

Protection des sources journalistiques. Poursuite pour recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel (Crim. 12 juin 2007, n° 06-87.361, Bull. crim. n° 157 ; JCP 2007. I. 210, n° 12, obs. E. Dreyer, et II. 10159, note F. Fourment, C. Michalski, Ph. Piot ; AJ pénal 2007. 439, note G. Royer)

Jacques Francillon, Professeur émérite de l'Université Paris-Sud 11

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 12 juin 2007, qui rejette le pourvoi formé contre une décision de la Cour d'appel de Paris (11e ch.) du 18 septembre 2006, mérite d'autant plus d'être signalé que nous avons à maintes reprises critiqué la position, à la fois doctrinale et jurisprudentielle, consistant à faire prévaloir de façon parfois trop systématique la liberté d'expression journalistique sur la protection des secrets, particulièrement du secret de l'instruction ou du secret professionnel (V. not. A. Guedj, *La protection des sources journalistiques*, Bruylant, 1998, spé. p. 121 s., et certains des auteurs cités ci-après). C'est ce que nous avons fait en dernier lieu lorsque nous avons commenté la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire dite des « écoutes de l'Elysée » à propos de laquelle nous nous étions posé un certain nombre de questions (arrêt concernant la publication d'un ouvrage intitulé *Les oreilles du Président* : CEDH 7 juin 2007, JCP 2007. II. 10127, note E. Derieux ; D. 2007. AJ. 2506 ; Légipresse 2007, n° 244, III. 179 ; cette Revue 2007. 563, et les références. - *Adde* sur cet arrêt : J.-P. Marguénaud, De l'extrême relativité des « devoirs et responsabilités » des journalistes d'investigation, D. 2007. 2506 - A rapprocher en dernier lieu : CEDH 27 nov. 2007, req. n° 20477/05, Tillack c/ Belgique, JCP 2008. II. 10008, note critique E. Derieux). A l'époque, nous n'avions pas encore eu connaissance de l'arrêt précité de la Chambre criminelle. Or le rapprochement de ces deux décisions est révélateur des différences, voire de l'opposition, qui séparent les deux Hautes juridictions sur un sujet extrêmement sensible. La question est en effet de savoir si la qualification retenue est compatible avec le principe de la liberté d'expression consacré par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il est vrai que l'arrêt ici commenté est intéressant à un autre titre car il exclut de nouveau l'information du champ d'application du recel, solution qui n'est pas nouvelle mais demeure discutée en doctrine.

Sur la question de la compatibilité de l'infraction de recel avec la liberté d'expression, l'arrêt apporte une confirmation, mais comporte aussi un assouplissement
La confirmation porte sur le point suivant : la protection des sources d'information n'interdit nullement que des poursuites pénales soient engagées contre des journalistes qui violent indûment le secret de l'instruction ou le secret professionnel. Or tel était le cas en l'espèce : le prévenu avait été poursuivi et condamné pour avoir recelé aux fins de divulgation le contenu demeuré confidentiel de pièces issues d'une information en cours. En effet, lors d'une émission télévisée (« Argent public », sur France 2), des extraits d'une procédure d'instruction ouverte au Tribunal de grande instance de Nanterre avaient été présentés à l'écran à l'occasion d'un reportage consacré aux conditions de la privatisation d'une société publique et à son rachat par une autre, dossier dans lequel le plaignant avait été mis en examen et s'était constitué partie civile sur le fondement de l'article 11 du code de procédure pénale pour violation du secret de l'instruction le concernant. Certes, le pourvoi formé contre l'arrêt de condamnation arguait du fait que le contenu de certains des procès-verbaux avait été divulgué auparavant dans la presse, référence étant faite à des articles parus dans *Le Canard Enchaîné*. Par suite, était-il soutenu, ces pièces de procédure avaient perdu leur caractère secret. L'argument est classique mais traditionnellement inopérant en jurisprudence (V. par ex. en matière d'atteinte à la vie privée : Civ. 2^e, 14 nov. 1975, D. 1976. 421, note B. Edelman, et en matière de secret professionnel : Crim. 25 janv. 1968, D. 1968. 153, pour des faits déjà connus du public lors de la parution de l'article ; Paris 1^{er} juill. 1999, D. 1999. IR.

