

ARTICL

- 317** La crise de la démocratie représentative :
constat et éléments d'explication
Bertrand Mathieu

Constitutions

Revue de droit constitutionnel appliqué

ENTRETIEN

- 325** Les primaires en questions iii
Anne Levade

CHRONIQUES

- 390** La CEDH à l'épreuve
de la crise ukrainienne
Natasa Danelciuc-Colodrovschi

- 408** *La loi relative au renseignement :*
- Secret des sources journalistiques
Emmanuel Daoud et Céline Godeberge

- 432** - L'examen par le Conseil constitutionnel
Olivier Le Bot

TABLEAU QPC

- 471** Juin-septembre 2015

re : 501503



9 782995 015030

0411PZ

In their referral to the Constitutional Council, the applicant MPs had thus raised the fact that some provisions of the law did not provide 'adequate protection against indirect violation of the secrecy of journalistic sources' Without ruling on the infringement of freedom of expression and, therefore, the confidentiality of journalists' sources, the Constitutional Council nevertheless considered that the provisions in question were compatible with the Constitution.

However, in recognising the protection of journalistic sources as an objective of constitutional value, the Council would have helped to make it a condition of effectiveness of the freedom of the press and, consequently, the freedom of expression. The Council thus missed this opportunity fast July during the examination of the Law on Intelligence.

Loi sur le renseignement et protection des sources journalistiques : une occasion manquée

Mots clefs I Loi renseignement - Service spécialisé de renseignement - Liberté d'expression - Liberté de communication - Liberté de la presse - Droit à l'information - Liberté d'investigation - Secret des sources des journalistes - Confidentialité des sources journalistiques

Après plusieurs mois de polémique, ta très controversée loi dite « *renseignement* », déclarée partiellement conforme à la Constitution ¹, a finalement été promulguée le 24 juillet 2015 ².

Parmi les nombreuses critiques reçues par ta loi, l'une d'elles concerne plus particulièrement le sort réservé à la protection des sources des journalistes.

Dès le mois de mai 2015, Dunja Mijatovic, représentante de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) pour la liberté de la presse, écrivait ainsi dans un communiqué de presse que les nouvelles méthodes de surveillance et d'enquête prévues par le texte affecteraient « le droit des journalistes à protéger ta confidentialité de

leurs sources, et l'ensemble de leur travail » ³.

En outre, pour l'OSCE, « le droit des journalistes à rechercher et obtenir de l'information dans l'intérêt général serait gravement remis en cause si la confidentialité des sources n'était pas protégée par un environnement de communication digne de confiance » ⁴.

Aujourd'hui, certaines dispositions de la loi sur le renseignement sont une atteinte à la confidentialité des sources journalistiques. Or, cette confidentialité, loin d'être un simple privilège accordé aux journalistes, fait au contraire partie intégrante de la liberté de la presse, qui trouve elle-même son essence dans la liberté d'expression, et à ce titre est

Cons. const., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC, JORF n° 0171 du 26 juill. 2015, p. 12751, AIDA 2015. 1513.

Loi n° 2015-912 du 24 juill. 2015 relative au renseignement, JORF n° 0171 du 26 juill. 2015, p. 12735.

Le Monde, « Loi sur le renseignement: un danger pour la protection des sources, selon l'OSCE », 6 mai 2015. URL : http://www.lemonde.tripixels/article/2015/05/06/loi-sur-le-renseignement-un-danger-pour-la-protection-des-sources-selon-l-osce_4628878_4408996.html#c1V31iyRF3q6yVws.99

L'Express, « Loi renseignement: l'OSCE s'inquiète pour la protection des sources des journalistes », 6 mai 2015. URL: http://expansion.lexpress.fr/high-technoi-renseignement-l-esce-s-inquiete-pour-la-protection-des-sources-des-journalistes_1677918.html4gEITU1qi1vEZ8hWt,99

protégée tant par la Convention européenne des droits de l'homme que par la Constitution.

La conscience de la nécessité de protéger les sources journalistiques n'est pas nouvelle, et déjà la loi du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources journalistiques avait affirmé solennellement que « le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public »⁵. Cette loi est toutefois apparue comme insuffisante à protéger de manière adéquate la confidentialité des sources, tant les exceptions prévues par loi reposaient sur des critères imprécis, et privant ainsi les journalistes d'une protection réelle.

Un projet de loi visant à renforcer la protection de la confidentialité des sources des journalistes avait été depuis examiné par le conseil des ministres le 12 juin 2013. Cependant, à ce jour, il n'a toujours pas fait l'objet d'un examen par le Parlement. Ce projet de loi avait notamment pour objet de définir strictement les limites des atteintes pouvant être portées au secret des sources⁶.

