



## **Projet de loi renforçant la protection du secret des sources des journalistes**

NOR : JUSX1311820L/Bleue-1

### **Etude d'impact**

**11 juin 2013**

## SOMMAIRE

<b>1. Un droit évolutif en matière de secret des sources dont l'application demeure incertaine.....</b>	<b>4</b>
1.1. Etat du droit antérieurement à la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes .....	4
1.2. Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journaliste.....	5
1.3. Cadre constitutionnel et communautaire relatif au secret des sources.....	8
1.3.1. Cadre constitutionnel.....	8
1.3.2. Cadre conventionnel relatif à la protection des sources des journalistes .....	8
1.4. Droit comparé (Allemagne, Italie, Royaume-Uni, Etats-Unis).....	11
1.4.1. Les fondements de la protection des sources journalistiques.....	11
1.4.2. Les atteintes à la protection des sources journalistiques .....	12
1.4.3 Les atteintes irrégulières à la protection des sources journalistiques .....	15
1.5. L'exemple de la Belgique : la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources des journalistes .....	16
<b>2. Un objectif de renforcement de la protection du secret des sources des journalistes.....</b>	<b>17</b>
2.1. Nécessité de l'action législative .....	17
2.2. Des objectifs multiples .....	18
2.2.1. Premier objectif : définir strictement les atteintes pouvant être apportées au secret des sources.....	18
2.2.2. Deuxième objectif : exiger que, dans le cadre d'une procédure pénale, de telles atteintes ne puissent être ordonnées que par un juge du siège, distinct du magistrat en charge des investigations .....	19
2.2.3. Troisième objectif : aggraver la répression des atteintes au secret des sources .....	19
<b>3. Options.....</b>	<b>20</b>
3.1. Options concernant la définition des cas dans lesquelles une atteinte au secret des sources peut intervenir (art. 1 <sup>er</sup> et 2).....	20
3.2. Options concernant l'intervention de l'autorité judiciaire pour lever la protection du secret des sources dans le cadre d'une procédure pénale (article 1 <sup>er</sup> 2 et 3).....	21
3.3. Options concernant l'immunité des journalistes en cas de recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel (art. 1 <sup>er</sup> , IV de l'article 2 de la loi de 1881) .....	22
3.4. Options concernant la sanction de l'atteinte au secret des sources (article 4) .....	26
<b>4. Impacts .....</b>	<b>29</b>
4.1. Impacts pour le citoyen .....	29

4.2. Impacts budgétaires ..... 29

**5. Consultations / Modalités d'application.....29**

5.1. Consultations ..... 29

5.2. Modalités d'application géographique ..... 31

5.3. Modalités d'application dans le temps ..... 31

5.4. Décrets d'application..... 31

## **1. Un droit évolutif en matière de protection du secret des sources des journalistes dont l'application demeure incertaine**

Le droit français relatif à la protection du secret des sources des journalistes a été modifié à plusieurs reprises depuis une vingtaine d'années, la réforme la plus récente étant intervenue en 2010.

### **1.1. Etat du droit antérieurement à la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes**

La loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale a constitué un progrès important par rapport à l'absence de toute disposition légale spécifique jusque-là. Sans reconnaître expressément le principe de la protection du secret des sources des journalistes, elle en a donné des illustrations ponctuelles sur un plan procédural :

- en autorisant le journaliste entendu comme témoin dans une procédure pénale à taire ses sources devant le juge d'instruction (article 109 du code de procédure pénale) ;
- en prévoyant que les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat qui veille au respect du libre exercice de la profession de journaliste (article 56-2 du code de procédure pénale).

La Cour de cassation, dans un arrêt de la chambre criminelle du 3 avril 1995 (n° 93-81569), rappelait que les informations qui ne peuvent faire l'objet d'une appréhension matérielle sont insusceptibles d'être l'objet d'un recel et que le seul fait de divulguer une information en violation d'un secret ne tombe pas sous le coup de la loi pénale.

C'est au nom de l'exercice des droits de la défense que la Cour de cassation a abandonné sa jurisprudence au terme de laquelle les documents issus d'une violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel ne pouvait fonder la preuve de l'« *exceptio veritatis* » ou de la bonne foi dès lors qu'ils n'avaient pu parvenir au prévenu que « *par un cheminement inconnu du code de procédure pénale* » selon la formule habituelle. Dans deux arrêts du 11 juin 2002 et du 11 février 2003, la chambre criminelle revenait sur cette jurisprudence, affirmant notamment que « *le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifie que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces d'une information en cours de nature à établir sa bonne foi et la vérité des faits diffamatoires* ».

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite « *Perben II* » a étendu ces garanties procédurales. Ainsi, s'agissant des réquisitions judiciaires ordonnées par les officiers de police judiciaire, le procureur de la République et le juge d'instruction, la loi a exigé que la remise des documents ne puisse intervenir qu'avec l'accord des personnes intéressées lorsqu'elles concernent une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle.

En cas de refus, il appartient aux enquêteurs ou au juge d'apprécier l'opportunité d'une perquisition. Celle-ci devra être alors accomplie dans les formes et suivant les conditions prévues par les articles 56-1 à 56-3 du code de procédure pénale et la loi du 29 juillet 1881 sur la presse

Avant la loi du 4 janvier 2010 susmentionnée, un officier de police judiciaire, un procureur de la République ou un tribunal pouvaient exiger d'un journaliste qu'il lui livre sa source. Il ne pouvait pas refuser de répondre à une question en invoquant le secret des sources. Et il ne pouvait pas refuser de remettre un document qui permettrait de remonter à sa source. Son refus l'exposait à une amende de 3 750 euros.

## **1.2. Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes**

### ***1.2.1. Présentation de la loi***

La loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 susmentionnée a consacré dans un nouvel article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse le principe de la protection du secret des sources des journalistes.

Cet article comporte cinq alinéas ainsi rédigés :

*Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public.*

*Est considérée comme journaliste au sens du premier alinéa 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.*

*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.*

*Est considéré comme une atteinte indirecte au secret des sources au sens du troisième alinéa le fait de chercher à découvrir les sources d'un journaliste au moyen d'investigations portant sur toute personne qui, en raison de ses relations habituelles avec un journaliste, peut détenir des renseignements permettant d'identifier ces sources.*

*Au cours d'une procédure pénale, il est tenu compte, pour apprécier la nécessité de l'atteinte, de la gravité du crime ou du délit, de l'importance de l'information recherchée pour la répression ou la prévention de cette infraction et du fait que les mesures d'investigation envisagées sont indispensables à la manifestation de la vérité.*

Il résulte des travaux parlementaires que le législateur a, en matière pénale, entendu circonscrire aux seules infractions d'une particulière gravité la possibilité de porter atteinte au secret des sources. Ainsi, le rapporteur du texte à l'assemblée nationale, rappelant l'exposé de ses motifs aux termes duquel « *il ne pourra être procédé à des écoutes téléphoniques afin de découvrir la source d'un journaliste dans une instruction ouverte, par exemple, pour des faits de violation du secret professionnel* », indique qu'il « *paraît évident que des affaires de terrorisme pourront justifier qu'il soit porté atteinte au secret* ».

La loi du 4 janvier 2010 susmentionnée a inséré dans le code de procédure pénale deux nouvelles dispositions traduisant ces nouvelles garanties.

Le dernier alinéa de l'article 60-1 du code de procédure pénale indique ainsi que les éléments obtenus par des réquisitions judiciaires ne peuvent être versés au dossier si la réquisition viole le principe du secret des sources

Le dernier alinéa de l'article 100-5 du code de procédure pénale institue en matière d'écoutes téléphoniques une protection similaire à celle prévue pour les avocats en interdisant, à peine de nullité, la retranscription des correspondances avec un journaliste portant atteinte au principe du secret des sources.

Dans ces deux hypothèses, l'atteinte au principe du secret des sources doit être appréciée en fonction des conditions posées par le nouvel article 2 de la loi du 29 juillet 1881, telles que décrites précédemment.

Enfin, l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 a été complété afin d'indiquer qu'une personne poursuivie pour diffamation et devant établir sa bonne foi ou apporter la preuve de la véracité de ses propos ne peut être poursuivie pour recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel si la preuve qu'elle apporte est issue de la violation de ce secret.

Il s'agissait là d'une consécration de la jurisprudence de la Cour de cassation qui tend à garantir un procès équitable aux personnes poursuivies pour diffamation.

Ces dispositions ont ainsi institué une immunité en matière de recel, susceptibles de s'appliquer à des journalistes, mais uniquement lorsque la personne se défend dans le cadre de poursuites pour diffamation.

