



Commentaire

Décision n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016

Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias

Reprenant dans son titre la formule qui figure, depuis la révision du 23 juillet 2008, à l'article 34 de la Constitution, la proposition de loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias a été déposée, notamment par MM. Bruno Leroux et Patrick Bloche, le 2 février 2016 sur le bureau de l'Assemblée nationale. Elle a été adoptée, en première lecture, par l'Assemblée nationale le 8 mars 2016 puis, après modification, par le Sénat le 26 mai suivant. La commission mixte paritaire (CMP), réunie le 14 juin, n'est pas parvenue à l'adoption d'un texte commun. En nouvelle lecture, la proposition de loi a été adoptée à l'Assemblée nationale le 18 juillet 2016 puis rejetée par le Sénat le 29 septembre 2016. Le texte a été adopté en lecture définitive par l'Assemblée nationale le 6 octobre 2016.

La loi était déférée au Conseil constitutionnel par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs. Les sénateurs dirigeaient leur argumentation contre l'article 4. Les députés adressaient des griefs à l'article 1^{er} et à certaines dispositions de son article 6.

Dans sa décision n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016, le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution l'article 1^{er}, instituant un droit d'opposition en faveur des journalistes dans le cadre de leurs relations avec leur employeur, et les dispositions du 1^o de l'article 6, confiant au conseil supérieur de l'audiovisuel la mission de garantir « *l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information et des programmes qui y concourent* ».

Il a censuré l'article 4, qui modifiait les conditions dans lesquelles il pouvait être porté atteinte au secret des sources des journalistes et instituait une immunité pénale en faveur des journalistes, des collaborateurs de la rédaction et des directeurs de la publication ou de la rédaction.

Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, relevé d'office les dispositions de l'article 27, introduites selon une procédure contraire à la Constitution, et les a censurées à ce titre.

Enfin, le Conseil a, pour la première fois, expressément précisé dans sa décision qu'il « *n'a soulevé d'office aucune autre question de conformité à la*

Constitution et ne s'est donc pas prononcé sur la constitutionnalité des autres dispositions que celles examinées dans la présente décision » (paragr. 32).

I. – Le droit d'opposition des journalistes (article 1^{er})

L'article 1^{er} insère un nouvel article 2 *bis* dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dont l'objet est de prémunir les journalistes contre les pressions qui pourraient s'exercer contre eux dans l'exercice de leur profession.

L'article 2 *bis* ainsi modifié leur confère un droit d'opposition leur permettant d'une part de refuser toute pression, de refuser de divulguer leurs sources et de refuser de signer un texte ou une émission, modifiés à leur insu ou contre leur volonté. D'autre part, ce droit d'opposition fait obstacle à ce que les journalistes puissent être contraints à accepter un acte contraire à leur conviction professionnelle formée dans le respect de la charte déontologique de leur entreprise ou de leur société éditrice.

Le même article prévoit que le contrat de travail conclu entre le journaliste et l'entreprise qui l'emploie vaut adhésion à la charte déontologique en vigueur au sein de cette entreprise. Il précise aussi les modalités de négociation et de conclusion de ces chartes et dispose qu'à défaut de conclusion d'une telle charte avant le 1^{er} juillet 2017 les déclarations et les usages professionnels relatifs à la profession de journaliste peuvent être invoqués en cas de litige.

Ainsi que le relevait le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, M. Patrick Bloche, ce droit d'opposition est « *volontairement dénué de sanctions de caractère pénal* » et « *a vocation à être protégé dans le cadre régulier du droit du travail, c'est-à-dire, en cas de litige, dans d'éventuels contentieux de nature disciplinaire ou prud'homal* »¹. Ce droit d'opposition ne s'exerce donc qu'à l'égard de l'employeur.

Les députés requérants développaient deux griefs à l'encontre de cette disposition.

En premier lieu, ils reprochaient au droit d'opposition de méconnaître le principe de responsabilité découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Selon eux, en autorisant un journaliste à refuser tout acte contraire à sa conviction professionnelle, ce droit d'opposition permettrait non seulement de refuser que le directeur de la publication rectifie un article ou une émission, mais aussi de contraindre ce dernier à le publier ou à la diffuser sans rectification. La responsabilité du directeur de la publication

¹ Rapport n° 3920 (AN – XIV^e législature), fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation, par M. Patrick Bloche, 5 juillet 2016, p. 22.

pourrait ainsi être engagée, en vertu des règles applicables en matière de presse et d'audiovisuel², à raison d'articles ou d'émissions dont il réprovoque le contenu.