230 , pour le contenu d'une plainte de partie civile déjà partiellement divulgué). Toujours est-il que le demandeur au pourvoi estimait que la condamnation d'un journaliste qui informe le public de l'existence de faits déjà révélés ne correspondait pas à une ingérence nécessaire dans une société démocratique au sens où l'entend la jurisprudence européenne (V. CEDH 7 juin 2007, préc., § 44). L'arrêt attaqué n'en avait pas moins écarté cet argument au motif que le fait qu'une partie des procès-verbaux litigieux eût été « sortie » du secret de l'instruction - ainsi qu'il était prétendu - n'enlevait pas aux propres agissements du prévenu leur caractère délictueux, ce qu'approuve au moins implicitement la Chambre criminelle.

Quant à l'assouplissement, il tient au fait que la cour d'appel, et à sa suite la Cour de cassation, adoptent une position plus nuancée qu'il n'y paraît à première vue. Certes, les deux juridictions soulignent que les poursuites étaient justifiées « en l'espèce » par la protection des droits d'autrui, spécialement de la présomption d'innocence, et qu'il était nécessaire d'assurer cette protection par la préservation d'informations confidentielles. Mais, en outre, l'arrêt attaqué avait pris en compte les circonstances propres à l'espèce pour en déduire qu'il n'était pas démontré que les extraits des procès-verbaux litigieux fussent un « complément indispensable » à la compréhension du reportage diffusé ou qu'ils répondissent aux attentes des téléspectateurs, et que dès lors la divulgation de ces extraits ne s'imposait nullement. Cette dernière énonciation n'est pas désapprouvée par la Chambre criminelle, même si celle-ci ne la reprend pas expressément à son compte. C'est dire qu'une telle solution pourrait être écartée dans les hypothèses inverses, celles où le respect des droits d'autrui et de la présomption d'innocence ne s'imposeraient plus avec évidence et où il serait démontré que la question débattue « était d'un intérêt public considérable » (CEDH 7 juin 2007, préc., § 39), le public ayant « un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur le procès en cours » (*ibid.* § 41. - V. également en ce sens CEDH 8 juill. 1986, X... *c/ Autriche*, req. n° 9815/82 et 27 mars 1996, X... *c/ Royaume-Uni*, req. n° 17488/90, selon lesquels « il convient d'apprécier avec la plus grande prudence 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 [*de cette*] importance ». Pour autant, aux yeux de la jurisprudence interne française, s'agissant de pièces que ces derniers recueillent de façon douteuse dans le cadre de procédures pénales en cours, c'est *en priorité* à l'aune des droits d'autrui et de la présomption d'innocence au sens des articles 6-2 et 10 § 2 de la Conv. EDH que doit s'apprécier l'utilisation qu'ils font de leurs sources d'information. Là se situe la principale divergence avec la jurisprudence européenne (V. nos obs., cette Revue 2007. 106 s.  et 563 s. .

Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme semble infléchir peu à peu sa position, ce qu'il était déjà possible de pressentir à la lecture de décisions antérieures. Dans un arrêt récent (CEDH, gr. ch., 22 oct. 2007, JCP 2007. II. 10193, note E. Derieux, et JCP 2008. I. 110, n° 10, obs. F. Sudre), elle porte en effet une plus juste appréciation sur la nécessaire conciliation entre une liberté d'expression « trop longtemps surprotégée », et le droit à la réputation « trop longtemps négligé » (F. Sudre, obs. préc.). Elle rappelle notamment que le journaliste a des « devoirs et responsabilités » et qu'il ne peut impunément porter atteinte à la réputation d'autrui (Rappr. CEDH, gr. ch., 10 déc. 2007, *Stoll c/ Suisse*, JCP 2008. I. 110, n° 11, obs. F. Sudre, le juge européen concluant à la non-violation de l'article 10 de la Conv. EDH dans une espèce où le journaliste avait été condamné pour avoir publié des extraits du rapport officiel d'un ambassadeur, classé « confidentiel », qui concernait l'indemnisation des victimes de l'Holocauste).

