

I. Etait en cause la façon dont une instruction pour recel de documents transmis en violation du secret professionnel a été menée. Le quotidien *L'Equipe* et l'hebdomadaire *Le Point* publièrent des articles reproduisant certains passages des procès-verbaux de transcriptions des écoutes téléphoniques pratiquées dans le cadre d'une affaire de dopage cycliste. Ils publièrent également la liste des produits découverts chez un ancien coureur lors d'une perquisition. De tels documents et informations semblaient provenir de policiers appartenant à la brigade des stupéfiants. Une enquête préliminaire fut ouverte et confiée à l'Inspection générale des services de la police nationale pour déterminer l'origine des fuites. Elle permit d'identifier quelques fonctionnaires ayant eu contact avec des journalistes. C'est dans ces circonstances que le sponsor de l'équipe cycliste porta plainte avec constitution de partie civile du fait de violation du secret professionnel et recel. A la suite, une information judiciaire a été ouverte et les auteurs des articles litigieux ont été entendus. Les téléphones portables de certains policiers furent placés sur écoute. Les enquêteurs obtinrent également le listing des appels émis et reçus sur les lignes des journalistes au cours de la période précédant les publications litigieuses. Toutefois, ces premières investigations ne permirent pas d'identifier clairement l'origine des révélations illicites. Le juge d'instruction décida donc de perquisitionner au siège des journaux pour retrouver la trace des procès-verbaux « détournés ». Des ordinateurs furent saisis. La liste de la messagerie d'un journaliste fut éditée et placée sous scellés. Par ailleurs, des numéros de télécopie firent l'objet de réquisitions afin de reconstituer la liste des appels entrants et sortants au siège des journaux. A la suite, les auteurs des articles furent mis en examen pour recel de violation du secret de l'instruction. Ils demandèrent alors l'annulation de l'ensemble des actes d'investigation portant atteinte selon eux au secret de leurs sources.

La chambre de l'instruction de Versailles rendit un arrêt nuancé le 26 mai 2006. Loin d'ignorer le secret des sources et la protection que lui accorde la jurisprudence européenne, elle distingua parmi les actes d'instruction ceux qui s'avéraient abusifs de ceux qui pouvaient être maintenus. Elle opéra cette distinction en se demandant si les mesures litigieuses avaient ou non été effectuées en dernier recours. Elle annula ainsi les réquisitions visant le standard du journal *Le Point* et celles visant certaines autres lignes en relevant qu'au moment où elles avaient été prises, aucun des journalistes concernés n'avait été entendu. De même, certains policiers dont l'audition aurait pu être utile n'avaient pas encore été entendus et l'identification de leurs contacts téléphoniques n'était pas terminée. La chambre de l'instruction estima donc que de telles investigations ne constituaient pas, au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH), des mesures « nécessaires » à ce stade de la procédure. En revanche, s'agissant de la saisie et du placement sous scellés des listings des appels de certains journalistes, la cour de Versailles releva qu'ils sont intervenus après leurs auditions et que les recherches et investigations déjà faites s'avéraient alors insuffisantes pour permettre d'identifier les personnes ayant violé le secret de l'instruction. En conséquence, elle estima que ces mesures étaient légitimes, nécessaires, adaptées au but recherché et constituaient une ingérence proportionnée au regard des exigences relatives au respect des sources d'information. De la même façon, s'agissant des perquisitions et saisies opérées aux sièges des journaux, la chambre de l'instruction releva qu'elles s'étaient déroulées postérieurement aux auditions du magistrat instructeur, des policiers et des journalistes auteurs des articles litigieux, ainsi qu'à d'autres investigations techniques visant les policiers. Elle admit donc que ces recherches étaient, à ce stade, les seules mesures utiles à la manifestation de la vérité.

