

Le secret des sources des journalistes et le recel : de l'impossible réconciliation des frères ennemis

Depuis la loi du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes (dite Loi Dati), l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit que le secret des sources des journalistes «*est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public*». Une série d'amendements visant à renforcer le droit à la protection des sources des journalistes a été introduit par le gouvernement au cours de l'examen de la proposition de loi "Bloche" "visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias". Si les dispositions de la loi nouvelle ont déjà fait l'objet de commentaires(1), celui qui est ici proposé portera sur l'article 4 de la loi Bloche, censuré par le Conseil constitutionnel le 10 novembre dernier(2). En effet l'article 4 de la loi prévoyait une immunité pénale en faveur des journalistes relative à l'incrimination de recel de violation de secret professionnel, de recel de violation de secret de l'enquête et de l'instruction, ainsi que celle d'atteinte à l'intimité de la vie privée des lors que la diffusion des informations «*litigieuses*» remplissait un but légitime d'information du public. A ce titre le juge constitutionnel estimera, dans le cadre d'un contrôle renforcé, que l'immunité pénale voulue par le législateur ne permettait pas d'assurer une conciliation entre la liberté d'expression et «*(...) les exigences inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle*». Dans le prolongement, le Conseil indiquera qu'en «*(...) limitant les possibilités de mener certaines investigations dans le cadre de procédures pénales, ces dispositions pouvaient (...) être regardées comme de nature à entraver la recherche des auteurs d'infraction et la prévention des atteintes à l'ordre public, objectifs de valeur constitutionnelle*». (Cons.14) Généreuse mais mal écrite, la loi Bloche a fait l'objet d'une censure encore plus inévitable qu'elle garantissait au surplus cette immunité en faveur des journalistes définis au-delà du «*périmètre*» de l'article 2 de la loi du 4 janvier 2010(3). Le Conseil constitutionnel relèvera en effet qu'étaient aussi compris comme «*créanciers*» de cette immunité les «*collaborateurs de la rédaction*», soit «*(...) les personnes qui, par leur fonction au sein de la rédaction dans une entreprise ou agence de presse ou dans une entreprise de communication au public en ligne ou audiovisuelle, sont amenées à prendre connaissance d'informations permettant de découvrir une source à travers la collecte, le traitement éditorial, la production ou la diffusion de ces mêmes informations*». Etaient ainsi protégées par cette immunité «*(...) des personnes dont la profession ne présente qu'un lien indirect avec la diffusion d'informations au public*» (Cons. 22). Dès lors, la loi du 14 novembre 2016 n'aura pas permis de renforcer le droit à la protection des sources. La seule référence à ce droit(4) résidera dans son article 2 permettant au

journaliste de refuser (de son employeur ?) toute pression qui pourrait s'exercer contre lui afin qu'il révèle l'identité de sa source. L'inscription de ce droit n'a que très peu de portée dès lors qu'il ne fait l'objet d'aucune définition ! Mais l'incrimination de recel « de violation d'un secret » restera en revanche applicable aux journalistes alors que cette incrimination devrait être regardée comme limitant tant *a priori* qu' *a posteriori* le droit au libre exercice de la liberté d'information (v. *infra*). Il s'agit bien là d'un sujet « ancien » et salubre(5), qui ne trouve toujours pas la solution souhaitée par la profession, ni des juridictions françaises, ni européenne. Il convient bien entendu de relever certaines décisions rendues par les juridictions françaises faisant montre d'une particulière vigilance face au principe de la protection du secret des sources et des atteintes qui peuvent lui être portées dans le respect de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881(6). Ainsi la chambre criminelle a pu annuler des réquisitions ordonnant des écoutes téléphoniques au motif que la répression d'une violation du secret de l'instruction ne constituait pas en l'espèce un « *impératif prépondérant d'intérêt public* » justifiant que soit commise une atteinte au secret des sources des journalistes(7). Dans un arrêt rendu le 25 février 2014 la chambre criminelle a rappelé que les exceptions à la confidentialité des sources journalistiques devaient être entendues de manière stricte(8). Cependant et concernant l'incrimination de recel, des journalistes reçoivent encore des convocations à comparaître devant les autorités policières ou judiciaires afin de se voir reprocher d'avoir diffusé des informations couvertes par un secret et ce, et avant tout, dans le dessein de faire dire au journaliste (confondu avec un informateur... ?) qui a été sa source ! Nous rappellerons l'arrêt du 9 juin 2015 rendu par la chambre criminelle(9) où sera validée la décision des seconds juges excluant que les documents couverts par un secret aient pu être transmis au journaliste par une personne qui n'était pas tenue au secret professionnel. La Haute juridiction rappelle, de jurisprudence constante, que l'identification de l'auteur de la violation du secret professionnel n'est pas nécessaire afin que le recel puisse être constitué. Seule est exigée la démonstration que l'auteur de la violation fait partie des dépositaires de ce secret. Dès lors le recel sera constitué à l'égard du journaliste(10). Dans le prolongement de cette jurisprudence s'inscrira alors l'arrêt Bedat rendu le 29 mars 2016 par la Cour Edh(11) (v.). Si la Cour européenne érige la protection des sources au rang de « *pierre angulaire de la liberté de la presse* » (Goodwin c. RU 27 mars 1996), ou à celui de véritable « *attribut du droit à l'information* » (Tillack c. Belgique 27 nov 2007), la juridiction européenne ne proscrie pourtant pas la mise en œuvre de l'incrimination de recel de « violation de secrets » professionnels à l'encontre des journalistes. La Grande chambre de la Cour précise dans l'affaire Bédât qu'il convient de tenir compte de l'équilibre à ménager entre les divers intérêts en présence afin de juger si l'incrimination de recel de violation de secret de l'instruction retenue contre un journaliste trouvait à s'appliquer. La Cour rappelle surtout, dans le contexte géopolitique que nous connaissons, que l'usage de cette incrimination pénale relèvera en premier lieu de la marge d'appréciation des Etats. La Cour indique à ce titre que « (...) *grâce à leurs contacts directs et constants avec les réalités du pays, les cours et tribunaux d'un État se trouvent souvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager. C'est pourquoi (...) les États disposent*

