



Commentaire

Décision n° 2017-693 QPC du 2 mars 2018

Association de la presse judiciaire

(Présence de journalistes au cours d'une perquisition)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 28 décembre 2017 par le Conseil d'État (décision n° 411915 du 27 décembre 2017) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par l'association de la presse judiciaire portant sur l'article 11 du code de procédure pénale (CPP), dans sa rédaction résultant de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, et de l'article 56 du même code, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Dans sa décision n° 2017-693 QPC du 2 mars 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le premier alinéa de l'article 11 du CPP, qui pose le principe du secret de l'enquête et de l'instruction.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

1. – Les fondements du secret de l'enquête et de l'instruction

Ainsi que l'expose Frédéric Desportes, le secret de l'enquête et de l'instruction est « *susceptible de revêtir deux significations. - Il peut tout d'abord être conçu comme un secret interne, opposable aux parties et spécialement à la personne poursuivie qui ignore alors tout de la conduite des investigations. Ainsi conçu, le secret, édicté dans l'intérêt exclusif de la répression, se confond pratiquement avec la non contradiction des débats. - Le secret de l'instruction peut également être conçu comme un secret externe opposable uniquement aux tiers. Il signifie alors la non-publicité des investigations et peut trouver sa justification, non plus seulement dans des considérations d'intérêt public – sérénité, sécurité et efficacité de l'instruction – mais également dans l'intérêt de la personne mise en cause. - Quoique très différents, ces deux aspects du secret sont intimement liés. Ils ont en effet coexisté au cours de l'histoire et coexistent encore aujourd'hui,*

même si le secret interne n'a cessé de reculer depuis la fin du siècle dernier pour n'occuper plus qu'une place résiduelle »¹.

Vestige d'une justice inquisitoriale, le secret de l'enquête et de l'instruction vise à garantir l'efficacité et la sérénité des investigations. Il s'agit notamment d'empêcher la destruction ou la dissimulation d'éléments de preuve, d'empêcher la personne mise en cause d'exercer une pression sur d'éventuels témoins et de préserver l'institution judiciaire de l'influence des médias.

Toutefois, le secret de l'enquête et de l'instruction est de plus en plus perçu comme la source de droits subjectifs bénéficiant aux personnes impliquées dans la procédure pénale, dont il s'agit de protéger la réputation en évitant qu'il soit porté atteinte au respect de leur vie privée ou à la présomption d'innocence.

Le secret de l'enquête et de l'instruction est inscrit à l'article 11 du CPP depuis l'entrée en vigueur de ce code en 1958. Alors qu'il ne figurait pas dans le projet de loi déposé par le Gouvernement, *« C'est l'Assemblée nationale qui, en première lecture et après une longue discussion, compléta sur ce point le projet gouvernemental, les députés ayant été profondément choqués par la manière dont la presse avait, à l'époque, rendu compte d'un assassinat. - Le rapporteur déclara d'ailleurs clairement pour justifier l'amendement : "la liberté d'information ne doit pas franchir certaines limites, comme le fait s'est produit récemment à l'occasion d'un crime odieux où nous avons vu les services de la Radiotélévision procéder à une émission scandaleuse qui avait particulièrement ému votre Commission au moment où elle a examiné ce grave problème" (JOAN 1957, p. 2798) »².*

La question de la conciliation entre, d'une part, le secret de l'enquête et de l'instruction et, d'autre part, la liberté d'expression et la liberté de la presse s'est ainsi posée dès la rédaction de l'article 11 du CPP.

2. – Le champ d'application du secret de l'enquête et de l'instruction

a. – Les personnes tenues au secret de l'enquête et de l'instruction

* L'article 11 du CPP présente la particularité de poser de manière large le secret de l'enquête et de l'instruction à son premier alinéa, avant de le « réduire » au seul

¹ *JurisClasseur Procédure pénale*, Article 11, fascicule unique : « Secret de l'instruction », 1^{er} janvier 1998, § 6 et 7. Le recul du secret « interne » se mesure par exemple à la possibilité pour les personnes mises en cause et aux parties civiles d'accéder au dossier de la procédure d'information par l'intermédiaire de leurs avocats (selon certaines conditions fixées notamment aux articles 114 et 197 du CPP) ou encore au développement de la publicité des débats durant l'information (voir notamment les articles 145 et 199 du CPP).

