

Les fondements de la protection des sources journalistiques
dans l'univers médiatique du 21^e siècle

Pierre Trudel, professeur titulaire, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit,
Université de Montréal

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.

Note biographique

Pierre Trudel est professeur titulaire au Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il a été professeur invité aux Universités Laval (Québec), Paris II (Panthéon-Assas) et Namur (Belgique). En 1986-1988, il a été directeur de la recherche du Groupe de travail fédéral sur la politique de radiodiffusion. De 1990 à 1995, il a été directeur du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. De 2003 à 2015, il a été le premier titulaire de la Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique. Il enseigne en droit de l'information et en droit du cyberspace. Il est l'auteur de plusieurs livres et articles en droit des médias et en droit des technologies de l'information. Il travaille à des projets de recherche sur les droits fondamentaux de l'information, la protection de la vie privée, l'évaluation des enjeux et risques juridiques, les objets connectés, la e-santé, le droit de l'audiovisuel, le commerce électronique et les méthodologies d'élaboration des règles de conduite dans les environnements en réseaux. Il est chroniqueur régulier au journal *Le Devoir*. Le site www.pierretrudel.info rend compte au jour le jour de ses activités professionnelles.

Introduction

Dans les pays démocratiques, c'est notamment à titre de conditions nécessaires à l'existence du droit du public à l'information que la liberté d'expression et la liberté de presse sont protégées à titre de droits fondamentaux.

Conformément aux questions qui m'ont été adressées par la Commission, je me permets de mettre de l'avant certains éléments de réflexion au sujet des fondements d'un cadre juridique protecteur de l'activité journalistique dans l'environnement social et technologique dans lequel fonctionnent les médias d'aujourd'hui.

1. Un environnement à prendre en compte

Dans les sociétés démocratiques comme la nôtre, l'activité journalistique est essentiellement une activité par laquelle nous informons nos semblables. Dans le contexte engendré par la numérisation et le monde connecté en réseau qui en résulte, chacun est en position de poser des actes pour informer ses semblables. Les médias de masse ne sont plus les seuls à diffuser de l'information. Pratiquement chacun dispose d'une puissance de diffusion équivalente à celle des grands médias d'il y a 15 ou 20 ans.

Cette nouvelle réalité engendre un environnement concurrentiel plus sévère. L'évaluation de l'intérêt qu'une information représente pour les publics ou les cercles de relations avec lesquels nous sommes en contact de même que l'appréciation des risques associés à la circulation d'une information sont désormais des tâches incombant à un ensemble beaucoup plus vaste d'individus ou d'organisations.

Il faut se garder de penser les règles encadrant l'activité journalistique en référence à un milieu journalistique où seuls les médias comme le *New York Times* et le journal *Le Monde* sont dignes d'évoluer, parce qu'ils font ce qu'ils considèrent être de la « bonne » et de la « vraie » information. L'univers médiatique actuel accroît le nombre de ceux qui sont en situation d'évaluer l'intérêt que peut représenter une information pour le public.

Lorsqu'il s'agit de considérer les évaluations qui doivent être faites lorsque vient le temps de déterminer si une information mérite d'être diffusée, il est de plus en plus difficile d'appliquer une conception binaire de l'intérêt public. La question n'est plus de savoir si une information est d'intérêt pour l'ensemble de la population, mais plutôt d'évaluer si cette information est d'intérêt pour le groupe de gens avec lequel nous interagissons directement ou indirectement. Il est possible que cette information n'ait pas d'intérêt pour les gens qui sont en dehors de ce cercle, mais cela a un tout de même de l'intérêt pour le public constitué des personnes avec lesquelles nous sommes en relation.

Les conditions dans lesquelles s'évalue l'intérêt public ne reposent plus sur une conception de l'information formatée pour des « médias de masse », imprimés ou électroniques. Un groupe de *followers* sur *Twitter* peut être comparé à un groupe d'abonnés au *Devoir* ou au *Journal de Montréal*. Dans l'univers des médias personnels, les gens font le choix de suivre quelqu'un parce qu'ils ont un intérêt pour les sujets qu'il traite, le domaine dans lequel il évolue, ou les faits et gestes dont il peut témoigner. Pour eux, ces sujets sont d'intérêt public. Nous sommes dans un

monde où chacun peut accomplir un acte journalistique c'est-à-dire, proposer à ses semblables une information qu'il estime avoir de l'importance pour eux.

