

La milliardaire, la juge, le procureur, les journalistes et les fadettes...

MOTS-CLÉS : Secret des sources, journaliste, secret professionnel, réquisitions judiciaires

Cour de cassation (ch. crim.)

6 décembre 2011

L. Schuller, épouse Bettencourt

291-XXX

La chambre de l'instruction a légalement justifié sa décision d'annulation des réquisitions judiciaires visant à des investigations sur les téléphones de trois journalistes, tant au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'au regard de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881. En effet, l'atteinte portée au secret des sources des journalistes n'était pas justifiée par l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public et la mesure n'était pas strictement nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi.

- Vu l'ordonnance du président de la chambre criminelle en date du 9 juin 2011, prescrivant l'examen immédiat du pourvoi ;
- Vu le mémoire et les observations aux fins d'intervention produits ;

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 et des articles 60-1, 70-1-1, 591 et 593 du Code de procédure pénale ;

en ce que l'arrêt attaqué a prononcé l'annulation des actes D 15 à D 686 et en a ordonné le retrait du dossier et a ordonné la conservation de parties des cotes D 2, D 688, D 689, D 699, D 701, D 716 ;

aux motifs qu'à la réception de la plainte pour violation du secret professionnel et violation du secret de l'enquête, déposée au nom de M^{me} Bettencourt et visant la divulgation dans un article du journal *Le Monde*, sous les signatures de deux journalistes, MM. Follorou et Davet, d'éléments relatifs à une perquisition effectuée le matin même à son domicile, dans le cadre d'un complément d'information ordonné par le tribunal correctionnel dont l'exécution a été confiée à sa présidente, le procureur de la République de Nanterre a fait procéder à une enquête par l'inspection générale des services de la préfecture de police en donnant pour instruction de procéder, par voie de réquisitions prises en application de l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale, à des investigations techniques portant sur les téléphones portables de ces journalistes ; que des réquisitions successives ont été effectivement adressées à divers opérateurs téléphoniques aux fins de connaître les numéros des lignes qu'utilisaient à titre personnel et professionnel MM. Follorou et Davet, d'en obtenir des relevés d'appels entrants et sortants, et d'identifier les titulaires des numéros de téléphone qui avaient été en contact avec eux ainsi qu'avec M^{me} Bacqué-Saverot, chef du service politique

du quotidien *Le Monde*, sur la ligne qui lui était attribuée dans ce journal ; que les enquêteurs en possession de l'ensemble de ces documents, sans toutefois être parvenus malgré leur demande, à obtenir le contenu des SMS échangés sur ces lignes ont procédé à l'exploitation des relevés d'appels, effectué des regroupements et recoupements et ainsi mis en évidence les contacts des journalistes susceptibles d'être impliqués dans une éventuelle violation du secret professionnel et de celui de l'enquête, objet de la plainte ; que les policiers qui se sont livrés à ces seules investigations, ont ensuite clôturé leur enquête sur instruction du procureur de la République qui a ouvert une information pour violation du secret professionnel ; que, si la question, telle qu'elle est formulée dans l'acte de saisine, appelle une interprétation autonome de la portée de l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale, il ne saurait néanmoins être fait abstraction du contexte de l'espèce, s'agissant de réquisitions qui ont eu pour objet et finalité d'identifier l'origine d'informations reçues par des journalistes ; que l'article du Code précité, dont il a été fait application, ne saurait, dès lors, qu'être analysé dans son rapport combiné avec l'ensemble du dispositif conventionnel et légal spécifiquement destiné à garantir la protection des sources des journalistes ; qu'en effet, l'appréciation portée sur la régularité des réquisitions en cause, qui ont eu pour objet et effet d'identifier les contacts de journalistes afin de pouvoir, dans un second temps, établir la réalité d'une éventuelle violation du secret professionnel commise à l'occasion des actes d'exécution par un magistrat d'un supplément d'information et d'en découvrir le ou les auteurs, implique d'examiner la justification de mesures qui, sont, par leur nature et leur finalité, à l'évidence attentatoires au principe fondamental, dans une société démocratique, de la protection des sources des journalistes ;

qu'il sera rappelé que la Cour européenne des droits de l'homme, depuis longtemps et de manière constante, en soulignant que la liberté d'expression représente l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et que les garanties accordées à la presse revêtent une importance particulière, considère que la protection des sources journalistiques constitue l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse et que toute ingérence, toute atteinte ou toute limitation apportée à la confidentialité des sources des journalistes ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'où résulte le droit pour un journaliste de ne pas révéler ses sources, que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public et qu'elle est nécessaire, que la restriction est proportionnelle au but légitime poursuivi (CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 39 et s ; 25 février 2003, *Roemen et Schmit c/ Luxembourg*, n° 46 à 60 ; 15 juillet 2003, *Ernst c/ Belgique*, 27 février 2008 *Tillack c/ Belgique*, n° 53 à 68 ; *Sonoma Uitgevers c/ Pays-Bas*, 14 septembre 2010 n° 90 à 100) ; qu'ainsi que le rappelle également la Cour européenne, le droit des journalistes à taire leurs sources ne saurait être considéré comme un simple privilège qui leur serait accordé en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources mais représente un véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection (*Tillack c/ Belgique* précité n° 65), qu'elle ajoute que l'autorité publique doit démontrer que la balance des intérêts en présence, à savoir, d'une part la pro-