Le Conseil constitutionnel a écarté ce grief, considérant qu'il manquait en fait. En effet, il a relevé que, contrairement à ce que soutenaient les requérants, le droit d'opposition n'interdit au directeur de publication « *ni de publier ou diffuser, sans la signature de l'intéressé et après rectification, l'article ou l'émission auquel il a collaboré, ni d'en refuser la publication ou la diffusion* » (paragr. 5). Dès lors, sa responsabilité ne demeure engagée que pour des textes ou des contenus qu'il a acceptés.

Le second grief des députés requérants concernait la notion de « *conviction professionnelle formée dans le respect de la charte déontologique* » de l'entreprise ou de la société éditrice à laquelle le journaliste appartient. Le législateur en a fait le critère déterminant du droit d'opposition. Or, les députés requérants estimaient que cette notion était imprécise et empreinte de subjectivité et que, par conséquent, le législateur avait méconnu sa compétence en s'abstenant de la définir plus précisément.

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord rappelé la compétence du législateur pour fixer les règles concernant, d'une part, les garanties fondamentales de l'exercice des libertés publiques – auxquelles se rattache la liberté d'expression et de communication, d'autre part, le droit du travail. Il a aussi rappelé la compétence du législateur pour déterminer les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Ce faisant, le Conseil a souligné que le droit d'opposition, qui met en œuvre la liberté d'expression et de communication, affecte aussi la liberté d'entreprendre de l'employeur du journaliste et la relation de travail qui les unit.

Puis, examinant la notion contestée, le Conseil a considéré qu'elle « *renvoie aux exigences et aux usages propres à la profession de journaliste, le cas échéant rappelés par cette charte déontologique, auxquels l'intéressé a marqué son attachement* » (paragr. 7). La conviction professionnelle ne se confond pas avec une conviction personnelle : elle s'appuie nécessairement sur les pratiques et la déontologie mises en œuvre au sein de cette profession. Le Conseil en a déduit que le critère ainsi retenu n'était pas équivoque et qu'il appartiendra, le cas échéant, au juge saisi d'un litige relatif à l'exercice du droit d'opposition, de s'assurer que la situation de fait y répond bien (même paragr.). Après avoir conclu que le législateur avait suffisamment déterminé les conditions d'utilisation du droit d'opposition, le Conseil a écarté le grief tiré de l'incompétence négative et déclaré l'article 1^{er} conforme à la Constitution.

² Article 42 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

II. – La protection du secret des sources des journalistes (article 4)

A. – Les dispositions contestées

1. – Le droit applicable en matière de protection du secret des sources des journalistes

Depuis la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, le premier alinéa de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit que le secret des sources des journalistes « *est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public* ».

Ce principe n'est toutefois pas absolu. Le troisième alinéa du même article prévoit que : « *Il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources* ».

L'exception ainsi prévue trouve son origine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)³.

Si le principe de la protection du secret des sources et ses limites sont posés dans la loi du 29 juillet 1881, les modalités de cette protection figurent de leur côté dans plusieurs dispositions du code de procédure pénale (CPP). L'article 77-1-1 du CPP prévoit ainsi, par un premier renvoi à l'article 56-2, que lorsque la réquisition concerne des journalistes, « *la remise des informations ne peut intervenir qu'avec leur accord* ». Un second renvoi est opéré à l'article 60-1 qui prévoit qu'« *à peine de nullité, ne peuvent être versés au dossier les éléments obtenus par une réquisition prise en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* ».

Fixées à l'article 56-2 du CPP, les règles qui gouvernent les perquisitions dans les locaux occupés par les journalistes prévoient, comme pour d'autres professions protégées, l'intervention du juge des libertés et de la détention (JLD).

Le droit de ne pas révéler ses sources, consacré dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, se retrouve dans le CPP aux articles 109, 326 et 437, qui

³ Cf. en particulier CEDH 27 mars 1996 n° 17488/90 *Goodwin c/ Royaume-Uni* ; CEDH 21 janvier 1999 n° 29183/95 *Fressoz et Roire c/ France* ; CEDH 25 février 2003 n° 51772/99 *Roemen et Schmit c/ Luxembourg* ; CEDH 14 septembre 2010 n° 38224/03 *Sanoma Uitgevers BV c/ Pays-Bas* ; CEDH 12 avril 2012 n° 30002/08 *Martin et autres c/ France*.

reconnaissent au journaliste entendu comme témoin la liberté de ne pas révéler l'origine des informations qu'il recueille dans l'exercice de son activité. Par ailleurs, l'article 100-5 du CPP interdit la transcription des correspondances avec un journaliste ayant fait l'objet d'interceptions judiciaires, lorsqu'elles permettent d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881.

