



Lettre N°44 : 2011/1

## Au sommaire

Retour sur le principe de Neutralité du Net.....	2
Google suggest : à revoir ? .....	5
Notes .....	8
De l'évolution de l'encadrement des données à caractère personnel : initiative internationale et projets législatifs européens, français et américains.....	9
1) Panorama et calendrier des réformes engagées. ....	9
2) Du contenu nouveau de la protection. ....	11
3) De l'approche américaine. ....	13
Notes .....	15
Presse & justice : A propos de l'affaire Woerth-Bettencourt. ....	19
Introduction.....	19
La loi du 4 janvier 2010 sur la protection du secret des sources des journalistes.....	22
Présomption d'innocence et médias.....	35
Journaliste et secret des sources .....	38
Clôture.....	41

## Retour sur le principe de Neutralité du Net.

*Par Laurence Cour*

La neutralité actuelle de l'internet résulte de règles non écrites. Ce principe fait véritablement l'objet de débat depuis quelques mois en Europe avec notamment la révision du cadre communautaire relatif aux communications électroniques dont les nouveaux textes ont été publiés fin 2009, la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique, le colloque organisé par l'Arcep le 13 avril 2010, la publication de plusieurs rapports : rapport du gouvernement du 16 juillet 2010 « La neutralité de l'internet - Un atout pour le développement de l'économie numérique », rapport de l'Arcep de septembre 2010 « Neutralité de l'internet et des réseaux : propositions et orientations », la publication prochaine par la Commission européenne d'un livre vert.

Les termes du débat ne se posent pas de la même façon aux Etats-Unis – pays dans lequel a émergé ce principe - et en Europe. Si aux Etats-Unis, le marché se caractérise, en règle générale, par un duopole opérateur-câblo-opérateurs, en Europe le marché est plutôt concurrentiel grâce à la régulation mise en place au niveau communautaire et déclinée dans chaque Etat membre. En effet, des dispositions ont été adoptées au cours des dernières années en faveur des consommateurs, portant notamment sur la portabilité des numéros, la durée d'engagement ou encore les conditions de renouvellement de contrat. Ces dispositions contractuelles favorables aux consommateurs permettent à ce dernier de changer facilement d'opérateur dans l'hypothèse où un fournisseur d'accès à internet entrave l'accès à certains contenus.

Pour définir le principe de neutralité, il faut partir du postulat suivant lequel le réseau transporte des données par paquets sans tenir compte du contenu de ces paquets. Chaque utilisateur doit pouvoir accéder à travers les réseaux de communications électroniques à l'intégralité des contenus indépendamment de la personne qui les fournit dans des conditions transparentes et non-discriminatoires. Or, si une distinction avait lieu entre les données transportées, le principe même de la neutralité du réseau serait remis en cause et ouvrirait la voie à un réseau à plusieurs vitesses dans lequel des fournisseurs d'accès à internet pourraient donner une priorité à leurs propres services au détriment des services fournis par les opérateurs concurrents.

La problématique de la neutralité soulève naturellement la question de l'équilibre à trouver entre une absence totale de gestion de trafic qui conduirait à une dégradation des réseaux et une liberté totale dans la gestion du trafic, laquelle irait à l'encontre d'un Internet neutre et ouvert.

La question de la neutralité apparaît déjà en filigrane dans les articles L.33-1 et D. 95-5 du CPCE (code des postes et communications électroniques). L'article L.33-1 CPCE dispose que « l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont soumis au respect de règles portant sur : a) Les conditions de permanence, de qualité et de disponibilité du réseau et du service ; b) Les conditions de confidentialité et de neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications ». En outre, il est précisé à l'article D. 95-5 CPCE que « l'opérateur prend les mesures nécessaires pour garantir la neutralité de ses services vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau et le secret des correspondances. A cet effet, l'opérateur assure ses services sans discrimination quelle que soit la nature des messages transmis et prend les dispositions utiles pour assurer l'intégrité des messages ».

Toutefois, il convient de souligner que le champ d'application de la « neutralité du net » ne se limite pas au service d'accès à l'internet mais couvre l'ensemble des services de communications électroniques (rapport du gouvernement p. 36). Les dispositions précitées ne couvrent donc que partiellement la question de la neutralité du net.

A cette fin, l'autorité de régulation a identifié un ensemble de mesures pour assurer un fonctionnement efficace des réseaux. Pour l'essentiel, il s'agit de recommandations tenant à la liberté et à la qualité dans l'accès à l'internet, à la non-discrimination des flux dans l'accès à l'internet et à la transparence vis-à-vis des utilisateurs finals.

La régulation de la concurrence mise en place par l'ARCEP concourt déjà au respect de la neutralité du réseau. Sans une régulation sectorielle forte, il n'est pas inenvisageable qu'un acteur tire avantage de sa situation sur un marché donné pour favoriser ses services sur un autre marché au détriment de ses concurrents. Il appartient à l'ARCEP, mais aussi à l'Autorité de la concurrence de faire en sorte que l'internet reste un réseau ouvert en évitant par exemple qu'un opérateur ne favorise ses contenus, ses services ou applications de ses

partenaires par rapport à ceux des autres. L'article L. 34-8 CPCE relatif à l'interconnexion - bien que sans lien direct avec la neutralité de l'internet - pourrait constituer un cadre à la régulation de la neutralité. L'ARCEP envisage d'ailleurs un suivi du marché de l'interconnexion des données, lequel était jusque-là soumis au principe d'auto-régulation.

La transposition du nouveau cadre réglementaire des communications électroniques devrait étendre également les pouvoirs du régulateur en la matière. Les autorités de régulation nationale devront promouvoir la concurrence « en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission des contenus ». En outre, l'article 8.4g) précise que les autorités de régulation nationales devront « favoris[er] la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leurs choix ».

Le nouveau paquet télécoms élargit le pouvoir de règlement des différends des autorités de régulation nationale aux différends opposant un opérateur et un fournisseur de communication au public en ligne.

Enfin, l'ARCEP reprend dans son rapport la possibilité ouverte par le nouveau cadre réglementaire pour les fournisseurs d'accès à internet de mettre en place à titre résiduel de mesures de gestion de trafic à condition de respecter une série de critères : pertinence, proportionnalité, efficacité et non-discrimination. L'ARCEP prévoit d'assurer un suivi des pratiques de gestion de trafic mises en place par les opérateurs.

Dans cette perspective, de nouvelles obligations seront imposées aux opérateurs, lesquels devront faire preuve de transparence notamment par la publication d'informations portant sur la qualité du service, informer les utilisateurs des conditions limitant l'accès aux contenus.

Aux remèdes juridiques qui viennent d'être énoncés, une solution technique permettra de satisfaire aux nouveaux usages de l'Internet : le déploiement du très haut débit à propos duquel le législateur est intervenu par les lois de modernisation de l'économie (loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, publiée au Journal officiel du 5 août 2008) et de lutte contre la fracture numérique (loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009

relative à la lutte contre la fracture numérique, précitée) pour favoriser le développement de ces nouvelles infrastructures. Le coût de déploiement de ces nouveaux réseaux reste cependant très élevé. Ainsi, par exemple, dans les zones moyennement ou faiblement denses, la perspective de retour sur investissement freine souvent les opérateurs. Cette solution technique ne constitue pour l'instant qu'une solution encore imparfaite.

Si l'art de la régulation consiste à allier au mieux visibilité et prévisibilité. Il faut espérer que l'ARCEP arrive, à son échelle, à s'ériger en gardienne de la neutralité des réseaux. Toutefois, il convient de garder à l'esprit pour reprendre les termes de la Conférence de Tunis qui s'est tenue en 2005 que « la connectivité d'Internet n'étant pas limitée aux frontières nationales, la neutralité du Net est un principe qui peut être appliqué au niveau mondial et guider les réflexions sur la gouvernance d'internet ».

## **Google suggest : à revoir ?**

*Par Monsieur le Professeur Jérôme Huet*

Tout le monde (tous les internautes) connaît (ent) le service « Google Suggest », récemment mis à disposition par le célèbre moteur de recherche, qui consiste à suggérer à l'internaute au début de sa frappe de rechercher (ou les) mot(s) entier(s) possibles, c'est-à-dire pouvant correspondre à son souhait, cela en se fondant sur les recherches déjà faites par les autres (un algorithme calcule ces probabilités), ainsi que le service « Recherches associées », qui propose à l'internaute d'autres recherches possibles. Deux décisions légèrement différentes dans leurs solutions seront rapprochées dans ce commentaire : celle de la Cour de Paris du 9 septembre 2009, qui a requis de Google qu'il explique aux internautes comment cette aide à l'interrogation fonctionne, et celle du Tribunal de grande instance de Paris du 8 septembre 2010, qui condamne Google à supprimer les termes critiqués.

Dans la première espèce, celle ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de Paris du 9 septembre 2009, la société Direct Energie se plaignait de la suggestion de recherche « direct energie arnaque », apparaissant dès la frappe des premières lettres de son nom. La Cour, réformant la décision des premiers juges qui avaient obligé Google à la faire disparaître, lui demande

plus simplement d'informer les internautes sur la manière dont fonctionne le service « Google Suggest », ce que ce dernier a fait en postant un message « en savoir plus » sous la suggestion.

La Cour s'est fondée sur ce « qu'il ne peut être sérieusement soutenu que le rapprochement dans une même expression du nom d'une société avec le mot arnaque qui signifie escroquer, voler, du verbe harnacher : tromper pour voler, (autrement dit d'une expression qui associe un nom de société à un comportement pénalement répréhensible), ne porte pas atteinte à l'image et à la réputation de cette société » et « que contrairement à ce que soutient Google, l'utilisateur moyen du moteur de recherche ne sait pas "parfaitement que Google suggest ... ne propose que des requêtes tapées avant lui par d'autres internautes classés par ordre de popularité" », pour ordonner ce complément d'information.

Quant à lui, le Tribunal de grande instance de Paris, dans la seconde espèce, le 8 septembre 2010, statue sur la plainte d'un des dirigeants de la radio Skyrock qui avait été condamné auparavant pour corruption de mineure, à trois ans d'emprisonnement avec sursis. Il eut la désagréable surprise de voir, par l'effet du service « Google Suggest », son nom associé à « condamné », « satanisme », « prison », « violeur »... Il se heurta chez Google à un refus de faire en sorte qu'il n'en fut plus ainsi, le moteur de recherches invoquant le caractère purement automatique du fonctionnement du service, dès lors impossible à modifier, et les conséquences qu'aurait cette suppression en termes de liberté d'expression. Le Tribunal ne l'entendit pas de cette oreille, admit le caractère diffamatoire des propos incriminés et la responsabilité du « directeur de la publication » de Google sur le fondement de l'art. 93-3 de la loi de 1982 (responsabilité en cascade de l'audiovisuel, maintenu applicable à la communication numérique par l'art. 2 de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique), refusa d'admettre l'absence de « fixation préalable » des messages (ce qui est une cause de disculpation dans l'audiovisuel, prévue pour les émissions de plateau, où il est impossible au directeur de la publication d'empêcher quelqu'un de parler, et qui est étendu à la communication numérique), condamna le moteur de recherches à supprimer les suggestions en cause, sous astreinte, condamna Google à un euro de dommages intérêts (et pas plus, au motif que le service n'est un rien illicite en lui-même et que la médiatisation de l'événement n'est pas directement le fait de Google), et à 5000 euros d'art. 700 (frais).