² Frédéric Desportes, *op. cit.*, § 15.

secret professionnel des personnes concourant à la procédure à son deuxième alinéa. Cela ne signifie pas que seules les personnes concourant à la procédure seraient tenues au secret, mais que seules ces dernières peuvent encourir, sur le fondement de l'article 11, les sanctions pénales réprimant la méconnaissance du secret professionnel prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal³.

– Il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que sont considérés comme concourant à la procédure : les magistrats du siège chargés de l'instruction ou participant à celle-ci, le procureur de la République (dans une certaine limite : voir *infra*), les greffiers, les huissiers, les officiers et agents de police judiciaire, les enquêteurs de personnalité et toute personne requise par un magistrat telle qu'un interprète ou un expert.

– À l'inverse, les personnes qui ne concourent pas à la procédure sont la personne mise en cause ou en examen, la victime, les parties civiles, les témoins, les journalistes et tout autre tiers. Elles peuvent donc porter à la connaissance du public des informations liées à la procédure sans être poursuivies pour violation du secret de l'enquête ou de l'instruction. Un journaliste est ainsi en droit de publier une information sur le contenu d'un dossier pénal, dès lors qu'il l'a obtenue régulièrement, par exemple de l'une des parties⁴. Il peut en revanche, si l'information a été obtenue par une personne tenue au secret de l'enquête ou de l'instruction, être condamné pour recel de violation de ce secret⁵. Afin de limiter ce type de poursuites, sans cependant les exclure par principe, le législateur a prévu, depuis la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, qu'il « *ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi* »⁶.

Par ailleurs, des dispositions spécifiques aux journalistes posent des limites au droit à l'information dans les affaires pénales, contribuant ainsi indirectement à garantir le respect du secret de l'instruction. Par exemple, l'article 35 *ter* de la loi

³ Le premier punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende la « révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». Le second prévoit plusieurs exceptions.

⁴ Ceci était acquis dès le débat parlementaire instituant l'article 11 du CPP : « *Le rapporteur du projet à l'Assemblée nationale affirma (...) sans ambiguïté que "le secret de l'instruction qui ne vise que les personnes concourant à la procédure, ne peut porter aucune atteinte à la liberté de la presse" (JOAN 20 juin 1957, p. 2798). Le garde des sceaux lui-même reprit cette affirmation à son compte en déclarant que la disposition nouvelle ne pouvait "porter aucune atteinte à la liberté de la presse" (ibid. p. 2812). C'est ainsi que, de manière quelque peu paradoxale, le législateur en est venu à affirmer que la disposition, conçue par lui à l'origine pour lutter contre les abus de la presse, n'était pas de nature à entraver celle-ci* » (Frédéric Desportes, *op. cit.*, § 15).

⁵ Cf. par exemple Cass., crim., 14 mai 2013, n° 11-86.626.

⁶ Troisième alinéa de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse punit de 15 000 euros d'amende la diffusion, sans l'accord de l'intéressé, de l'image d'une personne menottée, entravée ou placée en détention provisoire alors qu'elle n'a pas fait l'objet d'un jugement de condamnation. L'article 38 de la même loi interdit de publier des actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique, sous peine d'une amende de 3 750 euros.

– Le cas des avocats est particulier. D'un côté, ils ne sont pas considérés comme concourant à la procédure et ne sont donc pas soumis au secret sur le fondement de l'article 11 du CPP. De l'autre, ils sont tenus au secret professionnel en vertu des articles 226-13 et 226-14 du code pénal, et l'article 5 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat dispose que « *L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf pour l'exercice des droits de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours. - Il ne peut transmettre de copies de pièces ou actes du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l'article 114 du code de procédure pénale* ».