Dans une décision du 6 décembre 2011⁴, la chambre criminelle de la Cour de cassation a annulé des réquisitions ordonnant des écoutes téléphoniques au motif que la répression d'une violation du secret de l'instruction ne constitue pas un « *impératif prépondérant d'intérêt public* » justifiant une atteinte au secret des sources des journalistes.

Dans un arrêt du 14 mai 2013⁵, la chambre criminelle a cassé un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux ayant annulé un acte d'enquête en raison de « *l'absence d'un impératif prépondérant d'intérêt public* » le justifiant. La Cour de cassation a notamment estimé que la cour d'appel avait insuffisamment motivé cette absence d'impératif prépondérant⁶.

Dans un arrêt du 25 février 2014⁷, la chambre criminelle a rappelé que les exceptions à la confidentialité des sources journalistiques devaient être entendues de manière stricte. Dans cette affaire, elle a ainsi reproché à la chambre de l'instruction de ne pas avoir démontré que l'atteinte au secret des sources, dans le cadre d'une procédure de violation du secret professionnel, procédait d'un « *impératif prépondérant d'intérêt public* ».

Les dispositions de la loi du 4 janvier 2010 ont fait l'objet de critiques notamment en raison de leur caractère insuffisamment protecteur et de l'imprécision de la notion d'« *impératif prépondérant d'intérêt public* ».

2. – Les dispositions de l'article 4 de la loi déferée

L'article 4 du texte déferé au Conseil constitutionnel redéfinissait, pour le renforcer, le régime de la protection des sources des journalistes. Cet article comportait à cette fin des dispositions modifiant la loi du 29 juillet 1881, le CPP et le code pénal.

* Le paragraphe I de l'article 4 récrivait l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881.

⁴ Cass. crim. 6 déc. 2011 n°11-83.970.

⁵ Cass. crim. 14 mai 2013 n°11-86.626

⁶ Pour des observations critiques : J. Lasserre Capdeville *AJ Pénal* 2013 p. 467.

⁷ Cass. crim. 25 fév. 2014 n°13-84.761.

Le paragraphe I de l'article 2 modifié rappelait le principe de la protection du secret des sources et énumérait les personnes protégées par ce secret, soit :

- toute personne qui, dans l'exercice de sa profession de journaliste pour le compte d'entreprises ou agences de presse ou d'entreprises de communication au public en ligne ou audiovisuelle, pratique le recueil d'informations et leur diffusion au public (1°) ;
- toute personne exerçant des fonctions de direction de la publication ou de la rédaction dans ces mêmes entreprises ou agences (2°) ;
- tout collaborateur de la rédaction, celui-ci étant défini comme « *toute personne qui, par sa fonction au sein de la rédaction dans une des entreprises, publications ou agences mentionnées au 1°, est amenée à prendre connaissance d'informations permettant de découvrir une source et ce, à travers la collecte, le traitement éditorial, la production ou la diffusion de ces mêmes informations* » (3°).

La nouveauté essentielle apportée par ce paragraphe, par rapport au droit existant, consistait dans l'extension expresse du bénéfice de la protection du secret des sources aux collaborateurs de la rédaction et aux directeurs de la publication ou de la rédaction. Était par ailleurs supprimée, dans la définition de la profession de journaliste, la référence au caractère « *régulier et rétribué* » de l'activité, afin d'inclure les personnes collaborant à une entreprise de presse de manière occasionnelle.

Le paragraphe II de l'article 2 définissait pour sa part la notion d'atteinte au secret des sources, puis les motifs pour lesquels il pouvait être porté atteinte à ce secret, soit « *à titre exceptionnel et seulement si cette atteinte est justifiée soit par la prévention ou la répression d'un crime, soit par la prévention d'un délit constituant une atteinte à la personne humaine puni d'au moins sept ans d'emprisonnement ou d'un délit prévu aux titres I^{er} ou II du livre IV du code pénal puni d'au moins sept ans d'emprisonnement, soit par la répression d'un de ces délits lorsque celui-ci est d'une particulière gravité en raison des circonstances de sa préparation ou de sa commission ou en raison du nombre et de la qualité des victimes et des mis en cause et lorsque l'atteinte est justifiée par la nécessité de faire cesser le délit ou lorsqu'il existe un risque particulièrement élevé de renouvellement de celui-ci* ».