Tout cela paraît banal et l'on comprend que l'intéressé se soit insurgé contre à l'atteinte à la personne à laquelle aboutit en l'espèce ce nouveau (et utile, et licite en soi, comme le dit la décision) service, alors qu'on aurait pu lui donner satisfaction tout en préservant son caractère automatique : il aurait suffi de mettre en filtres les mots en question pour qu'ils n'apparaissent plus. Certes, cela aurait rejailli sur d'autres requêtes, mais on pouvait difficilement faire autrement.

La décision traite assez heureusement de la diffamation (imputation d'un fait précis : on l'a déjà jugé pour « condamné », V. Crim. 15 novembre 1985, Legifrance, ça s'impose pour « violeur »...) ; et assez justement de la « fixation préalable » (les questions des internautes étant nécessairement répertoriés dans une base de données avant de devenir pour quelques unes des termes suggérés) ; mais ignore la discussion actuelle sur la possibilité pour la responsabilité civile d'intervenir dans le domaine de la répression pénale (or, la jurisprudence, après avoir été très évictive, V. Ass. plén. 12 juillet 2000, CCE 2000, comm. n° 108, note A. Lepage, a récemment évolué, V. Civ. 8 avril 2008, JCP. 2008. II. 10006, note E. Dreyer, CCE. 2008, comm. n° 139, note A. Lepage, qui laisse la responsabilité civile s'appliquer hors du domaine des infractions pénales de la loi du 1881 pour tout autre abus de la liberté d'expression ; adde, E. Dreyer, Responsabilité civile et pénale des médias, Litec 2008, n° 11 s.).

Mais, derrière ce cas d'espèce, leur quelques enseignements, et la décision plus clémente de la Cour de Paris, et, se dissimule une question plus importante, car plus générale : celle du droit à l'oubli (sur quoi, V. art. 6, 5°, et 24, 5°, de la loi du 6 janvier 1978, modifiée en 2004, sur la durée de conservation des données ou l'ancien art. 19 ; et « Pas de liberté sans droit à l'oubli dans la société numérique », Par Yann Padova, Secrétaire général de la CNIL, 27 novembre 2009 : « Les applications du Web 2.0, et notamment les réseaux sociaux, font exploser le nombre d'informations personnelles accessibles sans limitation de durée sur l'internet. Les photos de soirées arrosées ou de vacances en maillot de bain sont mises en ligne sur Facebook... », ; et, à propos de l'archivage, question proche, V. les recommandations de la CNIL, in Feral-Schuhl, Cyberdroit, Dalloz 2009-1010, n° 93-43 [1].).

Car le service « Google Suggest » risque d'y porter atteinte souvent si l'on n'y prend pas garde et l'on devrait y réfléchir, d'autant que ce droit pourrait bientôt avoir une portée

européenne (V . l'art. 6, 1°, d, de la directive du 24 octobre 1995, qui fait allusion à l'effacement et, plus généralement, cet article qui parle de finalité).

Car il est des choses que les individus n'aiment pas que les fonctionnalités de l'internet se plaisent à rappeler : condamné, pénal, race, religion, maladie... Lorsqu'une personne a purgé sa peine, et donc payé sa dette envers la société, est-il bon qu'un moteur de recherche redise (telles étaient les requêtes d'alors... et on se fonde sur elles, à défaut d'autre), « untel, condamné, au pénal... » comme il y quelques années ? La question se pose donc de la compatibilité entre « Google Suggest » et le droit à l'oubli, et même avec l'interdiction de traiter des données sensibles, hors l'autorisation de l'intéressé..

### Notes

**[1]** Adde, Fabrice Epelboin, le 3 février 2010, Droit à l'oubli : « la CNIL lance un site web et une mini série Dans le débat qui agite les institutions Française sur le droit à l'oubli, et qui a vu apparaître son lot de propositions fantaisistes et techniquement aberrantes, la CNIL vient de se positionner d'une façon qui semble particulièrement bien pensée. Le problème, pour la CNIL, doit être traité à la source, c'est-à-dire au niveau de ceux qui publieraient sur internet des informations qu'ils pourraient regretter un jour. La solution est simple, et rejoint les propositions que nous avons faites à la suite du séminaire organisé par Nathalie Kosciusko Morizet sur le Droit à l'oubli : l'éducation. C'est donc une pierre supplémentaire qui vient s'ajouter au dispositif de la CNIL à l'intention des jeunes : JePublieJeReflechis.net, un site d'information proposant 10 conseils avisés pour ne pas avoir, un jour, à regretter une trace laissée sur internet », internet **[2]** CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 23 mars 2006, *Google France c/ CNRRH, Pierre Alexis T., Bruno R., Sté Tiger*, disponible sur , RLDI 2006/16, n°470, note L. COSTE.



## **De l'évolution de l'encadrement des données à caractère personnel : initiative internationale et projets législatifs européens, français et américains.**

*Par Géraldine Criqui*

Il est fréquent d'entendre ces derniers mois, voire ces dernières années : « L'enjeu actuel de la protection des données personnelles est la mise en œuvre d'un instrument international contraignant ». De fait et pour être plus précis, cet enjeu a toujours été celui d'une protection qui vise, dès l'origine, l'informatique et ses développements futurs [1]. Cet enjeu se fait toutefois plus pressant et si la convention du Conseil de l'Europe, en 1981, anticipait l'évolution des techniques, les instruments de protection qui l'ont suivie, semblent marqués par un essoufflement eu égard au monde actuel, celui de l'avènement d'internet, monde dématérialisé et globalisé. Ce monde invite donc à une réforme, sur le fond comme sur la forme, de l'encadrement du traitement des données personnelles. Cette réforme est en marche et le présent article a pour but de présenter les différentes avancées en ce domaine, effectuées à plusieurs niveaux (international, régional, et national) (1) sans toutefois entrer dans une analyse complète du contenu de la protection et de ses enjeux nouveaux (2).

Ils sont complexes alors que la protection reflète nécessairement des choix de sociétés qui sont difficilement consentis par tous. Si des instruments internationaux existent, ils doivent devenir contraignants et transcender leur régionalisme. Les difficultés entourant les accords entre les Etats-Unis et l'Union Européenne sur le transfert de données bancaires et aériennes n'invitent pas à la sérénité et il faut aussi promouvoir une certaine idée de la protection, en Chine et en Inde qui se dotent également, d'instruments spécifiques [2] (3).

### **1) Panorama et calendrier des réformes engagées.**

- Résolution de Madrid.

Il y a un peu moins d'un an, en novembre 2009, les représentants de près de 80 autorités de protection des données personnelles adoptaient les premiers standards internationaux sur la protection des données personnelles et de la vie privée : un corpus commun historique,

non-contraignant, première et nécessaire étape du processus visant à l'élaboration d'un instrument international effectif.

- Révisions des directives communautaires 2002/58/CE et 1995/46/CE.

Au niveau communautaire, à la suite de la révision du paquet télécom et de sa directive sectorielle 2002/58/CE dite « directive vie privée et communications électroniques » [3], c'est au processus de révision de la directive communautaire de 1995 [4] relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de leurs données personnelles, d'entrer dans sa dernière ligne droite. Après la tenue d'une consultation publique au premier semestre 2009 [5], une proposition de révision était initialement prévue pour novembre 2010. La CNIL et ses homologues européens sont toutefois parvenus à reporter ce calendrier jugé précipité et irréaliste ; la commission européenne ne publiera donc qu'une simple communication en novembre, la proposition de révision étant reportée au deuxième semestre 2011.

- Proposition de loi modifiant la loi Informatique, fichiers et libertés française.

La modification de la loi Informatique, fichiers et libertés française est donc, d'ors et déjà, rendue nécessaire par la transposition des modifications apportées à la directive 2002/58/CE du paquet télécom. Celle-ci doit intervenir au plus tard le 25 mai 2011. Reprenant les lignes directrices du rapport d'information relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques des sénateurs M. Détraigne et Mme Escoffier [6], une proposition de loi a été adoptée en première lecture, par le Sénat le 23 mars 2010. Ce texte permet la transposition de la directive et s'inscrit, plus largement, dans le même esprit que les approches internationales et communautaires avec quelques oublis toutefois. Cependant, l'avenir de ce texte porté par des centristes, est incertain alors qu'un groupe de travail « Ump » baptisé « Ethique du numérique » a lui aussi émis un rapport en 2010, qui souligne davantage la problématique de l'authentification de l'identité des internautes [7].

## 2) Du contenu nouveau de la protection.

- Un pragmatisme nouveau.

Cette résolution internationale, ces révisions communautaires des directives 2002/58/CE et 1995/46/CE et cette proposition de loi française procèdent d'une même approche, issue de larges consultations faisant intervenir experts et professionnels. Une approche qui se caractérise, d'une part, par le respect des grands principes européens s'appliquant à tout traitement et le respect des droits garantis aux personnes, et qui, d'autre part, et de manière nouvelle, fait également preuve d'un heureux et nécessaire pragmatisme qui permet de renforcer et développer les dispositions permettant de garantir l'effectivité de ces principes et de ces droits. Les angles de ces dispositions nouvelles peuvent être synthétisés ainsi ; doivent être développés :

Une politique de confidentialité : qui s'entend comme le droit qu'a chacun à la confidentialité de ses données, droit qui se distingue du droit à la vie privée, et qui implique un devoir de confidentialité de la part du responsable et des personnes impliquées dans le traitement des données. [8]

Une politique de sécurité (informatique) : Tout traitement doit s'accompagner d'une véritable politique de sécurité qui doit prévenir toute violation de données à caractère personnel en garantissant, leur intégrité, leur confidentialité et leur accès. Toute faille de sécurité, doit sans délai être notifiée à l'autorité nationale compétente et à la personne concernée. Ces politiques de sécurité sont portées à la connaissance des autorités de protection nationales qui émettent des recommandations sur les meilleures pratiques [9].

Une politique d'« accountability » ou de responsabilisation : le responsable du traitement est tenu de mettre en place des mécanismes internes dont il répond, pour respecter ses obligations, comme, notamment donc, des mécanismes de sécurisation ou des mécanismes permettant de répondre aux demandes d'accès aux données à caractère personnel [10]. Il tient à la disposition des autorités nationales compétentes toute information sur ces procédures. Ce principe de responsabilisation des acteurs dans leur mise en œuvre des traitements et de visibilité des procédures fait défaut dans la proposition de loi française [11].

Une politique de mesures « proactive » ou dynamiques : un adjectif qui sous-tend une souplesse et donc une efficacité de ces mesures. Etats, autorités de protection, et responsables de traitements doivent développer : des procédures internes, des mesures techniques d'application de celles-ci, des audits transparents et des procédures de certification, des études d'impact, des lignes directrices, des codes de conduite contraignants, des réseaux de correspondants à la protection des données personnelles, et développer également l'usage de techniques adaptées aux finalités de la protection ce que l'on appelle en anglais, les Privacy by design ou Privacy Enhanced Technology [12]. Sur ce point, la proposition de loi française, même si elle rend obligatoire le CIL, n'apparaît pas assez réactive, ce qui est regrettable.