## ***1.2.2. Application de la loi du 4 janvier 2010***

### ***1.2.2.1. Circulaire d'application de la loi du 4 janvier 2010***

La circulaire JUS - D 1001800C du 20 janvier 2010 présente les dispositions de la loi du 4 janvier 2010.

Elle rappelle, notamment, qu'en pratique, « *comme cela a été indiqué lors de ces débats, l'exigence de proportionnalité entre l'atteinte au secret des sources et l'infraction poursuivie exclut par exemple le recours à des perquisitions ou des interceptions téléphoniques afin de découvrir la source d'un journaliste dans une enquête portant sur des faits de violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction, ou de recel de ces délits, mais permet ces mesures dans des procédures portant sur des faits de criminalité organisée ou de terrorisme.* »

S'agissant des réquisitions et écoutes téléphoniques, la circulaire ajoute que « *ces actes d'enquête ne pourront par exemple pas être ordonnés dans une procédure portant sur des faits de violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction, ou de recel de ces délits.* »

#### *1.2.2.2. Jurisprudence postérieure à la loi du 4 janvier 2010*

La chambre criminelle de la Cour de Cassation n'a statué qu'à deux reprises sur l'application de la loi de 2010.

Elle a clairement démontré dans un arrêt du 6 décembre 2011 (affaire BETTENCOURT) qu'elle était désormais plus exigeante que par le passé dans l'application des dispositions de la loi française sur le secret des sources.

Elle a ainsi considéré que : « *Justifie sa décision au regard de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, et au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre de l'instruction qui, dans une information suivie du chef de violation du secret professionnel, prononce l'annulation des réquisitions adressées, lors de l'enquête préliminaire, à des opérateurs de téléphonie, pour obtenir l'identification des numéros de téléphone des correspondants des journalistes, auteurs d'un article rendant compte d'une procédure judiciaire en cours, ainsi que celle des pièces dont elles étaient le support nécessaire, par des motifs qui établissent que cette atteinte portée au secret des sources des journalistes n'était pas justifiée par un impératif prépondérant d'intérêt public et que la mesure n'était pas nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi* ».

Toutefois, dans un arrêt du 14 mai 2013, la Cour de cassation a veillé à ce que les juridictions du fond procèdent pour chaque espèce, à l'examen approfondi de la proportionnalité des atteintes portées au secret des sources au regard de l'impératif prépondérant d'ordre public en cause.

La chambre criminelle a ainsi censuré l'arrêt d'une chambre d'instruction qui avait fait application des mêmes dispositions pour annuler des réquisitions visant à identifier les lignes téléphoniques de journalistes et obtenir leur facturation détaillée, en considérant que la cour d'appel aurait dû préciser « *l'absence d'un impératif prépondérant d'intérêt public alors que la violation du secret de l'instruction reprochée imposait de rechercher les auteurs de cette infraction ayant porté atteinte à la présomption d'innocence* » et « *caractériser plus précisément le défaut de nécessité et de proportionnalité des mesures portant atteinte au secret des sources des journalistes au regard du but légitime poursuivi* ».

Il peut par ailleurs être également cité un arrêt de la Chambre de l'instruction de Paris du 4 juin 2013, qui a refusé d'annuler des actes d'une procédure portant atteinte au secret des sources d'un journaliste poursuivi pour recel de violation du secret de l'instruction, et ayant permis d'identifier son informateur, un fonctionnaire de police, au motif que « *l'intérêt public nécessite (...) que les enquêteurs ne commettent aucune violation du secret qui les lie et que si une telle violation est suspectée, toutes mesures d'investigation utiles soient mises en œuvre pour en rechercher les auteurs* ».

### **1.3. Cadre constitutionnel et communautaire relatif au secret des sources**

#### ***1.3.1. Cadre constitutionnel***

Le Conseil constitutionnel n'a jamais eu l'occasion de se prononcer directement sur la question spécifique du secret des sources.

#### ***1.3.2. Cadre conventionnel relatif à la protection des sources des journalistes***

Le libre exercice du journalisme est inscrit dans le droit à la liberté d'expression et d'information garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

Dans un arrêt de la CEDH du 26 avril 1979 (affaire *Sunday Time contre Royaume Uni*), la Cour a souligné l'importance, dans une société démocratique, du principe de la liberté d'expression, qui s'applique au domaine de l'administration de la justice : " Non seulement il incombe aux mass media de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux mais encore le public a droit d'en recevoir. Pour déterminer si une ingérence dans la liberté d'expression se justifie au regard de la convention, il faut tenir compte des circonstances de l'espèce et en particulier de tout aspect relevant de l'intérêt public. "

De même, dans ses arrêts *Handyside du 7 décembre 1976, Observer et Guardian du 26 novembre 1991*, la Cour de Strasbourg a affirmé que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et que la presse en est « le chien de garde ». Une fois la liberté de la presse ainsi érigée au sommet de la liberté d'expression au nom d'un droit du public à recevoir des informations, la Cour de Strasbourg a consacré le secret des sources comme l'une des conditions essentielles de cette mission d'intérêt général.

Dans chaque affaire mettant en cause l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme, la Cour a affirmé que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties accordées à la presse revêtent une importance particulière. La protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse. L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde » et « son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie ».

Dans un arrêt *Fressoz et Roire c. France* du 21 janvier 1999, la Cour condamnait la France pour violation de l'article 10 de la Convention. Elle précisait que « la nécessité d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit se trouver établie de manière convaincante. Certes il revient, en premier lieu, aux autorités nationales d'évaluer s'il existe un besoin social impérieux susceptible de justifier cette restriction. Lorsqu'il y va de la presse (...) le pouvoir national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse (...) ».

Dans l'arrêt *Colombani c. France* du 25 juin 2002, la France était sanctionnée pour avoir fait condamner pour délit d'offense à chef d'Etat étranger (art 36 de la loi du 29 juillet 1881) le journal *Le Monde* qui affirmait que l'entourage du roi du Maroc Hassan II était impliqué dans le trafic de drogue à destination du territoire français. La Cour considérait que « cela revient à conférer aux chefs d'Etat étrangers un privilège exorbitant qui ne saurait se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui » et qu'« il n'existait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les restrictions imposées à la liberté d'expression (...) et le but légitime poursuivi. »

Dans l'arrêt *Goodwin* du 27 mars 1996 (condamnant l'Angleterre parce qu'un juge avait, à la demande d'une société faisant plus de 20 millions de £ de chiffre d'affaire, dont un journaliste avait l'intention de révéler les difficultés financières, ordonné à ce journaliste de divulguer le nom de son informateur au sein de la société), la Cour considère que « quoi qu'il en soit, l'intérêt public de ces informations ne pourrait servir de critère pour juger de l'existence d'un besoin social impérieux poussant à ordonner la divulgation de la source. Un informateur pourrait fournir des renseignements de faible intérêt un jour et de grande importance le lendemain ».

Le comité des ministres du Conseil de l'Europe, dans l'exposé des motifs de sa recommandation du 8 mars 2000 sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, déclare que « la protection de la relation professionnelle entre les journalistes et leurs sources est plus importante que la valeur réelle de l'information en question pour le public. Toute révélation d'une source peut avoir un effet inhibant sur les futures sources ».

Dans l'esprit de la Cour, c'est le droit du public d'être informé sur des questions d'intérêt général qui doit être impérativement assuré.

Dans sa volonté de favoriser et de protéger la presse d'investigation, la Cour européenne des droits de l'homme a donc accordé au secret des sources une prééminence sur d'autres droits individuels ou collectifs comme la présomption d'innocence, le respect de la vie privée ou le secret de l'instruction.

Depuis l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni* du 27 mars 1996, la Cour a en effet toujours condamné les Etats ayant porté atteinte au secret des sources dans le cadre d'une procédure pénale.

Si le sens de la jurisprudence de la Cour penche nettement en faveur du secret des sources et du droit des journalistes à rechercher et à diffuser des informations non publiques, son analyse n'exclut pas a priori que des atteintes puissent être portées au secret des sources. A cet égard, sa jurisprudence permet de conserver une marge d'appréciation importante pour tenir compte des circonstances particulières.