* S'agissant plus spécifiquement des personnes susceptibles d'être présentes lors de perquisitions, certaines dispositions du CPP exigent la présence de l'occupant ou, à défaut, de son représentant ou de deux tiers : article 57 pour les enquêtes de flagrance ; articles 95 et 96 pour les actes d'instruction⁷. En revanche, en enquête préliminaire, aucune exigence de ce type n'est prévue (article 76). L'officier de police judiciaire « *a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense* » (troisième alinéa de l'article 56). La Cour de cassation a jugé que l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'exige pas que la personne faisant l'objet de la perquisition soit assistée de son avocat lorsqu'elle est présente à des actes au cours desquels elle n'est ni privée de sa liberté, ni entendue sur les faits qui lui sont reprochés⁸. La présence de l'avocat des parties civiles, conjuguée à l'absence de l'avocat de la personne mise en examen, n'entraîne pas non plus la nullité de la procédure, dès lors qu'il n'a pas été porté atteinte aux intérêts de cette dernière⁹.

Les articles 58 et 98 du CPP punissent par ailleurs de deux ans d'emprisonnement

⁷ Dans le cas où le lieu perquisitionné n'est pas le domicile de la personne mise en examen, la perquisition a lieu en présence de l'occupant ou, à défaut, de deux de ses parents ou alliés présents sur les lieux ou, sinon, en présence de deux témoins.

⁸ Cass., crim., 3 avril 2013, n° 12-88.428. Dans le même sens : Cass., crim., 22 octobre 2013, n° 13-81.945.

⁹ Cass., crim., 11 juillet 2017, n° 16-82.426.

et de 4 500 euros d'amende toute personne qui a divulgué des pièces provenant d'une perquisition, menée dans le cadre d'une enquête ou d'une information judiciaire, sans le consentement de la personne mise en examen.

b. – Les exceptions au secret de l'enquête et de l'instruction

Dès 1958, le législateur a expressément prévu, au premier alinéa de l'article 11 du CPP, la possibilité de déroger au secret de l'enquête et de l'instruction, soit en vertu d'un autre texte législatif, soit dans le cadre de l'exercice des droits de la défense.

* Ainsi, plusieurs dispositions législatives instaurent des dérogations au secret de l'enquête et de l'instruction.

Par exemple, ce secret n'est pas opposable à certaines juridictions ou administrations. Ainsi, l'article L. 101 du livre des procédures fiscales prévoit que l'autorité judiciaire doit communiquer à l'administration des finances toute indication de nature à faire présumer une fraude fiscale. De même, l'article L. 421-8 du code de la consommation autorise le ministère public à communiquer les procès-verbaux ou rapports d'enquête dont la production est utile à la solution du litige.

Une autre exception a été introduite, à l'article 11 du CPP lui-même, par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Le troisième alinéa de cet article consacre la pratique des « *fenêtres de publicité* », visant à concilier le secret de l'enquête et de l'instruction tant avec le droit du public à l'information qu'avec la présomption d'innocence. Ces dispositions permettent au procureur de la République, « *afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public* », de communiquer publiquement des éléments de la procédure, soit d'office, soit à la demande du juge d'instruction ou des parties. Ces éléments doivent être objectifs et ne comporter aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre la personne mise en cause.

D'autres exceptions légales au secret s'inscrivent dans une logique de prévention d'accidents et d'aide aux victimes ou visent à informer l'administration sur les personnes poursuivies qu'elle emploie (articles 11-1 et 11-2 du CPP).

* L'autre exception au secret de l'enquête ou de l'instruction prévue par le premier alinéa de l'article 11 du CPP est tirée du respect des droits de la défense.

La portée concrète de cette disposition est difficile à déterminer, dès lors que d'autres dispositions législatives dérogent explicitement au secret aux mêmes

fins. Par exemple, le sixième alinéa de l'article 114 du CPP permet aux parties ou à leurs avocats de communiquer des copies des rapports d'expertise à des tiers « *pour les besoins de la défense* ».

Au-delà de ces dispositions spécifiques, l'exception prévue au premier alinéa de l'article 11 tend à ne pas compromettre l'exercice des droits de la défense au cours de l'enquête ou de l'instruction¹⁰, voire autoriserait les avocats à dénoncer publiquement de graves irrégularités commises au cours de la procédure¹¹. La jurisprudence judiciaire s'assure de ce que les informations divulguées en dépit du secret sont « *réduites au strict nécessaire* » exigé par l'objectif de respect des droits de la défense¹².

