

**François Clément** maîtrise en droit, criminalité et sécurité des nouvelles technologies, Montréal  
**Bertil Cottier** professeur, Faculté des sciences de la communication, Université de la Suisse italienne  
**Gilles Monnier** professeur remplaçant, Faculté de droit, Université de Lausanne  
 francoisbclement@gmail.com, bertil.cottier@usi.ch, Gilles.Monnier@unil.ch

## Journalisme citoyen et protection des sources

**Zusammenfassung** Die neuen Informationstechnologien haben zum Aufschwung des «Bürgerjournalismus» beigetragen, der jedem erlaubt, sich als Massenkommunikator und Hobbyjournalist zu betätigen und somit die Rolle des Wachhundes der Gesellschaft zu übernehmen, welche ursprünglich den klassischen Medien vorbehalten war. Kann der Bürgerjournalist wie der professionelle Journalist das Privileg des Quellenschutzes beanspruchen? Um diese Frage zu beantworten, wird die schweizerische Regelung des Quellenschutzes mit derjenigen von Ländern verglichen, in denen sich der Bürgerjournalismus schon als Alternative zur klassischen Presse durchgesetzt hat: Frankreich, USA, Kanada und Schweden. Die juristischen Ansätze reichen dabei von der Verweigerung jeglicher Gleichstellung bis hin zur vollen Gleichstellung mit professionellen Journalisten.

### I. Introduction

Nul ne s'aventurerait aujourd'hui à le nier: l'information n'est plus produite, ni diffusée, ni même consommée comme avant. En cause non seulement la démocratisation et la globalisation de la communication de masse engendrée par Internet, mais aussi le recul du (coûteux) journalisme d'investigation et la perte d'audience des journaux papier, voire la concentration des médias, qui favorise la pensée uniforme. Ces transformations engendrent nécessairement de nouveaux phénomènes, dont l'un des plus intéressants est l'essor du journalisme citoyen, lequel a dans une certaine mesure renversé les rôles. De simple récepteur d'informations, le citoyen est devenu émetteur.<sup>1</sup>

Le journaliste citoyen? Pour qui ne connaît pas encore cette expression, qui nous vient de l'américain «citizen journalism», on rappellera qu'elle désigne une vaste gamme de courants d'expression individuelle: certains traitent de ce que les médias traditionnels négligent; d'autres se spécialisent dans des thématiques particulières (le réchauffement climatique ou les hooligans par exemple); d'autres encore sont engagés (quand ce n'est pas polémique) et revendiquent une coloration politique ou sociale précise.<sup>2</sup> Inutile de dire qu'à l'instar de la presse traditionnelle, la qualité n'est pas toujours au rendez-vous... Reste que, si divers soient-ils, les journalistes citoyens ont en commun de tirer parti de ces vecteurs innovateurs développés par l'Internet 2.0, que sont les blogs, les réseaux sociaux et les divers wikis.<sup>3</sup>

Traditionnellement, le rôle du journaliste est celui de gardien de la démocratie; à ce titre, il lui appartient de dénoncer les dysfonctionnements de la société et les abus en tous genres,

lesquels sinon demeureraient occultés, et partant, sans remèdes ni sanctions. Dans le but de garantir au journaliste l'exercice optimal de sa fonction de «public watchdog<sup>4</sup>», nombre d'Etats lui ont accordé certaines prérogatives juridiques propres. La plus importante d'entre elles est sans conteste l'institution de la protection des sources qui autorise les gens de presse à taire l'identité de leurs informateurs.

La communication de masse étant aujourd'hui à la portée de Monsieur Tout-le-monde, on doit se demander ce qu'il advient du privilège de refuser de témoigner. Le cercle de ses bénéficiaires ne doit-il pas être élargi en conséquence? Plus concrètement, ne doit-on pas envisager d'accorder ce privilège aussi au journaliste citoyen, ce d'autant que la profession de journaliste n'est chez nous ni réglée, ni protégée? Nous tenterons d'apporter des éléments de réponse en confrontant le droit suisse en la matière à celui de pays où le journalisme citoyen s'est déjà imposé comme une alternative établie à la presse classique: la France, les Etats-Unis, le Canada et la Suède. Quatre Etats et autant d'approches juridiques différentes, allant du refus de toute assimilation au journaliste professionnel à une pleine assimilation, en passant par une assimilation sous réserves.

1 Pour plus de détails sur les tenants et aboutissants de cette (ré)volution, voir Gant, *We're all Journalists Now, The Transformation of the Press and Reshaping of the Law in Internet Age*, New York 2007.

2 Il n'y a pas de définition uniformément acceptée du journaliste citoyen. La suivante, parce qu'elle met l'accent sur l'enrichissement que ce nouveau vecteur d'informations apporte à la société, nous paraît particulièrement adéquate: «The act of a citizen, or group of citizens, playing an active role in the process of collecting, reporting, analyzing and disseminating news and information. The intent of this participation is to provide independent, reliable, accurate, wide-ranging and relevant information that a democracy requires.» Bowman/Willis, *We Media: How audiences are shaping the future of news and information*, American Press Institute, Reston 2003.

