

LA PROTECTION DES SOURCES JOURNALISTIQUES À L'ÉTRANGER

Rapport sur les instruments législatifs et administratifs privilégiés
en Europe et dans les ressorts de common law

M^e Vincent Riendeau, avocat

Rapport complété pour le compte de la
Commission d'enquête sur la protection de la
confidentialité des sources journalistiques

Montréal, 5 juin 2017

Les opinions exprimées dans ces pages sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celle de la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques.

RÉSUMÉ

Ce rapport dresse un portrait des régimes de protection des sources journalistiques en vigueur en Belgique, en Suède, en Norvège, en Allemagne, au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande et dans une sélection d'États américains (Californie, Vermont et Massachusetts). Les sources journalistiques y jouissent d'une protection le plus souvent relative, qui dépend en grande partie des règles de contraignabilité testimoniale ou de production de documents, interprétées à l'aune de dispositions constitutionnelles et incorporées, le plus souvent par renvoi, dans les régimes d'autorisations judiciaires.

Pour chacune des juridictions, je présente d'abord les garanties constitutionnelles de liberté d'expression, de presse et d'information. J'aborde ensuite les principales dispositions qui créent une immunité testimoniale, leurs exceptions, leur encadrement ainsi qu'un distillat de la jurisprudence canonique des tribunaux supérieurs et suprêmes. Je m'intéresse enfin aux limites imposées dans chacun des régimes aux autorisations judiciaires, dont les perquisitions et la surveillance des télécommunications. Dans certains cas, j'esquisse le portrait des dispositions propres aux agences de renseignement.

Je conclus en extirpant les principales tendances, tensions et réussites et les principaux écueils qui ont ponctué la mise en pratique des dispositions adoptées depuis plus d'un demi-siècle pour protéger l'identité des sources. Dans la majorité des systèmes, la protection des sources prend la forme d'une *faculté* du journaliste de refuser de dévoiler sa source et non pas d'un *droit subjectif* de la source de demeurer anonyme. Le plus souvent, les normes juridiques se retrouvent dans les codes de procédure judiciaire et dans les lois sur la preuve.

Si la protection des sources, dans sa dimension juridique formelle, semble avoir trouvé une certaine stabilité dans la plupart des juridictions analysées; si les principes-clefs et valeurs qui justifient la protection des sources dans des sociétés démocratiques qui valorisent la liberté d'expression ne sont guère remis en question directement; il n'en demeure pas moins que les nouvelles méthodes de surveillance mettent généralement à mal les systèmes de protection des sources, particulièrement en matière de renseignement. La culture du secret qui entoure leur mise en place et leur adjudication y est pour beaucoup.

TABLE DES MATIÈRES

Résumé	i
Table des matières	ii
Abréviations, sigles et symboles	v
Introduction	1
0.1. Mandat	1
0.2. Juridictions à l'étude	2
0.3. Paramètres de la protection des sources	3
0.4. Droit en vigueur et jurisprudence	6
0.5. Uniformisation terminologique et traductions	7
Partie I : Droit international	8
1. <i>CONVENTION EUROPÉENNE</i>	9
1.1. Article 10.....	9
1.2. Critère développé par la CEDH	10
1.3. Illustrations	12
2. AUTRES SOURCES DE DROIT INTERNATIONAL	15
2.1. <i>Pacte international relatif aux droits civils et politiques</i>	15
2.2. Droit pénal et correspondants de guerre.....	16
2.3. Union européenne	16
Partie II : Juridictions européennes	19
3. BELGIQUE.....	20
3.1. Contexte constitutionnel	20
3.2. <i>Loi relative à la protection des sources journalistes</i>	21
3.2.1. Champ d'application personnel	21
3.2.2. Droit de taire les sources d'information.....	23
3.2.3. Limites aux mesures d'instruction ou d'information.....	24
3.2.4. Immunité criminelle du personnel rédactionnel.....	26
3.2.5. Lacunes de la loi-bouclier.....	27
3.3. Lacunes du régime de renseignement	27
4. SUÈDE.....	30
4.1. Contexte constitutionnel	30
4.2. <i>Loi sur la liberté de la presse (1949)</i>	31
4.2.1. Champ d'application matériel : l'imprimé	32

4.2.2. Principes fondamentaux	33
4.2.3. Droit à la liberté d'expression en général	34
4.2.4. Droit de communiquer une information	35
4.2.5. Droit à l'anonymat de l'informateur	36
4.2.6. Procédure de liberté de presse.....	44
4.3. Loi fondamentale sur la liberté d'expression (1991)	46
5. NORVÈGE.....	48
5.1. Contexte constitutionnel	48
5.2. Matières civiles.....	49
5.3. Matières criminelles.....	50
5.4. Protection contre les moyens coercitifs	55
5.4.1. Mandats de perquisition et fouilles.....	56
5.4.2. Surveillance par caméra	57
5.4.3. Ordonnances de saisie et de divulgation	57
5.5. Surveillance des communications.....	58
5.5.1. Encadrement à l'égard des rédacteurs ou journalistes	58
5.5.2. Contrôle administratif et reddition de compte	59
5.5.3. Commission de vérification de la surveillance	61
5.5.4. Représentation par des <i>amici curiae</i>	62
6. ALLEMAGNE	64
6.1. Contexte constitutionnel	65
6.1.1. Liberté de presse en Allemagne	65
6.1.2. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle	65
6.2. Matières civiles.....	68
6.3. Matières fiscales.....	69
6.4. Matières criminelles.....	70
6.5. Mandats de perquisition	72
6.6. Autres mesures d'enquête	73
6.7. Agences de renseignement.....	74
Partie III : Juridictions de common law	76
7. PRIVILÈGE ET NEWSPAPER RULE.....	77
7.1. Notion de privilège	77
7.2. Absence de privilège et <i>newspaper rule</i>	77
7.3. Balbutiements de la protection des sources.....	79
7.3.1. <i>Attorney-General v. Mulholland</i> (R.-U., 1963)	79
7.3.2. <i>British Steel Corporation v. Granada Television</i> (R.-U., 1980)	79
7.3.3. <i>Alex Harvey Industries</i> (N.-Z., 1980)	81
7.4. Conclusion partielle	81
8. ROYAUME-UNI	82
8.1. Droit à la liberté d'expression	82
8.2. <i>Contempt of Court Act 1981</i>	83
8.2.1. <i>Secretary of State for Defence v. Guardian</i> (1984)	84
8.2.2. <i>Company Securities (Insider Dealing) Act 1985</i> (1987)	85
8.2.3. <i>X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd.</i> (1990)	85
8.2.4. <i>Ashworth Security Hospital v. MGN Ltd.</i> (2002)	86

8.3. Mandats de perquisition et de communication.....	86
8.3.1. Mandats de perquisition	87
8.3.2. Ordonnances de communication de documents	87
8.4. Autorisations d'interception et de surveillance	88
9. NOUVELLE-ZÉLANDE	91
9.1. Droit fondamental à la liberté d'expression.....	91
9.2. Réforme du droit de la preuve de 2006	92
9.2.1. À l'origine : la <i>newspaper rule</i>	92
9.2.2. <i>Evidence Amendment Act 1980</i>	92
9.2.3. Réforme du droit de la preuve de 2006	93
9.3. Autorisations judiciaires	97
9.3.1. Mandats de perquisition	98
9.3.2. Autorisations de surveillance	100
9.3.3. Ordonnances d'interrogatoire et de communication.....	101
10. ÉTATS-UNIS.....	102
10.1. Droit fédéral	102
10.1.1. Premier amendement et <i>Branzburg v. Hayes</i> (1972)	103
10.1.2. Jurisprudence du 9 ^e circuit	104
10.1.3. <i>Privacy Protection Act</i> (1980) et <i>subpoenas</i>	106
10.1.4. Un privilège reconnu par la common law?	107
10.1.5. Directives fédérales	108
10.2. Californie.....	109
10.2.1. Historique.....	109
10.2.2. Constitution de la Californie	109
10.2.3. <i>Code of Civil Procedure</i>	110
10.3. Vermont	111
10.3.1. Loi-bouclier de mai 2017	111
10.3.2. Protection constitutionnelle.....	112
10.4. Massachusetts	113
Conclusion	115
Lexique	119
Note biographique	122

ABRÉVIATIONS, SIGLES ET SYMBOLES

§	paragraphe
±	équivalent fonctionnel
=	traduction
al.	alinéa
amend.	amendement
ann.	annexe
<i>Årsrapport</i>	Rapport annuel [Norvège]
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (±gazette officielle) [Allemagne]
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (=Cour de justice fédérale) [Allemagne]
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (=Cour constitutionnelle) [Allemagne]
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (=Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle) [Allemagne]
BvR	Numéro de dossier de la Cour constitutionnelle [Allemagne]
c.	chapitre
C.A.	Cour d'appel [toutes juridictions]
Cal. Stat.	<i>California Statutes</i> [Californie]
C.Arb.	Cour d'arbitrage (désormais : Cour constitutionnelle) [Belgique]
Cass.	Cour de cassation [Belgique]
C.E.	Communautés européennes
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C.F.R.	<i>Code of Federal Regulations</i> [États-Unis]
ch.	chapitre
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Fed. R. Civ. P.	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i> [États-Unis]
Fed. R. Evid.	<i>Federal Rules of Evidence</i> [États-Unis]
FOR	<i>Forskrift</i> (=règlement) [Norvège]
GVBl.	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt</i> (=gazette officielle d'un land) [Allemagne]
H.C.	High Court [Royaume-Uni et Nouvelle-Zélande]
H.L.	House of Lords [Royaume-Uni]

Innst.	<i>Innstilling</i> (=rapport d'une commission parlementaire) [Norvège]
IPC	Investigatory Powers Commissioner [Royaume-Uni]
J.O.	Journal officiel [Communautés européennes / Union européenne]
<i>Lag</i>	Loi [Suède]
lég.	législature
L.J.	Lord Justice [Royaume-Uni]
LOV	Loi [Norvège]
Mass.	Massachusetts
<i>M.B.</i>	Moniteur belge (±gazette officielle) [Belgique]
Meld. St.	<i>Melding til Stortinget</i> (±livre blanc) [Norvège]
NJA	<i>Nytt Juridiskt Arkiv</i> (Recueil des arrêts de la Cour suprême) [Suède]
NOU-er	<i>Norges offentlige utredninger</i> (=Rapports publics de la Norvège; ±travaux préparatoires) [Norvège]
N.-Z.	Nouvelle-Zélande
N.Z.L.R.	<i>New Zealand Law Reports</i>
Ot.prp.	<i>Odelstingsproposisjon</i> (=projet de loi présenté au <i>Odelsting</i> ; jusqu'en 2009, le parlement norvégien (<i>Storting</i>) siégeait en plénière ou en deux chambres, l' <i>Odelsting</i> et le <i>Lagting</i> , chacune comptant trois quarts et un quart des députés) [Norvège]
par.	paragraphe
Prop. L.	<i>Proposisjon til Stortinget</i> (=projet de loi) [Norvège]
Q.B.D.	<i>Queen's Bench Division</i> [Royaume-Uni]
Rt.	<i>Norsk Retstidende</i> (±Recueil des arrêts de la Cour suprême) [Norvège]
R.T.N.U.	Recueil des Traités des Nations Unies
R.-U.	Royaume-Uni
sec.	<i>Section</i> d'une loi au sens anglais, lorsque cette loi est divisée en <i>Articles</i> qui sont eux subdivisés en <i>Sections</i> .
sess.	session d'une législature
SFS	<i>Svensk författningssamling</i> (=Recueil des lois) [Suède]
SOU	<i>Statens offentliga utredningar</i> (=Rapports publics de l'État; ±travaux préparatoires) [Suède]
trad.	traduit ou traduction
U.S.C.	<i>United States Code</i>
V.S.A.	<i>Vermont Statutes Annotated</i>

INTRODUCTION

[1] Généralement conceptualisée comme un attribut du droit à l'information et corollaire du droit fondamental à la liberté d'expression, la protection des sources journalistiques opère une valse-hésitation entre le renforcement des protections accordées aux journalistes depuis l'après-guerre et l'impératif sécuritaire versatile, qui s'accompagne d'une évolution rapide des dispositifs de surveillance. Si l'incertitude a longtemps présidé aux contours exacts de la nature d'un « droit » à la protection des sources, l'on remarquera généralement, dans les juridictions européennes et en common law, une codification de ce droit au cours des dernières décennies, laissant place à l'abdication graduelle de la discrétion judiciaire. Ce rapport vise à tracer le portrait de quelques régimes de protection des sources journalistiques en Europe ainsi qu'en common law.

[2] La récurrence de certaines questions devant la plupart des juridictions étudiées est évidente. Qui est un journaliste? *Quid* des nouveaux médias, blogueurs et consorts? Qui est titulaire de ce « droit » à la protection des sources? La protection accordée prend-elle fin avec la divulgation de la source? Une renonciation par la source est-elle opposable au journaliste? La protection équivaut-elle à un privilège?

0.1. Mandat

[3] J'ai reçu le mandat de la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques de dresser un inventaire des principales normes juridiques qui protègent l'identité des sources confidentielles en Europe et dans les juridictions de common law. Il fut convenu de porter mon attention sur la Belgique, la Suède, la Norvège et l'Allemagne ainsi que sur trois juridictions de common law (Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande et États-Unis) afin de dresser un portrait qui reflète le plus possible la diversité des instruments législatifs, des contrôles administratifs et de l'encadrement judiciaire.

[4] Ce rapport ne dresse pas d'inventaire exhaustif des sources de droit des juridictions étudiées. D'une part, j'ai sélectionné (i) les principaux régimes qui encadrent la contraignabilité des journalistes devant les instances civiles, criminelles ou administratives. D'autre part, je présente (ii) les limites à l'obtention d'autorisations judiciaires telles que les mandats de perquisition, de communication et de surveillance à l'égard de journalistes ou de locaux

rédactionnels. Je ne m'intéresse pas aux conditions générales qui encadrent la délivrance d'autorisations judiciaires, mais bien et seulement aux conditions spécifiques de leur délivrance à l'égard de journalistes ou de locaux rédactionnels. Il sera toutefois indispensable, dans certains cas, que j'effleure ces conditions générales. Finalement, ce rapport ne porte pas sur l'encadrement des agences de renseignement, qui sont le plus souvent en marge des protections usuelles, bien que je les effleure aussi à certaines occasions.

[5] Ce rapport présente les régimes de protection, sans nécessairement aborder toutes les exceptions qui y sont prévues. Il ne peut considérer leur application concrète dans le plus fin détail. La jurisprudence présentée est une sélection des décisions-clefs et vise à illustrer les contours de la protection des sources. Elle ne saurait être interprétée comme établissant un portrait exhaustif de tous ses paramètres.

0.2. Juridictions à l'étude

[6] La première partie du rapport s'intéresse au droit international, en particulier à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui exerce une forte influence sur les tribunaux européens et qui a développé un critère assez souple afin de déterminer si l'ingérence d'un État dans le droit à la liberté d'expression d'une personne est justifiable dans une société démocratique.

[7] La seconde partie porte sur quatre juridictions européennes. La Belgique est connue pour avoir adopté une loi-bouclier ayant un champ d'application fort étendu et présentant des exceptions exigeantes, mais le spectre du renseignement secret la menace sur le flanc. La Suède protège les sources journalistiques au cœur même de sa constitution en optant pour une protection du droit des citoyens de partager toute information et une obligation des journalistes de ne pas révéler leur identité, sous peine d'amende. La Norvège présente un régime moins centralisé que la Suède, prévoit la non-contrainabilité des journalistes et encadre l'octroi d'autorisations judiciaires à leur égard, notamment par l'exigence de la présence d'un *amicus curiae* devant les instances autorisatrices. Enfin, l'Allemagne prévoit des règles de non-contrainabilité ainsi qu'un encadrement des autorisations judiciaires. Sa constitution forte offre une protection directe et résiduelle du secret rédactionnel et du secret des sources, ce qui signifie que les sources pourraient, en principe, être protégées directement par la constitution si les dispositions législatives spécifiques s'avéraient insuffisantes ou inapplicables.

[8] La troisième partie s'intéresse à trois juridictions de common law, choisies en raison de leur proximité avec la tradition juridique canadienne et de la diversité de leurs approches : le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis. Si la common law n'a pas reconnu, historiquement, de privilège journalistique générique, ces États ont adopté des règles qui y remédient.

[9] Le Royaume-Uni protège les sources par une non-contrainabilité limitée des journalistes, mais présente un régime de surveillance qui met potentiellement en danger la confidentialité des sources.

[10] La Nouvelle-Zélande a abrogé la discrétion de la common law en créant une présomption de non-contrainabilité et, ce faisant, un privilège journalistique limité. Son régime d'autorisations judiciaires cohérent intègre ce privilège.

[11] Enfin, les États-Unis présentent un portrait bigarré où la dualité des ordres législatifs a donné naissance à autant de règles qu'il y a d'États. La plupart des États protègent désormais les sources par une loi-bouclier ou, moins souvent, par une interprétation de la constitution ou par une évolution de la common law. Quant au droit fédéral, la Cour suprême a omis de se prononcer sur la question depuis *Branzburg v. Hayes*¹ en 1972, où elle avait – non sans multiples dissidences, dissonances et concordances – refusé de reconnaître un privilège constitutionnel en matière de citations à comparaître décernées par un grand jury. Le Congrès n'étant pas parvenu à un consensus, les cours d'appel fédérales, de circuit en circuit, se prononcent sur la question et plusieurs ont interprété le premier amendement de la Constitution des États-Unis de manière à conférer un privilège journalistique.

0.3. Paramètres de la protection des sources

A. Nature de la protection

[12] La protection des sources prend le plus souvent la forme d'un droit de refuser de témoigner, synonyme d'immunité relative ou de non-contrainabilité devant un tribunal. Par non-contrainabilité, j'entendrai dans ce rapport une exception partielle à l'obligation de témoigner lorsqu'une citation à comparaître a été délivrée, et non à une inaptitude², inhabilité³ ou exemption de se présenter devant le tribunal.

[13] Ce droit connaît plusieurs variations d'appellation sur un même thème : droit de *taire* (Belgique), droit à l'*anonymat* d'une source (Suède), *exemption* de preuve (Norvège), droit de *refuser* de témoigner (Allemagne) ou encore *privilège limité* (common law). Seule la Suède érige cette faculté en véritable obligation. Ce droit appartient le plus souvent au journaliste ou au personnel rédactionnel et il apparaît plus exact de parler d'une *faculté* plutôt que d'un *droit subjectif*⁴. En effet, un droit subjectif est une « [p]rérogative reconnue à une personne [...], dont celle-ci peut se prévaloir pour faire, exiger ou interdire quelque chose dans son

¹ *Branzburg v. Hayes* (1972), 408 U.S. 665 (Cour suprême, É.-U.).

² *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 276.

³ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 3, 4 et 16.1(1).

⁴ Je m'inspire ici de Koen Lemmens, « La protection des sources journalistiques : un commentaire de la loi du 7 avril 2005 », (2005) 124 *Journal des tribunaux* 669, p. 676, n° 44.

propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui. »⁵ Or, j'émetts l'hypothèse que la faculté dont il est ici question ne relève justement pas d'un intérêt propre ou de l'intérêt d'autrui, mais d'un intérêt public diffus, qui est étranger à la notion de droit subjectif.

B. Instruments législatifs utilisés

[14] Les instruments utilisés pour codifier cette faculté sont le plus souvent les codes ou règles de procédure judiciaire en matière civile et criminelle et les règles de preuve (Norvège, Allemagne, Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande) ou des lois-boucliers (Belgique, Vermont). Les constitutions n'incluent le plus souvent qu'une énonciation générale du droit à la liberté de presse ou d'expression, sauf exception (Suède, Californie). Enfin, certains des régimes font appel à l'interprétation de l'énonciation générale d'un droit constitutionnel pour protéger les sources (États-Unis) ou recourent à la malléabilité de la common law (Massachusetts). Quoique les constitutions nationales soient souvent complétées par des règles particulières, leur énonciation du droit à la liberté d'expression permet parfois une protection résiduelle complétive (Allemagne). Enfin, ces protections sont interprétées à l'aune du droit international (Europe). Des règlements (Norvège) ou des directives ministérielles (États-Unis) encadrent l'action des autorités.

C. Personnes protégées

[15] Le champ d'application personnel (*ratione personæ*) des dispositions protectrices des sources se conceptualise en deux grands ensembles : les journalistes et le personnel rédactionnel.

[16] Il est rare que le journaliste au sens strict soit le seul à être protégé. La plupart du temps, la profession de journaliste, rémunéré ou non, occasionnel ou régulier, a été élargie aux personnes qui mènent une activité journalistique le moins régulièrement. Dans de rares cas, seuls les journalistes titulaires d'une agrégation sont protégés (Belgique, seulement en matière de renseignement).

[17] L'ensemble du personnel rédactionnel est généralement protégé, car les dispositions législatives reconnaissent la possibilité que les collaborateurs des journalistes soient en contact avec des informations sensibles ou confidentielles en lien avec les sources. Les départements publicitaires sont généralement exclus, bien que la publicité fasse partie du droit à la liberté d'expression.

D. Informations et matériel protégés

[18] Le champ d'application matériel (*ratione materiæ*) peut être analysé sous l'angle de la nature de l'information protégée ou du support sur lequel elle se trouve. L'information protégée est le plus souvent l'identité de la source elle-même ainsi que les circonstances ou éléments qui sont susceptibles de permettre son

⁵ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, « droit subjectif ».

identification, peu importe leur support (document, fichier, photo, disque dur, etc.). La protection couvre généralement le matériel journalistique et parfois le matériel non publié. La plupart des juridictions définissent les types de matériel protégé par une description ou par voie d'énumération des éléments protégés.

[19] Le champ d'application matériel peut également être analysé sous l'angle du caractère de l'information protégée. Dans certains cas, seul le matériel confidentiel est protégé : l'identité de la source, les informations qui permettraient de la découvrir et les documents qui font l'objet d'une entente de confidentialité. Dans d'autres, tout le matériel journalistique peut être protégé, qu'il permette ou non l'identification de la source, qu'il soit confidentiel ou non.

E. Lieux et moyens de communication protégés

[20] La notion de lieux protégés est capitale pour appliquer les critères de délivrance d'autorisations judiciaires. J'utiliserai le plus souvent l'expression « locaux rédactionnels » pour référer à la rédaction et aux lieux connexes. Les lieux protégés incluent souvent le domicile du journaliste. Certaines juridictions préféreront opter pour le critère de possession réelle ou de contrôle : un document sera protégé selon qu'il est en possession du personnel rédactionnel ou du journaliste (Royaume-Uni). La propriété des moyens surveillés est parfois également pertinente : l'écoute électronique sera balisée en amont dans certains cas à l'égard des téléphones qui appartiennent, formellement ou non, à un journaliste (Norvège).

F. Critères d'application de la protection et des exceptions

[21] Trois conditions cumulatives sont généralement nécessaires pour activer toute forme de protection : (i) la qualification d'une personne à titre de journaliste ou de membre du personnel rédactionnel, qui est souvent tributaire d'un lien d'emploi ou similaire pour une entreprise ou d'une activité journalistique, (ii) l'intention de la source de voir son information publiée par le journaliste, qu'il y ait ou non publication, et (iii) la confidentialité de la source, à l'origine et au moment de la requête en divulgation.

[22] Les exceptions à la non-contrainabilité sont formulées autour de thèmes récurrents requérant la preuve de la *nécessité* de la divulgation. Cette nécessité de divulguer la source se décline en diverses variations, auxquelles appartiennent (i) la gravité du crime qui fait l'objet d'une enquête, (ii) la prévention d'un préjudice physique grave, (iii) les droits de l'accusé ou du justiciable, (iv) le principe de recherche de la vérité judiciaire, (v) les intérêts de la justice, (vi) le principe de subsidiarité des moyens raisonnables, (vii) l'importance de la preuve ou encore (viii) des « raisons spéciales ».

[23] Le principe de *subsidiarité* des moyens raisonnables requiert de la partie qui demande la divulgation de faire la preuve qu'il n'existe pas d'autres moyens raisonnables d'obtenir l'information – ou qu'ils ont été épuisés.

[24] La plupart des régimes opèrent ensuite une opération de *pondération* entre les intérêts en jeu : l'intérêt public à la divulgation – souvent lié au principe de nécessité – et l'intérêt public à la confidentialité de la source. Ce dernier découle de l'*a priori* qu'il est impératif de protéger la source confidentielle comme attribut du droit à l'information et du droit à la liberté d'expression dans une société démocratique. À ce stade, l'effet dissuasif de la divulgation d'une source sur la disponibilité future des sources – *the chilling effect* – est considéré.

[25] Enfin, la *proportionnalité* de l'atteinte au droit fondamental avec la finalité de la fouille, saisie ou divulgation constitue un dernier rempart.

[26] Si la discrétion judiciaire a généralement cédé le pas à une plus grande formalisation des règles qui encadrent les exceptions, il n'en demeure pas moins qu'elle persiste, dans une moindre mesure, au stade de la pondération des intérêts en présence et, le cas échéant, de la détermination du contenu d'une ordonnance de divulgation.

G. Régimes pénaux et sanctions possibles

[27] Au-delà de l'annulation des citations à comparaître ou des autorisations judiciaires à l'égard de journalistes qui se prévalent d'une protection, les autorisations judiciaires injustifiées à l'égard de journalistes mènent à un faisceau de conséquences potentielles : l'interdiction d'utiliser les informations obtenues (Belgique, en matière de renseignement), l'inadmissibilité de la preuve obtenue (Nouvelle-Zélande), le recours civil contre l'État (États-Unis) ou encore le recours pénal contre le représentant de l'État (Suède).

0.4. Droit en vigueur et jurisprudence

[28] Les dispositions législatives auxquelles il est fait référence dans ce rapport étaient en vigueur au printemps 2017, à moins d'indication contraire. Vu la récence et l'imminence de modifications législatives importantes dans certaines juridictions, une date précise est indiquée au début de chaque section juridictionnelle.

[29] Vu l'absence de refonte constante des lois dans plusieurs juridictions, les dispositions législatives citées réfèrent le plus souvent à la loi d'origine, sans mention des lois modificatives qui se sont succédé. Il est entendu que ces lois citées sans autre précision incluent les amendements jusqu'à ce jour.

[30] Dans les juridictions européennes, à l'exception du Royaume-Uni, il n'est pas coutume de référer à la jurisprudence par un intitulé. Par souci de lisibilité, j'ai parfois ajouté un intitulé, qui ne contient pas le nom des parties, dans la mesure où les décisions sont souvent dépersonnalisées par souci de protection de la vie privée.

0.5. Uniformisation terminologique et traductions

[31] Le droit comparé comporte les dangers de ses ambitions. Aussi est-il périlleux de comparer des intraduisibles ou de trouver des points communs à des équivalents fonctionnels. Une uniformisation terminologique fut nécessaire afin de refléter l'équivalence des concepts et des normes. Certains termes tels que « journaliste » ou encore « non-contrainabilité » et « subsidiarité » seront utilisés de manière générique, étant entendu qu'ils doivent être nuancés au gré des contextes juridictionnels. Dans certains cas, des traductions littérales sont utilisées pour refléter le particularisme de concepts étrangers au droit québécois. Le lecteur est invité à consulter le lexique (voir *infra*, p. 119).

[32] L'architecture des lois étrangères et la nomenclature de leurs divisions et subdivisions ont été adaptées autant que possible à la terminologie juridique québécoise afin de faciliter la compréhension. Les équivalents fonctionnels sont identifiés par le symbole [±].

[33] Les traductions des textes législatifs dont la version officielle en vigueur est indisponible en français ou en anglais ont été réalisées par l'auteur, à moins d'une mention contraire. Les titres originaux des lois ou règlements ont été conservés et sont suivis du symbole [=] et de leur traduction.

PARTIE I : DROIT INTERNATIONAL

1. *Convention européenne*

[34] La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁶ (« *Convention européenne* ») est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Elle a été signée à ce jour par 47 États. Une série de protocoles la complètent. Son article 10 protège la liberté d'expression.

[35] Elle institue la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») (art. 19), qui peut être saisie par un État signataire, une personne physique, un organisme ou un groupe de personnes (art. 33-34). Une requête n'est recevable qu'en cas d'épuisement des recours en droit interne (art. 35(1)). La CEDH peut accorder à une partie lésée une satisfaction équitable (art. 41) et rendre des avis interprétatifs sur la *Convention européenne* (art. 47). Ses arrêts ont force obligatoire et les parties contractantes s'engagent à s'y conformer. En cas d'omission de se conformer à un arrêt, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe peut être saisi et mettre en demeure une partie contractante, puis saisir la Cour de cette allégation. La CEDH examine alors les mesures à prendre si elle constate une violation de l'engagement de se conformer à un arrêt (art. 46).

1.1. Article 10

[36] L'article 10 de la *Convention européenne* consacre à son premier paragraphe le droit de toute personne à la liberté d'expression, dans lequel est enchâssé le droit de communiquer et recevoir des informations. Le deuxième paragraphe prévoit les limites qui peuvent être imposées par les signataires, pourvu que ces restrictions soient (i) prévues par la loi et (ii) nécessaires dans une société démocratique :

Article 10 – Liberté d'expression

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

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

[Soulignement ajouté]

⁶ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, entrée en vigueur le 3 septembre 1953 en Suède, en Norvège, en Allemagne et au Royaume-Uni et le 14 juin 1955 en Belgique [*Convention européenne*].

[37] La Recommandation du 8 mars 2000 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe définit le journaliste comme « toute personne physique ou morale pratiquant à titre régulier ou professionnel la collecte et la diffusion d'informations au public par l'intermédiaire de tout moyen de communication de masse »⁷. Par source, il entend « toute personne qui fournit des informations à un journaliste ».

[38] Dans cette recommandation, le Comité des ministres réitère l'importance que la législation des États signataires ne prévoient pas d'autres restrictions à la protection des sources que celles qui sont énoncées au paragraphe 2 de l'article 10. Il souligne que l'ingérence de l'État doit répondre à des circonstances vitales et graves et insiste sur le principe de subsidiarité et l'importance des garanties procédurales, dont le droit d'être entendu lorsque des sanctions sont imposées au journaliste. Enfin, il réaffirme la nécessité de voies de recours et la limitation de l'étendue de la divulgation, le cas échéant.

[39] Dans une recommandation de 2011, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe soulignait l'importance que l'évolution technologique ne se fasse pas au détriment de la protection des sources, en raison notamment des capacités croissantes de surveillance des autorités publiques. Elle estimait que seuls les journalistes sont protégés par le « privilège professionnel » et que les « personnes qui disposent d'un site internet ou d'un blog » ne sont pas ceintes par la protection⁸.

1.2. Critère développé par la CEDH

[40] La jurisprudence de la CEDH sur la liberté d'expression est légion. Aussi me limiterai-je dans son étude à la présentation du critère qu'elle a développé pour déterminer la conformité de l'ingérence des États signataires avec l'article 10. Puis je présenterai un distillat de ses décisions phares⁹ sur la protection des sources.

[41] À titre général, la jurisprudence de la CEDH conçoit une source comme « toute personne qui fournit une information à un journaliste [traduction] »¹⁰. Les circonstances dans lesquelles l'information a été transmise et le matériel non publié transmis par la source font partie des informations susceptibles d'identifier une source¹¹. Le fait qu'une source soit connue n'anéantit pas le droit protégé par

⁷ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation n° R (2000) 7 sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information*, définitions et principes 3-5; voir aussi Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Exposé des motifs de la Recommandation n° R (2000) 7*; Conseil de l'Europe, Conférence ministérielle européenne, *Résolution n° 2: Les libertés journalistiques et les droits de l'homme*, adoptée lors de la 4^e Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse, Prague, 7 et 8 décembre 1994.

⁸ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Recommandation 1950 (2011) sur la protection des sources d'information des journalistes*, par. 12 et 15.

⁹ Pour un aperçu des décisions sur la liberté d'expression, voir Dirk Voorhoof et al., *La liberté d'expression, les médias et les journalistes : La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, coll. « IRIS Thèmes », vol. III, Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2015.

¹⁰ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 81.

¹¹ *Ibid.*, par. 81.

l'article 10¹². La Cour souligne que la protection des sources n'est pas un apanage ou un privilège du journaliste, mais un attribut du droit à l'information¹³. Elle accepte le principe de l'effet dissuasif d'une divulgation sur les sources et rappelle l'importance du proverbial rôle de « chien de garde » que tient le journalisme dans la vie démocratique¹⁴.

[42] La CEDH traite de manière constante la question de la violation de l'article 10. Le critère en quatre étapes requiert (i) de constater l'existence d'une ingérence par un État dans un droit protégé par la *Convention européenne* et de vérifier si (ii) l'ingérence est prévue par la loi, si (iii) cette ingérence poursuit un but légitime et si (iv) elle est nécessaire dans une société démocratique.

[43] La question de l'existence d'une *ingérence* par l'État n'est généralement pas particulièrement contentieuse.

[44] Le critère de *légalité* ne se borne pas à déterminer si l'ingérence a une assise dans une norme juridique interne. On exige au demeurant que cette norme soit raisonnablement intelligible et que son application soit raisonnablement prévisible et non arbitraire¹⁵. Bref, une qualité législative est exigée¹⁶. Il est tenu compte des garanties procédurales¹⁷. L'exigence que l'ingérence soit « prévue par la loi » entend le mot « loi » au sens matériel et non formel¹⁸.

[45] La question de l'*objectif légitime* que vise l'atteinte au droit inclut la prévention de la criminalité et du désordre¹⁹, la protection de la réputation d'autrui²⁰, la protection d'informations confidentielles²¹ ou encore la protection d'intérêts économiques privés²² tout comme la protection du secret de l'instruction pour garantir l'impartialité du pouvoir judiciaire²³.

[46] Le critère de *nécessité* dans une société démocratique est particulièrement protéiforme. Généralement, la Cour souligne que la nécessité requiert de déterminer si l'ingérence répond à un besoin social impérieux, dans l'appréciation duquel il convient de laisser une marge de manœuvre à l'État²⁴. Pour qualifier la mesure de

¹² *Ibid.*, par. 95.

¹³ *Ibid.*, par. 97.

¹⁴ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH), par. 39.

¹⁵ *Ibid.*, par. 31.

¹⁶ *Delfi AS c. Estonie*, n° 64569/09, 16 juin 2015 (CEDH), par. 120-121.

¹⁷ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 87-90.

¹⁸ *Ernst c. Belgique*, n° 33400/96, 15 juillet 2003 (CEDH), par. 96.

¹⁹ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 92; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH), par. 50.

²⁰ *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 59. Voir aussi, en général, *Delfi AS c. Estonie*, n° 64569/09, 16 juin 2015 (CEDH), par. 130.

²¹ *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 59.

²² *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH), par. 35.

²³ *Ernst c. Belgique*, n° 33400/96, 15 juillet 2003 (CEDH), par. 98.

²⁴ *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 55; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH), par. 51; *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH), par. 40.

nécessaire, la CEDH étudie les motifs soumis par les autorités pour justifier l'ingérence et exige qu'ils soient pertinents et suffisants²⁵. À partir de cette analyse, la CEDH détermine si l'ingérence est proportionnée au but légitime qu'elle vise²⁶. Dans l'analyse de la proportionnalité, la CEDH souligne qu'une perquisition est plus intrusive qu'une ordonnance de divulgation²⁷. Pour déroger à la protection, la CEDH exige un impératif prépondérant d'intérêt public²⁸. La subsidiarité des moyens constitue ici également un critère d'appréciation²⁹. L'illégalité du comportement de la source ne prive pas le journaliste de son droit à la liberté d'expression³⁰.

1.3. Illustrations

[47] Dans la notoire affaire *Goodwin c. Royaume-Uni* (1996)³¹ – dont je traite aux paragraphes [288] à [291] –, un journaliste recevait d'une source une information confidentielle sur une compagnie en difficulté financière. La compagnie obtenait une ordonnance de divulgation à l'égard du journaliste, mais ce dernier refusait de divulguer sa source et se rendait coupable d'outrage. La CEDH accueillait la requête du journaliste et la majorité des juges constatait une violation de l'article 10 au motif que l'ordonnance de divulgation n'était pas proportionnée et ne pouvait être considérée comme nécessaire dans une société démocratique³². Elle estimait que même si la protection d'un intérêt économique privé était pertinente à l'analyse, elle ne l'emportait pas sur l'intérêt public à la protection des sources ici, d'autant plus qu'une ordonnance enjoignant le journaliste à ne pas publier sur le sujet avait déjà, en partie, jugulé l'épée de Damoclès qui planait sur le sort de la compagnie³³.

[48] Dans *Roemen et Schmit c. Luxembourg*³⁴ (2003), un journaliste avait écrit un article sur les infractions fiscales commises par un ministre. Des saisies avaient lieu au domicile du journaliste et sur son lieu de travail, car on le suspectait d'avoir pour sources des fonctionnaires qui avaient enfreint leur devoir de confidentialité. La CEDH concluait que d'autres méthodes auraient pu être employées. Les mesures utilisées étaient disproportionnées et, si les motifs des autorités étaient pertinents,

²⁵ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 94; *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 60; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH), par. 51.

²⁶ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 94; *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark*, n° 40485/02, 8 décembre 2005, CEDH 2005-XIII 269, p. 285.

²⁷ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 95.

²⁸ *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH), par. 54.

²⁹ *Ibid.*, par. 56.

³⁰ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 97; *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 65.

³¹ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH).

³² *Ibid.*, par. 46.

³³ *Ibid.*, par. 42.

³⁴ *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH).

ils n'étaient guère suffisants³⁵. La Cour notait qu'une saisie est une mesure plus attentatoire qu'une ordonnance de divulgation.

[49] Dans *Ernst c. Belgique*³⁶ (2003), des saisies avaient eu lieu dans des locaux rédactionnels, les voitures de journalistes et leur domicile. Ces perquisitions étaient faites dans un contexte où des magistrats étaient soupçonnés d'avoir enfreint leur serment de confidentialité relativement à des fuites médiatiques sur plusieurs affaires impliquant, notamment, l'assassinat d'un ministre d'État. La CEDH critiquait le fait qu'à aucun moment il ne fut allégué que les articles publiés contenaient des informations confidentielles. La CEDH soulignait l'ampleur des perquisitions, mesurées à l'absence de tentative d'obtenir les informations par d'autres moyens. Jugeant les mesures disproportionnées, elle concluait à l'existence d'une violation de l'article 10³⁷.

[50] Dans *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark* (2005)³⁸, un journaliste avait infiltré un réseau de pédophiles et filmé leurs rencontres. La Cour estimait que les personnes filmées, n'en ayant pas connaissance, n'avaient pas consenti à fournir des informations et ne pouvaient pas être qualifiées de sources³⁹. Le média qui employait le journaliste avait reçu une ordonnance de divulgation des séquences du reportage qui avaient été coupées au montage. Puisque la Cour suprême du Danemark avait restreint l'ordonnance à certaines parties seulement des séquences et que la protection des enfants et la prévention des crimes graves étaient des objectifs importants, la CEDH concluait que l'ingérence était proportionnée et les motifs, pertinents et suffisants⁴⁰.

[51] Dans *Tillack c. Belgique*⁴¹ (2007), un journaliste allemand couvrant les activités parlementaires européennes à Bruxelles avait publié deux articles sur certaines irrégularités institutionnelles. Après que l'organisme concerné eut enquêté, une instruction avait été ouverte et la police belge perquisitionnait une quinzaine de caisses, des téléphones et ordinateurs à son domicile. Concluant à l'existence d'une ingérence prévue par la loi, la Cour estimait que les autorités avaient des motifs pertinents, mais non suffisants – leurs soupçons étaient fondés sur quelque rumeur. La CEDH concluait que la perquisition était disproportionnée et constituait une violation de l'article 10⁴².

[52] Enfin, dans *Nagla c. Lettonie*⁴³ (2013), une journaliste avait vu son domicile perquisitionné en vertu d'un mandat dans le cadre d'une enquête sur une de ses sources qui lui avait fourni des informations sur les défaillances du système

³⁵ *Ibid.*, par. 59-60.

³⁶ *Ernst c. Belgique*, n° 33400/96, 15 juillet 2003 (CEDH).

³⁷ *Ibid.*, par. 99-105.

³⁸ *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark*, n° 40485/02, 8 décembre 2005, CEDH 2005-XIII, 269.

³⁹ *Ibid.*, p. 284.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 286-287.

⁴¹ *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH).

⁴² *Ibid.*, par. 68.

⁴³ *Nagla c. Lettonie*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH).

informatique des autorités fiscales lettones. Le matériel saisi contenait des informations sur d'autres sources de la journaliste. Concluant à l'existence d'une ingérence prévue par la loi visant un objectif légitime, la Cour estimait que les autorités n'avaient pas fourni de motifs pertinents et suffisants pour justifier la nécessité de la fouille. Elles avaient attendu un long moment avant d'effectuer la perquisition tout en procédant par voie d'urgence, au motif que les données informatiques auraient pu être détruites ou se dégrader. Ce dernier argument ne convainquait pas la Cour que l'intérêt public à la confidentialité des sources devait abdiquer devant l'intérêt de l'enquête et de l'obtention de preuve pertinente⁴⁴.