3. – Les conséquences sur la procédure pénale de la violation du secret de l'enquête et de l'instruction

* L'atteinte au secret de l'enquête et de l'instruction n'a pas de conséquence sur la régularité de la procédure pénale lorsque la divulgation est postérieure à l'acte de procédure régulièrement accompli. En revanche, lorsque la violation du secret est concomitante à l'accomplissement de l'acte, elle entraîne sa nullité, à la condition néanmoins que cette irrégularité ait eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, conformément à l'article 802 du CPP¹³.

Par exemple, dans le cas d'un journaliste ayant filmé une interpellation, la Cour de cassation a jugé qu'« *en prononçant ainsi, sans répondre aux articulations du mémoire de Marc X... qui invoquait l'atteinte portée à ses intérêts par une violation du secret de l'instruction non pas postérieure mais concomitante aux actes de procédure et alors que le caractère irrégulier de la présence d'un journaliste n'est apparu qu'après la notification de l'avis prévu par l'article 175 précité, la chambre d'accusation n'a pas justifié sa décision* »¹⁴.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation a été récemment réaffirmée dans un arrêt de la chambre criminelle du 11 juillet 2017 (n° 17-80.313) : « *Attendu que,*

¹⁰ Ainsi, cette exception constituerait le « *fait justificatif d'un comportement en principe interdit (...). Mis en examen, partie civile, témoins et avocats sont donc bien tenus de respecter le secret de l'instruction, mais les parties et leurs avocats ne sont pas coupables de violation de ce secret s'ils révèlent certains faits pour se défendre* » (Michèle-Laure Rassat, *Procédure pénale*, 3^{ème} éd., Ellipses, 2017, p. 535, § 512).

¹¹ Cf. les auteurs cités en ce sens par Frédéric Desportes, *op. cit.*, § 95 et 96.

¹² Cass., crim., 20 juin 2017, n° 16-82.908.

¹³ « *En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'observation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ».

¹⁴ Cass., crim., 19 juin 1995, n° 94-85.915. Cf. également, dans la même affaire : Cass., crim., 25 janvier 1996 n° 95-85.560.

pour écarter l'argumentation du requérant qui faisait valoir qu'il avait subi un grief du fait de la violation du secret de l'instruction, amplement caractérisée par la publication par la presse de passages de procès-verbaux d'interrogatoires, qu'il s'agisse des siens ou de ceux d'autres protagonistes, et de retranscriptions d'écoutes téléphoniques, l'arrêt relève que le grief invoqué n'est pas établi et qu'au demeurant, sauf à être concomitante à des actes de la procédure, la violation du secret de l'instruction ne peut entraîner son annulation ; - Attendu qu'en l'état de ces motifs, dès lors que peut seule entraîner l'annulation de la procédure la violation du secret de l'instruction concomitante à des actes et dont il est résulté un grief, la chambre de l'instruction a justifié sa décision »¹⁵.

* Cette jurisprudence a cependant connu un infléchissement dans le cas où des tiers sont présents lors d'une perquisition. Ainsi, par un arrêt du 10 janvier 2017 (n° 16-84.740), la Cour de cassation a inversé sa solution tant sur l'appréciation qu'elle portait sur le principe de la violation du secret que sur ses effets sur la procédure :

« Vu les articles 11 et 56 du code de procédure pénale, ensemble l'article 76 de ce code ;

« Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, l'exécution d'un tel acte par un juge d'instruction ou un officier de police judiciaire en présence d'un tiers qui, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin, en capte le déroulement par le son ou l'image ;

« Attendu, selon les deux derniers de ces textes, qu'à peine de nullité de la procédure, l'officier de police judiciaire a seul le droit, lors d'une perquisition, de prendre connaissance des papiers, documents ou données trouvés sur place, avant de procéder à leur saisie ;

« Attendu que, pour écarter le moyen de nullité tiré d'une violation du secret de l'enquête lors de la perquisition réalisée au domicile de la personne gardée à vue en présence d'un journaliste, qui a filmé le déroulement de cet acte, l'arrêt retient que l'avocat de l'intéressé n'a pas formulé, dans les conditions prévues à l'article 63-4 du code de procédure pénale, d'observations écrites à cet égard, mais a attendu pour ce faire l'interrogatoire de première comparution de son client ; que les juges ajoutent qu'aucune image ni aucun détail ne permet d'identifier l'intéressé, dont le nom n'est visible, sur un bordereau de remise de

¹⁵ Cass, crim., 11 juillet 2017, n° 17-80.313.

chèques apparaissant à l'image, que par un procédé technique ayant consisté en un agrandissement ultérieur de celle-ci ; qu'ils en déduisent qu'aucune atteinte aux droits de la défense n'est caractérisée ;

« Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses propres constatations qu'un journaliste, muni d'une autorisation, a assisté à une perquisition au domicile d'une personne gardée à vue et a filmé cet acte, y compris en ce qu'il a permis l'appréhension de documents utiles à la manifestation de la vérité, visibles à l'image et qui ont été immédiatement saisis et placés sous scellés, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus énoncés ».