Le texte précisait en outre : « *Les mesures envisagées qui portent atteinte au secret des sources doivent être strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Il est tenu compte, pour apprécier la nécessité et la proportionnalité, de la gravité des faits, des circonstances de la préparation ou*

de la commission de l'infraction et du nombre et de la qualité des victimes et des mis en cause ainsi que de l'importance de l'information recherchée pour la prévention ou la répression de cette infraction et de son caractère indispensable à la manifestation de la vérité. / Toutefois, une personne mentionnée au I ne peut en aucun cas être obligée de révéler ses sources ».

Le législateur avait en conséquence remplacé la notion d'« impératif prépondérant d'intérêt public » par une liste d'infractions pour lesquelles il est possible de porter atteinte au secret des sources.

Le paragraphe III de l'article 2 conditionnait l'atteinte au secret des sources au cours d'une procédure pénale à l'autorisation du JLD.

Enfin, le paragraphe IV de ce même article instituait une immunité pénale : « *La détention, par une personne mentionnée au I du présent article, de documents, d'images ou d'enregistrements sonores ou audiovisuels, quel qu'en soit le support, provenant du délit de violation du secret professionnel ou du secret de l'enquête ou de l'instruction ou du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée ne peut constituer le délit de recel prévu à l'article 321-1 du code pénal ou le délit prévu à l'article 226-2 du même code lorsque ces documents, images ou enregistrements sonores ou audiovisuels contiennent des informations dont la diffusion au public constitue un but légitime dans une société démocratique ».*

* Le nouveau titre XXXIV du livre IV du CPP, intitulé « *Dispositions relatives à la protection du secret des sources* », créé par le paragraphe II de l'article 4 du texte déféré comprenait de nouveaux articles 706-183 à 706-187.

Ces dispositions, qui répétaient, dans le code de procédure pénale, les nouveaux principes déjà énoncés relatifs à la protection du secret des sources (article 706-183 et deux premiers alinéas de l'article 706-185), ajoutaient notamment les éléments suivants.

L'article 706-184 disposait que « *toute personne mentionnée au I de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse [journalistes ; directeurs de la publication ou de la rédaction ; collaborateurs de la rédaction], lorsqu'elle est entendue au cours de l'enquête de police judiciaire ou d'une instruction ou devant une juridiction de jugement, en tant que témoin ou personne suspectée ou poursuivie, sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine* » et qu'« *avant le début de toute audition ou de tout interrogatoire, elle est informée de son droit à ne pas révéler ses sources* ».

La dernière phrase de l'article 706-185 prévoyait : « *À peine de nullité, l'acte*

d'enquête ou d'instruction doit être préalablement autorisé par ordonnance spécialement motivée au regard des conditions prévues au présent article, prise par le juge des libertés et de la détention saisi, selon les cas, par requête motivée du procureur de la République ou par ordonnance motivée du juge d'instruction ».

Les articles 706-186 et 706-187 déclinaient ce principe en matière de perquisitions, de saisies et d'interceptions de correspondances.

* Le paragraphe III de l'article 4 de la loi déferée modifiait enfin plusieurs dispositions du code pénal, afin de faire de l'atteinte au secret des sources une circonstance aggravante de certaines infractions : violation de domicile ; atteinte au secret des correspondances ; accès ou maintien dans un système de traitement automatisé de données ; altération d'un système de traitement automatisé de données ; atteinte à l'inviolabilité du domicile par l'autorité publique ; atteinte au secret des correspondances par l'autorité publique (articles 226-4, 226-15, 323-1, 432-8 et 432-9 du code pénal). En outre, il rehaussait à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amendes la répression de certains délits d'atteinte au secret de la défense nationale (articles 413-11, 413-13 et 413-14 du même code), afin de les faire tomber dans le champ des délits pour lesquels il pourrait, sous certaines conditions, être fait exception à la protection du secret des sources.

B. – Analyse de constitutionnalité

Les sénateurs soutenaient, tout d'abord, que l'article 4 était un « cavalier », faute pour cette disposition d'avoir un lien, même indirect, avec la proposition de loi d'origine.

Ils estimaient, ensuite, qu'en interdisant de porter une atteinte directe ou indirecte au secret des sources dans le cadre d'une procédure pénale, au nom de la prévention et de la répression de délits pouvant présenter une certaine gravité, l'article 4 portait une atteinte manifestement disproportionnée à la prévention des atteintes à l'ordre public et à la recherche des auteurs d'infractions ainsi qu'à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation.