[53] Il est intéressant de noter, en somme, que la CEDH s'intéresse souvent, du bout des doigts, aux faits postérieurs aux décisions judiciaires critiquées, par exemple à l'absence de dépôt d'accusation en lien avec une enquête qui vise du matériel journalistique. Il ressort généralement de la jurisprudence étudiée que la CEDH adopte un critère relativement flexible, mais constant relativement à la détermination de l'existence d'une violation de l'article 10. Le critère de nécessité de l'ingérence est polyvalent et fait intervenir la plupart des enjeux qui, d'une manière ou d'une autre, font partie des systèmes de protection des sources nationaux.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 101.

2. Autres sources de droit international

[54] Outre la *Convention européenne*, dont l'influence auprès des tribunaux des juridictions européennes recensées dans ce rapport est indéniable, je ne mentionnerai ici que sommairement certaines sources de droit international relatives à la protection des sources et à la liberté d'expression.

2.1. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*

[55] Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴⁵ (« *Pacte* »), adopté le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976, a été ratifié par le Canada et les juridictions qui font l'objet de ce rapport. Il protège la liberté d'expression tout en prévoyant la possibilité de restrictions qui doivent être (i) prévues par la loi et (ii) nécessaires, notamment pour la protection de l'ordre public :

Article 19

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.
2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.
3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :
 - a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
 - b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

[56] Le *Pacte* prévoit la création d'un Comité des droits de l'homme, composé de 18 membres élus par les parties contractantes (art. 28-29), qui a pour tâche d'étudier les rapports périodiques soumis par les États sur la situation des droits protégés par le *Pacte* (art. 40). Le Comité fait rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies annuellement (art. 45). Il peut recevoir les « communications » des États qui prétendent qu'un autre État ne s'acquitte pas de ses obligations, et ce, en cas de réciprocité de la reconnaissance de cette compétence (art. 41). En 2011, dans un de ses commentaires, le Comité soulignait que les États signataires devraient prévoir des régimes pour la protection des sources journalistiques⁴⁶.

⁴⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 187, entré en vigueur le 23 mars 1976 [*Pacte*].

⁴⁶ Comité des droits de l'homme, *General Comment No 34*, 12 septembre 2011, n° CCPR/C/GC/34, par. 45.

2.2. Droit pénal et correspondants de guerre

[57] La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a reconnu un privilège pour les correspondants de guerre. Dans *Procureur c. Brdjanin et Talic*⁴⁷, elle s'interrogeait d'abord sur l'existence même d'un tel privilège. À titre de question préalable, elle estimait qu'il était évident que le travail de correspondant de guerre est d'intérêt général pour justifier une non-contrainabilité et que contraindre des correspondants de guerre nuirait à leur sécurité sur le terrain, car ils seraient perçus comme de potentiels témoins à charge⁴⁸. Elle concluait à l'application de deux conditions cumulatives pour contraindre un correspondant : (i) l'importance de la preuve pour une question fondamentale et (ii) le principe de subsidiarité⁴⁹. Le juge Shahabuddeen, tout en souscrivant au résultat, émettait une réserve sur la première condition, en soulignant qu'elle semblait relever du critère de pertinence, applicable à toute preuve⁵⁰.

[58] La reconnaissance du privilège a ici un champ d'application personnel restreint – les correspondants de guerre et non les journalistes –, mais sa portée matérielle est large : il n'était pas question d'une source confidentielle.

[59] La Chambre de première instance fut appelée à se prononcer à nouveau dans la même cause, car la Chambre d'appel avait annulé l'assignation et une nouvelle requête avait été faite. Elle décida que la première condition n'était pas remplie : le témoignage du correspondant n'avait « aucun intérêt direct pour une question fondamentale »⁵¹.

2.3. Union européenne

[60] En 1994, le Parlement européen formulait dans sa *Résolution sur le secret des sources d'information des journalistes*⁵² le souhait que les États membres qui ne l'avaient pas encore fait incorporent à leur droit interne une protection des sources journalistiques. Elle relevait l'absence de protection au niveau de la Communauté

⁴⁷ *Procureur c. Brdjanin et Talic*, n° IT-99-36-AR73.9, décision relative à l'appel interlocutoire, 11 décembre 2002 (TPI-Y, Chambre d'appel). Sur le sujet, voir Kelly Buchanan, « Freedom of Expression and International Criminal Law: An Analysis of the Decision to Create a Testimonial Privilege for Journalists », (2004) 35 *Victoria University Wellington Law Review* 609.

⁴⁸ *Procureur c. Brdjanin et Talic*, n° IT-99-36-AR73.9, décision relative à l'appel interlocutoire, 11 décembre 2002 (TPI-Y, Chambre d'appel), par. 35-38 et 42.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 50.

⁵⁰ *Procureur c. Brdjanin et Talic*, n° IT-99-36-AR73.9, opinion du juge Shahabuddeen, 11 décembre 2002 (TPI-Y, Chambre d'appel), par. 35.

⁵¹ *Procureur c. Brdjanin*, n° IT-99-36-T, décision sur la deuxième requête de l'accusation aux fins d'enjoindre à Jonathan Randal de comparaître, 30 juin 2003 (TPI-Y, Chambre de 1^{re} instance II), par. 33.

⁵² C.E., Parlement européen, *Résolution sur le secret des sources d'information des journalistes et le droit des fonctionnaires à divulguer les informations dont ils disposent*, n° A3-0434/93, 18 janvier 1994, [1994] J.O. C 44/34, par. 3, 5 et 6.

européenne et exprimait le souhait que ce droit soit enchâssé dans une éventuelle charte européenne des droits.

[61] La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁵³ (« Charte »), proclamée quelques années plus tard, protège le droit à la liberté d'expression et d'information :

Article 11

Liberté d'expression et d'information

1. 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 frontières.

2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.

[62] La *Charte* est applicable aux institutions de l'Union européenne – dont sont pour l'instant membres trois⁵⁴ des quatre juridictions européennes étudiées – ainsi qu'à la transposition du droit européen en droit interne par les États membres⁵⁵. Les tensions qui se dessinent autour du droit à la liberté d'expression reconnu dans la *Charte* et les instruments législatifs de l'Union européenne ont opposé ce droit et la protection des renseignements personnels. En 2014, la Cour de justice de l'Union européenne invalidait la *Directive 2006/24/CE sur la conservation de données*⁵⁶ dans *Digital Rights Ireland c. Minister for Communications et al.*⁵⁷. Bien que la Cour n'estimât pas nécessaire de répondre à la question de savoir si la directive enfreignait le droit à la liberté d'expression protégé par l'article 11, elle soulignait qu'« il n'[était] pas exclu » que ce soit le cas. Elle invalidait la directive pour d'autres motifs.

[63] La décision de la Cour de justice de l'Union européenne dans *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi*⁵⁸ revêt également un intérêt particulier. Dans cette affaire, où il n'était pas question de la *Charte*, un média finlandais s'était vu interdire de publier les données fiscales – par ailleurs publiques – de centaines de milliers de Finlandais. La Cour administrative suprême de la Finlande avait alors demandé à la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer sur

⁵³ C.E., *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2012] J.O. C 326/391. La *Charte* est proclamée dès 2000 ([2000] J.O. C 364/1), mais elle entrera en vigueur en même temps que le *Traité de Lisbonne*.

⁵⁴ Bien qu'elle n'en soit pas membre, la Norvège incorpore bon nombre de directives européennes en droit interne en vertu de son statut de membre de l'Association européenne de libre-échange et de partie à l'Espace économique européen.

⁵⁵ C.E., *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2012] J.O. C 326/391, art. 51.

⁵⁶ C.E., *Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications*, [2006] J.O. L 105/54.

⁵⁷ *Digital Rights Ireland c. Minister for Communications et al.*, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238 (CJUE), par. 28 et 70.

⁵⁸ *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi*, C-73/07, [2008] E.C.R. I-09831 (CJUE).

différentes questions d'interprétation de la *Directive 95/46/CE*⁵⁹ portant sur la protection des données personnelles. Cette directive énonce des règles de traitement de renseignements personnels et prévoit à l'article 9 que les États membres doivent prévoir des exemptions pour le traitement effectué «aux seules fins de journalisme». La Cour soulignait :

61 Il découle de tout ce qui précède que des activités telles que celles de l'affaire au principal, concernant des données provenant de documents publics selon la législation nationale, peuvent être qualifiées d'«activités de journalisme», si elles ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit. Elles ne sont pas réservées aux entreprises de média et peuvent être liées à un but lucratif.

[64] Après l'épuisement des recours en droit interne, une chambre de la CEDH conclura que l'ingérence de l'État finlandais, qui voulait interdire cette publication de données fiscales personnelles en masse, ne constituait pas une violation de l'article 10 de la *Convention européenne*. Elle était nécessaire et ménageait l'équilibre approprié entre la liberté d'expression et la protection de la vie privée. L'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre de la CEDH et est pendante⁶⁰.

⁵⁹ C.E., *Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, [1995] J.O. L 281/31, art. 9.

⁶⁰ *Satakunnan markkinapörssi oy et al. c. Finlande*, n° 931/13, 21 juillet 2015 (CEDH), par. 74, renvoi devant la Grande Chambre pendant (une audience a eu lieu le 14 septembre 2016).

PARTIE II : JURIDICTIONS EUROPÉENNES

3. Belgique⁶¹

[65] En Belgique, la loi-bouclier de 2005 blinde la protection de l'identité des sources journalistiques. Elle crée trois protections : (i) le personnel rédactionnel ne peut être contraint de révéler des informations qui identifieraient une source en toutes matières; (ii) il ne peut faire l'objet de mesures d'information ou d'instruction (±autorisations judiciaires). Dans ces deux cas, sous réserve de l'importance de l'information et du principe de subsidiarité, il peut être fait exception à la protection si l'information peut aider à prévenir la commission d'une infraction qui constitue une menace grave à l'intégrité physique. Enfin, (iii) le personnel rédactionnel bénéficie d'une immunité contre les inculpations de participation à la violation du secret professionnel ou de recel d'un document.

[66] Une loi sur les méthodes de renseignement adoptée en 2010 tempère cette protection. Dans ce cas, seuls les journalistes professionnels bénéficient d'une protection et cette protection est nettement moindre.

3.1. Contexte constitutionnel

[67] La Constitution de la Belgique⁶² prévoit la liberté d'opinion et la liberté de presse en ces termes :

Article 19

La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés.

Article 25

La presse est libre; la censure ne pourra jamais être établie; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs.

[...]

[68] La Belgique est signataire de la *Convention européenne*⁶³. Je souligne les deux décisions⁶⁴ rendues en 2003 et 2007 contre la Belgique par la CEDH, que j'ai résumées ci-dessus.

⁶¹ La législation citée dans cette section est en vigueur au 7 mai 2017, sous réserve de la note 97.

⁶² *Constitution du 17 février 1994* (Belgique), *M.B.*, 17 février 1994, art. 19 et 25.

⁶³ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, entrée en vigueur le 14 juin 1955 en Belgique.

⁶⁴ Soit *Ernst c. Belgique*, n° 33400/96, 15 juillet 2003 (CEDH) et *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH). Pour un résumé, voir *supra*, par. [49] et [51].

3.2. *Loi relative à la protection des sources journalistes*

[69] La *Loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes*⁶⁵ (la « loi-bouclier ») vise une protection étendue des sources et prévoit trois protections dont je traiterai après avoir établi l'étendue du personnel rédactionnel protégé.

3.2.1. **Champ d'application personnel**

[70] En Belgique, une loi adoptée en 1963 prévoit une définition excessivement restrictive du journaliste professionnel, qui doit faire l'objet d'une agrégation par une commission⁶⁶.

[71] En ce qui concerne la définition du journaliste, l'adoption de la loi-bouclier en 2005 est qualifiée de « cacophonique » par Van Enis, qui relève exhaustivement les pierres d'achoppement dans la définition⁶⁷ de même que l'empressement de certains parlementaires et leur désir de ne pas rouvrir le débat sur le champ d'application personnel afin de ne pas manquer l'occasion d'adopter la loi⁶⁸.

[72] Le législateur a choisi de ne pas référer au journaliste professionnel dans la loi-bouclier. À l'origine, l'article 2 étendait les garanties à tout le personnel rédactionnel, mais énonçait une exigence de régularité des contributions :

Art. 2. Bénéficient de la protection des sources telle que définie à l'article 3, les personnes suivantes :

1° les journalistes, soit toute personne qui, dans le cadre d'un travail indépendant ou salarié, ainsi que toute personne morale, contribue régulièrement et directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public;

2° les collaborateurs de la rédaction, soit toute personne qui, par l'exercice de sa fonction, est amenée à prendre connaissance d'informations permettant d'identifier une source et ce, à travers la collecte, le traitement éditorial, la production ou la diffusion de ces mêmes informations.

[Soulignement ajouté]

⁶⁵ *Loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes* [sic] (Belgique), *M.B.*, 27 avril 2005, p. 19522. La loi porte bel et bien ce titre dans le *Moniteur belge*.

⁶⁶ En vertu de la *Loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel* (Belgique), *M.B.*, 14 janvier 1964, p. 295, art. 1, il faut être âgé de 21 ans, avoir fait du journalisme sa profession habituelle pendant deux ans, ne pas avoir cessé depuis plus de deux ans, être rémunéré, etc. L'habilitation est donnée par une commission (*Arrêté royal du 16 octobre 1991 réglant [...] l'obtention du titre de journaliste professionnel* (Belgique), *M.B.*, 17 avril 1992, remplaçant l'*Arrêté royal du 26 janvier 1965*).

⁶⁷ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n^{os} 493 et s. Il aborde ces pierres d'achoppement sous les angles suivants : (i) réticences à la protection de tous, (ii) professionnalisme, (iii) régularité, (iv) information c. opinion, (v) éditorial, (vi) support utilisé et (vii) déontologie.

⁶⁸ *Ibid.*, n^o 506.

[73] Dès 2006, la Cour d'arbitrage, devenue depuis la Cour constitutionnelle, concluait que l'article 2 était invalide en partie⁶⁹, car il enfreignait l'article 19 (liberté d'opinion) et l'article 25 (liberté de presse) de la constitution. La Cour mentionnait l'article 10 de la *Convention européenne* et le paragraphe 19(2) du *Pacte*⁷⁰. Elle déclarait inconstitutionnels, au paragraphe 2(1°), les mots qui sont biffés ci-dessous. Dans cette affaire, un des demandeurs arguait que l'article en entier était inconstitutionnel au motif qu'il le discriminait dans son droit à l'égalité en restreignant le statut de journaliste à quiconque contribue « régulièrement » à un média. Ce demandeur, politicien communal de son métier, mais auteur irrégulier par ailleurs, publiait de temps à autre des contributions. L'article 2 doit dorénavant se lire ainsi, l'exigence de régularité étant abrogée :

Art. 2. Bénéficient de la protection des sources telle que définie à l'article 3, les personnes suivantes :

- 1° ~~les journalistes, soit~~ toute personne qui, ~~dans le cadre d'un travail indépendant ou salarié, ainsi que toute personne morale,~~ contribue ~~régulièrement et~~ directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public;
- 2° les collaborateurs de la rédaction [...].

[Ratures ajoutées pour refléter la déclaration d'inconstitutionnalité]

[74] Selon Van Enis, les personnes couvertes par la disposition incluent, suivant cette invalidation, celles qui œuvrent dans la collecte, la rédaction, la production *ou* la diffusion de l'information et la disposition pourrait couvrir selon lui jusqu'au partage d'information sur les réseaux sociaux⁷¹. De son point de vue, encore que la Cour d'arbitrage n'ait pas défini ce que constitue une activité journalistique, il n'en demeure pas moins que la décision a pour avantage d'aborder la protection des sources selon une thèse fonctionnaliste. À l'heure numérique, ce sont (i) l'intention de publier des informations et (ii) la volonté d'assumer les conséquences de cette publication qui devraient faire partie de l'analyse⁷².

⁶⁹ C.Arb., n° 91/2006, 7 juin 2006 (Cour d'arbitrage, Belgique), par. B.14.1 et dispositif.

⁷⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 187.

⁷¹ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 507.

⁷² *Ibid.*, n°s 507-513.

3.2.2. Droit de taire les sources d'information

A. Principe

[75] La première des protections de la loi-bouclier est celle de taire les sources :

Art. 3. Les personnes visées à l'article 2 ont le droit de taire leurs sources d'information.

Sauf dans les cas visés à l'article 4, elles ne peuvent pas être contraintes de révéler leurs sources d'information et de communiquer tout renseignement, enregistrement et document susceptible notamment :

1° de révéler l'identité de leurs informateurs;

2° de dévoiler la nature ou la provenance de leurs informations;

3° de divulguer l'identité de l'auteur d'un texte ou d'une production audiovisuelle;

4° de révéler le contenu des informations et des documents eux-mêmes, dès lors qu'ils permettent d'identifier l'informateur.

[76] Ce droit s'applique au témoignage de la personne protégée tant en matière civile qu'en matière criminelle⁷³. Elle s'appliquerait donc au journaliste qui comparait comme témoin ou prévenu⁷⁴. Il n'y a aucune obligation d'attirer l'attention de la personne sur son droit, bien que des propositions aient été faites en ce sens⁷⁵. En tout état de cause, ce droit n'équivaut pas à une immunité absolue et se distingue d'un secret professionnel : le journaliste demeure libre de divulguer sa source⁷⁶.

[77] Un auteur souligne que la preuve requise ici est la proverbiale *probatio diabolica* ou preuve diabolique, une preuve d'administration quasi impossible : « comment démontrer en effet, sans le produire, qu'un document serait "susceptible" de révéler l'identité d'un informateur? »⁷⁷

B. Exception

[78] L'exception au droit de taire une source est fort restreinte, car elle ne vise que les menaces graves à l'intégrité physique des personnes et est de nature préventive : elle ne peut toucher les infractions déjà commises. Elle doit être autorisée par le juge. Enfin, les informations doivent être susceptibles de (i) prévenir les infractions constituant une menace grave pour l'intégrité physique, ce qui inclut les infractions de terrorisme susceptibles de menacer l'intégrité physique;

⁷³ Koen Lemmens, « La protection des sources journalistiques : un commentaire de la loi du 7 avril 2005 », (2005) 124 *Journal des tribunaux* 669, p. 674, n° 32.

⁷⁴ Bernard Mouffe, « Observations relatives au texte de la loi sur la protection des sources journalistiques », (2007) 1-2 *Auteurs & Media* 20, p. 28, n° 16.

⁷⁵ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 516.

⁷⁶ Bernard Mouffe, « Observations relatives au texte de la loi sur la protection des sources journalistiques », (2007) 1-2 *Auteurs & Media* 20, p. 33.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 27.

(ii) elles doivent être cruciales pour cette prévention; et (iii) elles doivent respecter le principe de subsidiarité. L'article 4 le prévoit ainsi :

Art. 4. Les personnes visées à l'article 2 ne peuvent être tenues de livrer les sources d'information visées à l'article 3 qu'à la requête du juge, si elles sont de nature à prévenir la commission d'infractions constituant une menace grave pour l'intégrité physique d'une ou de plusieurs personnes en ce compris les infractions visées à l'article 137 du Code pénal, pour autant qu'elles portent atteinte à l'intégrité physique, et si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

1° les informations demandées revêtent une importance cruciale pour la prévention de la commission de ces infractions;

2° les informations demandées ne peuvent être obtenues d'aucune autre manière.

[Soulignement ajouté]

[79] Puisqu'aucune infraction « constituant une menace grave pour l'intégrité physique » n'est nommée, cette exception pourrait en principe laisser une certaine marge de manœuvre au juge. Mais l'exception « apparaît tellement stricte qu'elle en est quasi impraticable. Et ce, d'autant plus que, s'agissant d'une exception, elle doit être interprétée strictement. »⁷⁸ Selon Mouffe, la décision du juge doit être minimalement motivée⁷⁹. Le juge dont il est question ici est le juge d'instruction ou le juge du fond⁸⁰.

3.2.3. Limites aux mesures d'instruction ou d'information

A. Principe

[80] La deuxième protection est une prohibition des mesures d'instruction ou d'information à l'endroit du personnel rédactionnel pour découvrir ses sources. À l'origine, l'article 5 était formulé ainsi :

Art. 5. Les mesures d'information ou d'instruction telles que fouilles, perquisitions, saisies, écoutes téléphoniques et enregistrements ne peuvent concerner des données relatives aux sources d'information des personnes visées à l'article 2 que si ces données sont susceptibles de prévenir la commission des infractions visées à l'article 4, et dans le respect des conditions qui y sont définies.

[Soulignement ajouté]

[81] Dès 2006, le législateur modifie⁸¹ l'article 5, modification qui entrera en vigueur en 2007. Cet amendement vise la clarté juridique, mais ne modifie pas le

⁷⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁰ Belgique, Chambre des représentants, *Rapport fait au nom de la Commission de la justice*, 51^e lég., 15 avril 2004, document parlementaire n° 51-0024/010, p. 14.

⁸¹ *Loi du 9 mai 2006 visant à modifier l'article 5 de la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques* (Belgique), *M.B.*, 7 mars 2007, p. 11186, art. 2.

principe voulant que l'énumération des mesures d'information ou d'instruction n'était pas exhaustive. En effet, l'énumération est remplacée par « aucune »⁸² :

Art. 5. Il ne pourra être procédé à aucune mesure d'information ou d'instruction concernant des données relatives aux sources d'information des personnes visées à l'article 2, sauf si ces données sont susceptibles de prévenir la commission des infractions visées à l'article 4, et dans le respect des conditions qui y sont définies.

[Soulignement ajouté]

[82] L'instruction est « l'ensemble des actes qui ont pour objet de rechercher les auteurs d'infractions, de rassembler les preuves et de prendre les mesures destinées à permettre aux juridictions de statuer en connaissance de cause » et relève du juge d'instruction⁸³. L'information est « l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique » et relève du procureur du Roi (±DPCP)⁸⁴. Il s'agit de l'équivalent fonctionnel des autorisations judiciaires.

[83] Selon le *Code d'instruction criminelle*⁸⁵, les perquisitions (art. 87), le repérage de communications électroniques (art. 88bis) ou encore l'ordonnance d'assistance pour accéder aux données d'un ordinateur chiffré (art. 88quater) constituent des « actes de l'instruction » (art. 55).

[84] Dans une décision de 2008, la Cour de cassation confirmait que l'article 5 ne protège que le personnel rédactionnel contre les mesures d'instruction ou d'information⁸⁶. Dans cette affaire, un policier qui faisait l'objet d'une enquête était visé par une mesure de surveillance et estimait être couvert par la loi-bouclier. Son téléphone avait été surveillé, puis saisi par un juge d'instruction. On suspectait une violation du secret professionnel du policier. La mesure d'instruction concernait non pas le journaliste, mais le policier à titre de source. La Cour refusait donc d'accueillir le pourvoi du policier. Suivant cette décision, il est évident que la protection des sources transite par le droit du journaliste de la taire et ne relève pas d'un droit propre à la source elle-même.

[85] La protection de l'article 5 est totale en ce que la formulation utilisée permettrait de protéger même le journaliste que l'on soupçonnerait d'avoir participé, comme complice, à la commission d'une infraction criminelle qui ne tombe pas dans l'exception relative à la prévention d'une infraction constituant une menace grave à l'intégrité physique⁸⁷. Autrement dit, un journaliste qui se

⁸² Le parrain voulait écarter tout doute sur la portée de l'article : Belgique, Sénat, *Proposition de loi visant à modifier l'article 5 de la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques*, lég. 2003-2007, 22 décembre 2005, document parlementaire n° 3-1497/1, p. 2.

⁸³ *Code d'instruction criminelle* (Belgique), 17 novembre 1808, *M.B.*, 27 novembre 1808, art. 55.

⁸⁴ *Ibid.*, art. 28bis, § 1er, al. 1.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Cass., n° P.07.1466.F, 6 février 2008, *Auteurs & Media*, 2008, p. 130 (Cour de cassation, Belgique), p. 3. Van Enis ajoute que cette interprétation est conforme à l'intention du législateur (Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 520, p. 669).

⁸⁷ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 520.

ferait complice d'une infraction déjà consommée ou encore d'une fraude bancaire ne pourrait pas faire l'objet de surveillance relativement à sa source. Je n'ai pas documenté cette règle dans la pratique. Le secret de l'instruction constitue une limite à la disponibilité de la jurisprudence sur ce sujet.

[86] L'on peut, en somme, émettre l'hypothèse qu'en pratique la protection des professionnels sera toujours plus grande que celle des occasionnels en ce que les autorités ont une plus grande difficulté à identifier les occasionnels en amont de la mise en œuvre des mesures.

B. Exception

[87] La même exception au droit de taire les sources est prévue en ce qui concerne les mesures d'instruction ou d'information. Les autorités pourront donc procéder à des mesures d'instruction ou d'information dans les cas où (i) les informations sont susceptibles de prévenir la commission d'infractions constituant une menace grave à l'intégrité physique, (ii) ces informations sont cruciales et (iii) respectent le principe de subsidiarité :

Art. 5. Il ne pourra être procédé à aucune mesure d'information ou d'instruction concernant des données relatives aux sources d'information des personnes visées à l'article 2, sauf si ces données sont susceptibles de prévenir la commission des infractions visées à l'article 4, et dans le respect des conditions qui y sont définies.

[Soulignement ajouté]

3.2.4. Immunité criminelle du personnel rédactionnel

[88] La loi-bouclier offre une troisième protection au personnel rédactionnel par le biais de ses deux derniers articles, qui immunisent le personnel rédactionnel contre les mises en accusation pour recel et assistance à la violation du secret professionnel d'une source. Un membre du personnel rédactionnel qui exerce son droit de taire ses sources ne peut être poursuivi pour recel de documents en vertu de l'article 505 du *Code pénal*⁸⁸. L'article 6 de la loi-bouclier le prévoit ainsi :

Art. 6. Les personnes visées à l'article 2 ne peuvent être poursuivies sur la base de l'article 505 du Code pénal lorsqu'elles exercent leur droit à ne pas révéler leurs sources d'information.

[89] Par ailleurs, lorsqu'un journaliste exerce son droit de taire ses sources, il ne peut pas non plus être poursuivi pour avoir sciemment aidé ou assisté (art. 67, al. 4, *Code pénal*⁸⁹) l'auteur principal de l'infraction de violation du secret professionnel (art. 458). Un auteur souligne que cet article est « fort mal rédigé »⁹⁰ en ce

⁸⁸ *Code pénal* (Belgique), 8 juin 1867, *M.B.*, 9 juin 1867, p. 3133, art. 505.

⁸⁹ *Ibid.*, art. 67, al. 4.

⁹⁰ Bernard Mouffe, « Observations relatives au texte de la loi sur la protection des sources journalistiques », (2007) 1-2 *Auteurs & Media* 20, p. 29. Les mêmes critiques sont énoncées par Koen Lemmens, « La protection des sources journalistiques : un commentaire de la loi du 7 avril 2005 », (2005) 124 *Journal des tribunaux* 669, p. 674-675, n° 36; et par Quentin Van Enis,

qu'il omet d'inclure, au-delà de la complicité, la corréité⁹¹, qui réfère à un mode de participation criminelle distinct de la complicité :

Art. 7. En cas de violation du secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal, les personnes visées à l'article 2 ne peuvent être poursuivies sur la base de l'article 67, alinéa 4, du Code pénal, lorsqu'elles exercent leur droit à ne pas révéler leurs sources d'information.

[90] Ces immunisations répondent à la préoccupation de voir un journaliste accusé par un mode de participation criminelle sur la seule base de l'inférence que la possession d'un document confidentiel constitue une aide à l'infraction.

3.2.5. Lacunes de la loi-bouclier

[91] Selon Van Enis, l'absence de sanction à l'irrespect de la loi-bouclier pose problème. Il n'y aurait pas de sanction au-delà des voies de recours habituelles et devant la CEDH. Les sanctions qui ont fait l'objet de propositions au projet de loi avant son adoption en 2005 n'auraient pas été retenues. L'élément de preuve irrégulièrement obtenu demeurerait admissible, n'étant sujet qu'à la nullité relative⁹². Le recours en responsabilité civile serait une avenue envisageable⁹³.

3.3. Lacunes du régime de renseignement

A. Principes

[92] L'adoption d'une loi vigoureuse sur le renseignement en 2010 restreindrait substantiellement le champ d'application de la loi-bouclier dans le domaine du renseignement relatif aux méthodes d'enquête sur les menaces à la sécurité nationale. Dans la *Loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil des*

« Développements récents relatifs à la protection des sources journalistiques en Belgique : Pierre angulaire ou pierre d'achoppement? », (2010) 129 *Journal des tribunaux* 261, p. 266.

⁹¹ La corréité est une coopération directe ou aide indispensable, alors que la complicité fait intervenir une participation utile ou accessoire. Voir les art. 66 et 67 du *Code pénal* (Belgique), 8 juin 1867, *M.B.*, 9 juin 1867, p. 3133.

⁹² Suivant les enseignements de la Cour de cassation sur la doctrine *Antigoon* (Cass. (2^e ch.), n° P.03.0762.N, 14 octobre 2003 (Cour de Cassation, Belgique)), le législateur amendait le *Code d'instruction criminelle* en y ajoutant une disposition sur la nullité relative des éléments de preuve irrégulièrement obtenus (*Loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités* (Belgique), *M.B.*, 12 novembre 2013, p. 84999, art. 3); Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 524; Koen Lemmens, « La protection des sources journalistiques : un commentaire de la loi du 7 avril 2005 », (2005) 124 *Journal des tribunaux* 669, p. 676, n° 46.

⁹³ Van Enis mentionne une décision d'un tribunal de première instance (Civ. Bruxelles (21^e ch.), 29 juin 2007, *Auteurs & Media*, 2007, p. 500 (Belgique)) concernant une journaliste qui avait été espionnée avant l'entrée en vigueur de la loi. Concluant à une faute de l'État et à la connaissance de l'adoption imminente de la loi-bouclier, le tribunal le condamna à verser 500 € à la journaliste (Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 524, p. 679).

données par les services de renseignement et de sécurité⁹⁴, qui modifie la *Loi organique des services de renseignement et de sécurité*⁹⁵ (« *Loi organique*⁹⁶ »), les protections sont édulcorées. La *Loi organique* vient tout juste de faire l'objet d'amendement; l'état du droit reflété ici n'en tient pas compte⁹⁷.

[93] Seuls les journalistes professionnels sont protégés. La *Loi organique* se réfère aux journalistes professionnels définis dans la loi de 1963⁹⁸, qui est excessivement restrictive et exclut les journalistes qui ne sont pas membres de l'Association des journalistes professionnels (art. 3(16°)).

[94] En principe, la *Loi organique* interdit l'obtention, l'analyse et l'utilisation de données faisant partie du secret des sources à l'égard des journalistes professionnels par les services de renseignement (art. 2, § 2, al. 1). Or, lorsqu'il y a un « indice sérieux que le journaliste participe ou a participé personnellement et activement à la naissance ou au développement de la menace potentielle », on peut déroger au principe (art. 2, § 2, al. 2; art. 18/3, § 5; art. 18/9, § 4). S'ensuivent plusieurs amenuisements de la protection : (i) le personnel rédactionnel n'est pas protégé en entier; (ii) l'exception préventive de la loi-bouclier devient à la fois préventive et répressive; et (iii) cette même exception limitée aux menaces à l'intégrité physique est élargie aux menaces visées par la *Loi organique*⁹⁹.

B. Encadrement

[95] La *Loi organique* établit une distinction entre les méthodes de recueil de données spécifiques et exceptionnelles (art. 18/2).

[96] Les journalistes professionnels sont protégés lorsque l'une ou l'autre de ces méthodes est mise en place à leur égard ou à l'égard de leurs locaux professionnels, résidence, domicile ou dispositifs de communication professionnels. Le président de la Commission BIM – dont je traiterai dans un instant – doit alors avertir le président de l'Association des journalistes professionnels, qui est tenu au secret sous peine d'infraction. Il doit également vérifier si les données protégées sont véritablement liées à la menace invoquée (art. 18/2, § 3, al. 1-2).

⁹⁴ *Loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité* (Belgique), *M.B.*, 10 mars 2010, p. 14916.

⁹⁵ *Loi organique des services de renseignement et de sécurité du 30 novembre 1998* (Belgique), *M.B.*, 18 décembre 1998, p. 40312 [*Loi organique*].

⁹⁶ Dans cette acception, le mot organique signifie « qui a rapport à l'essentiel de l'organisation d'un État » (Alain Rey (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2017, « organique »). Une loi organique concerne l'organisation des pouvoirs publics. Dans le contexte du droit français, voir Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, P.U.F., 2016, « organique ».

⁹⁷ Ne sont pas reflétées ici les modifications opérées par la *Loi du 30 mars 2017 modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259bis du Code pénal* (Belgique), *M.B.*, 28 avril 2017, p. 53768.

⁹⁸ *Loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel* (Belgique), *M.B.*, 14 janvier 1964, p. 295.

⁹⁹ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 522.

Lorsqu'il s'agit d'une mesure exceptionnelle, le président de la Commission BIM doit assister à sa mise en œuvre (art. 18/2, § 3, al. 3). Une série d'autres règles encadrent, dans la *Loi organique*, l'utilisation de ces méthodes. Le directeur de la Sûreté de l'État admettait dans une entrevue en 2009 que cette mesure pouvait poser problème : le président de la Commission ou son délégué devra-t-il assister à chaque mise en œuvre de la surveillance? Cela serait fastidieux dans certains cas¹⁰⁰. C'est d'ailleurs en ce sens qu'un amendement entré en vigueur en mai 2017 n'oblige plus le président à y assister, mais le lui permet¹⁰¹.

[97] La Commission BIM¹⁰² est « chargée de la surveillance des méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil de données des services de renseignement et de sécurité » (art. 3(6°)). Cette commission est composée de trois membres et de trois suppléants nommés par le Roi sur arrêté en Conseil des ministres, membres qui sont respectivement magistrat, juge d'instruction et juge (art. 43/1). Son *Règlement d'ordre intérieur*¹⁰³ prévoit son fonctionnement et son indépendance. On y prévoit des délibérations à huis clos et l'audition de tiers. Une délibération peut être demandée par n'importe quel membre. La présidence est assurée par un magistrat qui a la qualité d'un juge d'instruction. Parmi ses attributions, la Commission BIM peut contrôler la légalité des mesures et le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité ainsi que suspendre la méthode et interdire l'utilisation des données recueillies (art. 18/3, § 6; art. 18/10, § 6).

[98] Le Comité permanent de Contrôle des services de renseignement et de sécurité, mieux connu comme le Comité R, assure, parmi les nombreux aspects de son mandat, un contrôle *a posteriori* des mesures de surveillance et de renseignement spécifiques et exceptionnelles (art. 43/2). La Commission BIM lui transmet certaines informations à cet égard (art. 18/3, § 6, al. 4; art. 18/10, § 7). Le Comité R est saisi d'office ou sur le dépôt d'une plainte (art. 43/4). À titre d'organe juridictionnel, il peut ordonner la cessation d'une mesure de même qu'interdire l'exploitation des informations obtenues (art. 43/6). Dans ses rapports, le détail des mesures de surveillance à l'endroit de personnes protégées (avocats, médecins et journalistes) n'est pas ventilé par sous-catégorie¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Martine Simonis, « Les nouvelles méthodes de la Sûreté menacent-elles les journalistes? », dans *Journalistes*, n° 108, octobre 2009, p. 6.

¹⁰¹ *Loi du 30 mars 2017 modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259bis du Code pénal* (Belgique), *M.B.*, 28 avril 2017, p. 53768, art. 28e).

¹⁰² BIM, acronyme néerlandais de « *bijzondere inlichtingenmethoden* », c'est-à-dire « méthodes particulières de recherche », semble plus utilisé que l'acronyme français MPR.

¹⁰³ *Règlement d'ordre intérieur de la Commission administrative chargée de la surveillance des méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil de données par les services de renseignement et de sécurité (Commission BIM)* (Belgique), 3 mai 2016, *M.B.*, 27 septembre 2016, p. 67382, art. 2, al. 2, art. 4 et art. 9, al. 3.

¹⁰⁴ Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, *Rapport d'activités 2015*, Anvers, Intersentia, 2016, note 106; Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, *Rapport d'activités 2014*, Anvers, Intersentia, 2015, notes 132-133.

4. Suède¹⁰⁵

[99] La Suède dispose d'un arsenal constitutionnel qui protège le droit de communiquer une information à un auteur aux fins d'une publication et le droit à l'anonymat des auteurs et informateurs. L'unicité du régime repose en outre sur un système judiciaire parallèle et cohérent qui encadre la judiciarisation des matières qui concernent la liberté d'expression.

[100] La protection des sources prend la forme d'une obligation de confidentialité du personnel rédactionnel, plutôt que d'une exemption à la contraignabilité du journaliste. Des infractions pénales sanctionnent les manquements à cette obligation. Cette obligation de confidentialité est incorporée, par renvoi, aux autorisations judiciaires. En outre, les autorités ne peuvent rechercher l'identité d'une source.

[101] Le régime procédural particulier crée des « infractions de presse », une liste d'infractions qui, lorsque commises au moyen d'un écrit ou d'autres productions médiatiques, peuvent être poursuivies dans le cadre du régime. Lorsque ce régime s'applique, (i) l'autorité poursuivante habituelle est substituée par le chancelier de la justice (± procureur général), (ii) les parties ont droit à un procès devant jury et (iii) la prescription des infractions passe à une année ou six mois.

4.1. Contexte constitutionnel

[102] La constitution suédoise est formée de quatre lois constitutionnelles¹⁰⁶, dont trois prévoient des dispositions sur la liberté d'expression. La Suède a ratifié la *Convention européenne*¹⁰⁷ et l'a incorporée en droit interne¹⁰⁸.

[103] La *Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement*¹⁰⁹, adoptée en 1974, contient l'énonciation des droits fondamentaux, à la cime desquels trône la liberté d'opinion de toute personne eu égard aux institutions publiques. Cette liberté d'opinion se décline en liberté d'expression et d'information (ch. 2, § 1). La liberté de ne pas s'exprimer est nommément prévue (ch. 2, § 2).

¹⁰⁵ La législation citée dans cette section est en vigueur au 15 mai 2017, sauf mention contraire.

¹⁰⁶ *Successionsordningen* (=Loi sur la succession) (Suède), SFS 1810:0926; *Regeringsformen* (=Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement) (Suède), SFS 1974:152; *Tryckfrihetsförordningen* (=Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1949:105; *Yttrandefrihetsgrundlagen* (=Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1469.

¹⁰⁷ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, entrée en vigueur le 3 septembre 1953 en Suède.

¹⁰⁸ *Lag om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (=Loi sur la Convention européenne concernant la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales) (Suède), SFS 1994:1219.

¹⁰⁹ *Regeringsformen* (=Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement) (Suède), SFS 1974:152.

[104] La *Loi sur la liberté de la presse*¹¹⁰ est adoptée en 1949 et s'intéresse aux garanties de liberté d'expression entourant la publication d'imprimés.

[105] La *Loi fondamentale sur la liberté d'expression*¹¹¹, adoptée en 1991, calque la *Loi sur la liberté de la presse*, en protégeant essentiellement les mêmes droits à l'égard des médias autres que l'imprimé et en s'adaptant à leur particularisme.

[106] Bien que cet arsenal constitutionnel ait une primauté sur les autres lois suédoises¹¹², il n'en demeure pas moins qu'une opération de mise en balance des intérêts a lieu dans certains cas et que la liberté d'expression ne permet pas, par exemple, à un journaliste de commettre une infraction aux fins d'un reportage¹¹³.

[107] La traduction anglaise¹¹⁴ des lois constitutionnelles utilisée dans ce rapport est celle du parlement suédois et comporte certaines ambiguïtés que seul l'original permet d'élucider. Je ferai les précisions qui s'imposent le moment venu. Bien que la traduction anglaise utilise le mot « *Article* » pour référer aux subdivisions de la loi, j'y référerai en les qualifiant de paragraphes (§) pour demeurer fidèle aux lois originales.

4.2. *Loi sur la liberté de la presse (1949)*

[108] Une première loi – en fait une ordonnance royale – interdisant la censure et introduisant les balbutiements du principe nordique d'accès aux documents publics fut adoptée en 1766¹¹⁵. Celle-ci avait rapidement été abrogée, puis adoptée de nouveau sous une autre forme¹¹⁶. Si l'ordonnance de 1766 est souvent qualifiée de première loi sur la liberté de presse, il n'en demeure pas moins que Johann

¹¹⁰ *Tryckfrihetsförordningen* (=Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1949:105.

¹¹¹ *Yttrandefrihetsgrundlagen* (=Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1469.

¹¹² SOU 2012:55, *En översyn av tryck- och yttrandefriheten*, vol. 1, p. 165. Dans un cas où une personne avait illustré sa fille par le moyen de mangas, la Cour suprême soulignait que les dispositions sur la pédophilie devaient être interprétées en conformité avec la liberté d'expression prévue dans la *Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement* et qu'elles ne s'étendaient pas au contenu de ce type d'expression (NJA 2012, p. 400, n° B 990-11, 15 juin 2012 (Cour suprême, Suède)).