3 Pour un panorama des diverses facettes du journalisme sur Internet, voir les contributions contenues dans Quandt et Schweiger (éd.), *Journalismus online – Partizipation oder Profession?*, Wiesbaden 2008.

4 L'expression est un devenu un leitmotiv de la Cour européenne des droits de l'homme; sa première apparition date du célèbre arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* (26 novembre 1991) série A 216.

## II. En droit suisse

### 1. Généralités

On rappellera tout d'abord que la protection des sources est réglée à l'article 28a du Code pénal (CP), qui prescrit, à son alinéa 1: «Les personnes qui, à titre professionnel, participent à la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique et leurs auxiliaires n'encourent aucune peine et ne font l'objet d'aucune mesure de coercition fondée sur le droit de procédure s'ils refusent de témoigner sur l'identité de l'auteur ou sur le contenu et les sources de leurs informations». L'alinéa 2 de l'article 28a CP dispose ensuite que ce privilège n'est pas applicable si le témoignage est nécessaire pour prévenir une atteinte imminente à la vie ou à l'intégrité corporelle d'une personne, ou pour élucider une grave infraction pénale. Auparavant, ces conditions étaient celles de l'article 27bis a CP, lequel a été repris sans modification de fond. Il en ira de même à l'avenir, car l'article 172 du Code de procédure pénale suisse, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, correspond à la réglementation de l'article 28a CP.<sup>5</sup>

### 2. Le journaliste citoyen au crible de l'article 28a CP

L'article 28a CP accorde la protection des sources à trois conditions: la personne doit publier (1) à titre professionnel, (2) dans la partie rédactionnelle, (3) d'un média à caractère périodique. On examinera, tour à tour, dans quelle mesure ces trois conditions sont remplies par le journaliste citoyen, en commençant par les deux dernières, car elles ne posent guère de problèmes.

#### A. Un média à caractère périodique

L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine permet rapidement d'affirmer que cette condition n'entre pas en contradiction avec la notion de journaliste citoyen. En effet, il est désormais établi que le concept de média est étendu, rassemblant non seulement les journaux, les entreprises de télévision ou de radio, mais aussi, par exemple, un service journalistique offert sur Internet, s'il est renouvelé régulièrement et s'il s'adresse à un nombre indéterminé de récepteurs.<sup>6</sup> Les nouveaux instruments de communication de masse qui foisonnent sur le réseau des réseaux ont une puissance de diffusion semblable à une entreprise de presse, et, partant, le journaliste citoyen peut sans hésitation être qualifié de média.

Reste la condition de périodicité: la parution peut être quotidienne, hebdomadaire, mensuelle ou trimestrielle, peu importe, mais ce qui compte, c'est qu'elle soit régulière. Cela dit, une longue durée entre les publications, telle une publication annuelle, risque toutefois d'éloigner par trop la perspective du renouvellement et d'exclure la périodicité. Il a ainsi été considéré qu'un journal de carnaval, publié chaque année, dont la parution est incertaine et qui ne mentionne pas le nom du rédacteur, n'est pas un périodique, dès lors qu'il manque un plan assurant la parution successive pour une longue durée.<sup>7</sup>Cela dit, pour peu qu'il s'astreigne à renouveler réguliè-

ment le contenu de son offre en ligne, le journaliste citoyen pourra parfaitement remplir la condition de périodicité.

#### B. La partie rédactionnelle

En vertu de l'article 28a CP, la publication devra ressortir à la partie rédactionnelle. Par-là, le législateur exclut de la protection les contributions relevant du divertissement, des fins commerciales, notamment publicitaires, ou encore des petites annonces.<sup>8</sup> A ce stade également, force est de constater que le journaliste citoyen, lequel se dédie avant tout à l'information, n'est toujours pas privé, a priori, de l'application de l'article 28a CP.

#### C. Une activité à titre professionnel

Il est temps d'examiner la condition la plus délicate, celle que la loi exprime en recourant au terme «à titre professionnel». A première vue, soit littéralement, l'exigence de l'activité professionnelle exclut du champ de la protection légale l'amateur désintéressé qu'est le journaliste citoyen. A cela s'ajoute que le législateur entendait précisément établir une distinction par rapport au «journalisme de Monsieur Tout-le-monde».<sup>9</sup> Le Parlement a en effet rejeté la proposition du Conseil fédéral d'étendre le bénéfice de la protection des sources à «toute personne qui publie par l'intermédiaire d'un média des informations qui contribuent de la même manière [que la presse et la radiodiffusion] à la libre formation de l'opinion.»<sup>10</sup>