Depuis les arrêts *Goodwin c/Royaume-Uni* précité, *Fressoz et Roire c/France* du 21 janvier 1999, *Roemen et Schmit c/Luxembourg* du 25 février 2003 et *Ernst c/ Belgique* du 15 octobre 2003, la Cour a dégagé plusieurs critères pour déterminer la licéité d'une atteinte au secret des sources :

- l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public. La Cour de Strasbourg n'a pas fixé de liste d'infractions susceptibles d'être qualifiées d'impératif prépondérant d'intérêt public. Elle admet que soient qualifiées ainsi des infractions ne consistant pas en une atteinte à l'intégrité physique des personnes ou aux intérêts fondamentaux de la Nation ;
- la nécessité de l'atteinte, c'est-à-dire l'importance de l'information recherchée pour réprimer ou prévenir l'infraction ;
- la proportionnalité de l'atteinte. La Cour vérifie notamment si d'autres mesures n'auraient pas permis de parvenir aux mêmes résultats.

Appliquant ces principes aux cas de poursuites en France de journalistes pour recel de violation du secret professionnel, la CEDH a condamné la France récemment dans un arrêt *Martin* du 12 avril 2012, jugeant que la liberté d'expression est un principe majeur qui ne supporte que peu de restrictions. Admettant que la présomption d'innocence soit considérée comme un motif légitime de restriction à cette liberté, la Cour a néanmoins considéré que ce motif n'était suffisant que dans certains cas et notamment pas dans le cas d'espèce qui lui était soumis, à savoir la publication par la presse d'un rapport d'observation provisoire d'une chambre régionale des comptes mettant en cause la gestion d'un élu (la Cour a apprécié *in concreto* en fonction de la qualité d'intérêt général de l'article de presse et a pris en compte la bonne foi des journalistes et le respect de leur déontologie).

De la même manière, la Cour européenne a à nouveau condamné la France le 28 juin dernier dans un arrêt « *Ressiot et autres contre France* »<sup>1</sup>, jugeant « disproportionnées » les perquisitions et saisies conduites dans deux journaux et au domicile de cinq journalistes français mis en cause des chefs de violation du secret de l'instruction et recel de ce délit, dans le cadre de l'affaire Cofidis (dopage). La Cour en a profité pour réaffirmer l'importance de la protection du secret des sources : « *le droit des journalistes*

---

1

Communiqué de presse sur l'arrêt du 28 juin 2012 de la CEDH : "La Cour souligne que le droit des journalistes de taire leurs sources n'est pas un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources, mais un véritable attribut du droit à l'information. La saisie et le placement sous scellés des listings des appels de M. Damien Ressiot et de Mme Dominique Issartel ainsi que les perquisitions opérées à leurs domiciles, les perquisitions et saisies opérées le 13 janvier 2005 aux sièges des journaux Le Point et L'Equipe furent validées par la chambre de l'instruction sans que soit démontrée l'existence d'un besoin social impérieux. La Cour conclut que le Gouvernement n'a pas démontré qu'une balance équitable des intérêts en présence a été préservée. Même à considérer que les motifs invoqués étaient pertinents, la Cour estime qu'ils n'étaient pas suffisants pour justifier les perquisitions et les saisies mises en œuvres. Ces mesures litigieuses ne représentaient pas des moyens raisonnablement proportionnés à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse. Il y a donc eu violation de l'article 10."

*de taire leurs sources ne saurait être considéré comme un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources, mais un véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection ». Selon la Cour, « il convient d'apprécier avec la plus grande prudence, dans une société démocratique, la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de "chiens de garde" de la démocratie ». Et la Cour a jugé qu'il n'avait pas été démontré, dans cette affaire, « qu'une balance équitable des intérêts en présence [avait] été préservée ». Elle ajoutait que « les mesures litigieuses ne représentaient pas des moyens raisonnablement proportionnés à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse ».*

Néanmoins, il convient de souligner que cette condamnation s'applique à une procédure régie par le droit antérieur à la loi du 10 janvier 2010.

La Cour de Strasbourg admet en revanche qu'il soit porté atteinte au secret des sources d'un journaliste afin de prévenir les infractions d'une certaine gravité dès lors que l'ingérence s'avère proportionnée. Dans un arrêt *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark* du 8 décembre 2005, a jugé que l'injonction de divulgation du résultat des recherches menées par un journaliste qui, pour réaliser un reportage sur la pédophilie au Danemark, s'était infiltré sous une fausse identité dans une association pédophile, s'analysait en une ingérence proportionnée dans la liberté d'expression du journaliste et qu'elle poursuivait un objectif légitime, à savoir la prévention du crime et en particulier des infractions graves commises sur des mineurs.

#### **1.4. Droit comparé (Allemagne, Italie, Royaume-Uni, Etats-Unis)**

Dans l'ensemble des pays étudiés, il existe des règles visant à assurer la protection des sources journalistiques (1.4.1.). Cette protection n'est toutefois pas absolue et peut être limitée dans certaines circonstances et selon un cadre procédural défini (1.4.2.)

Lorsque l'atteinte portée au secret des sources journalistiques a été réalisée de manière irrégulière, celle-ci entraîne la nullité des mesures prises par les autorités de poursuite. Cependant, dans aucun pays cette atteinte irrégulière au secret des sources journalistiques ne constitue une infraction pénale, à l'exception de l'Italie où un journaliste peut être poursuivi sur le fondement du « délit de divulgation de secret professionnel » (1.4.3.).

##### ***1.4.1. Les fondements de la protection des sources journalistiques***

Dans certains pays, le fondement du régime de protection des sources journalistiques est d'abord adossé au principe de liberté de la presse consacré par des textes à valeur constitutionnelle (**Allemagne, Etats-Unis**). Parallèlement, des dispositions législatives spécifiques sont venues renforcer le droit de non divulgation des sources journalistiques (**Allemagne, Etats-Unis, Italie, Royaume-Uni**).

Aux **Etats-Unis**, en l'absence de loi fédérale garantissant le secret des sources journalistiques, des recours se fondant sur le premier amendement de la Constitution relatif à la liberté d'expression, ont permis de faire reconnaître l'existence d'un « *privilege* » à l'égard des journalistes en soutenant que l'information du public ne peut être garantie que si le journaliste peut lui-même avoir accès à l'information, ce qui implique la sécurité de ses sources.

La Cour Suprême s'est opposée à cette interprétation extensive dans trois arrêts rendus en 1972 (Branzburg, Pappas, Caldwell), mais certains juges ont exprimé une opinion dissidente qui se fondait sur une protection des sources au cas par cas.

De nombreux Etats ont adopté des lois écrans (« *Shield Law* ») permettant de protéger les journalistes contre les réquisitions de la justice. A ce jour, 39 Etats ainsi que le District de Columbia disposent de ce type de législation.

Au **Royaume-Uni**, le principe de la confidentialité des sources posé par l'article 10 de la loi de 1981 sur le « *Contempt of Court* », permet à une personne de refuser de « *révéler ses sources d'information contenues dans une publication pour laquelle elle est responsable* ».

En **Allemagne** comme en **Italie**, le code de procédure pénale prévoit le droit de refuser de témoigner en justice pour le journaliste. Les perquisitions au domicile du journaliste ou dans une entreprise de presse, sont également strictement encadrées.

En **Italie**, le journaliste ne peut être contraint de témoigner ni sur les informations qu'il a obtenu ni sur le nom des personnes par lesquelles il a pu obtenir ses informations, dans l'exercice de sa profession (*article 200, alinéa 3 du code de procédure pénale italien*). La Cour de cassation italienne a précisé que cette protection s'étend à tous les éléments qui permettent de conduire à l'identification de la personne qui a fourni les informations en confiance. S'agissant de l'obtention de preuves, le journaliste peut opposer le secret professionnel à une demande de remise de documents obtenus dans le cadre de sa profession et demandés par l'autorité judiciaire. Enfin l'article 2 de la loi n°69/163 sur l'organisation de la profession de journaliste prévoit l'obligation pour le journaliste professionnel de protéger le secret des sources de l'information qui a été obtenue sur la base de la confiance.

En **Allemagne**, la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel est venue préciser que le principe constitutionnel de la liberté de la presse comprenait également la confidentialité du travail de la rédaction des journaux et magazines.

#### ***1.4.2. Les atteintes à la protection des sources journalistiques***

Dans l'ensemble des pays étudiés, des atteintes à la protection des sources journalistiques sont admises par la loi ou admises par la jurisprudence. Ces limites portées à la protection des sources journalistiques reposent sur la gravité des infractions poursuivies, l'existence

de suspicions quant à un comportement délictueux du journaliste ou encore les nécessités de l'enquête.

Dans tous les cas, l'atteinte au secret des sources s'effectue selon un cadre procédural défini et sous le contrôle d'une autorité judiciaire ou administrative qui vérifie si l'atteinte portée au secret des sources journalistiques ne constitue pas, en miroir, une atteinte disproportionnée à la liberté de la presse ou encore au secret des correspondances.