¹¹³ Un journaliste qui avait acheté une arme sans munition dans le milieu interlope de Malmö, l'avait emportée dans une chambre d'hôtel, l'avait mise sous verrous et avait averti aussitôt la police, le tout pour documenter la facilité de ce commerce, fut déclaré coupable. La Cour suprême soulignait l'importance d'empêcher la possession d'armes et affirmait que cette manœuvre n'était pas la seule façon de documenter l'état de fait (NJA 2015, p. 45, n° B 1471-13, 4 mars 2015 (Cour suprême, Suède)).

¹¹⁴ Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, trad. du parlement, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016.

¹¹⁵ Peter Hogg, « His Majesty's Gracious Ordinance Relating to Freedom of Writing and of the Press (1766) », dans *The World's First Freedom of Information Act: Anders Chydenius' Legacy Today*, s.l., Anders Chydenius Foundation, 2006, 8.

¹¹⁶ Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016, p. 12-13 et 22-23.

Friedrich Struensee, premier ministre dano-norvégien, introduisait par décret à la même époque une liberté de presse somme toute inédite¹¹⁷.

[109] Descendante de cette ordonnance, la *Loi sur la liberté de la presse*¹¹⁸ est adoptée en 1949 dans sa forme actuelle. Parmi ses innovations, on retrouve le principe de la responsabilité de l'éditeur et son corollaire, l'immunité et le droit à l'anonymat des auteurs. En 1976 s'y greffe l'interdiction de la recherche de l'identité des sources¹¹⁹, qui fait suite à l'affaire dite IB, où Jan Guillou et d'autres journalistes avaient été déclarés coupables d'espionnage pour avoir publié des articles sur une agence de renseignement officieuse aux activités douteuses¹²⁰. En 2010, un amendement vint protéger les lanceurs d'alertes du secteur public, notamment contre les sanctions disciplinaires, protection développée par la jurisprudence jusqu'alors¹²¹. À partir du 1^{er} juillet 2017, la protection est étendue à certaines catégories du secteur parapublic par une loi particulière¹²².

4.2.1. Champ d'application matériel : l'imprimé

[110] La *Loi sur la liberté de la presse* s'applique aux imprimés publiés¹²³ produits par une presse d'imprimerie ou d'autres moyens analogues, qu'ils soient périodiques¹²⁴ ou non (ch. 1, § 1, al. 1 et § 5-6). La loi ne s'applique aux imprimés que dans deux cas : (i) s'ils sont produits par une presse d'imprimerie ou (ii) s'ils sont produits par un autre moyen de reproduction technique analogue tout en étant dotés d'un certificat de publication¹²⁵ ou en mentionnant l'identité de la personne qui les a reproduits, l'année et le lieu de publication (ch. 1, § 5). Les périodiques appellent le respect de normes supplémentaires, dont l'obtention d'un certificat de publication (ch. 5, § 5).

¹¹⁷ Jonathan I. Israel, « *Libertas philosophandi* in the Eighteenth Century: Radical Enlightenment versus Moderate Enlightenment (1750-1776) », dans Elizabeth Powers (dir.), *Freedom of Speech: The History of an Idea*, Lewisburg, Bucknell University Press, 2011, 1, p. 11.

¹¹⁸ *Tryckfrihetsförordningen* (=Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1949:105.

¹¹⁹ *Lag om ändring i tryckfrihetsförordningen* (=Loi modifiant la Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1976:955; Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016, p. 23.

¹²⁰ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 19-20.

¹²¹ *Lag om ändring i tryckfrihetsförordningen* (=Loi modifiant la Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 2010:1347; Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016, p. 23.

¹²² *Lag om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter* (=Loi sur la protection de la divulgation dans certaines entreprises) (Suède), SFS 2017:151, qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2017.

¹²³ Par publié, on entend livré pour vente ou diffusé par d'autres moyens en Suède (ch. 1, § 6).

¹²⁴ Un périodique est un imprimé dont la fréquence de publication prévue est d'au moins quatre fois l'an (ch. 1, § 7, al. 1).

¹²⁵ Ces certificats sont décernés par l'Autorité des brevets et de l'enregistrement (*Lag med föreskrifter på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden* (=Loi sur l'application de la Loi sur la liberté de la presse et de la Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1559, ch. 2, § 2).

4.2.2. Principes fondamentaux

A. Exclusivité et neutralité du contenu

[111] La liberté de presse est régie par le principe d'exclusivité : les publications qui tombent sous le joug de la *Loi sur la liberté de la presse* doivent être exclusivement régies par cette loi en cas de poursuites (ch. 1, § 3)¹²⁶. Cette exclusivité est modulée pour certains contenus, pour lesquels un aménagement existe. La pornographie juvénile est exclue du champ d'application de la loi (ch. 1, § 10) alors que des dispositions législatives peuvent être et sont prévues pour d'autres contenus comme la publicité de boissons alcooliques ou du tabac (ch. 1, § 9(1)).

[112] La *Loi sur la liberté de la presse* a également pour fondement le principe de neutralité du contenu¹²⁷ : ce sont les formes d'expression qui sont protégées.

B. Infractions de presse et responsabilité éditoriale

[113] La loi prévoit une créature *a priori* singulière : les *infractions de presse* (ch. 7, § 1, 4 et 5). L'expression est imparfaite¹²⁸. Il s'agit d'une liste d'infractions prévues dans la *Loi sur la liberté de la presse*. Pour être qualifiée d'infraction de presse, une infraction doit répondre à deux conditions : (i) elle doit être commise au moyen d'un imprimé et (ii) elle doit être punissable par ailleurs par la loi, notamment en vertu du *Code criminel*, ce qui est parfois qualifié de principe de « double criminalisation ». La publication de propagande haineuse (punissable par le droit criminel) dans un imprimé pourrait constituer une infraction de presse dont l'éditeur responsable du périodique pourrait être ultimement déclaré coupable.

[114] Ces infractions sont classées en deux catégories. La première consiste en une série d'infractions graves pour la plupart contre l'ordre public ou encore contre la personne¹²⁹. La seconde, en trois infractions liées à la violation de la confidentialité¹³⁰.

¹²⁶ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 31.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹²⁸ Il s'agit véritablement d'un intraduisible. Une traduction littérale de *tryckfrihetsbrott* serait « infraction de liberté de presse ». Je conserve « infraction de presse » pour sa simplicité.

¹²⁹ **Exemples d'infractions de presse du premier type** : Haute trahison, instigation d'une guerre, négligence dans le traitement d'information secrète, insurrection, dissémination de rumeurs séditeuses, propagande haineuse, certaines « infractions contre les libertés civiles » (par ex., le fait de faire des menaces ayant pour objet d'influencer la formation d'opinions), représentation illégale de la violence, diffamation, libelle diffamatoire, menaces contre un fonctionnaire et entrave au système de justice (ch. 7, § 4).

¹³⁰ **Les trois infractions de presse du second type** : (i) la publication délibérée d'un document officiel non public ayant été obtenu dans le cadre d'un emploi de fonctionnaire ou équivalent, (ii) la publication d'une information en violation d'une obligation de confidentialité prévue par

[115] Dans la poursuite d'une infraction de presse, il existe ce qui peut être apparenté à une présomption d'intention coupable voulant que, sauf exception, l'éditeur responsable avait connaissance de l'imprimé publié et a autorisé sa publication (ch. 8, § 12). Autrement dit, l'on pourrait assimiler ce type d'infraction, en droit canadien, à une forme de responsabilité criminelle stricte.

[116] Le principe de responsabilité unique de l'éditeur d'une publication¹³¹ a pour corollaire que seul cet éditeur peut être reconnu coupable d'une infraction de presse (ch. 8, § 1 et s.). Subsidiairement, le remplaçant de l'éditeur responsable, l'imprimeur ou le propriétaire de l'imprimé périodique peut engager sa responsabilité. En matière d'imprimé non périodique, l'auteur ou l'éditeur est responsable (ch. 8, § 5). Les règles de responsabilité civile diffèrent légèrement, mais suivent le même principe (ch. 11, § 1). L'informateur est sujet à des règles particulières et ne peut être reconnu coupable d'une infraction que dans des circonstances particulières sur lesquelles je reviendrai.

C. Informateurs et auteurs

[117] La *Loi sur la liberté de la presse* prévoit un droit constitutionnel pour tout citoyen suédois¹³² de communiquer une information à un auteur en vue de sa publication dans un imprimé (ch. 1, § 1, al. 3). J'utiliserai le mot *informateur* pour référer à cette personne.

[118] Le concept d'*auteur* sera utilisé, dans ce qui suit, en opérant une fusion des *authors* (*författarna*) et d'autres personnes assimilables à l'auteur, soit les *originators* (*upphovsmän*). La loi parle encore d'éditeurs, d'éditeurs spéciaux ou d'agences de presse. Je ne traiterai ici que des auteurs (ch. 1, § 1, al. 3).

4.2.3. Droit à la liberté d'expression en général

[119] La *Loi sur la liberté de la presse* protège plusieurs attributs de la liberté d'expression au sens large : la liberté de presse et l'absence de censure préalable (ch. 1, § 1, al. 1-2); la liberté de communiquer des informations ou des renseignements sur tout sujet à un auteur, un éditeur ou une agence de presse (ch. 1, § 1, al. 3); et la liberté d'accéder à l'information sur tout sujet aux fins de la publier

une loi et (iii) toute autre publication séditieuse en temps de guerre ou en prévision d'une guerre n'étant pas incluse dans la liste d'infractions de presse du premier type (ch. 7, § 5).

¹³¹ NJA 2013, p. 945, n° Ö 3507-12, 7 novembre 2013 (Cour suprême, Suède), par. 9.

¹³² La référence à la citoyenneté a de quoi surprendre. On remarque dans la loi (ch. 1, § 1) une permutabilité entre citoyenneté (« *every Swedish citizen* ») et universalité des protections (« *all persons shall likewise* »). Cette ambiguïté est constante dans le texte suédois et la *Loi fondamentale sur la liberté d'expression* fait œuvre semblable. Cette distinction n'a pas d'incidence majeure, car une disposition de la *Loi sur la liberté de la presse* précise que les non-citoyens ont les mêmes droits que les citoyens à moins d'une disposition contraire (ch. 14, § 5, al. 2). Voir Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 33. La *Regeringsformen* (=Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement) (Suède), SFS 1974:152, ch. 2, § 25, prévoit la possibilité de limiter le droit à la liberté d'expression des citoyens étrangers.

par un imprimé ou afin de la communiquer à un auteur et consorts (ch. 1, § 1, al. 4) :

[Chapter 1. On the freedom of the press]

§ 1 The freedom of the press is understood to mean the right of every Swedish citizen to publish written matter, without prior hindrance by a public authority or other public body, and not to be prosecuted thereafter on grounds of its content other than before a lawful court, or punished therefore other than because the content contravenes an express provision of law, enacted to preserve public order without suppressing information to the public.

In accordance with the principles set out in paragraph one concerning freedom of the press for all, and to secure the free exchange of opinion and availability of comprehensive information, every Swedish citizen shall be free, subject to the rules contained in this Act for the protection of private rights and public safety, to express his or her thoughts and opinions in print, to publish official documents and to communicate information and intelligence on any subject whatsoever.

All persons shall likewise be free, unless otherwise provided in this Act, to communicate information and intelligence on any subject whatsoever, for the purpose of publication in print, to an author or other person who may be deemed to be the originator of material contained in such printed matter, the editor or special editorial office, if any, of the printed matter, or an enterprise which professionally provides news or other information to periodical publications.

All persons shall furthermore have the right, unless otherwise provided in this Act, to procure information and intelligence on any subject whatsoever, for the purpose of publication in print, or in order to communicate information under the preceding paragraph.

[Soulignement ajouté]

4.2.4. Droit de communiquer une information

[120] Le droit de communiquer une information à un auteur en vue de sa publication dans un imprimé (ch. 1, § 1, al. 3) a, historiquement, été développé par les tribunaux, puis a été codifié¹³³. Il ne s'applique pas au représentant d'une institution publique qui s'exprime pour le compte de cette institution, mais à l'individu dans sa capacité privée¹³⁴. S'il s'applique à tous, il est néanmoins limité en ce qui concerne les employés d'entreprises privées et d'organismes parapublics, puisque certaines des protections qu'il offre ne s'appliquent pas à l'employeur privé ou parapublic, mais seulement à l'État¹³⁵. L'employé du secteur privé peut être sujet à des mesures disciplinaires s'il manque à son obligation de loyauté en utilisant ce droit. La situation de l'employé du secteur privé qui travaille pour l'État est ambiguë : il est protégé contre l'État, mais son employeur, une société privée financée par l'État, pourra toujours enquêter sur lui ou appliquer des

¹³³ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 139.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 140.

¹³⁵ SOU 2012:55, *En översyn av tryck- och yttrandefriheten*, vol. 1, p. 162; SOU 1975:49, *Massemediegrundlag*, p. 119.

mesures de représailles¹³⁶. Une loi fraîchement sortie des presses qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2017 aménage désormais certaines protections à l'égard du secteur parapublic¹³⁷, sans toutefois les incorporer aux lois constitutionnelles.

[121] Ce droit ne donne pas lieu à la divulgation tous azimuts de documents contenant des données personnelles. Certains renseignements particuliers sont régis par la *Loi sur l'accès à l'information et la vie privée*¹³⁸. Le cœur de cette loi est la « *sekretess* », concept voisin de la confidentialité. Il est défini dans la loi comme « une interdiction de dévoiler une information, que ce soit verbalement, par la divulgation d'un document officiel ou de toute autre manière [traduction] » (ch. 3, § 1). Cette loi s'applique aux informations détenues par les autorités publiques et est rendue nécessaire par la présomption autrement applicable qui veut que tout document détenu par l'État puisse être consulté (principe de transparence)¹³⁹. Chacun des chapitres de cette loi porte sur un type de renseignements, par exemple les informations personnelles colligées dans le cadre d'études statistiques. Ce système est éminemment complexe. En résumé, il existe deux types de *sekretess* :

- **La *sekretess* ordinaire** : Le renseignement est protégé par la confidentialité sans impact sur le droit de la communiquer. C'est le cas de l'information sur la situation financière d'un individu relativement au paiement de sa redevance de télévision ou de radio (ch. 29, § 4).
- **La *sekretess* qualifiée** : Le renseignement est protégé par la confidentialité et est qualifié dans la loi comme restreignant le droit constitutionnel de la communiquer aux fins d'une publication. Le secret postal (ch. 29, § 1 et 14) et les renseignements personnels d'un employé qui a recours à un service d'aide psychologique (ch. 39, § 1 et 6) en sont des exemples.

[122] C'est donc en regard de cette distinction que je présenterai le droit constitutionnel de communiquer une information à un auteur et ses protections, dont le droit à l'anonymat de la source.

4.2.5. Droit à l'anonymat de l'informateur

[123] Historiquement, le droit à l'anonymat des auteurs, puis des informateurs, a pris sa source dans le principe de responsabilité unique de l'éditeur. Dans la

¹³⁶ SOU 2013:79, *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet*, p. 44.

¹³⁷ *Lag om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter* (=Loi sur la protection de la divulgation dans certaines entreprises) (Suède), SFS 2017:151, qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2017.

¹³⁸ *Offentlighets- och sekretesslag* (=Loi sur l'accès à l'information et la vie privée) (Suède), SFS 2009:400. Le lecteur peut en consulter un résumé en anglais, quelque peu daté : *Public Access to Information and Secrecy Act*, Stockholm, Justitiedepartementet, 2009, p. 31-33, en ligne : www.government.se/information-material/2009/09/public-access-to-information-and-secrecy-act/ (page consultée le 20 mai 2017). Pour un résumé en français du régime de la *sekretess*, voir *Gillberg c. Suède*, n° 41723/06, 3 avril 2012 (CEDH), par. 39-50.

¹³⁹ *Tryckfrihetsförordningen* (=Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1949:105, ch. 2.

mesure où personne d'autre que l'éditeur ne peut être tenu responsable d'une publication, il importe peu de savoir qui y a participé¹⁴⁰.

[124] **(A)** Le droit à l'anonymat protège les éditeurs d'imprimés non périodiques, les auteurs et les informateurs. **(B)** Ce régime prévoit des protections aux auteurs ou informateurs : l'interdiction de chercher à connaître leur identité et la création d'une obligation de confidentialité pour le personnel rédactionnel. **(C)** Le régime est complété par des infractions pénales en lien avec la violation de cet anonymat.

A. Droit à l'anonymat

[125] La prime règle est d'octroyer un droit à l'anonymat, qui consiste en amont en l'absence d'obligation d'indiquer un nom ou un pseudonyme sur un imprimé :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 1 An author of printed matter shall not be obliged to have his or her name, pseudonym or pen-name set out therein. This applies in a similar manner to a person who has communicated information under Chapter 1, Article 1, paragraph three, and to an editor of printed matter other than a periodical.

[126] Ce droit comporte une limite importante, puisque dans trois cas de figure, un informateur pourra faire l'objet d'une poursuite pour « infraction de divulgation » (*meddelarbrott*), soit lorsqu'il se rend coupable (i) d'une liste d'actes criminels contre l'ordre public (haute trahison, espionnage, etc.); (ii) de la divulgation illégale d'un document officiel auquel n'a pas accès le public; ou (iii) de violation délibérée de *sekretess* qualifiée (ch. 7, § 3, al. 1). Ce genre de poursuite serait très rare en pratique, car les infractions contre l'ordre public comme la trahison sont des terrains peu fréquentés et il est ardu de prouver la violation de la *sekretess*¹⁴¹. Ces trois catégories d'infractions de divulgation sont analogues, mais plus restreintes, que les infractions de presse¹⁴², ce qui expose l'informateur à un faisceau d'infractions moindre que l'éditeur responsable, d'autant plus qu'il faille préalablement trouver son identité.

[127] En résumé, retenons que l'informateur pourra être déclaré coupable de l'infraction de violation de confidentialité prévue par le *Code criminel*¹⁴³ s'il divulgue une information protégée par la *sekretess* qualifiée.

B. Protections

[128] Trois protections assurent l'anonymat de l'informateur ou de l'auteur en aval de la divulgation : (1) une interdiction de rechercher son identité lors d'une procédure liée à une infraction de presse; (2) une obligation de confidentialité

¹⁴⁰ SOU 1975:102, *Tystnadsplikt och yttrandefrihet*, p. 144.

¹⁴¹ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 147.

¹⁴² *Ibid.*, p. 148.

¹⁴³ *Brottsbalk* (=Code criminel) (Suède), SFS 1962:700, ch. 20, § 3.

imposée au personnel rédactionnel; et (3) une interdiction aux autorités publiques de rechercher l'identité d'un auteur ou informateur.

Protection 1 : Interdiction de rechercher l'identité (procédure de liberté de presse)

[129] Lorsqu'une « procédure de liberté de presse » est intentée – je traiterai de ce régime ci-après –, nul ne peut rechercher l'identité d'un auteur ou d'un informateur (ch. 3, § 2, al. 1). Cela découle du principe de responsabilité de l'éditeur, qui est le seul responsable d'une infraction de presse. En pratique, il s'ensuit qu'un interrogatoire sur l'identité d'un informateur est interdit dans une telle procédure.

[130] En ce qui concerne l'auteur, cette recherche est permise dans certains cas si l'auteur d'un imprimé non périodique a été identifié sur la publication ou a admis ou d'une autre façon indirectement rendu publique son identité (ch. 3, § 2, al. 1).

[131] Malgré cette interdiction de *rechercher* l'identité d'un informateur dans une procédure de liberté de presse, sa responsabilité pénale pour les trois types d'infractions de divulgation – par exemple, violation de *sekretess* qualifiée – pourra être *abordée* dans le cadre d'une procédure d'infraction de presse.

[132] Le droit à l'anonymat est prévu ainsi :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 2 It shall not be permitted to inquire into the identity of an author or a person who has communicated information under Chapter 1, Article 1, paragraph three, in a case relating to an offence against the freedom of the press, nor shall it be permitted to inquire into the identity of the editor of non-periodical printed matter. [...]

The provisions of paragraph one notwithstanding, the question of liability for an offence under Chapter 7, Article 3, may be examined in the same court proceedings as cases referred to therein.

Protection 2 : Obligation de confidentialité

[133] Le personnel rédactionnel, défini largement, est tenu à la confidentialité relativement à l'identité d'un auteur ou d'un informateur (ch. 3, § 3, al. 1). Il ne peut dévoiler ce qui a été porté à son attention en lien avec l'identité d'un auteur ou informateur. Évidemment, cette protection n'est activée que lorsqu'un individu communique une information à un journaliste en vue de sa publication. Par exemple, une personne interviewée par un journaliste, qui malgré le refus du journaliste de garder son identité anonyme lui dévoile une information, n'y a pas droit¹⁴⁴. Le fait que le champ d'application personnel de cette disposition s'étende à tout le personnel rédactionnel n'a pas pour conséquence que les journalistes et

¹⁴⁴ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 156-157.

collaborateurs puissent, entre eux, discuter de l'identité d'un informateur¹⁴⁵. Le secret est indivisible.

[134] Cinq exceptions ponctuent cette obligation de confidentialité, dont quatre s'appliquent à l'informateur. Le personnel rédactionnel est relevé de son obligation dans les cas où :

- **Consentement** : La personne protégée y consent;
- **Infractions de divulgation contre l'ordre public** : Il s'agit d'une *infraction de divulgation* parmi les infractions criminelles contre l'ordre public (haute trahison, espionnage, etc.);
- **Nécessité** : Il s'agit de la poursuite d'une *infraction de divulgation* relevant de la violation de confidentialité par l'informateur et le tribunal estime *nécessaire* de produire une information pour déterminer si l'accusé a communiqué une information. Le tribunal doit réduire le plus possible l'atteinte à la confidentialité;
- **Importance exceptionnelle** : Le tribunal considère qu'il est d'une *importance exceptionnelle* que l'information soit produite par un témoignage, eu égard à un intérêt public ou privé.

[135] Le *Code de procédure judiciaire*¹⁴⁶ suédois, qui s'intéresse aux matières pénales et civiles, prévoit que le titulaire de l'obligation de confidentialité est contraignable dans un procès, mais seulement dans le cadre prévu par la *Loi sur la liberté de la presse*. Le personnel rédactionnel ne peut pas produire en preuve et le tribunal ne peut exiger qu'il produise un document, si l'on peut supposer qu'il contient des informations sur lesquelles il n'est pas autorisé à témoigner en vertu de son obligation de confidentialité¹⁴⁷. Lorsque le tribunal prend une décision en vertu des exceptions de nécessité ou d'importance exceptionnelle et lève ainsi l'obligation de confidentialité, il doit préalablement entendre l'avis de l'entreprise où la personne a eu connaissance de l'information, à moins de raisons spéciales¹⁴⁸.

[136] L'obligation de confidentialité du personnel rédactionnel est prévue ainsi :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 3 A person who has engaged in the production or publication of printed matter, or material intended for insertion therein, and a person who has been active in an enterprise for the publication of printed matter, or an enterprise which professionally provides news or other material to periodicals, may not disclose what has come to his or her knowledge in this connection concerning the identity of an author, a person who has communicated information under Chapter 1, Article 1, paragraph three, or an editor of non-periodical printed matter.

The duty of confidentiality under paragraph one shall not apply:

1. if the person in whose favour the duty of confidentiality operates has given his or her consent to the disclosure of his or her identity;
2. if the question of identity may be raised under Article 2, paragraph one;

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 158.

¹⁴⁶ *Rättegångsbalk* (=Code de procédure judiciaire) (Suède), SFS 1942:740, ch. 36, § 5, al. 6. Au besoin, voir cette traduction anglaise quelque peu datée : *The Swedish Code of Judicial Procedure*, trad. par R.B. Ginsburg *et al.*, s.l., ministère de la Justice, 1999.

¹⁴⁷ *Rättegångsbalk* (=Code de procédure judiciaire) (Suède), SFS 1942:740, ch. 38, § 2, al. 2.

¹⁴⁸ *Ibid.*, ch. 36, § 8, al. 2.

3. if the matter concerns an offence specified in Chapter 7, Article 3, paragraph one, point 1;
4. in cases where the matter concerns an offence under Chapter 7, Article 2 or 3, paragraph one, point 2 or 3, a court of law deems it necessary for information to be produced during the proceedings as to whether the defendant, or the person suspected on reasonable grounds of the offence, has communicated information or contributed to an item; or
5. when, in any other case, a court of law deems it to be of exceptional importance, with regard to a public or private interest, for information concerning identity to be produced on examination of witnesses or of a party in the proceedings under oath.

In examination under paragraph two, point 4 or 5, the court shall scrupulously ensure that no questions are put which might encroach upon a duty of confidentiality in excess of what is permissible in each particular case.

Protection 3 : Interdiction de rechercher l'identité (autorités publiques)

[137] Les autorités ou corps publics ne peuvent rechercher l'identité d'un auteur ou d'un informateur, sauf lorsque cela s'avère « nécessaire » en vue d'une poursuite contre l'auteur ou l'informateur (ch. 3, § 4). Même lorsqu'elles sont autorisées à le faire, l'obligation de confidentialité du personnel rédactionnel doit être respectée. Comme je l'ai mentionné, cette interdiction ne vaut pas pour le secteur privé, où l'employeur peut rechercher un lanceur d'alerte.

[138] Les procédures qui peuvent être dirigées directement contre l'informateur sont majoritairement des infractions de divulgation, soit lorsqu'un informateur a enfreint son obligation de confidentialité (*sekretess* qualifiée). Elles doivent être introduites par le chancelier de la justice (±procureur général) (ch. 9, § 2, al. 3).

[139] Malgré cette interdiction, le droit d'une autorité publique d'enquêter sur ses employés et sur une éventuelle fuite interne demeure inchangé, mais elle devra éviter de faire une recherche *directe* des sources¹⁴⁹.

[140] Il est également interdit à l'État de mettre en place des mesures de représailles en raison de l'exercice du droit de communiquer une information (ch. 3, § 4), ce qui ne m'empêche toutefois pas l'autorité d'enquêter sur un état de fait problématique en son sein. Par mesures de représailles, on entend essentiellement des mesures disciplinaires en droit du travail¹⁵⁰.

[141] L'effet de cette disposition est d'interdire aux autorités publiques d'interroger un journaliste sur sa source, sauf si les exceptions à son obligation de confidentialité traitées ci-dessus s'appliquent (ch. 3, § 3). Seul le tribunal peut admettre des questions sur l'identité d'une source. Même dans ce cas, il ne sera possible pour le chancelier de la justice que de questionner le journaliste à savoir

¹⁴⁹ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 162-163.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 145.

si la personne désignée est sa source. Le journaliste ne pourra répondre que par oui ou non et aucune question supplémentaire ne sera permise¹⁵¹.

[142] L'interdiction de rechercher l'identité d'un informateur est prévue ainsi :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 4 No public authority or other public body may inquire into the identity of the author of material inserted, or intended for insertion, in printed matter, a person who has published, or who intends to publish, material in such matter, or a person who has communicated information under Chapter 1, Article 1, paragraph three, except insofar as this is necessary for the purpose of such prosecution or other action against him or her as is not contrary to the provisions of this Act. In cases in which such inquiries may be made, the duty of confidentiality under Article 3 shall be respected.

Nor may a public authority or other public body intervene against a person because he or she has in printed matter made use of his or her freedom of the press or assisted therein.

[143] En lien avec cette interdiction, on retrouve dans le *Code de procédure judiciaire*¹⁵² des dispositions particulières sur les moyens coercitifs (± autorisations judiciaires). Par exemple, si l'on peut supposer qu'un document contient une information qu'un témoin – dont le personnel rédactionnel – ne peut dévoiler en vertu d'une obligation de confidentialité, il ne peut pas en principe être saisi (ch. 27, § 2, al. 1(1); ch. 36, § 5, al. 6). Il en va de même de l'interception de communications électroniques (ch. 27, § 22; ch. 36, § 5, al. 6). Si de telles mesures coercitives adviennent, l'interception doit cesser et les enregistrements, être détruits.

[144] En 2015, la Cour suprême, en annulant une perquisition dans des locaux rédactionnels, s'intéressait à la distinction entre les informations protégées qui font l'objet d'une saisie et les informations latérales ou périphériques qui seront découvertes. Les informations périphériques – qui ne font pas l'objet de la saisie mais qui seront saisies en même temps –, qui peuvent contenir des informations protégées, doivent faire l'objet d'une analyse de la proportionnalité. Dans ce cas, bien que l'intérêt de l'enquête fût important, l'exigence de proportionnalité empêchait la perquisition¹⁵³.

C. Sanctions pénales (ch. 3, § 5)

[145] Un régime pénal sanctionne (i) les atteintes au droit à l'anonymat et la violation de l'obligation de confidentialité et (ii) la recherche de l'identité d'un auteur ou d'un informateur par les autorités. Dans les deux cas, la peine est l'emprisonnement d'au plus un an ou l'amende.

[146] Dans le premier cas, peut être punie la personne qui, *sciemment* ou *négligemment*, (i) indique le nom d'un auteur ou d'un informateur contre son gré

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 164.

¹⁵² *Rättegångsbalk* (=Code de procédure judiciaire) (Suède), SFS 1942:740.

¹⁵³ NJA 2015, p. 631, n° Ö3074-15, 18 août 2015, par. 8 et 40-43 (Cour suprême, Suède).

dans un écrit, (ii) enfreint son obligation de confidentialité ou (iii) publie le nom d'un auteur ou informateur autre que son véritable nom.

[147] Dans le second cas, l'autorité publique qui *délibérément* enfreint l'interdiction de rechercher l'identité de l'auteur ou de l'informateur peut être punie. De même, elle peut l'être si elle impose *délibérément* une mesure disciplinaire ou un congédiement à une personne qui a fait usage de son droit à la liberté d'expression par écrit ou a contribué à l'exercice de ce droit. La responsabilité pénale, dans ce cas, s'impose à la personne physique et non à l'institution¹⁵⁴.

[148] La personne préjudiciée doit porter plainte. Ces infractions ne sont pas des infractions de presse et ne font pas l'objet du régime judiciaire spécial dont je traiterai plus bas¹⁵⁵. Elles doivent néanmoins être intentées par le chancelier de la justice plutôt que par l'autorité poursuivante (ch. 9, § 2, al. 3)

[149] En 2015, la Cour suprême de la Suède condamnait trois journalistes à des amendes totalisant 23 000 couronnes (±3500 \$CA), en plus de les condamner solidairement au paiement de dommages à une personne qui n'avait pas donné son consentement à la levée de son droit à l'anonymat¹⁵⁶. Un article sur le viol d'une personne dans un taxi contenait une photo de la victime, où son visage était partiellement assombri. Les informations provenaient d'une entrevue menée avec elle par un journaliste et un photographe. La décision de publier l'article avait été prise par l'éditeur responsable. Le chancelier de la justice introduisit une action pour violation de l'obligation de confidentialité contre le journaliste, le photographe et l'éditeur. La victime était codemanderesse. Elle avait donné son consentement à la photographie après qu'on la lui avait montrée sur l'écran de la caméra. Cette acceptation ne permettait pas d'inférer qu'elle avait accepté que son identité soit connue. La Cour suprême reconnaissait les trois défendeurs responsables, car ils « auraient dû réaliser le risque que la photographie, vue en conjonction avec l'article, pût dévoiler l'identité [traduction] »¹⁵⁷ de la victime. Je réitère que le principe de responsabilité exclusive de l'éditeur s'applique aux infractions de presse, mais pas à l'infraction pénale de violation d'une obligation de confidentialité par les journalistes, ce qui explique la triple condamnation de l'éditeur, du journaliste et du photographe.

[150] Dans le sillage de cette décision, l'Association des journalistes suédois a publié un court *Guide de protection des sources*, où elle souligne que l'utilisation d'un pseudonyme pour désigner la source est un bon indice que la source n'a pas renoncé à son anonymat¹⁵⁸. L'association y souligne l'importance que les visiteurs

¹⁵⁴ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 164-165.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 165.

¹⁵⁶ NJA 2015, p. 166, n° B 3594-14, 27 mars 2015 (Cour suprême, Suède).

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 21.

¹⁵⁸ P.T., *Guide för källskydd*, Stockholm, Journalistförbundet, 2015, en ligne : <https://www.sjf.se/yrkesfragor/yttrandefrihet/kallskydd> (page consultée le 20 mai 2017).

de la rédaction prennent rendez-vous avant de se rendre dans les locaux rédactionnels pour éviter tout contact avec des informations protégées¹⁵⁹.

[151] En 2012, la Cour suprême confirmait la condamnation de l'éditrice d'un média à 80 jours-amendes¹⁶⁰ pour violation du droit à l'anonymat. Le journal avait écrit sur la présence d'un groupe de vigiles dans le sud de la Suède. On désignait une personne par le vocable « porte-parole ». Dans les jours et articles qui suivirent, l'homme fut identifié par son nom et une photo. L'éditrice responsable arguait qu'il s'agissait d'un nouveau contexte factuel et que ce porte-parole faisait désormais partie de la nouvelle. La Cour opposait une fin de non-recevoir à cet argument : l'obligation de confidentialité ne tombe que lorsqu'une exception prévue par la loi s'applique¹⁶¹.

[152] Paradoxalement – et cela montre la marginalité du système suédois –, la Cour ne se demandait pas si une mesure de l'État portait atteinte à la liberté d'expression, mais plutôt si la protection des sources elle-même contrevenait à l'article 10 de la *Convention européenne* en constituant une limitation à la liberté d'expression¹⁶²! Autrement dit, est-ce qu'en protégeant les sources contre le gré d'un journaliste, la constitution suédoise enfreignait le droit du journaliste à la liberté d'expression?

[153] Ce régime pénal est prévu au § 5 du chapitre 3 :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 5 A person who, whether through negligence or by deliberate intent, inserts in printed matter the name, pseudonym or pen-name of the author, or, in a case under Article 1, the editor or source, against his or her wishes, or disregards a duty of confidentiality under Article 3, shall be sentenced to payment of a fine or to imprisonment for up to one year. The same penalty shall apply to a person who, whether through negligence or by deliberate intent, publishes in printed matter as that of the author, editor or source, the name, pseudonym or pen-name of a person other than the true author, editor or source.

Inquiries made in breach of Article 4, paragraph one, sentence one, if made deliberately, shall be punishable by a fine or imprisonment for up to one year. Deliberate action in breach of Article 4, paragraph two, provided the said measure constitutes summary dismissal, notice of termination, imposition of a disciplinary sanction or similar measure, shall be punishable by a fine or imprisonment for up to one year.

Legal proceedings may be instituted on account of an offence under paragraph one only provided the injured party has reported the offence for prosecution.

¹⁵⁹ P.T., *Källskydd*, s.l., Journalistförbundet, 2015, en ligne : <http://www.sjf.se/yrkesfragor/yttrandefrihet/kallskydd> (page consultée le 20 mai 2017).

¹⁶⁰ En droit suédois, un jour-amende varie selon la situation économique de l'individu. Par exemple, une peine varie de 30 à 150 jours-amendes et chaque jour-amende a une valeur de 50 à 1000 couronnes (±7,50 à 150 \$CA). Le montant total minimal d'une amende est de 750 couronnes (±115 \$CA). Voir *Brottsbalk* (=Code criminel) (Suède), SFS 1962:700, ch. 25, § 2.

¹⁶¹ NJA 2012, p. 342, n° B 2962-10, 7 juin 2012 (Cour suprême, Suède), par. 9.

¹⁶² *Ibid.*, par. 10.

4.2.6. Procédure de liberté de presse

[154] Une « procédure de liberté de presse » (*tryckfrihetsmål*) est spécifiquement prévue pour (i) la poursuite d'infractions de presse, (ii) d'infractions de divulgation commises par un informateur et pour (iii) la saisie de publications (ch. 9, § 2). Ce régime ne s'applique pas aux sanctions pénales des infractions de violation de l'obligation de confidentialité d'un journaliste et aux infractions contre l'interdiction de rechercher une source ou d'imposer des sanctions disciplinaires¹⁶³.

[155] L'autorité poursuivante usuelle (±DPCP) cède le pas au chancelier de la justice¹⁶⁴ (±procureur général). Seul le chancelier peut (i) être poursuivant d'une infraction de presse, (ii) être poursuivant dans les matières régies par la *Loi sur la liberté de la presse* ou (iii) instituer une enquête ou approuver une mesure telle qu'une saisie d'imprimé (ch. 9, § 2, al. 1 et 3). Le reste du temps, le chancelier de la justice représente l'État en matière civile, mais n'a pas la tâche de poursuivant en matière criminelle¹⁶⁵. Dans le cas de certaines infractions de presse graves contre l'ordre public (par ex., la haute trahison), l'accord du gouvernement peut être nécessaire pour instiguer la poursuite¹⁶⁶. Le chancelier de la justice peut déléguer certaines mesures d'enquête aux corps policiers ou à l'autorité poursuivante tout en conservant la responsabilité de la poursuite¹⁶⁷. Enfin, bien qu'une procédure pénale relative à la violation de confidentialité par un journaliste ne soit pas sujette au régime procédural spécial, c'est le chancelier qui instruit ce genre de procédure (ch. 9, § 2, al. 3). L'infraction criminelle de diffamation, par exemple, qui est une infraction de presse, n'est pas menée règle générale par le chancelier, mais celui-ci peut s'en saisir exceptionnellement¹⁶⁸. L'ombudsman parlementaire peut également jouer, dans certaines circonstances, le rôle d'autorité poursuivante¹⁶⁹.

[156] Les cours de district (±cour supérieure) – qui se métamorphosent pour l'occasion en « tribunaux de liberté de presse » – ont compétence, en matière d'infraction de presse, sur la responsabilité pénale et les actions en dommages (ch. 12, § 1). Le régime particulier permet la jonction d'actions de nature différente (une matière régulière et une instance de liberté de presse) au cours de

¹⁶³ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 165 et 169.

¹⁶⁴ *Information on the Office of the Chancellor of Justice*, Stockholm, Justitiekanslern, s.d., en ligne : www.jk.se/other-languages/english/ (page consultée le 20 mai 2017).

¹⁶⁵ L'autorité poursuivante habituelle en matière criminelle étant l'*Åklagarmyndigheten*. En ligne : <https://www.aklagare.se/en> (page consultée le 20 mai 2017).

¹⁶⁶ *Lag med föreskrifter på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden* (=Loi sur l'application de la Loi sur la liberté de la presse et de la Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1559, ch. 6, § 1.

¹⁶⁷ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 169-170.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 172-173.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 185. Voir aussi ch. 9, § 2, al. 3.

la même instance¹⁷⁰. Le procès a lieu devant un jury de neuf membres en matière de responsabilité pénale, sauf exception¹⁷¹ et à moins de renonciation des parties. La majorité qualifiée à une déclaration de culpabilité est de six jurés. Si le jury acquitte le défendeur, ni le tribunal ni le tribunal d'appel ne peut réformer cette décision. Si le jury déclare l'accusé coupable, le tribunal ou la cour d'appel peut l'acquitter ou imposer une sanction moindre (ch. 12, § 2-7)¹⁷².

[157] La prescription d'une infraction de presse est règle générale de six mois pour un périodique qui détient un certificat de publication et d'une année pour les autres imprimés à partir de la date de leur publication (ch. 9, § 3). Soulignons ici le parallèle avec l'action en dommages fondée sur l'atteinte à la réputation au Québec, où le délai de prescription est d'une année¹⁷³. En Suède, cette distinction importe pour les matières criminelles, qui sont sujettes à la prescription¹⁷⁴.

[158] Enfin, ce régime procédural est sujet au principe énoncé dans la *Loi sur la liberté de la presse* voulant que toute personne qui rend jugement sur un abus de la liberté de presse ou s'assure de la conformité de l'application de cette loi doive garder à l'esprit l'importance de la liberté d'expression dans une société libre (ch. 1, § 4). Elle doit s'attarder à l'illégalité du fond plutôt que de la forme de l'expression et doit, en cas de doute, acquitter plutôt que condamner.

[159] Dans *Pascalidou c. Suède*, un quotidien avait publié des photos de néonazis posant armés devant les résidences d'un chef de police et d'une journaliste. Les néonazis avaient été condamnés pour menaces, mais le journaliste qui avait publié les photos avait été innocenté. La Cour suprême annulait les déclarations de culpabilité des néonazis, au motif que la publication des photos relevait du droit de communiquer une information aux fins de sa publication. Devant le spectre d'un recours devant la CEDH pour violation du droit à la vie privée, les parties réglaient et le législateur ajoutait certaines infractions dont l'infraction de menace contre un fonctionnaire à la liste des infractions de presse (ch. 7, § 4(17))¹⁷⁵. La cause fut rayée du rôle de la CEDH¹⁷⁶.

¹⁷⁰ *Lag med föreskrifter på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden* (=Loi sur l'application de la Loi sur la liberté de la presse et de la Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1559, ch. 7, § 6-7.

¹⁷¹ La question de savoir si un défendeur est éditeur responsable d'un imprimé (ch. 12, § 2, al. 1).

¹⁷² Pour une illustration de cette procédure, voir *Holm c. Suède*, n° 14191/88, 25 novembre 1993 (CEDH), où la CEDH abordait ce régime sous l'angle de la garantie d'un procès équitable devant un tribunal impartial (*Convention européenne*, art. 6).

¹⁷³ *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 2929.

¹⁷⁴ *Brottsbalk* (=Code criminel) (Suède), SFS 1962:700, ch. 35.

¹⁷⁵ *Lag om ändring i lagen (2002:801) om ändring i tryckfrihetsförordningen* (=Loi modifiant la Loi modifiant la Loi sur la liberté de la presse (Suède), SFS 2002:906.

