¹, permet en l'état de lui substituer en l'absence de toute argumentation pertinente un fondement potentiellement discriminatoire : l'appartenance nationale des cibles du boycott. Cette substitution nous paraît éminemment réductrice et problématique.
- 51 Concernant les modalités d'action de l'appel au boycott, il conviendrait d'insister avec le juge Jungwiert sur l'importance au sein d'« une société démocratique [de] tolérer voire parfois même susciter un tel débat ou une incitation à l'action »¹¹² qui favorise la libre discussion sur un sujet d'intérêt général. Libre discussion car ces initiatives s'exercent sans contraintes constituées par une imposition directe (violence ou menace) ou indirecte (situation d'autorité) et se fondent au contraire sur une logique incitative. Libre discussion encore en ce qu'elles reposent sur un dialogue avec les consommateurs, un processus d'information et de sensibilisation. Libre discussion sur un sujet d'intérêt général évidemment, à moins de ne reléguer le respect du droit international des droits de l'homme par un État de la communauté internationale ou encore le respect des obligations juridiques de l'État français (par exemple, veiller à la bonne application de la quatrième convention de Genève de 1949 en tant que Haute-partie contractante¹¹³) à de simples affaires privées, ce qui ne saurait être admis au sein de sociétés démocratiques fondées sur le modèle de l'État de droit.

*

**

- 52 Face aux glissements et paralogismes de la cour d'appel de Colmar, la Cour de cassation refuse, certes, d'engager en profondeur son contrôle de la motivation et de la base légale. À la manière d'Alexandre, elle tranche néanmoins le nœud gordien que constituait jusque-là ce contentieux, objet d'oppositions jurisprudentielles successives. Dans son élan, elle avalise inopportunément un raisonnement bien éloigné des standards de rationalité et de motivation exigibles d'un juge pénal. La chambre

criminelle retient en effet que c'est « à bon droit » que la cour d'appel, « par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction » : a qualifié le délit de provocation à la discrimination sans même caractériser la discrimination au sens de l'article 225-2 du Code pénal ; a conçu l'abstention d'achat de la part des consommateurs de produits étrangers comme une entrave, acte positif susceptible de caractériser une discrimination ; a estimé que, peu importe les considérations juridico-politiques à la source de cette abstention d'achat, elles sont sans incidence et révèlent en réalité une motivation foncièrement xénophobe ; ou encore que l'exercice normal de l'activité de producteur comprend la vente effective des produits aux consommateurs... Alors, avec Jean-François Flauss, il devient primordial de s'interroger sur la généralisation de ces conclusions : « est-il désormais, plus généralement interdit à toute personne résidant en France [...] de lancer un appel au boycott contre les produits en provenance de pays méconnaissant les libertés (Libye, Iran, Ouzbékistan, Chine, Zimbabwe...) ? »¹¹⁴. Répondre par l'affirmative en généralisant les conclusions du juge national reviendrait à annihiler toute protection du boycott citoyen en tant que « longue tradition d'action politique pacifique que la loi pénale n'a jamais entendu interdire [...], synonyme de liberté de revendication et de critique »¹¹⁵. Seul persisterait alors comme possibilité d'action le boycott étatique comme modalité de défense du droit international des droits de l'homme par exemple, sans toutefois que les citoyens n'aient la possibilité de s'impliquer dans ce processus – si ce n'est, au mieux, par représentants interposés. En œuvrant à la promotion d'une telle position appliquée au cas d'espèce, la cour d'appel de Colmar et la Cour de cassation occultent complètement les éléments déterminants d'un discours militant et son lien intrinsèque avec la politique d'un État pour reformuler de manière inopportune – et somme toute infantilisante – le boycott citoyen sur un schéma horizontal « individu-individu », constituant un modèle illégitime d'expression politique au relent xénophobe, à dissocier du modèle classique et régulier de boycott « État-État » fondé sur des considérations juridico-politiques. Si les récentes décisions de certaines puissances européennes visant à suspendre des accords commerciaux avec des nations affichant un mépris assumé à l'égard des standards internationaux en matière de droits de l'homme doivent être saluées¹¹⁶, l'exclusivité de ce modèle classique de boycott ne saurait suffire ni à assurer le respect du droit international des droits de l'homme ni à légitimer un refoulement complaisant du modèle de boycott citoyen vers une simple véhémence xénophobe. Au contraire, à l'heure où la gestion des choix publics progresse sur le chemin de ce que James Buchanan désignait comme une « politique dénuée de romance »¹¹⁷, il ne serait pas absolument incohérent de présenter, au creux de ce paradigme moderne, l'usage politique de ressources économiques propres des citoyens comme un moyen de démocratisation et de participation effective aux affaires caractérisées par un intérêt général.

*

Cass. Crim., 20 octobre 2015, n° 14-80.020 (publié au bulletin) et n° 14-80.021 (inédit)