tection des sources, pierre angulaire de la liberté de la presse dans une société démocratique, d'autre part, la prévention et la répression d'infractions, a été préservée (décisions précitées); que la méthode d'analyse dont a usé la Cour européenne des droits de l'homme, dans ses décisions précitées (*Goodwin* § 45, *Roemen* 58), a consisté à déterminer avec une particulière circonspection si, *in concreto*, « la balance des intérêts en présence, à savoir d'une part la protection des sources et de l'autre, la prévention et la répression d'infractions, a été préservée », cette juridiction ajoutant que « les considérations dont les institutions de la Convention doivent tenir compte font pencher la balance des intérêts en présence en faveur de la défense de la liberté de la presse dans une société démocratique »;

attendu que la loi du 4 janvier 2010 a tendu à renforcer la protection des sources des journalistes; que l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 énonce à présent: « 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 »; que le législateur, s'inspirant des principes énoncés par la Cour européenne, a entendu ainsi protéger ce secret des atteintes tant directes qu'indirectes, comme celles consistant pour un magistrat à rechercher l'origine des informations détenues par un journaliste en recourant à des réquisitions pour obtenir ses relevés téléphoniques mettant en évidence les personnes avec lesquelles il a été en contact et qui ont constitué de possibles sources; que les travaux parlementaires ont abordé expressément l'utilisation de ce procédé qui ne peut être légitimement motivée que par un impératif prépondérant d'intérêt public et justifiée par la nécessité d'une telle mesure, ces deux conditions étant cumulatives; que le législateur a entendu également faire figurer, dans l'article 2 *in fine* de la loi précitée l'interprétation qu'il entendait donner à ces exigences en précisant, qu'au cours d'une procédure pénale, il devait être tenu compte, pour apprécier la nécessité de l'atteinte portée à la protection des sources, 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'investigations envisagées sont indispensables à la manifestation de la vérité; qu'en outre, il a complété l'article 60-1 du Code de procédure pénale d'une disposition sanctionnant par la nullité le versement au dossier des éléments obtenus par une réquisition qui serait prise en violation de l'article 2 de la loi sur la liberté de la presse; qu'en l'espèce, à partir d'une simple plainte pour violation du secret de l'enquête ou de l'instruction et violation du secret professionnel, d'une part, faisant état de la succession immédiate d'une perquisition effectuée dans le cadre d'un supplément d'information ordonnée par le tribunal correctionnel et d'un article de journal donnant un compte rendu de cette opération et, d'autre part, procédant à un rapprochement avec la co-signature d'un livre par le magistrat en charge de l'exécution dudit supplément d'information et par l'un des journalistes, rédacteur de l'article en cause, le procureur de la République a fait diligenter une enquête préliminaire pour violation du secret professionnel, que les actes accomplis par ces policiers, conformément aux instructions reçues du parquet, ont consisté exclusivement à délivrer des réquisitions

aux opérateurs téléphoniques aux fins d'obtenir les numéros des lignes téléphoniques professionnelles et personnelles des journalistes du journal *Le Monde*, rédacteurs de l'article en cause ainsi que de celle, professionnelle, du directeur du service politique de ce quotidien, de se faire communiquer les relevés d'appels entrants et sortants de ces lignes dans le but évident de rechercher l'identité de leurs correspondants parmi lesquels était susceptible de figurer un magistrat et, par recoupements à partir des numéros ainsi portés à leur connaissance, de la chronologie et fréquence des appels, d'être ainsi en mesure d'identifier la source éventuelle de ces journalistes; qu'après analyse de l'ensemble des éléments reçus des opérateurs téléphoniques et en l'absence de toute autre investigation, l'enquête a été clôturée et le procureur de la République a ouvert une information pour violation du secret professionnel; qu'à aucun moment l'accord des intéressés, qui n'ont d'ailleurs pas été entendus au cours de l'enquête n'a été recueilli; que la violation du secret professionnel dans le cadre d'une enquête pénale, en particulier lorsqu'elle est susceptible d'être imputée à un magistrat, outre l'inadmissible manquement déontologique qu'elle constitue, est une infraction d'un notable degré de gravité, en ce que, dans certains cas, elle est de nature à entraver irrémédiablement la recherche de la vérité, à faire obstacle à la répression ou à la prévention d'infractions graves ou à nuire illégitimement et intensément à la réputation d'autrui; qu'à ce titre la recherche de l'auteur d'une violation du secret professionnel pourrait constituer un but légitime de nature à justifier une atteinte portée, dans certains cas exceptionnels, au droit éminent d'un journaliste à la protection de ces sources;

que toutefois, en l'espèce, les réquisitions, atteintes graves portées indirectement mais nécessairement à un droit conventionnellement garanti et légalement protégé, pierre angulaire de la liberté de la presse, ont été délivrées dans le cadre d'une enquête préliminaire ouverte à partir des seules conjectures d'une plainte concernant des « fuites » d'informations relatives à une perquisition en cours au domicile d'une personne dont il était allégué par une partie civile, dans le cadre d'une procédure pendante devant le tribunal correctionnel, qu'elle était susceptible d'être victime d'abus de faiblesse; qu'à supposer que la répression d'une infraction pénale soit toujours considérée comme un but légitime, il convient de souligner qu'en l'espèce, l'enquête policière portait sur la dénonciation pour le moins hypothétique par un particulier de la probabilité, voire simple possibilité, de la commission d'un délit de violation du secret professionnel; que, dans un tel contexte, la première condition à la légalité d'une atteinte portée au secret des sources, telle que l'a fixée restrictivement le législateur, à savoir l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public qui la justifie, n'a pas été remplie; qu'en toute hypothèse, n'a pas été non plus respectée la seconde exigence qui se cumule avec la précédente, à savoir, la stricte nécessité et proportionnalité des mesures envisagées au but légitime poursuivi, étant observé que le législateur a précisé que, pour apprécier ladite nécessité de l'atteinte, il devait être tenu compte, non seulement de la gravité du crime ou du délit, de l'importance de l'information recherchée pour la prévention ou répression de cette infraction mais encore du fait que les mesures d'investigations envisa-