Les prévenus se pourvurent en cassation mais la chambre criminelle écarta leur recours le 30 octobre 2006 ⁽¹⁾. Ensuite, le juge d'instruction décida de renvoyer les journalistes devant le tribunal correctionnel pour y répondre de recel de pièces issues d'un dossier d'instruction. Les juges du fond les relaxèrent au motif qu'aucun procès-verbal n'avait été trouvé au cours des investigations. Faute d'appel, ce jugement du 11 mai 2010 est devenu définitif. A la suite, les journalistes décidèrent de saisir la juridiction de Strasbourg au motif que la pression exercée sur eux à raison des perquisitions, saisies et écoutes téléphoniques vainement opérées s'est révélée incompatible avec le respect dû à la liberté d'expression en vertu de l'article 10, § 1, Conv. EDH. L'objectif était clairement de faire déclarer la procédure pénale française contraire au droit européen en ce qu'elle ne garantissait pas correctement la protection des sources journalistiques. Le législateur lui-même semblait en avoir convenu puisqu'il avait pris les devants en adoptant, dès le 4 janvier 2010, une loi renforçant cette protection. Deux organisations professionnelles de journalistes sont par ailleurs intervenues afin d'appuyer les prétentions des requérants en soulignant notamment qu'il existe une meilleure protection des sources dans d'autres systèmes de droit étranger.

II. Une violation de l'article 10 de la Convention est effectivement constatée dans l'arrêt commenté. Ecartant tout débat sur la recevabilité des requêtes (malgré la relaxe des prévenus), la Cour européenne commence par rappeler, traditionnellement, les principes issus de sa jurisprudence en la matière. Les différents arrêts ayant contribué à préciser les modalités de protection des sources sont ainsi visés ⁽²⁾. Puis, elle admet que les investigations ayant affecté les requérants pouvaient s'analyser comme autant d'ingérences d'une autorité publique dans l'exercice de leur liberté d'expression. Ce point n'était pas véritablement discuté : peu importe l'absence de condamnation finale des journalistes ; peu importe même le caractère infructueux des recherches opérées. Dans une hypothèse similaire, la juridiction de Strasbourg a depuis longtemps admis que : « les moyens par lesquels les intéressés [journalistes] s'étaient procurés le texte en cause relevaient de la liberté d'investigation inhérente à l'exercice de leur profession » ⁽³⁾. Perturber des investigations journalistiques, c'est porter atteinte à la liberté de communication car la seconde ne saurait exister sans la première. La Cour a donc préféré s'interroger sur la légitimité de telles immixtions.

Conformément aux trois étapes du test de conventionalité énoncé au § 2 de l'article 10, la Cour se demande tout d'abord si ces ingérences étaient « prévues par la loi », ce qui est l'occasion de rappeler sa conception matérielle et non formelle de la légalité. Parce qu'est en cause une norme, éventuellement jurisprudentielle, et non une loi au sens organique du terme, la Cour rappelle également l'exigence de prévisibilité qui permet au juge de vérifier que la base de l'ingérence présentait une qualité suffisante pour ne pas surprendre ceux qui en ont fait l'objet. La décision à cet égard présente un intérêt en ce qu'elle ajoute que : « le fait qu'un autre tribunal de premier degré ait tranché différemment dans une affaire portant également sur des faits de recel du secret de l'enquête et de l'instruction ne suffit pas à établir que la loi était imprévisible » (§ 108). En statuant de la sorte, la Cour répond à un moyen des requérants prétendant qu'ils ne pouvaient prévoir « à un degré raisonnable » les conséquences judiciaires de la publication de leurs articles puisqu'un jugement du 14 novembre 2006, devenu définitif, a exclu toute sanction possible d'un journaliste sur le fondement du recel de violation d'un secret professionnel. Il faut en déduire qu'une décision isolée restreignant la portée générale d'une incrimination ne suffit pas à créer un doute sur la légitimité de celle-ci et la possibilité de son application. En toute hypothèse, une aussi faible inflexion jurisprudentielle ne pouvait suffire à convaincre les requérants du fait qu'ils étaient à l'abri de toutes poursuites pour recel de violation du secret professionnel. En cas d'incertitude, force reste donc à la loi.