Dans le cadre de l'examen de la loi sur le renseignement, nombreux mémoires en « *amicus curiae* » ont été transmis au Conseil constitutionnel. L'un d'eux avait spécifiquement pour objet d'inciter le Conseil constitutionnel à reconnaître la protection des sources journalistiques comme un objectif à valeur constitutionnelle.

Rappelons à cet égard que:

- chaque objectif à valeur constitutionnelle trouve son fondement dans une disposition constitutionnelle⁷, et la créa-

tion d'un tel objectif est une démarche interprétative: le Conseil constitutionnel excipe une norme écrite des droits et libertés protégés par la Constitution ;

- les objectifs à valeur constitutionnelle ont ensuite pour but de déterminer la conduite du législateur. Le Conseil constitutionnel considère en effet que le législateur ne peut les méconnaître: il ne doit pas adopter de dispositions allant à leur encontre, et le Conseil constitutionnel doit en principe sanctionner leur violation⁸.

Le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à se prononcer de manière directe sur la valeur constitutionnelle de la protection des sources journalistiques. Cependant il a déjà reconnu, sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la valeur constitutionnelle de la liberté de la presse. Dans une décision du 10 octobre 1984, le Conseil constitutionnel a ainsi proclamé que la liberté de la presse était « une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits de la souveraineté nationale »⁹.

C'est pourquoi, dans leur saisine du Conseil constitutionnel sur la loi relative au renseignement, les députés requérants avaient soulevé le fait que « ces dispositions n'assurent pas une protection suffisante contre l'atteinte indirecte au secret des sources des journalistes ainsi qu'à la confidentialité des échanges entre avocats et clients; qu'il en résulterait une atteinte au droit au respect de la vie privée ainsi que, pour les avocats, aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, et pour les journalistes, à la liberté d'expression »¹⁰.

(5) Art. 2 de la loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse, tel que modifié par la loi n° 2010-1 du 4 janv. 2010 relative à la protection des sources journalistiques.

(6) Projet de loi renforçant la protection du secret des sources journalistiques, NOR: JUSX131182OUBleue-1, Étude d'impact, 11 juin 2013.

(7) P. de Montalivet, « Les objectifs à valeur constitutionnelle », Cah. Cons. const. n° 20 — Juin 2006.

(8) Cons. const., 24 juill. 2003, n° 2003-475 DC, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*, Rec. Cons. const. p. 397, consid. 26, citée in P. de Montalivet, préc.

(9) Cons. const., 11 oct. 1984, n° 84-181 DC, *Entreprises de presse*.

(10) Cons. const., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC, préc., 6 32.

Le Conseil constitutionnel a toutefois considéré que les dispositions en cause « ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile et au secret des correspondances » il, sans se prononcer sur l'atteinte portée à la liberté d'expression, et par conséquent au secret des sources des journalistes, ainsi que le demandaient tes députés requérants.

Pourtant, en reconnaissant la protection des sources journalistiques comme objectif à valeur constitutionnelle, le Conseil aurait permis d'en faire une condition d'effectivité de la liberté de la presse et, par voie de conséquence, de la liberté d'expression. Il a donc manqué cette occasion en juillet dernier lors de l'examen de la loi relative au renseignement.

Ainsi, la protection des sources journalistiques, reconnue comme une condition essentielle de la liberté de la presse, aurait pu, à l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel de la loi sur le renseignement, dont nombre de dispositions entravent le principe du secret des sources, être érigée comme objectif à valeur constitutionnelle, permettant ainsi une protection effective de la liberté de la presse et, par voie de conséquence, de la liberté d'expression.

La protection des sources journalistiques, un objectif reconnu et protégé par le droit en vigueur

La confidentialité des sources journalistiques est, depuis près de vingt ans, protégée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De la même manière, le droit français s'efforce de protéger le secret des sources journalistiques, érigé en principe par la loi.

Un objectif reconnu et protégé par la Cour européenne des droits de l'homme

Aux termes de l'article 10, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH), « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations ».

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, cet article protège non seulement la substance et le contenu des informations et idées exprimées, mais également les moyens par lesquelles ces informations sont diffusées. Ainsi, la confidentialité des sources journalistiques comme moyen de la liberté de la presse, et plus largement de la liberté d'expression, est protégé par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme l'a affirmé dès 1996, dans un arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni*, dans les termes suivants: « La Cour rappelle que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties à accorder à la presse revêtent une importance particulière [...].

La protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse, comme cela ressort des lois et codes déontologiques en vigueur dans nombre d'États contractants et comme l'affirment en outre plusieurs instruments internationaux sur les libertés journalistiques [...]. L'absence

(11) Cons. con., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC, préc., § 34.



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 »¹².

Toutefois, comme le précise le deuxième paragraphe de l'article 10 de la Conv. EDH, la liberté d'expression et par conséquent, la protection des sources journalistiques, ne sont pas absolues et connaissent des exceptions ou restrictions.

En effet, aux termes de l'article 10, paragraphe 2 de la Conv. EDH : « [exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

Suivant une jurisprudence ancienne et constante de la Cour européenne des droits de l'homme, les éventuelles atteintes à la liberté d'expression doivent être prévues par la loi, dirigées vers un but légitime, et nécessaires dans une société démocratique.

[analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rendue sur le fondement de l'article 10 de la Conv. EDH, montre que les atteintes à la protection des sources journalistiques

sont étudiées *in concreto* et que les exceptions au principe du secret sont strictement encadrées, laissant aux États une marge d'appréciation relativement faible pour restreindre la protection des sources journalistiques.

Dans l'affaire *Goodwin* susmentionnée, injonction avait été faite à un journaliste de révéler à une société privée l'identité de la personne qui lui avait fourni des informations sur les projets internes confidentiels de ladite société. La société avait obtenu une ordonnance de divulgation en raison principalement de la menace de graves préjudices pesant sur ses affaires et sur les moyens d'existence des salariés qu'aurait engendrée la publication de l'information contenue dans l'exemplaire disparu de son projet de plan de développement. La Cour a cependant considéré que l'ordonnance de divulgation n'avait pas présenté un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite ce but légitime, et que, partant, l'ordonnance sommant le journaliste de divulguer sa source et l'amende qui lui avait été infligée pour refus d'obtempérer avaient violé l'article 10 de la Conv. EDH.

En effet, comme le soulignait le requérant dans l'affaire *Voskuil c/ Pays-Bas*¹³, si un journaliste commençait à divulguer ses sources, il signerait en quelque sorte la fin de sa carrière car ses sources, souhaitant rester anonymes, ne voudraient alors plus lui donner de renseignements.

Par ailleurs, tes journalistes sont souvent sollicités pour témoigner devant les tribunaux, alors qu'ils devraient être les dernières personnes à qui s'adresser pour faire émerger la vérité. Un journaliste ne devrait être contraint de révéler ses sources que dans des circonstances exceptionnelles où des intérêts publics sont menacés.



12) CEDH, 27 mars 1996, n° 17488/90, *Goodwin d Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, § 39, AIDA 1996. 1005, chron. 1.-F. Flauss; D. 1997. 211, obs. N. Fricero; RTD civ. 1996. 1026, obs. J.-P. Marguénaud.

3) CEDH, 22 nov. 2007, n° 64752/01, *Voskuil d Pays-Bas*.

À cet égard, dans un arrêt *Tillack d Belgique*, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser: « 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 »¹⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme ne se limite pas à affirmer le principe du secret des sources journalistiques. Elle vérifie également la subsidiarité de l'utilisation de mesures de saisies, d'écoutes ou de perquisitions visant des journalistes ou des entreprises de presse pour assurer la défense de l'ordre public et la prévention des infractions.

À titre d'exemple, dans l'affaire *Ressiot France*¹⁵, des perquisitions avaient été conduites dans les locaux des journaux *L'Équipe* et *Le Point*, ainsi qu'au domicile de journalistes mis en cause pour violation du secret de l'instruction et recel. Il s'agissait pour les autorités de découvrir l'origine de fuites ayant eu lieu au sujet d'une enquête portant sur un éventuel dopage de coureurs cyclistes. Appréciant les faits *in concreto*, la Cour européenne des droits de l'homme avait conclu à la violation de l'article 10 de la Conv. EDH et condamné la France. La Cour considère ainsi que la confidentialité des sources journalistiques est un intérêt protégé au même titre que la prévention des infractions.

De même, l'affaire *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V et autres a Pays-Bas*¹⁶ se caractérisait par la surveillance ciblée de journalistes, dans le but de déterminer l'origine de leurs informations, sur le fondement d'une loi de 2002 sur les services de renseignement et de sûreté alors en vigueur

aux Pays-Bas. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que, dans un domaine où les abus sont si aisés et pourraient entraîner des conséquences préjudiciables pour la société démocratique toute entière, il est souhaitable qu'un contrôle soit effectué par un juge ou une autorité administrative indépendante compétente. En l'espèce, l'utilisation de pouvoirs spéciaux avait été autorisée sans contrôle préalable d'un organe indépendant pouvant empêcher ou faire cesser cette utilisation et un contrôle postérieur n'aurait pas été suffisant pour rétablir la protection des sources journalistiques, celle-ci étant anéantie. Par conséquent, la Cour a conclu à la violation de l'article 10 du fait que la loi ne fournissait pas de garanties adéquates concernant les pouvoirs de surveillance utilisés pour découvrir les sources journalistiques.