Cependant, dès l'origine, une brèche devait être ouverte. D'une part, le législateur a admis qu'un travail journalistique ne cessait pas d'être protégé s'il était exercé à temps partiel ou à titre accessoire. Le Message du Conseil fédéral précisait à cet égard: «Au nombre des véritables professionnels des médias à temps partiel, on comptera donc les correspondants (p. ex. des rubriques locales, sportives ou culturelles) de petits journaux ou de radios locales, les rédacteurs de journaux d'étudiants, d'organes de partis politiques ou d'associations qui touchent un nombre non négligeable d'intéressés».<sup>11</sup> D'autre part, le législateur a d'emblée souligné que la question de savoir si le travail était ou non rémunéré n'était pas déterminante, de sorte qu'une activité journalistique bénévole pouvait sans autre faire l'objet de la protection légale.<sup>12</sup> La renonciation au critère de la rémunération se double à cet égard d'une appréciation allant dans le sens du journalisme citoyen, le législateur relevant:

5 FF 2006 1184.

6 Werly, in: Commentaire romand du Code pénal, Bâle 2009, N 23 ad art. 28a CP et références citées. A cela s'ajoute que le Tribunal fédéral a jugé que les commentaires postés sur les blogs des médias doivent eux aussi bénéficier de la protection des sources, dès qu'ils donnent un minimum d'informations (arrêt non encore publié en la cause 1B\_44/2010).

7 Werly, *ibidem*, N 24 ad art. 28a CP et références citées.

8 Werly, *ibidem*, N 20 s ad art. 28a CP.

9 FF 1996 564.

10 Werly, La protection du secret rédactionnel, Genève 2005, 171 et 211.

11 FF 1996 564.

12 *Ibidem*. Voir aussi Barrelet, Droit de la communication, Berne 1998, ad 1197 et Nobel/Weber, Medienrecht, Berne 2007, 283.

«(...) car souvent, les publications à but non lucratif (politique, culturel, religieux), qui apportent une contribution de taille à la formation de l'opinion publique, sont précisément tributaires du bénévolat».<sup>13</sup>

En l'absence d'une limite stricte, fondée sur la rémunération ou encore un taux d'activité, un critère plus ouvert s'affirme peu à peu: il doit s'agir d'une activité d'une certaine *intensité quantitative et qualitative*, exercée dans la *continuité*.<sup>14</sup> S'il est évident que l'approche demeure restrictive et que, d'une manière générale, le journaliste Monsieur Tout-le-monde ne peut prétendre à la protection légale, il n'en demeure pas moins que ce critère, d'une certaine souplesse, permet de dire, à notre avis, que le journaliste citoyen n'est pas nécessairement exclu de l'article 28a CP. Notre point de vue s'appuie également sur la Recommandation R (2000) 7, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, laquelle définit le journaliste comme toute personne physique ou morale pratiquant non seulement à titre professionnel, mais également «à titre régulier», la collecte et la diffusion d'informations au public par l'intermédiaire de tout moyen de communication de masse. Certes, l'Exposé des motifs de cette Recommandation stipule, en son chiffre 13, que la protection des sources est un préalable vital pour le travail des médias dans une société démocratique, mais pas pour toutes les formes de communication au plan individuel, écartant en conséquence le courrier des lecteurs,<sup>15</sup> les invités lors de programmes de radiodiffusion, ou encore les participants à des forums de discussion sur Internet. Et l'on peut effectivement prétendre que ceux qui ne sont ainsi que de «simples participants» ne bénéficient pas de la protection légale. De même, le seul fait de tenir un blog de façon régulière ne confère pas à lui seul l'intensité quantitative et qualitative requise.

En conclusion, si l'on peut affirmer d'une façon générale que le journaliste citoyen ne bénéficie pas en soi de la protection légale, il faut tout autant admettre l'existence désormais bien établie de «journalistes non professionnels» réguliers, autrement dit de «journalistes citoyens qualifiés», lesquels sont susceptibles de remplir l'ensemble des réquisits de l'article 28a CP.

### 3. L'article 10 de la Loi sur la protection des données

Une des institutions phare de la protection des données est sans conteste le droit d'accès de tout un chacun aux données personnelles qui le concernent, contenues dans un fichier (art. 8 LPD). Pour sauvegarder la relation de confiance entre informateurs et médias,<sup>16</sup> l'article 10 al. 1 litt. a LPD empêche toutefois le requérant d'accéder à des données susceptibles de fournir des indications sur les sources d'information. Mais pour autant que les trois conditions suivantes soient réunies: le fichier doit être (1) utilisé exclusivement pour la publication, (2) dans la partie rédactionnelle, (3) d'un média à caractère périodique.

La première condition vise à restreindre le cercle des fichiers bénéficiant de la protection des sources aux seuls fichiers préparatoires à des publications. Les deux dernières conditions ne sont pas nouvelles: l'article 28a CP, on l'a vu (cf. II.2), les

consacre déjà, et dans les mêmes termes; il n'y a donc pas lieu d'y revenir. Demeure la problématique, centrale, du bénéficiaire du privilège: on constatera que cette fois, la loi ne pose pas la condition du professionnalisme. Même si certains auteurs semblent exiger de la part de celui qui publie une certaine continuité dans la diffusion,<sup>17</sup> le journaliste citoyen (qualifié ou non) devrait donc sans hésitation être mis au bénéfice de l'article 10 al. 1 litt. a LPD. Ainsi, la différence quant à la titularité du droit de refuser de témoigner entre la protection des données et la procédure pénale est frappante... lors même que l'objectif du privilège est dans les deux cas identique, à savoir préserver l'anonymat des informateurs.