Ensuite, la Cour admet que l'ingérence poursuivait un but légitime puisqu'elle « visait à empêcher la divulgation d'informations confidentielles, à protéger la réputation d'autrui et plus globalement à garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » (§ 109). Ce qui était difficile à contester.

Enfin, la Cour se demande si cette ingérence était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre le but poursuivi. C'est pour elle l'occasion de rappeler qu'« on ne saurait penser que les questions dont connaissent les tribunaux ne puissent, auparavant ou en même temps, donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général » (§ 112). Cette discussion doit *a fortiori* pouvoir être engagée dans la presse lorsque, comme en l'espèce, les révélations portent sur une question d'intérêt général. Sous prétexte que « la découverte de ces faits suscita un vif intérêt dans l'opinion publique » (§ 116), la Cour en déduit le droit du public à être informé. Ce qui est un peu maladroit mais on ne saurait contester que le développement du dopage dans le sport et les problèmes de santé qui en découlent sont de véritables questions de société. Partant de là, la Cour en profite pour réaffirmer l'importance de la protection du secret des sources : « le droit des journalistes 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 » (§ 124). Au cas d'espèce, elle juge que « si des mesures restreignant la liberté d'expression des journalistes ne peuvent être envisagées qu'en dernier recours, le respect de cette seule exigence ne dispense pas le gouvernement d'établir l'existence d'un besoin social impérieux propre à justifier l'ingérence litigieuse » (§ 125). Or elle estime que la saisie et le placement sous scellés des listings des appels des journalistes, les perquisitions et saisies opérées à leur domicile et aux sièges des journaux « furent validées par la chambre de l'instruction sans que soit démontrée l'existence d'un besoin social impérieux » (*ibid.*). Elle dénonce notamment le fait que les « perquisitions aux sièges de deux journaux, impressionnantes et spectaculaires, ne pouvaient que marquer profondément les professionnels qui y travaillaient et être perçues par eux comme une menace potentielle pour le libre exercice de leur profession » (*ibid.*). Mais ce n'est pas tout. La Cour ajoute qu'en agissant de la sorte les enquêteurs ont été dotés de « pouvoirs d'investigation très larges du fait qu'ils ont, par définition, accès à toute leur documentation ». Elle caractérise là un risque de détournement de procédure. Dès lors, au regard de l'impact de telles mesures, elle met en doute leur justification : « en l'occurrence, même si l'on devait considérer que les motifs invoqués étaient "pertinents", la Cour estime qu'ils n'étaient pas en tout cas "suffisants" pour justifier des perquisitions et saisies d'une telle envergure » (§ 126). Elle conclut donc que les mesures litigieuses n'étaient pas raisonnablement proportionnées 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. Peu importe l'absence de condamnation des journalistes à cet égard ; peu importe l'absence de preuve d'une véritable perturbation de leur travail d'enquête ; peu importe même le caractère douteux des pressions psychologiques qui auraient été exercées sur eux à l'occasion des mesures d'investigation (ne sont-ce pas des professionnels capables de résister au stress et aux situations de danger ?). Le seul fait que de telles mesures aient pu être décidées risquait, selon la Cour, de dissuader la presse de participer à un débat d'intérêt général et ce risque ne valait pas la peine d'être pris dans un système respectueux des droits de l'homme. On ajoutera, même si la Cour ne le rappelle pas expressément, que le seul fait que de telles mesures d'investigation aient pu être aussi facilement diligentées était de nature à assécher les sources des journalistes en question en les empêchant, à terme, de remplir leur mission. Impressionné par l'importance de l'arsenal judiciaire déployé, le policier trop bavard qui alimentait la presse de révélations sur l'enquête en cours est sans doute devenu pour longtemps muet. Ce qui interdit de considérer que de telles mesures ont été totalement infructueuses...

III. Que penser de cette décision ? D'abord, on soulignera - ce qui est classique en la matière - l'absence de marge d'appréciation laissée à l'Etat défendeur. L'arrêt le rappelle très tôt : « lorsqu'il y va de la presse, comme en l'espèce, le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse » (§ 101). La Cour, qui se perçoit comme une émanation de la société civile chargée - contre les Etats - de défendre la démocratie, entend disposer en la matière d'une latitude absolue. Une telle prise de position peut être contestée mais elle nous semble inhérente à la logique même du contrôle exercé. Il paraît donc vain de la critiquer dans son principe.