¹⁷⁶ NJA 1999, p. 275, n° B4575-98, 19 mai 1999 (Cour suprême, Suède), recours devant la CEDH rayé du rôle (*Pascalidou c. Suède*, n° 53970/00, 11 février 2003 (CEDH)).

4.3. *Loi fondamentale sur la liberté d'expression (1991)*

[160] La *Loi fondamentale sur la liberté d'expression*¹⁷⁷ a été adoptée en 1991 pour combler le vide législatif laissé entre la *Loi sur la liberté de la presse* de 1949 et les diverses lois sur les autres types de médias¹⁷⁸. Étant donnée la grande similarité des dispositions des deux lois, la présente section ne fera qu'un portrait succinct de la *Loi fondamentale sur la liberté d'expression*. Des discussions ont eu lieu périodiquement sur l'opportunité de refondre ces deux lois constitutionnelles pour assurer une plus grande cohérence, lisibilité et modernisation¹⁷⁹.

[161] La *Loi fondamentale sur la liberté d'expression* s'applique à la liberté d'expression par la radio¹⁸⁰, la télévision, les transmissions analogues, la lecture de bases de données (Internet), le film, les enregistrements sonores ou vidéo et les autres enregistrements techniques (ch. 1, § 1, al. 1). Ses dispositions s'appliquent aux transmissions accessibles au grand public (ch. 1, § 6 et 10).

[162] Contrairement aux imprimés qui respectent les conditions dont il a été question ci-dessus, ici, la protection constitutionnelle des communications n'est pas toujours automatique. L'Autorité suédoise de la presse et de la radio-diffusion¹⁸¹ (±CRTC) émet des certificats semblables à ceux qui sont prévus pour les imprimés. Ceux-ci sont valides pendant 10 ans (ch. 1, § 9, al. 3-4).

[163] Certaines transmissions bénéficient d'une protection automatique ou quasi automatique, d'autres non. À titre d'exemple, certains sites Internet sont automatiquement protégés, par exemple le site Internet d'un journal déjà protégé en vertu de la *Loi sur la liberté de la presse*, pour autant que son contenu ne puisse être modifié par l'utilisateur et que certaines conditions supplémentaires soient remplies. Pour d'autres sites Internet, un certificat de publication doit être obtenu, qui requiert notamment l'inscription d'un éditeur responsable. Des conditions particulières sont déterminées dans une loi d'application¹⁸². L'éditeur responsable d'un site Internet est l'unique responsable du contenu publié auparavant et encore disponible et du contenu publié au moment où il agit comme

¹⁷⁷ *Yttrandefrihetsgrundlagen* (=Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1469.

¹⁷⁸ Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016, p. 23.

¹⁷⁹ SOU 2006:96, *Ett nytt grundlagsskydd för tryck- och yttrandefriheten? Tryck- och yttrandefrihetsberedningen inbjuder till debatt*; Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 28-29.

¹⁸⁰ Pour des raisons historiques – l'existence d'un monopole d'État –, des distinctions existent selon que la transmission est faite par radio hertzienne, par câble ou webradio (Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 45 et 82).

¹⁸¹ Swedish Press and Broadcasting Authority, en ligne : <http://www.radioochtv.se/en/broadcasting-radio-and-tv/online-publication/database-registration/> (page consultée le 20 mai 2017).

¹⁸² *Lag med föreskrifter på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden* (=Loi sur l'application de la Loi sur la liberté de la presse et de la Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1559.

éditeur responsable¹⁸³. Plusieurs médias sociaux ne sont pas couverts par les protections constitutionnelles¹⁸⁴.

[164] Au reste, les mêmes concepts et principes, régimes procéduraux et infractions, persistent sous l'égide de cette loi, moyennant quelques différences, dont quelques distinctions terminologiques¹⁸⁵.

[165] En somme, malgré l'intrication des régimes multiples instaurés par le droit constitutionnel, le cas des sites Internet illustre et résume assez bien la logique inhérente à l'économie du système suédois de protection des sources et, plus largement, de liberté d'expression : une communication dirigée au grand public, sous la supervision d'un éditeur ou sous réserve d'une traçabilité de l'imprimé, est constitutionnellement protégée. Ce régime est caractérisé par une activité législative détaillée et une interaction constante entre le droit d'accès aux documents publics et le droit à la protection de la vie privée.

¹⁸³ NJA 2013, p. 945, n° Ö 3507-12, 7 novembre 2013, par. 9-10 et 12 (Cour suprême, Suède).

¹⁸⁴ SOU 2013:79, *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet*, p. 49.

¹⁸⁵ Les « infractions de presse » (*tryckfrihetsbrott*) deviennent de tout aussi intraduisibles « infractions de liberté d'expression » (*yttrandefrihetsbrott*).

5. Norvège¹⁸⁶

[166] En Norvège, le droit à la liberté d'expression est prévu dans la constitution, qui précise que l'État est responsable de la mise en place des conditions propices à un débat public libre et éclairé.

[167] De premières règles de protection des sources sont adoptées en 1951 dans les codes de procédure civile et pénale¹⁸⁷. Historiquement, ce droit doit être conçu comme le pendant du principe de responsabilité éditoriale et comme partie du droit de ne pas s'exprimer¹⁸⁸. Aujourd'hui, les règles de procédure immunisent le personnel rédactionnel de l'obligation de produire une preuve documentaire ou de témoigner sur l'identité d'une source. Les autorisations judiciaires sont encadrées lorsqu'elles visent le personnel ou les locaux rédactionnels. Le personnel supérieur de l'autorité poursuivante doit notamment donner son accord aux autorisations octroyées en urgence à l'égard de journalistes.

[168] La Norvège se distingue par l'existence d'un régime d'*amici curiæ*, qui représentent les intérêts des personnes visées par les autorisations judiciaires ou des tiers en leur absence, qu'elles soient ou non des journalistes. Certains organes assurent une documentation et une surveillance du travail des policiers et de l'autorité poursuivante en matière d'autorisations judiciaires.

5.1. Contexte constitutionnel

[169] La *Loi fondamentale*¹⁸⁹ énonce au § 100 le droit à la liberté d'expression. On y retrouve son énonciation générale (al. 1); l'interdiction d'imputer une responsabilité juridique qui découle de la réception ou de la transmission d'informations (al. 2); la possibilité de limiter ce droit selon les impératifs démocratiques (al. 2-4); les principes de transparence et d'accès à l'information (al. 5); et l'obligation de l'État de créer les conditions préalables à cette liberté (al. 6) :

§ 100

There shall be freedom of expression.

No one may be held liable in law for having imparted or received information, ideas or messages unless this can be justified in relation to the grounds for freedom of expression, which are the seeking of truth, the promotion of democracy and the

¹⁸⁶ La législation citée dans cette section est en vigueur au 9 mai 2017. Elle tient compte de la *Lov om endringer i tinglysingsloven, inkassoloven og tvangsfullbyrdelsesloven mv. (teknologinøytralitet)* (=Loi modifiant la Loi sur les successions, etc.) (Norvège), LOV-2017-03-31, n° 14.

¹⁸⁷ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 63 et 65.

¹⁸⁸ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 407 et 414; Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 25 et 60-61.

¹⁸⁹ *Kongeriket Norges Grunnlov* (=Loi fondamentale du royaume de Norvège) (Norvège), LOV-1814-05-17, trad. du parlement, en ligne : <https://www.stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/> (page consultée le 20 mai 2017).

individual's freedom to form opinions. Such legal liability shall be prescribed by law.

Everyone shall be free to speak their mind frankly on the administration of the State and on any other subject whatsoever. Clearly defined limitations to this right may only be imposed when particularly weighty considerations so justify in relation to the grounds for freedom of expression.

Prior censorship and other preventive measures may not be applied unless so required in order to protect children and young persons from the harmful influence of moving pictures. Censorship of letters may only be imposed in institutions.

Everyone has a right of access to documents of the State and municipalities and a right to follow the proceedings of the courts and democratically elected bodies. Limitations to this right may be prescribed by law to protect the privacy of the individual or for other weighty reasons.

The authorities of the state shall create conditions that facilitate open and enlightened public discourse.

[Traduction du parlement]

[170] En 1999, la Norvège adopte une loi qui transpose la *Convention européenne*¹⁹⁰ en droit interne et prévoit la primauté des droits de la *Convention européenne* sur les normes juridiques ordinaires en cas de conflit¹⁹¹.

5.2. Matières civiles

[171] Le *Code de procédure civile*¹⁹² permet au personnel rédactionnel de refuser de fournir une preuve testimoniale ou documentaire en évoquant la protection des sources. Son champ d'application matériel s'étend au témoignage et à la production de documents en preuve, mais il s'agit d'une immunité limitée à l'identité de la source. Son champ d'application s'étend à tout le personnel rédactionnel, incluant les collaborateurs des médias, pourvu que l'information leur ait été « confiée » en vue de son utilisation dans le cadre d'une activité journalistique pour un média¹⁹³. Le tribunal de première instance a compétence pour décider de l'application de l'immunité et peut déterminer des mesures d'atténuation s'il ordonne la production de la preuve (huis clos ou ordonnance de confidentialité).

[172] Le juge peut exceptionnellement ordonner la divulgation de la source après avoir effectué une évaluation globale, ce qui inclut une évaluation des intérêts divergents dans le cas concret qui lui est soumis¹⁹⁴. Pour l'accorder, il doit être

¹⁹⁰ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, entrée en vigueur le 3 septembre 1953 en Norvège.

¹⁹¹ *Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)* (=Loi visant le renforcement du statut des droits de l'homme en droit norvégien) (Norvège), LOV-1999-05-21, n° 30, § 2 et 3.

¹⁹² *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)* (=Code de procédure civile) (Norvège), LOV-2005-06-17, n° 90, § 22-11. Voir aussi § 24-8(3).

¹⁹³ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 416 et 424.

¹⁹⁴ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 31.

convaincu (i) de l'intérêt public important de la divulgation et (ii) de l'importance de l'information pour la résolution d'une affaire. Même si ces conditions sont remplies, si l'information a permis de découvrir un état de fait fondamentalement important, un critère de nécessité particulière s'ajoute. Ce critère n'aurait pas été interprété¹⁹⁵.

[173] Le délai d'appel d'un jugement interlocutoire peut être d'une semaine ou plus court si le témoin est présent¹⁹⁶. Ces règles sont prévues ainsi :

§ 22-11. Exemption de preuve des médias – protection des sources

(1) Le rédacteur en chef d'un imprimé peut refuser de donner accès à une preuve portant sur l'identité de l'auteur d'un article ou d'un message de l'imprimé ou sur la source des informations y contenues. Il en va de même de la preuve de l'identité de la source d'autres informations qui lui sont confiées en vue de leur utilisation dans le cadre de son activité.

(2) Lorsqu'un important intérêt public requiert que l'information prévue à l'alinéa 1 soit donnée et que cette information est d'une importance significative pour la résolution d'une affaire, le tribunal peut toutefois, après une évaluation globale, ordonner que la preuve soit soumise ou que le nom soit divulgué. Lorsque l'auteur ou la source a découvert un état de fait qu'il était d'intérêt public de faire connaître, cette ordonnance ne peut être rendue que lorsqu'il est particulièrement nécessaire que le nom soit connu.

(3) Les règles de ce paragraphe [§ 22-11] valent *mutatis mutandis* pour :

- a) les autres personnes qui ont eu connaissance de l'auteur ou de la source par leur travail pour la maison d'édition, la rédaction, l'agence de presse ou l'imprimerie concernée et
- b) les employés de la radiodiffusion ou d'une autre entreprise médiatique qui à titre principal a les mêmes fins que les journaux ou la radiodiffusion.¹⁹⁷

[Traduction de l'auteur]

5.3. Matières criminelles

[174] Le *Code de procédure pénale*¹⁹⁸ – qui fait actuellement l'objet d'une importante réforme¹⁹⁹ – exempte le personnel rédactionnel de l'obligation de témoigner en matière criminelle d'une manière quasi identique au *Code de procédure civile*. Cette protection s'étend à l'ensemble du personnel rédactionnel. Quant au champ

¹⁹⁵ L'exception principale est étroite et une auteure avance qu'il n'a pas été nécessaire d'interpréter ce critère jusqu'à ce jour dans la jurisprudence : Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 442.

¹⁹⁶ *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)* (=Code de procédure civile) (Norvège), LOV-2005-06-17, n° 90, § 29-5 et 29-8.

¹⁹⁷ *Ibid.*, partie 5 (Preuve), ch. 22 (Interdiction et exemption de preuve).

¹⁹⁸ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25.

¹⁹⁹ La Norvège est sur le point de refondre son *Code de procédure pénale*. Un rapport public (±travaux préparatoires) a été déposé en décembre 2016 (NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*) et le délai pour le dépôt des mémoires et les audiences publiques échoit le 6 juin 2017.

d'application matériel, l'exemption couvre l'identité des sources et des auteurs des contributions, mais un doute jurisprudentiel sur l'inclusion du matériel non publié n'identifiant pas de source persiste et le législateur propose son inclusion dans l'éventuelle refonte du *Code de procédure pénale*²⁰⁰. Le contenu publicitaire n'est pas couvert²⁰¹.

[175] Une exception de même nature que celle qui est prévue en matière civile s'applique. Elle requiert de démontrer un important intérêt public à la divulgation et l'importance de la preuve pour la résolution d'une affaire. Pareillement, un troisième critère de nécessité particulière de la divulgation s'ajoute lorsque le journaliste a dévoilé une information d'intérêt public.

[176] Par intérêt public important à la divulgation de la source, on entendra, par exemple, les cas où la société a un intérêt important à protéger la vie privée. Plus la révélation faite par le journaliste s'intéresse à des états de fait qui relèvent de la sphère publique, moins l'exception à la confidentialité des sources a de chance de s'appliquer²⁰². La gravité d'un crime peut jouer ici : on considérera qu'enquêter sur une infraction mineure ne présente peut-être pas un intérêt public suffisant²⁰³. Si l'exception s'applique, le tribunal doit alors faire une évaluation globale des intérêts, dont l'intérêt général à la protection des sources, l'importance de la répression du crime ou d'éviter la condamnation d'innocents et l'importance de l'état de fait révélé par le journaliste²⁰⁴. En pratique, l'exception est très étroite²⁰⁵. Enfin, le tribunal peut ordonner le huis clos ou rendre une ordonnance de confidentialité.

[177] Ces règles sont prévues ainsi :

§ 125. Le rédacteur en chef²⁰⁶ d'un imprimé peut refuser de répondre aux questions sur l'identité de l'auteur d'un article ou d'un message de l'imprimé ou sur l'identité de la source des informations y contenues. Il en va de même des questions sur l'identité de la source d'autres informations qui lui sont confiées en vue de leur utilisation dans le cadre de son activité.

²⁰⁰ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 94-95, citant *Basehoppssaken*, Rt. 1997, p. 1734 (Cour suprême, Norvège) et *Notatblokksaken*, Rt. 1999, p. 532 (Cour suprême, Norvège). En effet, si ce semble avoir été la règle historiquement, je traiterai d'une décision de la Cour suprême rendue en 2015 qui pourrait ouvrir la voie à la protection du matériel non publié qui n'identifie pas de source. Voir *infra*, par. [182]-[184].

²⁰¹ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 425.

²⁰² Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 110-118.

²⁰³ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 434-435.

²⁰⁴ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 127-133.

²⁰⁵ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 438.

²⁰⁶ Dans le *Code criminel*, on entend par « rédacteur en chef » (*redaktør*) la personne qui prend les décisions sur le contenu (*Lov om straff (straffeloven)* (=Code criminel) (Norvège), LOV-2005-05-20, n° 28, § 270). Vu le second alinéa de ce paragraphe, la détermination exacte du sens à donner à « rédacteur en chef » est théorique.

Les autres personnes qui ont eu connaissance de l'auteur ou de la source dans le cadre de leur travail pour la maison d'édition, la rédaction, l'agence de presse ou l'imprimerie concernée ont le même droit.

Lorsqu'un important intérêt public requiert que l'information soit donnée et que cette information est d'une importance significative pour la résolution d'une affaire, le tribunal peut toutefois, après une évaluation globale, ordonner au témoin de révéler le nom. Lorsque l'auteur ou la source a révélé un état de fait qu'il était d'intérêt public de faire connaître, il ne peut être ordonné au témoin de révéler le nom que lorsque cela est particulièrement nécessaire.

Lorsqu'une réponse est donnée par le témoin, le tribunal peut décider qu'elle ne sera donnée qu'au tribunal et aux parties à huis clos et sous ordonnance de confidentialité.

Les dispositions de ce paragraphe valent *mutatis mutandis* pour le chef de la radiodiffusion²⁰⁷ et les employés de la radiodiffusion ou d'une autre entreprise médiatique qui à titre principal a les mêmes fins que les journaux ou la radiodiffusion.

[Traduction de l'auteur]

[178] La question de ce que constitue un imprimé a été posée. Lindahl relate que l'intention initiale du législateur était de restreindre l'exemption aux publications périodiques, mais que le champ d'application s'est depuis élargi, par exemple, à certains livres qui feraient partie d'une activité journalistique²⁰⁸.

[179] Ici aussi, c'est le tribunal qui a compétence pour décider de la question. Il doit attirer l'attention du témoin sur son droit (§ 127, al. 1). Une preuve de probabilité est nécessaire, mais faute de preuve, une affirmation solennelle suffira (§ 127, al. 2). De plus, l'assignation à comparaître peut être révoquée si le témoin annonce assez tôt son intention de ne pas témoigner (§ 126). Enfin, l'appel doit être interjeté immédiatement si la personne est présente, sinon dans un délai de trois jours (§ 379, al. 2). Ces règles sont prévues ainsi :

§ 126. [Alinéa 1 omis]

Lorsqu'un témoin ayant le droit de refuser de donner une explication sur l'état de fait sur lequel on veut le questionner est convoqué, il peut être ajouté à l'assignation que la comparution n'est pas nécessaire si le témoin est résolu à refuser de témoigner.

Si un témoin mentionne en temps opportun avant l'audience qu'il va refuser de témoigner, l'assignation est révoquée lorsque le refus est justifié.

§ 127. Lorsque le tribunal pense qu'un témoin convoqué n'a pas le droit de donner des explications ou de répondre à une question, ou peut refuser de le faire, il y attire l'attention du témoin.

²⁰⁷ Le poste de « chef de la radiodiffusion » a été conçu à une époque où la NRK – réseau national de radio et télévision – était un monopole d'État. Le terme s'étend aux autres réseaux (Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 88).

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 77-81, citant *Edderkoppsaken*, Rt. 1992, p. 39 (Cour suprême, Norvège).

Si un témoin soutient qu'il n'a ni le droit ni l'obligation de témoigner, il doit en faire la preuve [±probable]. En l'absence d'autre preuve, il est suffisant que le témoin en fasse la [±déclaration sous serment]. De la même manière, l'autorité poursuivante peut faire la [±déclaration sous serment] qu'un témoin ne peut témoigner ou répondre à une question.

Si une personne qui aurait pu refuser de témoigner a commencé à témoigner, elle peut néanmoins refuser de continuer à témoigner ou de faire une [±déclaration sous serment].

[Traduction de l'auteur]

[180] La Cour suprême de la Norvège s'inspire généralement de l'interprétation large de l'article 10 de la *Convention européenne*. Elle protège les sources en cas de doute et applique l'exception de manière restrictive. Elle souligne souvent dans la jurisprudence que, pour appliquer l'exception, les informations recherchées par l'autorité poursuivante doivent être capitales dans la résolution d'une affaire criminelle. Je m'intéresserai ici à trois décisions.

[181] En 2004, deux journalistes du *Bergens Tidende* publiaient des articles sur les liens entre des videurs de bars et le trafic de stupéfiants. Ils relataient l'existence d'écoute électronique à l'endroit des videurs et mentionnaient une source policière. Les affaires internes du corps policier²⁰⁹ enquêtaient pour violation du serment de confidentialité des policiers. Les journalistes refusèrent de révéler leur source et, ultérieurement, de la donner en vertu de l'exception du § 125, al. 3. Les trois instances judiciaires refusèrent la requête pour forcer la divulgation. La Cour suprême décidait²¹⁰ que l'exception de l'alinéa 3 ne pouvait s'appliquer : dans l'évaluation, la liberté d'expression avait une importance capitale. La Cour se référait à *Goodwin c. R.-U.*²¹¹ ainsi qu'à la transposition de la *Convention européenne* en droit norvégien.

[182] La Cour suprême s'est récemment exprimée sur le champ d'application matériel du § 125. En 2015, les services secrets norvégiens enquêtaient sur des jeunes suspectés de se radicaliser et de vouloir rejoindre le front syrien. Devant une situation urgente – un jeune s'appêtait à quitter –, les services secrets firent une perquisition sans mandat en vertu d'un pouvoir spécial au domicile d'un

²⁰⁹ Les affaires internes ont été remplacées en 2005 par l'« unité spéciale pour les affaires policières », qui relève administrativement du ministère de la Justice, mais professionnellement de l'Avocat du royaume (±Directrice du DPCP). Voir : <http://www.spesialenheten.no/English/Mainpage.aspx> (page consultée le 20 mai 2017).

²¹⁰ *Lekkasjesaken*, n° HR-2004-01533-A, 15 septembre 2004 (Cour suprême, Norvège). Voir aussi *22. juli-kilden*, n° HR-2013-02170-A, 18 octobre 2013 (Cour suprême, Norvège), où le radiodiffuseur étatique NRK recevait (et rejetait) une offre pour acheter des documents policiers relatifs aux attentats de juillet 2011. Procédant à appliquer l'exception, la Cour déterminait que l'intérêt public à dévoiler la source et l'importance de l'information commandaient de la révéler. Toutefois, il n'est pas certain que l'identité de la source permettrait aux affaires internes de porter des accusations et, surtout, l'effet à long terme de cette exception à la protection pourrait mener à la dissuasion des informateurs. De plus considérant que le radiodiffuseur avait aussitôt refusé l'offre, la Cour protégea la source.

²¹¹ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH).

documentariste qui avait fait des entrevues avec les jeunes radicalisés. Du matériel vidéo qui aurait pu identifier des sources était saisi. Un tribunal devait ensuite confirmer la validité de la saisie. Bien que d'avis que le documentariste était protégé par le § 125, le tribunal estimait que les sources étaient déjà connues des policiers et que la protection ne valait plus. La Cour d'appel rejetait l'appel.

[183] La Cour suprême²¹² réformait ces jugements et cassait la perquisition. En appliquant le § 125, elle estimait que l'exception ne s'appliquait pas, parce que la preuve saisie ne revêtait pas l'importance suffisante pour la résolution de l'affaire.

[184] La Cour suprême notait, sans que cette question soit centrale à la détermination du pourvoi, que le matériel journalistique non publié pourrait être protégé, même s'il n'identifie pas une source, mais s'il peut en identifier une. Le projet de refonte du *Code de procédure pénale* propose d'ailleurs un amendement législatif en ce sens²¹³. La Cour ajoute, critiquant la Cour d'appel, qu'en cas de doute, la protection des sources doit prévaloir. L'influence de la jurisprudence de la CEDH sur le raisonnement suivi par la Cour suprême est importante. Kierulf souligne l'importance de cette décision de la Cour suprême, notant au passage que la Cour aurait pu se prononcer, pour ce genre de question, par la voie de son comité d'appel, mais a décidé de faire procéder le pourvoi devant une formation de cinq juges, ce qui serait exceptionnel²¹⁴. En tout état de cause, cette remarque ou cet *obiter dictum* laisse entrevoir une légère déviation de la règle sur le matériel non publié en vigueur jusqu'à ce jour²¹⁵.

[185] Quant au champ d'application personnel, la Cour suprême est arrivée à la conclusion en 2010 que le commentaire d'un lecteur sur un forum de débat lié à un article sur Internet était inclus dans le droit prévu au § 125 du *Code de procédure pénale*²¹⁶. Un individu ayant pris le pseudonyme « trouveur » avait commenté un article sur des biens patrimoniaux en indiquant avoir trouvé une pierre runique sur sa propriété et l'avoir gardée dans son garage sans avertir les autorités. Il aurait ensuite vendu cette pierre sur eBay. La police demanda au site Internet de fournir l'adresse IP de ce « trouveur ». La Cour suprême notait qu'il était évident que le commentaire d'un lecteur dans un journal (papier) était couvert par la protection des sources. L'autorité poursuivante plaidait que le site Internet ne faisait pas le même contrôle éditorial qu'un journal traditionnel et que le commentaire de « trouveur » était une publicité, puisqu'il avait vendu la pierre runique. La Cour suprême, concédant que la publicité n'est pas couverte par la protection des sources, concluait néanmoins que le responsable de la page Web pouvait se prévaloir de l'exemption de fournir une preuve, puisque le contenu

²¹² *Rolfesen-saken*, n° HR-2015-02308-A, 20 novembre 2015 (Cour suprême, Norvège), par. 54-59.

²¹³ NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*, p. 279.

²¹⁴ Anine Kierulf, « Rolfesen-saken: Høyesterett som kildevernets rettsavklarer », (2016) 42:1 *Kritisk Juss* 55, p. 57.

²¹⁵ Voir Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 430-431, qui critiquait l'élargissement avant *Rolfesen*.

²¹⁶ *Runesteinsaken*, Rt. 2010, p. 1381 (Cour suprême, Norvège); Prop. 147 L (2012-2013), p. 133.

principal des commentaires de « trouveur » était une critique de la législation sur les biens patrimoniaux²¹⁷. Un juge dissident soulignait que la publication ne se trouvait pas au cœur de la liberté d'expression et n'était pas protégée, d'autant plus que « trouveur » avait commis deux infractions, admises dans ses commentaires. Cette décision est critiquée²¹⁸. Dans le rapport public sur la refonte du droit de la procédure pénale, on estime qu'il devrait être laissé à l'appréciation des tribunaux de déterminer ce qu'est un « travail journalistique », afin de permettre une flexibilité adaptative à la versatilité des médias²¹⁹.

[186] Est-ce que le fait que la source soit connue neutralise l'exemption testimoniale? En 2011, la majorité d'une formation de la Cour suprême était d'avis que la source devenue connue, qu'elle se soit elle-même dévoilée ou qu'elle l'ait été par une autre méthode, n'était pas protégée²²⁰. Deux des juges étaient plutôt d'avis que la protection des sources ne protège pas les sources, mais l'intérêt de la société à ce que les sources transmettent des informations aux journalistes. En ce sens, ce serait réduire la protection des sources que de neutraliser la protection lorsque la source devient connue. Quant au consentement de la source, il ne neutralise pas l'immunité du journaliste, qui demeure en définitive le seul à pouvoir exercer sa faculté²²¹.

[187] Enfin, je note que le rapport public sur la refonte du *Code de procédure pénale* exprime un certain malaise devant les différents seuils exprimés à l'alinéa 3 du § 125 pour activer l'exception à la protection. L'ébauche de code proposée simplifie la disposition substantiellement : l'exception à la non-contrainabilité s'applique si des considérations particulières le justifient. Pour l'analyse, le tribunal doit notamment évaluer les critères de nécessité, d'intérêt public à la divulgation et de l'importance concrète du travail journalistique²²².

5.4. Protection contre les moyens coercitifs

[188] La procédure pénale norvégienne²²³ qualifie de moyens coercitifs (*tvangsmidler*) les mesures qui s'apparentent en droit canadien aux autorisations judiciaires. Les moyens coercitifs incluent l'emprisonnement, les saisies, l'écoute électronique et l'interception des communications. J'aborderai ici la question des

²¹⁷ *Runesteinsaken*, Rt. 2010, p. 1381, par. 46-47 (Cour suprême, Norvège), citant Rt. 1976, p. 1219 (Cour suprême, Norvège) en ce qui concerne la publicité.

²¹⁸ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 423-424.

²¹⁹ NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*, p. 280.

²²⁰ *A. c. Påtalemyndigeten*, n° HR-2011-01848-A, 30 septembre 2011 (Cour suprême, Norvège), demande pendante devant la CEDH (n° 21272/12).

²²¹ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 431.

²²² NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*, p. 40 (§ 9-4) et p. 280.

²²³ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25.

perquisitions et de la surveillance par caméra; la surveillance des communications sera étudiée à la section suivante (*infra*, section 5.5, p. 58), car elle est assujettie à un contrôle administratif particulier. Tous les moyens coercitifs sont assujettis au critère de proportionnalité (§ 170 a). Une preuve obtenue illégalement *peut* mener à son inadmissibilité²²⁴.

[189] L'autorité poursuivante norvégienne est composée de trois niveaux²²⁵. Le premier est intégré aux corps policiers, tandis que l'on désigne généralement les deux autres comme constituant l'autorité poursuivante supérieure :

AUTORITÉ POURSUIVANTE	Avocat du royaume (±Directrice ²²⁶ du DPCP)
	– Procureurs en chef des bureaux régionaux
	– Procureurs de l'État
	– Officiers supérieurs des corps de police – Juristes des corps de police

5.4.1. Mandats de perquisition et fouilles

[190] La fouille de personnes ou la perquisition dans des lieux privés a en principe lieu avec l'autorisation du tribunal. Il existe certaines exceptions, dont lorsque l'intéressé donne son consentement écrit (§ 197, al. 1). L'autorité poursuivante peut y procéder sans autorisation judiciaire en vertu d'un pouvoir spécial si le délai de demande d'autorisation entraînerait une destruction de la chose recherchée (§ 197, al. 2). Un agent de la paix peut y procéder sur la personne du suspect sans autorisation lorsque les lieux sont accessibles au public, qu'il y a flagrant délit ou, dans le cas de certaines infractions, qu'il est sur une piste fraîche et que l'objet de la perquisition risque d'être détruit (§ 198, al. 1).

[191] Si la perquisition est faite dans des locaux rédactionnels et que l'autorité poursuivante désire se prévaloir de son pouvoir spécial d'agir sans autorisation judiciaire, deux conditions doivent être remplies : (i) seul un procureur de l'État (±procureur de la Couronne) peut autoriser cette perquisition et (ii) il doit être vraisemblable que l'enquête souffrirait considérablement du retard entraîné par la demande d'autorisation (§ 197, al. 2). Dans la mesure du possible, cette décision doit être écrite et détaillée ou mise par écrit rapidement (§ 197, al. 3).

[192] Le pouvoir spécial de l'agent de la paix de perquisitionner sans mandat lorsqu'il y a un danger élevé que l'objet soit détruit n'existe pas à l'égard des locaux rédactionnels ou équivalents (§ 198, al. 1(3) et al. 2).

²²⁴ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 453.

²²⁵ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25, § 55, al. 1.

²²⁶ Conscient du pléonasme et de l'impropriété de cette expression, je la préfère à « DPCP » afin de référer sans ambiguïté à la direction de l'institution et non à l'institution en entier.

[193] Le mandat ou la décision de l'autorité poursuivante doit être lu au rédacteur en chef ou à son remplaçant, lorsque la perquisition a lieu dans les locaux rédactionnels (§ 200, al. 2).

[194] Une perquisition peut être exécutée sans notification des intéressés sur autorisation du tribunal dans le cas d'une série d'infractions (§ 200 a). L'autorité poursuivante peut également prendre cette décision sans autorisation judiciaire s'il y a un danger que l'enquête souffre des délais d'autorisation. Or, seul un procureur de l'État peut prendre cette décision à l'égard de locaux rédactionnels (§ 200 a, al. 7).

[195] Ici, les dispositions législatives ne font pas mention de la protection des sources en vertu du § 125; c'est donc dire que tout le matériel est protégé, qu'il identifie ou non une source²²⁷.

5.4.2. Surveillance par caméra

[196] La surveillance par caméra d'un lieu privé, domiciles exclus, peut être autorisée par un tribunal dans certaines conditions (§ 202 a). Or, lorsque l'autorisation concerne « des locaux rédactionnels ou des lieux équivalents où les rédacteurs en chef ou journalistes mènent des discussions de nature professionnelle [traduction] », l'autorisation n'est donnée que s'il y a des « raisons spéciales », sous réserve que ces personnes ne soient pas les suspects (§ 202 a, al. 5).

5.4.3. Ordonnances de saisie et de divulgation

[197] Le personnel rédactionnel tel que défini au § 125 du *Code de procédure pénale* bénéficie d'une exemption à l'égard des documents ou de tout autre contenu qui peuvent faire l'objet d'une saisie afin d'être utilisés en preuve, que ceux-ci soient en sa possession ou en possession de la personne qui a un intérêt juridique à leur confidentialité (§ 204, al. 1). Cette protection est évidemment sujette à la même exception que la non-contrainabilité testimoniale (*supra*, section 5.3, p. 50). Elle ne s'applique pas lorsque les documents contiennent des aveux ou confidences entre des personnes soupçonnées d'être complices dans l'infraction qui fait l'objet de l'enquête et enfin ne peut empêcher que des documents soient pris à un possesseur illégitime pour être remis au possesseur légitime (§ 204, al. 2). Les documents protégés doivent être mis sous scellés en présence de leur possesseur avant d'être saisis et soumis au tribunal (§ 205, al. 3).

[198] Semblablement, les ordonnances de communication de choses sont rendues par un tribunal et ne peuvent être faites à l'égard des documents qui font l'objet d'une exemption de témoignage (§ 210, al. 1). Le personnel rédactionnel est protégé ici aussi, sous réserve de l'exception du § 125.

²²⁷ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 145.

5.5. Surveillance des communications

[199] Les mesures coercitives qui consistent en la surveillance des communications font l'objet de chapitres distincts dans le *Code de procédure pénale*. J'aborderai ici : (1) leur encadrement à l'égard des journalistes, (2) les contraintes administratives, (3) la commission chargée de surveiller leur utilisation et (4) le régime des *amici curiae*.

5.5.1. Encadrement à l'égard des rédacteurs ou journalistes

[200] Les autorisations judiciaires d'écoute et de surveillance des communications sont données par le tribunal de première instance (§ 216 e). L'écoute ou interception d'une communication peut être autorisée lorsqu'une enquête porte sur une liste d'infractions particulières et sur toutes les infractions pouvant mener à dix années ou plus d'emprisonnement (§ 216 a). Les autres types de contrôle des communications (fermer un dispositif, exiger les données d'un fournisseur, interrompre des communications, etc.) peuvent être autorisés lorsqu'une enquête porte sur une liste d'infractions particulières ou pour les infractions menant à cinq années ou plus d'emprisonnement (§ 216 b).

[201] Lorsque ces mesures de surveillance portent sur des dispositifs qui appartiennent à un rédacteur en chef ou journaliste, il doit y exister des « raisons spéciales », une exigence ajoutée en 2013²²⁸ au *Code de procédure pénale* :

Chapitre 16 a. Écoute et autre contrôle d'un dispositif de communication

216 c. L'autorisation de surveillance de communications peut seulement être donnée lorsqu'il faut supposer qu'une telle écoute ou un tel contrôle sera primordial pour résoudre l'affaire et que la résolution de cette affaire, par ailleurs, serait sinon rendue difficile de manière significative.

Si le téléphone que l'on présume que le suspect veut utiliser est disponible à un grand nombre de personnes, l'autorisation de contrôle de communication n'est donnée que lorsque des raisons spéciales sont présentes. Il en va de même pour le contrôle de téléphones qui appartiennent à un avocat, un médecin, un prêtre ou d'autres qui, selon l'expérience, ont des conversations hautement confidentielles au téléphone, ou un rédacteur en chef ou un journaliste, à condition que celui-ci ne soit pas suspect dans l'affaire. Les première et deuxième phrases valent mutatis mutandis pour les autres moyens de communication.

L'exigence de raisons spéciales au second alinéa s'applique à toute identification d'un moyen de communication en vertu du § 216 a, alinéa 3, phrase 2, mais non à l'identification suivant le § 216 b, alinéa 2, lettre c.

[Traduction de l'auteur; soulignement ajouté]

[202] Le critère de propriété du dispositif ne doit pas être interprété de manière formelle²²⁹. Les circonstances doivent cependant montrer que la personne utilise

²²⁸ Notamment pour s'assurer du respect de l'article 10 de la *Convention européenne (Lov om endringer i straffeprosessloven mv.* (=Loi modifiant le Code de procédure pénale, etc.) (Norvège), LOV-2013-06-21, n° 86; Innst. 445 L (2012-2013), p. 4; Prop. 147 L (2012-2013), p. 11 et 21-23).

²²⁹ Prop. 147 L (2012-2013), p. 177.

le dispositif dans le cadre de son travail de journaliste. Quant au critère des « raisons spéciales », le rapport public sur la refonte du *Code de procédure pénale* estime qu'il s'agit d'une forme d'exigence de proportionnalité²³⁰. Un rapport public précédant l'ajout des journalistes aux personnes protégées écrivait que les raisons spéciales étaient réunies :

lorsque les considérations qui justifient l'accès au contrôle des communications à titre de méthode d'enquête sont particulièrement fortes, par exemple, lorsqu'il est manifeste qu'il s'agit de la seule méthode qui donne des résultats ou qu'il s'agit de criminalité particulièrement grave.²³¹

[Traduction de l'auteur]

[203] Aarli écrit que l'exigence de raisons spéciales réfère essentiellement aux critères du § 125 sur la contraignabilité et l'exercice de pondération qui y est énoncé²³².

[204] Enfin, le troisième alinéa ci-dessus lève l'exigence de raisons spéciales, dans certaines circonstances sur lesquelles je ne m'épancherai pas, lorsqu'il s'agit seulement de l'identification d'un dispositif de communication.

[205] L'exigence de « raisons spéciales » s'applique, par renvoi, à d'autres types d'écoute électronique (*romavlytting*) dans des locaux rédactionnels (§ 216 m, al. 4) ou à la lecture de données (*dataavlesing*) sur un ordinateur ou compte d'utilisateur lorsqu'il appartient à un journaliste (§ 216 o, al. 3).

5.5.2. Contrôle administratif et reddition de compte

[206] Les demandes d'autorisations de surveillance des communications sont encadrées par le *Règlement sur la surveillance des communications, l'écoute secrète et la lecture de données*²³³ (« le *Règlement sur la surveillance* »).

A. Chaîne de commandement et prise de décision

[207] Selon le *Règlement sur la surveillance*, c'est l'autorité poursuivante qui détermine s'il faut faire une demande de surveillance (§ 1, al. 1). Lorsqu'il s'agit d'une demande par voie accélérée, elle prend elle-même la décision et doit la soumettre pour approbation au tribunal dans les 24 heures ou, si le tribunal ne siège pas, dès qu'il est possible de le faire (§ 1, al. 2). Enfin, dans le cas où c'est la police qui peut prendre la décision ou demander l'autorisation, le chef de police,

²³⁰ NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*, p. 313 et note 68.

²³¹ NOU 2009:15, *Skjult informasjon – åpen kontroll: Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker*, p. 179, 201 et 356.

²³² Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 449.

²³³ *Forskrift om kommunikasjonskontroll, romavlytting og dataavlesing* (=Règlement sur la surveillance des communications, l'écoute secrète et la lecture de données) (Norvège), FOR-2016-09-09, n° 1047 [*Règlement sur la surveillance*]; *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25, § 216 k.

son remplaçant en cas d'absence ou le chef adjoint peut prendre la décision. Les fonctionnaires d'un rang supérieur désignés par le chef de police le peuvent également, sous réserve de la permission écrite du procureur en chef d'un bureau régional (§ 1, al. 3 et § 2).

[208] Des copies des demandes, ordonnances, décisions et autres documents sont envoyées sans délai à l'Avocat du royaume (±Directrice du DPCP) (§ 3).

[209] Quand la police fait une demande auprès d'un fournisseur de services pour obtenir son assistance, elle doit présenter un formulaire qui spécifie l'ordonnance ou la décision qui autorise tel contrôle. Le responsable du fournisseur doit parafer le formulaire pour confirmer sa réception et le retourner sans conserver de copie ou de données individualisées des demandes (§ 4).

B. Mise en œuvre de la surveillance

[210] La surveillance ne peut être faite que par les fonctionnaires ou les agents de police désignés par le chef de police. Le chef de police détermine l'endroit où elle est faite et elle devrait avoir lieu préféablement dans les locaux de police (§ 6).

[211] Un procès-verbal doit être rédigé. Il doit notamment comprendre : (i) le fondement juridique de l'autorisation; (ii) la requête faite par l'autorité poursuivante ou encore sa décision de procéder par voie accélérée, (iii) la décision judiciaire, (iv) la requête d'assistance et l'assistance reçue d'un fournisseur, (v) l'identification des appareils de surveillance utilisés, (vi) la période de surveillance, la prolongation de cette période et la fin de la surveillance et enfin (vii) les informations sur la destruction des données (§ 7, al. 1).

[212] Lorsqu'il s'agit de lecture de données d'un système informatique, le procès-verbal doit inclure l'information sur (i) le type de données consultées, (ii) les moments auxquels des dispositifs de lecture ont été placés ou enlevés, (iii) l'étendue des moyens utilisés, de l'introduction physique et du détournement de systèmes de sécurité, (iv) l'étendue du risque causé à l'appareil, (v) les dommages causés à l'appareil et (vi) les personnes qui ont mené la surveillance (§ 7, al. 2).

C. Statistiques et contrôle administratif (§ 10)

[213] Le chef de police doit envoyer chaque trimestre un rapport détaillé de la surveillance qui a eu lieu dans son district à l'Avocat du royaume (±Directrice du DPCP). Ce rapport doit contenir des informations sur la surveillance qui a été réalisée et sur son résultat.