Une politique de judiciarisation des contentieux : la résolution de Madrid définit les conditions de la responsabilité du responsable du traitement et engage les états à promouvoir des mesures pour faciliter l'accès à un tribunal. La directive « vie privée et communications électroniques » telle que modifiée permet aux fournisseurs de services de communications électroniques protégeant leurs intérêts professionnels légitimes, dans le cas de communications non sollicitées reçues par leurs clients, d'engager des actions en justice. La proposition de loi française modifie le chapitre VIII de la loi Informatique, fichiers et libertés, qui s'intitule alors « Dispositions relatives aux actions juridictionnelles ». La section 1 « Dispositions pénales » est complétée par une nouvelle section 2, « Dispositions civiles », qui crée, au bénéfice de la personne concernée par le traitement, un choix de compétence territoriale. Par ailleurs, les pouvoirs d'action de la CNIL sont renforcés quelque soit la nature de l'instance, civile, pénale ou administrative. [13]

- Un nouvel équilibre à trouver.

Les concepts-clefs de la protection [14] sont donc réaffirmés tout en étant questionnés par ce nécessaire souci d'efficacité des mesures mise en œuvre. On s'interroge ainsi sur les notions de « transparence » et de « consentement » alors que cette exigence de consentement est renforcée dans l'ensemble des réformes entreprises [15]. La lutte contre la publicité ciblée est au cœur des débats et a ainsi motivé une nouvelle formulation des prescriptions de la directive « vie privée et communications électroniques » ; l'usage d'un témoin de connexion, tel un cookie, n'est permis qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur

ait donné son accord [16] et ce dans le cadre d'une procédure qui doit rester la plus « conviviale » possible [17].

Les entreprises, dans le cadre de la révision de la directive de 1995/46/CE, estiment par ailleurs, que le poids bureaucratique de la protection est devenu disproportionné et militent pour une définition pragmatique de la donnée à caractère personnel qui prendrait en compte le « risque » pour la personne [18]. Cette politique nouvelle qui invite à repenser la protection en termes de résultats, est déstabilisante pour la conception française de la protection, en témoigne cette réticence à introduire l'usage de procédés techniques pour contraindre le responsable du traitement.

Un équilibre doit donc être trouvé qui maintienne une approche conceptuelle de cette protection qui vise des droits fondamentaux, gage de sa pérennité et de son universalisme tout en renforçant concrètement son efficacité. A ce titre, et par exemple, cet équilibre semble rompu par la proposition de loi française qui, guidée par ce souci d'efficacité de la loi, établit que l'adresse IP est une donnée à caractère personnel ; cela fige une notion qui ne peut l'être ce qui préjudicie à la protection [19].

Cette recherche d'équilibre et cette nécessité d'un instrument universel est confrontée aux exigences américaines, en matière de sécurité et de lutte contre le terrorisme.

### **3) De l'approche américaine.**

- Des négociations difficiles.

A cette fin, en effet, plusieurs instruments ont été créés ces dernières années pour encadrer les transferts de données à caractère personnel entre les Etats-Unis et l'Union Européenne. L'année 2010 a été marquée par leur renégociation, qui ne s'est pas faite sans difficultés.

- Un nouvel accord « SWIFT ».

Ainsi un nouvel accord encadrant les transferts de données bancaires pour lutter contre le terrorisme ou accord « Swift », du nom d'une coopérative de 8000 banques internationales mettant à disposition des renseignements bruts, a été difficilement voté par le parlement européen [20]. Il est entré en vigueur 1er août 2010. Les autorités de protection des

données restent sceptiques quant à son contenu alors que notamment, les principes européens de limitation de la durée de conservation et de la finalité de l'usage des données, ne sont pas repris et qu'il semble difficile à la personne concernée d'exercer ses droits [21].

- Un nouvel accord « PNR » à venir.

De même la renégociation de l'accord dit « PNR » pour « Passenger Name Records » qui encadre les transferts de dossiers sur les passagers, entre les compagnies aériennes européennes et les autorités américaines, est en cours. Après un accord temporaire, un accord définitif avait été signé en 2007, permettant de réduire de trente-quatre à dix-neuf, le nombre d'informations sur chaque passager transmises au service des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure [22]. Cet accord, restait toutefois source d'inquiétudes alors que les durées de conservation s'avéraient longues, l'usage de données sensibles dans des circonstances exceptionnelles possible et qu'il n'était pas juridiquement contraignant [23]. Le 3 mars 2010, les députés européens ont préféré reporter le vote d'un nouvel accord afin que la commission présente son projet de « paquet PNR », qui établit une approche unique pour le transfert des données vers les pays tiers ; un paquet nécessaire alors que des pays comme la Chine, l'Inde et la Corée souhaitent, eux aussi conclure un accord de ce type [24]. Ce paquet pourrait être prêt vers la fin de l'automne [25].

- Un accord « cadre » en matière de coopération policière entre l'Union Européenne et les Etats-Unis.

De plus, si l'on pouvait souligner en 2007, l'affaiblissement de la capacité de négociation au plan international des institutions européennes eu égard à la structure en piliers de l'Union [26], cette difficulté est dépassée en 2010 avec l'adoption du traité de Lisbonne [27], qui autorise une approche horizontale de la protection des données personnelles traitées par des autorités étatiques. La Commission européenne a alors adopté, en avril de cette année, un projet de mandat pour la négociation d'un accord [28]. que l'on pourrait qualifier d'accord-cadre, entre l'Union Européenne et les Etats-Unis relatif à la protection des données à caractère personnel dans le cadre de leur coopération dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité. L'idée est celle d'un cadre légal général et contraignant qui s'appliqueraient à tout accord entre l'Union et les Etats-Unis ; un accord « qui garantirait la

sauvegarde des libertés et droits fondamentaux des personnes -et dont- le respect serait contrôlé par des autorités publiques indépendantes de part et d'autre de l'Atlantique [29] ». Une consultation publique sur ce projet d'accord a été organisée au 1er trimestre 2010. Elle révèle les difficultés historiques et culturelles qu'il reste à surmonter alors que beaucoup s'interrogent sur le rapport de forces entre l'efficacité de ces collectes de données à des fins de prévention du terrorisme et leurs risques pour la vie privée de chacun [30].

- Une proposition de loi fédérale.

Par ailleurs, et pour la première fois depuis des années, un projet de proposition de loi fédérale sur la protection des données personnelles a été publié au mois de mai dernier [31]. Il devrait être présenté à la Chambre des représentants en septembre. Il vise principalement l'usage des données personnelles des consommateurs de l'internet, à des fins de publicité ciblée ou de suivi comportemental et ne concerne pas la collecte d'informations opérée par une agence gouvernementale [32]. Il reprend les principes européens d'information préalable de la personne concernée et du recueil de son consentement [33]. La CNIL précise toutefois, que les chances que ce projet aboutisse sont minces alors que les professionnels y sont hostiles et que les dispositions du Patriot Act, permettant un large accès aux données, limitent sa portée [34].

## Notes

**[1]** "Les auteurs de la Convention du Conseil de l'Europe avait conscience de la nécessité d'une réglementation universelle en ayant associé aux travaux d'élaboration du texte des Etats tiers et opté dès son adoption pour une Convention ouverte aux Etats non membres de l'organisation" WALTER J.P., préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, suppléant (Suisse), extrait de son discours prononcé à Madrid, en novembre 2009 à la 31ème conférence des commissaires à la protection des données et à la vie privée. La convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel ou STE 108 date du 28 janvier 1981.

**[2]** V. KUNER Christopher European Data Protection Law, Oxford University Press, 2ème édition, 2007, préface p.x.

**[3]** Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 (JORF du 31.7.2002, L201/37-47) telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 (JORF du 18.12.2009, L337/11-36)

**[4]** Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 (JORF du 23.11.95, L281/31-50)

[5] [http://ec.europa.eu/home-affairs/news/consulting\\_public/consulting\\_0003\\_en.htm](http://ec.europa.eu/home-affairs/news/consulting_public/consulting_0003_en.htm)

[6] Rapport d'information relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques, par les sénateurs M.Yves Detraigne et Mme Anne-Marie Escoffier, Sénat n°441, séance du 27 mai 2009.

[7] Rapport du groupe de travail « Ethique du numérique », Vive internet ! Liberté et règles dans le monde numérique, 31 mai 2010.

[8] V. : Résolution de Madrid, article 21 Devoir de confidentialité (Confidentiality duty) ; article 1er, paragraphe 1, Dir. 2002/58/CE telle que modifiée par la dir. 2009/136/CE.

[9] V. : Résolution de Madrid, article 20 « Mesures de sécurité » (Security measure) ; article 4 Sécurité du traitement, Dir. 2002/58/CE telle que modifiée par la dir. 2009/136/CE ; consultation dans le cadre de la révision de la directive 95/46, contribution du G29 qui prône l'introduction d'une notification générale de faille de sécurité ; Article 7 modifiant l'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, proposition de loi, Sénat n°81. Il est à noter que ce devoir de notification existe déjà en Allemagne. La législation spéciale de protection des données autrichienne vient, pour sa part, d'être modifiée en ce sens en 2009, la modification plus importante intervenue depuis sa création en 2000 ; à partir de 2012 le système de notification des failles de sécurité, devrait être entièrement automatisé.

[10] Il est à noter que des critères se dégagent quant au mécanisme interne à mettre en place pour répondre à l'obligation d'information et d'accès de la personne concernée, dans le cas d'un service de communication au public en ligne : ces informations doivent faire l'objet d'une rubrique qui leur est propre, facilement identifiable et donc facilement accessible et dont le contenu est clair. Résolution de Madrid, article 10 Principe de transparence ; Article 6 modifiant l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, proposition de loi, Sénat n°81.

[11] V. : Résolution de Madrid, article 11 Principe de 'responsabilisation (Accountability) ; article 15, nouveau paragraphe 1er ter, Dir. 2002/58/CE telle que modifiée par la dir. 2009/136/CE ; consultation dans le cadre de la révision de la directive 95/46, contribution du G29, p.3.

[12] V. : Résolution de Madrid, article 22 Mesures dynamiques (Proactive measures) ; article 4, paragraphes 4 et 5, Dir. 2002/58/CE telle que modifiée par la dir. 2009/136/CE pour ce type de mesures en matière de sécurisation de traitements intervenant dans le cadre des communications électroniques ; consultation dans le cadre de la révision de la directive 95/46, contribution du G29, p.19.

[13] Résolution de Madrid, article 23 Contrôle (monitoring) et article 25 Responsabilité (Liability) ; article 13, nouveau paragraphe 6, Dir. 2002/58/CE telle que modifiée par la dir. 2009/136/CE ; Article 13 modifiant le chapitre VIII de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, proposition de loi, Sénat n°81.



**[14]** Cf. les principes de loyauté, de finalité, de proportionnalité, de qualité des informations conservées, de transparence et d'information, de légitimité du traitement (consentement requis), de l'encadrement spécifique des données sensibles et la garantie de droits à la personne concernée (accès, rectification, opposition).