Cet arrêt fait naturellement écho aux possibilités offertes aujourd'hui aux services spécialisés de renseignement français par la loi dite « *renseignement* », possibilités non assorties de garanties adéquates *a priori* et *a posteriori*.

À cet égard, il est rappelé qu'en application de l'article D. 1122-8-1 du code de la défense, les services spécialisés de renseignement sont :

- la direction générale de la sécurité extérieure;
- la direction de la protection et de la sécurité de la défense, la direction du renseignement militaire, la direction générale de la sécurité intérieure ;
- le service à compétence nationale dénommé « direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières » ;
- le service à compétence nationale dénommé « traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins » (Tracfin).

(14) CEDH, 27 nov. 2007, n° 20477/05, *Tillack c/ Belgique*, § 65.

(15) CEDH, 28 juin 2012, n° 15054/07 et 15066/07, *Ressiot et autres cf France*.

(16) CEDH, 22 nov. 2012, n° 39315/06, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V et autres c/ Pays Bas*.

Toutefois, les services autorisés à recourir aux nouvelles techniques de renseignement ne se limitent pas à ces services spécialisés. La loi du 24 juillet 2015 a en effet introduit un nouvel article L. 811-4 dans le code de la sécurité intérieure, aux termes duquel un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, désignera les services, autres que les services spécialisés de renseignement, relevant des ministres de la défense et de l'intérieur ainsi que des ministres chargés de l'économie, du budget ou des douanes, qui peuvent être autorisés à recourir aux nouvelles techniques de renseignement.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme affirme la nécessité de protéger la liberté d'investigation des journalistes, sous tendue par le respect de la confidentialité de leurs sources. En effet, perturber les investigations des journalistes reviendrait à porter atteinte à la liberté de communication, inexistante sans la confidentialité des sources¹⁷.

Dans l'affaire *Cumpana et Mazare*¹⁸, la Cour a ainsi rappelé que les moyens par lesquels les journalistes se procuraient les documents à l'origine de leurs articles ou leurs productions journalistiques relevaient de la liberté d'investigation inhérente à l'exercice de leur profession.

Les arrêts sont nombreux qui démontrent la particulière attention de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la protection de la confidentialité des sources journalistiques. Cette protection est selon elle à la base des sociétés démocratiques et au fondement de la liberté d'expression, puisqu'elle permet l'effectivité du droit au public d'être informé.

La protection des personnes qui aident les journalistes dans leur travail est pri-

mordiale pour les juges européens puisqu'elles sont les adjuvants de l'information du public. En conséquence, une société démocratique se doit de les protéger puisqu'il est question de la possibilité pour tout un chacun de participer aux débats publics de manière informée et donc éclairée. L'ingérence disproportionnée des pouvoirs publics et la surveillance des sources des journalistes constituent des atteintes aux principes démocratiques. Il ne s'agit donc pas d'accorder un privilège aux journalistes mais bien de protéger une condition *sine qua non* du droit à l'information.

Un objectif reconnu et protégé en droit interne

Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC), partie intégrante du bloc de constitutionnalité¹⁹ : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

Dès lors, si la Constitution ne protège pas de manière explicite la confidentialité des sources, elle protège la liberté de la presse et la liberté de communication à travers la DDHC. Or, ainsi qu'il a été démontré à travers la lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la confidentialité des sources journalistiques est une condition d'effectivité de ces deux libertés. Partant, on peut légitimement avancer que le secret des sources journalistiques est indirectement protégé par la Constitution.

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, consacre quant à elle directement le principe de la protection des sources journalistiques.

(17) E. Dreyer, « Sur la nécessité de protéger les sources journalistiques », D. 2012. 2282.

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

(19) Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC,

Son article 2 a été largement modifié par la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources journalistiques. Cet article dispose désormais: « Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public ».

Les bénéficiaires de cette protection sont les journalistes professionnels exerçant dans une entreprise de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou dans une agence de presse.

La confidentialité des sources journalistiques est ainsi érigée en principe par la loi.

Cette confidentialité n'est toutefois pas absolue ainsi que le précise l'article 2 de la loi de 1881: « 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 ».

Les conditions dans lesquelles il peut être porté atteinte à la protection des sources journalistiques doivent donc être strictement encadrées. À cet égard, la loi du 4 janvier 2010 précitée a apporté un certain nombre de garanties procédurales.