gées sont indispensables à la manifestation de la vérité ; que comme il a été rappelé, les investigations, conduites sur une simple plainte d'un particulier du chef de violation du secret professionnel, ont consisté exclusivement, pour identifier la source des journalistes, à adresser directement des réquisitions aux opérateurs téléphoniques pour obtenir leurs relevés d'appels aux fins d'exploitation, sans même avoir procédé à la moindre audition ou à un quelconque autre acte d'enquête ; que la condition de nécessité et de proportionnalité des actes accomplis fait également défaut ; qu'en conséquence, les réquisitions visant à des investigations sur les téléphones des trois journalistes précités qui ont été prises sans leur accord en violation manifeste tant de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881, doivent être annulées, que l'annulation prononcée s'étendra à tous les éléments dont elles sont le support nécessaire ;

alors qu'en autorisant, fût-ce sans l'accord des intéressés qui n'était pas requis dès lors que ces réquisitions étaient adressées à des tiers, le recours aux réquisitions prévues par l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale le procureur de la République de Nanterre n'a pas porté une atteinte excessive au secret des sources des journalistes au sens de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881, en sa rédaction résultant de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, quand ces investigations, qui ne portent qu'une atteinte indirecte au secret desdites sources, tendaient à apporter la preuve d'une violation d'un secret professionnel ou du secret de l'enquête ou de l'instruction susceptible d'être imputée à un magistrat ou à un fonctionnaire du ministère de la justice, infraction elle-même susceptible de porter atteinte à l'impartialité du pouvoir judiciaire, garantie de l'État de droit nécessaire à toute société démocratique, et dont l'existence était apparue au détour de la publication d'un article signé ou rédigé sous la direction des journalistes sur lesquels portaient les investigations litigieuses, la recherche des auteurs d'une telle infraction supposant nécessairement l'identification de la source de ces journalistes ; qu'en estimant le contraire, la chambre de l'instruction a méconnu les textes précités ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure qu'à la suite de la publication, le 1^{er} septembre 2010, dans le journal *Le Monde*, sous les signatures de M. Gérard Davet et de M. Jacques Follorou, d'un article rendant compte d'investigations réalisées la veille et le jour même dans une enquête la concernant, M^{me} Bettencourt a porté plainte du chef de violation du secret professionnel auprès du procureur de la République ; que ce dernier a, le 2 septembre 2010, ordonné une enquête préliminaire, en autorisant notamment les officiers de police judiciaire à obtenir, par voie de réquisitions auprès des opérateurs de téléphonie, l'identification des numéros de téléphone des correspondants des journalistes auteurs de l'article ; que, procédant par voie de recoupements, les enquêteurs ont ainsi dressé une liste des personnes pouvant avoir un lien avec la procédure en cours ;

Attendu qu'après ouverture d'une information contre personne non dénommée, les juges d'instruction désignés ont saisi la chambre de l'instruction aux fins de voir statuer sur la régularité de la procédure ; que pour prononcer l'annulation

des réquisitions visant à des investigations sur les lignes téléphoniques des journalistes en cause, et celle des pièces dont elles étaient le support nécessaire, l'arrêt prononce par les motifs repris au moyen ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que l'atteinte portée au secret des sources des journalistes n'était pas justifiée par l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public et que la mesure n'était pas strictement nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi, la chambre de l'instruction a légalement justifié sa décision, tant au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'au regard de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

Prés. : M. Louvel – Cons. rap. : M. Monfort – Cons. : M. Blondet, M^{mes} Koering-Joulin, Guirimand, MM. Beauvais, Guérin, Straehli, Finidori, Buisson - Av. : M^e Foussard, SCP Roger et Sevaux.

COMMENTAIRE



Alexis Guedj

Avocat au Barreau de Paris, docteur en droit, chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), membre du réseau GB2A (www.gb2a.fr)



Thomas Fourrey

Avocat au Barreau de Lyon
SCP Jakubowicz, Mallet- Guy et Associés

On attendait avec impatience cet arrêt de la Cour de cassation qui pour les juristes, est le premier depuis l'adoption de la loi du 4 janvier 2010 qui a consacré le droit à la protection des sources journalistiques et qui, pour les médias, devait clore l'étrange épisode dit des « *fadettes* » qui mettait aux prises une dame, (très) riche et (relativement) âgée, un procureur (assez) curieux et des policiers de l'Inspection générale des services (remarquablement) diligents et dévoués (1). Il ne paraît pas inutile de rappeler la chronologie des faits de manière assez précise car outre le fait que le temps a passé depuis qu'a éclaté la tempête médiatico-judiciaire autour du tribunal de Nanterre, cette affaire a permis de mettre en lumière des pratiques qui, plus d'un an après, ne laissent pas de surprendre.

1. La contribution des protagonistes de cette affaire à la protection des sources journalistiques s'annonce immense puisque les suites judiciaires de l'arrêt commenté n'ont pas été longues à se faire attendre. En effet, le 17 janvier 2012, le procureur Courroye a été mis en examen sous les préventions de collecte illicite de données à caractère personnel par un moyen frauduleux et violation du secret des correspondances. Puis, le 23 janvier 2012, *Le Monde* décidait de saisir la commission d'admission des plaintes du Csm. Suite au prochain numéro...