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, rec. 2004, p. 136.
2. Pour une approche juridique du terme, v. art. 2 de la Convention internationale pour l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973 et article 7, 1. j) et 2. h) du Statut de Rome du 17 juillet 1998 sur la notion de « crime d'apartheid ».
3. BDS Movement, Freedom, Justice, Equality, « Appel de la société civile palestinienne. Appel aux boycotts, aux sanctions et aux retraits des investissements contre Israël jusqu'à ce qu'il applique le droit international et les principes universels des droits de l'homme », 9 juillet 2005.
4. *Ibidem*.
5. V. pt. 1 de la Résolution 242 du Conseil de sécurité de l'ONU, 22 novembre 1967 : « affirme que l'accomplissement des principes de la Charte exige l'instauration d'une paix juste et durable au Proche-Orient qui devrait comprendre l'application des deux principes suivants : a. Retrait des forces armées israéliennes des territoires occupés au cours du récent conflit ; b. Fin de toute revendication ou de tout état de belligérance, respect et reconnaissance de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de chaque État de la région et de son droit de vivre en paix à l'intérieur de frontières sûres et reconnues, à l'abri de menaces ou d'actes de violence ».
6. V. le dispositif de la CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, rec. 2004, p. 69-70 : « L'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé sont contraires au droit international [...]; Israël est dans l'obligation de mettre un terme aux violations du droit international dont il est l'auteur ; il est tenu de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, de démanteler immédiatement l'ouvrage situé dans ce territoire et d'abroger immédiatement ou de priver immédiatement d'effet l'ensemble des actes législatifs et réglementaires qui s'y rapportent, conformément au paragraphe 15 1 du présent avis [...]; Israël est dans l'obligation de réparer tous les dommages causés par la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est ».
7. V. pt. 11 de la Résolution 194 de l'Assemblée générale de l'ONU, 11 décembre 1948 : « Décide qu'il y a lieu de permettre aux réfugiés qui le désirent, de rentrer dans leurs foyers le plus tôt possible et de vivre en paix avec leurs voisins, et que des indemnités doivent être payées à titre de compensation pour les biens de ceux qui décident de ne pas rentrer dans leurs foyers et pour tout bien perdu ou endommagé lorsque, en vertu des principes du droit international ou en équité, cette perte ou ce dommage doit être réparé par les Gouvernements ou autorités responsables ; Donne pour instructions à la Commission de conciliation de faciliter le rapatriement, la réinstallation et le relèvement économique et social des réfugiés, ainsi que le

paiement des indemnités, et de se tenir en liaison étroite avec le Directeur de l'Aide des Nations unies aux réfugiés de Palestine, et, par l'intermédiaire de celui-ci, avec les organes et institutions appropriés de l'Organisation des Nations unies ».

8. En ce sens, v. les récentes lignes directrices adoptées par la Commission européenne : C(2015)7834 « Interpretative Notice on indication of origin of goods from the territories occupied by Israel since June 1967 ». Celles-ci visent à promouvoir un étiquetage spécifique pour les produits en provenance des colonies illégalement implantées en Territoires palestiniens occupés – qui, jusque-là, peuvent bénéficier d'un étiquetage identique aux produits en provenance du territoire de l'État d'Israël. Cette décision des commissaires européens fut précisément qualifiée de « discrimination » qui « trahit une attitude anti-juive qui embrasse tous les pays européens » selon Moshé Yaalon et fut explicitement mise en parallèle par Benyamin Netanyahu avec l'étiquetage des produits juifs par le régime nazi. Soulignons néanmoins le pt. 3 de ce document: « *this Notice does not create any new legislative rules. While this Notice reflects the Commission's understanding of the relevant Union legislation, enforcement of the relevant rules remains the primary responsibility of Member States* ».

9. Ainsi qu'à 1 € de dommages-intérêts et 500 € au titre de l'article 475-1 du Code de procédure pénale pour chacune des deux parties civiles (Avocats sans frontières et Chambre de commerce France-Israël).

10. CA Bordeaux, 22 octobre 2010, n° 10/00286. V. Poissonnier, G., « Une pénalisation abusive de l'appel citoyen au boycott », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 931.

11. Cass. Crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315.

12. Elle contredira néanmoins – in Cass. Crim., 19 novembre 2013, n° 12-84.083 – une partie du dispositif de la cour d'appel de Bordeaux qu'elle avait refusé dans un premier temps de casser concernant la recevabilité de l'action de la Chambre de commerce France-Israël.

13. Circulaire du 12 février 2010, CRIM-AP, n° 09-900-A4, dite circulaire « Alliot-Marie ». Cette circulaire fut reprise et complétée le 15 mai 2012 par Michel Mercier (CRIM-AP, n° 2012-0034-A4). Elle précise : « depuis le mois de mars 2009, plusieurs procédures faisant suite à des appels au boycott des produits israéliens [...] ont été portées à la connaissance de la direction des affaires criminelles et des grâces. Ces faits prennent le plus souvent la forme de rassemblements dans des centres commerciaux [...] Par jugement du 10 février 2010, le tribunal correctionnel de Bordeaux a prononcé une condamnation à l'encontre d'une personne poursuivie sous la qualification précitée pour des faits de cette nature. Il apparaît impératif d'assurer de la part du ministère public une réponse cohérente et ferme à ces agissements ». Pour une analyse détaillée v. Poissonnier, G. & Duhamel, J-C, « La tentative de pénalisation des appels au boycott des produits israéliens par les circulaires Alliot-Marie et Mercier », *Revue de droits et libertés fondamentaux*, chron. N° 5, 2015.

14. Dans la mesure où la circulaire ne trouve à s'appliquer que lorsque l'appel au boycott concerne des produits étrangers en provenance d'Israël. Sur ce point, voir *ibidem*.

15. Poissonnier, G., « Une pénalisation abusive de l'appel citoyen au boycott », *loc. cit.*

16. V. p. ex. la question publiée au JOAN le 10 novembre 2009 de M. Goasguen (et le 24 novembre 2009) appelant la garde des Sceaux à « envisager une réduction massive des subventions versées » au MRAP en raison de son soutien à l'égard de la campagne de boycott (p. 10564). V. encore une question de M. Candelier, J-J., publiée au JOAN, 23 juillet 2013, p. 7705 (question n° 33126) et la réponse de la garde des Sceaux publiée au JOAN, 19 novembre 2013, p. 12138.