Ils contestaient également l'immunité pénale instituée, celle-ci méconnaissant, d'une part, le droit au respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances, en raison de son champ, d'autre part, l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en raison de l'imprécision de la notion de « *but légitime dans une société démocratique* ». Cette immunité aurait été, en outre, entachée d'incompétence négative dès lors qu'elle s'appliquait à l'ensemble des collaborateurs de la rédaction, notion qui

serait définie de façon imprécise. Le champ de l'immunité pénale aurait été, enfin, trop large, au regard de l'objectif poursuivi, de sorte que les dispositions contestées porteraient atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale.

Les sénateurs avançaient aussi que les dispositions contestées, en soumettant à l'autorisation préalable du JLD tout acte d'enquête ou d'instruction ayant pour objet de porter atteinte au secret des sources, ainsi que le recours aux perquisitions prévues à l'article 56-2 du CPP, méconnaissaient le principe d'égalité dès lors que « *le droit commun ne prévoit l'intervention du juge des libertés et de la détention qu'en cas d'enquête préliminaire ou de flagrance* ». Selon eux, les articles 56, 56-1, 56-3 et 56-4 du CPP, relatifs à divers régimes de perquisitions, devaient comprendre les mêmes garanties que l'article 56-2, relatif aux perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne ou d'une agence de presse.

Les sénateurs estimaient, en dernier lieu, que les dispositions faisant de la violation du secret des sources une circonstance aggravante de certaines infractions méconnaissaient les principes de légalité des délits et des peines et de « *clarté et de précision de la loi pénale* ».

1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

* Après avoir estimé que les méconnaissances graves du droit au respect de la vie privée affectent la liberté individuelle⁸, le Conseil constitutionnel, à compter de 1999, a rattaché le droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il a jugé que la liberté proclamée par cet article « *implique le respect de la vie privée* »⁹.

La notion de « vie privée » est entendue par le Conseil constitutionnel de façon classique : c'est la sphère d'intimité de chacun. Le champ d'application de cette notion est donc restrictif.

Le Conseil constitutionnel juge qu'il appartient au législateur d'assurer « *la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public* »¹⁰.

⁸ Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 44.

⁹ Voir notamment les décisions n°s 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 45 ; 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 75 ; 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 21.

¹⁰ Décision n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G. (Procédure de dessaisissement d'armes)*, cons. 3.

* L'article 11 de la Déclaration de 1789 consacre la liberté de communication des pensées et des opinions.

La protection constitutionnelle de la liberté d'expression et de communication se fonde sur cet article : « *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* ». Le Conseil constitutionnel ajoute qu'il s'agit là d'une liberté fondamentale « *d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* »¹¹.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est abondante en la matière. Elle a toutefois principalement consisté à contrôler, en matière de médias, les dispositions législatives assurant la régulation globale de la presse ou de l'audiovisuel¹².

En revanche, le Conseil constitutionnel a choisi de ne pas placer au niveau constitutionnel la protection du secret des sources des journalistes. Dans sa décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, il a ainsi jugé qu'« *aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement (...) un droit au secret des sources des journalistes* »¹³.

Dans la plupart de ses décisions, le Conseil constitutionnel a eu à connaître de la constitutionnalité d'atteintes à la liberté d'expression résultant de dispositions législatives. À cette occasion, il a indiqué à de nombreuses reprises que ce principe constitutionnel essentiel devait se concilier avec d'autres principes, exigences ou objectifs constitutionnels.

Dans la décision précitée du 24 juillet 2015, il a ainsi rappelé « *qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; qu'au nombre de ces derniers figurent le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, la liberté d'expression, les droits de la défense et le droit à un procès équitable,*

¹¹ Par exemple : décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe (Associations familiales)*, cons.6.

¹² Décisions n°s 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle* ; 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* ; 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* ; 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision* et 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

¹³ Décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres (Accès administratif aux données de connexion)*, cons. 16.

protégés par les articles 2, 4, 11 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »¹⁴.

* Par ailleurs, l'article 5 de la Constitution prévoit que le Président de la République est le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire, l'article 20 de la Constitution que « *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation* », tandis qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre « *dirige l'action du Gouvernement* » et « *est responsable de la Défense nationale* ». Le Conseil constitutionnel a déduit de la combinaison de ces dispositions que le secret de la défense nationale participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire¹⁵.