**[15]** Résolution de Madrid, article 12 1.a. ; article 5, nouveau paragraphe 3 et article 6, nouveau paragraphe 3, Dir. 2002/58/CE telle que modifiée par la dir. 2009/136/CE ; Article 6 modifiant l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, proposition de loi, Sénat n°81.

**[16]** V. l'analyse de Gaëtan CORDIER, « Focus sur la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques : optons pour une interprétation pragmatique de l'utilisation des cookies ? », RLDI, n°57, février 2010 p.77.

**[17]** Directive 2009/136/CE, JOUE 18.12.2009, L337/20, considérant n°66.

**[18]** V. : Consultation dans le cadre de la révision de la directive 95/46, contribution du Forum Européen des correspondants à la protection des données et des juristes dédiés à cette tâche dans les entreprises (EPOF, the European Privacy Officers forum), p.1 et 2.

**[19]** V. : Article 2, Proposition de loi, adoptée par le Sénat visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique, Sénat, texte n°81.

**[20]** Un premier projet d'accord a d'abord fait l'objet d'un vote négatif au parlement européen, le 11 février 2010, les députés jugeant les garanties de l'accord quant à la protection des données insuffisantes. L'accord, modifié, a finalement été voté le 7 juillet 2010 et est entré en vigueur le 1er Août 2010.

**[21]** V. : CNIL, « Nouvel accord SWIFT : les autorités de protection des données restent sceptiques », actualité du 27 juillet 2010 disponible sur le site de la CNIL à cette adresse : <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/nouvel-accord-swift-les-autorites-de-protection-des-donnees-restent-sceptiques/> ; Groupe de l'article 29, communiqué de presse du 28 juin 2010 « EU-US TFTP agreement not in line with privacy legislation European Data Protection Authorities not satisfied with safeguards in EU-US financial agreement », disponible à cette adresse : [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/news/docs/pr\\_25\\_06\\_10\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/news/docs/pr_25_06_10_en.pdf)

**[22]** ACCORD entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au ministère américain de la sécurité intérieure (DHS) (Accord PNR 2007), JOUE du 4/08/2007, L 204/18 -25.

**[23]** Le respect de l'accord reste fondé sur des lettres d'assurance susceptibles d'être modifiées à tout moment.

**[24]** Voir sur le blog, « EU-Logos », « Vers la fin d'une guerre de plusieurs années sur l'accès au contenu des données PNR : les députés européens proposent d'encadrer solidement l'ensemble des transferts des données PNR vers l'ensemble des pays-tiers qui le demandent » posté par if5422 le 5 mars 2010, article disponible à cette adresse : <http://eulogos.blogactiv.eu/2010/03/05/vers-la-fin-d%E2%80%99une-guerre-de-plusieurs-annees-sur-l%E2%80%99acces-aux-contenus-des-donnees-pnr-les-deputes-europeens-proposent-d%E2%80%99encadrer-solidement-l%E2%80%99ensemble-des-transferts/>

**[25]** Ibid.

**[26]** KHEYARI K., « Les données personnelles dans les transports aériens vers les Etats-Unis », article mis en ligne sur le site du CEJEM, le 6 mars 2007.

**[27]** Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JOUE 2007/C306/01.

**[28]** Le futur accord aura pour fondement les articles 16 et 216 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

**[29]** Communiqué de presse de la Commission européenne en date du 26 mai 2010, « La commission européenne entend faire adopter des normes élevées en matière de respect de la vie privée dans un accord UE-Etats-Unis relatif à la protection des données », disponible à cette adresse : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/609&format=HTML&aged=0>

**[30]** V. le questionnaire de la consultation et le contenu des contributions à cette adresse : [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_0005\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0005_en.htm)

**[31]** Le « Pivacy draft » est disponible à cette adresse : [http://www.boucher.house.gov/images/stories/Privacy\\_Draft\\_5-10.pdf](http://www.boucher.house.gov/images/stories/Privacy_Draft_5-10.pdf)

**[32]** V. projet de proposition de loi, p.2

**[33]** V. projet de proposition de loi, p.8

**[34]** V. actualité sur le site de la CNIL : « Une proposition de loi fédérale sur la protection de la vie privée aux Etats-Unis », en date du 13 juillet 2010. Disponible à cette adresse : <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article//une-proposition-de-loi-federale-sur-la-protection-de-la-vie-privee-aux-etats-unis/>

## Presse & justice : A propos de l'affaire Woerth-Bettencourt.

*Compte rendu de la conférence du 18 novembre 2010*

Conférence organisée par le CEJEM, le master 2 droit du multimédia et de l'informatique et le master 2 droit de la communication.



### Introduction

*Par Monsieur le Professeur Emmanuel Derieux, Université Paris 2 Panthéon-Assas*



Il y a une multiplicité des problèmes juridiques soulevés par cette « affaire Woerth-Bettencourt » qui a occupé une grande place dans les médias depuis quelques mois. La fonction de ce propos introductif est de préciser certaines questions juridiques relatives au droit des médias ou aux règles déontologiques des journalistes. Beaucoup de choses ont été formulées, des accusations ont été portées, sont-elles toutes justifiées?

La liberté d'expression et d'informer n'est pas absolue, et le juge se doit de sanctionner les abus. Les journalistes doivent informer, mais la justice doit rappeler chacun à son rôle pour que l'ordre social ou des intérêts individuels ne soient pas menacés par des abus. Cela ne devrait donner lieu qu'à des contrôles judiciaires, et toujours en utilisant les voies légales.

La tutelle médiatique de la justice, la tutelle judiciaire des médias, on peut jouer sur ces mots car presse et justice exercent l'une sur l'autre un contrôle réciproque.

Considérée ici du seul point de vue du droit des médias, l'« affaire Woerth-Bettencourt » montre que, dans une société démocratique, presse et justice exercent, l'une sur l'autre, un utile pouvoir de tutelle et de contrôle réciproques. Des pouvoirs qui, afin que le respect des droits et des libertés de

tous soit assuré, doivent nécessairement être l'objet d'un encadrement juridique en dehors duquel il n'y aurait, du fait de l'une ou de l'autre ou de l'interférence de tiers, que risques d'abus de pouvoir.

## I. Tutelle médiatique de la justice

La tutelle médiatique de la justice existe au nom de la liberté d'informer, de la liberté de la presse. Exercer une sorte de tutelle sur la justice fait partie du travail de la presse mais cette tutelle doit rester dans son rôle et ne pas l'outrepasser. Il n'y a pas de liberté sans limite.

### A. Liberté de la tutelle médiatique de la justice

Le principe de la liberté d'expression est un des principes fondamentaux en droit, tout comme celui du droit du public à l'information, et a été consacré au plus haut niveau national et international. Il a valeur constitutionnelle et conventionnelle. À maintes reprises, y compris à l'encontre de la France, la Cour Européenne des droits de l'homme a consacré ce principe de liberté de communication.

### B. Limites de la tutelle médiatique de la justice

Il existe un principe qui est celui du secret de l'instruction : les journalistes doivent accepter de respecter certains principes, comme aussi celui de la présomption d'innocence. Il faut que chacun reste dans sa fonction. Pour éviter les abus à la liberté d'expression, des limites sont nécessaires. Les journalistes ne doivent donc pas confondre leur rôle avec ceux des policiers et des juges.

Le rôle de la presse consiste à informer et enquêter mais elle ne doit pas se laisser manipuler par certaines sources. Certains journalistes se protègent derrière le secret de sources. Certaines de ces limites, qui sont déterminées par la loi du 29 juillet 1881, par le Code Pénal et le Code de Procédure Pénale, permettent notamment d'assurer le respect du principe de la présomption d'innocence.

## II. Tutelle judiciaire des médias

### A. Limites de la tutelle judiciaire des médias

#### 1) Limites spécifiques

C'est la question de la protection des sources. L'affirmation, par l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 (introduit par la loi du 4 janvier 2010), du principe d'un tel droit au « *secret des sources des journalistes* », comporte cependant une possible limite, « *si un impératif prépondérant d'intérêt*

*public le justifie* ». Cette formule est reprise de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. On peut par exemple imaginer la prévention du terrorisme comme constituant un tel impératif prépondérant, qui pourrait expliquer que certaines limites soient posées à la tutelle judiciaire des médias. La loi de juillet 1991, relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques contient des éléments d'identification de ce qui pourrait être considéré comme un « *impératif prépondérant d'intérêt public* » (« *sécurité nationale, prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées* »).

Un certain nombre de motifs sont posés par les textes qui déterminent le principe de la protection de sources : ce qui est protégé c'est la source d'information, que l'on doit distinguer du contenu de l'information fournie par la source. Les journalistes n'ont pas forcément pris conscience du fait qu'il y avait des moyens de contourner ce principe, notamment par les perquisitions.

Pour que les journalistes puissent se prévaloir de ce droit au secret professionnel, encore faut-il être un professionnel. Une profession implique beaucoup de conditions d'exercice, qu'on ne constate pas forcément dans le journalisme, comme la formation à une profession, le respect de règles de conduite et une organisation spécifique.

Le risque lié à cette protection de sources est que certains journalistes, se retranchant derrière un tel droit, peuvent manipuler l'information ou être manipulés par leurs informateurs qui, s'ils communiquent des informations aux journalistes, en attendent probablement quelque chose.

Cependant la violation du secret des sources, ce n'est pas une infraction sanctionnée par le Code Pénal. Une action pénale engagée sur ce seul fait ne peut aboutir.

## 2) Limites générales

On peut citer des principes plus généraux comme l'interdiction de la violation du secret des correspondances ou le droit au respect de la vie privée et d'autres dispositions pénales que les journalistes se doivent de respecter. Par exemple, quant au dépôt de plainte par Le Monde, selon M. Derieux, il aurait peut-être fallu requalifier d'autres infractions plutôt que celle de violation du secret des sources, comme par exemple la violation du secret des correspondances.

### B. Liberté de la tutelle judiciaire des médias

Le juge se doit de contrôler et sanctionner les manquements que certains journalistes pourraient commettre. S'il y a une violation du secret de la vie privée, comme un enregistrement effectué et diffusé sans le consentement de la personne, ou la violation du secret de l'enquête et de l'instruction. Il y a encore la sanction des diffamations qui peuvent être commises par les

journalistes. Ces éléments justifient que la justice, en suivant les textes, exerce un pouvoir de tutelle des médias, qui peuvent être complices, receleurs de faits de violations...

## La loi du 4 janvier 2010 sur la protection du secret des sources des journalistes

Par Vincent Fauchoux, Avocat Associé, Cabinet DEPRESZ, GUIGNOT & ASSOCIÉS (DDG)



### I. Introduction

#### A. Le droit antérieur à la loi du 4 janvier 2010

Le droit antérieur à la loi du 4 janvier 2010 n'assurait qu'une protection partielle de ce secret. La loi du 4 janvier 1993 dite « *Loi Vauzelle* » n'avait pas érigé le principe de la protection du secret des sources journalistiques comme règle générale : en effet, l'article 109 du Code de Procédure Pénale reconnaissait aux journalistes entendus comme témoins par un juge d'instruction un droit au silence, cas étendus par la pratique à l'ensemble de la procédure pénale.