Ensuite, on relèvera que cette décision confirme le caractère exceptionnel des poursuites pour recel de violation d'un secret pénalement protégé pouvant être engagées contre un journaliste. 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 » (§ 102). Mais, au-delà des éventuelles sanctions susceptibles d'être prises, l'arrêt montre que la poursuite d'un journaliste pour recel pose difficulté à raison des mesures initiées dans la procédure pénale engagée contre lui. Engager de telles poursuites ne doit pas être le moyen de légitimer la mise en cause de journalistes dans le seul but d'identifier leurs sources et, par voie de conséquence, de faciliter la preuve d'infractions primaires dont il appartient à la police judiciaire d'appréhender les auteurs. Les organes de presse ne sont pas des auxiliaires de justice auprès desquels les policiers peuvent « aller aux nouvelles » en simplifiant ainsi leurs investigations. Plus que jamais une telle démarche est condamnée au plan européen.

Enfin, au cas particulier, on notera que la Cour européenne n'a pas contesté que les investigations validées par la chambre de l'instruction avaient été décidées en dernier recours, c'est-à-dire pour relancer une enquête qui piétinait. Elle a mis en doute que de telles mesures aient satisfait un « impératif prépondérant d'intérêt public ». Pourtant, un esprit mal intentionné pourrait dénoncer ici une contradiction. La légitimité du but poursuivi n'a-t-elle pas été préalablement admise par la Cour ? Le souci de démasquer des policiers indécents qui violent leur obligation de secret au risque de porter atteinte à la réputation d'autrui et d'affecter l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ne constituait-il pas une justification suffisante des investigations opérées ? N'y a-t-il pas toujours un impératif prépondérant d'intérêt public à voir l'auteur d'une infraction démasqué ? A défaut, quels sont les motifs qui peuvent justifier l'atteinte portée au secret des sources d'un journaliste ? Il serait important que la Cour précise cet impératif alors qu'elle écarte systématiquement la justification de telles mesures au risque de laisser croire que la protection en cause est en réalité totale. Il ne faut pas méconnaître la difficulté d'un tel exercice. Sans doute, est-ce le risque de renouvellement ou de perpétuation d'une infraction grave qui peut seul justifier l'atteinte ainsi portée à la liberté d'expression. Mais il serait important que la Cour l'indique clairement. Sur ce point, l'arrêt commenté semble loin d'apporter une contribution décisive au régime de la protection des sources journalistiques. Il présente essentiellement l'intérêt de concerner la France et l'inconvénient de condamner un état du droit aujourd'hui dépassé (4).

IV. A cet égard, une ultime question mérite d'être posée : la solution aurait-elle été différente si les perquisitions et saisies, ou écoutes téléphoniques, avaient été pratiquées dans le respect des garanties issues de la loi du 4 janvier 2010 ?

Rappelons que cette loi a tout d'abord posé en principe qu'« 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 » (L. 1881, art. 2, al. 3). La notion d'impératif prépondérant d'intérêt public peut sembler bien floue mais elle est directement issue de la jurisprudence européenne (5) et, on vient de le constater, soumise au contrôle de la juridiction de Strasbourg. De surcroît, au cas d'espèce, le législateur français a tenté de la préciser en ajoutant, *in fine*, qu'« 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 » (art. 2, al. 5). Peut-on lui reprocher de ne pas être plus précis alors que la Cour européenne elle-même ne l'est pas sur une question aussi sensible ? A partir du moment où il est admis que les investigations au siège d'un journal ne peuvent être menées qu'en ultime recours, le nouveau dispositif français semble répondre aux attentes de la Convention. La Cour de cassation veille à le faire respecter (6). Il paraît d'autant plus satisfaisant que la mise en oeuvre des perquisitions et saisies se trouve désormais elle aussi étroitement encadrée (art. 56-2 c. pr. pén.). Le risque d'investigations « impressionnantes » au siège d'un journal, comme le risque d'accès à des informations étrangères à l'enquête, paraissent ainsi limités (7).