En **Italie**, le troisième alinéa de l'article 200 du code de procédure pénale prévoit une exception au principe général du secret des sources aux termes de laquelle "*si les informations sont indispensables pour prouver l'infraction poursuivie et que leur véracité ne peut être établie que par l'identification de sa source, le juge ordonne au journaliste d'indiquer la source de son information*". De même, dans le cadre d'une procédure judiciaire d'obtention de preuve, en application le deuxième alinéa de l'article 256 du code de procédure pénale, si l'autorité judiciaire a des doutes sur la légitimité de l'opposition faite à sa demande de saisie qui l'empêche de pouvoir continuer son enquête, elle doit procéder aux vérifications nécessaires et, si les déclarations du journaliste s'avèrent infondées, ordonner la saisie.

Les mesures de perquisition sont soumises au respect des principes de nécessité et de proportionnalité. La saisie de l'ordinateur d'un journaliste ne sera donc considérée comme légitime que s'il existe un lien étroit avec l'enquête en cours : la saisie d'un disque dur en son entier reviendrait en fait à obtenir des données qui n'ont aucun rapport avec l'objet de la demande. Un cadre précisément défini est nécessaire afin d'éviter une atteinte disproportionnée à la liberté de la presse et au secret des correspondances constitutionnellement protégées.

Au **Royaume-Uni**, le principe de la confidentialité des sources posé par l'article 10 de la loi de 1981 est remis en cause s'il entre en conflit avec le principe de bonne administration de la justice. Le juge peut alors enjoindre au journaliste de révéler ses sources si « *cette révélation est nécessaire aux intérêts de la justice, ou à la sécurité nationale ou à la prévention des troubles causés à l'ordre public* ».

En outre, la loi de 2000 « Terrorism Act » permet de sanctionner le manquement au devoir de divulgation d'information à un officier de police britannique dans certaines circonstances :

- lorsque sur le fondement d'informations portées à son attention dans le cadre de son travail, une personne croit ou suspecte une autre personne d'avoir commis un délit relatif à la collecte de fonds, à l'utilisation et la possession de fonds, à des accords sur les financements ou au blanchiment d'argent à des fins de terrorisme (*article 19*).
- lorsqu'une personne détient une information dont elle sait ou croit qu'elle pourrait contribuer matériellement à la prévention de la commission par une autre personne d'un acte de terrorisme, ou à garantir l'arrestation, la poursuite ou la condamnation d'une autre personne au Royaume-Uni pour une infraction impliquant la commission, la préparation ou l'instigation d'un acte terroriste (*article 38 B*).

L'article 9 de la loi de 1984 « Police and Criminal Evidence » prévoit qu'un officier de police, sous réserve de pouvoir justifier de l'utilité de cet acte, peut solliciter du juge une ordonnance lui permettant l'accès à des documents détenus par des journalistes lors d'une enquête criminelle. Cette ordonnance pourra contraindre la personne en possession de ces documents soit à les remettre au policier soit à lui en laisser l'accès dans un délai fixé par l'ordonnance.

La police doit saisir le juge pour obtenir une ordonnance enjoignant à un opérateur téléphonique de fournir l'ensemble des appels entrant et sortant à partir de la ligne téléphonique d'un de ses abonnés. Pour obtenir cette ordonnance judiciaire, la requête au juge devra exposer et justifier les raisons de cette atteinte aux libertés ainsi que son utilité pour l'enquête en cours.

Un certain nombre de lois permettent également des interceptions téléphoniques de nature administrative. Dans ce cas, la police est dispensée de l'autorisation préalable d'un juge pour agir. Toutefois, sont uniquement admis les enregistrements de conversations téléphoniques par le biais d'un « interception warrant » (mandat délivré par les autorités administratives habilitées) et effectués par les autorités compétentes (police, Security Service, Secret Intelligence Service...) s'ils constituent le seul moyen d'obtenir certaines informations. La durée des écoutes est limitée à trois mois (renouvelables pour six mois maximum)

Aux **Etats-Unis**, si certains juges ont eu tendance à appliquer une protection au cas par cas, la tendance depuis les années 2000 est plutôt à un retour à l'opinion majoritaire des arrêts de 1972, considérant que le premier amendement ne pouvait dispenser un journaliste de son obligation de comparaître à la demande d'un « *Grand Jury* » si ce dernier le demandait. Ainsi, plusieurs « *grand jury* » n'ont pas hésité à imposer la production de pièces à des journalistes, certains d'entre eux ayant été par la suite incarcérés compte tenu de leur refus. Bien qu'en l'absence de précédent établi la jurisprudence s'avère très disparate, il faut toutefois relever que les juridictions américaines ne reconnaissent généralement pas la protection des sources :

- lorsque la source est engagée dans une activité criminelle
- lorsque le journaliste dispose des preuves matérielles d'une infraction pénale (*documents, enregistrements*)
- lorsqu'un procureur recherche une preuve essentielle dans un dossier.

Le ministère fédéral de la justice a édicté des lignes directrices destinées à encadrer les réquisitions faites aux journalistes mais aussi aux opérateurs de téléphonie et aux fournisseurs d'accès à internet. Conformément à ces lignes directrices, le procureur doit effectuer un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt du public d'avoir accès à l'information et les nécessités de l'enquête. Des contacts doivent être pris avec le journaliste, sauf si un « Assistant Attorney General » (c'est-à-dire l'un des adjoints du ministre de la justice), sous le contrôle de l'« Attorney General » lui-même, estime qu'il y a un risque de déperdition des preuves en ayant ces contacts. Enfin, toutes les réquisitions visant à obtenir des opérateurs de téléphonie et d'internet des informations

sur les communications d'un journaliste doivent avoir été approuvées par l' « Attorney General » lui-même. Il est important de relever qu'un projet de loi fédéral de protection des sources journalistiques prévoit un mécanisme original de protection du secret des communications des journalistes. Le texte imposerait ainsi à l'autorité judiciaire qui sollicite ces informations d'organiser un débat contradictoire devant le juge avec le journaliste dont les informations sont sollicitées. Ce mécanisme a vocation à permettre au juge de faire un contrôle de proportionnalité au cas par cas entre l'atteinte sollicitée au secret des sources par l'autorité judiciaire et les nécessités de l'enquête. Toutefois, ce projet de loi ne semble pas être en voie d'adoption à court terme par le Congrès.

En **Allemagne**, l'interdiction des perquisitions est tempérée lorsque le journaliste est lui-même lourdement soupçonné d'être auteur, complice ou receleur de l'infraction. Si ces soupçons peuvent légitimer une atteinte au secret des sources dans le cadre de l'enquête, ils ne privent pas le journaliste de son droit au silence qui demeure intacte. Ce dernier reste donc dispensé de témoigner ou de produire des éléments de preuve.

Les enquêteurs peuvent accéder aux données de communications des journalistes (« *Verkehrsdaten* », équivalent des factures détaillées ou « *fadettes* »), lorsque le juge d'instance l'a ordonné, à la demande du Parquet.

#### ***1.4.3 Les atteintes irrégulières à la protection des sources journalistiques***

Aucun des pays étudiés ne prévoit d'infraction contre l'auteur d'une atteinte au secret des sources journalistiques sauf en **Italie** où le journaliste peut lui-même être poursuivi pour avoir divulgué ses informations.

Les tribunaux considèrent de manière générale qu'une atteinte irrégulière au secret des sources entraîne la nullité de la procédure (**Allemagne, Italie**) ou peut se limiter à l'exclusion des preuves obtenues de manière illégale (**Royaume-Uni**).

En **Allemagne**, dans une décision du 27 Février 2007 concernant une perquisition au siège d'un magazine, le Tribunal constitutionnel a affirmé que : « *les perquisitions et les saisies réalisées dans le cadre d'une procédure pénale à l'encontre de membres de la presse sont irrégulières d'un point de vue constitutionnel, lorsqu'elles ont exclusivement ou principalement pour objectif d'établir l'identité d'un informateur (...)* S'il en allait autrement, la protection des sources, incluse dans la notion de liberté de la presse, serait privée d'effet ». Le régime des nullités ne se distingue en rien du régime général des nullités de la procédure pénale. Il n'y a pas d'infraction pénale spécifique sanctionnant l'atteinte à la protection particulière dont bénéficient les journalistes.

En vertu des règles de Common Law au **Royaume-Uni**, les éléments de preuve obtenus de façon irrégulière ont toujours été, « *prima facie* », admissibles en matière pénale dès lors qu'ils sont pertinents dans l'affaire en cause. Cependant, tout élément de preuve doit être écarté s'il apparaît que, eu égard à l'ensemble des circonstances et notamment celles dans lesquelles il a été obtenu, l'admission de la preuve aurait un effet négatif sur l'équilibre des débats (*article 78 du Police and Criminal Evidence Act*).