### III. En droit français

A l'inverse de la situation qui prévaut en Suisse (et on le verra aux Etats-Unis, au Canada et en Suède), le droit français opère une nette distinction entre le journaliste professionnel et le reste de la société. En effet, le Code du travail définit explicitement le journaliste professionnel à son article L7111-3, posant les critères d'activité principale, régulière et rétribuée. Ce n'est que lorsque ces trois critères sont dûment remplis qu'un statut spécifique s'applique, emportant en particulier l'octroi d'une carte de presse, l'accréditation et le droit de taire ses sources. Ce dernier privilège n'est toutefois que de consécration récente.

En effet, si la France protège la liberté de presse depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ce n'est qu'avec l'adoption de la Loi du 4 janvier 1993,<sup>18</sup> dite Loi Vauzelle, que ce pays reconnaît explicitement au journaliste professionnel certaines prérogatives, minimales, en matière de protection des sources. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, on estimait que le journaliste ne se trouvait pas dans la situation de «confident nécessaire» justifiant le privilège du secret professionnel. La Loi Vauzelle devait marquer un tournant et engendrer l'intégration d'un deuxième alinéa à l'article 109 du Code de procédure pénale, qui stipule que «tout journaliste entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité est libre de ne pas en révéler l'origine». Concernant uniquement la phase d'instruction du procès pénal, cette disposition n'avait cependant qu'un impact pratique limité. La Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 va étendre la portée

13 Ibidem.

14 Ibidem. Voir aussi Zeller, in: Niggli/Wiprächtiger, Strafgesetzbuch I, Basler Kommentar (2<sup>e</sup> éd.), Bâle 2007 ad. art. 28a, 575 n° 22, qui rappelle en outre judicieusement que lors des débats parlementaires, le législateur a refusé, faute de continuité, de faire bénéficier du privilège de taire ses sources le «Gelegenheitsjournalist», autrement dit l'auteur d'articles occasionnels.

15 Dans le même sens, FF 1996 564.

16 Monnier, Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média, Berne 1999, 232 ss.

17 Maurer-Lambrou/Vogt, Datenschutzgesetz (2<sup>e</sup> éd), Basler Kommentar, Bâle 2006, 164 s, ad 13, peut-être influencés par l'opinion restrictive des pénalistes, excluent le «Hobbyjournalist»; Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008, 216 ss n'abordent pas la question.

18 Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale.

de la protection des sources, en insérant dans le texte législatif topique en matière de droit des médias qu'est la Loi du 29 juillet 1881 sur la presse, un nouvel article 2 alinéa 1, de portée générale: «Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public.»

Dès lors, qu'en est-il de l'extension de cette nouvelle protection au journaliste citoyen? Ni la nouvelle de 2010,<sup>19</sup> ni la jurisprudence n'aborde ce point. Toutefois, étant donné l'importance allouée au statut de journaliste professionnel, une réponse négative s'impose. En effet, l'article 2 alinéa 2 de la Loi du 29 juillet 1881 dispose, dans le sillage du Code du travail, «qu'est considérée comme journaliste au sens du premier alinéa toute personne qui, exerçant sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou une ou plusieurs agences de presse, y pratique, à titre régulier et rétribué, le recueil d'informations et leur diffusion au public».

Il est piquant de constater que la disposition citée mentionne expressément la communication en ligne, ce qui constitue une avancée manifeste. Reste que cette référence ne change rien au fait que seul celui qui exerce la profession de journaliste pourra profiter de la nouvelle; vu le lien étroit entre la Loi de 1981 et le Code du travail français,<sup>20</sup> le professionnel, rémunéré, de la diffusion d'informations ne peut être que l'unique bénéficiaire du privilège. Dans ces circonstances, il est très douteux que les juges se permettent, si tant est qu'ils le veuillent, de briser une lance en faveur du journalisme citoyen.

#### IV. En droit américain

Malgré sa vision libérale du journalisme – à témoin le statut de «preferred freedom» dont jouit encore la liberté de la presse –, le système juridique américain n'est pas aussi favorable à la protection des sources journalistiques que d'aucuns pourraient le croire. De fait, sa consécration n'est que précaire, reposant sur la combinaison d'une ancienne prérogative issue de la common law, le «newsperson's privilege», et de la garantie de la liberté de la presse consacrée par le Premier amendement de la Constitution fédérale; cette construction étant, comme nous le verrons, tout sauf évidente et efficace, trente-six Etats fédérés ont quelque peu clarifié le débat en adoptant des textes de lois spécifiques, les «shield laws». Mais voyons cela de plus près.