d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression (...) (§.22). En l'espèce, la Grande chambre a jugé par 15 voix contre 2 le recours à la voie pénale ainsi que la sanction infligée au journaliste pour recel de violation du secret de l'instruction comme ne constituant pas une ingérence disproportionnée dans l'exercice de son droit à la liberté d'information. Le recel est donc et restera une infraction pénale dont il pourra être fait usage en France à l'encontre des journalistes. A cet égard, et semblant faire exception en Europe(12) la loi belge du 7 avril 2005 est particulièrement intéressante et reste -avec le droit suédois- parmi les régimes juridiques les plus protecteurs. Le législateur belge a en effet adopté la loi «*relative à la protection du secret des sources*» qui peut être aujourd'hui considérée comme faisant de la Belgique un «*eldorado*» de la protection des sources des journalistes. Particulièrement protectrice du principe, le législateur a consacré en faveur des journalistes une immunité pénale concernant le recel de violation de secret professionnel. Un exemple à suivre si l'on veut véritablement conférer à la protection du secret des sources des journalistes une effectivité. A défaut, le journaliste se réfugiant derrière le droit de protéger ses sources pourra en tout état de cause se voir poursuivi (et jugé) sur le fondement de l'incrimination de recel de violation d'un secret, infraction punie rappelons-le d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 375.000 € d'amende. Comme le dit, de longue date, la Cour européenne, il convient d'une part que l'incrimination puisse être prévisible afin de permettre au journaliste de régler sa conduite. En l'état et compte tenu de la casuistique jurisprudentielle (*cf. supra*), qui sera véritablement en mesure de conseiller un journaliste sur la conduite à adopter alors qu'il disposerait d'informations qui, bien que couvertes par un secret, pourraient être d'intérêt public ? Par ailleurs la lourdeur de la peine d'emprisonnement encourue et le montant de l'amende militent, au-delà de l'imprévisibilité, en faveur du prononcé par le juge européen de l'inconventionnalité de cette incrimination pénale : certains journalistes hésitent à informer le public par peur de devoir (ou de ne pas pouvoir) se défendre contre la menace de l'application d'une telle sanction(13). Pour le moment la Cour européenne n'entend pas se prononcer en ce sens, abandonnant aux Etats une marge d'appréciation renforcée, sans prendre en considération la lourde incertitude pesant sur la manière dont les journalistes pourront «*régler leur conduite*», au préjudice évident du droit du public à être pleinement informé «*d'informations ou idées inoffensives ou indifférentes ou qui heurtent choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population*»(14).

Auteur(s) :

Alexis GUEDJ - Avocat au Barreau de Paris, docteur en Droit, chargé d'enseignements (Université Panthéon-Assas (Paris II) - CELSA)

Notes de bas de page :

1. E. Derieux, LP n°344, Décryptage – A. Guedj et Th. Guérolé, Libération, Tribune, 16 déc. 2016.

2. N° 2016-738 DC.

3. Article 2 de la loi dispose : « Est considéré comme journaliste (...) toute personne qui, exerçant sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou une ou plusieurs agences de presse, y pratique, à titre régulier et rétribué, le recueil d'informations et leur diffusion au public».

4. Ce devoir, ainsi présenté dans la Charte de Munich de 1971 (7e devoir).

5. B. Ader en 1998 s'interrogeait sur « la nouvelle incrimination aux contours incertains» que constituait alors l'incrimination de recel de violation de secret de l'instruction mise en œuvre contre les journalistes. « Recel de violation du secret de l'instruction ou professionnel », LP n° 156, Cours et Tribunaux.

6. « (...) Il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources».

7. Crim. 6 décembre 2011, n°11-83.970.

8. Crim. 25 février 2014, n°13-84.761), note B. Ader, Légipresse n° 316.

9. Pourvoi n°14-80713, commentaire E. Dreyer, Légipresse n° 329.

10. Crim. 11 mai 2016, n° 15-82365, note A. Serinet, LP n°340.

11. Bédat c. Suisse, 29 mars 2016.

12. L'arrêt de la grande chambre est intéressant en ce qu'il retient que la marge d'appréciation laissée à l'Etat relève également de ce que le droit comparé lui enseigne : 30 États objets d'une étude de droit comparé punissent la divulgation d'informations couvertes par le secret de l'instruction (§§.22 et 23 ; arrêt préc.)

13. V. mutatis mutandis Cedh, Tolstoy Miloslavsky, 13 juillet 1995, §§. 50-51.

14. Cour EDH, Handyside c. RU, 7 décembre 1976, §.49 note ss G. Cohen-Jonathan, CDE 1978, p.350 ; Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, §.41.