Ainsi, les perquisitions au domicile d'un journaliste ou d'une entreprise de presse sont désormais encadrées par l'article 56-2 du code de procédure pénale, qui prévoit notamment que lesdites perquisitions ne peuvent être effectuées que par un magistrat sur décision écrite et motivée de ce-dernier: « Les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne, d'une agence de presse, dans les véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou au domicile d'un journaliste lorsque les investigations sont liées à son activité professionnelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat. Ces perquisitions sont réalisées sur décision écrite et motivée du magistrat qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, ainsi que les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci ».

Le magistrat visé par le texte est soit un juge d'instruction dans le cadre d'une information judiciaire, soit le procureur de la République dans le cadre d'une enquête préliminaire. Dans ce dernier cas, à défaut d'assentiment de la personne au domicile de laquelle a lieu la perquisition, le procureur de la République doit, en application de l'article 76 du code de procédure pénale, solliciter l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

De même, les réquisitions du procureur de la République adressées aux journalistes et entreprises de presse sont encadrées par l'article 60-1 du code de procédure pénale.

S'agissant des écoutes téléphoniques, l'article 100-5 du même code prévoit que « ne peuvent être transcrites les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ».

Enfin, l'article 326 du code de procédure pénale affirme « la faculté, pour tout journaliste entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, de ne pas en révéler l'origine ».

La confidentialité des sources journalistiques n'est cependant pas seulement protégée par la loi, mais l'est également par la Cour de cassation, en particulier par la chambre criminelle.

Ainsi, dans un arrêt du 25 février 2014, rendu au visa des articles 10 de la Conv. EDH et 2 de la loi du 29 juillet 1881, la chambre criminelle a rappelé que les exceptions à la confidentialité des sources journalistiques devaient être entendues de manière stricte, accentuant ainsi la nécessité de protéger les sources journalistiques²⁰. En effet, la loi du 4 janvier 2010 précitée permet d'écartier le secret des sources journalistiques uniquement sous deux conditions cumulatives: elle requiert un « impératif prépondérant d'intérêt public » et que l'atteinte soit nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi²¹. Dans l'arrêt précité, la Cour de cassation reprochait à la chambre de l'instruction de ne pas avoir démontré que les ingérences reprochées - en l'espèce la saisie du matériel informatique du journaliste et le relevé des numéros enregistrés sur son téléphone portable - procédaient d'un « impératif prépondérant d'intérêt public ». Pour la chambre criminelle, peu importe que la chambre de l'instruction ait estimé que les communications en

question aient « gravement perturbé » le déroulement de la procédure pénale en cours, la protection des sources journalistiques est un intérêt aussi important que la prévention et la poursuite des infractions.

De la même manière, les juges du fond protègent de manière stricte le secret des sources journalistiques. Dans un arrêt du 17 juin 2010, la cour d'appel de Paris a en effet affirmé : « Le droit reconnu à un journaliste de ne pas révéler l'origine de ses informations corollaire de la liberté de la presse issue de l'article 10 de la Conv. EDH impose la plus grande circonspection de la part du juge amené à autoriser des opérations de visite et de saisie dans une entreprise de presse »²².

En conclusion il ressort de l'analyse du droit positif que, alors que la protection des sources journalistiques est un objectif reconnu et protégé tant par la loi française que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cet objectif apparaît comme méconnu par la récente loi sur le renseignement.

La protection des sources journalistiques, un objectif méconnu par la loi sur le renseignement

La loi sur le renseignement comme atteinte à la liberté de la presse

Les dispositions de la loi sur le renseignement entravent la liberté de la presse et, par voie de conséquence, la confidentialité des sources journalistiques, car d'une part, les techniques d'enquête qu'elle permet apparaissent comme lar-

(20; Crim., 25 févr. 2014, n° 13-84.761; *A rappr.* Crim., 6 déc. 2011, n° 11-83.970; *contra* Crim., 14 mai 2013, n° 11-86.626. (21; Art. 2, al. 3 de la loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse, telle que modifiée par la loi du 4 janv. 2010 sur la protection des sources journalistiques.

(22 CA Paris, 17 juin 2010, *Légipresse* n° 276, oct. 2010.

gement disproportionnés à l'objectif de protection poursuivi par la loi, et d'autre part, en raison de l'absence de contrôle effectif du respect du secret des sources journalistiques.

Des techniques d'enquête disproportionnées à l'objectif poursuivi

Les données qui peuvent être collectées par les services de renseignement français sont nombreuses. La loi sur le renseignement prévoit en effet le recueil des correspondances électroniques, la captation de conversations orales dans des lieux d'habitation ou des véhicules ainsi que le recueil de données techniques d'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques.