Il résulte de cet arrêt, d'une part, que la seule présence lors d'une perquisition d'un tiers, qui en capte le déroulement par le son ou l'image, viole le secret de l'enquête et de l'instruction. Il en résulte, d'autre part, que cette violation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne mise en cause et qu'en conséquence, la nullité de l'acte de procédure est désormais obligatoirement encourue, sans qu'il soit besoin de prouver une atteinte aux intérêts d'une partie.

Afin de tirer les conséquences de cet arrêt, le ministre de la justice a adressé le 27 avril 2017 une dépêche aux procureurs généraux, procureurs de la République, premiers présidents et présidents de tribunaux¹⁶ :

« Le sens de cette décision justifie qu'à l'avenir aucune personne, autre que celles concourant à la procédure au sens de l'article 11 du code de procédure pénale, et en particulier aucun journaliste, ne puisse assister à l'accomplissement d'une perquisition – et a fortiori ne puisse capter des images de son déroulement – nonobstant l'accord de la personne concernée et l'autorisation délivrée par une autorité publique. - Il convient d'observer que la Cour de cassation n'a statué que sur le cas précis de la perquisition et des saisies subséquentes. (...) - Néanmoins, les magistrats sollicités aux fins d'autorisation de tournage de reportages portant notamment sur d'autres actes d'enquête (interrogatoire de garde à vue, confrontation, séance d'identification, reconstitution dans un lieu privé, interpellation...), sont invités à la plus grande prudence dans le traitement de ces demandes dans la mesure où la chambre criminelle de la Cour de cassation pourrait être amenée à compléter sa jurisprudence en étendant le principe d'une nullité sans grief à d'autres actes d'investigation réalisés dans des conditions caractérisant une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ».

La doctrine s'est montrée divisée sur cet arrêt. Certains auteurs estiment que cette

¹⁶ Dépêche CRIM-PJ n° 2017-0063-A8.

décision « *met un frein à une pratique contra legem cautionnée par les autorités* »¹⁷ et qu'elle va « *dans le sens d'un accroissement de l'effectivité des droits de la défense et des garanties procédurales reconnues à la personne poursuivie pénalement* »¹⁸. D'autres regrettent au contraire la « *rigueur de la chambre criminelle (...) en ce qu'elle condamne tout reportage immergé dans l'activité de la police judiciaire au cours d'une enquête ou d'une instruction, alors que de telles télédiffusions sont utiles à l'information du citoyen sur le fonctionnement du service public de la justice* »¹⁹.

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

Sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a développé une jurisprudence protectrice de la liberté de la presse.

En 2007, elle a par exemple jugé que la France avait violé cet article du fait de la condamnation, pour délit de recel de violation du secret de l'instruction et du secret professionnel, de deux journalistes ayant publié un ouvrage sur « *les écoutes de l'Élysée* »²⁰. Selon elle, il convient d'apprécier avec la plus grande prudence la nécessité de punir, pour un tel délit, des journalistes qui participent à un débat public d'une telle importance, exerçant ainsi leur mission de « *chiens de garde* » de la démocratie²¹. Plus récemment, la Cour de Strasbourg a admis qu'un journaliste puisse dénoncer par voie de presse une possible erreur judiciaire en diffusant sans autorisation les enregistrements d'un procès²².