Régulièrement sommés de divulguer leurs sources, les journalistes américains ont souvent tenté de refuser de coopérer avec la justice en se retranchant d'abord derrière le seul «newsperson's privilege». En vain: alors que ce moyen est en Angleterre pleinement reconnu – à tout le moins depuis l'entrée en vigueur du Contempt of Court Act 1981<sup>21</sup> qui impose au juge de faire la balance des intérêts entre le droit de refuser de témoigner et la bonne marche de la Justice –, les tribunaux américains se sont toujours refusés de lui donner une portée propre; selon eux, le «newsperson's privilege» n'est qu'un élément sous-jacent à la liberté de la presse. Il fallut donc se tourner vers la Constitution. Nécessairement sujette aux aléas de l'interprétation jurisprudentielle, cette approche n'a guère simplifié les choses; en effet, le privilège de refuser de témoigner se retrouvait en conflit frontal avec les garanties fondamentales

de la défense, affaiblissant en particulier le droit à la preuve et, par extension, le droit à un procès juste et équitable. Cela dit, il fallut attendre 1972, et la saga judiciaire de la trilogie Branzburg-Pappas-Caldwell,<sup>22</sup> pour connaître l'opinion de la Cour suprême américaine sur ce conflit: celle-ci décida que le Premier amendement ne fonde aucun droit constitutionnel absolu à refuser de témoigner sur ses sources d'information. Reste que cette décision donna l'occasion à un juge minoritaire d'élaborer, dans ce qui deviendra par la suite l'une des dissidences les plus célèbres de la jurisprudence américaine, un test en trois étapes destiné à examiner sous quelles conditions le privilège de refuser de témoigner peut se déduire du Premier amendement. En bref, les journalistes peuvent être appelés à témoigner (1) si le nom de l'informateur est connu du journaliste, (2) si les autorités de poursuite ne peuvent pas l'obtenir par d'autres moyens, (3) et s'il existe un intérêt public supérieur à la divulgation de la source. Ce test est-il pertinent en pratique? On n'en sait rien, la Cour Suprême ayant, depuis Branzburg, toujours refusé d'entendre une cause relative à l'application du privilège de refuser de témoigner.

Au-delà du trouble qui règne quant à la portée réelle de la protection des sources en droit américain, une chose demeure: rien n'interdit d'accorder au journaliste citoyen un niveau de protection comparable à celui du professionnel. En effet, il se retrouve dans un premier temps protégé comme simple citoyen de par le large champ d'application de la liberté de la presse aux Etats-Unis; et dans un deuxième temps comme journaliste, le droit américain ne posant aucune exigence de qualification particulière en la matière, comme c'est le cas en France.

Au demeurant, un peu de clarté en matière de protection des sources a été apporté dans les trente-six Etats (en plus du District of Columbia) qui ont légiféré en la matière, en adoptant une forme relative de prérogative par le biais de «newsperson's shield laws». Bien que chaque loi soit distincte dans sa formulation et dans son champ d'application, il est tout de même possible de constater une certaine homogénéité de structure.<sup>23</sup> En effet, les mêmes thématiques sont pratiquement toujours abordées: (1) les types de médias potentiellement couverts, (2) les catégories d'informations protégées, (3) le cercle des instances (civile, criminelle, administrative) devant lesquels le privilège peut être invoqué, (4) l'étendue des éventuelles exceptions, sans oublier – question cruciale pour nous – (5) le cercle des bénéficiaires du privilège. Aucune de ces lois ne cite expressément le journaliste citoyen; cela dit, certaines, comme celle

19 Plus étonnant: le statut du journaliste citoyen n'a même pas été évoqué lors des débats parlementaires ou dans les travaux préparatoires.

20 Voir sur ce point Derieux/Granchet, *Droit des médias*, Paris 2010, 419s.

21 Contempt of Court Act 1981 (c.49), voir section 10 – Sources of Information.

22 Branzburg v. Hayes; in: re Pappas; United States v. Caldwell, 408 U.S. 665 (1972).

23 Pour un panorama de ces 36 «shield laws», voir le site <http://www.citmedialaw.org/state-shield-laws>.

du Nebraska<sup>24</sup>, définissent le bénéficiaire du privilège de manière si étendue que l'on doit en déduire que le journaliste citoyen est également protégé. En outre, on relèvera que la justice californienne a récemment statué, dans l'important arrêt *O'Grady v. Superior Court*<sup>25</sup>, que le journaliste citoyen publiant des informations sur Internet a droit à la même protection que tout autre journaliste dit professionnel. Ce jugement de 2006 confirme l'application de la «shield law» de la Californie, de même que le plein bénéfice de la liberté de la presse au journaliste citoyen.