Le 17 décembre 2007, M^{me} Bettencourt-Meyers, craignant que les intérêts de sa mère, loin d'être dérisoires, ne soient lésés, déposait plainte à l'encontre de Monsieur Banier pour des faits d'abus de faiblesse. Une enquête était ouverte mais sans attendre son terme, la plaignante prenait l'initiative de faire citer directement Monsieur Banier sous la même prévention devant le tribunal correctionnel de Nanterre. Le 16 juin 2010, un média en ligne publiait des enregistrements de conversations privées effectués par l'homme de maison de M^{me} Bettencourt, dont le contenu laissait penser que cette dernière se trouvait dans un état de vulnérabilité.

Face à ces nouveaux éléments, le tribunal correctionnel de Nanterre renvoyait l'examen de la citation directe *sine die* et ordonnait qu'il soit procédé à un supplément d'information, qui était confié à sa présidente, M^{me} Prévost-Desprez. Le 31 août 2010, dans le cadre d'une commission rogatoire diligentée par cette dernière, M^{me} Bettencourt-mère était entendue, puis le 1^{er} septembre dans la matinée, il était procédé à la perquisition de son domicile. Or, le même jour, dans un quotidien qui paraît l'après-midi, deux journalistes, Gérard Davet et Jacques Follorou, publiaient un article intitulé « Les policiers à la recherche des petits papiers de M^{me} Bettencourt », dans lequel ils rendaient compte de ces investigations. Immédiatement, l'avocat de M^{me} Bettencourt-mère déposait plainte contre X pour violation du secret professionnel et du secret de l'enquête auprès du procureur de Nanterre. Dès le lendemain, ce dernier sollicitait la direction de l'Inspection générale des services (IGS), aux fins d'obtenir par voie de réquisition conformément aux dispositions de l'article 77-1-1 CPP, tout document utile en lien avec cette plainte. Une semaine plus tard, le procureur demandait par téléphone que les investigations portent sur les lignes téléphoniques des auteurs de l'article.

N'écoutant que leur devoir et leur supérieur, les services d'enquête adressaient des réquisitions aux opérateurs téléphoniques aux fins, dans un premier temps, d'identifier les numéros de téléphone de ces journalistes puis dans un second temps, de se faire communiquer les numéros et identités de l'ensemble des personnes avec lesquelles ils avaient été en contact dans les cinq semaines précédant la parution de l'article. Il s'agit ici des fameuses « *fadettes* ». L'implication et le dévouement des enquêteurs semblant sans limite, ceux-ci n'hésitaient pas, face à la difficulté de leur mission notamment pour ce qui concerne l'identification des numéros de portable des journalistes, à consulter le fichier STIC, pour finalement les confondre un temps avec la directrice du service politique du quotidien (2)... Ces pratiques, qu'on pensait réserver à des systèmes juridiques bien éloignés de celui qu'on nous promet,

font assurément froid dans le dos... De leur côté, les opérateurs, n'étant pas juges de la légalité, transmettaient les données demandées, consistant en un listing comprenant environ sept cents pages (3). De cette masse qui était analysée, il apparaissait que M. Follorou avait échangé 57 SMS avec M^{me} Prévost-Desprez au cours du mois d'août 2010. Pensant détenir un début de preuve sur l'identité de l'auteur de la violation du secret, et ainsi la source de l'article, le procureur adjoint en charge de la procédure demandait à l'opérateur de M. Follorou que lui soit communiqué le contenu de ces messages, ce à quoi il lui était répondu que c'était techniquement impossible.

Ainsi, paradoxalement, la meilleure protection des journalistes aura été ici non pas le droit, mais la technique et partant, ses limites. Au terme de cette enquête, après quelques rebondissements sans intérêt avec l'objet de la présente étude, une information judiciaire était ouverte et la Cour de cassation ordonnait le dépaysement de la procédure vers l'embouchure de la Garonne, où l'atmosphère y est réputée plus sereine. Voulant purger la procédure, les juges bordelais saisissaient directement la Chambre de l'instruction afin qu'elle se prononce sur la régularité des réquisitions adressées aux opérateurs téléphoniques qui avaient permis d'identifier les numéros personnels et professionnels des journalistes ainsi que leurs contacts. Les juges s'inquiétaient ainsi de savoir si ces réquisitions n'avaient pas été prises en violation de la protection du secret des sources telle qu'elle figure à présent dans la loi sur la presse.

Par un arrêt du 5 mai 2011 (4), les magistrats de la chambre de l'instruction annulaient les réquisitions. C'est l'arrêt qui était soumis à la chambre criminelle. Par son arrêt, la Cour de cassation a entendu garantir une certaine sécurité aux journalistes (I), sans toutefois leur dire où se situent les limites de cette protection (II).

I. CE QUE NOUS DIT...

1.1... la loi du 4 janvier 2010

La loi du 4 janvier 2010 est venue consacrer le droit du journaliste de se taire, de ne pas révéler celui qui lui a transmis l'information qu'il a publiée (5). Souhaitant que cette prérogative soit étroitement attachée à la personne du journaliste, et poussée en cela par la jurisprudence européenne, aux termes de laquelle la protection des sources constitue « *une des pierres angulaires de la liberté de la presse* » et que « *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* » (6), le

2. Franck Johannès, « Le scandale des fadettes prend de l'ampleur », *Le Monde*, 5 décembre 2011.

3. *Idem*.

4. CA Bordeaux, ch. instr. 5 mai 2011, n° 2011/00203, *Légipresse* n° 285, p. 424, note H. Leclerc; J.-H. Robert « Du secret des sources à la réquisition des fadettes », *JCP* 2011.G.1099.

5. Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, *JO* 5 janvier 2010; M. Recio « Une protection en trompe l'œil: la loi du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes », *PA* 2010 n° 56, p. 6; A. Chavagnon « La protection des

sources des journalistes: la décevante loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 », *D.2010*, n° 5, p. 275; A. Guedj « Sentiments mitigés autour de la loi du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes », *LP* 2010, n° 269, p. 19; P. Auvret « Commentaires de la loi n° 2010 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes », *CCE* 2010, n° 4, étude n° 8; E. Derieux « Secret des sources des journalistes – À propos de la loi du 4 janvier 2010 », *JCP* 2010.G.n° 3, 18 janvier 2010, p. 40; J. Buisson, « Protection du secret des sources des journalistes », *Procédures* 2010, comm.45.

6. CEDH, Grande ch. 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume Uni*, n° 17488/90.

législateur français a intégré cette protection dans la loi sur la presse de 1881. Ainsi dans son premier alinéa, l'article 2 prévoit à présent que « *le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public* ». Désormais titulaire d'un véritable droit de se taire (qui n'était jusqu'alors expressément prévu qu'en cas d'interrogatoire par un juge d'instruction), le journaliste doit pouvoir entretenir ainsi pleinement une relation de confiance avec son informateur qui lui fournit la matière première de son travail. La loi de 2010 a également adapté à ces exigences nouvelles le Code de procédure pénale qui prévoit désormais une procédure de perquisition *sui generis*, comparable à celle prévue pour les avocats avec le référé bâtonnier, censée rassurer les entreprises de presse et leurs collaborateurs (art. 56-2 CPP) (7).

Cependant, le législateur n'a pas voulu instituer une protection absolue, dépourvue de limite, ce qui pour certains, révélerait une certaine méfiance (8) vis-à-vis de la profession tandis que pour d'autres constituerait la simple contrepartie du fait que les journalistes ne sont pas assujettis au secret professionnel tel qu'il existe dans d'autres professions. La loi prévoit ainsi qu'il pourra être porté atteinte à la confidentialité des sources à la condition que cette atteinte soit « *strictement nécessaire et proportionnée à un but légitime* » et réponde à un « *impératif prépondérant d'intérêt public* » (article 2 alinéa 3, L. 29 juillet 1881).

Il convient de relever que le projet de loi prévoyait que cette protection ne visait que les informations portant sur des « *questions d'intérêt général* » (9) : la terminologie « *souple* » (10) finalement adoptée est celle de la Cour européenne (11). Par ailleurs, lorsque l'identité de la source est en lien avec une procédure pénale, la loi instaure des conditions supplémentaires qui viennent préciser la condition liée à la nécessité. Il doit être ainsi tenu compte de la gravité du crime ou du délit, de l'importance de l'information recherchée pour la répression ou la prévention de l'infraction et être démontré que les mesures d'investigation sont indispensables à la manifestation de la vérité (article 2 al. 5 de la loi du 29 juillet 1881).

Les juges n'avaient pas attendu cette réforme de 2010, puisqu'ils avaient déjà eu recours à une terminologie proche dans un arrêt remarqué du 30 octobre 2006 (12). Dans cette affaire dont les circonstances sont similaires à celles qui nous occupent, étaient critiquées notamment des perquisitions d'entreprise de presse et les saisies des relevés de numéros de téléphone des journalistes effectuées dans le cadre d'une information ouverte pour violation du secret de l'instruction. La chambre criminelle avait alors considéré que les atteintes portées à la protection de l'identité

de la source (13) étaient légitimes « *en raison du contenu, devant légalement demeurer secret, de pièces issues d'une information en cours et constituant des mesures justifiées tant par les impératifs d'intérêt public de protection des droits d'autrui, au nombre desquels figure la présomption d'innocence, que par la préservation d'intérêts confidentiels ainsi que par la nécessité de se prémunir des agissements de nature à entraver la manifestation de la vérité* ». De même, la Cour s'était interrogée sur le point de savoir si tous les moyens procéduraux avaient été utilisés au préalable, ce qui était le cas en l'espèce, puisque de nombreuses auditions avaient été réalisées préalablement aux perquisitions.

Dès lors, au-delà du contexte médiatico-judiciaire, l'enjeu de l'arrêt du 6 décembre 2011 était de savoir si la Cour allait confirmer la nullité prononcée par les magistrats bordelais et infléchir ou non cette jurisprudence.

1.2... La Cour de cassation

Tout d'abord, et ce n'est pas le moindre, les juges confirment que le fait de solliciter la liste des appels émis ou reçus par un journaliste est constitutif d'une atteinte au secret des sources. Si cela peut paraître évident de prime abord, certains, dans la presse, avaient paru en douter.

Rappelons que depuis la loi du 9 mars 2004, le juge d'instruction (CPP, art. 99-3), le procureur de la République (CPP, art. 77-1-1) ou un officier de police judiciaire (CPP, art. 60-2) peuvent adresser des réquisitions à toute personne qui serait susceptible de détenir des documents intéressant l'enquête ou l'instruction afin qu'elle les communique, sans que ne puisse être opposée l'obligation au secret professionnel, sauf existence d'un motif légitime (14). Pour le journaliste, afin que soit garanti le secret de ses sources, ces différentes dispositions renvoient toutes aux personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3 du Code de procédure pénale (avocats, journalistes, médecins, notaires) et prévoient ainsi que la réquisition ne pourra avoir lieu sans son accord : il peut ainsi refuser de communiquer les documents requis, sans avoir à justifier d'un motif particulier.