Au contraire, dans une autre affaire, dans laquelle un journaliste avait été pénalement sanctionné du fait d'un article reproduisant des documents couverts par le secret de l'instruction, la CEDH a conclu à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention, après avoir considéré qu'il est « *légitime de vouloir accorder une protection particulière au secret de l'instruction compte tenu de l'enjeu d'une procédure pénale, tant pour l'administration de la justice que pour le droit au respect de la présomption d'innocence des personnes mises en examen (...)*. [La Cour rappelle] *que le secret de l'instruction sert à protéger, d'une part, les intérêts de l'action pénale, en prévenant les risques de collusion ainsi que le danger de disparition et d'altération des moyens de preuve et, d'autre part, les*

¹⁷ Jean-Baptiste Thierry, « Nullité de la perquisition filmée par un journaliste », *AJ Pénal*, 2017, p. 140.

¹⁸ Rodolphe Mésa, « Perquisitions et secret de l'enquête : souriez, vous êtes filmés ! », *Gaz. Pal.*, 21 février 2017, n° 8, p. 20.

¹⁹ François Fourment, « La nullité de la perquisition par l'image », *Gaz. Pal.*, 25 avril 2017, n° 16, p. 55.

²⁰ CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis et autres c. France*, n° 1914/02.

²¹ Solution réaffirmée dans CEDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres c. France*, à propos du recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel de journalistes travaillant sur la question du dopage dans le cyclisme.

²² CEDH, 4^{ème} sect., 22 mars 2016, *Pinto Coelho c. Portugal*, n° 48718/11.

intérêts du prévenu, notamment sous l'angle de la présomption d'innocence et, plus généralement, de ses relations et intérêts personnels. Il est en outre justifié par la nécessité de protéger le processus de formation de l'opinion et de prise de décision du pouvoir judiciaire »²³.

B. – Origine de la QPC et question posée

L'association de la presse judiciaire a, par un recours pour excès de pouvoir, contesté devant le Conseil d'État la dépêche précitée du ministre de la justice relative à l'incidence de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 2017. À cette occasion, elle a soulevé une QPC portant sur les articles 11 et 56 du CPP.

Par la décision précitée du 27 décembre 2017, le Conseil d'État l'a renvoyée au Conseil constitutionnel, jugeant sérieux le moyen soulevé par l'association requérante, qui « *soutient, en faisant état de l'arrêt n° 16-84.740 rendu le 10 janvier 2017 par la Cour de cassation, que ces dispositions (...), en ce qu'elles ont pour effet d'interdire de façon absolue à tout tiers, et donc à tout journaliste, d'assister à un acte d'enquête tel qu'une perquisition, méconnaissent la liberté d'expression et de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Les griefs et les questions préalables

* L'association requérante soutenait que les articles 11 et 56 du CPP, tels qu'interprétés par la jurisprudence constante de la Cour de cassation, méconnaissaient la liberté d'expression et de communication protégée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que ce qui constituait son corollaire, « *le droit du public à recevoir des informations d'intérêt général* ». À cet égard, elle contestait le caractère absolu de l'interdiction de la présence, lors d'une perquisition, d'un journaliste ou d'un tiers qui en capte le son ou l'image, y compris lorsqu'il y a été autorisé par une autorité publique et que la personne concernée par la perquisition n'a subi aucun grief.

* Le Conseil constitutionnel était saisi de l'ensemble des dispositions des articles 11 et 56 du CPP. Cependant, le grief de l'association requérante portait uniquement sur la violation du secret de l'enquête et de l'instruction que constitue la présence d'un tiers lors d'une perquisition. Or, l'arrêt du 10 janvier 2017 de la

²³ CEDH, gr. ch., 29 mars 2016, *Bédat c. Suisse*, n° 56925/08, §68

Cour de cassation a explicitement fondé cette violation sur le seul article 11 du CPP. Aucun grief ne portait en revanche sur les conséquences de cette violation sur la légalité de la procédure, lesquelles sont régies, selon le même arrêt, par les articles 56 et 76 du CPP.

Dès lors, après avoir rappelé l'objet du premier alinéa de l'article 11 du CPP tel qu'interprété par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 janvier 2017 précité (paragr. 4), le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait sur le premier alinéa de l'article 11 du CPP (paragr. 5), les deux autres alinéas n'apportant aucune restriction aux droits des tiers à la procédure.

* Un particulier a demandé à intervenir en défense. Il indiquait avoir fait l'objet d'une perquisition filmée par un journaliste, sans son accord, en vue d'un reportage diffusé à la télévision. Il avait soulevé des moyens d'irrégularité, fondés notamment sur les articles 11 et 56 du CPP de la procédure, devant le tribunal correctionnel de Paris, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, devant laquelle l'instance est pendante. Le Conseil constitutionnel a admis son intervention.