Quant à la Cour de cassation française, elle avait déjà assoupli sa position, la Chambre criminelle ayant décidé que la protection des droits de la défense dans des poursuites pour diffamation autorisait les journalistes à produire des pièces couvertes par le secret (Crim. 11 juin 2002, Bull. crim. n° 132, cité dans le rapport de la Cour de cassation 2002 ; D. 2002. IR. 2453 et 2004. Somm. 317, obs. B. de Lamy  ; JCP 2003. II. 10061, note E. Dreyer ; Dr. pénal 2002, comm. 135, note M. Véron ; Gaz. Pal. 2002. 1745, note Y. Monnet ; cette Revue 2002. 619, nos obs.  ; *ibid.* 881, obs. J.-F. Renucci  ; *ibid.* 2003. 93, obs. B. Bouloc . - *Adde* : Crim. 11 févr. 2003, Bull. crim. n° 29 ; Légipresse 2003, n° 201, III. 71, obs. B. Ader. - Comparer : Crim. 19 juin 2001, Bull. crim. n° 149 ; D. 2001. Jur. 2538, obs. B. Beignier et B. de Lamy  ; JCP 2001. II. 10064, concl. D. Commaret et note A. Lepage ; cette Revue 2002. 119, nos obs. ). Mais, ainsi que nous l'écrivions précédemment (cette Revue 2007.

111), l'on ne saurait tirer argument de l'existence de ce fait justificatif particulier pour en déduire que toute condamnation pour recel de violation du secret professionnel ou du secret de l'enquête ou de l'instruction est à exclure (V. en ce sens Crim. 25 oct. 2005, Bull. crim. n° 268, approuvant la condamnation d'un journaliste qui avait obtenu illicitement la photographie d'une personne gardée à vue).

Quoiqu'il en soit, il est regrettable que des incertitudes demeurent sur cette question encore très controversée. Il est même choquant que de grands organes de presse, qui ont pourtant la réputation de traiter l'information avec rigueur et discernement, se croient autorisés à violer la loi de manière flagrante (C. pr. pén., art. 11). Ainsi le journal Le Monde n'a-t-il pas eu de scrupule à publier des extraits de procès-verbaux de l'audition par la brigade financière de Paris du trader mis en cause dans la récente affaire concernant la Société générale. Quelques réactions d'abonnés, exprimées le 30 janvier 2008 sur le site internet du journal, traduisent bien le malaise que nombre de lecteurs ont dû ressentir en prenant connaissance du contenu de ces procès-verbaux, auxquels le quotidien se flatte d'avoir eu accès, mais sans préciser comment et avec le concours de qui : « En dépit de l'intérêt du document, et dans cette affaire comme dans d'autres, comment la presse peut-elle s'indigner du non-respect de telle ou telle loi et bafouer ainsi le secret de l'instruction qui protège les parties... Ce n'est pas avec ces méthodes qu'on pourra défendre la presse qui use de moyens indéfendables [...]