Ces données peuvent être conservées, selon leur nature, pendant une durée comprise entre trente jours et trois ans, et les moyens utilisés pour collecter les données sont particulièrement intrusifs.

Est ainsi autorisé, pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, le recueil en temps réel sur les réseaux des opérateurs des données de connexion d'une personne préalablement identifiée comme présentant une menace et ce, pour une durée de deux mois ²³. Il est également possible d'utiliser un dispositif technique permettant la localisation en temps réel, d'une personne, d'un véhicule ou d'un objet ²⁴.

Les opérateurs et services de communication électroniques (hébergeurs et fournisseurs d'accès) sont en outre mis à contribution puisqu'il peut leur être imposé, pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, la mise en oeuvre sur leurs réseaux de traitements automatisés destinés à détecter des connexions susceptibles de révéler une

menace terroriste ²⁵. Dans sa décision du 23 juillet 2015, le Conseil constitutionnel a expressément déclaré conformes à la Constitution ces techniques d'enquête.

Or, ce mécanisme appelé communément « boîtes noires » met particulièrement en danger les sources journalistiques, puisqu'il permet de récolter un ensemble de données de connexion sans distinction.

En outre, l'intrusion dans les données de connexion est attentatoire à la liberté de communication et à l'anonymat des sources journalistiques puisque les « boîtes noires » permettent de prendre connaissance du lien social tissé par les journalistes et donc nécessairement de se rapprocher de l'origine de leurs sources.

Ce dispositif permet ainsi d'analyser le flux de manière indifférenciée. Cette indifférenciation est une ingérence dans la liberté de communication et une atteinte au secret des sources journalistiques et ce, peu importe que les données ne soient pas utilisées ultérieurement. La loi relative au renseignement met ainsi en danger la liberté de la presse pourtant protégée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ²⁶.

En effet, comment partager des informations que l'on sait sensibles si l'on est exposé à la potentialité d'être espionné, sans être protégé?

En conséquence, la loi relative au renseignement met en place de nombreuses techniques de renseignement et de captation des données qui mettent à mal le secret des sources journalistiques. Ces techniques empêchent les journalistes d'obtenir de manière anonyme des renseignements essentiels pour la liberté de la presse et le développement du débat public. De surcroît, les garanties

(23) Art. L 851-3 du code de la sécurité intérieure.

(24) Art. L 851-6 du code de la sécurité intérieure.

(25) Art. L. 851-4 du code de la sécurité intérieure.

(26) Cons. const., 11 oct. 1984, n° 84-181 DC, préc.

accordées par la loi relative au renseignement aux journalistes sont moindres et presque inexistantes compte tenu de l'atteinte portée à la confidentialité de leurs sources.

L'absence de contrôle effectif du respect par les autorités publiques du secret des sources journalistiques

Dépourvue à l'origine de toute disposition protectrice des journalistes, la loi sur le renseignement comprend, dans sa version définitive, un article traitant de l'application des techniques de renseignement aux parlementaires, magistrats, avocats et journalistes.

L'article L. 821-7, alinéa 1 du code de la sécurité intérieure, dispose ainsi : « Un parlementaire, un magistrat, un avocat ou un journaliste ne peut être l'objet d'une demande de mise en oeuvre, sur le territoire national, d'une technique de recueil de renseignement mentionnée au titre V du présent livre à raison de l'exercice de son mandat ou de sa profession. Lorsqu'une telle demande concerne l'une de ces personnes ou ses véhicules, ses bureaux ou ses domiciles, l'avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement est examiné en formation plénière ».

Ces dispositions posent le principe d'une interdiction de mise en oeuvre des techniques de renseignement aux journalistes « à raison de l'exercice de [leur] mandat ou de [leur] profession ».

Selon une lecture *a contrario*, les journalistes peuvent donc faire l'objet de mesures de surveillance à raison d'activités relevant de leur vie privée.

Suivant quels critères une distinction claire peut-elle être faite entre vie privée et vie professionnelle ? Par sa nature, la profession de journaliste peut s'exercer en dehors de lieux ou horaires de travail clairement définis. Si tant est que certains critères puissent, de manière générale, permettre de distinguer la vie pro-

fessionnelle de la vie privée, ils seraient particulièrement inadaptés à la profession de journaliste.

En conséquence, si les horaires ou le lieu de travail ne permettent pas de tracer une ligne claire entre les activités professionnelles du journaliste et ses activités privées, il est légitime de se demander comment une ligne de partage pourra être établie entre les cas dans lesquels une surveillance pourra être légalement exercée et ceux où une telle surveillance sera légalement interdite.