Or, ces réquisitions peuvent constituer un moyen détourné de porter atteinte à la protection des sources lorsqu'elles sont adressées non pas directement au journaliste, mais à l'opérateur de téléphonie auquel il est abonné. En effet, l'autorité peut demander à cette personne morale que lui soient communiquées les fadettes de son abonné, c'est-à-dire les noms et coordonnées des personnes avec lesquelles il a été en contact, par exemple, dans les jours qui ont précédé la parution d'un article. Dès lors, au moyen de recoupements, les enquêteurs seront en mesure

7. Mais aussi des notaires, huissiers, médecins et avoués pour lesquels la présence d'un représentant de l'Ordre est exigée (art.56-3 CPP).

8. A. Chavagnon, préc.

9. B. Ader « Le projet de loi sur le secret des sources : un progrès ou une régression ? », *LP* 2008, n° 250, p. 37.

10. Voir en ce sens J. Bossan « La protection du secret des sources des journalistes en procédure pénale », *Droit pénal* 2010 n° 7, étude 14.

11. CEDH, *Goodwin*, préc.; *Tillack / Belgique*, 27 novembre 2007, n° 20477/05.

12. Crim. 30 octobre 2006, n° 06-85693, *Bull. crim.* 2006 n° 258. A. Guedj « Saisies, écoutes téléphoniques et protection du secret des sources des journalistes », *D.* 2007, n° 18, p. 1240.

13. Qui alors avait pu être identifiée en la personne d'un fonctionnaire de police.

14. A. Guedj « Le secret des sources des journalistes », *AJ pénal* 2009.163.

d'identifier la source et ce sans que le journaliste n'ait été au courant que des investigations portaient sur sa téléphonie (en la matière, les opérateurs n'informent naturellement pas leurs abonnés) ni *a fortiori*, qu'il y ait consenti.

On ne peut que se féliciter que la Cour ait souhaité protéger le journaliste contre ce procédé, étant précisé que la fadette en elle-même reste un élément de preuve fragile puisqu'à elle seule, elle ne permet pas de révéler à coup sûr l'identité de l'informateur : en effet, l'information peut très bien avoir été donnée sans qu'il y ait eu de contact téléphonique, par exemple si un document a été directement remis ou si l'information a été donnée de vive voix... C'est pour cette raison d'ailleurs que le Parquet de Nanterre ne s'était pas contenté de ce listing et avait demandé à l'opérateur téléphonique du journaliste en vue de confirmer ses soupçons, que lui soit transmis le contenu même des SMS échangés entre ce dernier et la présidente de la chambre correctionnelle du TGI de Nanterre.

La chambre criminelle considère donc que ce procédé constitue une atteinte, certes indirecte, mais qui justifie qu'elle soit encadrée : dès lors, il appartient au juge de vérifier qu'il existe bien un « motif prépondérant d'intérêt public ». Sur ce point, la Cour de cassation refuse, à l'inverse des conseillers bordelais, de fixer les contours de cette notion. Elle donne toutefois, en filigrane, un indice puisqu'outre qu'elle invoque les dispositions de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881, telles qu'elles résultent de la loi du 4 janvier 2010, elle entend également placer sa décision sous les auspices de l'article 10 de la Convention européenne.

La Cour estime que le motif prépondérant n'existe pas en l'espèce, et va à l'encontre de sa position de 2006 qui avait été rendue pour des faits similaires, à la différence que la protection du secret de l'instruction avait été invoquée au titre de la protection de la présomption d'innocence. Ainsi, la Cour a intégré le souhait du législateur de consacrer pleinement cette prérogative du journaliste.

Cependant, face à un attendu pour le moins laconique, il est intéressant de revenir sur le raisonnement en deux temps de la chambre de l'instruction qui avait abouti à l'annulation des réquisitions. En effet, les magistrats d'appel, se plaçant ainsi dans la continuité de l'arrêt de 2006, avaient considéré tout d'abord que « la recherche de l'auteur d'une violation du secret professionnel » pouvait constituer un motif prépondérant. Mais, dans un deuxième temps, ils ont estimé que la réquisition adressée aux opérateurs téléphoniques n'était pas justifiée dans la mesure où elles s'inscrivaient dans une enquête qui « portait sur la dénonciation pour le moins hypothétique par un particulier de la probabilité, voire simple possibilité, de la commission d'un délit de violation du secret professionnel ». Ce raisonnement peut paraître surprenant

et à tout le moins source d'incertitude puisqu'il implique que l'existence d'un motif légitime serait conditionnée soit par le cadre procédural dans lequel il pourrait s'inscrire, soit par l'existence d'indices sérieux laissant supposer que le délit de violation du secret a été commis (15).

« Cette logique signifierait que les réquisitions ne pourraient pas être prises dans le cadre d'une enquête préliminaire, mais qu'à contrario, une réquisition portée par un juge d'instruction pourrait apporter suffisamment de garantie. »

Si l'on pousse jusqu'au bout cette logique, ceci signifierait que les réquisitions ne pourraient pas être prises dans le cadre d'une enquête préliminaire, faisant suite à une plainte, mais qu'à contrario, on peut imaginer qu'une réquisition portée par un juge d'instruction pourrait apporter suffisamment de garantie. Ainsi, la chambre de l'instruction semblait discréditer le parquet, autorité de poursuite.

Enfin, on retiendra que pour ce qui concerne la deuxième condition posée par la loi, liée au caractère nécessairement subsidiaire et nécessaire que doit avoir la mesure attentatoire, le débat en l'espèce (et à la différence de la procédure qui avait donné lieu à l'arrêt de 2006) était limité puisqu'ici, le premier (et unique) acte de l'enquête a consisté à chercher à identifier cette source. Est ainsi légitimement sanctionnée la solution de facilité utilisée par le Parquet et l'IGS : il est certain qu'en interrogeant immédiatement, *ab initio*, les opérateurs téléphoniques des journalistes, les enquêteurs se sont attaqués à la partie émergée (la seule) de l'iceberg. Il est reproché aux enquêteurs de ne pas avoir usé d'autres moyens afin d'identifier l'auteur de la violation du secret. Cette exigence est compréhensible dans la mesure où par nature, pour ce genre d'infraction, la tentation est grande de viser d'emblée le journaliste puisque le délit de violation du secret, par essence clandestin, se révèle par le travail de ce dernier. Le législateur, et partant le juge, demandent aux enquêteurs d'éviter ce piège de la facilité : investiguer autour ou à l'encontre du journaliste, chien de garde de la démocratie, doit être l'ultime recours, la seule issue face à une impasse procédurale dans la quête de la vérité.