[214] L'Avocat du royaume (±Directrice du DPCP) doit faire rapport au ministère de la Justice chaque année sur le nombre d'opérations menées, demandées et acceptées, le type de surveillance, le nombre d'appareils, adresses réseau ou autres dispositifs surveillés, le fait qu'il y ait eu entrée dans un système informatique, le nombre de systèmes informatiques ou de comptes d'utilisateurs lus, quels districts de police en sont responsables et quels résultats ont été obtenus

en lien avec cette surveillance. Ce rapport est dépersonnalisé. Le ministère de la Justice peut s'enquérir de détails sur ces informations, généralement ou en lien avec des affaires précises.

[215] Une copie de ce rapport est envoyée à la Commission de vérification de la surveillance des communications.

5.5.3. Commission de vérification de la surveillance

[216] Le *Code de procédure pénale* prévoit la constitution d'une Commission de vérification de la surveillance des communications (« la Commission »), dont les membres sont nommés par l'exécutif²³⁴. L'étendue de cette vérification couvre le travail de la police et de l'autorité poursuivante, mais pas les matières régies par les lois sur la sécurité nationale et le renseignement. La Commission est composée d'un minimum de trois membres et d'au moins un membre surnuméraire et a le pouvoir de contraindre les policiers et l'autorité poursuivante à répondre à ses questions ou à produire des documents. Son mandat est de vérifier que « l'utilisation de la [surveillance des communications] par la police se déroule dans le cadre des lois et des directives et que cette surveillance [soit] la plus limitée possible [traduction] » (§ 14, al. 1). La Commission est constituée, depuis le 28 avril 2017 et pour un mandat de quatre ans, d'une juge d'appel, d'une avocate et d'un universitaire (membres permanents) ainsi que d'une avocate et d'un juge de première instance (membres surnuméraires).

[217] La Commission est indépendante (§ 18, al. 1), doit faire rapport au ministère de la Justice annuellement et peut le faire en tout temps (§ 17, al. 2). Elle peut enquêter sur les plaintes de personnes ou d'organismes et tirer des conclusions, sans les motiver, à l'effet qu'il y a ou qu'il n'y a pas matière à critiquer le travail des policiers ou de l'autorité poursuivante. Ces conclusions sont alors également transmises, s'il y a matière à critique, à l'Avocat du royaume (=Directrice du DPCP) et au ministère de la Justice (§ 17, al. 1).

[218] Généralement satisfaite du travail de la police et de l'autorité poursuivante, la Commission critique ponctuellement leur travail, notamment l'utilisation de la voie accélérée. Elle critique également le fait que l'*amicus curiae* appelé à représenter devant le tribunal les parties visées par une autorisation ne soit pas le même lorsque plusieurs autorisations sont demandées à l'égard de la même personne²³⁵. Elle souligne le problème causé par le secret des décisions judiciaires – qui empêche la formation d'un corpus jurisprudentiel – et estime que le *Code de procédure pénale* devrait expressément prévoir que l'*amicus curiae* peut communiquer avec la Commission sans enfreindre son secret professionnel²³⁶.

²³⁴ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25, § 216 h, al. 2.

²³⁵ Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapporter for 2009 til 2015*, Oslo, 2010-2016.

²³⁶ Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapport for 2010*, Oslo, 2011, p. 8-9; Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapport for 2015*, Oslo, 2016, p. 9 et 11.

5.5.4. Représentation par des *amici curiæ*

[219] Le chapitre 9 du *Code de procédure pénale* contient les dispositions relatives à la représentation des parties devant les tribunaux. Le § 100a prévoit que le tribunal nomme un « avocat public » – que j'appellerai ici l'*amicus curiæ*²³⁷, mais que l'on pourrait par ailleurs assimiler au régime d'aide juridique – dans le cas des demandes faites relativement à certaines autorisations judiciaires, dont : (i) les perquisitions sans notification (§ 200 a), (ii) la surveillance vidéo d'un lieu privé (§ 202 a, al. 2), (iii) certaines prorogations du délai de notification de certaines autorisations (§ 208 a, 210 a, 210 c), (iv) l'écoute électronique (§ 216 a), (v) la surveillance d'autres dispositifs de communication (§ 216 b) et (viii) la lecture de données d'un système informatique (§ 216 o).

[220] Le tribunal doit rapidement nommer un avocat pour le suspect, et ce, même si le suspect a déjà un procureur (§ 100 a, al. 1). Le mandat d'un tel *amicus* est de sauvegarder les intérêts du suspect et d'éventuels tiers en lien avec l'autorisation judiciaire. Dans la mesure du possible, le même avocat devrait être nommé pour les prolongations d'autorisations judiciaires et pour des autorisations judiciaires subséquentes concernant la même personne (§ 100 a, al. 2).

[221] Ce régime d'*amici curiæ* à l'égard des moyens coercitifs secrets a été introduit en 1999 et est entré en vigueur en 2000²³⁸. L'obligation relative de faire appel au même avocat découle vraisemblablement des recommandations faites par la Commission, dont j'ai traité ci-dessus²³⁹. Cette obligation, tout comme l'élargissement du mandat de l'avocat aux intérêts des tiers, a été introduite en 2016 par un amendement²⁴⁰, suivant un projet de loi où le ministère de la Justice écrivait :

Le ministère [de la Justice] voit un avantage à ce que le même avocat public soit mandaté après l'audition par le tribunal de toutes les requêtes qui concernent les mesures coercitives à l'égard du même suspect dans une affaire, puisque cela peut donner une vision d'ensemble à l'avocat sur l'utilisation de mesures coercitives dans une affaire. Il est donc proposé que le même avocat « autant que possible » soit nommé pour toutes les requêtes pour l'utilisation de mesures coercitives secrètes contre un suspect dans la même affaire. [Cette] réserve permettra que la règle n'entraîne pas de retards devant les tribunaux. [...] L'avocat public doit aussi protéger l'intérêt des tiers.²⁴¹

[Traduction de l'auteur]

²³⁷ Soit « [...] une personne [...] admise à faire valoir, dans un procès, même si elle n'a aucun intérêt direct et personnel dans le litige, soit l'intérêt public ou celui d'un groupe social important, soit une question de droit ou de fait susceptible d'éclairer le tribunal. » (Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, « *amicus curiæ* »).

²³⁸ *Lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)* (=Loi modifiant le Code de procédure pénale et le Code criminel, etc.) (Norvège), LOV-1999-12-03, n° 82; Ot.prp. 64 (1998-1999), ch. 23, IV, § 100 a.

²³⁹ Voir *supra*, par. [218].

²⁴⁰ *Lov om endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler)* (=Loi modifiant le Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-2016-06-17, n° 54, I, § 100 a, al. 2.

²⁴¹ Prop. 68 L (2015-2016), p. 8.

[222] L'*amicus* a le droit (i) d'être tenu au courant de la requête et de son fondement, (ii) d'avoir accès sur demande aux documents relatifs à l'affaire, (iii) d'être présent à l'audience et de se prononcer sur la requête. L'autorité poursuivante doit s'assurer que l'avocat reçoit la notification d'une demande de prolongation au plus tard la veille de l'audience. L'*amicus* peut interjeter appel des décisions (§ 100 a, al. 2).

[223] Quant aux liens avec son client qui ignore même qu'il est représenté, l'avocat ne peut pas prendre contact avec lui et a un devoir de confidentialité en lien avec la requête, les informations qui en découlent, la décision du tribunal et les informations qui sont obtenues par la mise en œuvre de l'autorisation (§ 100 a, al. 3). Le tribunal peut interdire à l'*amicus* de représenter le suspect plus tard, mais l'interdiction vaut jusqu'à ce que le suspect ait reçu toutes les informations reçues par l'avocat après que l'interdit de divulgation est levé (§ 100 a, al. 4).

6. Allemagne²⁴²

[225] En Allemagne, le droit à la liberté de presse prévu dans la constitution est large et inclut la protection du secret rédactionnel (*Redaktionsgeheimnis*²⁴³), ce qui comprend la protection des sources journalistiques.

[226] Le personnel rédactionnel bénéficie d'un droit de refus de témoigner, notamment au cours d'instances civiles, criminelles et fiscales. En matière criminelle, ce droit de refus existe depuis au moins 1950²⁴⁴. Certaines autorisations judiciaires sont encadrées par un renvoi à ce droit de refus de témoigner du personnel rédactionnel. Les dispositions exceptionnelles qui permettent aux services de renseignement de déroger au secret postal et au secret des télécommunications prévoient une protection pour le personnel rédactionnel.

[227] Les différents régimes que je présenterai ici relèvent du droit fédéral. La République fédérale présente un partage des compétences entre l'État fédéral et les länders, qui prévoit la concurrence de certaines compétences pertinentes à la protection des sources²⁴⁵. Les régimes fédéraux présentés ici ne présentent donc qu'un portrait partiel. Par exemple, les länders allemands ont adopté des lois sur la presse que je n'étudierai pas. Ces lois présentent des dispositions qui encadrent certains aspects de la protection des sources²⁴⁶.

²⁴² La législation citée dans cette section est en vigueur au 5 mai 2017.

²⁴³ Le secret rédactionnel comprend notamment la protection du matériel journalistique, mais également celle du matériel organisationnel, qui peut renseigner sur l'identité des sources et celle des collaborateurs. Voir BVerfG, n° 1 BvR 1739/04, 10 décembre 2010, par. 14 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁴⁴ *Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete [...] des Strafverfahrens [...]* (=Loi portant sur le rétablissement de l'unité juridique en matière de [...] procédure pénale [...]) (Allemagne), 12 septembre 1950, BGBl. I, 455, p. 480, art. 3(17) et p. 635.

²⁴⁵ Le droit pénal, la procédure judiciaire et la constitution des tribunaux sont des compétences concurrentes (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (=Loi fondamentale) (Allemagne), 23 mai 1949, BGBl. I, p. 1, art. 74(1)(1)). Le législateur fédéral ayant fait usage de sa compétence en certaines matières, la compétence des länders en est amoindrie (Bruno Schmidt-Bleibtreu et al. (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 13^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2014, art. 74, n^{os} 9, 28, 37 et 45 (Sannwald); Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 29 (Eschelbach).

²⁴⁶ Par exemple, le § 23 de la *Landesgesetz über die Presse* (=Loi du land sur la presse) (Rhénanie-Palatinat, Allemagne), 14 juin 1965, GVBl. 1965, p. 107, s'intéresse au droit de refus de témoigner du journaliste ainsi qu'à l'interdiction de saisies.

6.1. Contexte constitutionnel

6.1.1. Liberté de presse en Allemagne

[228] L'Allemagne est régie depuis 1949 par sa *Loi fondamentale*²⁴⁷, qui a valeur de constitution. Parmi les droits fondamentaux, on retrouve le droit à la liberté d'expression et la liberté de presse :

Article 5 [Liberté d'opinion]

(1) Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources qui sont accessibles à tous. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure.

(2) Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel.

[...]

[Soulignement ajouté; traduction du parlement fédéral allemand]

[229] Ce droit à la liberté de presse inclut la protection des sources et la protection de la relation de confiance entre celles-ci et la presse²⁴⁸. Ainsi, la protection du secret des sources tire son origine directement dans *Loi fondamentale*, quoique des dispositions législatives particulières déterminent les modalités de son exercice.

6.1.2. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle

[230] La Cour constitutionnelle entend les recours de personnes qui allèguent que l'autorité publique a enfreint leurs droits protégés par la *Loi fondamentale*²⁴⁹. Elle est constituée de deux sénats de huit juges. Lorsqu'aucune majorité ne peut se dégager d'un sénat, aucune violation constitutionnelle n'est constatée et le recours est rejeté²⁵⁰. La jurisprudence sur l'article 5 de la *Loi fondamentale* est légion²⁵¹ et je n'aborderai dans ce qui suit que trois cas notoires où la Cour constitutionnelle l'a interprété.

²⁴⁷ *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, Berlin, Bundestag, 2007, trad. de la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (=Loi fondamentale) (Allemagne), 23 mai 1949, BGBl. I, p. 1, art. 5.

²⁴⁸ Bruno Schmidt-Bleibtreu *et al.* (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 13^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2014, art. 5, n° 20 (Odendahl).

²⁴⁹ *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (=Loi sur la Cour constitutionnelle) (Allemagne), 11 août 1993, BGBl. I, p. 1473, § 13(8a); *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (=Loi fondamentale) (Allemagne), 23 mai 1949, BGBl. I, p. 1, art. 93(1)(4a).

²⁵⁰ *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (=Loi sur la Cour constitutionnelle) (Allemagne), 11 août 1993, BGBl. I, p. 1473, § 15(4), phrase 3.

²⁵¹ On notera *Presse-Grosso* (1988), BVerfGE 77, 346 (Cour constitutionnelle, Allemagne), où la Cour s'intéressait à l'interaction entre une loi sur la protection de la jeunesse et la liberté de presse; *Körperwelten* (2005), n° 1 BvR 2019/03 (Cour constitutionnelle, Allemagne), où la Cour

A. L'affaire *Spiegel* (1966)

[231] En octobre 1962, l'hebdomadaire *Der Spiegel* publiait un article faisant état de certaines lacunes dans la stratégie de défense militaire allemande. Une enquête était instituée à l'endroit des journalistes et rédacteurs, que l'on soupçonnait de trahison. Les procureurs de l'État demandaient et obtenaient des mandats d'arrestation et de perquisition. Certains journalistes furent emprisonnés. Tout cela s'inscrivait dans le contexte de la crise des missiles de Cuba.

[232] Un recours constitutionnel était introduit. En 1966, les juges de la Cour constitutionnelle le rejetaient, *ex æquo*. Dans sa décision²⁵², la Cour reconnaissait d'abord l'importance de la liberté de presse et le fait que l'article 5 de la *Loi fondamentale* protège l'indépendance de la presse de la collecte de l'information jusqu'à sa diffusion, ce qui exige donc une certaine protection de la relation de confiance entre la presse et les informateurs. Néanmoins, la Cour concluait que l'État n'avait pas enfreint les droits constitutionnels du *Spiegel*. Il faut noter que les journalistes étaient eux-mêmes suspectés de l'infraction de trahison.

[233] D'une part, les soupçons étaient faibles, la saisie dans les locaux rédactionnels (7 étages, 177 pièces, 50 policiers) était disproportionnée et, surtout, la pondération des intérêts n'avait pas été effectuée convenablement. La gravité du crime de trahison n'était pas suffisante pour justifier une telle atteinte. L'effet dissuasif de l'atteinte et les principes de subsidiarité et de nécessité faisaient partie de l'analyse²⁵³.

[234] D'autre part, les juges qui rejetaient le recours estimaient que le droit protégé ne constituait pas un privilège immuable des journalistes. Ils estimaient qu'en pondérant le droit à la liberté de presse et l'intérêt légitime d'assurer la pérennité de l'État, ce dernier intérêt l'emportait. En résumé, telle situation requerrait de pondérer (i) la position hiérarchique générale du droit subjectif²⁵⁴ protégé (la liberté de presse); (ii) sa mise en danger par le fait concret qui fait l'objet de l'enquête; (iii) l'intensité du soupçon; et (iv) le caractère approprié et la nécessité du moyen procédural choisi²⁵⁵.

s'intéressait à la légalité et à la proportionnalité d'une perquisition dans les locaux d'une revue relativement à une séance de photos nocturne de cadavres plastinés à Munich; BVerfG, n°s 1 BvR 1739/04 et 1 BvR 2020/04, 10 décembre 2010 (Cour constitutionnelle, Allemagne), où la Cour déterminait qu'une perquisition dans une station de radio violait son droit à la liberté de radiodiffusion et que celle-ci bénéficiait du secret rédactionnel; les tribunaux inférieurs n'avaient pas procédé à l'analyse de la proportionnalité correctement.

²⁵² *Spiegel* (1966), BVerfGE 20, 162, p. 175-176 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁵³ *Ibid.*, p. 191-209.

²⁵⁴ « *Rechtsgut* », c'est-à-dire un droit subjectif (Klaus E. W. Fleck, *Dictionnaire de droit français-allemand / allemand-français*, Munich, C.H. Beck, 2004, « *Rechtsgut* »). Il s'agit essentiellement d'un intérêt juridique, qui donne lieu dans certains contextes à une pondération pour déterminer lequel des intérêts juridiques doit l'emporter. Cet exercice doit donner lieu à une optimisation de tous les intérêts (Horst Tilch et Frank Arloth (dir.), *Deutsches Rechts-Lexikon*, 3^e éd., vol. 2, Munich, C.H. Beck, 2001, « *Güterabwägung* »).

²⁵⁵ *Spiegel* (1966), BVerfGE 20, 162, p. 209-222 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

B. *Springer c. Wallraff* (1984)

[235] En 1984, la Cour constitutionnelle se prononçait sur le cas du journaliste Wallraff, qui avait infiltré la *Bild-Zeitung*, notoire tabloïd allemand²⁵⁶. Après son passage comme journaliste à la *Bild*, celui-ci publiait un livre qui faisait état de techniques journalistiques problématiques en vigueur dans ce média. Le propriétaire du tabloïd intentait un recours en matière constitutionnelle contre un jugement de la Cour de justice fédérale qui avait refusé d'empêcher la publication d'une partie du livre. La Cour constitutionnelle conclura que cette décision violait le droit à la liberté de presse de la *Bild*, dans un contexte où l'information avait été obtenue par subterfuge. La reprise, mot à mot dans son ouvrage, de discussions qui avaient eu lieu pendant les réunions de la rédaction du journal posait problème.

C. *L'affaire Cicero* (2007)

[236] En 2005, le magazine *Cicero*²⁵⁷ publiait un article sur un terroriste notoire tout en citant des passages substantiels d'un rapport hautement confidentiel produit par l'Office fédéral de la police criminelle (*Bundeskriminalamt*). Le parquet demandait, dans le cadre d'une enquête, des mandats de perquisition et saisissait dans les locaux de la rédaction un disque dur dont il tirait copie.

[237] Le requérant, rédacteur en chef du *Cicero*, intentait un recours devant la Cour constitutionnelle à l'endroit des décisions des tribunaux qui avaient délivré et confirmé les mandats. La Cour constitutionnelle concluait (7 contre 1) que les recours étaient fondés et que les décisions des instances inférieures avaient enfreint le droit à la liberté de presse du requérant.

[238] Selon la Cour, la liberté de presse inclut la protection contre les pénétrations de l'État dans la sphère de confidentialité de la rédaction d'un média et dans la relation de confiance entre les médias et leurs informateurs. Le secret des sources d'information et la relation de confiance entre sources et journalistes sont essentiels à la liberté de presse, puisque la presse ne peut renoncer aux informations privées et l'informateur doit pouvoir se fier au secret rédactionnel (*Redaktionsgeheimnis*)²⁵⁸.

²⁵⁶ *Springer c. Wallraff* (1984), BVerfGE 66, 116 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁵⁷ *Cicero* (2007), BVerfGE 117, 244, n^{os} 1 BvR 538/06 et 1 BvR 2045/06, par. 1 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁵⁸ *Ibid.*, par. 41-42.

6.2. Matières civiles

[239] Le *Code de procédure civile*²⁵⁹ prévoit un « droit de refus de témoigner » pour le personnel rédactionnel, rémunéré ou non²⁶⁰, qui est défini au § 383 de façon large. Le personnel rédactionnel a été ajouté à la disposition en 1975²⁶¹ :

§ 383 Refus de témoigner pour des raisons propres à la personne

(1) Les personnes suivantes ont le droit de refuser de témoigner :

[...]

5. Les personnes qui contribuent ou ont contribué, à titre professionnel, à la préparation, la confection ou la diffusion d'imprimés périodiques ou d'émissions radiodiffusées, [de témoigner] sur la personne de l'auteur, de l'expéditeur ou de l'informateur de contributions ou documents, tout comme sur les communications qui leur ont été faites en lien avec leur activité, dans la mesure où il s'agit de contributions, documents ou communications pour la partie rédactionnelle.

[...]

(2) [...]

(3) L'interrogatoire des personnes nommées aux sous-alinéas 4 à 6 ne doit pas, lors même que la personne ne refuse pas de déposer, être dirigé sur des faits en regard desquels il s'avère qu'un témoignage ne peut être livré sans atteinte à l'obligation de [±confidentialité].

[Traduction de l'auteur]

[240] L'identité des personnes qui ont transmis des informations au personnel rédactionnel et le contenu des documents transmis sont protégés, mais pas la propre documentation du personnel rédactionnel²⁶².

[241] Il appartient à la personne dûment assignée qui refuse de témoigner de l'annoncer par écrit ou au procès-verbal du greffe avant sa comparution ou encore lors de sa comparution en mentionnant les faits qui fondent son refus (§ 386(1)). Contrairement à certaines des autres personnes qui sont exemptes de témoigner (par ex., les conjoints), il n'est pas obligatoire d'instruire le personnel rédactionnel de son droit de refus de témoigner avant le témoignage (§ 383(2)). Si la personne a fait part de son refus par écrit, elle n'est pas contrainte de se présenter au tribunal (§ 386(3)). Enfin, le tribunal décide cette requête au procès après avoir entendu les parties. La voie de recours contre ce jugement interlocutoire est

²⁵⁹ *Zivilprozessordnung* (=Code de procédure civile) (Allemagne), 5 décembre 2005, BGBl. I, p. 3202.

²⁶⁰ Hanns Prütting et Markus Gehrlein (dir.), *ZPO. Kommentar*, 9^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2017, § 383, n° 18(b) (Trautwein).

²⁶¹ *Gesetz über das Zeugnisverweigerungsrecht der Mitarbeiter von Rundfunk und Presse* (=Loi sur le droit de refus de témoigner des collaborateurs de la ±radiodiffusion et de la presse) (Allemagne), 25 juillet 1975, BGBl. I, p. 1973, art. 2.

²⁶² Hanns Prütting et Markus Gehrlein (dir.), *ZPO. Kommentar*, 9^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2017, § 383, n° 18(d) (Trautwein).

immédiate (§ 387(3)). Il ne peut être tiré d'inférence négative dans l'appréciation de la preuve en raison de l'exercice de ce droit²⁶³.

[242] Ce droit de refus de témoigner du personnel rédactionnel ne peut pas faire l'objet d'une renonciation par la source, contrairement à celui du ministre du culte ou de certains professionnels (§ 385(2))²⁶⁴.

[243] La Cour de justice fédérale – juridiction d'appel dans les matières civiles et criminelles – décidait en 2012²⁶⁵ que la protection qu'offre cet article porte sur les sources inconnues. Ici, le représentant de la presse s'était exprimé dans un litige civil public sur un informateur et sur les conversations qu'il avait eues avec lui. Il refusait de témoigner dans un litige subséquent. L'objet du droit de refus de témoigner n'est pas un privilège consenti aux journalistes directement, mais un moyen de s'assurer de la protection de la relation de confiance entre les informateurs et la presse et d'ainsi assurer l'existence d'une presse efficace et indépendante. En l'espèce, l'objet de la protection offerte par la disposition n'étant plus, le journaliste ne pouvait pas refuser de témoigner.

[244] Bien que la liberté de presse s'étende à la publicité, qui assure l'indépendance des médias, il n'en demeure pas moins que le droit de refus de témoigner ne s'étend pas au département publicitaire, comme l'a décidé la Cour constitutionnelle en 1983 dans *Chiffreanzeigen*, où l'on cherchait l'identité de la personne derrière une annonce anonyme, personne qui, semble-t-il, avait commis une faute déontologique dans sa publicité²⁶⁶.

6.3. Matières fiscales

[245] Le *Code fiscal*²⁶⁷ prévoit une protection semblable à celle du *Code de procédure civile*. Le § 93 édicte l'obligation générale de fournir l'information nécessaire à l'imposition d'un contribuable aux autorités fiscales. Le § 97 prévoit l'obligation générale de transmettre certains documents comme des livres comptables.

[246] Or, le sous-alinéa § 102(1)(4) autorise le personnel rédactionnel – suivant scrupuleusement la même définition que le *Code de procédure civile* – à refuser de transmettre l'information.

²⁶³ *Ibid.*, § 383, n° 22 (Trautwein).

²⁶⁴ *Ibid.*, § 383, n° 18 (Trautwein).

²⁶⁵ BGH, 6^e chambre civile, n° VI ZB 2/12, 4 décembre 2012 (Cour de justice fédérale, Allemagne), par. 11 et 13.

²⁶⁶ *Chiffreanzeigen* (1983), BVerfGE 64, 108 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁶⁷ *Abgabenordnung* (=Code fiscal) (Allemagne), 1^{er} octobre 2002, BGBl. I, p. 3866. Voir la trad. du ministère des Finances, quelque peu datée : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html-p0672 (page consultée le 20 mai 2017).

[247] Les règles de procédure devant la Cour de l'impôt incorporent également, par renvoi, ces dispositions en créant un droit de refus de témoigner analogue pour le personnel rédactionnel devant les instances fiscales²⁶⁸.

6.4. Matières criminelles

[248] Le *Code de procédure pénale*²⁶⁹ prévoit un droit de refus de témoigner similaire à celui du *Code de procédure civile*. Le personnel rédactionnel peut refuser de témoigner sur une série de sujets, dont le matériel journalistique et l'identité d'un collaborateur ou d'un informateur. Le § 53 prévoit ceci (les accolades identifient des éléments supplémentaires, qui ne se retrouvent pas dans le *Code de procédure civile*) :

§ 53 Droit de refus de témoigner du dépositaire du secret professionnel

(1) Les personnes suivantes ont également le droit de refuser de témoigner :

[...]

5. Les personnes qui contribuent ou ont contribué, à titre professionnel, à la préparation, la confection ou la diffusion d'imprimés, d'émissions radiodiffusées, {de reportages ou de services d'information ou de communication qui servent à l'information ou à la formation d'opinion}.

Les personnes énumérées au sous-alinéa 1(5) peuvent refuser de témoigner sur la personne de l'auteur ou de l'expéditeur de contributions ou de documents ou d'un autre informateur tout comme sur les communications qui leur ont été faites dans le cadre de leur activité, sur leur contenu et sur {le contenu de matériel qu'ils ont rassemblé eux-mêmes et sur l'objet d'éléments dont ils ont eu connaissance en lien avec leur profession}. Cela vaut uniquement dans la mesure où il s'agit de contributions, documents, communications ou documents matériels destinés à la partie rédactionnelle ou de services d'information ou de communication préparés dans un contexte rédactionnel.

(2) [...] Le droit des personnes prévues au sous-alinéa 1(5) de refuser de témoigner sur le contenu de documents rassemblés par eux-mêmes et sur l'objet d'éléments correspondants dont ils ont eu connaissance n'est pas applicable lorsque la déclaration pourrait contribuer à la résolution d'un crime ou lorsque l'objet de l'enquête est :

1. [Liste de délits relatifs à l'ordre public ou l'ordre démocratique],
2. [Liste de délits d'agression sexuelle] ou
3. [Blanchiment d'argent et dissimulation de revenus]

²⁶⁸ *Finanzgerichtsordnung* (=Loi sur la Cour de l'impôt) (Allemagne), 28 mars 2001, BGBl. I, p. 442, 2262, § 84(1).

²⁶⁹ *Strafprozeßordnung* (=Code de procédure pénale) (Allemagne), 7 avril 1987, BGBl. I, p. 1074.

et que l'enquête sur les faits ou l'enquête sur le lieu de séjour de l'inculpé serait, par ailleurs, vaine ou considérablement plus difficile. Le témoin peut toutefois également dans ces cas refuser de faire une déclaration, lorsque celle-ci pourrait mener à la révélation de la personne de l'auteur ou de l'expéditeur de contributions et documents ou d'un autre informateur ou de communications qui lui ont été faites en considération de son activité en vertu du sous-alinéa 1(5) du présent paragraphe ou de leur contenu.

[Traduction de l'auteur; soulignement ajouté; accolades ajoutées]

[249] Ainsi, contrairement au droit de refus de témoigner en matière civile, le matériel préparé par le personnel rédactionnel est ici protégé (§ 53(1)). On remarque au § 53(1)(5) que les personnes qui ont contribué à des « reportages ou services d'information ou de communication qui servent à l'information ou à la formation d'opinion » sont également protégées.

[250] Deux exceptions sont prévues pour forcer le journaliste à témoigner, mais elles ne permettent le témoignage du journaliste que sur le matériel rassemblé par lui-même, et non sur l'identité de sa source. La première exception concerne la déclaration d'une personne protégée qui pourrait contribuer à la résolution d'un *crime*²⁷⁰. La seconde exception s'applique lorsque l'objet d'une enquête fait partie d'une série d'infractions, essentiellement des *délits*, et que le témoignage est nécessaire à l'enquête en ce sens que l'enquête serait beaucoup plus difficile ou carrément vaine sans le témoignage²⁷¹. Même lorsque ces exceptions s'appliquent, le droit de taire l'identité d'une source persiste (§ 53(2)).

[251] En raison du fondement qui justifie ce droit (l'importance du lien de confiance entre les sources et la presse), l'informateur ne peut renoncer au droit du journaliste et n'a pas de pouvoir décisionnel sur son choix²⁷². Le journaliste peut, enfin, renoncer en tout ou en partie de façon expresse ou tacite²⁷³.

[252] Sur demande, le témoin doit faire une preuve de vraisemblance (*Glaubhaftmachung*²⁷⁴) de son droit, notamment par une déclaration sous serment (§ 56). Le témoin n'a toutefois pas l'obligation de justifier son choix²⁷⁵. Le témoin ne doit pas être instruit d'office de son droit, à moins qu'il ne manifeste

²⁷⁰ Les crimes (*Verbrechen*) sont des infractions punies par une privation de liberté minimale d'une année ou plus, alors que les délits (*Vergehen*) sont des infractions punies d'une amende ou d'une privation de liberté minimale moindre (*Strafgesetzbuch* (=Code criminel) (Allemagne), 13 novembre 1998, BGBl. I, p. 3322, § 12(1) et (2)). Cette distinction s'apparente à la *summa divisio*, en droit canadien, entre les actes criminels poursuivis par mise en accusation et les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

²⁷¹ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 38 (Eschelbach).

²⁷² *Ibid.*, § 53, n° 29 (Eschelbach).

²⁷³ *Ibid.*, § 53, n° 41 (Eschelbach).

²⁷⁴ Il s'agit d'un fardeau de persuasion moins exigeant que le fardeau habituel.

²⁷⁵ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 40 (Eschelbach).

une inconnaitance évidente de ce droit, auquel cas le tribunal peut le faire en raison de son devoir de sollicitude (*Fürsorgepflicht*)²⁷⁶.

[253] Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exemption du témoin de se présenter devant le tribunal s'il est dûment assigné²⁷⁷, mais bien d'un droit de refus de témoigner²⁷⁸.

[254] Enfin, le § 252 interdit la mise en preuve, au procès, de déclarations antérieures obtenues lors d'interrogatoires où un journaliste n'aurait pas exercé son droit. Sans entrer dans le détail de cette règle, elle permet en essence à la personne protégée de réviser sa décision antérieure sur l'exercice de son droit²⁷⁹.

6.5. Mandats de perquisition

[255] Le *Code de procédure pénale* prévoit que la perquisition de documents qui sont en *possession* du personnel rédactionnel ou dans les locaux rédactionnels est interdite. Toutefois, elle est permise si la participation du journaliste au crime est fortement suspectée, auquel cas la proportionnalité entre l'étendue de la saisie, d'une part, et l'importance de l'affaire et la nécessité des moyens, d'autre part, doit être étudiée avec une considération pour le droit fondamental à la liberté de presse :

§ 97 Interdiction de saisie

[...]

(5) Dans la mesure où le droit de refus de témoigner des personnes visées par le sous-alinéa § 53(1)(5) s'applique, la saisie de documents, de supports audio, vidéo ou informatiques, d'images ou autres représentations qui se trouvent sous la garde de ces personnes ou de la rédaction, de la maison d'édition, de l'imprimerie ou de la station de radiodiffusion est interdite. La phrase 3 de l'alinéa 2 du présent paragraphe [§ 97] et le § 160a, alinéa 4, phrase 2 s'appliquent avec les adaptations nécessaires, mais la règle de participation [criminelle] de l'alinéa 2, phrase 3, seulement lorsque les faits précis justifient un fort soupçon de participation; la saisie n'est, toutefois, dans ces cas, admissible que lorsqu'elle, en considération du droit fondamental prévu à l'Article 5, alinéa 1, phrase 2 de la *Loi fondamentale* [droit à la liberté de presse], n'est pas disproportionnée avec l'importance de l'affaire et lorsque l'enquête ou encore la localisation de l'auteur de l'infraction serait autrement vaine ou rendue considérablement plus difficile.

[Traduction de l'auteur; soulignement ajouté]

²⁷⁶ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 42 (Eschelbach).

²⁷⁷ *Strafprozeßordnung* (=Code de procédure pénale) (Allemagne), 7 avril 1987, BGBl. I, p. 1074, § 48.

²⁷⁸ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 2 (Eschelbach).

²⁷⁹ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 252, n° 1 (Kudlich et Schuhr).

[256] La protection ne s'applique pas lorsque la personne protégée est suspectée d'avoir commis l'infraction criminelle à titre principal ou y a donné son concours après les faits, notamment en obstruant la justice ou en détruisant des biens infractionnels (§ 97(2)). Par ailleurs, lorsque la personne protégée est soupçonnée d'avoir participé à l'infraction, de forts soupçons de participation doivent être allégués pour justifier une neutralisation de la protection (§ 97(5)). L'exigence de forts soupçons, ajoutée en 2012, offre une protection supérieure au personnel rédactionnel²⁸⁰.

[257] Tous les mandats de perquisition doivent être autorisés par un juge, sauf en cas d'urgence, auquel cas le procureur de l'État peut procéder. Dans le cas des perquisitions dans les locaux des médias, toutefois, le procureur de l'État ne détient pas ce pouvoir spécial (§ 98(1)).

[258] Dans l'affaire *Cicero*²⁸¹, un journaliste avait cité un rapport hautement confidentiel produit par les autorités, qu'il avait probablement obtenu d'un informateur fonctionnaire qui avait contrevenu à son obligation de confidentialité. On suspectait le journaliste de participation à l'infraction. Ici, la protection du § 97 ne s'appliquait pas, car le journaliste était suspect dans l'enquête et l'exigence de forts soupçons n'avait pas encore été ajoutée au § 97. Ainsi, la Cour constitutionnelle se rabattait sur l'article 5 de la *Loi fondamentale*. La Cour concluait que la mise en œuvre de la perquisition contrevenait au droit constitutionnel. Elle soulignait le risque d'atteinte à l'article 5 représenté par l'absence de soupçon autre que le fait que le journaliste ait publié une information confidentielle et qu'elle ait donc été en sa possession. L'article 5 commande de contrecarrer ce risque, qui permet au procureur de l'État de neutraliser les protections statutaires. Ainsi, la Cour soulignait la nécessité d'éléments factuels spécifiques au soutien d'un soupçon de participation à l'infraction.

6.6. Autres mesures d'enquête

[259] Sans dresser le portrait complet des autorisations judiciaires ou administratives en droit pénal allemand, je note que la protection des personnes qui peuvent se prévaloir du droit de refus de témoigner (§ 53) est incorporée à d'autres autorisations. Par exemple, la mise sur écoute dans un lieu d'habitation est en principe interdite à l'endroit d'une personne protégée. S'il s'avère pendant ou après l'écoute qu'il s'agit d'une personne protégée, des modalités sur la cessation de l'écoute, la destruction de l'information et la documentation de cette écoute sont prévues (§ 100c(6)). Quant à certaines métadonnées relatives aux

²⁸⁰ *Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht* (=Loi visant le renforcement de la liberté de la presse en droit criminel et en procédure pénale) (Allemagne), 25 juin 2012, BGBl. I, p. 1374.

²⁸¹ *Cicero* (2007), BVerfGE 117, 244, nos 1 BvR 538/06 et 1 BvR 2045/06, par. 51, 52, 60 et 62 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

télécommunications²⁸², le personnel rédactionnel bénéficie également d'une protection par renvoi au § 53 (§ 100g(4), phrase 1). Enfin, les saisies provisoires²⁸³ de biens au cours d'une fouille sont assujetties à certaines protections pour le personnel rédactionnel (§ 108(3)).

6.7. Agences de renseignement

[260] La *Loi sur les restrictions au secret postal et au secret des télécommunications*²⁸⁴ autorise les trois organes du renseignement allemand²⁸⁵ à surveiller et enregistrer les télécommunications et à ouvrir et examiner le courrier (§ 1(1)(1)). Cette autorisation est assujettie à plusieurs restrictions, dont l'exigence qu'il s'agisse d'une enquête relevant de certains crimes graves (§ 3). Ces intrusions ne doivent pas porter atteinte au « noyau de l'organisation de la vie privée »²⁸⁶ des individus (§ 3a). Cette loi limite nommément la protection constitutionnelle du secret postal et du secret des télécommunications prévue à l'article 10 de la *Loi fondamentale*²⁸⁷.

[261] En ce qui concerne le personnel rédactionnel, la loi prévoit une exception par renvoi au § 53 du *Code de procédure pénale*. Si une personne qui peut se prévaloir du droit de refus de témoigner est visée et qu'il est probable que des informations sur lesquelles elle peut refuser de témoigner soient obtenues par les agences de renseignement, un examen de la proportionnalité doit être fait. Celui-ci doit inclure un examen de l'intérêt public pour les tâches assumées par cette

²⁸² *Telekommunikationsgesetz* (=Loi sur les télécommunications) (Allemagne), 22 juin 2004, BGBl. I, p. 1190, § 96(1).

²⁸³ Lorsque, lors d'une fouille, des biens sont saisis qui sont en lien avec la commission d'une infraction non reliée à l'infraction pour laquelle la fouille est menée (§ 108(1)).

²⁸⁴ *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz - G 10)* (=Loi sur les restrictions au secret postal et au secret des télécommunications) (Allemagne), 26 juin 2001, BGBl. I, p. 1254.

²⁸⁵ L'Office fédéral de protection de la constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz*), ses homologues des länders, le Service de renseignement militaire (*Militärischer Abschirmdienst*) et le Service de renseignement fédéral (*Bundesnachrichtendienst*). Voir la *Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz* (=Loi sur la coopération entre la fédération et les länders en matière de la protection de la constitution et sur l'Office fédéral de protection de la constitution) (Allemagne), 20 décembre 1990, BGBl. I, p. 2954, § 2.

²⁸⁶ Cet intraduisible (*Kernbereich privater Lebensgestaltung*) prend notamment sa source au § 2(1) de la *Loi fondamentale* et réfère au principe voulant qu'un individu dispose du droit d'organiser sa vie comme il l'entend et qu'il subsiste un noyau irréductible que l'État ne peut pénétrer. La Cour constitutionnelle écrivait jadis : « Une loi qui y porterait atteinte ne pourrait jamais faire partie de l'« ordre constitutionnel »; elle devrait être déclarée nulle [...]. [traduction] » (*Elfes* (1957), BVerfGE 6, 32, p. 41 (Cour constitutionnelle, Allemagne)). Voir aussi *Sozialarbeiter* (1972), BVerfGE 33, 367, p. 376 (Cour constitutionnelle, Allemagne); *Tonband* (1973), BVerfGE 34, 238 (Cour constitutionnelle, Allemagne), où il était question du droit de l'individu de décider qui enregistre sa voix et dans quelles circonstances cet enregistrement peut être joué.

²⁸⁷ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (=Loi fondamentale) (Allemagne), 23 mai 1949, BGBl. I, p. 1, art. 10.

personne ainsi que de l'intérêt public à la confidentialité des faits qui lui ont été confiés (§ 3b(2)). Lorsque la protection s'applique, il faut renoncer à la mesure ou encore, si cela est possible, réduire sa portée. Cette protection ne vaut naturellement pas si la personne est elle-même suspectée (§ 3b(4)).

PARTIE III : JURIDICTIONS DE COMMON LAW

7. Privilège et *newspaper rule*

[262] La common law n'a pas, historiquement, reconnu de privilège journalistique, bien que les tribunaux aient formulé une *newspaper rule*, d'application limitée. Avant d'aborder le droit du Royaume-Uni, de la Nouvelle-Zélande et des États-Unis, je présenterai (7.1) la notion de privilège, (7.2) la *newspaper rule* et (7.3) quelques décisions importantes rendues à l'aube de la protection des sources.

7.1. Notion de privilège

[263] Le privilège se distingue de la simple confidentialité d'une information. On peut définir le privilège comme un « droit particulier, une exemption ou immunité conférée à une personne ou à une catégorie de personnes; une exception à un devoir [traduction] »²⁸⁸. Le privilège testimonial est un « droit de ne pas témoigner fondé sur la revendication d'un privilège; un privilège qui neutralise le devoir d'un témoin de divulguer les renseignements dont il a connaissance, que ce soit au procès ou par déposition [traduction] »²⁸⁹. Enfin, le privilège journalistique est :

1. A reporter's protection, under constitutional or statutory law, from being compelled to testify about confidential information or source. — Also termed *reporter's privilege*; *newsman's privilege*. See SHIELD LAW (1). 2. [...].²⁹⁰

[264] Le privilège du journaliste de ne pas révéler l'identité de sa source relève donc conceptuellement d'une immunité judiciaire relativement à une information. Bien que l'on parle parfois d'information « privilégiée », toute information confidentielle n'est pas privilégiée et une information qui n'est pas confidentielle peut faire l'objet d'un privilège tout dépendant du contexte.