En outre, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il appartient au législateur d' « *assurer une conciliation qui ne soit pas déséquilibrée entre le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que la recherche des auteurs d'infractions et les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation* »¹⁶.

* Le Conseil constitutionnel a déjà examiné des dispositions instituant des immunités pénales, qui sont des causes objectives d'irresponsabilité pénale pouvant résulter de la qualité de l'auteur des faits ou des circonstances de commission de l'infraction.

Ces immunités peuvent avant tout porter atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale, notamment lorsqu'elles découlent de la qualité de l'auteur des faits.

Contrôlant une disposition qui prévoyait que ne peut donner lieu à des poursuites pénales l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait soit d'un ascendant ou d'un descendant de l'étranger, soit de son conjoint, le Conseil constitutionnel avait jugé qu'en n'étendant pas l'immunité pénale aux frères et sœurs et aux concubins, le législateur n'avait pas méconnu le principe d'égalité, eu égard à la conciliation qu'il recherchait entre « *la prise en compte à titre humanitaire de situations juridiquement protégées et sa volonté de ne pas faciliter l'immigration* »¹⁷.

¹⁴ Décision n° 2015-478 QPC précitée, cons. 16.

¹⁵ Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres (Secret défense)*, cons. 20.

¹⁶ Décision n° 2011-192 QPC précitée, cons. 22.

¹⁷ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. 13.

Examinant l'immunité accordée au Défenseur des droits et à ses adjoints, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé que « *nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé* »¹⁸. Puis il a jugé « *que, si le législateur organique pouvait, pour garantir l'indépendance du Défenseur des droits et de ses adjoints, prévoir qu'ils bénéficient d'une immunité pénale, il devait, dans la définition de l'étendue de cette immunité, concilier le but ainsi poursuivi avec le respect des autres règles et principes de valeur constitutionnelle et, en particulier, le principe d'égalité ; que, dès lors, l'immunité pénale reconnue au Défenseur des droits et à ses adjoints ne saurait s'appliquer qu'aux opinions qu'ils émettent et aux actes qu'ils accomplissent pour l'exercice de leurs fonctions ; qu'elle ne saurait exonérer le Défenseur des droits et ses adjoints des sanctions encourues en cas de méconnaissance des règles prévues par les articles 20 et 29 de la loi organique, sur les secrets protégés par la loi, et par son article 22, sur la protection des lieux privés ; que, sous ces réserves, les dispositions de l'article 2 sont conformes à la Constitution* »¹⁹.

2. – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

En vertu de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la liberté d'expression comprend la liberté de recevoir et de communiquer des informations sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques, mais sans exclure que l'exercice de cette liberté soit soumis par la loi à certaines restrictions qui « *constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique* ».

Le 2 de cet article mentionne à ce titre des mesures telles que celles qui sont nécessaires à la prévention du crime, mais aussi à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sécurité publique. Sur le fondement de ces stipulations, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a jugé que « *la protection du secret des sources des journalistes est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse* » et qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en vue de tenir compte d'un « *impératif prépondérant d'intérêt public* » et en veillant à « *préserver une balance équitable des intérêts en présence* »²⁰.

La CEDH a érigé ce secret en composante d'un droit sur lequel elle est particulièrement vigilante : « *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*

¹⁸ Formule reprise de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 9.

¹⁹ Décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, cons. 6.

²⁰ CEDH 28 juin 2012 n°s 15054/07 et 15066/07, *Ressiot et autres c/ France*.

attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection »²¹.

3. – L'application à l'espèce

Si, comme cela a été indiqué, il n'existe pas une protection constitutionnelle du secret des sources, le législateur peut toutefois prévoir une protection particulière de ce secret, pourvu qu'il assure une conciliation équilibrée entre les différentes exigences constitutionnelles mises en jeu par cette protection.

Il n'était pas contestable que les dispositions de l'article 4 de la loi déferée, en protégeant le secret des sources des journalistes, avaient pour objet d'apporter des garanties à l'exercice de la liberté d'expression et de communication.

En limitant les possibilités de mener certaines investigations dans le cadre de procédures pénales, ces dispositions pouvaient toutefois également être regardées comme de nature à entraver la recherche des auteurs d'infraction et la prévention des atteintes à l'ordre public, objectifs de valeur constitutionnelle. En outre, en excluant l'existence d'une responsabilité pénale pour certaines personnes en ce qui concerne les délits de recel de violation du secret professionnel ou de violation du secret de l'instruction et d'atteinte à l'intimité la vie privée, ces dispositions étaient de nature à permettre des atteintes aux droits, principes et objectifs constitutionnels protégés par ces délits, tels que le respect de la vie privée, le secret des correspondances, la présomption d'innocence ou la recherche des auteurs d'infraction.