De plus, l'article 56-2 du même code précisait le régime applicable aux perquisitions dans les locaux des entreprises de presse ou de communication audiovisuelle, prévoyant d'une part qu'elles ne pouvaient être effectuées que par un magistrat, et d'autre part que le juge d'instruction, en cas d'ouverture d'une information judiciaire, ou le procureur de la République, dans le cadre d'une enquête préliminaire, sont chargés de veiller à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au « *libre exercice de la profession de journaliste* » et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information.

Les perquisitions effectuées dans les rédactions, le matin de bonne heure, étaient considérées comme licites.

Le droit antérieur présentait un certain nombre de limites. En effet, d'une part, des garanties limitées dans l'espace, car n'étaient concernées que les perquisitions dans les entreprises de presse et de communication audiovisuelle, à l'exclusion des locaux des agences de presse, des agences de communication en ligne et du domicile et véhicule des journalistes, alors que ces derniers sont de plus en plus amenés à travailler chez eux ou de façon nomade.

D'autre part, des perquisitions « *sans assistance* »: les journalistes n'étant pas organisés en ordre professionnel, ils ne bénéficient pas d'une protection similaire à celle accordée, par exemple, aux avocats par l'article 56-1 du CPP, qui prévoit la présence du bâtonnier de l'ordre.

Enfin, des réquisitions technologiques « *musclées* », la loi du 9 mars 2004 (Perben II) instituant au profit des officiers de police judiciaire un droit de réquisition de documents intéressant l'enquête issu d'un système informatique. Ce droit de perquisition pouvait constituer un moyen efficace de contournement du droit au silence des journalistes même si la remise des documents demandés ne pouvait intervenir qu'avec l'accord des journalistes.

L'objectif de la loi du 4 janvier 2010 était à la fois celui de corriger ces imperfections de notre droit et celui de préserver un bon équilibre entre liberté de la presse et efficacité des investigations judiciaires. Cet objectif était d'autant plus impérieux que le droit européen contraignait le législateur français.

Le respect du principe de la protection des sources sanctionné par la CEDH sur le fondement de l'article 10 de la Convention de Sauvegarde a été « *l'aiguillon* » du législateur français. L'article 10 dispose en effet que « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...).L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalité, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la Loi qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.* »

#### B. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

La Cour Européenne s'est progressivement posée en gardienne sourcilleuse de la protection des sources des journalistes au travers de trois décisions emblématiques.

- L'arrêt « *Goodwin c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne* » du 27 mars 1996, sur la question des injonctions

Goodwin était un journaliste anglais qui publiait des informations sur les difficultés financières d'une entreprise (TETRA). A la suite d'un vol du plan de restructuration interne de l'entreprise, TETRA obtint une injonction à l'encontre de tous les journaux britanniques. La Cour affirme dans son arrêt

que « *la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse* », 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. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde » et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie* » et qu'en conséquence, les journalistes sont fondés à ne pas révéler leurs sources à l'autorité judiciaire, sauf à ce que celle-ci justifie d'un « *impératif prépondérant d'intérêt public* ».

L'obligation de révéler les sources violait l'article 10 car elle était disproportionnée par rapport au but poursuivi. À la suite de cet arrêt, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté en mars 2000 une recommandation invitant les États membres à « *prévoir une protection explicite et claire du droit des journalistes de ne pas divulguer les informations identifiant une source* », sauf en présence d'un tel impératif.

- L'arrêt « *Fressoz et Roire c/ France* » du 21 janvier 1999 (arrêt dit du « *Canard Enchaîné* ») sur la question de la reproduction des supports d'information

En septembre 1989, Peugeot connaît un grave conflit social, relatif à des hausses de salaire réclamées par le personnel. Le Canard Enchaîné publie alors un article de M. Claude Roire détaillant l'évolution du salaire de M. Jacques Calvet, à partir de photocopies de ses avis d'imposition de 1986 à 1988. L'article titré « *Calvet met un turbo sur son salaire* » mettait en évidence une augmentation des sommes perçues par M. Calvet de 45,9% sur deux ans. En octobre 1989, M. Calvet porte plainte contre X., avec constitution de partie civile. Le ministre du budget se joint à la procédure, soutenue par le parquet, en portant plainte pour soustraction de documents administratifs et violation du secret professionnel. En mars 1991, M. Claude Roire, journaliste, et M. Roger Fressoz, directeur de la publication du Canard Enchaîné, sont inculpés.

Par arrêt du 10 mars 1993, la Cour d'appel de Paris déclare MM. Roire et Fressoz coupables du délit de recel de photocopies provenant d'une violation du secret professionnel par un fonctionnaire des impôts non identifié. Après épuisement des recours internes, MM. Fressoz et Roire se tournent alors vers la Cour Européenne des droits de l'Homme.

La Cour Européenne relève notamment dans son arrêt que l'information diffusée soulevait une question d'intérêt général : il s'agissait d'un conflit social largement évoqué par la presse, au sein de l'une des principales firmes automobiles françaises. Elle relève également que « *la condamnation des*



*requérants pour avoir simplement publié le support (...) ne saurait être justifiée au regard de l'article 10 », que cet article 10 de la Convention « laisse aux journalistes le soin de décider s'il est nécessaire ou non de reproduire le support de leurs informations pour en asseoir la crédibilité. » et enfin que cet article 10 « protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général, dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations fiables et précises dans le respect de l'éthique journalistique ».*

Constatant que la publication d'une photocopie de l'avis d'imposition de Jacques Calvet servait « non seulement l'objet, mais aussi la crédibilité des informations communiquées », la Cour conclut, pour retenir une violation de l'article 10, que « la condamnation des journalistes ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse ».

- L'affaire « *Roemen et Schmit c/ Luxembourg* » du 25 février 2003 sur la question des perquisitions.

Dans un article paru dans le *Lëtzebuerger Journal*, Robert Roemen rapportait la condamnation pour fraude fiscale d'un ministre luxembourgeois. Cette information reposait sur un document internet provenant du « *service de l'enregistrement et des domaines* » luxembourgeois. Le ministre déposa une plainte pénale et une enquête fut ouverte afin d'identifier le(s) fonctionnaire(s) impliqué(s) dans le traitement du dossier et auteur(s) de la violation du secret professionnel. Des perquisitions furent diligentées au domicile du journaliste et sur son lieu de travail et à l'étude de l'avocate du journaliste (Me Schmit). Après l'épuisement de toutes les voies de recours nationales, Roemen et Schmit ont introduit une requête devant la CEDH.

La Cour a jugé que, dans la mesure où l'article débattait d'un sujet d'intérêt général, les ingérences constituées par les perquisitions n'auraient pu se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elles s'étaient justifiées par un « *impératif prépondérant d'intérêt public* » ; qu'en l'espèce, les autorités luxembourgeoises n'avaient pas démontré que la balance des intérêts en présence avait été préservée alors même que le mandat de perquisition conférait aux enquêteurs des pouvoirs d'investigation très larges pour surprendre un journaliste sur son lieu de travail et leur donner accès à tous les documents en sa possession, et donc que les motifs invoqués par les autorités luxembourgeoises ne pouvaient être considérés comme suffisants pour justifier les perquisitions effectuées au domicile et sur le lieu de travail du journaliste ; que la perquisition effectuée au cabinet de Me Schmit constituait également une atteinte à la protection des sources du journaliste par l'intermédiaire de son avocate (notion d'atteinte indirecte) et, en conclusion, que ces

mesures d'investigation litigieuses étaient donc disproportionnées et ont violé le droit de Roemen à la liberté d'expression découlant de l'article 10 de la Convention.

II. Analyse de la loi du 4 janvier 2010 sur la protection du secret des sources des journalistes

A. La consécration du principe de la protection du secret des sources des journalistes (Art. 1, 1<sup>er</sup> alinéa) : un principe « rayonnant »

« Art. 2.-Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public. » L'article 1 de la Loi du 4 janvier 2010 complète la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse par ce nouvel article 2 afin d'y inscrire de manière solennelle le principe de la protection du secret des sources des journalistes contre toute atteinte directe et indirecte; principe qui reçoit ainsi une pleine consécration législative dans un texte emblématique, soulignant son caractère de direct corollaire de la liberté d'information.

La première rédaction du texte énonçait la justification de ce principe : « *permettre l'information du public sur des questions d'intérêt général* ». Le Sénat a modifié cette rédaction, le secret des sources des journalistes étant désormais « *protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public* » (l'acte journalistique en lui-même étant d'intérêt général).

La modification de cette notion ne confère aucune immunité au journaliste qui demeure responsable de ce qu'il écrit ou énonce (diffamation, atteinte à la vie privée, etc.) et ne pourrait invoquer le secret des sources dans le cas où il s'exprimerait en dehors de tout cadre professionnel.

Le législateur entend assurer une meilleure protection du secret des sources mais sans déresponsabilisation des journalistes. Ce secret ne dispense pas le journaliste de recouper et vérifier ses informations. « *La reconnaissance du secret des sources empêche de décider des mesures d'investigation pour découvrir les sources d'un journaliste. Mais elle n'interdit évidemment pas de poursuivre un journaliste pour diffamation, atteinte à la vie privée, violation du secret de la défense nationale ou non-dénonciation de crime...* » (F.-N. Buffet, rapp.).

La source elle-même ne bénéficie d'aucune immunité et peut parfaitement se rendre coupable d'un délit (violation du secret d'instruction, d'un secret professionnel, vol ou recel de documents, abus de confiance, etc.)

B. Deux nouvelles définitions autonomes : celle du « journaliste » et celle de « l'atteinte indirecte » au secret des sources

Cette nouvelle définition extensive du journaliste (article 1 – 2<sup>ème</sup> alinéa) répond à une logique pénale et non à une logique sociale ou de propriété intellectuelle. Cet article dispose qu'« est considérée comme journaliste au sens du premier alinéa toute personne qui, exerçant sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou une ou plusieurs agences de presse, y pratique, à titre régulier et rétribué, le recueil d'informations et leur diffusion au public. »

Cette définition se distingue de celle de l'article L.7111-3 du Code du Travail qui dispose qu'« est journaliste professionnel toute personne qui a pour activité principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, publications quotidiennes et périodiques ou agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources. »

On trouve ainsi trois critères de cette nouvelle définition autonome du journaliste : tout d'abord *la nature de l'activité*, qui couvre la pratique du recueil et de la diffusion d'informations au public, ce qui permet d'inclure le directeur de publication qui n'est pas nécessairement un journaliste au sens du droit du travail, mais qui est responsable sur un plan pénal. Elle recouvre aussi les correspondants de presse et les journalistes d'investigation publiant des ouvrages et tirant l'essentiel de leurs revenus de leurs droits d'auteur.

Ensuite, le critère de *l'importance de l'activité* : l'exercice de la profession de journaliste doit être « pratiqué à titre régulier et rétribué » (est exclu celui qui n'exerce cette activité qu'occasionnellement ou à titre bénévole).