Il faut relever que trois facteurs principaux entraînent généralement l'exclusion d'éléments de preuve : la mauvaise foi de la part de la police (*ex : alléguer des faits totalement faux pour pousser un défendeur à avouer son crime*), la violation de la loi ou des codes de conduite, l'irrégularité (*ex : manquement à la déontologie*).

La décision d'un juge d'exclure ou non un élément de preuve relève de son seul pouvoir d'appréciation au **Royaume-Uni**, selon les circonstances particulières de chaque espèce et en fonction des effets de la preuve en cause sur l'équilibre des débats.

En **Italie**, le journaliste peut être poursuivi disciplinairement et pénalement pour ne pas avoir respecté le secret des sources.

La loi n°69/1963 sur l'organisation de la profession de journaliste permet le recours à une procédure disciplinaire si le journaliste manque à son obligation : le manquement sera apprécié en première instance par l'ordre régional des journalistes auprès duquel le journaliste en cause est inscrit, et par l'ordre national en appel. Les sanctions disciplinaires peuvent être l'avertissement, la censure, la suspension ou la radiation du journaliste.

Un « délit de divulgation du secret professionnel » est également prévu par le code pénal italien (article 622). Ainsi toute personne qui, ayant connaissance du fait de sa profession ou de son art d'un secret, le révèle sans juste motif ou l'utilise à son profit ou à celui d'un tiers, dès lors que cette révélation crée un préjudice, encourt une peine d'un an d'emprisonnement ou une amende de 30 à 516 €. Il s'agit d'un délit privé qui ne peut être poursuivi sans la plainte préalable de la victime. La tentative n'est pas punissable.

### **1.5. L'exemple de la Belgique : la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources des journalistes**

La législation belge est particulièrement claire, précise et complète en matière de protection du secret des sources.

Dans sa rédaction adoptée par le Parlement, l'article 2 de la loi de 2005 définit les bénéficiaires de la protection des sources comme étant :

- 1° les journalistes, soit toute personne qui, dans le cadre d'un travail indépendant ou salarié, ainsi que toute personne morale, contribue régulièrement et directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public ;
- 2° les collaborateurs de la rédaction, soit toute personne qui, par l'exercice de sa fonction, est amenée à prendre connaissance d'informations permettant d'identifier une source et ce, à travers la collecte, le traitement éditorial, la production ou la diffusion de ces mêmes informations.

Si elle ne donne pas de définition des sources, la loi belge détaille ce que recouvre le secret des sources, à savoir : « tout renseignement, enregistrement, et document susceptible notamment :

- De révéler l'identité de leurs informateurs
- De dévoiler la nature ou la provenance de leurs informations
- De divulguer l'identité de l'auteur d'un texte ou d'une production audiovisuelle

- De révéler le contenu des informations et des documents eux-mêmes, dès lors qu'ils permettent d'identifier l'informateur.

La levée de la protection n'est possible que sur décision d'un juge, si les sources d'informations sont de nature à prévenir la commission d'infractions constituant une menace grave pour l'intégrité physique d'une ou de plusieurs personnes et si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- Les informations demandées revêtent une importance cruciale pour la prévention de la commission de ces infractions
- Les informations demandées ne peuvent être obtenues d'aucune autre manière.

La loi belge a toutefois été modifiée par un arrêt de la Cour d'arbitrage du 7 juin 2006, qui a réécrit son article 2 définissant les personnes bénéficiant de la protection des sources, afin de ne plus faire mention des journalistes.

La Cour suprême belge a en effet considéré qu'en privant de cette protection les personnes qui n'exercent pas leurs activités journalistiques comme travailleurs indépendants ou salariés ou celles qui n'exercent pas ces activités d'une façon régulière, la loi de 2007 violait les principes constitutionnels belges sur la liberté d'expression, combinés ou non avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 19.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Du fait de cette décision, bénéficient désormais de cette protection, qu'elle soit ou non journaliste, *toute personne qui contribue directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public.*

## **2. Un objectif de renforcement de la protection du secret des sources des journalistes**

### **2.1. Nécessité de l'action législative**

Cette nécessité est mise en évidence par des dossiers récents, et notamment ceux ayant donné lieu aux arrêts précités de la Cour de cassation du 6 décembre 2011 et du et de la cour d'appel de Paris du 4 juin 2013.

Notre droit ne permet pas de prévenir de façon suffisamment efficace et suffisamment prévisible les atteintes injustifiées au secret des sources.

Certes, la décision du 6 décembre 2011 en fait une application satisfaisante de la loi permettant in fine de reconnaître la prééminence du secret des sources.

Mais le fait que les actes de procédure portant atteinte au secret puissent être décidés par le magistrat en charge des investigations, en l'espèce le procureur de la République, et que la notion d'impératif prépondérant d'intérêt public soit relativement imprécise, a

permis aux autorités judiciaires de mal interpréter le sens des dispositions légales et de porter une atteinte effective au secret des sources, avant que la procédure ne soit annulée par la chambre de l'instruction et que cette annulation soit confirmée par la Cour de cassation.

Par ailleurs, la décision de cassation du 14 mai 2013 pour insuffisance de motifs montre également la difficulté de déterminer précisément la portée de cette notion d'impératif prépondérant.

Enfin, la décision des juges du fond du 4 juin 2013, estimant qu'une violation du secret de l'instruction peut constituer cet impératif prépondérant – contrairement à ce qui était indiqué dans les travaux parlementaires de la loi de 2010 et dans sa circulaire d'application, même si ceux-ci ne s'imposent pas aux juridictions – renforce la démonstration de l'insécurité juridique qui découle du droit existant.

Il ne paraît dans ces conditions pas possible de maintenir le droit en l'état, et d'attendre que délimitation précise de la notion d'impératif prépondérant d'intérêt public intervienne à l'issue d'un travail de création jurisprudentielle.

Une réforme législative qui définit de façon plus claire et plus limitative les conditions de fond ainsi que les conditions procédurales permettant de porter atteinte à ce secret est dès lors indispensable.

## **2.2. Des objectifs multiples**

### ***2.2.1. Premier objectif : définir strictement les atteintes pouvant être apportées au secret des sources***

Les objectifs de clarté, précision et intelligibilité de la loi impliquent que soient définis ce que constitue une atteinte au secret des sources et les conditions exigées pour qu'il puisse y être porté atteinte.

Cela impose notamment de mieux définir les notions d'atteinte au secret des sources et de journaliste, en s'inspirant pour partie de la loi belge, qui mentionne notamment de façon expresse les collaborateurs de la rédaction.

La définition du journaliste au sens de la loi relative à la protection des sources est précisée de façon à intégrer de façon plus explicite les journalistes professionnels rémunérés à la pige qui collaborent à une entreprise de presse de manière occasionnelle. Dans la définition issue de la loi de 2010, le projet de loi supprime les termes "à titre régulier et rétribué". En effet les journalistes pigistes représentent une part importante de la profession de journaliste : en 2011, selon les chiffres de la commission de la carte d'identité professionnelle des journalistes (CCIJP), ils étaient plus de 7600 soit 20,5 % des journalistes titulaires d'une carte de presse. On peut estimer qu'ils sont sensiblement plus nombreux si l'on inclut les pigistes qui n'ont pas de carte professionnelle de

journaliste parce que leurs pîges ne constituent pas la majorité de leurs revenus. Il paraît toutefois nécessaire de leur faire bénéficier de la protection des sources dès lors que la production d'information constitue bien leur profession.

L'extension de la protection des sources aux collaborateurs de la rédaction qui peuvent avoir connaissance, par leur fonction au sein de la rédaction d'une entreprise de presse, d'informations permettant d'identifier une source, est également une garantie supplémentaire qui existe dans la loi belge. Elle correspond à une demande forte de la profession.

Cela exige également d'indiquer de façon plus précise et plus restrictive les cas dans lesquels une atteinte au secret des sources peut intervenir, en s'inspirant également pour partie de la loi belge.

***2.2.2. Deuxième objectif : exiger que, dans le cadre d'une procédure pénale, de telles atteintes ne puissent être ordonnées que par un juge du siège, distinct du magistrat en charge des investigations***

Afin de garantir une protection maximale, seul un juge des libertés et de la détention pourra, dans les hypothèses exceptionnelles prévues par la loi, et même dans le cadre d'une information, autoriser une atteinte au secret des sources.