Des lois ponctuelles d'Etats fédérés on pourrait passer prochainement à une loi fédérale uniforme. Au moment où paraissent ces lignes, un projet de loi est en discussion au Congrès américain; l'adoption d'une «federal shield law» était en effet une promesse électorale du président Obama. Mais une question demeure toujours: qui pourra prétendre à la nouvelle protection? Si l'on se fie au projet, la loi devrait prendre spécifiquement en considération l'impact du phénomène des journalistes citoyens et des blogueurs. Ainsi, le champ d'application personnel inclura les particuliers qui publient de l'information, en retour d'une rétribution financière.<sup>26</sup> En d'autres termes, l'exigence d'un gain découlant de la production journalistique supplée au statut professionnel. Cette rémunération peut être directe (salaire ou honoraires) ou indirecte (*bannières* publicitaires postées contre rétribution sur le site du blogueur p.ex.).

## V. En droit canadien

Faisant coexister droit civil et common law, le système juridique canadien se retrouve constamment aux prises avec une obligation de compromis. N'ayant pas opté pour l'introduction d'une quelconque «shield law», calquée sur le modèle américain, le droit canadien protège ses journalistes d'une manière plus similaire à l'approche britannique. Ceux-ci peuvent se voir attribuer des prérogatives particulières à l'exercice de leurs fonctions en faisant appel à un privilège de common law («privilege by case») dont les conditions d'application dépendent d'un test précis, baptisé test de Wigmore, du nom du juriste américain qui l'a élaboré en 1961, le grand spécialiste des questions de preuve, John Henry Wigmore. On précisera que le droit canadien ne permet aux journalistes de protéger leurs sources d'information que depuis l'arrêt *Moysa v. Alberta*<sup>27</sup> de 1989, qui a vu la Cour suprême du Canada formellement consacrer, pour la première fois, le test de Wigmore; celui-ci repose sur quatre conditions cumulatives:

«(1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement, avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties.

(3) Les relations doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenues assidûment.

(4) Le préjudice permanent que subirait les relations par la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision.»

C'est donc surtout au niveau de l'examen de la quatrième condition que les tribunaux ont une tâche délicate à accomplir, la balance des intérêts se devant d'être observée d'une manière stricte et rigoureuse. Ainsi, la ligne de démarcation est parfois très imprécise entre d'une part la reconnaissance constitutionnelle du travail journalistique et d'autre part le droit ultime que possède chaque citoyen d'obtenir un procès juste et équitable. Ici aussi, on doit s'interroger sur la revendication possible du privilège de refuser de témoigner par le journaliste citoyen. A ce jour, les tribunaux n'ont pas encore été appelés à trancher cette question, mais cela ne saurait tarder. En effet, le paysage juridico-médiatique canadien vit dans l'effervescence, la Cour suprême multipliant les jugements concernant la liberté de presse et les nouvelles technologies. Soulignons que le plus haut tribunal du pays semble vouloir accorder beaucoup de considération au phénomène des blogueurs et des journalistes citoyens. Ainsi, il mentionne explicitement dans une récente décision que: «Les nouveaux propagateurs de nouvelles et d'information devraient être soumis *aux mêmes règles juridiques* que celles auxquelles sont soumis les médias établis et que le moyen de défense [en l'occurrence la théorie du journalisme responsable] peut être invoqué par quiconque diffuse du matériel d'intérêt public, quel que soit le média.»<sup>28</sup>

Mais doit-on considérer que, par extension du raisonnement, le journaliste citoyen bénéficie également d'une considération spéciale en matière de protection de ses sources? Au mois de mai 2010, la Cour suprême s'est penchée sur la question de la confidentialité dans le cadre du journalisme d'enquête.<sup>29</sup> En l'espèce, il a été jugé que les faits justifiaient la divulgation de l'identité d'une source étant donné le non-respect du quatrième critère de Wigmore. Ainsi, la juge en chef Beverly McLachlin a souligné que malgré l'importance capitale de la relation entre le journaliste et sa source, les infractions en cause étaient suffisamment graves pour justifier la permission octroyée aux policiers d'enquêter sur des infractions criminelles. Cela dit, preuve d'un intérêt manifeste pour les nouveaux médias, le phénomène des blogueurs et des journalistes citoyens est encore une fois explicitement évoqué par la Cour sous la forme d'un *obiter dictum*. En effet, le juge Ian Binnie souligne qu'il est possible d'accorder un poids différent à la relation entre une source et un blogueur qu'à celle qu'entretiennent une source et un journaliste professionnel qui est tenu à une obli-

24 «No person engaged in procuring, gathering, writing, editing, or disseminating news or other information to the public shall be required to disclose in any federal or state proceeding» (Nebraska Statutes sec. 20-146).

25 *O'Grady v. Superior Court of Santa Clara County*, 139 Cal.App. 4th 1423 (2006).

26 Free Flow of Information Act, H.R. 985, Section 4 (2): «The term «covered person» means a person who regularly gathers, prepares, collects, photographs, records, writes, edits, reports, or publishes news or information that concerns local, national, or international events or other matters of public interest for dissemination to the public for a substantial portion of the person's livelihood or for substantial financial gain and includes a supervisor, employer, parent, subsidiary, or affiliate of such covered person.»

27 *Moysa v. Alberta* (Labour Relations Board), [1989] 1 S.C.R. 1572.

28 *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61.