Intolérable ! Les journalistes se croient donc tout permis ! Oublient-ils que le secret de l'instruction protège aussi le principe fondamental de la présomption d'innocence ? [...] Le public a-t-il le droit de TOUT savoir ? La presse a-t-elle le devoir de TOUT publier ? Que deviennent liberté individuelle et vie privée ? [...] Je suis très triste et très inquiète de cette nouvelle dérive, d'abord pour le Monde puis pour la société française tout entière ». Il est vrai que les réactions ne sont pas unanimement défavorables à cette publication, loin s'en faut : « "Secret de l'instruction" = bribes d'infos, rumeurs, commérages. Secret d'un autre temps. Aujourd'hui, c'est fini : tout est sur le Net dans l'heure qui suit, et c'est tant mieux [...] ce document est de l'excellente information et éclaire les faits beaucoup mieux que n'importe quelle analyse ou commentaire. L'instruction d'un tel cas peut parfaitement être publique. Ce serait même souhaitable, systématiquement, comme dans d'autres contextes juridiques, tout autant démocratiques et respectueux des droits de l'homme [...] Face à un mastodonte économique, c'était culpabilité d'avance (pour le trader). Que ceux qui hurlent au nom de la présomption d'innocence contre la publication de ces PV essayent de considérer les intérêts bien compris du principe juridique qu'ils invoquent ». Certes, la fraude à l'origine de la catastrophe financière que vient de connaître cet établissement bancaire soulève des questions d'intérêt général dont le public a le droit d'être informé. Mais lorsqu'on lit dans le même journal que « les procès-verbaux des auditions par la brigade financière sont accablants. Doublement : pour la Société générale [...] et surtout pour ce jeune homme [...] », il est permis de douter que la transparence absolue en matière de justice - surtout quand il s'agit d'une affaire pénale - soit en accord avec les valeurs de notre démocratie. S'il y a une morale à tirer de ce qui précède, reportons-nous au même journal qui titrait dans un article daté du lendemain (31 janv. 2008, p. 15) : « Négligence criminelle et folle dérive », et rappelons qu'il était encore trop tôt pour accabler publiquement un homme, mais déjà trop tard pour prévenir cette nouvelle et folle dérive de la presse quant à la future inscription du principe de la protection des sources journalistiques dans la loi sur la presse (projet de loi transmis par avis au Conseil d'Etat, JCP 2008. Act 134), elle ne saurait être de nature à modifier le point de vue que nous venons d'exprimer.

S'agissant de l'exclusion de l'information du champ d'application du recel, l'arrêt commenté confirme ici encore une solution antérieure, mais dont la pertinence est contestée par une partie de la doctrine

Se posait en l'espèce le problème du choix de la qualification applicable. De deux choses l'une en effet : ou bien la qualification à retenir était celle que prévoit l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, disposition interdisant de publier des actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant toute lecture en audience publique (infraction à laquelle s'attache une peine légère : 3 750 euros d'amende), et seul le ministère public était alors compétent pour engager des poursuites pénales contre le journaliste auteur de la divulgation des extraits de procès-verbaux litigieux ; ou bien la