Cette règle générale s'appliquera pour tous les actes de l'enquête ou de l'information, comme par exemple la mise en place d'une écoute téléphonique, ou des réquisitions aux fins d'obtenir les factures détaillées d'un journaliste, qui permettent de savoir quels numéros l'ont appelé ou ont été appelés par lui.

***2.2.3. Troisième objectif : aggraver la répression des atteintes au secret des sources***

Afin de mettre en évidence la particulière gravité que peut constituer une atteinte illégale au secret des sources, la répression des violations de domicile et des atteintes au secret des correspondances sera aggravée lorsque ces faits ont été commis dans l'intention de porter atteinte au secret des sources d'un journaliste.

***2.2.4. Quatrième objectif : inscrire dans la loi la possibilité pour les parlementaires visitant les établissements pénitentiaires d'être accompagnés par des journalistes***

Même si cet objectif est sans rapport avec la question spécifique de la protection du secret des sources des journalistes, il est également recherché par le présent projet de loi, et figure dans son article 5, pour les raisons plus précisément exposées dans la partie « options » de la présente étude d'impact.

### 3. Options

#### 3.1. Options concernant la définition des cas dans lesquelles une atteinte au secret des sources peut intervenir (art. 1<sup>er</sup> et 2).

##### *Option 1. Maintien du droit actuel*

Cette option n'est pas satisfaisante et a donc été écartée.

Recopier dans la loi les formulations générales figurant dans les décisions de la Cour de Strasbourg, en faisant référence à la notion d'impératif prépondérant d'intérêt public est en effet trop imprécis, et laisse la place à des interprétations jurisprudentielles insuffisamment prévisibles.

Sur des questions aussi essentielles pour les libertés, il n'est pas possible d'attendre l'intervention de la Cour de cassation qui, en censurant s'il y a lieu les décisions rendues par les juges du fond, précisera le contenu de cette notion.

D'une manière générale, on peut observer que le rôle du législateur est justement de définir plus précisément les normes permettant de respecter des principes constitutionnel ou conventionnel, et pas simplement d'inscrire ces principes dans la loi (on peut ainsi comparer la question avec celle du « délai raisonnable » d'une détention provisoire, principe exigé par l'article 5 de la Convention, et que le droit français transpose en prévoyant de façon précise des délais butoir liés à la gravité et à la nature des infractions).

##### *Option 2. Définition plus précise et plus restrictives des conditions permettant de porter atteinte au secret des sources.*

Tout en rappelant que l'atteinte n'est possible que si les informations recherchées revêtent une importance cruciale pour la prévention ou la répression de la commission de ces infractions, et qu'elles ne peuvent être obtenues d'aucune autre manière, il est prévu que cette atteinte doit avoir pour objet *la prévention ou la répression soit d'un crime, soit d'un délit constituant une atteinte grave à la personne ou aux intérêts fondamentaux de la Nation.*

Il ne paraît pas possible de ne mentionner que des faits de nature criminelle. Des actes très graves dirigés contre les personnes ou mettant celles-ci en danger, comme notamment les violences entraînant une mutilation, les agressions sexuelles, le trafic de stupéfiants, les enlèvements et séquestrations d'une courte durée ou l'association de malfaiteurs terroriste, constituent en effet des délits.

De la même façon, si l'essentiel des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation sont incriminées en tant que crimes, d'autres (notamment certaines formes d'intelligences

avec une puissance étrangère ou de livraison d'information à une puissance étrangère), pour importantes qu'elles soient, recouvrent une qualification délictuelle.

Il ne paraît pas possible de ne faire référence qu'à la *prévention* de ces actes, comme le prévoit la loi belge, même si cela était l'intention initiale du Gouvernement. L'objectif de *répression*, à savoir permettre l'identification des auteurs de ces actes très graves afin de pouvoir les sanctionner (même s'il n'est pas établi que de tels actes, déjà commis, peuvent être à nouveau réalisés par ces personnes et qu'ils convient de les prévenir), est en effet un objectif légitime. Il convient donc de mentionner également la répression de ces actes (ce qui correspond du reste à la solution préconisée par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme dans son avis (cf *infra* 5.1), avis qui a conduit le Gouvernement à modifier son avant-projet sur cette question précise.

La formulation retenue permet très clairement d'exclure les atteintes au secret des sources en cas, d'infractions de faible gravité et, notamment, de délit de violation d'un secret professionnel.

Cette définition plus précise et plus restrictive des conditions permettant de porter atteinte au secret des sources est donc prévue par les articles 1<sup>er</sup> et 2 du présent projet de loi qui modifient les dispositions de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse et insèrent des articles 706-183 à 706-187 dans le code de procédure pénale.

### **3.2. Options concernant l'intervention de l'autorité judiciaire pour lever la protection du secret des sources dans le cadre d'une procédure pénale (article 1<sup>er</sup> 2 et 3)**

Actuellement, les atteintes au secret des sources, et notamment les perquisitions dans les entreprises de presse ou chez les journalistes, peuvent être décidées et réalisées par le procureur de la République au cours de l'enquête de flagrance et par le juge d'instruction au cours de l'information. Au cours de l'enquête préliminaire, la perquisition – sans l'accord de la personne – doit être autorisée par le juge des libertés et de la détention (JLD) en application de l'article 76 du code de procédure pénale, mais elle peut être réalisée par le procureur.

#### *Option 1 : Faire intervenir le JLD à la place du parquet lors de l'enquête de flagrance*

Cette option améliorerait les garanties existantes, et serait cohérente avec nombre de dispositions qui exigent l'intervention du JLD en cours d'enquête.

Cette solution ferait qu'en enquête de flagrance, comme en enquête préliminaire, la décision du JLD serait indispensable.

Son inconvénient est de ne rien changer au droit actuel s'agissant des atteintes pouvant intervenir au cours de l'instruction.

*Option 2 : Faire intervenir le JLD à la place du parquet en enquête et du juge d'instruction au cours de l'information*

Cette option a été retenue, car elle permet que, dans tous les cas, ce soit un juge du siège distinct du magistrat (du siège ou du parquet) qui mène les investigations d'apprécier s'il peut être, et s'il doit être, porté atteinte au secret des sources.

Elle offre ainsi des garanties plus importantes. Ces nouvelles dispositions sont prévues par les articles 1<sup>er</sup> III et 2 du présent projet de loi.

C'est du reste la solution préconisée par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme dans son avis (cf *infra* 5.1).

Cette nouvelle règle, dont le principe est posée par le III de l'article 2 de la loi de la loi de 1881, réécrit par l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi) est introduite dans le nouveau titre spécifiquement consacré dans le code de procédure pénale à la protection des sources des journalistes (art. 2 du projet de loi), dans les articles 706-185 (pour l'ensemble des actes de la procédure) et 706-186 (pour les perquisitions) comme l'indique l'exposé des motifs.

Ce titre regroupe des dispositions actuellement dispersées dans d'autres parties du code de procédure pénale, ce qui impose de les supprimer par coordination comme le fait l'article 3 du projet.

**3.3. Options concernant l'immunité des journalistes en cas de recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel (art. 1<sup>er</sup>, IV de l'article 2 de la loi de 1881)**

Notre droit pénal admet déjà des cas dans lesquels, les éléments matériels et intellectuels d'une infraction tels que définis par la loi ayant été apparemment commis, leur auteur ne peut cependant être jugé pénalement responsable de ces faits.

Le tableau ci-après recense les principales hypothèses en la matière (en mettant in fine celle prévue par le projet de loi).