29 *R. c. National Post*, 2010 CSC 16.

gation redditionnelle beaucoup plus rigoureuse au sein de son organe de presse. Par contre, il mentionne que si les critères de Wigmore sont dûment observés, alors la protection devra être la même sans regard au statut du journaliste en question. De plus, il insiste sur le fait que: «la protection accordée à la liberté d'expression ne se limite pas aux médias traditionnels, mais elle est accordée à quiconque décide d'exercer sa liberté d'expression sur des questions d'intérêt public, que ce soit en bloguant ou en microbloguant, en criant les nouvelles aux passants ou en publiant un article dans un journal national».

Nous pouvons donc d'ores et déjà affirmer que le journaliste citoyen canadien bénéficie d'une protection de ses sources d'information. Puisque le statut de journaliste n'existe pas en droit canadien, il suffit d'appliquer les quatre critères de Wigmore au cas d'espèce. Encore faut-il que le juge considère le travail du journaliste citoyen comme suffisamment sérieux pour mériter le droit d'invoquer cette défense.

## VI. En droit suédois

La Suède est à ce jour le seul pays qui offre, résolument et sans réserve, au journaliste citoyen le privilège de refuser de témoigner sur l'origine de ses sources. Et ce depuis bientôt une dizaine d'années.

Résolument, parce que le privilège est le fruit d'une démarche volontaire du constituant, qui a complété, en 2002, la loi fondamentale sur la liberté d'expression<sup>30</sup> pour étendre «aux bases de données» la plupart des prérogatives attribuées jusqu'alors aux seuls médias traditionnels, tels l'interdiction de la censure, la non-application de toute disposition de protection des données qui entrerait en conflit avec la liberté d'expression, la responsabilité exclusive de l'éditeur et le refus de témoigner sur l'origine des informations publiées. Il y a lieu de souligner que l'expression base de données («databas») ne doit pas être comprise dans son acception ordinaire de fichier électronique. De fait, le constituant désigne sous cette appellation n'importe quel produit médiatique diffusé sur Internet; tombent dans cette catégorie un site web personnel, un blog ou encore un journal intime en ligne. Le gouvernement suédois a clairement souligné que l'objectif de la nouvelle était d'étendre la protection particulière dont bénéficie la communication de masse, jusqu'alors l'apanage de la presse écrite, de la radio et de la télévision, aux nouvelles technologies et aux nouvelles formes de communication qu'elles ont engendrées; à défaut, la libre formation de l'opinion risque d'en souffrir.<sup>31</sup>

Une consécration de la protection des sources sans réserves, car le constituant n'a pas voulu faire dépendre ce droit d'une quelconque balance des intérêts en présence, ou d'autres critères plus ou moins vérifiables, comme la qualité de l'information diffusée ou la régularité des communications. Non, le droit est simplement lié à l'enregistrement préalable de la «base de données» auprès d'une autorité administrative, l'office pour la radio et à la télévision. Cet enregistrement sera automatiquement accordé au requérant qui remplit certaines conditions formelles,<sup>32</sup> dont trois mérites d'être relevées. D'abord, le site doit être destiné au public en général, autrement dit être accessible *on demand*, à un nombre indéterminé de personnes (un abonnement payant peut être exigé, pourvu que tout un cha-

cun puisse le souscrire). Ensuite, un éditeur responsable (personne physique domiciliée en Suède) doit être désigné. Enfin, et surtout, le média ne doit pas publier de contributions de tiers sans contrôle préalable. Ce qui revient à dire, notamment, que seuls des blogs dit modérés peuvent être enregistrés; les livres d'or en ligne, les chats et autres forums de discussions ne sont pas protégés.<sup>33</sup>

## VII. Conclusion

Les expériences américaine, canadienne et suédoise le démontrent à l'environnement: il y a un besoin – et une volonté – d'étendre la protection des sources aux journalistes citoyens. Leur rôle de chien de garde de la société croît aux dépens des médias classiques et au rythme des innovations des technologies de la communication. Dès lors, il se justifie toujours plus de les mettre sur plan d'égalité avec les journalistes professionnels quant à leurs droits et devoirs, et en particulier de les faire bénéficier du droit de ne pas révéler l'identité de leurs informateurs.

Reste à savoir comment procéder à cette nécessaire assimilation dans notre pays. On a constaté que, sans être bridés par une définition étroite du journaliste comme en France, les tribunaux suisses ont peu de marge de manœuvre pour procéder eux-mêmes à pareille extension. Tout au plus peuvent-ils, sans avoir à recourir à une interprétation créatrice douteuse, pour ne pas dire interdite, conférer le privilège de refuser de témoigner au journaliste citoyen qui publie avec grande assiduité (journalistes citoyens qualifiés).