préférence était donnée à une qualification de droit commun, en l'occurrence le recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel au sens de l'article 321-1 du code pénal (infraction pour laquelle les peines prévues sont sans commune mesure avec la précédente : 5 ans d'emprisonnement et 350 000 euros d'amende pour l'infraction de base), auquel cas les poursuites pénales pouvaient être valablement engagées à l'initiative du plaignant sur le fondement de cette dernière disposition. C'est cette voie procédurale qui avait été choisie en l'espèce puisqu'une plainte avec constitution de partie civile avait été déposée pour violation du secret de l'instruction et recel. Répondant à l'argumentation du journaliste qui soutenait évidemment ne pouvoir être poursuivi que sur le seul fondement de l'article 38 de la loi de 1881, l'arrêt attaqué rétorque que cette disposition « n'emporte pas, pour la partie civile, l'impossibilité de poursuivre l'auteur de la publication pour recel de violation du secret de l'instruction *dès lors que, comme en l'espèce, ces faits comportent la détention matérielle des écrits litigieux* » (c'est nous qui soulignons). La Chambre criminelle l'approuve en reprenant la formulation qui figurait dans le célèbre arrêt de 1995 par lequel elle avait refusé d'admettre que l'information pût à elle seule faire l'objet d'un recel, celle-ci « ne relevant, le cas échéant, que des dispositions légales spécifiques à la liberté de la presse », mais admis dans le même temps que « tel n'[était] pas le cas du recel de documents provenant d'une violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel » (Crim. 3 avr. 1995, Bull. crim. n° 142 ; D. 1995. Somm. 320, obs. J. Pradel ; JCP 1995. II. 22429, note E. Derieux ; Dr. pénal 1995, comm. 175, note M. Véron ; cette Revue 1995. 599, avec nos obs. ; *ibid.* 821, obs. R. Ottenhof et 1996. 645, obs. B. Bouloc. - V. également dans le même sens : Crim. 19 juin 2001, Bull. crim. n° 149 ; D. 2001. Jur. 2538, note B. Beignier et B. de Lamy, et 2002. Somm. 1463, obs. J. Pradel ; JCP 2002. II. 10064, concl. D. Commaret, note A. Lepage ; cette Revue 2002. 96, obs. B. Bouloc ; *ibid.* 592, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; *ibid.* 119, nos obs.). Se trouve ainsi rappelée et confortée la distinction entre le contenu informationnel d'un document et le support matériel de l'information, le premier étant insusceptible de vol ou de recel, le second en revanche pouvant tomber sous le coup de ces incriminations.

Des critiques adressées par les premiers commentateurs de la décision ici commentée, auxquelles nous renvoyons le lecteur (F. Fourment, C. Michalski et Ph. Piot, note préc. ; E. Dreyer, obs. préc.), on retiendra plus particulièrement celle qui porte sur la pertinence de la qualification retenue. Le recel est certes une atteinte aux biens ; mais il s'agit aussi d'une infraction étroitement liée à l'infraction d'origine, en l'occurrence la violation de secrets au mépris des droits d'autrui, spécialement de la présomption d'innocence. Loin d'être inadaptée à la situation (*contra* E. Dreyer, *op. cit.*, *loc. cit.*), cette qualification de droit commun est donc seule apte à protéger de telles valeurs, celles-ci étant intimement attachées à la personne. Il en va autrement de l'interdiction de publier des actes de procédure, propre au droit de la presse, qui tend principalement à préserver le bon exercice de la justice et à sauvegarder l'ordre public, l'initiative des poursuites étant alors logiquement réservée au seul ministère public et ne s'étendant pas à la partie lésée. Quant à la pertinence de la distinction rappelée plus haut entre l'information et son support au regard de l'incrimination de recel, nous continuons de penser qu'en dépit des critiques dont elle fait l'objet (D. Chevrotin, Bévues sur le caractère « non recelable » d'une information, Dr. pénal 2001, Chron. n° 12 ; G. Cohen-Jonathan et E. Dreyer, Recel de violation de secret professionnel et garantie de la liberté d'expression, Légipresse 1999, n° 160, II. 33), particulièrement de la part du juge européen (CEDH 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, D. 1999. Somm. 272, obs. N. Fricero ; JCP 1999. II. 10120, note E. Derieux ; cette Revue 1999. 631, obs. F. Massias. - *Adde* : G. Cohen-Jonathan et E. Dreyer, *op. cit.*, *loc. cit.*), et de la formulation maladroite de l'arrêt commenté (qui vise *in fine* le recel du « contenu demeuré confidentiel » des pièces détenues et divulguées par le prévenu), elle demeure utile afin d'éviter que cette incrimination ne soit dématérialisée à l'excès et que ne soient étendues à l'infini les possibilités de répression.

Mots clés :

PRESSE * Journaliste * Secret professionnel * Protection des sources
PROCEDURE PENALE * Instruction préparatoire * Secret de l'instruction * Journaliste *
Protection des sources * Recel

Revue de science criminelle © Editions Dalloz 2012