II. CE QUE LA COUR NE NOUS DIT PAS

2.1 Ce qu'elle aurait dû nous dire

À titre liminaire, il importe de relever que les juges de la chambre de l'instruction avaient envisagé une question qui n'a pas été reprise par le pourvoi (16) et n'a donc pas été tranchée par la Cour de cassation. Cette interrogation portait sur la rédaction ambiguë de l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale qui dispose que « lorsque les réquisitions concernent les (journalistes, avocats...), la remise ne peut intervenir qu'avec leur accord ». Les juges bordelais s'étaient interrogés sur le point de savoir si l'accord qui doit être recueilli, doit être celui du requis (l'opérateur) ou bien celui de la personne protégée, en l'occurrence les journalistes. Dans son arrêt du 5 mai 2011, la chambre de l'instruction avait considéré que l'accord à obtenir était celui des personnes sollicitées, estimant que cette disposition était

15. Voir en ce sens O. Bachelet, « Confidentialité des sources journalistiques, la protection laconique accordée par la Cour de cassation », *Actualité Droits Libertés*, 10 décembre 2011.

16. Pour la bonne et simple raison que la solution de la cour d'appel satisfaisait les auteurs du pourvoi... Voir J.-H. Robert, préc.

autonome par rapport au dispositif destiné à protéger les sources journalistiques. On peut d'ores et déjà s'étonner de cette interprétation qui prive les journalistes de toute protection, car on voit mal un opérateur s'opposer à la remise des données demandées. Il semble donc que la nécessité de cet accord devienne effective uniquement lorsque les autorités d'enquête s'adressent à des entités qui travaillent avec le journaliste.

Pour le reste, certains expriment leur déception face à un attendu de deux lignes, la Cour ayant laissé passer une formidable opportunité (les pourvois en l'espèce sont rarissimes) (17) de définir précisément ce qu'est un motif prépondérant (18).

On peut regretter qu'au final, les autorités de poursuite aient les coudées franches face à cette incertitude, même si c'est bien le charme des mots que de n'avoir que le sens qu'on veut bien (ne pas) leur donner. Reste alors, comme de coutume dans notre système de droit écrit, à invoquer les augures de la Cour européenne qui seule a pu donner une appréciation, certes limitée, de cette notion. Ainsi, dans un arrêt *Tillack c/ Belgique* du 27 novembre 2007, relatif à une perquisition effectuée au domicile d'un journaliste dans le but de révéler l'identité d'un fonctionnaire qui l'aurait informé d'irrégularités commises au sein de l'Office européen de lutte anti fraude (19), la Cour a estimé que le droit des journalistes de se taire n'est pas fonction de la licéité ou non du moyen par lequel l'information lui est parvenue (20). Il importe de préciser que la situation était ici particulière puisque le journaliste n'était pas un acteur passif de la fuite mais avait lui-même corrompu son informateur afin d'obtenir l'information litigieuse. La Cour a considéré que le simple fait que le journaliste ait été suspecté de corruption active ne suffit pas à caractériser un « *impératif prépondérant* » justifiant l'atteinte.

Plus intéressant est l'arrêt du 8 décembre 2005 (21) relatif à une injonction de communiquer ses sources faites à un journaliste qui était en contact avec le milieu pédophile. En l'espèce, l'atteinte était justifiée en vue de sauvegarder les justiciables contre des traitements inhumains ou dégradants, étant précisé que le matériel qui avait été saisi consistait en des extraits vidéos. Dans un arrêt *Stoll c/ Suisse* du 25 avril 2006, la Cour, que l'on avait connue plus audacieuse, a considéré que l'atteinte portée au secret des sources était ici légitime justifiant sa décision par le fait que l'information avait causé un « *préjudice considérable* » dans les relations diplomatiques de la Confédération helvétique (22). À travers cet arrêt, la Cour laisse ici une place au subjectivisme

des États, leur conférant ainsi une marge d'appréciation (23). Dès lors, force est de constater que la Cour développe, à partir d'exemples fort différents, une casuistique complexe, dont il est difficile de tirer des enseignements clairs.

« Certains expriment leur déception face à un attendu de deux lignes, la Cour ayant laissé passer une formidable opportunité de définir précisément ce qu'est un motif prépondérant »

Par ailleurs, on pourra se référer à la recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 8 mars 2000 (24), qui exige, pour que soit justifiée l'atteinte au secret des sources, outre l'existence de cet impératif prépondérant d'intérêt public, que « *les circonstances présentent un caractère suffisamment vital et grave* ». On pourra également envisager la protection maximaliste adoptée en 2005 par nos voisins belges qui ont mis en place un système extrêmement protecteur

des sources puisque l'atteinte est légitime uniquement si elle concerne des informations de nature à prévenir la commission d'une infraction constituant une menace grave pour l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes (25).