17. La Cour de cassation (Cass. Crim., 31 mars 2015, n° C1501686) a jugé que le fait d'établir dans une plaidoirie « un parallèle entre les actions de boycott des produits israéliens [...] et l'ostracisme des commerces juifs orchestré par le régime nazi » constitue un propos « de nature à porter gravement atteinte à [l']honneur et [aux] intérêts moraux » de la personne visée. V. Courtin, C., « Immunité judiciaire et provocation de la défense », *AJ Pénale*, 2015, p. 313.

18. La cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 23 janvier 2013, n° 1205898) a infirmé une décision implicite de rejet d'inscription d'une personne au tableau de l'Ordre des avocats du barreau du Val-d'Oise au motif que celle-ci participait régulièrement à des manifestations organisées dans le cadre de la campagne BDS.

19. Le Conseil d'État (CE, 7 mars 2011, *École normale supérieure*, n° 347171), statuant en référé, a estimé que le refus adressé par la direction de l'ENS au « collectif Palestine ENS » de mettre à disposition une salle en vue de l'organisation de réunions publiques dans le cadre de la campagne « *Israeli Apartheid Week* » ne portait pas d'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de réunion des élèves. V. ici pour des commentaires : Beaud, O., « Normal Sup au prétoire : la liberté de réunion dans les locaux universitaires », *AJDA*, 2011, p. 585 ; Le Bot, O., « Liberté de réunion dans les établissements d'enseignement supérieur : oui aux débats, non aux meetings », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1195 ; ou encore Legrand, A., « Les limites de la liberté de réunion », *AJDA*, 2011, p. 1033.

20. TGI Paris, 8 juillet 2011, n° 0918708077. V. Poissonnier, G., « L'appel au boycott des produits d'un État par un citoyen n'est pas interdit par le droit français », *Gaz. Pal.*, 1^{er} septembre 2011, p. 15.

21. Cette précision fait référence à un autre cas où, dans une configuration différente – en ce qu'elle n'impliquait pas des militants de la campagne BDS pour une manifestation collective –, le maire d'une commune avait engagé la collectivité par sa décision de boycotter les produits en provenance d'Israël. La Cour de cassation avait confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Douai du 11 septembre 2006 retenant le délit de provocation à la discrimination sur le fondement de l'article 24 de la loi de 1881 (Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450). Là encore, était simplement souligné que « la cour d'appel [avait] justifié sa décision ».

22. TGI Paris, 8 juillet 2011, n° 0918708077.

23. CA Paris, 24 mai 2012, n° 11/6623. V. Poissonnier, G., « L'appel au boycott des produits en provenance d'Israël ne constitue pas une infraction », *Gaz. Pal.*, 25-26 juillet 2012, p. 20.

24. En soulignant notamment le défaut d'intérêt à agir de la Chambre de commerce France–Israël dont l'objet ne comprenait pas la lutte contre le racisme ou l'assistance des victimes de discriminations. Cass. Crim., 19 novembre 2013, n° 12-84.083. V. Lavric, S., « Boycott des produits israéliens : action d'une association pour provocation à la discrimination raciale », *Dalloz actualité*, 29 novembre 2013 et *Gaz. Pal.*, 10 novembre 2011, « Boycott de produits israéliens, loi sur la presse et constitution de partie civile ».

25. TGI Pontoise, 14 octobre 2010, n° 0915305065 ; CA Paris, 28 mars 2012, n° 11/05257 ; TGI Perpignan, 14 août 2013, *D.*, 2013, p. 2033 ; CA Paris, 5 février 2014, n° 13/01679 ; CA Montpellier, 19 mai 2014, n° 13/01881. Pour TGI Perpignan, 14 août 2013, v. Poissonnier, G., « Appel au boycott : produit en provenance d'Israël », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2033.

26. TGI Bobigny, 3 mai 2012, n° 09-07782469.

27. TGI Alençon, 19 septembre 2013, n° 479/2013 ; CA Caen, 24 novembre 2014, n° 1400235. V. ici Poissonnier, G., « Appel au boycott (produits israéliens) : entrave à l'exercice normal d'une activité économique », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 158.

28. Delmas Saint-Hilaire, J-P., « Provocation à la discrimination raciale : un délit dont la répression peut facilement donner lieu à des abus du fait de l'imprécision de sa définition. Un nouvel arrêt fournit l'occasion de rappeler la réalité du danger », *RSC*, 1997, p. 650 (au sujet de Cass. Crim., 21 mai 1996, *Bull. crim.* n° 210). Ce dernier concluait, en déplorant « la voie [de condamnations] dans laquelle on s'engage [qui] est lourde de dangers. Elle risque, à plus ou moins brève échéance, d'imposer des non-dits – des non-dits que l'on sait pathogènes au plan individuel comme au plan social ».

29. Cass. Crim., 20 octobre 2015, n° 148020 (publié au bulletin) et n° 1480021 (inédit).

30. Sur ce point, voir l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 25 février 2010, *Firma Brita GmbH/Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, aff. C-386/08.

31. Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA), Association avocats sans frontière (ASF), Alliance France Israël et Bureau national de vigilance contre l'antisémitisme (BNVCA).
32. TGI Mulhouse, 15 décembre 2011, n° 3309/2011 et n° 3310/2011.
33. CA Colmar, 27 novembre 2013, n° 1301122 et CA Colmar, 22 novembre 2013, n° 1301129. V. Dubuisson, F. & Poissonnier, G., « Peut-on appeler au boycott des produits originaires d'un État dont la politique est critiquée ? », *JCP G Semaine juridique*, 20 janvier 2014, p. 83-86.
34. Cass. Crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315, Cass. Crim., 19 novembre 2013, n° 12-84.083 et Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450.
35. Cass. Crim., 20 octobre 2015, n° 14-80.021. V. également *Gaz. Pal.* 5 novembre 2011, « L'appel au boycott des produits d'Israël ».
36. Certains estiment, au sujet des notions de « provocation » et de « haine », qu'il s'agit d'« autant de termes vagues, imprécis, insusceptibles de définitions objectives et qui conduisent le juge, quasi inévitablement, à décider soit en fonction de ses propres sensibilités politiques, morales, religieuses, soit en fonction de celles prêtées à "l'homme de la rue" et dont la connaissance relève d'un art divinatoire. Toutes démarches difficiles à tolérer en matière pénale, reproductions de celles de l'arbitraire judiciaire de notre Ancien droit et que le principe de la légalité des délits et des peines, inscrit dans notre droit positif au lendemain de la Révolution de 1789, a voulu bannir à jamais. L'une des conséquences majeures étant d'exiger de la loi d'incrimination une qualité fondamentale : la précision ». V. Delmas Saint-Hilaire, J-P., « Provocation à la discrimination raciale : un délit dont la répression peut facilement donner lieu à des abus du fait de l'imprécision de sa définition. Un nouvel arrêt fournit l'occasion de rappeler la réalité du danger », *loc. cit.*
37. Boulan, F., *La provocation. Problèmes actuels de sciences criminelles*, t. 2, PUAM, 1989, p. 7.
38. « La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ; 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ; 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du Code de la sécurité sociale ».
39. V. Cass. Crim. 28 septembre 2004, n° 03-87.450 : « 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 ». V. encore Cass., Crim. 22 mai 2012, 10-88.315 : « Mme Y... a incité à entraver l'exercice normal d'une activité économique ».
40. Déformant ici à propos la célèbre expression de Jean Rivero *in* Rivero, J., « À propos de la loi Sécurité et liberté : filtrer le moustique et laisser passer le chameau. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 juin 1981 », *AJDA*, juin 1981, p. 275.
41. Cass. Crim., 20 octobre 2015, n° 14-80.20 et n° 14-80.021.
42. Cass. Crim., 17 mars 2015, n° 13-87.922.
43. Cass. Crim., 8 novembre 2011, n° 09-88.007, *Bull. crim.*, 2011, n° 229, sur pourvoi formé contre CA Paris, 18 novembre 2009.
44. V. encore le raisonnement bien plus rigoureux de la Cour de cassation dans une affaire similaire aux fins de qualification de l'appel au boycott comme provocation à la discrimination (Cass. Crim., 18 décembre 2007, n° 06-82.245) : « Vu l'article 225-2, 2°, du Code pénal ; Attendu

que, constitue une discrimination punissable, au sens des articles 225-2, 2°, et 225-1 du Code pénal, le fait d'entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque en opérant une distinction entre les personnes notamment en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une nation déterminée ».

45. Cass. Crim., 22 mai 2012, n° 10-88.315.

46. Quant à savoir ce que désigne précisément cette expression, Stéphane Detraz soulignait en 2008 que « la définition de l'entrave économique [...] manque certainement de clarté et, plus généralement, de prévisibilité. Son incompatibilité avec ces exigences émanées du principe de légalité criminelle n'est donc pas à exclure » (Detraz, S., « Discrimination : entrave à l'exercice normal d'une activité économique à raison de l'appartenance à une nation », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 893). La chambre criminelle avait cependant déjà été amenée à se prononcer sur la question, notamment dans un arrêt de renvoi en date du 9 novembre 2004, puis, à nouveau, sur le même cas, dans un arrêt statuant au fond le 18 décembre 2007 (Cass. Crim. 18 déc. 2007, n° 06-82-245). V. « Responsabilité d'une CCI complice d'une discrimination », *AJDA*, 2008, p. 606 ; Legeais, D., « Production d'un document constitutif d'un boycott irrégulier », *RTD Com*, 2008, p. 402 ; Roussel, G., « Le boycott n'est pas un fait justificatif », *AJ pénal*, 2008, p. 140 ; Detraz, S., « Discrimination : entrave à l'exercice normal d'une activité économique à raison de l'appartenance à une nation », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 893 ; Lavric, S., « Discrimination commerciale fondée sur un boycott illégal », *Dalloz actualité*, 8 février 2008. Dans cette affaire, une société française avait passé un contrat de vente avec une société émiratie. Alors que la production de la commande et le processus de livraison avaient d'ores et déjà été enclenchés, la société émiratie avait exigé que soit attestée l'origine française des produits, que soit certifiée l'absence de composant d'origine israélienne et que soit garanti un processus de livraison qui n'aurait ni recours à un transporteur israélien ni même ne transiterait par Israël. Ici, la chambre criminelle (Cass. Crim., 9 novembre 2004, n° 03-87.444) avait retenu la qualification d'« entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque » au détriment des sociétés israéliennes qui auraient potentiellement pu prétendre pourvoir cette part de marché. La Cour n'avait néanmoins pas fourni de précision sur la notion.