	<b>Cause d'irresponsabilité</b>	<b>Article</b>	<b>Observations</b>
Causes subjectives d'irresponsabilité (liées à la	<b>Absence de discernement ou de contrôle des actes dû à un trouble mental</b>	122-1 CP	Ces différentes causes suppriment en réalité, de manière générale, l'élément moral de l'infraction, soit parce que la personne n'a pas son libre arbitre, soit parce qu'elle croit légitimement accomplir un acte licite.
	<b>Absence de discernement ou de contrôle des actes dû à la minorité</b>	122-8 CP et jurisprudence	

personne)	<b>Contrainte invincible</b>	122-2 CP	
	<b>Erreur invincible sur le droit</b>	122-3 CP	
Causes objectives d'irresponsabilité (liées aux circonstances – et parfois également à la personne)	<b>Etat de nécessité</b>	122-7 CP	Même si cette cause d'irresponsabilité est définie de façon restrictive, elle met en évidence le principe appliqué par toutes les autres causes d'irresponsabilité, qui est la « mise en balance des intérêts en présence. »
	<b>Légitime défense</b>	122-5 et 122-6 CP	La légitime défense est en réalité une forme particulière de l'état de nécessité
	<b>Commandement de l'autorité légitime</b>	122-4 (al.2) CP	
	<b>Ordre ou permission de la loi</b> <b>Exemples :</b> 1) Atteintes à la personne ou aux biens justifiées par le CPP 2) Exceptions au secret professionnel 3) Exceptions au délit de mauvais traitement à animal (corrida justifiée par tradition ininterrompue) 4) Immunités familiales : <i>*Vol, extorsion, abus de confiance, escroquerie</i> <i>*Non dénonciation</i> <i>*Recel de criminel</i> <i>*Non témoignage en faveur d'un innocent</i>	122-4 (al.1) CP Très nb art. du CPP 226-14 CP 521-1 (al. 7) CP 311-12, 312-9, 312-12, 313-3, 314-4 CP 434-1 CP 434-6 CP 434-11 CP	Il s'agit en réalité d'une cause générale, qui renvoie à des dispositions législatives particulières (concernant nécessairement des infractions déterminées).  Celles-ci se présentent et se dénomment de façon très diverse (et sont parfois qualifiées « d'immunité ».)  A chaque fois, c'est l'existence d'un intérêt légitime qui, mis en balance avec celui qui s'attache à la répression de l'infraction, justifie l'irresponsabilité pénale

	*Aide au séjour irrégulier	L. 622-4 CESEDA	
	5) Immunité humanitaire en cas de séjour irrégulier	L. 622-4 (4°) CESEDA (PL en cours)	
	6) Immunité politique des parlementaires	26, al. 1, Constitution 41 (al. 1 et 3) L. 1881	
	7) Immunités judiciaires (notamment justifiées par les droits de la défense) :		
	* Liberté de parole des parties à l'audience	41 (al. 4) Loi 1881)	
	* Absence de recel de violation du secret si production de pièce pour se défendre	35 (dernier al) L. 1881	
	8) Immunités ou autorisations de la loi justifiées par la liberté d'expression :		
	* Absence d'injure en cas de provocation	33 al.2 L. 1881	
	* Absence de diffamation en cas de preuve de la vérité des faits	35 L. 1881	
	* Absence de diffamation en cas de preuve de la bonne foi	Jurisprudence	
	* Absence d'injure et diffamation en cas de compte rendu de bonne foi des séances des assemblées et des commissions d'enquête et des audiences des tribunaux	41 (al. 2,3,4) L. 1881	
	* Absence de recel de violation d'un secret si les faits sont justifiés par la diffusion de l'information dans une société démocratique	Nouvel art.2 L. 1881	

*Option 1 : prévoir une immunité générale et absolue des journalistes en matière de recel*

Cette option permettrait la protection la plus large des journalistes en cas de recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel ou d'une atteinte à la vie privée.

Cependant, cette immunité porterait nécessairement atteinte au principe d'égalité devant la loi dans des conditions contraire à la Constitution.

En effet, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de rappeler que « *pour des infractions identiques la loi pénale ne saurait, dans l'édition des crimes ou des délits ainsi que des peines qui leur sont applicables, instituer au profit de quiconque une exonération de responsabilité à caractère absolu* » (décision n°89-262 DC du 7 novembre 1989).

Plus récemment, s'agissant du Défenseur des droits, il a souligné « *que nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé ; que, si le législateur organique pouvait, pour garantir l'indépendance du Défenseur des droits et de ses adjoints, prévoir qu'ils bénéficient d'une immunité pénale, il devait, dans la définition de l'étendue de cette immunité, concilier le but ainsi poursuivi avec le respect des autres règles et principes de valeur constitutionnelle et, en particulier, le principe d'égalité* » (décision n°2011-626 DC du 29 mars 2011).

*Option 2 : prévoir un fait justificatif résultant de la nécessité de permettre aux journalistes d'exercer leur mission d'information du public dans une société démocratique*

L'absence de délit ne vaudra que lorsque la détention des documents est justifiée parce qu'ils contiennent des informations dont la diffusion au public constitue un but légitime en raison de leur intérêt général.

La notion d'information présentant un intérêt général est celle utilisée par les deux arrêts de la Cour de Strasbourg qui ont condamné la France parce qu'elle avait sanctionné des journalistes pour recel.

Dans son arrêt *Fressoz/Roire* du 21 janvier 1990, elle a ainsi condamné la France parce qu'elle avait condamné pour recel de violation de secret professionnel deux journalistes qui avaient diffusé la feuille d'impôt du dirigeant de Peugeot, considérant que l'information diffusée soulevait « une question d'intérêt général » (considérant n° 50).

Dans son arrêt *Martin c/France* du 14 avril 2012, la Cour a de même considéré que la seule mise en avant de la présomption d'innocence ne pouvait, en tant que telle, justifier que des journalistes soient poursuivis pour recel de secret de l'enquête, dans la mesure où les informations portées à la connaissance du public ressortissaient à un intérêt général.

La notion de but légitime est celle utilisée de façon traditionnelle par la jurisprudence de la Cour de cassation pour reconnaître la bonne foi d'une personne poursuivie pour diffamation (bonne foi qui exige principalement trois éléments, le sérieux de l'enquête, l'absence d'animosité, et la poursuite d'un but légitime).

Ainsi, si des documents obtenus à la suite de la violation d'un secret portent sur des éléments qu'il est légitime de porter à la connaissance des citoyens, par exemple parce qu'ils concernent un dirigeant politique ou un éventuel scandale sanitaire, le journaliste ne pourra être poursuivi ou condamné pour recel. En revanche, si ces documents concernent, par exemple, la vie privée d'une personne célèbre, le délit demeurera constitué.

Sans créer aucunement une forme de privilège injustifié au profit des journalistes, ces dispositions consacrent ainsi de façon claire et explicite l'état du droit positif tel qu'il découle de la Convention européenne des droits de l'homme. Elles figurent à l'article 1<sup>er</sup> IV du présent projet de loi.

C'est du reste la solution préconisée par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme dans son avis (cf *infra* 5.1)

### **3.4. Options concernant la sanction de l'atteinte au secret des sources (article 4)**

Plusieurs solutions étaient envisageables.

#### *Options 1 : Statu quo*

Dans ce cas, seule une annulation de la procédure sanctionne l'atteinte au secret.

Cette hypothèse n'a pas été retenue car elle ne permet pas de mettre en évidence la gravité des atteintes au secret des sources.

#### *Option 2 : Introduire une infraction d'atteinte au secret des sources*

La création d'une infraction spécifique d'atteinte injustifiée au secret des sources ne paraît pas opportune, ce qui a conduit à écarter cette option.

On peut à cet égard observer :

- qu'il n'existe aucun précédent dans lequel le simple non-respect d'une règle de procédure pénale constitue en lui-même et à lui seul un délit
- que lors de la discussion de la loi de 2010, aucun parlementaire n'avait envisagé la création d'une telle infraction
- qu'il ne semble pas qu'une telle infraction existe dans d'autres pays démocratiques, à l'exception de l'Italie.

Certes, il arrive que certains actes irrégulièrement commis par des enquêteurs ou des magistrats lors d'une procédure puissent, dès lors que l'intention délictueuse est établie, constituer une infraction pénale : un placement en garde à vue illégitime peut constituer une séquestration arbitraire, des écoutes téléphoniques irrégulières peuvent être qualifiées d'atteinte au secret des correspondances, une perquisition hors des cadres légaux peut s'analyser comme une violation de domicile, une saisie irrégulière peut constituer un vol...

Mais tous ces délits sanctionnent des actes susceptibles d'être reprochés à n'importe quelle personne : les textes réprimant ces délits s'appliquent à de simples particuliers (et souvent même, les peines sont aggravées lorsque les faits sont commis par un dépositaire de l'autorité publique).

Réprimer l'atteinte au secret des sources uniquement si elle émane d'une autorité constituerait donc une première assez surprenante. Et si le secret des sources doit être protégé pénalement de façon générale, des particuliers pourraient également se voir reprocher ce délit, qui pourrait ainsi conduire à la condamnation d'un journaliste ayant révélé les sources d'un confrère.

Enfin, il faut souligner qu'il convient évidemment de se garder d'une comparaison simpliste entre le secret professionnel, dont la violation est un délit, et le secret des sources, dont l'atteinte ne justifie pour autant pas une sanction pénale.

En matière de secret professionnel, la seule personne susceptible d'être sanctionnée est la personne soumise au secret, et qui ne respecte pas celui-ci, et non les tiers qui pourraient découvrir les informations secrètes. Du reste, si est réalisée une perquisition irrégulière chez un avocat ou une personne soumise au secret professionnel, cela justifie l'annulation de la procédure, mais non des sanctions pénales contre les auteurs de la perquisition.