Enfin, le troisième critère est celui du *lieu de l'activité* : le journaliste doit exercer son activité dans une ou plusieurs « entreprises de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou une ou plusieurs agences de presse ».

La définition de « l'atteinte indirecte » au secret des sources (Article 1 - 4<sup>ème</sup> alinéa) peut être une définition « attrape-tout » qui risque de montrer ses limites. Cette définition dispose qu'« est considéré comme une atteinte indirecte au secret des sources au sens du troisième alinéa le fait de chercher à découvrir les sources d'un journaliste au moyen d'investigations portant sur toute personne qui, en raison de ses relations habituelles avec un journaliste, peut détenir des renseignements permettant d'identifier ces sources. »

L'Assemblée nationale avait précisé que l'atteinte au secret pouvant être directe ou « indirecte », sans définition de cette dernière notion. Il s'agissait de souligner d'une part que le

secret est protégé, quelle que soit la personne qui le détient (par ex. un des collaborateurs du journaliste - secrétaires de rédaction, cameraman, monteur, preneur de son...- ou un membre de sa famille) et d'autre part que c'est le secret des sources des journalistes qui est protégé et non les journalistes eux-mêmes.

Le Sénat a estimé nécessaire de préciser ce qu'il convient d'entendre par « *atteinte indirecte* » : c'est donc bien l'ensemble de la « *chaîne* » de l'information qui est désormais protégée par le texte de la Loi du 4 janvier 2010. Cette notion est au cœur de l'affaire Woerth-Bettencourt.

C. Les exceptions au principe du secret des sources limitées mais difficiles à cerner (article 1, 3<sup>ème</sup> à 5<sup>ème</sup> alinéas)

Le critère général est celui l'existence d'un « *impératif prépondérant d'intérêt public* » et la stricte nécessité et proportionnalité des mesures envisagées (3<sup>ème</sup> alinéa) : « *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.* »

Le Sénat a posé une sorte de « triple critère » pour justifier l'atteinte ausecret. Il a tout d'abord supprimé la mention du caractère exceptionnel de l'atteinte fixé par l'Assemblée nationale, ensuite maintenu le second critère (« *impératif prépondérant d'intérêt public* ») et enfin ajouté celui de la stricte nécessité et proportionnalité des mesures envisagées au but légitime poursuivi.

Ce troisième alinéa de l'article précise le critère général de dérogation qui s'applique en toute matière (devant juge administratif, juge commercial ou juge civil notamment), mais aussi devant le juge pénal, le 5<sup>ème</sup> alinéa de l'article 1 étant la déclinaison particulière de ce principe général. Dans ce cas particulier de la procédure pénale (article 1 – 5<sup>ème</sup> alinéa), l'article dispose qu'« *au cours d'une procédure pénale, il est tenu compte, pour apprécier la nécessité de l'atteinte, de la gravité du crime ou du délit, de l'importance de l'information recherchée pour la répression ou la prévention de cette infraction et du fait que les mesures d'investigation envisagées sont indispensables à la manifestation de la vérité.* »

Trois critères cumulatifs d'appréciation de la nécessité de l'atteinte au secret sont désormais fixés en matière pénale :

- 1<sup>er</sup> critère : la gravité du crime ou du délit Le Garde des Sceaux a précisé qu'« *une atteinte au secret des sources serait évidemment disproportionnée dans le cadre d'une enquête portant*

*sur de simples vols, sur de petites fraudes ou des escroqueries, sur des cercles de jeux clandestins ou sur des infractions au code de la route. La gravité des faits n'est évidemment pas suffisante » ;*

- 2<sup>ème</sup> critère : l'importance de l'information recherchée pour la répression ou la prévention de l'infraction. Le Garde des Sceaux a précisé : « A priori, *aucun impératif prépondérant d'intérêt public ne justifie que soit levé le secret des sources dans le cadre d'une affaire de contrefaçon. Toutefois, l'appréciation serait différente si la contrefaçon portait sur des produits de santé ou sur de simples vêtements, mais qu'un reportage révélait que c'est un moyen de financement de mouvances radicales, d'un réseau de criminalité organisée voire de terroristes* » ;
- 3<sup>ème</sup> critère : le fait que les mesures d'investigation envisagées sont indispensables à la manifestation de la vérité. Le Garde des Sceaux a enfin précisé que « *tous les actes d'enquête et d'instruction seront soumis (à ces) conditions restrictives (...). Si ces conditions ne sont pas satisfaites, les enquêteurs et les magistrats devront chercher à résoudre l'affaire sans passer en aucune façon par le journaliste. À défaut, leurs actes seront disproportionnés et annulés* ».

D. Des garanties procédurales en cas de perquisition concernant un journaliste inspirées du régime des avocats (article 2 de la Loi du 4 janvier 2010)

En application de l'ancien article 56-2 du CPP (Loi « *Vauzelle* »), les perquisitions effectuées dans les locaux des entreprises de presse étaient entourées de deux garanties spécifiques par rapport aux perquisitions « *de droit commun* » : elles devaient être effectuées par un magistrat (procureur de la République ou juge d'instruction) et le magistrat devait veiller à ce que les investigations conduites ne portaient pas atteinte au « *libre exercice de la profession de journaliste* » et qu'elles ne « *constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information* ». Ces dispositions étaient applicables aux perquisitions menées dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une information judiciaire ou encore d'une enquête préliminaire. L'article 2 de la nouvelle Loi renforce considérablement ces garanties en s'inspirant très largement du régime des avocats.

- 1) Une extension de la protection à divers locaux, au domicile et aux véhicules professionnels

« Art. 56-2.-Les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne, d'une agence de presse, dans les véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou au domicile d'un journaliste lorsque les investigations sont liées à son activité professionnelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat » Toutes ces extensions sont plus conformes aux réalités du métier de journaliste : journalisme nomade, journalisme en ligne, etc.

- 2) De nouvelles garanties de procédure (information et assistance d'un tiers) en cas de perquisition

Toute perquisition doit être précédée d'une décision écrite et motivée du magistrat indiquant la nature des infractions sur lesquelles portent les investigations et l'objet de la perquisition. La personne qui pourra s'opposer à la saisie des documents est dès lors à même de vérifier que cette saisie entre bien dans le champ fixé par cette décision préalable. Ces dispositions sont édictées à peine de nullité de l'ensemble de la procédure.

- 3) Les trois précautions que doit prendre le magistrat lors d'une perquisition

Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites respectent le libre exercice de la profession de journaliste ne portent pas atteinte au secret des sources en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information.

- 4) Une procédure d'opposition à la saisie de documents lors de la perquisition

Cet article instaure une procédure, inspirée de l'article 56-1 du CPP s'agissant des perquisitions chez les avocats, permettant une opposition à la saisie de certains documents. Le rôle dévolu au bâtonnier pour ces perquisitions est ici tenu par « *la personne présente lors de la perquisition en application des dispositions de l'article 57* » du CPP, c'est-à-dire le journaliste lui-même, son représentant, ou, à défaut, les témoins requis par le magistrat pendant la perquisition.

En cas d'opposition, le document litigieux doit être placé sous scellé fermé et la procédure consignée sur un procès-verbal distinct, contenant les objections de la personne. Les documents et le procès-verbal sont transmis, avec une copie de la procédure et sans délai au juge des libertés et de la détention (JLD), qui va statuer dans les cinq jours par ordonnance motivée, non susceptible de recours. Il entend le magistrat et la personne en présence de laquelle la perquisition a été effectuée. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes.

À la suite de ces auditions, le JLD peut soit ordonner la restitution immédiate du document ou de l'objet, s'il estime qu'il n'y a pas lieu à le saisir, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document ou à son contenu qui figurerait dans le dossier de la procédure; soit ordonner le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure, une telle décision n'excluant pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou, si une instruction a été ouverte, la chambre de l'instruction.

Le respect du secret des sources reste relatif, d'abord parce que la perquisition peut permettre d'identifier l'informateur d'un journaliste, ensuite et surtout parce que le contrôle du respect de ce secret n'intervient qu'a posteriori (Jurisclasseur).

E. Extension du droit du journaliste entendu comme témoin de taire ses sources (Article 4 de la Loi du 4 janvier 2010)

L'ancien article 109 du CPP permettait au journaliste de ne pas révéler l'origine des informations recueillies dans le cadre de son activité lorsqu'il était cité comme témoin dans le cadre d'une procédure d'instruction.

L'article 4 de la Loi étend tout au long de la procédure pénale le droit du journaliste entendu comme témoin de taire ses sources, en lui garantissant le même droit à taire ses sources lorsqu'il est cité comme témoin devant la cour d'assises (article 326 du CPP) ou devant le tribunal correctionnel (article 437 du CPP). C'est donc un droit absolu au silence – qui n'emporte pas l'interdiction de révéler - qui est reconnu aux journalistes lorsqu'ils sont cités comme témoins tout au long de la procédure pénale. Il s'agit d'un principe absolu, qui ne souffre aucune exception et qui emporte que le journaliste entendu comme témoin n'est jamais tenu de divulguer ses sources.

F. Deux nouvelles nullités de procédure visant les réquisitions judiciaires et les transcriptions des correspondances

1) Nullité des réquisitions judiciaires portant atteinte au secret des sources des journalistes (article 5 de la loi du 4 janvier 2010)

L'article 60-1 du CPP est complété par un alinéa ainsi rédigé : « *A 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.* Les réquisitions judiciaires ne peuvent donc, à peine de nullité, porter atteinte de façon disproportionnée, au regard de la gravité et de la nature de l'infraction, à la protection qui est due au secret des sources d'un journaliste, par exemple en cas de

réquisitions adressées à un opérateur de télécommunication ou de communication en ligne, pour obtenir la liste des numéros appelés ou reçus par un journaliste ou la liste de ses correspondants e-mails.

- 2) Nullité des transcriptions de correspondance portant atteinte au secret des sources des journalistes (article 6 de la Loi du 4 janvier 2010)

L'article 100-5 du CPP est complété par un alinéa ainsi rédigé : « *A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.* »

Cet article institue, en matière d'écoutes téléphoniques, une protection similaire à celle prévue pour les avocats, qui interdit, à peine de nullité, la retranscription de toute correspondance avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense. De plus, il prévoit qu'à peine de nullité, ne pourront être transcrites les correspondances avec un journaliste portant atteinte de façon disproportionnée, au regard de la gravité et de la nature de l'infraction, à la protection du secret des sources. Le juge d'instruction devra écarter les écoutes téléphoniques constitutives d'une telle atteinte.

- III. Observations prudentes sur l'application de cette loi à l'affaire Woerth-Bettencourt « *vue de l'extérieur* »

- A. Rappel des faits

Le 9 juillet 2010, la brigade financière a perquisitionné le domicile de Patrice de Maistre et le siège social de la société Clymène. La police a notamment saisi le dossier professionnel de Florence Woerth. Le 15 juillet 2010, Patrice de Maistre est placé en garde à vue dans le cadre de l'enquête préliminaire concernant les soupçons de fraude fiscale. Les 18 et 19 juillet : Le Monde a fait état de ces informations à la « *une* » de ses éditions datées, sous le titre « *Le principal collaborateur de Liliane Bettencourt met Eric Woerth en difficulté* », au-dessus d'un article signé de Gérard Davet. Le Monde divulgue des procès-verbaux d'audition de Patrice de Maistre: « *Je l'ai [Éric Woerth] vu ensuite deux ou trois fois début 2007 parce qu'il m'a demandé de recevoir sa femme et ce pour essayer de la conseiller sur sa carrière alors, me disait-il, qu'elle n'était pas entièrement satisfaite* ».