B. – Le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'expression et de communication

1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

* Aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »²⁴.

Le Conseil constitutionnel juge traditionnellement que la liberté de communication bénéficie tant à l'émetteur de l'information qu'à ses destinataires,

²⁴ Voir par exemple la décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P. (Délict de consultation habituelle de sites internet terroristes)*, paragr. 5.

ceci afin d'assurer le pluralisme de la presse²⁵ et du secteur audiovisuel²⁶ ou de garantir l'accès à la recherche d'informations sur internet²⁷.

En l'état de la jurisprudence constitutionnelle, l'article 11 de la Déclaration de 1789 ne consacre pas, néanmoins, un droit général des citoyens à pouvoir accéder à tout type d'informations et à obtenir la communication de tout document. Même si la jurisprudence donne une importance particulière à la liberté de communication en matière d'enseignement et de recherche²⁸, l'article 11 ne consacre pas davantage un droit constitutionnel à accéder à tout document au nom de la recherche de la vérité.

Saisi d'une disposition interdisant de rapporter la preuve du fait diffamatoire, le Conseil constitutionnel a certes jugé que cette interdiction « *vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général* » et que, « par son caractère général et absolu, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi », à savoir la recherche de la paix sociale²⁹. Il a ainsi marqué l'importance de la liberté d'expression pour garantir les conditions de débats publics d'intérêt général ou de débats scientifiques ou historiques.

Pour autant, dans sa décision n° 2017-655 QPC, saisi d'un grief tiré de la méconnaissance du droit du public à recevoir des informations, qui découlerait de l'article 11 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions définissant des conditions spécifiques de communication des archives publiques du Président de la République et des membres du Gouvernement « ne portent pas d'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789 »³⁰.

²⁵ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 38.

²⁶ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 11.

²⁷ « *En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* » (décision n° 2016-611 QPC précitée, paragr. 4).

²⁸ Décisions n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, cons. 17 et n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, cons. 8.

²⁹ Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre (Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans)*, cons. 6.

³⁰ Décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, *M. François G. (Accès aux archives publiques émanant du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement)*, paragr. 10.

Le Conseil constitutionnel n'a pas non plus tiré de l'article 11 de la Déclaration de 1789 un devoir des journalistes d'informer le public. Il a en revanche expressément refusé de consacrer constitutionnellement le secret des sources des journalistes, dès lors qu'« aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement » un tel droit³¹.

Plus récemment, censurant des dispositions renforçant la protection des sources des journalistes (qui instaurent notamment une immunité pénale en cas de détention d'éléments provenant du délit de violation du secret professionnel ou de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction), le Conseil constitutionnel a mis en balance, « d'une part, la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée, le secret des correspondances, la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la recherche des auteurs d'infraction et la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle »³². Il a jugé que la conciliation opérée par le législateur était en l'espèce déséquilibrée, après avoir notamment relevé que l'immunité pénale interdisait « les poursuites pour recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction, délit (...) protégeant la présomption d'innocence et la recherche des auteurs d'infraction »³³.

* Le Conseil constitutionnel n'a jamais non plus conféré au secret de l'enquête et de l'instruction une valeur constitutionnelle. Il a en revanche jugé que le « secret de l'instruction » – ou « secret de l'information »³⁴ – concourt à « la protection du respect de la vie privée, la sauvegarde de l'ordre public [et] l'objectif de recherche des auteurs d'infraction »³⁵, c'est-à-dire à des droits ou objectifs de rang constitutionnel.

Il a par ailleurs censuré, pour violation de l'égalité devant la loi, des dispositions excluant l'enregistrement de l'audition de la personne gardée à vue ou de l'interrogatoire de la personne mise en examen, lors des enquêtes et instructions conduites en matière de criminalité organisée ou d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, au motif notamment que ces dispositions ne trouvaient de justification « ni dans la difficulté d'appréhender les auteurs des

³¹ Décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres (Accès administratif aux données de connexion)*, cons. 16 ; solution réaffirmée dans la décision n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*, paragr. 17.

³² Décision n° 2016-738 DC précitée, paragr. 20.