*Option 3 : aggraver la répression de certaines infractions lorsqu'elles sont commises dans l'intention de porter atteinte au secret des sources des journalistes*

Cette option consiste à aggraver les peines encourues lorsqu'il y a violation du secret des correspondances dans le but de porter atteinte au secret des sources.

Elle permet de concilier la nécessité de montrer la gravité qui résulte d'une atteinte par les autorités publiques aux secrets des sources avec la volonté de ne pas procéder à une inflation pénale.

Elle a donc été retenue et figure à l'article 4 du projet de loi. C'est du reste la solution préconisée par la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme dans son avis (cf *infra* 5.1).

Les peines seront ainsi aggravées :

- Lorsque l'amende était de 15 000 euros, elle sera portée à 30 000 euros
- Lorsque l'amende était de 30 000 ou de 45 000 euros elle sera portée à 75 000 euros.

Il n'a pas paru opportun d'aggraver les peines d'emprisonnement actuellement prévues (un an, deux ans ou trois ans selon les infractions).

*3.6. Option concernant l'inscription dans la partie législative du code de procédure pénale de la possibilité pour les parlementaires visitant les établissements pénitentiaires d'être accompagnés par des journalistes*

L'article 719 du code de procédure pénale énonce que « *les députés et les sénateurs ainsi que les représentants du Parlement européen élus en France sont autorisés à visiter à tout moment les locaux de garde à vue, les centres de rétention, les zones d'attente et les établissements pénitentiaires* ».

Cette disposition – qui figurait à l'origine dans l'article 720-1 A puis dans l'article 719 de ce code et ne concernait alors que les députés et les sénateurs – résulte de la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence.

Elle a été complétée par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 qui en a étendu la portée, aux parlementaires européens.

Cette disposition confère aux députés, sénateurs et parlementaires européens une mission générale de contrôle des établissements pénitentiaires, Il leur permet ainsi de visiter les établissements pénitentiaires à tout moment y compris de manière inopinée et sans avoir à recueillir au préalable l'autorisation du chef d'établissement. L'article 719 ne comprend pas cependant un droit de communication avec les personnes détenues ou retenues.

Afin de rappeler les règles applicables aux visites parlementaires et les procédures à respecter de la part de chaque acteur afin de garantir la sécurité des visiteurs et des établissements, la direction de l'administration pénitentiaire a publié le 31 août 2011 au bulletin officiel du ministère de la Justice la circulaire JUSK 1140037 C du 25 juillet 2011. Cette circulaire exclut notamment que les parlementaires soient accompagnés par des journalistes.

Pour les journalistes, en l'état du droit, l'accès aux établissements pénitentiaires s'effectue dans les conditions du droit commun fixées à l'article D. 277 du code de procédure pénale.

Ils doivent au préalable obtenir une autorisation spéciale délivrée par le chef d'établissement. Cette autorisation, conformément aux dispositions de l'article D. 277 est délivrée par le directeur interrégional des services pénitentiaires lorsque la demande est relative à plusieurs établissements situés dans le ressort de sa compétence territoriale et par le ministre de la justice lorsqu'elle est relative à des établissements situés sur tout le territoire national.

L'article D. 277 du code de procédure pénale dispose au surplus que « (...) *Sans préjudice des dispositions de l'article R. 57-6-17 relatives au droit à l'image des personnes détenues prévenues, une autorisation spéciale est nécessaire pour effectuer à l'intérieur d'un établissement pénitentiaire des photographies, croquis, prises de vue et enregistrements sonores se rapportant à la détention. Cette autorisation est délivrée par le directeur interrégional des services pénitentiaires lorsqu'elle est relative à un ou*

*plusieurs établissements situés dans le ressort de sa compétence territoriale, et par le ministre de la justice lorsque l'autorisation est relative à des établissements situés sur tout le territoire national* ». L'organisation des reportages réalisés au sein des établissements a notamment fait l'objet de la circulaire JUSE 9740009 N de la direction de l'administration pénitentiaire et d'une note de rappel en date du 23 juillet 2003.

Afin de prendre en compte des demandes récurrentes de nombreux parlementaires et dans le souci d'une ouverture de la prison, en tant qu'institution républicaine, il a paru nécessaire de compléter l'article 719 du code de procédure pénale par un alinéa permettant aux parlementaires d'être accompagnés, lors de leur visite des établissements pénitentiaires, par un ou plusieurs journalistes titulaires de la carte de presse.

Le vecteur législatif a été privilégié à une éventuelle modification des dispositions réglementaires du code de procédure pénale.

En effet, la consécration de cette possibilité au sein de l'article 719 du code lui confère une pérennité et une légitimité qui traduisent la volonté forte d'inscrire au plus haut niveau normatif l'ouverture des établissements pénitentiaires vers l'extérieur. Par ailleurs, la reconnaissance de ce droit accordé aux journalistes dans le présent projet de loi apparaît cohérente avec l'objectif général de ce projet, qui est de favoriser l'expression de la presse.

Un décret viendra préciser dans quelles conditions et selon quelles modalités les journalistes seront habilités.

## **4. Impacts**

### **4.1. Impacts pour le citoyen**

Ce projet de loi est de nature à renforcer la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire, qui ne pourra plus être considérée comme en mesure de porter atteinte à la liberté de diffusion des informations.

### **4.2. Impacts budgétaires**

Ce projet de loi n'a aucun impact budgétaire

## **5. Consultations / Modalités d'application**

### **5.1. Consultations**

Ce projet de loi ne nécessite aucune consultation obligatoire.

Toutefois, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) a été consultée par la ministre de la justice, en premier lieu par courrier du 21 novembre 2012, posant diverses questions concernant les possibilités d'amélioration du droit existant en matière de protection du secret des sources, puis en second lieu par la communication de l'avant-projet de loi.

Dans son avis rendu le 25 avril, la CNCDH, après avoir reconnu la nécessité d'améliorer et de compléter le droit actuel issu de la loi du 4 janvier 2010, a formulé diverses recommandations.

La plupart correspondent sur le fond, pour l'essentiel, aux orientations retenues par le projet de loi. Elles portent sur :

- Une meilleure définition des exceptions au principe du respect du secret des sources, par référence à la nécessité de prévenir ou de réprimer certaines infractions graves (la CNCDH souhaitait ne mentionner que les crimes, mais le Gouvernement estime cette position à la fois trop large et trop restrictive et préfère également retenir, comme la législation belge, les infractions constituant une menace grave à l'intégrité physique d'une ou de plusieurs personnes).
- L'intervention obligatoire, à peine de nullité, du juge des libertés et de la détention pour autoriser une atteinte au secret des sources.
- La création d'une circonstance aggravante de certains délits en cas d'atteinte au secret des sources
- L'institution d'une immunité judiciaire des journalistes, dans l'exercice de leur mission d'information du public en matière de recel,

La CNCDH a considéré qu'il n'était pas nécessaire de définir la protection du secret des sources ni des sources à protéger, mais le Gouvernement estime préférable de préciser la loi sur cette question.

Elle a considéré que la protection du secret des sources ne devait pas être limitée aux journalistes professionnels, ni aux seuls collaborateurs de la rédaction, mais à toute personne qui, de par sa fonction, est amenée à prendre connaissance d'information permettant d'identifier une source. Cette notion n'a toutefois pas été retenue par le Gouvernement, en raison de son caractère trop imprécis et trop large (permettant d'englober n'importe quelle personne utilisant internet), de l'extension opérée par ailleurs par le projet de loi aux journalistes occasionnels, et du fait que, les « lanceurs d'alerte » sont déjà protégés, s'ils révèlent des « scandales sanitaires », par la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 *relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte*. Un régime de protection est également prévu dans le projet de loi relatif à la moralisation de la vie publique, déposé le 24 avril par le Gouvernement à l'Assemblée nationale.

## **5.2. Modalités d'application géographique**

Les dispositions de la loi modifiant le code pénal doivent être appliquées sur tout le territoire, y compris l'outre-mer, sans adaptation particulière, comme c'était le cas des textes modifiés.

## **5.3. Modalités d'application dans le temps**

Le texte est d'entrée en vigueur immédiate.

## **5.4. Décrets d'application**

Le présent projet de loi n'exige aucun décret d'application, à l'exception de son article 5 prévoyant que les parlementaires visitant des établissements pénitentiaires pourront être accompagnés par des journalistes. Ce décret précisera notamment les conditions de l'habilitation de ces journalistes.