47. Circulaire du 15 mai 2012 CRIM-AP, n° 2012-0034-A4, tel que relevé in Duhamel, J-C et Poissonnier, G., « La tentative de pénalisation des appels au boycott des produits israéliens par les circulaires Alliot-Marie et Mercier », *loc. cit.*

48. TGI Alençon, 19 septembre 2013, n° 479/2013.

49. Là encore, v. Poissonnier, G., « Appel au boycott (produits israéliens) : entrave à l'exercice normal d'une activité économique », *loc. cit.*, qui relève que « Carrefour n'[avait] pas été victime d'un fait en raison de sa nationalité ».

50. Dubuisson, F. & Poissonnier, G., « Peut-on appeler au boycott des produits originaires d'un État dont la politique est critiquée ? », *loc. cit.*

51. TGI Alençon, 19 septembre 2013, n° 479/2013.

52. CA Caen, 24 novembre 2014 n° 1400235. V. là encore, Poissonnier, G., « Appel au boycott (produits israéliens) : entrave à l'exercice normal d'une activité économique », *loc. cit.*

53. La circulaire Mercier précise en ce sens que les termes de l'article 24, alinéa 8, visent « à sanctionner le fait, non pas d'entraver une activité économique mais d'inviter par des discours ou par des écrits à le faire » (Circulaire du 15 mai 2012 CRIM-AP, n° 2012-0034-A4).

54. Detraz, S., « Discrimination : entrave à l'exercice normal d'une activité économique en raison de l'appartenance à une nation », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 893.

55. Réponse publiée au JOAN du 21 mai 2009, p. 4514. Lors de cette réponse, formulée quelques mois avant l'adoption de la circulaire du 10 février 2010, la garde des Sceaux ajoutait « il est évident que, si des plaintes précises étaient déposées ou si des infractions pénales étaient constituées, des poursuites auraient lieu. Mais, à ce jour, je dois vous préciser qu'aucune plainte n'a été déposée, ni par des grandes surfaces, ni par des associations ».

56. Laissons de côté le débat quant à l'usage du terme « nationalité(s) » en Israël, que la cour d'appel avait effacé – à juste titre – en considérant que l'origine ou l'appartenance nationale peut être retenue dans la mesure où Israël constitue bien une nation au sens du droit international en dépit de la pluralité des « nationalités » en Israël (juive, arabe, bédouine, druze, circassienne) et l'absence de nationalité « israélienne ». Voir Cour suprême, *Uzzi Ornan et al. v. State of Israel*, 2 October 2013: « 12 (a) Regarding members the various nationalities living in Israel – at this point there is no justification for the “unification” of separate nationalities and their legal merging into a new general “Israeli nationality”, since this would run contrary to Israel Jewish’s nature as well as its democratic nature (the latter regarding all nationalities in our land, including the Jewish nationality) ».

57. Réponse publiée au JOAN, 19 novembre 2013, p. 12138, à la suite d'une question de M. Candelier, J.-J., publiée au JOAN, 23 juillet 2013, p. 7705 (question n° 33126).

58. En ce sens, v. Poissonnier, G., « Appel au boycott (produits israéliens) : entrave à l'exercice normal d'une activité économique, Caen, 24 nov. 2014 », *loc. cit.*

59. Tribunal correctionnel de Lille, 26 mars 2003, tel que cité in Cour EDH, *Willem c. France*, 16 juillet 2009, req. n° 10883/05, § 11.

60. CA Douai, 6^{ème} chambre, 11 septembre 2003 (motifs reproduits in Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450). Une telle solution, reprise notamment dans les arrêts de la cour d'appel de Bordeaux et de Colmar, n'emporte pas la conviction de Ghilsain Poissonnier qui voit en cette décision « une interprétation extensive de la loi sur la presse puisque » la provocation à la discrimination « retenue ici est peu en lien avec un appel citoyen au boycott, motivé par des considérations exclusivement politiques, qui ont toute leur place dans le débat public. S'il est normal que l'appel à la discrimination à l'égard des personnes soit sanctionné pénalement, on ne voit pas bien en quoi l'appel à la discrimination à l'égard de certains produits doit l'être par une loi qui régle la vie publique » (Poissonnier, G., « Une pénalisation abusive de l'appel citoyen au boycott », *loc. cit.*).

61. Une possibilité de cohérence – apparente – aurait en effet été de retenir qu'il s'agissait bien d'une distinction entre produits – ce qu'attestent les termes mêmes des arrêts en cause –, tout en considérant que cette distinction avait pour effet d'imposer un désavantage particulier injustifié pour certains producteurs et fournisseurs, ceux dont le siège social se trouve en Israël. Il serait en effet envisageable de soutenir que malgré la distinction entre les produits en fonction de leur provenance, laquelle constituerait une « pratique neutre en apparence », le contexte, en l'occurrence le fait que la majorité de l'activité de production dans les colonies illégalement implantées en Territoires palestiniens occupés est opérée par des producteurs dont le siège social est situé en Israël, permettrait de révéler une discrimination indirecte. Mais cela reviendrait alors à soutenir la pénalisation de la discrimination indirecte, ce qui ne ressort aucunement des motifs de la cour.

62. V. le site de la campagne française du BDS pour en être convaincu, alternant dans sa terminologie entre boycott des produits et boycott des sociétés.

63. V., bien qu'à simple valeur indicative, la rubrique « Le boycott des produits » (en ligne, disponible sur [www.bdsfrance.org]): « la pression peut également s'exercer à l'encontre d'entreprises françaises qui collaborent avec le régime israélien, pour que cessent de telles collaborations ». V. encore les propos de Michelle Alliot-Marie: « plusieurs associations de défense de la cause palestinienne sont intervenues dans des grandes surfaces en appelant au boycott des produits en provenance d'Israël ou de pays supposés apporter une aide à ce pays » (*supra* note 55).