Pour certains, la condition est remplie lorsqu'il s'agit de prévenir ou réprimer un complot terroriste ou une fraude alimentaire dangereuse, rejoignant ainsi la conception de la recommandation précitée, puisque dès lors, un intérêt vital est en jeu. M^{me} Dati, lors de la discussion de la loi, pour ce qui concerne les critères énoncés à l'alinéa 5 de l'article 2 de la loi de 1881, indiquait qu'il ne pourrait être porté atteinte au secret des sources pour des affaires de vol, d'escroquerie, de cercles de jeu clandestin ou de réseau de contrefaçon, sauf s'il servait à financer des mouvances radicales ou des organisations criminelles (26).

Le débat est donc lancé et on ne peut que regretter que la Cour de cassation n'ait pas saisi l'opportunité que constituait ce pourvoi, l'occasion étant d'autant plus belle que l'arrêt qui faisait l'objet du pourvoi était particulièrement bien argumenté. Ce regret est d'autant plus vif que la présente affaire portait sur une situation topique, où les enjeux sont les plus forts pour le journaliste puisqu'il révèle des informations connues uniquement de la justice.

On peut tenter d'aller plus loin et se lancer dans la fiction juridique.

2.2. Ce qu'elle nous dira peut être...

Il est naturellement difficile d'anticiper la position des juges français mais gageons qu'elle sera calquée sur celle des juges européens et sera nécessairement influencée par l'attitude des autorités et de l'interprétation qu'ils feront de la loi de 2010. Les arrêts de la Cour européenne ont une portée téléologique, dans

17. Pour les juges du fond, voir C.app. Paris pôle 5, ord. 17 juin 2010, RG 09/12774.

18. Voir O. Bachelet, préc.

19. CEDH, 27 nov. 2007, n° 20477/05, *Tillack c. Belgique*.

20. A.Guedj « Le juge européen, gardien de la déontologie des journalistes ? » LP n° 249, p33.

21. CEDH, 8 décembre 2005, *Nordisk film & TV A/S c/ Danemark*, n° 40485/02. Voir également CEDH 22 novembre 2007, *Voskuil c/ Pays-Bas*, 64752/01 : l'atteinte a été considérée comme illégitime mais l'intérêt de l'arrêt reste limité puisqu'en l'espèce les autorités néerlandaises avaient été jusqu'à placer en détention

deux semaines Monsieur Voskuil afin qu'il révèle ses sources.

22. CEDH, 25 avril 2006, n° 69698/01, *Stoll c/ Suisse*.

23. L. François « Protection des sources journalistiques : regards critiques sur la nouvelle approche de la jurisprudence européenne », CCE n° 2, février 2009, étude 3.

24. Recomm. Comité min. Cons. Eur. N° R (2000) 7.

25. Voir A. Guedj, LP n° 269 préc.; F.Jongen « La Belgique, modèle de protection pour le secret des sources ? », LP n° 222, p. 71-73.

26. Discussion du projet de loi au Sénat, séance du 5 novembre 2008.

la mesure où ils donnent des directions à suivre, et posent les jalons de ce que sont les principes à respecter dans nos sociétés démocratiques. C'est finalement dans cet équilibre des pouvoirs que la Cour EDH apporte un éclairage nouveau, voire révolutionnaire (il suffit de prendre en compte les coups de butoir qui ont été portés à notre réglementation de la garde à vue aboutissant à sa remise en cause complète).

Dès lors, si l'on fait preuve d'audace ou plutôt si l'on incite les juges à en faire preuve, on peut aller plus loin et interroger la validité de la procédure des réquisitions au regard des canons de la jurisprudence européenne et notamment d'un arrêt extrêmement intéressant du 14 septembre 2010 (27). Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné l'État néerlandais, aux motifs que la qualité de la loi, relative à la procédure d'injonction de communiquer ses sources, est insuffisante. La critique portait sur le fait que la législation néerlandaise n'impose pas qu'ait lieu un contrôle préalable des réquisitions par un magistrat indépendant. Si la condamnation sur ce fondement reste rare (28), force est de constater, sans faire preuve d'une audace démesurée, que cette solution, transposée au droit français, pourrait amener à remettre en cause la validité des réquisitions qui aboutirait à la révélation d'une source dans la mesure où le magistrat du Parquet n'est pas considéré comme une autorité indépendante (29).

CONCLUSION

La tentation est parfois grande pour les enquêteurs de viser directement le journaliste afin d'obtenir une information ou le nom d'une personne puisque celui-ci, par définition, en détient beaucoup. On ne saurait que trop le mettre en garde : confronté à une évolution de son métier qui l'oblige à être "connecté" et à travailler désormais le plus souvent loin de ses sources, le journaliste se trouve ainsi dans une position extrêmement fragile, ces moyens de communication laissant par définition des traces.

Enfin, il ne faut pas oublier que le journaliste est en position de faiblesse vis-à-vis de sa source : il lui doit quelque chose. S'il perd sa confiance, il perd celui qui lui fournit la matière lui permettant d'assurer sa mission d'information. Au final, on est en droit de se demander si l'abus de faiblesse est bien là où on le pensait...

A. G. et T. F.

27. CEDH, 14 septembre 2010, n° 38224/03, *Sanoma Uitgevers B. c/ Pays-Bas*. Voir la très juste analyse de C. Fruteau, « Sources journalistiques : pour que demeure le secret ! », *LP* mars 2011, n° 281, p. 157 ; N. Hervieu « Renforcement des exigences conventionnelles de protection du secret des sources journalistiques » www.droits-libertes.org/article.php?id_article=127

28. Voir CEDH *Kruslin c/ France*, 24 avril 1990, 7/1989/233.

29. Voir en ce sens CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin / France*, req. n° 37104/06 ; 31 mars 2010, *Medvedyev/France* n° 3394/03 ; 14 octobre 2010, *Brusco/France*, n° 3394/03.