7.2. Absence de privilège et *newspaper rule*

[265] Traditionnellement, les tribunaux étaient d'avis qu'il n'existait aucun privilège particulier pour les journalistes voulant que ceux-ci pussent refuser de répondre à une question admissible, c'est-à-dire pertinente et nécessaire²⁹¹, et ce faisant résister au sacro-saint principe judiciaire de recherche de la vérité.

[266] La « *newspaper rule* » est une règle de pratique voulant que les propriétaires d'un journal ou les journalistes ne puissent être contraints de répondre aux interrogatoires préalables relativement à l'identité d'une source d'information

²⁸⁸ Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *privilege* ». Ou encore : « *a rule of law that permits a lawful demand for information to be refused. Unlike an obligation of confidentiality it operates exclusively as a shield.* » (*R. v. X* (2009), [2010] 2 N.Z.L.R. 181, par. 23 (C.A., N.-Z.).

²⁸⁹ Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *privilege* ».

²⁹⁰ *Ibid.*, « *journalist's privilege* ».

²⁹¹ David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9–43.

dans une action en diffamation²⁹². Il s'agit d'une règle de pratique, non pas d'une règle de droit ou de preuve²⁹³. Dans *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*²⁹⁴, le juge LeBel écrivait :

[58] [...] Selon cette règle, les journalistes sont autorisés à protéger leurs sources durant l'étape de l'interrogatoire préalable – parce que l'équité procédurale ne l'emporte pas sur la liberté de presse à cette étape – mais peuvent être contraints de divulguer leur identité lors du procès.

[267] Son origine remonterait au moins à 1888²⁹⁵. Si les tribunaux de common law ne s'entendent pas toujours sur sa portée, elle fut interprétée par la Chambre des lords de manière plus étroite que libérale²⁹⁶. On a reconnu son existence au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande²⁹⁷, mais son existence au Canada est historiquement ténue et a varié selon les provinces²⁹⁸. La faible importance de cette règle s'est amenuisée à mesure que les juridictions ont adopté des instruments législatifs, jusqu'à succomber en définitive à l'oubli. Bien que le fondement et les valeurs qui justifient cette règle n'aient pas toujours été clairs, un auteur mentionne qu'elle repose sur l'intérêt public à protéger le libre flux de l'information²⁹⁹, mais certains juges mettent l'accent sur l'équité procédurale avant le début du procès³⁰⁰.

²⁹² *Ibid.*, par. 9–4; *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 451, p. 457 (H.L.); *Attorney-General v. Mulholland*, [1963] 1 All E.R. 767, p. 771 (C.A., Angleterre et pays de Galles).

²⁹³ Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada*, vol. 2, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1994, p. 1337.

²⁹⁴ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 58.

²⁹⁵ Certains citent *Hennessy v. Wright (No 2)* (1888), 24 Q.B.D. 445, p. 447 (C.A., Angleterre et pays de Galles). Les propos des juges, s'ils y effleuraient les balbutiements de la formulation d'une telle *newspaper rule*, étaient encore à l'état embryonnaire.

²⁹⁶ *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 451, p. 457 et 475-476 (H.L.).

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 475-476; *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Ltd.*, [1980] 1 N.Z.L.R. 163 (C.A., N.-Z.).

²⁹⁸ Dans *McConachy v. Times Publishers Ltd.*, 1964 CanLII 448, 49 D.L.R. (2d) 349, p. 361 (C.A., C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique excluait la *newspaper rule* en estimant qu'elle allait à l'encontre du droit des parties de faire leur preuve en vertu d'une règle de procédure provinciale; dans *Reid v. Telegram Publishing Co. Ltd.*, 1961 CanLII 174 (C.S., Ont.), la Cour suprême de l'Ontario l'appliquait; dans *Wasylshen v. Canadian Broadcasting Corp. and Neil*, 1989 CanLII 4472, par. 14-20 (C.A., Sask.), la règle était avérée, mais non appliquée. Pour un portrait, certes daté, de l'application de la règle au Canada, voir Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada*, vol. 2, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1994, p. 1336-1345.

²⁹⁹ David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9–5 à 9–6.

³⁰⁰ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 58. Voir aussi, où l'on sent poindre le critère de pondération des intérêts publics : *Attorney-General v. Mulholland*, [1963] 1 All E.R. 767, p. 771 (C.A., Angleterre et pays de Galles); *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 417, p. 426 (Chancery Division).

7.3. Balbutiements de la protection des sources

7.3.1. *Attorney-General v. Mulholland* (R.-U., 1963)

[268] Dans *Attorney-General v. Mulholland*³⁰¹, des journalistes avaient écrit sur une affaire d'espionnage et étaient contraints de répondre à des questions sur l'identité de leur source, ce qu'ils avaient refusé. Ils furent déclarés coupables d'outrage et condamnés à la prison. La Cour d'appel rejeta l'appel des journalistes. Selon lord Denning, dont l'opinion était généralement partagée par les autres juges, la question sur l'identité de la source était pertinente et nécessaire³⁰². Constatant l'existence, en droit, d'un seul privilège absolu (avocat-client) – bien que d'autres relations de confiance soient protégées de temps à autre – lord Denning estimait qu'aucun privilège n'était accordé aux journalistes. Il relevait néanmoins l'existence de la *newspaper rule* :

The courts will not as a rule compel a newspaper in a libel action to disclose before the trial the source of its information. The reason is because, on weighing the consideration involved, the balance is in favour of exempting the newspaper from disclosure. The person who is defamed has his remedy against the newspaper and that is enough [...].³⁰³

[269] Toutefois, il ajoutait que la *newspaper rule* « n'est pas une règle de droit; il s'agit seulement d'une règle de pratique qui s'applique dans ces cas particuliers [traduction] »³⁰⁴. En somme, les journalistes ne bénéficient d'aucun privilège absolu qui les autoriserait à refuser de témoigner.

[270] Le troisième journaliste impliqué dans les mêmes événements faisait l'objet d'une décision distincte, où un juge de la Cour du banc de la Reine concluait qu'il n'existait pas de privilège journalistique, bien qu'il n'exclût pas qu'une immunité puisse être octroyée en raison de politiques publiques dans certains cas³⁰⁵.

7.3.2. *British Steel Corporation v. Granada Television* (R.-U., 1980)

[271] Dans *British Steel Corporation v. Granada Television*³⁰⁶, la Chambre des lords confirmait l'inexistence d'un privilège journalistique. Une société productrice de fer dont les employés étaient en grève avait fait l'objet d'un reportage, dans lequel on apprenait certains éléments laissant croire à une mauvaise gestion de la société. Une source avait transmis des documents confidentiels au média défendeur. La majorité des lords rejetait l'appel en précisant que les journalistes n'ont aucune immunité³⁰⁷ et que la *newspaper rule* est confinée au stade

³⁰¹ *Attorney-General v. Mulholland*, [1963] 1 All E.R. 767 (C.A., Angleterre et pays de Galles).

³⁰² *Ibid.*, p. 770.

³⁰³ *Ibid.*, p. 771.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 771.

³⁰⁵ *Attorney-General v. Clough*, [1963] 1 All E.R. 420, p. 428 (Q.B.D., Angleterre et pays de Galles).

³⁰⁶ *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 451 (H.L.).

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 455 et 464.

préliminaire des actions en diffamation³⁰⁸. Les lords majoritaires adoptaient une conception étroite de la liberté de presse, comme étant l'absence de censure préalable³⁰⁹. Ils formulaient enfin une forme de critère en concluant que les informations transmises sous le sceau de la confidentialité et de bonne foi devaient être protégées par les tribunaux, à moins qu'il ne soit nécessaire, dans l'intérêt de la justice, de les révéler³¹⁰.

[272] Le média, en l'espèce, devait obtempérer, car la demanderesse avait subi un tort important auquel avait participé le média et elle subirait un déni de justice si la divulgation n'était pas ordonnée. On reconnaissait toutefois qu'il était d'intérêt public de connaître l'information dévoilée par le média dans son reportage³¹¹.

[273] Dissident, lord Salmon estimait que l'immunité des journalistes existe et vise à protéger le libre flux de l'information. La *newspaper rule* n'était selon lui pas d'application limitée aux seules causes de diffamation³¹². Il distinguait *Attorney-General v. Mulholland*, notant que le contexte de cette affaire mettait en cause la sécurité nationale³¹³. Enfin, il écrivait :

My Lords, it is, I imagine, apparent from what I have said that I have the misfortune to disagree with your Lordships. The immunity of the press to reveal its sources of information save in exceptional circumstances is in the public interest, and has been so accepted by the courts for so long that I consider it is wrong now to sweep this immunity away. The press has been deprived of this immunity only twice, namely in the *Clough* and *Mulholland* cases. And the exceptional circumstances in each of those cases were that the security of the nation required that the press's source of information must be revealed. Certainly no such circumstances appear in the present case. I do not say that national security will necessarily always be the only special circumstances but it is the only one which has been effective until now. Moreover, there are no circumstances in this case which have ever before deprived or ever should deprive the press of its immunity against revealing its sources of information. The freedom of the press depends on this immunity. Were it to disappear so would the sources from which its information is obtained; and the public would be deprived of much of the information to which the public of a free nation is entitled.³¹⁴

[Soulignement ajouté]

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 457, 462 et 476-477.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 454, 460 et 480.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 458-459 et 466.

³¹¹ *Ibid.*, p. 459.

³¹² *Ibid.*, p. 469 (Salmon L.J., dissident).

³¹³ *Ibid.*, p. 470-471 (Salmon L.J., dissident).

³¹⁴ *Ibid.*, p. 474 (Salmon L.J., dissident).

7.3.3. *Alex Harvey Industries* (N.-Z., 1980)

[274] En 1980, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande concluait dans *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Ltd.*³¹⁵ que la *newspaper rule* s'applique dans les cas de la diffamation (*libel*) et de délit de discrédit de marchandises (*slander of goods tort*³¹⁶), élargissant ainsi quelque peu son champ d'application. Selon elle, il était nécessaire de l'appliquer plus libéralement qu'autrefois³¹⁷. L'utilité de cette règle est de maintenir le libre flot de l'information dans l'intérêt public³¹⁸. Selon la Cour, la *newspaper rule* conservait, malgré l'adoption de règles de procédures particulières, son existence indépendante³¹⁹. La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande était consciente qu'elle contredisait le raisonnement tout récent de l'arrêt de la Cour d'appel anglaise dans *British Steel Corporation v. Granada Television*³²⁰, rendu quelques jours plus tôt et avant la décision de la Chambre des lords dans la même cause³²¹.

7.4. Conclusion partielle

[275] Traditionnellement en common law, il n'existe pas de privilège journalistique. Au-delà de la *newspaper rule*, l'expérience canadienne a néanmoins montré l'existence d'un privilège évaluable au cas par cas et non pas d'un privilège dit générique, comme celui qui encadre la relation d'un avocat et de son client³²². Dans ce qui suit, j'étudierai comment l'absence de privilège a muté pour donner naissance à des critères statutaires qui tendent à codifier la discrétion originelle des juges.

³¹⁵ *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Ltd.*, [1980] 1 N.Z.L.R. 163 (C.A., N.-Z.).

³¹⁶ Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *disparagement* ».

³¹⁷ *Ibid.*, p. 169.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 172 et 180.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 171 et 176.

³²⁰ *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 434 (C.A., Angleterre et pays de Galles).

³²¹ *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Ltd.*, [1980] 1 N.Z.L.R. 163 (C.A., N.-Z.), p. 167.

³²² *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 55.

8. Royaume-Uni³²³

[276] Dans le sillage d'*Attorney-General v. Mulholland* et de *British Steel Corporation v. Granada Television*, le *Contempt of Court Act 1981* est venu protéger les journalistes en formulant un principe de non-contrainabilité soumis à quatre exceptions. La jurisprudence relative à cet article évoluera graduellement vers une protection accrue des journalistes, notamment par l'influence de la jurisprudence de la CEDH et particulièrement de *Goodwin c. Royaume-Uni*³²⁴.

[277] Quant aux autorisations judiciaires, le portrait est complexe. On retrouve certains principes de protection des sources dans le *Police and Criminal Evidence Act 1984*³²⁵, mais son utilisation serait rare en matière de sources journalistiques³²⁶. L'*Investigatory Powers Act 2016*³²⁷, qui entre en vigueur graduellement depuis son adoption, modifie et abroge certaines lois, dont le *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*³²⁸. Ces lois encadrent l'interception des communications et la nouvelle loi prévoit un encadrement des autorisations judiciaires à l'égard des journalistes. Enfin, le *Terrorism Act 2000*³²⁹ permet également une certaine protection dans son champ d'application, mais je n'en traiterai pas.

8.1. Droit à la liberté d'expression

[278] Le *Human Rights Act 1998*³³⁰ incorpore l'article 10 de la *Convention européenne* en droit interne anglais, mais a une portée limitée. Il permet aux tribunaux de rendre une déclaration d'incompatibilité de la législation avec les droits protégés par la *Convention européenne*, mais cette déclaration n'invalide pas pour autant la législation (art. 4). Il permet toutefois des modifications législatives accélérées (art. 10 et ann. 2). En tout état de cause, il exige, dans la mesure du possible, que la législation soit interprétée en conformité avec les droits de la *Convention européenne* (art. 3). En matière civile, il encadre également les interdictions de publication avant le procès et prévoit l'obligation de notifier quiconque d'un recours qui pourrait affecter son droit à la liberté d'expression (art. 12). Le statut exact de loi dans le cadre de la constitution non écrite du

³²³ La législation citée dans cette section est en vigueur au 21 mai 2017. L'*Investigatory Powers Act 2016* (R.-U.), c. 25, dont il sera question, n'est pas encore entièrement entré en vigueur.

³²⁴ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH).

³²⁵ *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), c. 60.

³²⁶ Philip Ward, *Access to Journalists' Sources*, Briefing Paper n° 07440, House of Commons Library, 17 mars 2015, p. 6.

³²⁷ *Investigatory Powers Act 2016* (R.-U.), c. 25.

³²⁸ *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (R.-U.), c. 23.

³²⁹ *Terrorism Act 2000* (R.-U.), c. 11, ann. 5.

³³⁰ *Human Rights Act 1998* (R.-U.), c. 42, art. 1(1)(a) et ann. 1.

Royaume-Uni et devant le principe de souveraineté parlementaire qui y prévaut n'est pas entièrement consensuel³³¹.

8.2. *Contempt of Court Act 1981*

[279] La protection des sources est réglée par le *Contempt of Court Act 1981*³³², qui a remplacé la discrétion de la common law³³³. Selon son article 10, un tribunal ne peut déclarer une personne coupable d'outrage si elle refuse de divulguer une source d'information contenue dans une publication dont elle est responsable. Il ne peut non plus la contraindre à dévoiler cette même source. Le tribunal peut y faire exception s'il est convaincu que la divulgation de la source est nécessaire dans (i) l'intérêt de la justice, (ii) de la sécurité nationale ou pour la (iii) prévention du trouble et (iv) de la criminalité :

10 Sources of information.

No court may require a person to disclose, nor is any person guilty of contempt of court for refusing to disclose, the source of information contained in a publication for which he is responsible, unless it be established to the satisfaction of the court that disclosure is necessary in the interests of justice or national security or for the prevention of disorder or crime.

[280] La portée de cette règle, bien qu'elle soit sise au sein du *Contempt of Court Act 1981*, s'étend non seulement à l'outrage au tribunal, mais également à la contraignabilité. Elle n'est pas limitée par un type de procédures ou de demande en justice³³⁴. La définition d'une publication est généralement large et inclut, malgré le libellé clair, les sources d'information non encore contenue dans une publication, mais destinées à l'être³³⁵. Le critère de nécessité est une question de fait, non de discrétion³³⁶. Le privilège protège tant l'identité de la source qu'une information qui pourrait mener à la découvrir³³⁷. Le fardeau de preuve appartient à la partie qui désire que l'information soit divulguée³³⁸.

³³¹ Sur ce sujet, voir par exemple ce commentaire du juge Laws dans *Thoburn v. Sunderland City Council*, [2002] EWHC 195 (Admin), par. 64 (H.C., Angleterre et pays de Galles); voir aussi Evan Fox-Decent, « Contextual Constitutionalism after the UK *Human Rights Act 1998* », (2012) 62 *University of Toronto Law Journal* 133; Alexander Horne et al., *A British Bill of Rights?*, Briefing Paper n° 7193, House of Commons Library, 19 mai 2015, p. 5-6.

³³² *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), c. 49.

³³³ David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9-68.

³³⁴ *Ibid.*, par. 9-252(6).

³³⁵ La Chambre des lords précise que la définition de « *publication* » de l'art. 2(1) du *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), c. 49 s'applique (*Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.*, [1984] 3 All E.R. 601, p. 604 et 606 (H.L.)); David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9-252(2); *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd. and others*, [1990] 2 All E.R. 1, p. 15 (Lowry L.J., concordant) (H.L.).

³³⁶ David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9-252(11-12).

³³⁷ *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.*, [1984] 3 All E.R. 601 (H.L.), p. 606.

³³⁸ *Ibid.*, p. 607.

8.2.1. *Secretary of State for Defence v. Guardian (1984)*

[281] Dans *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.*³³⁹, un média avait publié un document sur l'installation d'armes nucléaires sur une base militaire de la Royal Air Force. Les tribunaux inférieurs avaient ordonné le retour du document à son possesseur légitime en appliquant l'exception de nécessité (sécurité nationale).

[282] Selon la Chambre des lords, l'article 10 doit être interprété libéralement et ne limite pas l'application du privilège à un type d'ordonnance. En l'espèce, l'ordonnance de délivrance d'objet (fondée sur le droit de propriété des documents) aurait pu être neutralisée par l'article 10 si aucune exception n'avait été applicable. De même, l'article 10 ne protège pas seulement l'identité de la source, mais également ce qui peut mener à la découvrir. Enfin, la protection vise à contrer l'effet dissuasif opéré par la divulgation sur la disponibilité des sources³⁴⁰.

[283] Sur le critère de la subsidiarité, les juges estimaient généralement que l'ordonnance ne doit pas être le seul moyen envisageable pour découvrir la source, mais que le critère de nécessité requiert néanmoins une analyse des autres moyens disponibles³⁴¹. Lord Roskil écrivait qu'il ne faut pas placer le requérant devant le dilemme qui consisterait à étudier systématiquement tous les moyens disponibles, repoussant ainsi sa requête en divulgation, qui pourrait être rejetée sur la base de sa tardiveté³⁴².

[284] Quant au fardeau de preuve, la partie qui requiert une exception au privilège doit faire la preuve de ses prétentions, dont de la nécessité. Le tribunal ne dispose plus d'une discrétion comme c'était le cas autrefois; il s'agit d'une question de fait³⁴³. La *newspaper rule* est modifiée par l'article 10³⁴⁴.

[285] Si la majorité et la dissidence s'entendaient généralement sur la portée de l'article 10, elles étaient en désaccord quant à son application à la preuve qui avait été produite en première instance. Lors de la requête en première instance, la source était inconnue. Entre-temps, elle avait été découverte et sanctionnée. La majorité estimait que la preuve produite initialement relativement à la sécurité nationale était suffisante; la dissidence était d'avis contraire³⁴⁵.

[286] Enfin, l'article 10 ne fait pas partie de la constitution, contrairement à ce que plaidait *The Guardian*³⁴⁶, mais un des juges notait une éventuelle évolution en ce sens, eu égard notamment à l'influence de la *Convention européenne*³⁴⁷.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 607, 612 (Fraser L.J., dissident), 616 (Scarman L.J., dissident), 621 et 623.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 624.

³⁴² *Ibid.*, p. 622.

³⁴³ *Ibid.*, p. 603 et 607.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 603.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 611, 613-614 et 617-620.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 621.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 615 (Scarman L.J., dissident).

8.2.2. *Company Securities (Insider Dealing) Act 1985 (1987)*

[287] Dans *Re an inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985*³⁴⁸, il était question d'un journaliste qui avait publié des informations relatives à une enquête menée par la Monopolies and Mergers Commission sur certaines transactions. Celui-ci refusait de dévoiler sa source et fut condamné pour outrage. La Chambre des lords confirmait cette condamnation en soulignant que le terme « nécessaire » signifie quelque chose entre indispensable et utile³⁴⁹. L'expression « nécessaire à la prévention du crime » signifie la prévention du crime en général et non pas un crime futur particulier³⁵⁰. Bien que l'article 10 ne s'applique pas directement à une ordonnance d'un inspecteur d'une commission, le critère devrait s'appliquer dans ces circonstances par analogie³⁵¹. Enfin, lord Griffiths tentait de concilier l'article 10 avec l'interprétation de la *Convention européenne*³⁵².

8.2.3. *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd. (1990)*

[288] Dans *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd.*³⁵³ – qui deviendra l'affaire *Goodwin* – une information financière sur une compagnie avait été fournie à un journaliste stagiaire. La source avait commis un délit. Une injonction de type *quia timet* – c'est-à-dire une injonction de nature préventive³⁵⁴ – avait été rendue contre le journaliste et son éditeur pour interdire toute publication sur le sujet et une ordonnance de divulgation des notes du journaliste avait été rendue, ordonnance à laquelle il n'avait pas obtempéré.

[289] Selon les lords, la question de la protection des sources ne relevait plus de la common law³⁵⁵. L'interprétation statutaire large et libérale de l'arrêt *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.* était confirmée³⁵⁶, tout comme la fin du pouvoir discrétionnaire remplacé par l'article 10³⁵⁷. L'article 10 s'appliquait à l'information publiée ou destinée à l'être³⁵⁸.

[290] Au cœur de l'opinion de lord Bridge était posée la question de l'exercice de pondération rendu indispensable par le critère de nécessité dans l'intérêt de la

³⁴⁸ *Re an inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985* (1987), [1988] 1 All E.R. 203 (H.L.).

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 208-209.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 209 et 212.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 207-208 et 212.

³⁵² *Ibid.*, p. 210.

³⁵³ *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd.*, [1990] 2 All E.R. 1 (H.L.).

³⁵⁴ Littéralement « car il craint ». Une injonction préventive pour éviter un préjudice anticipé; Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *quia timet* ».

³⁵⁵ *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd.*, [1990] 2 All E.R. 1, p. 6 (H.L.).

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 6.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 15-16 (Lowry L.J., concordant).

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 15 (Lowry L.J., concordant).

justice. Selon lui, l'exercice de pondération est une question de fait³⁵⁹. Parmi les facteurs identifiés pour accéder à la demande de divulgation, le juge relevait le fait que la viabilité économique de la requérante dépende de la divulgation ou de l'importance du bien concerné (le document confidentiel). Il mentionnait la nature de l'information et l'intérêt du public à la connaître ainsi que la légitimité de l'obtention de l'information par la source³⁶⁰.

[291] Lord Bridge estimait nécessaire, dans l'intérêt de la justice, de révéler la source qui avait mis en péril la viabilité de la restructuration de la compagnie demanderesse³⁶¹. L'attitude du journaliste, qui refusait à son corps défendant d'obéir à l'ordonnance et se réfugiait dans son devoir moral, malgré les conséquences, de ne pas dévoiler sa source, « discrédit[ait] entièrement les protestations d'une noble détermination à chercher la couronne des martyrs dans la consciencieuse défense d'une indissoluble obligation [...] [traduction] »³⁶². La CEDH déclarera plus tard que cette ordonnance violait l'article 10 de la *Convention européenne* (voir *supra*, par. [47], p. 12)³⁶³.

8.2.4. *Ashworth Security Hospital v. MGN Ltd. (2002)*

[292] Dans *Ashworth Security Hospital v. MGN Ltd.*³⁶⁴, une information sur le patient d'une institution avait été divulguée à un journaliste. Il s'agissait d'un individu impliqué dans une sordide affaire de meurtre et condamné plusieurs années auparavant. La source avait vendu l'information par un intermédiaire. La Chambre des lords confirmait l'ordonnance de divulgation de la source en mettant l'accent sur la nécessité de protéger la confidentialité des dossiers médicaux, sur l'importance d'éviter des violations similaires dans le futur et sur le fait du paiement effectué à la source³⁶⁵. La Chambre des lords considérait l'influence de la *Convention européenne* sur le critère, en soulignant que les restrictions à la protection des sources doivent être proportionnelles à un but légitime³⁶⁶.

8.3. Mandats de perquisition et de communication

[293] Le *Police and Criminal Evidence Act 1984*³⁶⁷ encadre certaines autorisations judiciaires relativement au matériel journalistique. En pratique, il semblerait que les policiers usent plutôt d'ordonnances de communication que de

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 8.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 8-9.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 9.

³⁶² *Ibid.*, p. 10.

³⁶³ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH).

³⁶⁴ *Ashworth Security Hospital v. MGN Ltd.*, [2002] UKHL 29 (H.L.).

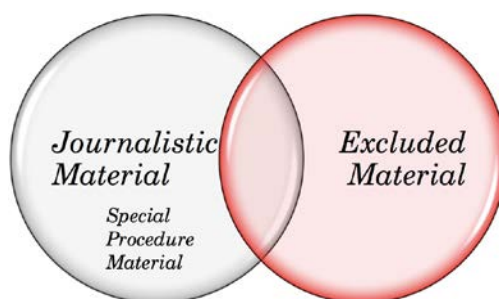
³⁶⁵ *Ibid.*, par. 66.

³⁶⁶ *Ibid.*, par. 61-62.

³⁶⁷ *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), c. 60.

mandats de perquisition dans le contexte du matériel journalistique³⁶⁸. Certaines parties de cette loi n'ont d'application qu'en Angleterre et au pays de Galles, mais des équivalents existent pour l'Irlande du Nord et l'Écosse³⁶⁹. Dans ce qui suit, je ne traite donc que de l'Angleterre et du pays de Galles.

[294] Trois types de matériel sont définis dans cette loi : (i) le *journalistic material*, acquis ou créé aux fins du journalisme (art. 13); (ii) l'*excluded material*, soit du matériel qui a fait, depuis le début de sa possession, l'objet d'une promesse ou d'une obligation de confidentialité et qui peut être du matériel journalistique (art. 11); et (iii) le *special procedure material*, qui est le matériel journalistique qui n'est pas de l'*excluded material* (art. 14) :



8.3.1. Mandats de perquisition

[295] Pour délivrer un mandat d'entrée et de perquisition, un juge de paix doit être convaincu, entre autres conditions généralement applicables, qu'il y a des motifs raisonnables de croire que le matériel recherché ne consiste pas ou ne contient pas d'*excluded material* ou de *special procedure material* (art. 8(1)(d)). Ainsi, l'entièreté du matériel journalistique est couverte lors de l'autorisation.

8.3.2. Ordonnances de communication de documents

[296] Une demande d'ordonnance de communication de documents qui vise ou inclut du matériel journalistique doit être faite en présence des parties (ann. 1, art. 7). À ce titre, la partie doit être notifiée de la requête (ann. 1, art. 8-9). Pour délivrer l'ordonnance, deux séries de conditions sont prévues. La première concerne la production de documents qui contiennent du *special procedure material* sans inclure de l'*excluded material* (ann. 1, art. 2). La seconde concerne la présence d'*excluded material* et de *special procedure material*. Sans entrer dans le détail, les critères qui régissent le *special procedure material* incluent la question de la subsidiarité des moyens pour obtenir l'information (ann. 1, art. 2(b)). Enfin, la loi

³⁶⁸ Philip Ward, *Access to Journalists' Sources*, Briefing Paper n° 07440, House of Commons Library, 17 mars 2015, p. 6. Voir aussi New Zealand Law Commission, *Search and Surveillance Powers*, Report 97, Wellington, 2007, par. 12.141, citant Yan Mei Ning, « Search Warrant Versus Production Order: The Hong Kong Experience in Protecting Journalists' Material » (2005) 10:2 *Media and Arts Law Review* 117, p. 125-126.

³⁶⁹ Voir *The Police and Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1989*, S.I. 1989, n° 1341 (N.I. 12), art. 15 et ann. 1, qui contient des dispositions semblables à celles dont je traiterai ici.

précise la possibilité de prévoir, par règlement, des dispositions plus précises, mais aussi que ce pouvoir de législation déléguée n'est pas disponible pour le matériel journalistique (ann. 1, art. 15A).

8.4. Autorisations d'interception et de surveillance

[297] L'adoption toute récente de l'*Investigatory Powers Act 2016*³⁷⁰ a été sévèrement critiquée au motif que cette loi permettrait la surveillance de masse et constituerait un recul marqué de la protection de la vie privée. Le *Guardian* écrivait en novembre 2016 que cette loi instaure les « pouvoirs de surveillance les plus larges en Occident [traduction] »³⁷¹, par exemple celui de contraindre un opérateur à supprimer le chiffrement (art. 253(5)(c)). Elle s'inscrit dans le sillage de l'adoption du *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014*³⁷², qui constituait la réaction précipitée à l'invalidation³⁷³, en 2014, de la Directive 2006/24/EC³⁷⁴ sur la conservation des données par la Cour de justice de l'Union européenne. Elle s'inscrit également dans le contexte de décennies d'action législative et de contestation de cette législation devant les instances du Royaume-Uni et de l'Europe³⁷⁵. En tout état de cause, elle n'était pas entrée en vigueur entièrement au moment de la rédaction de ce rapport et le portrait dressé ci-après tient compte des pouvoirs qui y sont prévus, sans égard au moment de leur entrée en vigueur.

[298] L'*Investigatory Powers Act 2016* modifie et harmonise des dizaines de lois existantes³⁷⁶, tout en instaurant un régime prévoyant une panoplie³⁷⁷ d'autorisations relatives à l'interception des communications et des données. La loi énonce un devoir général de l'autorité publique qui prend une décision relativement à un mandat de tenir compte du caractère sensible d'une information. Est considérée comme sensible une information qui permet de confirmer ou d'identifier une source journalistique (art. 2(5)(b)).

³⁷⁰ *Investigatory Powers Act 2016* (R.-U.), c. 25.

³⁷¹ « 'Extreme surveillance' becomes UK law with barely a whimper », dans *The Guardian*, 19 novembre 2016, en ligne : www.theguardian.com/world/2016/nov/19/extreme-surveillance-becomes-uk-law-with-barely-a-whimper (page consultée le 20 mai 2017).

³⁷² *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014* (R.-U.), c. 27.

³⁷³ *Digital Rights Ireland c. Minister for Communications et al.*, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238 (CJUE).

³⁷⁴ C.E., *Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications*, [2006] J.O. L 105/54.

³⁷⁵ Voir David G. Barnum, « Judicial Oversight of Interception of Communications in the United Kingdom: An Historical and Comparative Analysis », (2016) 43:2 *Georgia Journal of International & Comparative Law* 237.

³⁷⁶ *Investigatory Powers Act 2016* (R.-U.), c. 25, ann. 10.

³⁷⁷ Les autorisations ou mesures régies par cette loi incluent celles-ci : *interception warrants, examination warrants, targeted authorization for communication data, retention of communication data, equipment interference warrants, bulk warrants et bulk personal datasets warrants*.

[299] Sans entrer dans le détail de toutes ces autorisations – qui ne sont pas toutes judiciaires et relèvent parfois du seul officier de police d'un certain rang ou supérieur – et de l'économie globale de cette loi gargantuesque, je ferai le portrait du mandat pour l'obtention de données de communication (« *targeted authorisation for obtaining communications data* ») (art. 61 et 261(5)).

[300] Sous réserve d'une multitude de conditions, ce mandat peut être autorisé par un officier d'un rang minimal d'une autorité (service de police, ministères, autorité de la concurrence, etc.), chaque autorité pouvant invoquer un ou des fondements distincts selon les compétences qu'elle assume (prévention du crime, sécurité nationale, fiscalité, etc.) pour délivrer l'ordonnance (art. 61 et ann. 4).

[301] Si ce mandat vise à identifier ou confirmer une source journalistique, il doit être approuvé par un Judicial Commissioner, dont je traiterai du rôle ci-après. En résumé, le mandat n'est alors valide qu'à partir de son autorisation par le Judicial Commissioner, qui ne doit l'autoriser que s'il considère que les conditions d'octroi sont remplies et en portant une attention à l'intérêt public à la protection des sources et à l'existence d'un intérêt public important qui pourrait contrecarrer celui-ci (art. 77). Un tel mandat visant à identifier une source relève donc d'une autorisation judiciaire.

[302] Les Judicial Commissioners sont en effet des juges ou d'anciens juges (art. 227(2))³⁷⁸ nommés par la première ministre après consultation des « ministres écossais » pour un mandat de trois ans et exercent plusieurs pouvoirs de la loi. Ils doivent être recommandés conjointement par les juges en chef du Royaume-Uni et par l'Investigatory Powers Commissioner (« IPC »), qui les préside (art. 227). L'IPC est nommé par la première ministre sur recommandation conjointe des juges en chef (art. 227). Parmi ses attributions, il doit rédiger un rapport annuel détaillant, entre autres, le fonctionnement des protections relatives au matériel et aux sources journalistiques (art. 234(2)(c)). Le premier IPC a été nommé en mars 2017³⁷⁹. Ce régime remplace la fonction de Surveillance Commissioner (ann. 10, partie 6), qui menait jusqu'à ce jour des enquêtes de routine sur les autorités et évaluait les autorisations par échantillonnage³⁸⁰.

[303] Le secrétaire d'État doit publier un ou des codes de pratique sur l'exercice de certains des pouvoirs prévus par cette loi, dont des dispositions relatives à la protection des sources journalistiques ou du matériel exclu au sens du *Police and Criminal Evidence Act 1984*³⁸¹, dont j'ai traité ci-dessus (ann. 7, art. 2(1)(a)). L'élaboration de ces codes doit faire l'objet de consultations, notamment auprès de l'IPC (ann. 7, art. 4).

³⁷⁸ Voir *Constitutional Reform Act 2005* (R.-U.), c. 4, art. 60(2).

³⁷⁹ Communiqué de presse, *Investigatory Powers Commissioner appointed: Lord Justice Fulford*, 3 mars 2017, Office of the Prime Minister, en ligne : <http://www.gov.uk/government/news/investigatory-powers-commissioner-appointed-lord-justice-fulford> (page consultée le 20 mai 2017).

³⁸⁰ Voir Office of Surveillance Commissioners, *Annual Report of the Chief Surveillance Commissioner to the Prime Minister and to the Scottish Ministers for 2015-2016*, Londres, OSC, 2016.

³⁸¹ *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), c. 60.

[304] Enfin, sous le régime de la nouvelle loi, l'Investigatory Powers Tribunal continue son existence. Ce tribunal a pour mandat d'adjudger des plaintes relatives à l'exercice des différents pouvoirs de surveillance. Selon ses statistiques, ce tribunal a accueilli un nombre éminemment limité de plaintes depuis sa création³⁸². Il tient la majorité de ses audiences à huis clos³⁸³ et n'a pas d'adresse physique. Il a fait l'objet de nombreuses critiques pour le secret qui entoure ses activités.

³⁸² Chaque année de 2011 à 2015, la moitié des plaintes sont rejetées au motif qu'elles sont vexatoires ou frivoles et entre 0 % et 4 % sont accueillies (Investigatory Powers Tribunal, *Report 2011-2015*, s.l., 2016, p. 22).

³⁸³ Rita Esen, « Intercepting Communications 'In Accordance with the Law' », (2012) 76 *Journal of Criminal Law*, 164, p. 176.

9. Nouvelle-Zélande³⁸⁴

[305] La Nouvelle-Zélande protège la liberté d'expression dans le *New Zealand Bill of Rights Act 1990*³⁸⁵, qui, sans avoir de valeur constitutionnelle, guide l'interprétation des lois.

[306] L'amuïssement de la common law a eu lieu à partir des années 1980 et a culminé en 2006 par l'adoption d'une loi-bouclier créant une présomption de confidentialité des sources journalistiques. L'article 68 de l'*Evidence Act 2006*, sous réserve d'une promesse de confidentialité, rend les journalistes non-contraignables devant les instances civiles et criminelles en ce qui concerne l'identité de leurs sources. La discrétion judiciaire est transformée en question de fait. Cette présomption peut être repoussée sur preuve d'un intérêt public à la divulgation qui dépasse l'intérêt public à la liberté de l'information et les effets préjudiciables de la divulgation sur quiconque. L'article 68 a remplacé la *newspaper rule*³⁸⁶.

[307] Quant aux autorisations judiciaires, le *Search and Surveillance Act 2012* reconnaît la confidentialité des sources journalistiques par renvoi aux dispositions de l'*Evidence Act 2006*, créant un régime cohérent. Ses dispositions permettent d'encadrer certaines autorisations judiciaires en les assujettissant au contrôle d'une cour supérieure plutôt qu'à celui d'une cour de district.

9.1. Droit fondamental à la liberté d'expression

[308] La Nouvelle-Zélande dispose depuis 1990 d'une loi sur les droits fondamentaux applicable à l'État³⁸⁷. Bien qu'elle n'ait pas de primauté absolue ni ne prévoie de pouvoir judiciaire d'invalidation des lois³⁸⁸, le *New Zealand Bill of Rights Act 1990* a une primauté sur les autres lois en guidant, lorsque faire se peut, leur interprétation en conformité avec les droits fondamentaux³⁸⁹. Il garantit la liberté d'expression en ces termes :

14 Freedom of expression

Everyone has the right to freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and impart information and opinions of any kind in any form.

³⁸⁴ La législation citée dans cette section est en vigueur au 21 mai 2017.

³⁸⁵ *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (N.-Z.), c. 109.

³⁸⁶ Ursula Cheer, *Media Law in New Zealand*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2016, p. 46.

³⁸⁷ *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (N.-Z.), c. 109, art. 3.

³⁸⁸ Ursula Cheer, *Media Law in New Zealand*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2016, p. 31.

³⁸⁹ *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (N.-Z.), c. 109., art. 6; voir *Television New Zealand Ltd. v. Attorney-General*, [1995] 2 N.Z.L.R. 641, p. 646 (C.A., N.-Z.); Ursula Cheer, *Media Law in New Zealand*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2016, p. 32.

[309] Dans les décisions étudiées ci-après, qui interprètent la loi-bouclier de 2006, l'article 14 du *New Zealand Bill of Rights Act 1990* joue un rôle mineur.

9.2. Réforme du droit de la preuve de 2006

9.2.1. À l'origine : la *newspaper rule*

[310] En Nouvelle-Zélande, la *newspaper rule* fut historiquement reconnue par les tribunaux³⁹⁰. En 1957, une variation de cette règle s'étendant à tout défendeur, journaliste ou non, en matière de diffamation fut adoptée sous la forme d'une défense de commentaire loyal dans les règles de procédure et demeure en vigueur³⁹¹.

9.2.2. *Evidence Amendment Act 1980*

[311] Depuis 1980, la *newspaper rule* et la défense de commentaire loyal cohabitaient³⁹² avec l'*Evidence Amendment Act (No 2) 1980*³⁹³, qui octroyait au juge le pouvoir discrétionnaire d'excuser tout témoin si le fait de témoigner le menait à enfreindre une relation de confiance. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le juge devait tenir compte de (i) l'intérêt public à la divulgation en lien avec l'intérêt public à la non-divulgation, de (ii) l'importance de la preuve sur la résolution d'une affaire, de (iii) la nature de la confiance et la relation spéciale entre les personnes concernées et de (iv) l'effet de la divulgation sur les personnes concernées. Selon la Law Commission de la Nouvelle-Zélande, cette disposition n'aurait peu ou pas été utilisée en lien avec des journalistes³⁹⁴.

³⁹⁰ Voir *Police v. Campbell* (2009), [2010] 1 N.Z.L.R. 483 (H.C., N.-Z.), par. 51; *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Limited*, [1980] 1 N.Z.L.R. 163 (C.A., N.-Z.).

³⁹¹ Cette disposition a un historique complexe. Elle est introduite par les *Supreme Court Amendment Rules 1957* (N.-Z.), S.R. 1957/30, art. 3 à la règle 155A du *Code of Civil Procedure*, qui est l'ann. 2 du *Judicature Act 1908* (N.-Z.), c. 89. Elle sera légèrement amendée de 1957 à ce jour et fait désormais partie des *High Court Rules 2016* (N.-Z.), c. 225, règle 8.46 : « *If, in a proceeding for defamation, the defendant pleads that the words or matters complained of are honest opinion on a matter of public interest or were published on a privileged occasion, no interrogatories as to the defendant's sources of information or grounds of belief may be allowed unless the interrogatories are necessary in the interests of justice.* »

³⁹² *Slater v. Blomfield*, [2014] NZHC 2221, par. 21. Cette cohabitation cesserait lors de l'adoption de l'*Evidence Act 2006* (N.-Z.), c. 69, art. 68. Voir *Slater v. Blomfield*, [2014] NZHC 2221, par. 30, appel déserté (voir *infra*, note 413).

³⁹³ *Evidence Amendment Act (No 2) 1980* (N.-Z.), c. 27 (abrogée), art. 35.

³⁹⁴ New Zealand Law Commission, *Evidence Law: Privilege*, Preliminary Paper No 23, Wellington, 1994, par. 332.