En définitive, le seul véritable moyen de déterminer si les échanges relèvent de la vie professionnelle ou privée du journaliste, est de prendre connaissance préalablement du contenu des conversations et échanges électroniques eux-mêmes. De toute évidence, les sources journalistiques ne bénéficieront d'aucune protection effective dans de telles circonstances.

En effet, la loi relative au renseignement ne dit rien des écoutes incidentes. Il n'est, ainsi, pas fait état des tiers qui pourraient faire l'objet d'écoutes alors qu'ils échangent avec un journaliste. Qu'en est-il de l'informateur qui prend attache avec un journaliste afin de lui communiquer des informations sensibles ? la loi dite « *renseignement* » ne lui octroie aucune protection particulière. Il n'en est tout simplement pas fait état. En conséquence, si le tiers viole un secret, par exemple le secret professionnel, il pourra être poursuivi et sanctionné.

La source d'un journaliste pourrait parfaitement faire l'objet d'une mesure de surveillance parce qu'elle évoque des thèmes sensibles, tels par exemple que sa connaissance de l'identité d'un djihadiste repentini qui souhaiterait apporter son témoignage.

Bien que l'information soit en lien avec le terrorisme, ni le journaliste, ni la source de celui-ci, ne peuvent être raisonnablement suspectés de vouloir commettre

une infraction terroriste. Pourtant, ils pourraient tous les deux faire [objet d'une mesure de surveillance sans le savoir.

Dans cette hypothèse précise, on conçoit aisément les conséquences d'une absence de protection des sources journalistiques sur l'information et la qualité de celle-ci. Il ne fait pas de doute qu'une personne qui souhaite apporter un témoignage sur un thème sensible sera récalcitrante à se confier à un informateur ou au journaliste lui-même car elle craindra que son identité ne soit divulguée.

Le législateur a néanmoins tenté d'instaurer des garde-fous de manière à protéger le journaliste qui ferait l'objet de mesures de surveillance.

Il est ainsi prévu que la demande de mise en oeuvre des techniques de surveillance sera soumise à l'avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) réunie en formation plénière.

Cette Commission spécialement créée par la loi relative au renseignement n'est toutefois dotée que d'un simple pouvoir consultatif. C'est ainsi qu'elle délivre un avis préalable à l'autorisation donnée par le Premier ministre. Cependant, cet avis est par essence non contraignant et, qu'il soit rendu en formation plénière ou en formation simple, il n'octroie aucune protection supplémentaire au journaliste et à sa source. Il s'agit donc d'une mesure symbolique sans conséquence pratique.

De surcroît, alors que le texte de loi soumis au Conseil constitutionnel prévoyait que certaines mesures exceptionnelles prévues à [article L. 821-5, prises à raison de l'urgence, n'étaient pas applicables aux journalistes, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution y. Partant, ces mesures exceptionnelles sont également applicables aux journalistes.

Il est dès lors aisé de constater que la loi relative au renseignement ne prévoit pas de garanties adéquates concernant la protection des journalistes et de leurs sources. Cette absence de protection met ainsi la France en porte à faux avec la jurisprudence européenne et la nécessité de protéger la liberté de la presse proclamée par l'article 11 de la DDHC.

La décision du Conseil constitutionnel, une occasion manquée de reconnaître la protection des sources journalistiques comme objectif à valeur constitutionnelle

L'adoption de la loi relative au renseignement, attentatoire au secret des sources et, par voie de conséquence, à la liberté de la presse, témoigne de la nécessité de doter la confidentialité des sources journalistiques d'une protection qui serait constitutionnelle.

Saisi *a priori*, le Conseil constitutionnel aurait pu saisir l'occasion pour reconnaître la protection des sources journalistiques comme objectif à valeur constitutionnelle.

Conformément à la hiérarchie des normes de notre système de droit, cette protection constitutionnelle permettrait en effet d'éviter toute atteinte législative ponctuelle au secret des sources journalistiques et, partant, à la liberté de la presse.

La reconnaissance de la protection de la confidentialité des sources journalistiques comme objectif à valeur constitutionnelle imposerait au législateur de prendre en compte cet objectif lors de la rédaction des lois, et obligerait au respect de cette confidentialité.

Il était fondamental d'assurer le rééquilibrage des différents intérêts qui entrent

(27) Cons. const., 23 juill. 2015, re 2015-713 DC, préc., art. 1.

nécessairement en conflit dans une société démocratique. En l'occurrence, il aurait fallu affirmer de manière forte que la confidentialité des sources journalistiques est un intérêt essentiel pour l'État de droit, devant être mise en balance, notamment, avec des intérêts tels que la prévention des infractions.