Pour accorder une pleine protection des sources à tous les journalistes citoyens, il faudra obligatoirement faire le détour du législateur, comme ce fut le cas Suède et ce l'est aux Etats-Unis; cette démarche, même si elle est dispendieuse en temps, aura l'avantage de clarifier la situation en posant les nouvelles limites personnelles d'un privilège qui, en tant qu'exception au devoir civique de collaborer à l'administration de la Justice par le témoignage, ne peut être accordé à Monsieur Tout-le-monde. Ces nouvelles limites ne seront pas aisées à tracer; la rémunération – le critère qui semble avoir les faveurs de la cote au Congrès américain – ne saurait entrer en considération chez nous, le législateur suisse ne s'étant jamais opposé à faire bénéficier de la protection des sources le journaliste bénévole; adopter le critère de la rétribution marquerait un retour en arrière et restreindrait grandement le nombre des bénéficiaires, la plupart des journalistes citoyens étant totalement désintéressés. La qualité des publications ne saurait non plus être un critère pertinent: comment juger de la qualité alors que la Cour européenne des droits de l'homme a toujours insisté sur le fait que ce sont justement les propos choquants, dérangeants ou de

30 Yttrandefrihetsgrundlagen, SFS 1991:1469.

31 Prop. 2001/02:74 ad 4.3.

32 Loi fondamentale sur la liberté d'expression, chapitre 1, article 9.

33 Radio och TV-verket, Att publicera på Internet, Stockholm 2008, 8.

mauvais goût qui méritent assistance.<sup>34</sup> Quant à sélectionner certaines thématiques qui seraient jugées dignes du privilège parce que touchant à des questions de société importantes, c'est oublier que nombre de journalistes citoyens s'adonnent à l'information de proximité, autrement dit abordable, avec tout le sérieux, la profondeur et la diversité voulues, des sujets très locaux ou très pointus. Il n'y a aucune raison de les traiter moins favorablement que ceux qui s'adressent au grand public.

Vu cette difficulté à trouver des critères adéquats, on peut se demander si la solution suédoise de l'enregistrement volontaire des journalistes citoyens privilégiés n'est pas la meilleure, car non discriminatoire. Qui plus est, elle a l'avantage de résoudre une autre problématique lancinante, celle de la responsabilité pour les propos tenus par des tiers-contributeurs: le journaliste citoyen, qui aurait ouvert son blog à des contributions de tiers, se voit alors contraint de les filtrer préalablement, et partant, assumera la pleine responsabilité pour d'éventuel propos illicites qu'il n'aurait pas éliminés.

Quoi qu'il en soit, une extension législative du cercle des bénéficiaires de la protection des sources s'impose finalement pour des raisons constitutionnelles. La protection des sources est en Suisse expressément garantie par la Constitution fédérale, à son article 17 al. 3. De fait, cette disposition ne conditionne pas la titularité de cette garantie au professionnalisme; en conséquence, le législateur, lorsqu'il a adopté l'article 28a CP, a outrepassé ses compétences en restreignant le cercle des bénéficiaires du privilège de refuser le témoignage;<sup>35</sup> il aurait dû être plus généreux, comme le prévoyait d'ailleurs le projet du Conseil fédéral<sup>36</sup>, et octroyer ce privilège à toute personne qui contribue à la formation de l'opinion publique. Étendre aujourd'hui le cercle des bénéficiaires reviendra dès lors à remettre la procédure pénale non seulement en harmonie avec la Loi sur la protection des données, mais encore, et surtout, en conformité avec la constitution.

---

**Résumé** Les nouvelles technologies de l'information ont contribué à l'essor du journalisme citoyen qui permet à tout un chacun de s'ériger en communicateur de masse et d'assumer le rôle de chien de garde de la société, dévolu à l'origine aux médias classiques. Le journaliste citoyen peut-il en conséquence revendiquer le privilège de refuser de révéler l'identité de ses informateurs, à l'instar des journalistes professionnels? Pour répondre à cette question, la présente contribution confronte le régime suisse de la protection des sources à celui de pays où le journalisme citoyen s'est déjà imposé comme une alternative établie à la presse classique: la France, les États-Unis, le Canada et la Suède. Quatre États et autant d'approches juridiques différentes, allant du refus de toute assimilation au journaliste professionnel à une pleine assimilation, en passant par une assimilation sous réserves.

---



---

**Summary** New information technologies have contributed to the growth of citizen journalism allowing anyone to set themselves up as mass communicator and act as a watchdog of society, which was originally reserved for traditional media. Can the citizen journalist therefore claim the privilege to refuse to disclose the identity of his informants, as professional journalists do? To answer this question, this paper confronts the Swiss system of protection of sources to countries where citizen journalism has already established itself as an alternative to the conventional press: France, the United States, Canada and Sweden. Four states and as many different legal approaches, ranging from the refusal of any professional journalist equalization to equalization with reservations through to full equalization.

---



---

34 *Handyside v. United Kingdom* (7 décembre 1976), série A n° 24: «Freedom of information is applicable not only to information or ideas that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population».

35 Auer, *Les médias dans la Constitution fédérale*, in: Cassani et alia, *Médias, Criminalité et Justice*, Coire 2001, p. 26. Voir également Werly, *La protection du secret rédactionnel*, Genève 2005, 259 s.

36 Cf. infra II.4.