La publication de ces informations, à quelques jours de l'audition de M. Woerth par les policiers, qui était prévue fin juillet, aurait particulièrement irrité l'Elysée. La direction générale de la police nationale (DGPN) aurait alors reçu ordre de mettre fin aux fuites qui avaient abouti à la publication de ces informations dans Le Monde.



Courant juillet, les services de la DCRI, c'est-à-dire du contre-espionnage français, auraient cherché à cerner le profil de la source potentielle. Parmi les personnes qui pouvaient avoir accès aux procès-verbaux des auditions, un haut fonctionnaire, David Sénat, conseiller pénal de la garde des sceaux, Michèle Alliot-Marie. Le téléphone administratif de ce dernier aurait fait l'objet d'*expertises techniques*. Les identités des personnes ayant contacté ce fonctionnaire auraient été remises à la DCRI par un opérateur téléphonique, sous forme d'un listing. C'est à cette occasion que le nom de Gérard Davet, journaliste au Monde, serait apparu.

Le 13 septembre 2010, Le Monde annonce qu'il porte plainte contre X pour « *violation du secret des sources* » (plus précisément « *atteinte indirecte* » au secret des sources). Le 14 septembre 2010, le ministère de la Justice indique que David Sénat a été déchargé début septembre de ses fonctions pour prendre en charge « *une mission de préfiguration du tribunal d'appel de Cayenne* ».

B. L'affaire Woerth-Bettencourt face au secret des sources des journalistes : Quelques observations juridiques sur l'affaire « *vue de l'extérieur* »

- 1) La consultation des « *fadettes* » (factures téléphoniques détaillées) du fonctionnaire pour identifier l'origine des fuites constitue elle une atteinte à la loi du 4 janvier 2010 ?

Les « *Fadettes* » désignent la liste des appels, sms ou courriels émis ou reçus par un téléphone. Sont mentionnés, notamment, le numéro du correspondant, l'heure et la durée de la conversation. Contrairement à une écoute, le contenu n'apparaît pas.

Existe-t-il une atteinte indirecte au sens de la loi ? Monsieur David Sénat, conseiller pénal du Garde des Sceaux, doit-il être considéré comme une « *personne qui, en raison de ses relations habituelles avec un journaliste, peut détenir des renseignements permettant d'identifier ces sources* » (article 1, 4<sup>ème</sup> alinéa de la Loi), ce qui dans l'affirmative caractériserait une atteinte indirecte au secret des sources ? Il est permis d'en douter : s'agit-il d'une personne en relation habituelle avec un journaliste au sens de la Loi ? (Il ne s'agit ni d'un proche, ni d'une relation professionnelle régulière, etc.) ; S'agit-il d'une personne détenant des renseignements permettant d'identifier des sources, alors qu'il s'agit de la source, elle-même ?

Les investigations avaient-elles pour objet d'identifier par des voies indirectes les sources du journaliste ou de mettre en lumière une violation du secret professionnel / secret de l'instruction par un haut fonctionnaire ? Il s'agira d'un élément subjectif délicat à caractériser.

Enfin, aucune mesure spécifique ou procédure n'a été diligentée à l'encontre du journaliste, sur quelque fondement que ce soit.

En conclusion, pour paraphraser les représentants du Monde, à défaut de violation de la lettre de la Loi, c'est son esprit qui semble avoir été méconnu.

- 2) La consultation des « *Fadettes* » du fonctionnaire constitue-t-elle une écoute illicite au sens de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques ?

Cela ne semble pas relever de la catégorie des écoutes judiciaires ordonnées par un Juge dans le cadre d'une instruction (article 2 de la Loi), ni relever davantage de la catégorie des interceptions de sécurité (articles 3 et 4 de la Loi). En effet, l'article 3 vise les interceptions « *ayant pour objet de rechercher des renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité ou de la délinquance organisée et de la reconstitution ou le maintien* » de groupes de combat et de milices privées. L'article 4 précise « *l'autorisation est accordée par décision écrite et motivée du Premier Ministre ou de l'une des deux personnes spécialement déléguées par lui* » sur proposition écrite de trois Ministres (défense, intérieur ou douanes).

De plus, la consultation des « *Fadettes* » ne paraît pas davantage relever de l'article 20 de la Loi du 10 juillet 1991 en l'absence de nécessité de défense des intérêts nationaux, ni de surveillance des transmissions hertziennes. « *Les mesures prises par les pouvoirs publics pour assurer, aux seules fins de défense des intérêts nationaux, la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne ne sont pas soumises aux dispositions des titres Ier et II de la présente loi* ».

Les conditions d'embauche de l'épouse d'un Ministre en exercice ne paraissent pas relever de la défense des intérêts nationaux et le contrôle de relevés téléphoniques paraît sans rapport avec une surveillance de transmissions hertziennes.

Rappelons également que l'article 22 de la Loi de 1991 organise la communication par l'opérateur télécom des informations ou documents nécessaires aux interceptions à l'attention des juridictions compétentes, du Premier Ministre, ou, s'agissant de l'article 20, du Ministre de la Défense ou de l'Intérieur ... mais le contrôle des fadettes relève-t-il du texte sur les écoutes téléphoniques ?

À titre de conclusion générale, on ne peut que constater qu'il faut laisser la parole aux protagonistes de l'affaire.

## Présomption d'innocence et médias

*Par Emmanuel Pierrat, Avocat associé, Cabinet PIERRAT*



Il n'existe pas d'affaire relative à la présomption d'innocence semblable avant le thème soulevé par l'affaire Woerth-Bettencourt.

On ramène la présomption d'innocence à l'article 9-1 du Code Civil en oubliant qu'on se réfère à une conception de la justice plus ancienne, l'article 9-1 n'étant que la mise en corrélation avec la publicité dans la presse des affaires judiciaires. Il y avait déjà dans le corpus constitutionnel le rappel du principe de la présomption d'innocence, aux côtés du principe de la liberté d'expression. On trouve ce rappel au fur et à mesure des textes dans des conventions supra nationales, comme la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Il s'agit d'un principe fondamental, essentiel dans notre corpus constitutionnel. Il a donc été amené à être mis en application à l'aune de certaines affaires. L'article 9-1, qui aujourd'hui instaure la présomption d'innocence à l'encontre d'une présentation dans la presse et dans l'opinion publique comme coupable d'une infraction, ne sort pas de nulle part mais est l'effet de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui prévoit également, aux côtés de la liberté d'expression, le rappel de la présomption d'innocence, ce qui a permis de recadrer la procédure française il y a une dizaine d'années. La France a par exemple été condamnée à propos d'une conférence de presse donnée par des policiers.

On ne peut que constater que les débordements de la presse sont inéluctables face à ce genre de situations, mais il faut rappeler que la présomption d'innocence est d'abord et avant tout un principe fondamental, que l'on soit dans le cadre de la presse et des médias ou pas.

Il y a eu un second phénomène : si la loi de 1993 a été remaniée, amendée, réajustée, notamment en 2000, et que la jurisprudence a souvent dû se pencher dessus pour la réarticuler - comme si on était en présence d'un texte ancien et non adapté aux techniques de communication modernes - c'est que ce texte a été mal organisé et adopté dans une certaine précipitation médiatique.

En effet, à l'époque un sujet est diffusé au journal télévisé de TF1. Il s'agissait d'un moniteur de ski présenté avec des menottes, des images très fortes qui ont été mises en scène par la chaîne. Dès le lendemain, et de façon précipitée, la présomption d'innocence est inscrite dans les textes de la loi,

et on procède donc ainsi au vote de cet article 9.1. On s'est aperçu par la suite qu'il était très défaillant car il est, d'un côté, attentatoire à la liberté d'expression, et, d'un autre, il ne pouvait pas garantir le respect du principe de la présomption d'innocence.

Cet article est intéressant en raison de l'endroit où il est placé. On aurait pu penser à l'inscrire dans la loi de 1881, mais on a préféré créer un nouvel article 9-1 après l'article 9 relatif au respect de la vie privée, qui soulève déjà beaucoup de questions. Est-ce qu'on est proche d'un délit civil de presse ou est-ce qu'il s'agit d'un droit de la personnalité ? La complexité de cet article fait qu'il est peu utilisé par les avocats comme fondement à des actions.

La Cour de cassation a rapproché à cet article ses exigences en matière d'établissement de la diffamation. En effet, à partir du moment où des propos sont prononcés, les personnes visées ont 3 mois pour agir avant l'expiration du délai de prescription. Le délai est prorogé à chaque fois que les propos changent de support (par exemple lors d'une nouvelle édition d'un ouvrage ou d'une publication en ligne), ce qui peut avoir, en présence d'éditions successives, l'effet d'étendre la prescription sur une durée très longue. On est vraiment à l'articulation entre la loi de 1881 et les droits de la personnalité.

À propos des liens avec la diffamation, on s'est demandé si on pouvait cumuler les poursuites avec les deux instruments juridiques. Dans la loi de 1881, il faut choisir entre injure et diffamation, le cumul n'est pas possible.

Si on prend le fil des jurisprudences de la Cour Européenne, comme avec la jurisprudence Papon, on se rend compte qu'il faut attendre une dizaine d'année avant de voir la presse réellement condamnée. C'est une difficulté pour la présomption d'innocence de devoir s'accorder avec la liberté d'expression et avec la multiplicité des recours possibles, car finalement les recours aboutissent peu et tardivement. Il y a finalement une sorte de tolérance dans la jurisprudence pour des expressions finalement condamnables (comme l'expression « présumé assassin », alors qu'on devrait le qualifier de « présumé innocent suspecté de tel délit »), car cela ferait des titres trop longs avec des réserves prises dans tous les sens par les journalistes pour éviter une éventuelle condamnation.

Dans les sites d'information en ligne, les précautions oratoires sont généralement prises seulement dans les parties payantes non accessibles au public. En effet, lorsque l'article est à moitié gratuit et à moitié payant, le lecteur n'a accès gratuitement qu'à une partie du contenu, ce qui peut être un souci pour les journalistes et pour la présomption d'innocence si au début de l'article on parle de la culpabilité, puis que seules les dernières lignes indiquent que le jugement n'a pas encore eu lieu, ces dernières lignes n'étant accessibles que pour les abonnés ayant payé.

Il y a une chose intéressante à relever : dans l'article 9-1, ce qui est mis en œuvre c'est la publicité des propos litigieux mis en cause. En effet, l'article 9 peut s'appliquer à des propos qui n'ont pas donné lieu à une publicité. Il y a donc une dichotomie entre ces deux articles.

Une autre difficulté se pose à la lecture de cet article : à partir de quand y'a-t-il publicité ? Lorsque combien de personnes sont présentées ? Les avocats ont donc plaidé pour savoir quel était le cadre de cette publicité, car la loi ne donne pas de curseur, c'est au juge d'apprécier si une publicité a été donnée.