La Cour européenne des droits de l'homme l'a maintes fois rappelé, les journalistes sont les « chiens de garde de la démocratie »²⁸.

En outre, les objectifs à valeur constitutionnelle ont pour fondement l'effectivité des droits et libertés garantis par la Constitution. Or, la protection des sources journalistiques est une condition d'effectivité non seulement de la liberté de la presse mais plus largement des libertés de communication et d'expression protégées notamment par l'article 11 de la DDHC. Ces libertés ne peuvent prétendre exister sans une protection des sources journalistiques qui sont à l'origine des informations des journalistes et leur permettent de faire participer le public aux débats d'intérêt général. Comment permettre l'existence de ces débats, sans la certitude que les sources à l'origine des informations clefs seront protégées des ingérences injustifiées?

De plus, de nombreux systèmes de droit démocratiques ont déjà considéré que la confidentialité des sources journalistiques avait une valeur suprême qui nécessitait la plus haute protection juridique²⁹.

La Suède a opté pour une protection constitutionnelle intégrale de la confidentialité des sources puisqu'elle a

conféré à ce principe une valeur générale qui protège tant les journalistes que toute personne souhaitant communiquer une information³⁰. C'est la Constitution elle-même qui fixe les possibles dérogations au principe.

Au Portugal, la Constitution dans son article 38, 2) b pose explicitement le principe du « droit à la protection de l'indépendance et du secret professionnel » des journalistes. La loi en détermine les conditions d'exercice.

En Allemagne, l'article 5 de la *loi fondamentale* garantit la liberté de la presse³¹ et, dans une décision du 25 janvier 1984 (*Wallraff*), la Cour constitutionnelle fédérale a considéré que la liberté consacrée par l'article 5 de la Loi fondamentale garantissait également la confidentialité du travail au sein des rédactions des journaux et des magazines. Dès lors, la Cour constitutionnelle allemande a excipé de la garantie de la liberté de la presse instituée par la *loi fondamentale*, la reconnaissance du principe de la confidentialité des sources journalistiques.

Le Conseil constitutionnel français n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer directement sur la question de la protection du secret des sources journalistiques.

Au même titre que la Cour constitutionnelle fédérale allemande, il aurait dû, à l'occasion de l'examen de la loi sur le renseignement, reconnaître la protection des sources journalistiques, composante essentielle de la liberté de la presse, comme un objectif à valeur constitutionnelle.

(28) CEDH, *Goodwin d Royaume-Uni*, prés.

(29) Note à la demande du sénateur B. Retailleau, « La protection du secret des sources journalistiques », Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, LC 252, oct. 2014, Sénat

(30) Loi constitutionnelle sur la liberté d'expression n° 1469 de 1991 modifiée qui repose sur un double système de protection: du droit de communiquer et du droit à l'anonymat.

(31) Note à la demande du sénateur B. Retailleau, « La protection du secret des sources journalistiques », préc.

Conclusion

Par les techniques de surveillance et d'enquête qu'elle permet, la loi dite « *renseignement* » va à l'encontre des principes posés, tant par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que par celle des juridictions nationales, en matière de protection des sources journalistiques.

La surveillance généralisée et indifférenciée qu'elle permet porte en effet atteinte au principe du secret des sources et, par voie de conséquence, entrave la liberté d'investigation des journalistes et par conséquent affaiblit la démocratie française.

En sacrifiant la confidentialité des sources journalistiques, la loi dite « *renseignement* » méconnaît ainsi le nécessaire équilibre entre ses intérêts en présence, oubliant que cette confidentialité est un intérêt protégé au même titre que la prévention des infractions.

Or, l'entrave portée à la protection des sources journalistiques, « pierre angulaire de la liberté de la presse », n'atteint pas uniquement les journalistes. Au contraire, dans la mesure où la presse, « chien de garde de la démocratie », permet à chacun de participer aux débats publics, c'est la démocratie elle-même et la liberté d'expression de chacun qui sont entravées par l'atteinte portée à la confidentialité des sources journalistiques.

Par sa décision n° 2015-713 du 23 juillet 2015, le Conseil constitutionnel a manqué l'occasion de consacrer la protection des sources journalistiques, et nous ne pouvons que le regretter. Espérons que l'hystérie sécuritaire du moment ne donne pas lieu à des débordements des services de renseignement spécialisés au préjudice des journalistes, de leurs informateurs et en définitive des citoyens français.

Emmanuel **Daoud**
et Céline **Godeberge**
Avocats du Cabinet Vigo