On peut sans doute s'inquiéter du caractère tardif de la reconnaissance, en droit français, du secret des sources journalistiques et de la nécessité de protéger les entreprises de presse d'investigations abusives. Un législateur diligent et respectueux des droits de l'homme n'aurait pas attendu quatorze ans avant de réagir au premier arrêt rendu en ce sens par la juridiction de Strasbourg. Il aurait évité à notre pays le nouveau reproche de méconnaître une garantie essentielle découlant de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais la solution est désormais acquise et il faut s'en féliciter. L'envisageant, un auteur écrivait, il y a quelques années : « le temps n'est pas éloigné où la police sera priée de patienter, dans l'attente que l'assassin présumé en ait fini avec sa conférence de presse » (8). C'était alors une boutade mais ce temps est aujourd'hui - presque - arrivé.

Mots clés :

PRESSE * Liberté de la presse * Liberté d'expression * Limite * Intérêt général * Information du public
DROIT ET LIBERTÉ FONDAMENTAUX * Liberté d'expression * Presse * Limite * Intérêt général * Information du public

(1) N° 06-85.693, D. 2007. 1240 (1), note A. Guedj (2) ; RSC 2007. 106, obs. J. Francillon (3) ; JCP 2007. II. 10054, note F. Fourment, C. Michalski et P. Piot.

(2) CEDH 27 mars 1996, *Goodwin*, n° 17488/90, D. 1997. 211 (4), obs. N. Fricero (5) ; AJDA 1996. 1005, chron. J.-F. Flauss (6) ; RTD civ. 1996. 1026, obs. J.-P. Marguénaud (7) ; 25 févr. 2003, n° 51772/99, *Roemen*, AJDA 2003. 603, chron. J.-F. Flauss (8) ; D. 2003. 2271 (9), obs. N. Fricero (10) ; RSC 2004. 130, obs. J. Francillon (11) ; 15 juill. 2003, n° 33400/96, *Ernst* ; 27 nov. 2007, n° 20477/05, *Tillack* ; 14 sept. 2010, n° 38224/03, *Sanoma Uitgevers BV*, RSC 2011. 223, obs. J.-P. Marguénaud (12).

(3) CEDH 14 déc. 2004, n° 33348/96, *Cumpana et Mazare*, § 96 ; AJDA 2005. 541, chron. J.-F. Flauss (13).

(4) Cet arrêt n'est pas le premier en ce sens (V., contestant la légitimité de perquisitions qui n'ont pas été effectuées en dernier recours au siège d'un journal, CEDH 12 avr. 2012, n° 30002/08, *Martin c/ France*, § 89). Mais, curieusement, cette précédente décision rendue par la même 5^e chambre de la Cour n'est pas citée dans l'arrêt commenté.

(5) V., en premier lieu, CEDH 27 mars 1996, *Goodwin*, préc., § 39.

(6) Crim. 6 déc. 2011, n° 11-83.970, D. 2012. 17, obs. S. Lavric (14), et 765, spéc. 772, obs. E. Dreyer (15) ; RSC 2012. 191, obs. J. Danet (16) ; Legipresse 2012. 105, note A. Guedj et T. Fourrey ; Gaz. Pal. 1^{er}-2 févr. 2012. 23, obs. P. Piot.

(7) Par ailleurs, il est prévu que les réquisitions judiciaires prises en violation du principe de protection des sources ne peuvent être versées au dossier de la procédure (art. 60-1). L'art. 100-5 prévoit également qu'à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'art. 2 de la loi de 1881 (V., A. Guedj, *Sentiments mitigés autour de la loi du 4 janvier 2010 sur la protection du secret des sources des journalistes*, Legipresse 2010. 19).

(8) J. Francillon, *Le secret professionnel des journalistes*, in *Mélanges Jean Larguier*, PU Grenoble, 1993, p. 130.