Le Conseil constitutionnel a en conséquence rappelé la nécessité d'assurer la conciliation entre ces différentes exigences constitutionnelles (paragr. 20).

Afin de déterminer si, en l'espèce, celle-ci était assurée, le Conseil constitutionnel a examiné plus particulièrement les infractions pour lesquelles le législateur avait permis ou exclu qu'il soit porté atteinte au secret des sources et l'immunité instituée par le texte déferé.

** Sur les cas dans lesquels il pouvait être porté atteinte au secret des sources*

L'article 4 du texte déferé posait diverses conditions à l'atteinte au secret des sources.

Cette atteinte ne pouvait ainsi être portée « *qu'à titre exceptionnel* » et seulement si la mesure envisagée était strictement nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi.

²¹ CEDH 27 novembre 2007, n°20477/05, *Tillack c/ Belgique*, § 65.

Par ailleurs, abandonnant la notion d'« *impératif prépondérant d'intérêt public* » aujourd'hui en vigueur, le texte déferé énumérait les infractions au nom desquelles il pouvait être porté atteinte au secret des sources, en distinguant les atteintes justifiées par la prévention d'une infraction et celles justifiées par sa répression.

En matière de crime, le texte déferé disposait qu'il pouvait être porté atteinte au secret des sources aux fins de prévention comme de répression.

En revanche, en matière délictuelle, le législateur avait tout d'abord limité les délits pour lesquels une atteinte au secret des sources pouvait être justifiée à ceux punis de sept ans d'emprisonnement et réprimant soit une atteinte à la personne humaine soit une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation soit des actes de terrorisme. En outre, lorsque l'atteinte au secret des sources était justifiée par la nécessité de réprimer un tel délit, non seulement ce délit devait être d'une particulière gravité mais soit l'atteinte devait être justifiée par la nécessité de faire cesser le délit, soit il devait exister un risque particulièrement élevé de renouvellement de celui-ci.

La substitution d'une liste de délits à la notion d'« *impératif prépondérant d'intérêt public* » avait déjà été envisagée dans un projet de loi en 2013 et avait fait l'objet de critiques de la part du Conseil d'État. Celui-ci avait formulé les observations suivantes dans son avis, publié dans son rapport d'activité 2014²² : « *En prévoyant qu'il ne peut être porté atteinte au secret des sources "que pour prévenir ou réprimer la commission, soit d'un crime soit d'un délit consistant en une atteinte grave à la personne" le projet écarte l'hypothèse que d'autres "impératifs prépondérants d'intérêt public", tels que ceux qu'énonce le 2 de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sécurité publique) et qui peuvent recouvrir la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la Nation ou d'autres exigences constitutionnelles, puissent être mis en balance avec la protection du secret des sources. Pour la définition des exceptions à cette protection, le Conseil d'État a jugé plus conforme au respect de ces exigences constitutionnelles de conserver dans la loi, où elle figure déjà depuis 2010, la référence aux "impératifs prépondérants d'intérêt public" ».*

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a focalisé son attention non sur l'existence d'une liste déterminée d'infractions pour lesquelles il peut être porté atteinte au secret des sources, mais sur les limites apportées par le législateur à la possibilité de porter atteinte au secret des sources aux fins de

²² CE, avis d'Assemblée générale, section de l'intérieur, n°387611 (p.263 du rapport d'activité de 2014).

répression de certains délits. Il a ainsi relevé que « *le législateur a prévu qu'il pouvait être porté atteinte au secret des sources pour réprimer certains délits sanctionnant des violences aux personnes ou des actes de terrorisme ou touchant aux intérêts fondamentaux de la Nation. Il a toutefois soumis cette atteinte à la condition que celle-ci soit justifiée par la nécessité de faire cesser le délit ou par l'existence d'un risque particulièrement élevé de renouvellement de celui-ci. Le législateur a donc subordonné en toute hypothèse l'atteinte au secret des sources, en matière délictuelle, à une exigence de prévention. Il a ainsi exclu qu'il soit porté atteinte à ce secret aux fins de répression d'un délit, quels que soient sa gravité, les circonstances de sa commission, les intérêts protégés ou l'impératif prépondérant d'intérêt public s'attachant à cette répression* » (paragr. 21).