64. Pour la dimension juridique, v. not. *supra* notes 5, 6 et 7. Pour illustrer le lien entre le ciblage des produits et des marques, v. à titre d'illustration le tract de la Campagne BDS France « quelles entreprises boycotter ? »: « [X1] est une société privée qui exploite 8500 ha de terres, parmi lesquelles les terres de Beqa'ot dans les territoires occupés après 1967 »; « [X2] est né de l'exploitation illégale de la source renommée « Avel Salukia » de la colonie israélienne de Katzrin

dans le Golan syrien occupé » ; « L'usine de [X3] est située dans la zone industrielle de Maale Adumim, colonie illégale en Cisjordanie, à l'Est de Jérusalem. En plus [X3] triche sur la provenance de ses produits afin de bénéficier de taxes allégées. Ce dernier fait a été reconnu par la Cour européenne de justice qui l'a condamné, ainsi que son importateur allemand [Y], pour tromperie sur l'origine » ; « [X4] exploite les vertus supposées des boues de la Mer Morte sous la forme de crèmes et d'autres produits cosmétiques. Son usine située dans la colonie illégale de Miszpe Shalem est détenue à 44 % par Mitzpe Shalem et par une autre colonie, Kalia ; ces produits profitent directement à la colonisation. Mitzpe Shalem est situé dans une zone ouverte au tourisme occidental, mais où la population palestinienne n'a plus accès » ; « [X5] a deux usines dans la colonie industrielle de Barkan, dans les territoires palestiniens occupés en 1967. La colonie illégale Barkan est construite sur les villages palestiniens de Sarta, Quarawat Bani Hassan et Haris dont les terres ont été saisies par Israël dans les années 1980 » ; « [X6], spécialisé dans l'irrigation goutte à goutte, a été créé à Hatzerim, colonie établie en 1948, siège d'une grande base aérienne qui participe au siège de Gaza » ; « [X7], qui commercialise des produits d'arrosage, a son usine à Netanya, sur le site de Ghabat Kafr Sur, village palestinien nettoyé ethniquement et détruit en 1948 » ; « Toutes les [Produit1] vendues par Israël sont cultivées dans les colonies illégales de Cisjordanie occupée de la vallée du Jourdain. Israël détourne les ressources, terre et eau, au détriment de la population de la vallée, et exploite la main-d'œuvre palestinienne de manière moyenâgeuse. Les [Produit1] « israéliennes » sont vendues sous les marques [X8], [X9], [X10] » ; « Les [Produit2] proviennent d'[X11], 3eme producteur mondial situé à Massuot Yitzhak, colonie établie après 1948 sur les terres palestiniennes d'Es Sawafir el Gharbiye » ; « [Produit3] est fabriqué à HaGoshrim, un kibboutz établi en 1948 sur les ruines d'al-Khisas, village vidé de sa population après avoir subi un massacre en décembre 1947 », (en ligne, disponible sur [www.bdsfrance.org], onglet « boycott des produits », titre du tract « quelles entreprises boycotter ? »).

65. Si la régularité des boycotts mis en œuvre par les États en tant que contre-mesures par exemple ne pose pas de difficulté *a priori*, la régularité des boycotts citoyens est davantage sujette à controverse comme l'illustre le présent contentieux. Par ailleurs, la Cour EDH a pu estimer que le maire d'une commune ne peut se substituer aux autorités gouvernementales pour ordonner des mesures de boycott. Voir Cour EDH, *Willem c. France*, 16 juillet 2009, § 39. À ce titre, v. Flauss, J-F., « L'appel au boycott économique » sous « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, p. 1939 : « l'incise signalant que l'appel au boycott de produits étrangers relève en droit français de la seule compétence du gouvernement et non des autorités municipales (par ailleurs agrémentée d'un propos moralisateur sur le rôle du maire) manque totalement de pertinence ».

66. CA Douai, 6^{ème} chambre, 11 septembre 2003 (motifs reproduits *in* Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450).

67. *Ibidem*. Cette appréciation étant directement issue de l'interprétation de la cour d'appel qui estime que « 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 ». Ce faisant, elle conclut – en assimilant la conscience d'une externalité de l'acte et sa causalité – que cette « seule conscience de traiter différemment les producteurs israéliens » suffit à qualifier une discrimination « en raison » de leur appartenance à la nation israélienne.

68. Pour une analyse détaillée de la conventionalité de la pénalisation de l'appel au boycott, v. Dubuisson, F., « La répression de l'appel au boycott des produits israéliens est-elle conforme au droit à la liberté d'expression ? », *Revue belge de droit international*, 2012/1, p. 177-197.

69. Art. 111-4 du Code pénal.

70. En ce sens, v., entre autres, Dubuisson, F. & Poissonnier, G « L'appel citoyen des produits de l'État d'Israël constitue-t-il une infraction ? », *AJ pénal*, 2012, p. 592.

71. CA Bordeaux, 22 octobre 2010, n° 10/00286. V. not. Lavric, S., « Provocation discriminatoire : non-transmission d'une QPC », *Dalloz actualités*, 28 juin 2011. À nouveau soulevée après reformulation devant la chambre criminelle, cette dernière concluait quant à elle que la question était dépourvue de caractère sérieux en ce qu'elle visait « à contester la qualification appliquée aux faits poursuivis par le ministère public et les juges du fond qui est soumise au contrôle de la Cour de cassation » (Cass. Crim., 7 juin 2011, n° 10-88315).

72. Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450.