Dans un tel contexte, les débats sur la définition de journaliste appartiennent à un âge révolu. Il ne s'agit plus de chercher à définir le journaliste, mais plutôt de protéger l'acte journalistique lui-même. Tenter d'établir une définition formelle qui serait le reflet d'une représentation figée dans le temps d'une pratique pourtant en constante évolution semble un exercice voué à l'échec. De plus, dans la littérature on est frappé par le caractère biaisé d'une telle démarche. Plusieurs sont enclins à définir le journaliste en fonction de ce qu'ils estiment être le « bon » journalisme, une vision peu compatible avec la liberté d'expression. La faculté de rendre disponible de l'information à nos semblables est tellement répartie dans la population, qu'elle induit la nécessité de protéger les conditions d'accomplissement de l'activité journalistique.

Il serait illusoire de penser réguler l'environnement informationnel en réseau avec les mêmes moyens qu'au temps des médias imprimés ou diffusés d'autrefois. Le caractère viral des environnements de diffusion fait en sorte qu'une information fait le tour de la planète en quelques minutes à peine. Les risques de la diffusion et de la circulation d'information changent d'échelle. Il importe de pouvoir compter sur un cadre juridique conséquent. Mais la tentation d'accentuer la censure en raison de la facilité de circulation de l'information est une fausse solution. Plutôt que de prétendre supprimer l'information, il faut plutôt apprendre à vivre dans un monde dans lequel celle-ci est de plus en plus abondante.

2. Protéger l'acte journalistique

Le premier pas vers l'établissement d'un cadre juridique conséquent est de bien comprendre ce que signifie le fait de poser un acte journalistique. Poser un acte journalistique consiste essentiellement à collecter de l'information, analyser l'importance qu'elle revêt pour l'auditoire desservi et la diffuser. Si le cadre juridique rend trop risquées certaines activités de collecte et de diffusion d'information, il y a danger de méconnaître le caractère constitutionnel de la liberté d'expression et de la presse.

Protéger l'acte journalistique dans une société démocratique c'est protéger une activité bénéficiant de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression. C'est pourquoi on ne peut postuler la possibilité de hiérarchiser l'information. Il n'y a pas en soi d'information en elle-même plus « importante » ou plus légitime que d'autres. Certains peuvent juger que les sujets abordés par une adolescente sur une chaîne *YouTube* traitant de maquillage ne constituent pas des sujets d'intérêt public; mais force est de constater que cela peut intéresser beaucoup de monde. Il y a là un acte d'information dirigé vers autrui et tant et aussi longtemps que la finalité ou l'objet d'information n'est pas contraire à la loi, il y n'y a pas de motif légitime de discriminer l'information en fonction de sa teneur ou de sa portée. À la base, l'acte est le même. Il relève de la liberté d'expression et, à ce titre, ne peut être contraint que par dans des limites raisonnables et découlant de la loi, non des discours déontologiques. Pour cette raison, l'acte journalistique doit être défini de façon très large. C'est cela que vise à protéger le respect de la confidentialité des sources.

Dans la plupart des pays qui se sont dotés d'une loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques (en Europe et aux États-Unis), la législation est orientée sur la finalité pour

laquelle la source sera protégée. Elle vise à protéger le fait d'obtenir l'information et de la partager avec le public. Il ne s'agit pas de protéger la source elle-même, mais plutôt de préserver les conditions nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression et de la liberté de presse, entendues comme une condition du droit du public d'être informé. Le fondement légitime de la protection de la confidentialité des sources est l'intégrité de l'acte journalistique. Mettre l'accent sur la protection de la source elle-même risque de faire perdre de vue cet objectif.

Le droit à la confidentialité se fonde sur la nécessité du caractère confidentiel de la relation pour que l'information puisse effectivement être obtenue et rendue publique. Cette approche est cohérente avec le souci de protéger l'activité journalistique.

Les personnes qui participent à une activité journalistique doivent forcément se poser la question de l'intérêt du public qu'ils desservent à l'égard d'une information. Ils soupèsent les répercussions que peut avoir sa diffusion. En fonction des conceptions qui les animent, ils vont prendre les moyens afin de s'assurer de la véracité des faits. Leur légitimité, leur crédibilité et leur réputation sont largement tributaires de leur capacité à bien faire les évaluations inhérentes à la diffusion de l'information vers le public. Les gens de médias ne sont évidemment pas à l'abri des erreurs. Certains glissements peuvent survenir et, comme dans n'importe quelle activité d'évaluation, il peut y avoir des évaluations différentes des risques, mais en première ligne ils sont nécessairement tenus et « habilités » à faire cet exercice d'évaluation. C'est la caractéristique même de l'acte éditorial, une opération intellectuelle par laquelle on évalue l'intérêt public à la diffusion d'une information et qui peut mener un journaliste à promettre la confidentialité à une source.