En conséquence, en application du texte déferé, ce n'est qu'en matière criminelle qu'il pouvait être porté atteinte au secret des sources, aux fins d'en assurer la répression, indépendamment de toute considération de prévention. La répression de délits incriminant des atteintes graves aux personnes mais aussi de délits réprimant les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation ou les actes de terrorisme ne permettait ainsi en aucun cas de justifier, en elle-même, une atteinte au secret des sources. Ce faisant, l'atteinte portée par les dispositions contestées aux exigences inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation et à l'objectif de recherche des auteurs d'infraction et à la prévention des atteintes à l'ordre public était forte.

** Sur l'immunité pénale*

L'immunité pénale instituée par les dispositions contestées avait un champ large tant du point de vue des personnes couvertes que par les infractions visées.

Les personnes exonérées de responsabilité pénale étaient celles visées au paragraphe I de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 modifié. Le Conseil constitutionnel a relevé qu'étaient ainsi compris dans cette immunité les « *collaborateurs de la rédaction* », cette notion faisant l'objet d'une définition large : « *ces derniers sont définis comme les personnes qui, par leur fonction au sein de la rédaction dans une entreprise ou agence de presse ou dans une entreprise de communication au public en ligne ou audiovisuelle, sont amenées à prendre connaissance d'informations permettant de découvrir une source à travers la collecte, le traitement éditorial, la production ou la diffusion de ces mêmes informations* ». Le Conseil a également souligné qu'étaient ainsi protégées par cette immunité « *des personnes dont la profession ne présente qu'un lien indirect avec la diffusion d'informations au public* » (paragr. 22).

En ce qui concerne les infractions visées par l'immunité, des observations avaient également été formulées par le Conseil d'État dans son avis précité :

« Le Conseil d'État a modifié le IV ajouté à l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 par le projet, qui exonère le journaliste du délit de recel prévu par l'article 321-1 du code pénal lorsqu'il détient des documents provenant du délit de violation de secret professionnel ou de secret de l'enquête ou de l'instruction ou du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée. Cette irresponsabilité s'appliquerait au cas où la détention de tels documents par le journaliste serait "justifiée par l'exercice de sa mission d'information du public dans une société démocratique".

« Une telle formulation, beaucoup moins précise que les autres causes d'irresponsabilité édictées par le code pénal, méconnaît le principe de légalité de la définition des infractions. Le Conseil d'État n'a retenu, comme faits couverts par cette immunité, que ceux de recel de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction, qui ne se prêtent guère à l'appréciation nécessaire de la proportionnalité entre les moyens mis en œuvre et le but légitime poursuivi à l'occasion d'une atteinte au secret des sources ».

Le Conseil constitutionnel exerce toujours un contrôle renforcé sur les dispositions instaurant une immunité pénale, notamment pour s'assurer de sa conformité au principe d'égalité. En l'espèce, ce n'est pas au regard de ce principe que la décision commentée examine l'immunité instituée, mais au regard de ses effets sur les libertés, principes et objectifs constitutionnels protégés par les infractions pour lesquelles aurait joué désormais l'irresponsabilité pénale. Le Conseil constitutionnel a en effet relevé que cette immunité *« interdit par ailleurs des poursuites pour recel de violation du secret professionnel et pour atteinte à l'intimité de la vie privée, délits punis de cinq ans d'emprisonnement et visant à réprimer des comportements portant atteinte au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances. Elle interdit également les poursuites pour recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction, délit puni de la même peine et protégeant la présomption d'innocence et la recherche des auteurs d'infraction »* (paragr. 22).

Devant se livrer à un contrôle de la conciliation des différentes exigences constitutionnelles, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il résultait du cumul de ces éléments une conciliation déséquilibrée : *« Il résulte de tout ce qui précède que, par les dispositions de l'article 4, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances. Il n'a pas non plus assuré une conciliation équilibrée entre cette même liberté et les exigences inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle »* (paragr. 23).

En conséquence, dans la mesure où le dispositif prévu par l'article 4 de la loi déferée reposait sur un équilibre d'ensemble voulu par le législateur, le Conseil constitutionnel a censuré l'ensemble de cet article. Il a également censuré la référence qui y était faite à l'article 30, relatif à l'application outre-mer de la loi.

Du fait de cette censure, le secret des sources des journalistes demeure protégé par les dispositions actuelles de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881, issue de la loi du 4 janvier 2010.