Dans l'affaire Woerth-Bettencourt, il y a énormément de propos tenus qui sont « limites ». On peut avoir toutes les variations possibles en fonction des lieux où ils sont tenus : par exemple l'immunité des propos tenus à la barre ou l'absence de publicité lorsque les propos sont tenus en tête à tête avec un journaliste.

L'autre aspect incongru de la présomption d'innocence ce sont les menottes. Pour l'instant dans l'affaire Woerth, personne n'est apparu menotté, donc la question ne s'est pas encore posée. Il y a peut être une justice à deux vitesses, qui fait qu'on considère qu'il n'est pas utile ici de menotter les protagonistes. Le législateur et la jurisprudence ont oublié le principe constitutionnel de base selon lequel la présomption d'innocence n'est pas seulement présente pour le côté médiatique, et que le fait d'empêcher de montrer des gens menottés donne l'idée que nous sommes dans un pays dans lequel personne n'est entravé : on peut considérer qu'il peut s'agir d'une censure iconographique qui dérange Me Pierrat. Cela pose de vraies questions de société. On a vu par exemple la question des menottes dans l'affaire de Bertrand Cantat à Vilnius : il y avait eu des images prises en Lituanie de B. Cantat menotté, jusqu'à ce que son avocat intervienne auprès des journalistes et menace de poursuivre les médias, ce qui a eu pour conséquence que les images ont été coupées pour être plus respectueuses de la loi.

## Journaliste et secret des sources

*Par Bertrand Le Gendre, Éditorialiste au journal LE MONDE, Professeur Associé à l'Université Panthéon-Assas Paris 2*



L'affaire Woerth-Bettencourt marque une étape dans les rapports entre le monde judiciaire et les journalistes.

Le cadre juridique est celui de l'article 2 de la loi de 1881 dans sa version du 4 janvier 2010, ainsi que l'article 11 du code de procédure pénale concernant le secret de l'instruction.

Sont soumises au secret de l'instruction toutes les personnes qui concourent à la procédure. Ce secret couvre les procès-verbaux d'audition et d'expertise. Les journalistes par conséquent ne sont pas tenus au secret de l'instruction. Les personnes impliquées dans une affaire, mises en examen ou parties civiles, n'y sont pas tenues non plus. Les avocats, eux, sont soumis à un devoir de réserve en vertu du secret professionnel. Le secret de l'instruction est donc un peu une passoire. Des suggestions sont faites périodiquement pour le remplacer par le seul secret professionnel.

Le secret des sources, c'est le secret que le journaliste doit à sa source, le pacte de confiance qu'il passe avec elle. Dans tous les cas, il doit garder le silence, même sur injonction judiciaire. Les personnes qui ont accès à un dossier judiciaire sont nombreuses à pouvoir renseigner les journalistes : très souvent les avocats communiquent aux journalistes des pièces qui plaident en faveur de leur client. Les magistrats parlent également aux journalistes, les policiers enquêteurs, etc.

Un bon journaliste d'investigation se juge à sa capacité à inspirer confiance à ceux qui professionnellement concourent à la procédure, à les faire parler et à obtenir d'eux des documents dans la mesure où la production de tels documents accroît le crédit de ce que la presse avance sur une affaire.

Pourquoi, malgré le secret auxquels ils sont tenus, les magistrats parlent-ils ? Parfois ils sont dans un rapport de force avec leur hiérarchie. Ils cherchent alors du côté des médias le coup de pouce qui débloquera leur affaire. Certains se disent qu'alimenter la presse en informations peut faire avancer une enquête. Assez souvent, les magistrats cherchent à « se faire mousser ». Ils aiment lire leur nom dans la presse, à condition de ne pas être identifiés comme la source du journaliste.

« Le Monde » n'a jamais reconnu explicitement que David Sénat était l'une de ses sources dans l'affaire Woerth- Bettencourt, et a employé des formules évasives sinon hypocrites pour le mentionner sans l'affirmer pour autant.

Le plus nouveau avec l'affaire Woerth-Bettencourt, c'est qu'elle nous a appris à nous, journalistes, que, si la loi sur le secret des sources avait été renforcée, elle ne garantissait pas l'impunité de ceux qui nous renseignent. Ce n'est pas nouveau, ces personnes ont toujours pris des risques. Le fait nouveau, en revanche, c'est que les personnes qui parlent à la presse font maintenant l'objet d'investigations et sont sanctionnées, alors que jusqu'ici les fuites n'étaient pas vraiment réprimées. Tout était réglé de manière plus discrète entre gens de bonne compagnie.

On peut observer que dans l'affaire Woerth-Bettencourt le pouvoir politique est passé à l'offensive à ciel ouvert. La Direction Centrale du Renseignement Intérieur (DCRI) a reconnu dans l'affaire Sénat que la ligne de son téléphone mobile avait fait l'objet d'investigations. Le procureur de Nanterre ne s'est pas caché non plus d'avoir demandé le contrôle des « fadettes » de deux journalistes du « Monde » qui étaient entrés en contact avec la juge Isabelle Prévost-Desprez.

Les moyens modernes d'investigation permettent désormais d'identifier qui parle à qui et quand. Autrefois, les journalistes étaient parfois l'objet de filature, d'écoutes téléphoniques sauvages un peu plus souvent ; alors qu'aujourd'hui il suffit de s'adresser aux opérateurs de téléphonie mobile – qui se montrent assez complaisants au demeurant – pour savoir, au mépris de la loi de 1991, quelles relations les journalistes entretiennent avec leurs sources.

Les journalistes doivent donc redoubler de précautions, sinon le pacte de confiance qu'ils ont scellé avec leurs sources sera rompu, ce qui rendra leur travail d'investigation plus complexe.

Réponse aux propos de M. Derieux :

- Les journalistes devraient s'autodiscipliner

Loin de moi l'idée que les journalistes ne commettent pas de fautes. Cela arrive. Mais ils ne le font pas en toute impunité. Ceux qui transgressent la loi ont souvent à en répondre devant la 17<sup>e</sup> chambre correctionnelle de Paris (diffamation, injures, atteinte à la vie privée). Ils sont sanctionnés, ce qui est normal, comme n'importe quel justiciable qui a commis un délit.

- Pourquoi « Le Monde » a porté plainte à deux reprises en marge de l'affaire Woerth-Bettencourt ? :

- 1) « Le Monde » n'était pas seul en cause. Au-delà de lui, il fallait défendre, au nom de la profession toute entière, le principe de la protection des sources.
- 2) La loi sur cette protection des sources journalistiques est nouvelle. C'est intéressant de faire avancer la jurisprudence la concernant même s'il va falloir attendre quelques années avant d'aboutir.
- 3) « Le Monde » ne pouvait pas ne pas porter plainte, dans la mesure où d'autres auraient pu se substituer à lui pour le faire.

M. Derieux : sa question posait plus sur le problème de la qualification – quant au fondement juridique invoqué dans la plainte - en l'espèce, et sur l'éventuel aboutissement d'une telle plainte, qui lui semble peu probable.

#### **Questions de l'auditoire:**

- Quel serait le dénouement de l'affaire après une éventuelle suppression du juge d'instruction ?

M. Derieux : La suppression du juge d'instruction ne semble plus tout à fait à l'ordre du jour. Si cela était cependant fait, il faudrait que des enquêtes privées soient menées, et il serait encore probablement plus difficile et plus coûteux d'aboutir à l'établissement de la vérité par ces moyens.

Me. Fauchoux : c'est plus un problème géographique que la question de savoir quel professionnel va prendre en charge l'affaire. Si la justice n'est pas plus sereine, ce n'est plus vraiment la justice.

- Est-ce que la nouvelle définition du journaliste apporte une confusion, et, le cas échéant, quelle confusion ?

Me. Fauchoux : cela apporte une difficulté car on est dans une autre logique qui est celle de protéger une notion de journaliste entendue au sens très large, notamment du point de vue de la rémunération, qui est quelconque. Et si une personne n'est pas rémunérée ? A priori cette personne ne serait pas concernée par la protection, mais cela peut être discuté.

Cette nouvelle définition est surprenante car elle intervient après le texte Hadopi qui avait déjà un peu modifié la conception du journaliste en couvrant le journaliste en ligne. Maintenant on couvre le journaliste occasionnel. C'est bien une source de complexité, reste à voir si cela devient une source de confusion.



M. Derieux : la définition complémentaire présente notamment l'inconvénient de donner une autre définition, dans un texte différent. Il risque peut être d'y avoir une opposition entre le droit du travail et les dispositions relatives à la protection du secret des sources. La définition introduite dans la loi de 1881 précise que l'activité journalistique consiste dans « *le recueil d'informations et leur diffusion au public* », ce que le Code du travail, qui ne se réfère qu'à « *l'exercice de sa profession* », sans autre précision, ne fait pas. Il est, par ailleurs, à noter que les dispositions nouvelles évoquent l'exercice de la « *profession* » de journaliste, « *à titre régulier et rétribué* ». Cela exclut les journalistes « amateurs » de la protection de leurs sources d'information.

## Clôture

*Par Monsieur le Professeur Jérôme Huet, Université Panthéon-Assas Paris 2, Directeur du CEJEM et du Master 2 droit du multimédia et de l'informatique*



Les questions traitées aujourd'hui sont importantes, car la question de la définition du journaliste et de son rôle est particulièrement intéressante. Cette matinée est commune aux deux masters de Droit de la Communication et Droit du Multimédia et de l'Informatique, car les thèmes de la presse et du multimédia sont conjoints dans cette affaire.

La question des sources tracasse M. Huet, car elle révèle un paradoxe : un des critères de Wikipédia est le scrutage des sources, et un des critères de l'activité de journaliste est de ne pas révéler ses sources. Est-ce compatible avec la notion de vérité de l'information ? Il y a un abîme entre le sérieux de Wikipédia et la protection des sources du journalisme, qui devrait être comblé par le sérieux du journal. Il faut lutter contre cette impression qui se répand : quand on lit un article de journal et que l'on s'y connaît, on a l'impression qu'il n'y a que des erreurs, alors que, quand on ne s'y connaît pas, l'article a l'air très intéressant.

Il faut que les journalistes occupent leur place – incontrôlable – dans la société, place qui est méritée par le sérieux de leur information. Il faut également qu'ils se disent que tant que quelque chose n'a pas été répété trois fois, on ne peut pas encore la considérer comme pouvant être vraie. Il faut trois sources avant d'acquiescer un minimum de vérité. Le fossé à franchir pour arriver à la crédibilité est le sérieux.



**Directeur de la publication :** Jérôme Huet

**Comité de rédaction :**

- Jérôme Huet
- Sandrine Albrieux
- Marlene Trezeguet
- Lucien Castex
- Oswald Seidowsky
- Johann Fleutiaux
- Ludovic Bottallo
- Vanessa Younès
- Jeremy Antippas
- Paul-Henri Harang
- Aurélien Bamdé
- Bertrand Pautrot
- Kevin Kheyari
- Géraldine Criqui
- Thierry Tonnelier
- Laurence Cour

**Edition de la lettre :** Lucien Castex, Johann Fleutiaux