73. CA Douai, 6^{ème} chambre, 11 septembre 2003 (motifs reproduits in Cass. crim., 28 septembre 2004, n° 03-87-450).

74. V. là encore, le commentaire de Ghislain Poissonnier qui souligne que l'alinéa 8 de l'article 24 de la loi de 1881 « ne sanctionne nulle part l'appel à la discrimination consistant à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque, alors que l'article 24, alinéa 9, de la même loi, issu de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, le fait en mentionnant spécifiquement la discrimination prévue l'article 225-2 du Code pénal à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ».

75. V. entre autres, Tête, E., « Boycotter le juge français ou l'avocat d'Israël ? », *Le Monde*, 26 février 2010.

76. « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ».

77. Cour EDH, *Willem c. France*, § 29. *A contrario*, voir l'opinion dissidente du juge Jungwiert : « je constate tout d'abord l'application extensive de la loi sur la presse qui a été faite par les juridictions internes, et notamment par la cour d'appel. Cette dernière a condamné le requérant pour "provocation à la discrimination" sur le fondement de la loi sur la presse, et a estimé que les articles 23 et 24 de la loi de 1881 "renvoient" aux dispositions du Code pénal, sans plus de précisions. Or, ces dispositions ne font nullement référence à une discrimination fondée sur des motifs "économiques" ».

78. Duhamel, J-C. & Poissonnier, G., « La tentative de pénalisation des appels au boycott des produits israéliens par les circulaires Alliot-Marie et Mercier », *loc. cit.*

79. V. encore, sur le *ratio legis* de l'article 225-2, 2° du Code pénal, Dubuisson, F., « La répression de l'appel au boycott des produits israéliens est-elle conforme au droit à la liberté d'expression ? », *loc. cit.*

80. Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

81. Ratifiée par la France le 28 juillet 1971. In Duhamel, J-C. & Poissonnier, G., « La tentative de pénalisation des appels au boycott des produits israéliens par les circulaires Alliot-Marie et Mercier », *loc. cit.*, les auteurs soulignent à ce titre le 7^{ème} considérant de la Convention : « Alarmés par les manifestations de discriminations raciales qui existent encore dans certaines régions du monde et par les politiques d'apartheid fondées sur la supériorité ou la haine raciale, telles que les politiques d'apartheid, de ségrégation ou de séparation [...]. Sont convenus ce qui suit ».

82. *Ibidem*. Pour étayer ces propos, les auteurs citent la séance du 22 juin 1972 (JO Sénat 1972, p. 1 179) « au cours des débats devant le Parlement, le Garde des Sceaux René Pleven a bien défini le périmètre du texte de loi proposé au Parlement, en le situant dans la continuité de la Convention internationale précitée : "le Sénat sait qu'en l'état où elle a été adoptée par l'Assemblée nationale, [la proposition de loi] est de nature à permettre la répression de toutes les formes de racisme, que celui-ci s'exerce à l'égard d'un seul individu ou d'un groupe de personnes, qu'il vise l'appartenance ou la non appartenance à une ethnie, à une nation, à une race ou une religion ou plus largement encore, qu'il s'en prenne à l'origine d'un individu ou d'un groupe de personnes" ».

83. *Ibidem*.

84. La chambre criminelle avait déjà fait application de l'art. 24, al. 8, de la loi du 29 juillet 1881 au sujet de personnes morales, déjà dans le cadre du boycott. V. Cass. Crim., 18 décembre 2007, n° 06-82.245.
85. Cour EDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 octobre 2007, req. n°s 21279/02 et 35448/02, § 46.
86. V., entre autres, Cour EDH, *Jérusalem c. Autriche*, 27 février 2001, req. n° 26958/95, § 32-34 et Cour EDH, *Mamère c. France*, 7 novembre 2006, req. n° 12697/03, § 19-20.
87. Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, 23 novembre 1994, req. n° 15890/89, § 35 et Cour EDH, *Leroy c. France*, 2 août 2008, req. n° 36109/03, § 48.
88. Cour EDH, *Sürek c. Turquie (n° 1)*, 8 juillet 1999, req. n° 26682/95, § 65.
89. Cour EDH, *Norwood c. Royaume-Uni*, 16 novembre 2004, req. n° 23131/03 et Cour EDH, *Pavel Ivanov c. Russie*, 20 février 2007, req. n° 35222/04.
90. Cour EDH, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, req. n° 24662/94, § 53.
91. Cour EDH, *Garaudry c. France*, 24 juin 2003, req. n° 65831/01. V. plus récemment Cour EDH, *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, req. n° 27510/08, et son commentaire, Giannopoulos, C. L., « La Grande Chambre en quête d'un nouveau modus operandi ? », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 25 novembre 2015.
92. TGI Paris, 8 juillet 2011, n° 0918708077.
93. V. Poissonnier, G., « Appel citoyen au boycott des produits d'un État : décisions de relaxe – Tribunal correctionnel de Mulhouse 15 décembre 2011 », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 439.
94. TGI Pontoise, 14 octobre 2010, n° 0915305065, tel que relevé in Poissonnier, G., « L'appel au boycott entre dans le cadre normal de la liberté d'expression », *AJ pénal*, 2014, p. 78.
95. Pour une appréciation critique de l'application ou du refus d'application du régime de protection de la liberté d'expression aux hommes politiques par la Cour européenne des droits de l'homme, v. Hervieu, N., « La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : "de la démocratie à Strasbourg" », *CRDF*, n° 8, 2010, p. 103-114.
96. La Cour EDH retient qu'il s'était livré à « 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, [ce qui] ne peut [...] avoir favorisé la libre discussion » (Cour EDH, *Willem c. France*, §38).
97. *Idem*, §37 : « 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 ».
98. Hervieu, N., « Liberté d'expression (art. 10 CEDH) : Décision d'un maire de boycotter des produits étrangers », *Revue des droits de l'homme, Lettres Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 19 juillet 2009.
99. Flauss, J-F., « L'appel au boycott économique » sous « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*
100. V. Cour EDH, *Almeida Azevedo c. Portugal*, 23 janvier 2007, req. n° 43924/02, § 32 ; Cour EDH, *Brasiler c. France*, 11 avril 2006, req. n° 71343/01, § 41 ; Cour EDH, *Sürek c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n° 26682/95, § 61.
101. V. Cour EDH, *Willem c. France*, §32 : « quant à la position du requérant, la Cour rappelle également que sa qualité de maire est un élément important en l'espèce. En effet, précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un maire commandent donc à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts (*Jérusalem*, précité, § 36 ; *Roseiro Bento c. Portugal*, 29288/02, § 41, 18 avril 2006) ». Voir encore Cour EDH, *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, req. n° 981582, § 42.
102. V. Cour EDH, *Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999, req. n° 21980/93, § 58-60.