9.2.3. Réforme du droit de la preuve de 2006

[312] En 1994, la Law Commission aborde la question des différents privilèges dans un document de travail, où elle relate l'enchevêtrement des règles en vigueur. S'ensuit la fragmentation de la doctrine juridique de la protection des sources³⁹⁵. Elle propose de conserver la nature discrétionnaire de la protection de la common law, plutôt que de créer une règle stricte. Elle ne propose pas de modifier le fardeau de la preuve, qui repose sur la partie qui refuse la divulgation³⁹⁶. Or, changement de cap, elle publie en 1999 son rapport sur une réforme du droit de la preuve. S'y retrouve une proposition de disposition pour la protection des sources journalistiques³⁹⁷. La Law Commission propose désormais une présomption qui puisse donner une plus grande confiance aux sources³⁹⁸.

[313] Suivant cette proposition, la Nouvelle-Zélande a adopté son nouvel *Evidence Act 2006*³⁹⁹, qui introduit une présomption de non-contrainnabilité spécifique au journaliste en matière criminelle ou civile. Sur preuve d'une promesse de confidentialité et de la qualification d'une personne à titre de journaliste, ni elle ni son employeur ne peut être contraint de répondre à des questions sur l'identité de sources, pas plus que de produire des documents en preuve (art. 68(1)). La non-contrainnabilité est limitée à l'identité de la source et aux informations qui pourraient l'identifier⁴⁰⁰.

[314] Sur requête, un juge de la High Court (cour supérieure) peut y déroger s'il est convaincu (*satisfied*) que l'intérêt public à la divulgation l'emporte sur (i) l'effet négatif sur toute personne et (ii) l'intérêt public à la communication d'information aux médias (art. 68(2)).

[315] Dans l'exercice de son pouvoir, le juge peut assujettir son ordonnance aux conditions qu'il estime appropriées (art. 68(3)). Il conserve donc ici une discrétion.

[316] Le journaliste est défini comme une personne qui, dans le cours normal de son travail, peut recevoir des informations d'un informateur en vue de leur publication dans un média d'information. Par média d'information (*news medium*), on entend un média qui publie des informations et des commentaires sur ces informations⁴⁰¹. L'informateur (*informant*) est une personne qui fournit une information à un journaliste dans le cadre normal du travail d'un journaliste et en vue de sa publication. À la lecture de la disposition, elle ne semblerait pas s'étendre à tous les collaborateurs.

³⁹⁵ *Ibid.*, par. 340-345.

³⁹⁶ *Ibid.*, par. 352-355 et art. 11 (p. 218).

³⁹⁷ New Zealand Law Commission, *Evidence*, Report No 55, vol. 2, Wellington, 1999, art. 66.

³⁹⁸ *Ibid.*, vol. 1, par. 302 et vol. 2, art. 66.

³⁹⁹ *Evidence Act 2006* (N.-Z.), c. 69.

⁴⁰⁰ *Police v. Campbell* (2009), [2010] N.Z.L.R. 483, par. 84 (H.C., N.-Z.).

⁴⁰¹ La définition de « *news medium* » est adaptée du *Defamation Act 1992* (N.-Z.), c. 105, art. 2 : « **news medium** means a medium for the dissemination, to the public or to a section of the public, of news, or observation on news, or advertisement » [soulignement ajouté] (New Zealand Law Commission, *Evidence*, Report No 55, vol. 2, Wellington, 1999, par. C271).

[317] L'article 68 prévoit ces règles ainsi :

68 Protection of journalists' sources

(1) If a journalist has promised an informant not to disclose the informant's identity, neither the journalist nor his or her employer is compellable in a civil or criminal proceeding to answer any question or produce any document that would disclose the identity of the informant or enable that identity to be discovered.

(2) A Judge of the High Court may order that subsection (1) is not to apply if satisfied by a party to a civil or criminal proceeding that, having regard to the issues to be determined in that proceeding, the public interest in the disclosure of evidence of the identity of the informant outweighs—

(a) any likely adverse effect of the disclosure on the informant or any other person; and

(b) the public interest in the communication of facts and opinion to the public by the news media and, accordingly also, in the ability of the news media to access sources of facts.

(3) The Judge may make the order subject to any terms and conditions that the Judge thinks appropriate.

[...]

(5) In this section,—

informant means a person who gives information to a journalist in the normal course of the journalist's work in the expectation that the information may be published in a news medium

journalist means a person who in the normal course of that person's work may be given information by an informant in the expectation that the information may be published in a news medium

news medium means a medium for the dissemination to the public or a section of the public of news and observations on news

public interest in the disclosure of evidence includes, in a criminal proceeding, the defendant's right to present an effective defence.

[Caractères gras dans l'original; soulignement ajouté]

A. Police v. Campbell (2009)

[318] Dans *Police v. Campbell*⁴⁰², la High Court était saisie d'une demande de la police pour forcer un journaliste à révéler sa source. Des voleurs avaient dérobé 96 médailles militaires et l'un d'eux avait confessé son crime à un journaliste, qui refusait de dévoiler son identité. Le juge déterminait la marche à suivre pour appliquer l'article 68 : (i) déterminer si la présomption s'applique, (ii) identifier les questions du litige pour lesquelles la preuve est recherchée, (iii) soupeser les critères de l'art. 68(2); (iv) si l'intérêt public à la divulgation l'emporte, le tribunal peut faire une ordonnance et (v) il conserve son pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance ou non et de déterminer son contenu⁴⁰³.

⁴⁰² *Police v. Campbell* (2009), [2010] N.Z.L.R. 483 (H.C., N.-Z.).

⁴⁰³ *Ibid.*, par. 103.

[319] Le juge constatait que les conditions de la présomption étaient présentes⁴⁰⁴ et procédait à déterminer s'il devait y être fait exception. Il soulignait qu'il devait être convaincu (*satisfied*) que l'intérêt public à la divulgation l'emporte. L'expression n'implique pas de fardeau de preuve au-delà du fardeau habituel et il s'agit d'une question assimilable à une question de fait et non de discrétion⁴⁰⁵. Ce n'est que lorsque le juge est convaincu que l'intérêt public à la divulgation est prépondérant que la discrétion doit être exercée⁴⁰⁶.

[320] L'exercice de pondération de l'intérêt public requiert de tenir compte de (i) l'intérêt public à la divulgation, qui inclut l'importance d'enquêter et d'intenter des poursuites; (ii) l'existence d'autres moyens d'obtenir la preuve (subsidiarité); (iii) l'importance de l'information recherchée; (iv) l'importance du crime; (v) le droit à une défense pleine et entière (qui peut favoriser ou défavoriser une divulgation, par exemple pour éprouver la crédibilité d'un informateur)⁴⁰⁷.

[321] En faveur de la protection des sources, le juge soulignait la nécessité de tenir compte des risques de préjudice physique ou de dommages à la propriété du journaliste et de l'effet dissuasif d'une divulgation sur la disponibilité des sources⁴⁰⁸.

[322] Enfin, l'admissibilité de la preuve peut évidemment être remise en question par les moyens usuels, dont la pertinence de la preuve et sa fiabilité⁴⁰⁹.

[323] Retenant que le vol en l'espèce est un crime grave, qu'il n'existe pas de preuve d'un préjudice important à la réputation du journaliste et qu'une ordonnance de divulgation n'aurait pas d'effet dissuasif permanent sur la disponibilité des sources⁴¹⁰, le juge concluait que la présomption était renversée et qu'il pouvait ordonner la divulgation. Néanmoins, il se refusait de le faire, mentionnant vouloir entendre le média, et soulignait qu'une ordonnance de divulgation n'était peut-être pas même nécessaire⁴¹¹. La requête était suspendue et, quelques semaines plus tard, le juge rejetait la requête en divulgation. Contraint par la décision, le journaliste avait entre-temps produit une déclaration de témoignage anticipé (*will-say*) et consentait à fournir des informations qui, indirectement, permettraient de corroborer la preuve de la Couronne sans directement dévoiler sa source⁴¹².

⁴⁰⁴ *Ibid.*, par. 85.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, par. 87 et 89-90.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, par. 103.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, par. 95-99.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, par. 100-101.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, par. 102.

⁴¹⁰ *Ibid.*, par. 106, 110 et 114.

⁴¹¹ *Ibid.*, par. 115 et 120.

⁴¹² *Police v. Campbell (No 2)* (2009), [2010] 1 N.Z.L.R. 509 (H.C., N.-Z.).

B. Blomfield v. Slater (2014)

[324] Dans *Blomfield v. Slater*⁴¹³, affaire de diffamation, la High Court était saisie de l'appel d'un jugement d'une cour de district ayant conclu qu'un blogueur ne pouvait se prévaloir de la présomption. Celui-ci publiait des informations caustiques sur le demandeur, alléguant des détournements de fonds. Le juge accueillait en partie l'appel et précisait que le blogueur était protégé par la présomption. Après avoir effectué l'exercice de pondération, il lui ordonnait néanmoins de témoigner.

[325] La qualification à titre de journaliste est tributaire de la qualification du média d'information dans lequel il a l'intention de publier, tel qu'il ressort de la définition. Si le média utilisé n'est pas un média d'information, le journaliste – même s'il l'est par ailleurs – ne peut être qualifié de journaliste⁴¹⁴. La rémunération n'est pas déterminante pour la qualification, mais l'exigence que l'informateur transmette l'information dans le cours normal de l'activité du journaliste nécessite une certaine régularité des contributions⁴¹⁵. Enfin, bien que le juge mentionne la preuve de reconnaissance par les pairs, il ne s'agit pas d'un élément central de sa conclusion sur la qualification du journaliste⁴¹⁶.

[326] Quant à la définition d'un média d'information, la définition de la loi exige une certaine régularité, puisqu'un média d'information est défini comme disséminant des nouvelles au public. Certains blogues peuvent être qualifiés de médias d'information⁴¹⁷. Bien que la piètre qualité ou l'opinion politique tranchée ne disqualifie pas automatiquement, ce sont des critères dont débat le juge. La définition d'un média d'information inclut tant la diffusion de nouvelles que les commentaires sur ces nouvelles : un média qui ne fait que commenter des nouvelles repêchées ailleurs pourrait ne pas se qualifier⁴¹⁸.

[327] Le juge concluait donc que le blogueur était un journaliste et son blogue, un média d'information. Vu l'existence d'une promesse, la présomption s'appliquait. Toutefois, il était dans l'intérêt public de divulguer l'identité des informateurs : (i) il n'y avait pas de risque de préjudice, sauf la possibilité d'actions civiles, ce qui n'est pas un facteur important; (ii) s'agissant d'un litige privé, il n'y aurait pas d'effet dissuasif sur la transmission d'informations aux médias; (iii) les

⁴¹³ *Slater v. Blomfield*, [2014] NZHC 2221, infirmant en partie *Blomfield v. Slater*, Cour de district de Manukau, n° CIV-2012-092-0001969, 26 septembre 2013, j. Blackie (N.-Z.), requête pour permission d'appeler hors délai accueillie (*Slater v. Blomfield*, [2015] NZCA 240). Selon les informations obtenues au greffe de la Cour d'appel le 27 mars 2017, l'appel (n° CA678/2014) a été abandonné le 26 mai 2016.

⁴¹⁴ *Slater v. Blomfield*, [2014] NZHC 2221, par. 44.

⁴¹⁵ *Ibid.*, par. 73.

⁴¹⁶ *Ibid.*, par. 56-59.

⁴¹⁷ *Ibid.*, par. 54 et 65.

⁴¹⁸ *Ibid.*, par. 61.

informations publiées étaient vindicatives; et (iv) leur obtention semblait illégitime. L'intérêt public à la divulgation prévalait⁴¹⁹.

9.3. Autorisations judiciaires

[328] Le *Search and Surveillance Act 2012*⁴²⁰ encadre différentes autorisations judiciaires, dont les mandats de perquisition, les autorisations d'interception de communications privées, les ordonnances d'interrogatoire⁴²¹ et les ordonnances de communication de documents. Par renvoi à l'*Evidence Act 2006*, il incorpore le privilège journalistique au régime d'autorisations, une approche préconisée par la Law Commission en 2007 afin d'offrir une plus grande cohérence entre le droit de la preuve et les autorisations judiciaires⁴²² :

136 Recognition of privilege

(1) The following privileges are recognised for the purposes of this subpart:

[...]

(i) the rights conferred on a journalist under section 68 of the Evidence Act 2006 to protect certain sources.

(2) For the purposes of this subpart, no privilege applies in respect of any communication or information if there is a *prima facie* case that the communication or information is made or received, or compiled or prepared,—

(a) for a dishonest purpose; or

(b) to enable or aid any person to commit or plan to commit what the person claiming the privilege knew, or ought reasonably to have known, to be an offence.

(3) For the purposes of this subpart, the **appropriate court** is,—

(a) in any case that involves the applicability of the rights of journalists recognised by subsection (1)(i), the High Court:

(b) in any other case, the District Court.

[Caractères gras dans l'original]

[329] Le mot *privilege* apparaît ici en lien avec la présomption de l'article 68 de l'*Evidence Act 2006*, bien qu'il ne se retrouve pas à l'article 68. Une lecture du paragraphe 136(1) ci-dessus montre que le droit des journalistes est un privilège, d'autant qu'il correspond à la définition explicitée au début de cette section⁴²³.

⁴¹⁹ *Ibid.*, par. 144 et 149-150.

⁴²⁰ *Search and Surveillance Act 2012* (N.-Z.), c. 24.

⁴²¹ Soit soumettre à un interrogatoire une personne à qui l'on a donné la possibilité de s'expliquer (art. 33 à 43).

⁴²² New Zealand Law Commission, *Search and Surveillance Powers*, Report 97, Wellington, 2007, par. 12.8-12.10.

⁴²³ La Law Commission soulignait dans son rapport sur la refonte du *Search and Surveillance Act 2012* que la protection ne crée pas de privilège, mais « *merely protects the identity of journalists' sources by granting limited non-compellability* » (*Ibid.*, par. 12.138). Elle y utilisait toutefois le

[330] Ce privilège limité n'est pas applicable si l'information est, à première vue, communiquée à des fins malhonnêtes ou est destinée à aider une personne à commettre ce que le journaliste sait ou devrait savoir être une infraction (art. 136(2)).

[331] Contrairement aux autres privilèges, c'est la High Court plutôt que la Cour de district qui a compétence pour décider des questions relatives au privilège journalistique (art. 136(3)) en matière d'autorisations judiciaires couvertes par le *Search and Surveillance Act 2012*.

9.3.1. Mandats de perquisition

[332] Les pouvoirs de perquisition de la police (art. 110-114) sont assujettis au privilège journalistique (art. 115(1)(b)). Ces pouvoirs incluent les pouvoirs d'entrer, d'user de la force, de saisir, d'emporter, de copier des documents et d'utiliser les moyens raisonnables pour avoir accès à un ordinateur. Les effets de l'applicabilité du privilège à ces pouvoirs sont multiples :

- **Empêcher la perquisition** : Le journaliste peut empêcher la perquisition de communications ou d'informations privilégiées et demander le retour ou une copie de cette communication ou information en attendant la détermination de la question par un juge (art. 142).
- **Obligation de donner une occasion de revendiquer le privilège** : Si la personne qui exécute le mandat de perquisition a des motifs raisonnables de croire qu'une chose découverte lors de la perquisition est privilégiée, elle doit donner à la personne qu'elle croit être le titulaire du privilège une occasion raisonnable de le revendiquer et, si la personne ne peut être rejointe, il peut être demandé à un juge de la High Court de se prononcer (art. 145).
- **Préservation en attendant la détermination** : Lorsque la personne qui exécute le mandat ne peut mener la perquisition en raison des restrictions mentionnées (par ex., le saisi clame son privilège), il peut préserver la chose ou la copier et la présenter devant un juge pour détermination du privilège. Il doit donner accès aux choses saisies au titulaire du privilège et ne doit pas les fouiller (art. 146).
- **Liste** : La personne qui revendique le privilège doit fournir une liste particularisée des choses privilégiées aussitôt que possible après avoir eu l'occasion de le revendiquer (art. 147).
- **Inadmissibilité** : Dans plusieurs cas, les objets déclarés privilégiés par un juge ne sont pas admissibles en preuve dans une procédure liée à l'autorisation (art. 148).

[333] Dans *Hager v. Attorney-General*⁴²⁴, il était question de la révision judiciaire par la High Court d'un mandat autorisé par une cour de district et visant le domicile d'un journaliste. Ce journaliste avait publié un livre sur les liens entre un blogueur⁴²⁵ et un parti politique. L'ordinateur du blogueur avait été piraté et le pirate avait accédé à des fichiers dont le journaliste avait ensuite eu connaissance. La police avait obtenu un mandat de perquisition pour la résidence

mot *privilege* pour qualifier la protection (*Ibid.*, par. 12.8). L'on peut clore le débat en parlant, d'une part, de privilège absolu et, d'autre part, de privilège journalistique limité.

⁴²⁴ *Hager v. Attorney General* (2015), [2016] 2 N.Z.L.R. 523 (H.C., N.-Z.).

⁴²⁵ Celui dont il était question plus tôt, *supra*, section 9.2.3.B, p. 96, par. [324] et s.

du journaliste⁴²⁶, l'avait exécuté et avait saisi de nombreux éléments en lien et moins en lien avec l'enquête, qui contenaient l'identité de sources non reliées à l'enquête⁴²⁷. Le tout fut déposé sous scellés à la High Court pour détermination du privilège. Entre-temps, le journaliste demanda la révision judiciaire du mandat.

[334] Saisie de cette demande de révision judiciaire, la High Court abordait la question du devoir de franchise (*duty of candour*⁴²⁸), qui relève de la common law. Son non-respect met en péril la validité du mandat et la perquisition qui s'ensuit⁴²⁹. Le tribunal constatait d'abord qu'il n'y avait aucune référence, dans la demande de mandat, au privilège journalistique⁴³⁰ et que cette omission était un « manquement important au devoir de franchise [traduction] »⁴³¹. Le juge concluait que le mandat était fondamentalement illégal, tout comme la perquisition qui s'ensuivit⁴³².

[335] Le juge estimait futile d'aborder précisément les autres prétentions du journaliste relativement à la légalité du mandat. Il écrivait néanmoins que la police aurait dû avoir une attitude plus proactive en avisant le journaliste par téléphone dès le départ de l'occasion de revendiquer son privilège, non pas lors de la seconde conversation téléphonique⁴³³.

[336] En plus des conditions spécifiques au privilège journalistique, certaines conditions générales encadrent toute demande de mandat de perquisition. J'en souligne quelques-unes. La demande doit contenir l'historique de toute demande de mandat connue faite dans les trois mois précédents à l'égard du même objet ainsi que leur résultat (art. 98(3)). Le tribunal a une obligation de rétention des copies des demandes ainsi que du compte rendu d'un juge jusqu'à l'achèvement de toute procédure liée au mandat s'il est délivré ou, dans les autres cas, jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans (art. 101(1)). Le juge autorisateur ou tout autre autorisateur peut exiger qu'un compte rendu de la saisie et de l'introduction de poursuites ou de leur considération lui soit soumis (art. 104). Si une demande contient une omission de nature à tromper quiconque le met en œuvre ou en est affecté, il est invalide (art. 107).

[337] Dans la jurisprudence établie avant l'introduction du privilège en droit néo-zélandais, il faut souligner l'arrêt de la Cour d'appel dans *Television New Zealand Ltd. v. Attorney General*⁴³⁴, où la police obtenait un mandat de perquisition pour

⁴²⁶ *Hager v. Attorney General* (2015), [2016] 2 N.Z.L.R. 523 (H.C., N.-Z.), par. 14.

⁴²⁷ *Ibid.*, par. 19.

⁴²⁸ Dans le présent contexte, le devoir de franchise est, tel qu'il est utilisé par le juge, un concept assimilable à l'obligation de divulgation franche et complète (*full and frank disclosure*).

⁴²⁹ *Hager v. Attorney General* (2015), [2016] 2 N.Z.L.R. 523 (H.C., N.-Z.), par. 67-68.

⁴³⁰ *Ibid.*, par. 73.

⁴³¹ *Ibid.*, par. 121.

⁴³² *Ibid.*, par. 123.

⁴³³ *Ibid.*, par. 148.

⁴³⁴ *Television New Zealand Ltd. v. Attorney-General*, [1995] 2 N.Z.L.R. 641, p. 647-648 (C.A., N.-Z.).

saisir les bandes vidéo produites par un média. Il s'agit en quelque sorte de l'affaire *Société Radio-Canada c. Lessard*⁴³⁵ à la sauce néo-zélandaise, la Cour d'appel néo-zélandaise y référant d'ailleurs nommément. Les enregistrements avaient été faits lors des célébrations du Waitangi Day, où des échauffourées avaient éclaté. Le mandat obtenu était confirmé par la High Court et la Cour d'appel. Celle-ci établissait une liste de critères pour encadrer les perquisitions dans des locaux rédactionnels, dont les suivants : (i) l'incidence de la perquisition sur les activités de diffusion de nouvelles devrait être minimale; (ii) si la perquisition a un effet dissuasif potentiel sur les sources, elle ne devrait être permise que dans les cas exceptionnels.

9.3.2. Autorisations de surveillance

[338] En vertu du *Search and Surveillance Act 2012*⁴³⁶, sauf exception, une autorisation doit être demandée pour utiliser un dispositif d'interception⁴³⁷ afin d'intercepter une communication privée, pour utiliser un dispositif de localisation⁴³⁸ et pour observer et enregistrer l'observation d'activités privées sur des lieux privés (art. 46). Une série de règles permettent au journaliste de revendiquer son privilège.

[339] Toute demande d'autorisation faisant intervenir un dispositif de surveillance⁴³⁹ doit faire état de l'historique des demandes des trois derniers mois relativement à la même personne et au même lieu, véhicule ou objet et de leur résultat. Le requérant doit faire des recherches raisonnables au sein du corps qui l'emploie (art. 49(3-4)).

[340] Le journaliste qui revendique un privilège peut empêcher la surveillance, dans la mesure où cela est praticable, à l'égard des communications protégées, en attendant que la question soit tranchée par un tribunal. La personne peut exiger la destruction des informations obtenues (art. 140(1)). Évidemment, ce droit serait en partie illusoire si la personne ne sait pas qu'elle est surveillée. Je ne me prononce donc pas sur cet aspect. Le titulaire du privilège doit fournir une liste particularisée des sujets privilégiés aussitôt que possible (art. 141).

⁴³⁵ *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, 1991 CanLII 49.

⁴³⁶ *Search and Surveillance Act 2012* (N.-Z.), c. 24.

⁴³⁷ Art. 3(1) : « **interception device**— (a) means any electronic, mechanical, electromagnetic, optical, or electro-optical instrument, apparatus, equipment, or other device that is used or is capable of being used to intercept or record a private communication (including a telecommunication); [...] » [caractères gras dans l'original].

⁴³⁸ Art. 3(1) : « **tracking device**— (a) means a device that may be used to help ascertain, by electronic or other means, either or both of the following: (i) the location of a thing or a person; (ii) whether a thing has been opened, tampered with, or in some other way dealt with; [...] » [caractères gras dans l'original].

⁴³⁹ Art. 3(1) : « **surveillance device** means a device that is any 1 or more of the following kinds of devices: (1) an interception device; (b) a tracking device; (c) a visual surveillance device » [caractères gras dans l'original].

[341] La personne qui entreprend une surveillance doit prendre toutes les mesures raisonnables pour éviter d'intercepter des communications privilégiées et détruire toutes les informations privilégiées (art. 140(2)). En cas de doute, cette personne peut demander à un juge⁴⁴⁰ de se prononcer (art. 140(3)).

[342] Si la preuve recueillie est privilégiée, elle est inadmissible dans toute procédure à moins de consentement du titulaire du privilège ou si la cour décide de l'admettre (art. 140(5)).

9.3.3. Ordonnances d'interrogatoire et de communication

[343] Une ordonnance d'interrogatoire peut être rendue par un juge à l'égard d'une personne qui connaît des informations susceptibles de constituer une preuve de certaines infractions pénales lorsque cette personne a eu l'occasion de s'expliquer et ne l'a pas fait (art. 33-43).

[344] Une ordonnance de communication de documents peut être délivrée pour obtenir des documents en possession d'une personne (art. 70-79). Ce type d'ordonnance concerne les documents, ce qui comprend les données associées à des appels ainsi que leur contenu lorsque l'opérateur d'un service de télécommunication a la capacité de stockage et stocke normalement ces données dans le cadre de son activité (art. 70).

[345] Le titulaire d'un privilège, dont le privilège journalistique, qui peut le faire valoir dans des procédures pénales, est également titulaire de ce privilège relativement à ces deux types d'ordonnances (art. 139(1)). Si le journaliste sujet à une ordonnance d'interrogatoire ou de communication refuse de dévoiler une information, le commissaire de police ou la personne concernée peut alors demander à un juge de la High Court de se prononcer sur le privilège (art. 139(2)).

⁴⁴⁰ Il s'agit ici de la Cour de district et non de la « *appropriate Court* », c'est-à-dire la High Court dans le cas des journalistes (art. 140(3); cf. art. 136(3)(a)). Au paragraphe suivant (art. 140(4)), on parle à nouveau du « *Judge of the appropriate court* ». Il n'est pas clair si cette incohérence est volontaire.

10. États-Unis

[346] Des lois-boucliers protégeant la confidentialité des sources journalistiques ont été adoptées dans la majorité des États américains et la quasi-totalité garantit un privilège journalistique limité soit par le biais de lois-boucliers, de l'interprétation de la constitution ou de la common law⁴⁴¹. La première loi-bouclier est adoptée au Maryland en 1896⁴⁴². En droit fédéral, la protection est alambiquée. La disparité des protections résulte du fait que la Cour suprême des États-Unis, dans *Branzburg v. Hayes*⁴⁴³, n'a pas reconnu de privilège journalistique en vertu du premier amendement de la constitution, bien que la formation qui a rendu la décision ait donné lieu, par sa division, à des légions d'interprétations divergentes sur l'existence d'un tel privilège.

[347] Dans cette section, je présenterai les protections en vigueur en droit fédéral dans le sillage de *Branzburg v. Hayes*, puis me pencherai sur le droit de la Californie, du Vermont et du Massachusetts. La Californie protège les sources par un privilège statutaire limité depuis 1935, devenu constitutionnel depuis. Le Vermont, qui a une loi-bouclier depuis le 17 mai 2017, offrait jusqu'alors une protection limitée par son interprétation de la Constitution des États-Unis. Enfin, le Massachusetts protège les sources par le développement de la common law.

[348] La disparité des ordres législatifs et la dualité des ordres judiciaires complexifient cette situation. Il existe autant de règles de protection des sources qu'il existe d'États, tous sujets à leur constitution et à celle des États-Unis.

10.1. Droit fédéral⁴⁴⁴

[349] Le système judiciaire fédéral étant divisé en 12 circuits régionaux en plus du circuit fédéral, il existe en théorie autant d'interprétations du droit fédéral par les cours d'appel fédérales que de circuits. En vertu du principe d'« *intracircuit precedent* »⁴⁴⁵, une décision judiciaire n'a, sauf exception, force de précédent que pour les tribunaux inférieurs parmi son ordre judiciaire (verticalité) ou pour les futures formations de la même cour d'appel (horizontalité). Une décision d'une cour d'appel fédérale d'un circuit a force de précédent sur les cours de ce circuit et sur elle-même, mais n'a qu'une valeur persuasive pour les tribunaux des autres

⁴⁴¹ Jeffrey S. Nestler, *The Underprivileged Profession: The Case for Supreme Court Recognition of the Journalist's Privilege*, (2005) 154 *University of Pennsylvania Law Review* 201, p. 203. Cet outil, quelque peu daté, permet de comparer le droit des États : Reporters Committee for Freedom of the Press, *Reporter's Privilege Compendium*, Arlington, 2010, en ligne : <http://www.rcfp.org/reporters-privilege> (page consultée le 20 mai 2017).

⁴⁴² Mary-Rose Papandrea, « Citizen Journalism and the Reporter's Privilege » (2007) 91 *Minnesota Law Review* 515, p. 516, note 4.

⁴⁴³ *Branzburg v. Hayes* (1972), 408 U.S. 665 (Cour suprême, É.-U.).

⁴⁴⁴ La législation citée dans cette section est en vigueur au 2 juin 2017.

⁴⁴⁵ Evan H. Caminker, « Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? » (1994) 46 *Stanford Law Review* 817, p. 855.

circuits⁴⁴⁶. Bref, le droit fédéral est, à ce titre et suivant l'expression d'Alexander Hamilton, « une hydre au gouvernement »⁴⁴⁷.

10.1.1. Premier amendement et *Branzburg v. Hayes* (1972)

[350] Le premier amendement de la Constitution des États-Unis⁴⁴⁸ édicte le droit à la liberté d'expression et à la liberté de presse :

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

[Soulignement ajouté]

[351] Dans *Branzburg v. Hayes*⁴⁴⁹ (« *Branzburg* »), des journalistes avaient été cités à comparaître devant un grand jury pour identifier leurs sources. Un journaliste avait écrit sur la production de hachich au Kentucky et deux autres avaient été en contact avec le groupe des Black Panthers. Ils avaient reçu des citations à comparaître (ci-après *subpœna*) de grands jurys. Sous la plume du juge White, la majorité (5 juges) concluait à l'inexistence d'un privilège constitutionnel du journaliste pour la protection de ses sources en vertu du premier amendement dans le contexte d'un *subpœna* délivré par un grand jury. Or, le juge Powell, qui appuyait la majorité, ajoutait dans son opinion concordante que la portée de la décision de la majorité était limitée : la Cour ne concluait pas que les journalistes « étaient sans droits constitutionnels en ce qui concerne la cueillette d'informations et la protection de leurs sources [traduction] »⁴⁵⁰. Cette opinion concordante se concluait ainsi : « En bref, les tribunaux demeureront disponibles aux journalistes dans les circonstances où un intérêt légitime en vertu du premier amendement requiert une protection [traduction] »⁴⁵¹.

[352] Le juge Douglas, dissident, soulignait l'effet dissuasif d'une obligation de divulguer une source et l'érosion de la diffusion d'idées qui s'ensuivrait⁴⁵². Le juge Stewart, également dissident et appuyé par deux collègues, concluait à l'existence d'un privilège constitutionnel, avec des exceptions, après avoir qualifié de « revêche » l'interprétation donnée par la majorité au premier amendement ainsi

⁴⁴⁶ Randy J. Kozel, « The Scope of Precedent », (2014) 113 *Michigan Law Review* 179, p. 227. Voir aussi Jeffrey C. Dobbins, « Structure and Precedent », (2010) 108 *Michigan Law Review* 1453, p. 1463 et s.

⁴⁴⁷ « *Thirteen independent courts of final jurisdiction over the same causes, arising upon the same laws, is a hydra in government from which nothing but contradiction and confusion can proceed.* » (Alexander Hamilton, « A further View of the Judicial Department, in Relation to the Extent of its Powers », dans *The Federalist: A Collection of Essays Written in Favor of the New Constitution*, vol. 2, New York, J. & A. McLean, 1788, p. 304.

⁴⁴⁸ *United States Constitution*, amend. I.

⁴⁴⁹ *Branzburg v. Hayes* (1972), 408 U.S. 665 (Cour suprême, É.-U.) [*Branzburg*].

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 709.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 710.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 719-721.

que d'« énigmatique » l'opinion concordante du juge Powell⁴⁵³. La table était mise pour des décennies d'interprétation judiciaire des multiples facettes de cette décision somme toute étrange dans sa facture. Le Congrès n'a toujours pas adopté de loi-bouclier⁴⁵⁴.

10.1.2. Jurisprudence du 9^e circuit

[353] Après *Branzburg*, la jurisprudence des cours d'appel fédérales est éclectique et utilise *Branzburg* pour justifier un privilège journalistique limité en vertu du premier amendement en ce qui concerne les matières qui ne relèvent pas d'un grand jury⁴⁵⁵. Bien que la majorité dans *Branzburg* eût conclu à l'inexistence d'un privilège journalistique, les tribunaux ont utilisé l'opinion concordante du juge Powell pour justifier l'existence du privilège⁴⁵⁶, hors contexte d'un grand jury.

[354] La Cour suprême ayant parlé sans s'être prononcée à nouveau, c'est donc la jurisprudence des cours d'appel des circuits fédéraux qui, en conjonction avec *Branzburg*, établit les critères applicables en droit fédéral. Or, comme ces cours n'ont d'autorité qu'à l'intérieur de leur propre circuit, chacun des circuits offre une protection potentiellement distincte⁴⁵⁷. Par exemple, la Cour d'appel du 9^e circuit offre une protection « forte en théorie », mais en pratique « faible et volatile [traduction] »⁴⁵⁸.

[355] Dans *Shoen v. Shoen*⁴⁵⁹ (« *Shoen I* »), la Cour d'appel du 9^e circuit interprétait *Branzburg* comme conférant un privilège journalistique limité en vertu du premier amendement, notant au passage que plusieurs circuits en avaient ainsi décidé dans le passé. Ce privilège limité requiert du tribunal qu'il détermine quel est l'intérêt prépondérant parmi, d'une part, l'intérêt public au libre flot de l'information (et son sacrifice corollaire que constitue une entrave à la découverte judiciaire de la vérité) et, d'autre part, l'intérêt à la divulgation. Ce privilège est disponible en matière civile et criminelle⁴⁶⁰. La Cour d'appel adoptait un critère

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 725.

⁴⁵⁴ Sur l'historique des échecs du *Free Flow of Information Act* de 2007 et 2009, voir Kathleen Ann Ruane, *Journalists' Privilege: Overview of the Law and Legislation in Recent Congresses*, s.l., Congressional Research Service, 2011. Voir aussi cette plus récente tentative : États-Unis, Sénat, projet de loi S.987, *Free Flow of Information Act of 2013*, 113th Congress (2013-2014).

⁴⁵⁵ Voir à ce sujet ce commentaire des juges de la Cour suprême du Vermont : *Spooner v. Town of Topsham*, 2007 VT 98, par. 8 (Cour suprême, Vermont).

⁴⁵⁶ Jeffrey S. Nestler, « The Underprivileged Profession: The Case for Supreme Court Recognition of the Journalist's Privilege », (2005) 154 *University of Pennsylvania Law Review* 201, p. 222.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 224; Joseph W. Tursi, « The Reporter's Privilege in the 21st Century: The Need for a Qualified Federal Media Shield Law that Balances Freedom of Speech with National Security Concerns », (2014), 54 *Santa Clara Law Review* 201, p. 213.

⁴⁵⁸ Lucy A. Dalglish (dir.), *Reporter's Privilege Compendium: 9th Cir.*, Arlington, 2010, Reporters Committee for Freedom of the Press, p. 2.

⁴⁵⁹ *Shoen v. Shoen* (1993), 5 F.3d 1289, p. 1292 (C.A., 9^e circuit, É.-U.) [*Shoen I*].

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 1292-1293.

d'intention pour déterminer la qualification d'une personne à titre de reporter : le matériel était-il colligé en vue de sa dissémination au public⁴⁶¹?

[356] Selon la Cour, il n'est pas nécessaire que l'information soit confidentielle pour que le journaliste puisse invoquer le privilège. Mais la non-confidentialité de l'information peut jouer dans l'opération de pondération des intérêts comme un facteur en défaveur du secret⁴⁶².

[357] Le fardeau incombe ensuite à la personne qui demande la divulgation de faire la preuve d'un besoin pressant de divulgation, ce qui implique au moins l'absence de moyens subsidiaires pour obtenir l'information. Le juge Kleinfeld, concordant, arrivait au même résultat sans fonder le privilège sur le premier amendement, mais plutôt sur une règle de procédure⁴⁶³.

[358] Deux ans plus tard, dans *Shoen v. Shoen*⁴⁶⁴ (*Shoen II*), la Cour d'appel du 9^e circuit se prononçait à nouveau dans le même litige. Le même journaliste avait été déclaré coupable d'outrage après avoir à nouveau refusé de témoigner, alors qu'un moyen subsidiaire avait été épuisé entre-temps pour obtenir l'information. La majorité décrivait le critère ainsi :

We therefore hold that where information sought is not confidential, a civil litigant is entitled to requested discovery notwithstanding a valid assertion of the journalist's privilege by a nonparty only upon a showing that the requested material is: (1) unavailable despite exhaustion of all reasonable alternative sources; (2) noncumulative; and (3) clearly relevant to an important issue in the case. We note that there must be a showing of actual relevance; a showing of potential relevance will not suffice.⁴⁶⁵

[Soulignement ajouté]

[359] En somme, selon *Shoen II*, une fois qu'un journaliste se prévaut valablement de son privilège, le fardeau incombe à la partie qui requiert la divulgation de démontrer l'intérêt opposé par les critères de subsidiarité, de non-cumul de preuve et de pertinence et d'importance.

[360] Les affaires *Shoen I* et *II* étaient des litiges civils. La Cour d'appel du 9^e circuit, tout en refusant d'accorder le privilège, semblait indiquer qu'il est disponible dans un contexte d'*habeas corpus* issu d'une affaire criminelle⁴⁶⁶. Une Cour de district a conclu, plus récemment et à l'instar de *Branzburg*, qu'il n'existe pas de privilège lorsqu'un journaliste est dûment assigné par *subpœna* par un grand jury fédéral, à moins que le *subpœna* soit délivré de mauvaise foi. *Branzburg* avait ici force de précédent⁴⁶⁷.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 1293.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 1295.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 1299 et s., citant Fed. R. Civ. P. (É.-U.), règle 26(b).

⁴⁶⁴ *Shoen v. Shoen* (1995), 48 F.3d 412 (C.A., 9^e circuit, É.-U.) [*Shoen II*].

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 416.

⁴⁶⁶ *Farr v. Pitchess* (1975), 522 F.2d 464, p. 468 (C.A., 9^e circuit, É.-U.).

⁴⁶⁷ *In re Grand Jury Subpœnas to Fainaru-Wada & Williams* (2006), 438 F. Supp. 2d 1111, p. 1116 et 1119 (Cour de district, 9^e circuit, É.-U.).

10.1.3. *Privacy Protection Act* (1980) et *subpœnas*

[361] Dans *Zurcher v. Stranford Daily*⁴⁶⁸, la Cour suprême était saisie d'un appel dans une affaire où des policiers avaient saisi des photos dans des locaux rédactionnels en vertu d'un mandat. La majorité (5 juges) concluait que, même dans les cas où les lieux perquisitionnés étaient des locaux rédactionnels où se trouvaient des personnes non suspectées de l'infraction, il n'existait aucune exigence de procéder par voie de *subpœna* plutôt que par perquisition. Un mandat exécuté raisonnablement garantirait la protection des intérêts protégés par le premier amendement, soit la protection contre les interférences avec la publication en temps opportun, la censure préalable, la dissuasion relativement aux décisions éditoriales ou encore une fouille trop large. Les juges Stewart et Marshall, dissidents, étaient d'avis qu'une perquisition dans des locaux rédactionnels, non annoncée, pouvait porter atteinte à la fonction de la presse de diffuser des nouvelles au public et que les cours inférieures avaient correctement conclu qu'un mandat de perquisition ne devait être délivré que si un *subpœna* était inopportun.

[362] Deux ans plus tard, le Congrès adoptait le *Privacy Protection Act*⁴⁶⁹, qui encadre les perquisitions dans les locaux rédactionnels. Cette loi interdit la perquisition de « *work product materials* » (±matériel non publié) ou encore de « *documentary materials* » (±supports contenant une information) en possession d'une personne dont on peut raisonnablement croire qu'elle est impliquée dans la diffusion d'un média au public. Diverses exceptions sont prévues.

[363] Ces deux types de matériel ne sont pas nécessairement mutuellement exclusifs. Les *work product materials* sont définis comme des documents qui sont créés en vue de leur diffusion au public et qui contiennent des conclusions, opinions ou autres opérations intellectuelles⁴⁷⁰, s'apparentant au matériel journalistique non publié. Les *documentary materials* désignent les supports matériels sur lesquels sont enregistrées des informations (imprimés, manuscrits, photos, vidéos, etc.)⁴⁷¹.

[364] Deux niveaux de protection sont prévus en fonction du type de matériel. Pour les *work product materials*, le journaliste n'est pas protégé si :

- (1) Il y a des motifs raisonnables de croire qu'il est en possession du matériel et a commis ou commet l'infraction criminelle liée, sauf exception⁴⁷².

⁴⁶⁸ *Zurcher v. Stranford Daily* (1978), 436 U.S. 547 (Cour suprême, É.-U.).

⁴⁶⁹ *Privacy Protection Act 1980*, 42 U.S.C. § 2000aa.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, § 2000aa-7(b).

⁴⁷¹ *Ibid.*, § 2000aa-7(a). Sur la distinction et le problème qu'elle pose à l'ère numérique, voir Elizabeth B. Uzelac, « Reviving the Privacy Protection Act of 1980 », (2013) 107 *Northwestern University Law Review* 1437. p. 1440.

⁴⁷² **Exception à l'exception** : Si l'infraction consiste en la seule obtention, possession, communication ou conservation de tels documents, la saisie n'est pas possible. **Triple exception** : S'il s'agit d'information classifiée ou relevant de la défense nationale ou encore notamment de pédopornographie, la saisie est permise (42 U.S.C. § 2000aa(a)(1)).

(2) Il y a des raisons de croire que la saisie immédiate du matériel est nécessaire pour prévenir la mort ou un préjudice corporel sérieux.