³³ *Ibid.*, paragr. 22.

³⁴ Décision n° 2016-566 QPC du 16 septembre 2016, *Mme Marie-Lou B. et autre (Communication des réquisitions du ministère public devant la chambre de l'instruction)*, paragr. 9.

³⁵ Décision n° 2012-284 QPC du 23 novembre 2012, *Mme Maryse L. (Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale)*, cons. 4.

infractions agissant de façon organisée ni dans l'objectif de préservation du secret de l'enquête ou de l'instruction »³⁶.

Enfin, le Conseil constitutionnel a estimé que l'article 63-4-4 du CPP qui soumet l'avocat, pendant la garde à vue, au secret de l'enquête ne portait pas d'atteinte aux droits de la défense, dès lors qu'il ressort des termes mêmes de cet article que cette interdiction s'applique « *sans préjudice de l'exercice des droits de la défense* »³⁷.

2. – L'application à l'espèce

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a examiné la conformité à la liberté d'expression et de communication du premier alinéa de l'article 11 du CPP qui, tel qu'interprété par la Cour de cassation, interdit notamment qu'un tiers à la procédure capte par le son et l'image le déroulement d'une perquisition (paragr. 7).

Dans un premier temps, il a examiné si cette mesure porte atteinte à la liberté d'expression et de communication. En l'occurrence, il a implicitement considéré que tel est le cas : en effet, indépendamment même du contenu des affaires pénales en cause, cette interdiction absolue prive les journalistes de toute possibilité de réaliser un reportage audiovisuel sur une perquisition.

Dans un second temps, le Conseil constitutionnel s'est assuré que l'atteinte est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur.

Il a, en premier lieu, jugé que le secret de l'enquête et de l'instruction poursuit un double objectif. D'une part, il vise à garantir « *le bon déroulement de l'enquête et de l'instruction* » de même que « *les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, tous deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle* ». D'autre part, il vise à « *protéger les personnes concernées par une enquête ou une instruction, afin de garantir le droit au respect de la vie privée et de la présomption d'innocence, qui résulte des articles 2 et 9 de la Déclaration de 1789* » (paragr. 8). Les dispositions contestées concourent ainsi à la mise en œuvre d'objectifs ou d'exigences de valeur constitutionnelle.

En second lieu, le Conseil constitutionnel s'est attaché à déterminer la portée de

³⁶ Décision n° 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012, *M. Kiril Z. (Enregistrement audiovisuel des interrogatoires et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle)*, cons. 8.

³⁷ Décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres (Garde à vue II)*, cons. 36.

l'atteinte à la liberté d'expression et de communication. Il a relevé, d'une part, que « *la portée du secret instauré par les dispositions contestées est limitée aux actes d'enquête et d'instruction et à la durée des investigations correspondantes* » et que « *Ces dispositions ne privent pas les tiers, en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte d'une procédure pénale et de relater les différentes étapes d'une enquête et d'une instruction* ». Il en a déduit que « *l'atteinte portée à l'exercice de la liberté d'expression et de communication est limitée* » (paragr. 9).

Le Conseil constitutionnel a relevé, d'autre part, que législateur avait « *prévu plusieurs dérogations* » au secret de l'enquête et de l'instruction (paragr. 10), citant à titre d'exemple les « *fenêtres de publicité* » régies par le troisième alinéa de l'article 11 du CPP.

Enfin, il a souligné que le secret de l'enquête et de l'instruction s'entend, selon les termes mêmes des dispositions contestées, « *sans préjudice des droits de la défense* ». Il en résulte notamment, selon le Conseil, que « *les parties et leurs avocats peuvent (...) communiquer des informations sur le déroulement de l'enquête ou de l'instruction* » (paragr. 11).

Le Conseil constitutionnel en a conclu que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte des dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi et a écarté le grief tiré de la méconnaissance de l'article 11 de la Déclaration de 1789 (paragr. 12) – tout en relevant par ailleurs que ceci n'interdit pas au législateur « *d'autoriser la captation par un tiers du son et de l'image à certaines phases de l'enquête et de l'instruction dans des conditions garantissant le respect des exigences constitutionnelles* » (même paragr.).

En définitive, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le premier alinéa de l'article 11 du CPP (paragr. 13).