103. V., entre autres, Cour EDH, *Mamère c. France*, 7 novembre 2006, req. n° 12697/03, § 25 et Cour EDH, *London, Otchakovsky-Laurens et July*, 22 octobre 2007, req. n°s 21279/02 et 35448/02, § 48 et 51.
104. Cour EDH, *Renaud c. France*, 25 mai 2010, req. n° 13290/07, § 33 : « Les propos litigieux trouvent par conséquent leur place dans un débat d'intérêt général et relèvent de l'expression politique et militante, de sorte que l'on se trouve dans un cas où l'article 10 exige un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression. Il en résulte que la marge d'appréciation dont disposaient les autorités pour juger de la "nécessité" des sanctions prononcées contre le requérant était particulièrement restreinte ».
105. V. Cour EDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, req. n° 68416/01, § 89 et 90 : « La Cour considère cependant que, dans une société démocratique, même des petits groupes militants non officiels, comme *London Greenpeace*, doivent pouvoir mener leurs activités de manière effective et qu'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 » et « considère ainsi que l'on doit tolérer un certain degré d'hyperbole et d'exagération dans un tract militant – et même s'y attendre ».
106. En ce sens, v. Letteron, R., « Appel au boycott et liberté d'expression : Où est Charlie ? », *Liberté, Libertés chéries*, 29 octobre 2015.
107. Cour EDH, *Willem c. France*, § 38.
108. Hervieu, N., « La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : « de la démocratie à Strasbourg » », *loc. cit.*
109. Opinion dissidente sous Cour EDH, *Willem c. France*.
110. Cour EDH, *Willem c. France*, § 38.
111. CA Douai, 6^{ème} chambre, 11 septembre 2003 (motifs reproduits *in* Cass. crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450).
112. Opinion dissidente sous Cour EDH, *Willem c. France*.
113. V. art. 1 de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949 : « les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ».
114. Flauss, J-F., « L'appel au boycott économique » sous « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *loc. cit.*
115. Dubuisson, F. & Poissonnier, G., « La tentative de pénalisation des appels au boycott des produits israéliens par les circulaires Alliot-Marie et Mercier », *loc. cit.*
116. La Presse, « L'Allemagne stoppe ses livraisons d'armes vers l'Arabie Saoudite », janvier 2015 (source AFP Berlin ; France 24 et AFP), « La Suède met fin à sa coopération militaire avec l'Arabie Saoudite », mars 2015 ; Le Devoir, « Londres se retire d'un appel d'offre saoudien pour une question de principe », octobre 2015. *A contrario*, Les Échos, « La France signe 10 milliards d'euros avec Riyad », octobre 2015.
117. « Politics without Romance. A Sketch of Public Choice Theory and Its Normative Implications », *in* Buchanan, J., *The Collected Works of James M. Buchanan, Volume 1, The Logical Foundation of Constitutional Liberty*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999, p. 45-59.

RÉSUMÉS

Le 20 octobre dernier, la Cour de cassation a confirmé deux arrêts de la cour d'appel de Colmar en date du 27 novembre 2013 condamnant quatorze militants de la campagne BDS (boycott, désinvestissement, sanction) pour provocation à la discrimination. Au-delà de la peine prononcée (1 000 euros d'amende avec sursis pour chacun des militants, 7 000 euros de dommages-intérêts in solidum et 21 000 euros au titre de l'article 475-1 du Code de procédure pénale), la validation par la chambre criminelle de l'argumentaire relatif à l'interprétation de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse tranche un débat juridictionnel qui, jusque-là, divisait le corps des magistrats judiciaires. Ce faisant, la Cour favorise une homogénéisation des interprétations jurisprudentielles particulièrement nécessaire au regard des dissensions ayant émergé lors des cinq dernières années. Néanmoins, face à ces dissensions, baromètre par excellence de la complexité du contentieux et des difficultés d'interprétation des textes, la chambre criminelle fait preuve d'une certaine retenue quant à l'étude du moyen soulevé qui, in fine, ne permet pas d'éprouver pleinement le raisonnement de la cour d'appel, notamment au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.

AUTEUR

ROBIN MEDARD INGHILTERRA

Doctorant contractuel en droit public (CREDOF – Université Paris Nanterre & doctorant associé au CÉRIUM – Université de Montréal), allocataire doctoral MENESR/Institut des Amériques