[365] Pour ce qui est des *documentary materials* autres que des *work products materials*, leur protection est moindre. En plus des deux exceptions ci-dessus, le journaliste n'est pas protégé contre une perquisition si :

(3) Il y a des raisons de croire que l'utilisation d'un *subpoena* résulterait en la destruction, altération ou dissimulation de ce matériel; ou

(4) La partie n'a pas obtempéré à un *subpoena* et les voies de recours en appels sont épuisées ou il existe des raisons de croire que les délais d'enquêtes ou de procédures liées au *subpoena* mettraient en péril les intérêts de la justice.

[366] Un recours civil en dommages est prévu contre l'État⁴⁷³.

[367] Cette loi témoigne d'une volonté législative de préférer le *subpoena* aux perquisitions, mais elle n'affecte pas la nécessité de fournir une preuve lorsqu'un journaliste est dûment assigné par *subpoena*⁴⁷⁴. Une auteure estime que son archaïsme, dans le contexte informationnel et médiatique actuel, plombe sa réelle efficacité par une série d'ambiguïtés sur son champ d'application et la nature réelle des intérêts constitutionnels qu'elle protège : protège-t-elle la vie privée, comme son titre l'indique, ou encore la liberté d'expression ou des intérêts économiques légitimes⁴⁷⁵?

10.1.4. Un privilège reconnu par la common law?

[368] Il est aussi possible que la common law gouverne le privilège là où ni la Constitution des États-Unis, ni une loi, ni la Cour suprême n'a réglé la question. Les *Federal Rules of Evidence*⁴⁷⁶ prévoient un privilège résiduel :

Rule 501. Privilege in General

The common law — as interpreted by United States courts in the light of reason and experience — governs a claim of privilege unless any of the following provides otherwise:

- the United States Constitution;
- a federal statute; or
- rules prescribed by the Supreme Court.

But in a civil case, state law governs privilege regarding a claim or defense for which state law supplies the rule of decision.

[369] Cette possibilité a été discutée dans certaines décisions, dont dans une décision de la Cour d'appel du circuit du District de Columbia, où un des juges

⁴⁷³ *Privacy Protection Act 1980*, 42 U.S.C. § 2000aa-6(a).

⁴⁷⁴ Jeffrey S. Nestler, « The Underprivileged Profession: The Case for Supreme Court Recognition of the Journalist's Privilege », (2005) 154 *University of Pennsylvania Law Review* 201, p. 232.

⁴⁷⁵ Elizabeth B. Uzelac, « Reviving the Privacy Protection Act of 1980 », (2013) 107 *Northwestern University Law Review* 1437, p. 1447 et 1455-1462.

⁴⁷⁶ Fed. R. Evid., règle 501.

écrivait que la règle 501 a pour effet de ne pas figer la question de la création de nouveaux privilèges⁴⁷⁷. Mais la formation était loin d'être unanime :

The Court is not of one mind on the existence of a common law privilege. Judge Sentelle would hold that there is no such common law privilege for reasons set forth in a separate opinion. Judge Tatel would hold that there is such a common law privilege. Judge Henderson believes that we need not, and therefore should not, reach that question. However, all believe that if there is any such privilege, it is not absolute and may be overcome by an appropriate showing. All further believe, for the reasons set forth in the separate opinion of Judge Tatel, that if such a privilege applies here, it has been overcome. Therefore, the common law privilege, even if one exists, does not warrant reversal.⁴⁷⁸

[370] Ici aussi, ce portrait parcellaire montre l'incertitude quant à l'existence d'un privilège journalistique en common law⁴⁷⁹.

10.1.5. Directives fédérales

[371] Une autre source de droit se trouve dans le *Code of Federal Regulations*⁴⁸⁰, qui contient des directives fédérales du ministère de la Justice sur l'obtention d'information de la part de membres des médias, leur interrogatoire, arrestation ou mise en accusation par les autorités (§ 50.10). Étant donné que ces directives ne créent aucun droit substantiel ou procédural (§ 50.10(j)), je ne mentionnerai que quelques principes. Au-delà de plusieurs exceptions, une autorisation du procureur général est nécessaire pour la délivrance d'un *subpœna* à l'égard d'un membre des médias (§ 50.10(c)(1)). Le procureur général devrait s'inspirer, dans ses décisions à cet égard, de certains des principes contenus dans cette politique, dont de la subsidiarité et de l'importance de la preuve recherchée (§ 50.10(c)(4)).

⁴⁷⁷ *In re: Grand Jury Subpœna to Judith Miller* (2005), 397 F.3d 964, p. 994 (C.A., circuit du District de Columbia, É.-U., juge Tatel, concordant), requête pour une révision *en banc* rejetée (*In re: Grand Jury Subpœna to Judith Miller* (2005), 405 F.3d 17 (C.A., circuit du District de Columbia, É.-U.)); *certiorari* refusé (*Miller v. United States* (2005), 125 S. Ct. 2977 (Cour suprême, É.-U.)).

⁴⁷⁸ *In re: Grand Jury Subpœna to Judith Miller* (2005), 397 F.3d 964, p. 973 (C.A., circuit du District de Columbia, É.-U.).

⁴⁷⁹ Bien qu'il ne s'agisse d'un privilège comparable, je note que la Cour suprême a utilisé cette disposition, en 1996, pour reconnaître un nouveau privilège pour les psychothérapeutes (*Jaffee v. Redmond* (1996), 518 U.S. 1 (Cour suprême, É.-U.)).

⁴⁸⁰ 28 C.F.R., § 50.10 (*Policy regarding obtaining information from, or records of, members of the news media; and regarding questioning, arresting, or charging members of the news media*).

10.2. Californie⁴⁸¹

10.2.1. Historique

[372] La Californie a adopté une loi-bouclier en 1935. La disposition était alors contenue dans le *Code of Civil Procedure*⁴⁸². En 1965, la disposition fut incorporée à l'*Evidence Code*⁴⁸³. Cette disposition a été amendée dans les années 1970 pour étendre la protection au matériel non publié⁴⁸⁴. Ce texte de loi, dans une forme quasi identique, a été incorporé à la Constitution de la Californie en 1980 après une consultation référendaire⁴⁸⁵.

10.2.2. Constitution de la Californie

[373] La version actuelle de cette disposition-bouclier se retrouve à l'article 1^{er}, paragraphe 2(b) de la Constitution de la Californie, la disposition quasi identique de l'article 1070 de l'*Evidence Code* demeurant en vigueur :

Article I

Sec. 2 (a) [...]

(b) A publisher, editor, reporter, or other person connected with or employed upon a newspaper, magazine, or other periodical publication, or by a press association or wire service, or any person who has been so connected or employed, shall not be adjudged in contempt by a judicial, legislative, or administrative body, or any other body having the power to issue subpoenas, for refusing to disclose the source of any information procured while so connected or employed for publication in a newspaper, magazine or other periodical publication, or for refusing to disclose any unpublished information obtained or prepared in gathering, receiving or processing of information for communication to the public.

Nor shall a radio or television news reporter or other person connected with or employed by a radio or television station, or any person who has been so connected or employed, be so adjudged in contempt for refusing to disclose the source of any information procured while so connected or employed for news or news commentary purposes on radio or television, or for refusing to disclose any unpublished information obtained or prepared in gathering, receiving or processing of information for communication to the public.

⁴⁸¹ La législation citée dans cette section est en vigueur au 20 mai 2017.

⁴⁸² *Code of Civil Procedure* (Californie), § 1881, adopté par Cal. Stat. 1935, ch. 532, § 1. Sur l'historique de cette disposition, voir *Delaney v. Superior Court* (1990), 50 Cal. 3d 785, p. 795 (Cour suprême, Californie).

⁴⁸³ *Evidence Code* (Californie), § 1070, ajouté par Cal. Stat. 1965, ch. 299, § 2.

⁴⁸⁴ Cal. Stat. 1974, ch. 1456, § 2; *Delaney v. Superior Court* (1990), 50 Cal. 3d 785, p. 796 (Cour suprême, Californie).

⁴⁸⁵ *California Constitution*, art. 1, sec. 2(b); voir à ce sujet ce compendium, quelque peu daté : Lucy A. Dalglish (dir.), *Reporter's Privilege Compendium: California*, Reporters Committee for Freedom of the Press, 2010, Arlington.

As used in this subdivision, “unpublished information” includes information not disseminated to the public by the person from whom disclosure is sought, whether or not related information has been disseminated and includes, but is not limited to, all notes, outtakes, photographs, tapes or other data of whatever sort not itself disseminated to the public through a medium of communication, whether or not published information based upon or related to such material has been disseminated.

[Soulignement ajouté]

[374] Ainsi, le personnel rédactionnel, défini de façon large, est protégé contre l’inculpation d’outrage au tribunal lorsqu’il refuse de dévoiler une source d’information ou tout matériel non publié, ce qui a été interprété comme étant large⁴⁸⁶ et ne requiert pas que l’information ait été obtenue sur la base d’une promesse de confidentialité⁴⁸⁷. Le matériel couvert inclut l’identité de la source de toute information obtenue dans le cadre du lien d’emploi ou autre ainsi que toute information non publiée obtenue ou préparée en vue de sa communication au public. Le critère d’intention est évident.

[375] Cette protection n’est toutefois pas absolue. En matière civile, lorsque le personnel rédactionnel n’est pas partie à la procédure, le privilège est absolu. Toutefois, lorsque le personnel rédactionnel est partie au litige, la protection s’amenuise, puisque l’outrage au tribunal n’est plus le seul remède disponible, un journaliste pouvant faire l’objet d’autres sanctions comme l’inscription d’un jugement (≠jugement par défaut) contre lui⁴⁸⁸.

[376] En matière criminelle, le privilège doit être pondéré avec le droit à un procès juste et équitable de l’accusé, qui doit démontrer qu’il existe une « possibilité raisonnable que l’information aid[e] sa défense de manière importante [traduction] »⁴⁸⁹. Le cas échéant, le tribunal pondère : (i) la confidentialité de l’information, (ii) l’intérêt protégé par le droit à la protection des sources; (iii) l’importance de l’information pour le défendeur et (iv) la subsidiarité, quoique ce dernier critère ne soit pas absolu⁴⁹⁰. Contrairement à l’accusé, l’autorité poursuivante ne peut se prévaloir d’un intérêt similaire au droit à un procès équitable pour réduire la portée de la disposition constitutionnelle⁴⁹¹.

10.2.3. *Code of Civil Procedure*

[377] Le *Code of Civil Procedure*⁴⁹² ajoute à ces protections certaines garanties procédurales en matières civiles et criminelles⁴⁹³ : (i) un témoignage ou une

⁴⁸⁶ *Delaney v. Superior Court* (1990), 50 Cal. 3d 785, p. 798 (Cour suprême, Californie).

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 805.

⁴⁸⁸ *Mitchell v. Superior Court* (1984), 37 Cal. 3d 268, p. 274 (Cour suprême, Californie).

⁴⁸⁹ *Delaney v. Superior Court* (1990), 50 Cal. 3d 785, p. 808 (Cour suprême, Californie).

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 809-813.

⁴⁹¹ *Miller v. Superior Court* (1999), 21 Cal. 4th 883, p. 895 et 901 (Cour suprême, Californie).

⁴⁹² *Code of Civil Procedure* (Californie), sec. 1986.1, amendé par Cal. Stat. 2013, ch. 519, sec. 1.

⁴⁹³ Malgré son titre, le *Code of Civil Procedure* précise bel et bien que les protections s’appliquent en matière criminelle également, du moins à certains égards. Voir Californie, Sénat, projet de

preuve produite par un journaliste assigné à comparaître ne constitue pas une renonciation au droit constitutionnel à la protection des sources; (ii) sauf exception, un journaliste a droit à un préavis de cinq jours donné par la partie qui l'assigne. (iii) Depuis 2013⁴⁹⁴, lorsqu'un tiers est assigné par *subpoena* pour la production de documents journalistiques, la partie qui l'assigne doit, sauf exception, également en notifier le journaliste en donnant des explications sur l'importance du matériel et l'absence de moyen subsidiaire. Essentiellement, cette nouvelle disposition et cette exigence procédurale pourraient viser l'infonuagique et les autres documents en possession de fournisseurs de services numériques en obligeant la notification du journaliste. Enfin, (iv) un juge a une obligation minimale de motiver sa décision lorsqu'il déclare un journaliste coupable d'outrage en matière criminelle en décrivant comment la preuve recherchée sera importante pour la partie qui la recherche.

10.3. Vermont⁴⁹⁵

[378] Le 17 mai 2017, le gouverneur du Vermont signait une toute nouvelle loi-bouclier⁴⁹⁶ adoptée au printemps par la législature⁴⁹⁷. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'interprétation du premier amendement de la Constitution des États-Unis par les tribunaux de l'État avait donné naissance à un critère en deux étapes pour déterminer la protection. Cette section aborde néanmoins l'état du droit avant l'entrée en vigueur de la loi-bouclier afin de faire un portrait complet des possibilités juridiques qui s'offrent aux États américains pour protéger les sources, soit dans ce cas, l'interprétation d'une disposition constitutionnelle.

10.3.1. Loi-bouclier de mai 2017

[379] Le nouvel *Act Relating to a News Media Privilege*⁴⁹⁸ contient une interdiction à première vue absolue de contraindre un journaliste à révéler des nouvelles ou informations obtenues sous le sceau de la confiance, incluant l'identité de la source ou des nouvelles ou informations non publiées (§ 1616(b)(1)(A)). Dans le

loi S.B. 558, *An Act to Amend Section 1986.1 of the Code of Civil Procedure, Relating to Reporters*, sess. 2013-2014, plus particulièrement le préambule. Voir aussi Paula D. Salinger, « California's Media Shield Law: Is it Possible to Simultaneously Protect the Free Flow of Information and Due Process Rights? », (2001) 32 *McGeorge Law Review* 801, p. 806.

⁴⁹⁴ Californie, Sénat, projet de loi S.B. 558, *An Act to Amend Section 1986.1 of the Code of Civil Procedure, Relating to Reporters*, sess. 2013-2014.

⁴⁹⁵ Cette section présente l'état du droit *avant* l'entrée en vigueur du projet de loi qui a reçu l'approbation du gouverneur le 17 mai 2017 (Vermont, projet de loi S.96, *An Act Relating to a News Media Privilege*, sess. 2017-2018, ch. 219, qui s'insère dans 12 V.S.A. § 1616).

⁴⁹⁶ *Ibid.*, § 1616.

⁴⁹⁷ Vermont, *Journal of the Senate*, 23 mars 2017, p. 314; Vermont, *Journal of the House*, 20 avril 2017, p. 760; Vermont, *Journal of the Senate*, 18 mai 2017, p. 1651.

⁴⁹⁸ Vermont, projet de loi S.96, *An Act Relating to a News Media Privilege*, sess. 2017-2018, ch. 219, qui s'insère dans 12 V.S.A. § 1616.

cas de l'information obtenue sans promesse de confidentialité, la même interdiction vaut, mais il y est fait exception si (i) les nouvelles ou l'information sont hautement importantes à une question dont est saisi le tribunal ou corps, (ii) sous réserve du principe de subsidiarité et (iii) s'il y a un besoin important de divulgation (§ 1616(b)(2)). La loi contient une définition large du journaliste et du journalisme, adopte un critère d'intention de publication (§ 1616(a)) et précise que la publication de l'information ne constitue pas une renonciation à la protection (§ 1616(c)).

10.3.2. Protection constitutionnelle

[380] Tout juste après *Branzburg*, dans *State v. St. Peter*⁴⁹⁹ (1974), la Cour suprême du Vermont reconnaissait l'existence d'un privilège journalistique limité en vertu du premier amendement de la Constitution des États-Unis et non de la disposition constitutionnelle étatique⁵⁰⁰. Un journaliste s'était présenté au quartier général de la police tout juste avant qu'elle entame une opération antidrogue. On le questionnait sur la source qui lui avait donné vent de l'opération. La Cour prenait acte de l'opinion majoritaire de la Cour suprême dans *Branzburg* et notait que, malgré l'absence de reconnaissance d'un privilège constitutionnel, la Cour suprême y avait reconnu l'importance de la liberté de presse. Elle notait que l'opinion concordante du juge Powell exprimait une préoccupation à l'égard de l'utilisation du journalisme comme technique d'enquête par l'État. Soulignant la libéralité des règles d'enquête judiciaire au Vermont, elle concluait qu'un journaliste légitimement protégé par le premier amendement pouvait refuser de répondre aux questions en matière criminelle, sauf si étaient mises en preuve (i) l'absence de moyen subsidiaire et (ii) l'importance et la pertinence de la preuve quant à la culpabilité ou l'innocence de l'accusé⁵⁰¹.

[381] Plus récemment, dans *In Re Inquest Subpœna (WCAX)*⁵⁰² (2005), un *subpœna* avait été demandé pour forcer un média à remettre des enregistrements d'une manifestation sur un campus. La Cour infirmait le jugement de première instance et confirmait la validité du *subpœna*. Le matériel concerné n'était confidentiel à proprement parler. Elle appliquait *Branzburg*, ne se formalisait pas de la concordance du juge Powell et estimait que le fait de procéder par grand jury ou par enquête ne constitue pas une différence importante, l'objectif demeurant la détermination de savoir si un crime a été commis⁵⁰³. Elle distinguait également *State v. St. Peter*, au motif qu'il s'agissait ici d'une enquête par l'État⁵⁰⁴. Ne s'agissant pas d'information confidentielle, le média n'avait pas de privilège en

⁴⁹⁹ *State v. St. Peter* (1974), 315 A.2d 254, p. 256 (Cour suprême, Vermont).

⁵⁰⁰ *Vermont Constitution*, ch. I, art. 13 : « *That the people have a right to freedom of speech, and of writing and publishing their sentiments, concerning the transactions of government, and therefore the freedom of the press ought not to be restrained.* »

⁵⁰¹ *State v. St. Peter* (1974), 315 A.2d 254, p. 256 (Cour suprême, Vermont).

⁵⁰² *In Re Inquest Subpœna (WCAX)*, 2005 VT 103 (Cour suprême, Vermont).

⁵⁰³ *Ibid.*, par. 6-13.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, par. 14.

vertu du premier amendement, limité ou absolu, de refuser de dévoiler la preuve d'une infraction qui est pertinente et matérielle à une enquête criminelle⁵⁰⁵.

[382] Deux ans plus tard, la Cour suprême du Vermont, dans *Spooner v. Town of Topsham*⁵⁰⁶, a confirmé le principe de *State v. St. Peter*. Elle était saisie d'un dossier où un demandeur poursuivait une ville pour une pratique discriminatoire à l'embauche. Le demandeur et la ville avaient assigné un journaliste présent lors des délibérations publiques du comité de sélection des candidats au poste. L'information recherchée n'était pas confidentielle. La Cour décidait que ce genre d'information pouvait être protégé, parce que la révéler pouvait avoir un intérêt dissuasif sur le libre flot de l'information. Or, l'intérêt protégé devait avoir un poids moindre lorsque l'information n'était pas confidentielle. Appliquant le raisonnement de *State v. St. Peter*, la Cour décidait que (i) la preuve ne pouvait être obtenue autrement qu'en interrogeant le journaliste et que (ii) la preuve était pertinente à la détermination l'affaire. La détermination d'une question importante était l'équivalent civil de la culpabilité ou l'innocence en matière criminelle. Le risque de dissuasion causé par une divulgation n'était pas réel et ne mettait pas réellement en péril la capacité de la presse à couvrir l'information. Elle refusait donc de casser le *subpœna*.

[383] Il s'avère que la Cour suprême du Vermont, plutôt que de se fonder sur l'article 13 de la Constitution du Vermont, montre une préférence pour un privilège journalistique fondé sur le premier amendement de la constitution américaine⁵⁰⁷. Ce privilège est limité et fait intervenir les exceptions de subsidiarité et de pertinence de la preuve recherchée pour la détermination d'une question importante et ne s'appliquerait pas lorsqu'il s'agit pour l'État de rechercher la preuve de la commission d'un crime.

10.4. Massachusetts⁵⁰⁸

[384] J'ajoute quelques mots sur le Massachusetts, dont les tribunaux ont reconnu une protection fondée sur la common law. En 1980, dans *In the Matter of Walter F. Roche, Jr.*, la Supreme Judicial Court of Massachusetts rejetait l'appel d'un journaliste reconnu coupable d'outrage au tribunal après avoir refusé de témoigner dans le contexte d'une instance disciplinaire où un juge était intimé pour inconduite. Un des juges estimait qu'il n'existait pas de privilège journalistique en vertu du premier amendement de la Constitution des États-Unis. Le journaliste n'avait pas plaidé la règle de common law. Même s'il y avait

⁵⁰⁵ *Ibid.*, par. 21.

⁵⁰⁶ *Spooner v. Town of Topsham*, 2007 VT 98, par. 11, 16-17 et 20 (Cour suprême, Vermont).

⁵⁰⁷ Voir, sur ce sujet, *ibid.*, note 4 (Cour suprême, Vermont), où la Cour indique qu'elle limite ses conclusions à une analyse du premier amendement. Dans *Grievance of Morrissey* (1987), 538 A.2d 678, p. 689 (Cour suprême, Vermont), elle refusait de se prononcer sur la question de savoir si l'article 13 offrait une plus grande protection que le premier amendement pour les lanceurs d'alerte du secteur public.

⁵⁰⁸ La législation citée dans cette section est en vigueur au 20 mai 2017.

consensus sur le résultat, le juge Abrams remarquait, en *obiter dictum*⁵⁰⁹, qu'il était approprié que la question du privilège issu de la common law fût traitée dans le futur⁵¹⁰. Deux autres juges estimaient que cette remarque était déplacée.

[385] En 1985, la Supreme Judicial Court of Massachusetts rejetait une requête de la Governor's Press Shield Law Task Force pour que la Cour édicte un privilège journalistique limité⁵¹¹. La Cour estimait que, même si elle avait peut-être la compétence pour énoncer une telle règle, il n'était pas approprié de le faire en raison du manque de consensus. Selon la Cour, la common law répondait aux besoins de façon appropriée en évaluant chaque cas comme un cas d'espèce et en évitant tout dogmatisme.

[386] Puis en 1991, dans *In the Matter of a John Doe Grand Jury Investigation*⁵¹², la Cour concluait, dans le cadre d'une procédure devant un grand jury qui avait cité deux reporters à comparaître, que les principes de common law permettaient à un juge de refuser l'exécution du *subpoena* d'un grand jury à l'endroit de reporters. Un tribunal, ce faisant, devait soupeser les intérêts en présence : l'intérêt du public à la preuve fournie par toute personne contre l'intérêt public au libre flot de l'information. Devant l'existence d'une preuve subsidiaire, la Cour décidait que le juge de première instance était justifié de refuser l'exécution du *subpoena*, bien qu'elle jugeât approprié, pour d'autres motifs, de procéder à nouveau à la pondération des intérêts.

[387] Enfin, je note que la Supreme Judicial Court a énoncé que, malgré qu'elle ne reconnût pas de privilège en vertu du premier amendement, les tribunaux devaient néanmoins tenir compte de l'effet d'une divulgation sur les valeurs qui découlent du premier amendement et de l'article XVI de la Constitution du Massachusetts, qui protège la liberté d'expression⁵¹³. Le Massachusetts a été témoin de plusieurs tentatives de modifier cette règle par l'introduction d'une loi-bouclier, dont la plus récente est en cours⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ Soit un commentaire ou raisonnement secondaire et non nécessaire au raisonnement d'une décision, qui n'a pas de valeur de précédent, bien qu'il puisse avoir une force persuasive (Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *obiter dictum* »).

⁵¹⁰ *In the Matter of Walter F. Roche, Jr.* (1980), 381 Mass. 624, p. 638 (Sup. Jud. Ct. of Mass., É.-U.).

⁵¹¹ *Petition for the Promulgation of Rules Regarding the Protection of Confidential News Sources and Other Unpublished Information* (1985), 395 Mass. 164 (Sup. Jud. Ct. of Mass., É.-U.).

⁵¹² *In the Matter of a John Doe Grand Jury Investigation* (1991), 410 Mass. 596 (Sup. Jud. Ct. of Mass., É.-U.).

⁵¹³ *Massachusetts Constitution*, Part the First, art. XVI, tel que remplacé par les *Articles of Amendments*, art. LXXVII. Voir *Petition for the Promulgation of Rules Regarding the Protection of Confidential News Sources and Other Unpublished Information* (1985), 395 Mass. 164, p. 171 (Sup. Jud. Ct. of Mass., É.-U.).

⁵¹⁴ Parmi les dernières en lice : Massachusetts, Chambre, projet de loi H.1553, *An Act Providing against Compelled Disclosure of Certain Information by the News Media*, 188th General Ct. of Mass. (2013-2014); Massachusetts, Chambre, projet de loi H.1533, *An Act Providing against Compelled Disclosure of Certain Information by the News Media*, 189th General Ct. of Mass. (2015-2016); Massachusetts, Chambre, projet de loi H.762, *An Act Providing against Compelled Disclosure of Certain Information by the News Media*, 190th General Ct. of Mass. (2017-2018).

CONCLUSION

[388] Il ressort des régimes étudiés un mouvement vers une formalisation graduelle des règles de protection des sources. J'entends par formalisation un abandon de la discrétion judiciaire en common law ou encore l'encadrement strict des exceptions à l'immunité relative. La discrétion, dans certains cas, se métamorphose en question de fait. Il n'en demeure pas moins que la pondération d'intérêts publics divergents demeure au centre de l'activité judiciaire et qu'une discrétion persiste quant à l'étendue de la divulgation ordonnée, le cas échéant.

[389] On remarque également que cette graduelle sédimentation de la protection des sources s'accompagne généralement d'un renversement du fardeau de présentation : si le journaliste répond aux critères préalables à la protection, le fardeau de preuve appartient à la partie qui requiert la divulgation. Dans plusieurs cas, cette preuve est ardue, car elle requiert de montrer comment une preuve inconnue aura un effet prévisible sur une question importante.

A. Entre droit et faculté

[390] Qui est le titulaire véritable du droit à la protection des sources : le journaliste, l'informateur ou l'État de droit? Dans certaines juridictions, on remarque que la source ne peut pas renoncer, au nom du journaliste, à la protection (Norvège, Allemagne). Autrement dit, le journaliste est le seul à pouvoir exercer la faculté, même si la source se dédit de sa protection. Bien qu'il soit question, formellement, d'un *droit* du journaliste dans certains instruments législatifs, ce n'est pas un droit au sens strict – qui impliquerait un sujet qui l'exerce dans son intérêt ou celui d'autrui –, mais bien une exception à la contraignabilité, une prérogative exerçable ou non, une *faculté* dont l'objet est diffus. Contrairement au professionnel qui a une obligation de confidentialité ou au fonctionnaire qui a un devoir de discrétion⁵¹⁵, il s'agit ici d'une faculté dont le journaliste n'est redevable, juridiquement, à personne sauf – dans l'abstrait – à la profession⁵¹⁶ et à l'intérêt public. Cette conception du droit comme faculté ressort d'ailleurs des règles de procédure qui indiquent dans certains cas au tribunal – sauf méconnaissance évidente du journaliste – de ne pas l'instruire d'office de sa faculté (Allemagne), ce qui s'éloigne de la conception québécoise du secret professionnel, assuré d'office

⁵¹⁵ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 283-284.

⁵¹⁶ En effet, cette conception du droit à la confidentialité de la source peut être vue comme participant de l'éthique journalistique. Voir Eric Barendt, *Anonymous Speech: Literature, Law and Politics*, Oxford, Hart, 2016, p. 111 et 118.

par le tribunal⁵¹⁷. Seule la Suède se distingue en conférant un droit à l'informateur et en imposant une obligation – et sanction – au journaliste.

[391] À cette enseigne, le projet de loi S-231 adopté par le Sénat le 11 avril 2017 prévoit que le tribunal peut souligner d'office le droit du journaliste de s'opposer à divulguer sa source⁵¹⁸, une solution mitoyenne. Il qualifie indirectement, dans les modifications proposées au *Code criminel*, la protection des sources de « droit du journaliste à la confidentialité dans le processus de collecte et de diffusion d'information » ou, en anglais, de « *right to privacy* »⁵¹⁹. On y lit, enfin, que le journaliste peut « s'opposer à divulguer »⁵²⁰ sa source, une légère variation lexicale sur le thème constant des formulations étudiées dans ce rapport.

B. Frugalité législative et thèse fonctionnaliste

[392] L'absence de trop grande précision législative sur la portée personnelle véritable des dispositions protectrices ne pose pas trop problème à l'ère des blogues et des réseaux dits sociaux (Nouvelle-Zélande, Norvège), où l'appareil judiciaire a pu circonscrire la zone franche séparant l'activité journalistique des autres formes d'expression. L'approche fonctionnelle discutée par Van Enis⁵²¹ ou l'analyse de l'intention derrière la communication d'une information semblent appropriées pour répondre à la diversité des cas de figure qui se présenteront devant les tribunaux. Cette frugalité textuelle n'est pas entièrement incompatible à la tradition juridique québécoise.

C. Emplacement des dispositions

[393] L'emplacement le plus fréquent des dispositions dans les corpus juridiques, soit parmi les règles de preuve ou de procédure, témoigne probablement de ce désir délibéré ou non de s'éloigner de la conception d'un secret des sources comme d'un secret professionnel, qui serait détenu par le journaliste en faveur de sa source. En effet, bien que l'exemption soit souvent placée à la suite des autres immunités testimoniales relevant du secret professionnel, elle demeure souvent sujette à des règles légèrement différentes de mise en pratique. Cela contribue d'ailleurs à désamorcer la réminiscence du malaise qu'éprouve le tribunal lorsqu'il est confronté à l'illégalité du comportement d'une source (Norvège, Nouvelle-

⁵¹⁷ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 284; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 9.

⁵¹⁸ Projet de loi S-231, *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)*, 42^e lég. (Can.), 1^{re} sess., 2017 (troisième lecture, 11 avril 2017), art. 2, modifiant l'art. 39.1(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

⁵¹⁹ Projet de loi S-231, *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)*, 42^e lég. (Can.), 1^{re} sess., 2017 (troisième lecture, 11 avril 2017), art. 3, modifiant l'art. 488.01(3)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

⁵²⁰ Projet de loi S-231, *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)*, 42^e lég. (Can.), 1^{re} sess., 2017 (troisième lecture, 11 avril 2017), art. 2, modifiant l'art. 39.1(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

⁵²¹ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, nos 509-513.

Zélande) : le journaliste peut alors suivre une déontologie propre qui n'a pas pour objet l'intérêt d'un client, mais plutôt et surtout ceux du public et du droit à l'information.

[394] Ces considérations posent la question de l'interprétation à donner à l'article 2858 du *Code civil du Québec* sur l'admissibilité d'un élément de preuve obtenu dans des conditions qui violent les droits fondamentaux advenant une protection des sources en droit québécois.

D. Traçabilité, reddition de compte, publicité et secret

[395] La question de la traçabilité des autorisations judiciaire pose la question de la conjugaison du secret nécessaire des mesures de surveillance avec une reddition de compte efficace. Qui garde le gardien? Comment assurer un contrôle amont? Les réponses sont diversifiées. On peut donner une occasion au journaliste de clamer son privilège sur le fait (Nouvelle-Zélande); on peut évidemment déclarer d'avance la preuve inadmissible (Nouvelle-Zélande); on peut mettre à l'amende la personne physique qui mène la surveillance interdite au nom de l'État (Suède) ou prévoir un recours en dommages (États-Unis); et on peut fournir un *amicus curiae* au journaliste absent (Norvège). Une solution consiste aussi à confier la responsabilité juridictionnelle de certaines procédures au procureur général plutôt qu'à l'autorité poursuivante habituelle (Suède).

[396] Le principe de publicité des débats judiciaires est confronté au secret nécessaire des enquêtes policières. Si les risques d'une procédure *ex parte* ou secrète peuvent être en partie neutralisés par la présence d'un *amicus curiae* (Norvège), d'autres solutions poignent à l'horizon, telles que l'établissement d'un organe de vérification indépendant (Norvège, Belgique en matière de renseignement et Royaume-Uni) ou encore l'obligation de donner une occasion raisonnable au journaliste de revendiquer son privilège (Nouvelle-Zélande). En raison du secret de l'instruction ou des procédures à huis clos en la matière, une des pierres d'achoppement demeure l'absence de corpus jurisprudentiel substantiel permettant l'interprétation des dispositions législatives (Norvège, Belgique).

E. Les modes de participation criminelle : une porte dérobée

[397] Des juridictions ont dû ajuster le tir dans des situations où les pouvoirs publics avaient contourné les protections en faisant du journaliste un suspect d'une enquête pour abus de confiance sur la base de conjectures. En effet, la seule possession d'un document par un journaliste ne saurait constituer un mode de participation criminel à l'abus de confiance commis par sa source. Les solutions ont consisté à conférer une immunité au journaliste contre les poursuites de violation de secret professionnel ou de recel (Belgique) ou encore ont fait dire à certains tribunaux que la seule possession d'un document ne pouvait constituer un motif suffisant pour suspecter un journaliste de participation (Allemagne).

F. Renseignement

[398] Sans surprise, les régimes de surveillance en matière de renseignement sont les enfants pauvres de la protection des sources, surtout dans le contexte des réformes récentes de régimes existants (Belgique, Royaume-Uni). Les pouvoirs de surveillance sont décuplés, la transparence s'amenuise et le contrôle judiciaire emprunte une tendance plus administrative que judiciaire.

G. Partage des compétences

[399] Enfin, il faut souligner que les juridictions étudiées sont pour la plupart des États unitaires (Suède, Norvège, Royaume-Uni et Nouvelle-Zélande) ou encore des fédérations qui ne présentent pas de partage des compétences législatives comparable à celui qui prévaut au Canada (Belgique). En Allemagne, le législateur fédéral a fait usage de sa compétence concurrente de manière soutenue dans les matières qui touchent la protection des sources, laissant moins de marge aux länder.

[400] Aucune des juridictions n'a donc été confrontée au binôme constitutionnel du droit criminel et de l'administration de la justice dans la province⁵²². Seuls les États-Unis sont confrontés à une tout autre mythologie : l'inaction législative fédérale combinée à l'ambiguïté jurisprudentielle quasi cinquantenaire de *Branzburg* et l'hydre judiciaire fédérale d'Alexander Hamilton.

⁵²² *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., ch. 3, art. 91(27) et 92(14).

LEXIQUE

Autorisations judiciaires : Telle qu'utilisée dans ce rapport, l'expression désigne les divers mandats, autorisations ou ordonnances délivrés par des instances judiciaires pour saisir des objets, exiger la communication de documents ou surveiller des lieux ou des personnes. Dans les cas où ces autorisations ne sont pas judiciaires, on parlera d'autorisation administrative ou autre. Dans certains cas, ces termes sont remplacés par la nomenclature interne (voir « mesures d'information et d'instruction » et « moyens coercitifs »).

Effet dissuasif (*chilling effect*) : Ce concept réfère à l'effet dissuasif général et parfois particulier que cause ou causerait la divulgation d'une source sur la disponibilité future des sources journalistiques. Sa mise en preuve – historiquement qualifiée d'approximative par certains tribunaux en raison de son caractère prospectif et spéculatif – n'est plus véritablement remise en question.

Immunité : Voir « non-contrainabilité ».

Intérêt public à la confidentialité : L'intérêt public à la confidentialité des sources journalistiques réfère au principe voulant que la presse, comme proverbial chien de garde de la démocratie, doive pouvoir s'abreuver aux sources d'information et que la société a un intérêt à protéger leur anonymat.

Intérêt public à la divulgation : Par intérêt public à la divulgation, il est référé à une série de principes qui peuvent être subordonnés au même impératif de divulgation : la bonne administration de la justice, le maintien de l'ordre, la prévention et la répression du crime, la protection des droits individuels, la protection de la réputation, etc.

Journaliste : Le terme désigne généralement le journaliste à l'exclusion du reste du personnel rédactionnel. Il ne désigne pas le membre d'une association professionnelle et n'est pas autrement qualifié en l'absence de précisions.

Locaux rédactionnels : Lorsqu'elle n'est pas autrement qualifiée, cette expression désigne les lieux où se déroulent principalement des activités journalistiques (par ex., la rédaction) et qui contiennent normalement du matériel journalistique.

Mesures d'information et d'instruction [Belgique] : L'instruction est « l'ensemble des actes qui ont pour objet de rechercher les auteurs d'infractions, de rassembler les preuves et de prendre les mesures destinées à permettre aux

juridictions de statuer en connaissance de cause » et relève du juge d'instruction⁵²³. L'information est « l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique » et est assumée par le procureur du Roi ($\pm$ DPCP)⁵²⁴. Il s'agit de l'équivalent fonctionnel des autorisations judiciaires.

Moyens coercitifs (*tvangsmidler/tvångsmedel*) [Norvège/Suède] : L'expression, ici littéralement traduite, est l'équivalent fonctionnel des autorisations judiciaires pour la Norvège⁵²⁵ et la Suède⁵²⁶. Elle réfère aux mesures procédurales qui constituent des ingérences par l'État dans les droits fondamentaux : arrestation, emprisonnement, perquisition, surveillance, etc.

Nécessité : Le principe de nécessité de la preuve recherchée par une ordonnance de divulgation ou une autorisation judiciaire est un critère préalable à l'applicabilité d'une exception à la confidentialité des sources ou encore, en vertu de la *Convention européenne*, une façon de justifier une ingérence par l'État. Ce principe sous-entend entre autres que la preuve est importante pour la résolution d'une question d'un litige et qu'elle est conforme au principe de subsidiarité.

Newspaper rule [common law] : Règle de pratique historiquement utilisée dans plusieurs juridictions de common law qui permettait à un journaliste ou au propriétaire d'un journal de refuser de répondre à une question sur l'identité d'une source au stade préalable d'une action en diffamation.

Non-contrainabilité : L'expression réfère à l'absence d'obligation d'un témoin de répondre à des questions sur l'identité d'une source ou encore de produire des documents susceptibles d'identifier une source. Elle ne réfère pas nécessairement à l'absence d'obligation du journaliste de se présenter devant le tribunal lorsqu'il est dûment convoqué. Elle s'apparente à l'immunité et au privilège journalistique.

Personnel rédactionnel : Cette expression désigne tout le personnel qui est affecté à la division rédactionnelle d'un média, soit les rédacteurs en chef, chefs de pupitre, journalistes, pupitreurs, collaborateurs et le personnel de soutien. Elle exclut le personnel publicitaire.

Privilège journalistique : Voir « non-contrainabilité ».

Proportionnalité : Ce concept réfère généralement à la juste mesure entre la gravité de l'atteinte au droit fondamental à la liberté de presse et les objectifs légitimes de cette atteinte.

⁵²³ *Code d'instruction criminelle* (Belgique), 17 novembre 1808, *M.B.*, 27 novembre 1808, art. 55.

⁵²⁴ *Ibid.*, art. 28bis, § 1er, al. 1.

⁵²⁵ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25, partie 4, § 170 a–222 d.

⁵²⁶ *Rättegångsbalk* (=Code de procédure judiciaire) (Suède), SFS 1942:740, ch. 27.

Sekretess [Suède] : Ce terme désigne le caractère de ce qui est secret ou confidentiel⁵²⁷. La *sekretess*, dans le voisinage immédiat de la vie privée et de la confidentialité, désigne le caractère confidentiel d'une information. Les renseignements considérés comme tels font l'objet d'une désignation dans la *Loi sur l'accès à l'information et la vie privée*⁵²⁸. La *sekretess* est ordinaire ou qualifiée.

Source journalistique : Cette expression désigne à la fois les sources confidentielles connues des journalistes et les sources anonymes, qui ont communiqué une information à un journaliste en vue de sa publication.

Subsidiarité : Il s'agit d'un des principes qui guident les tribunaux lors de l'évaluation d'une demande de divulgation ou d'autorisation judiciaire. Il exige de déterminer si la partie qui demande la divulgation ou l'autorisation a vérifié l'existence ou dispose d'autres moyens raisonnables pour obtenir l'information recherchée.

⁵²⁷ Svenska Akademien, *Svensk ordbok utgiven av Svenska Akademien*, Göteborg, Institutionen för svenska språket, 2009, « *sekretess* ».

⁵²⁸ *Offentlighets- och sekretesslag* (=Loi sur l'accès à l'information et la vie privée) (Suède), SFS 2009:400.

NOTE BIOGRAPHIQUE

M^e Vincent Riendeau est membre du Barreau du Québec depuis 2014. Il a été avocat-rechercheur à la Cour d'appel du Québec auprès des juges Clément Gascon et Mark Schrager de 2014 à 2016. Diplômé en droit de l'Université McGill (B.C.L./LL.B. 2013), il détient un baccalauréat et une maîtrise en littérature allemande de l'Université de Montréal (B.A. 2008, M.A. 2011) et a étudié à l'Université de Vienne et à l'Université d'Oslo. Vincent Riendeau a été auxiliaire de recherche à l'Université de Montréal, aux Archives Thomas Bernhard (Autriche), à la faculté de droit de l'Université McGill, à la Commission de l'environnement du Parlement fédéral allemand et à l'Institut Fridtjof Nansen (Norvège). En plus du français et de l'anglais, il parle couramment l'allemand et le norvégien.