Il y a là des conditions différentes de celles d'autres types de secrets protégés par la loi. Par exemple, le secret médical a pour fondement la protection du patient, source de l'information lui-même. Mais lorsque, comme dans le cas de l'activité journalistique, c'est l'intérêt public à la diffusion d'une information qui fonde le régime recherche de protection, reconnaître à une source la protection en fonction de son mérite, de sa conduite ou même de sa probité n'est pas une approche adéquate.

En vérité, plusieurs sources anonymes ou confidentielles d'information journalistique transgressent un devoir qui leur incombe, soit en vertu de la loi, d'un contrat de travail ou d'un serment de confidentialité pour parler à un journaliste. C'est précisément en raison de cette transgression qu'ils ne sont habituellement enclins à parler que moyennant des garanties de confidentialité. Faire dépendre la protection de leur anonymat de leur bonne conduite revient à leur refuser toute protection significative.

De plus, la personne qui se livre à une activité journalistique est rarement en position pour déceler ou évaluer l'illégalité dans laquelle une source se serait placée. Ce type d'analyse procède habituellement d'une évaluation juridique et les tribunaux eux-mêmes peinent parfois à déterminer si un geste illégal a effectivement été commis. Imposer à ceux et celles qui font une activité journalistique le fardeau d'évaluer la légalité de la situation d'une source d'information constitue un très lourd fardeau. Un fardeau difficilement compatible avec la fonction journalistique.

L'essence de l'acte journalistique ne consiste pas à savoir si quelqu'un a violé une loi ou un contrat, mais plutôt à déterminer si l'information est pertinente pour le public. Évidemment, tôt ou tard, une personne qui transgresse les lois n'échappe pas à l'obligation de devoir éventuellement en répondre. Mais ce serait placer bien bas l'intérêt public à être informé que de le subordonner *a priori* à l'impératif qu'une source d'information n'ait transgressé aucune des obligations qui lui incombent. La détermination de la conformité du comportement d'une source d'information avec ses obligations est un processus qui relève des instances judiciaires. Tracer la ligne entre légalité et illégalité n'est pas, et ne devrait pas être, la tâche de ceux qui sont engagés dans une activité journalistique.

3. Un cadre juridique cohérent

Un cadre juridique conséquent doit augmenter et visibiliser les risques auxquels s'expose quelqu'un qui transgresse les règles. Lorsqu'il existe un consensus social quant au caractère justifié d'une règle, il est possible de faire en sorte que l'activité visée soit excessivement risquée. Par exemple, la prohibition de la pornographie juvénile repose sur un large consensus. Cela a facilité la mise en place de mesures rendant très risquée la possession de ce matériel. Sans nécessairement parvenir à éradiquer le phénomène, les lois de nombreux pays agissant de concert ont réussi à limiter ce type de fléau.

L'établissement d'une telle cohérence dans l'action présuppose d'établir un certain consensus sur les risques à prévenir. En ce qui a trait à la protection des sources journalistiques, l'un des problèmes rencontrés est le fait que les principaux acteurs ne s'entendent pas sur les raisons pour lesquelles nous devrions augmenter les risques. Par exemple, l'idée selon laquelle, en raison des impératifs de sécurité nationale, nous devrions nous montrer plus prudents à accorder la confidentialité est extrêmement controversée. La légitimité de l'État pour augmenter les risques liés à la circulation de ce type d'information paraît donc limitée; d'autant que la tolérance et la perception de la population changent.

En dépit de cette réalité, l'idée de codifier les règles pour en faciliter la compréhension par les premiers acteurs concernés demeure intéressante. Pour plusieurs acteurs en première ligne, disposer d'un texte de loi prescrivant les facteurs à examiner procure un outil utile pour améliorer les processus de décision.

Mais il y a toujours des limites à la capacité d'un législateur de codifier ce qui relève de l'appréciation des conduites et des situations. C'est pourquoi il paraît si difficile d'aller au-delà de la codification du test de Wigmore. L'absence de consensus, au sein même des milieux concernés, rend difficile l'adoption d'une législation qui viendrait prescrire *a priori* quel intérêt devrait avoir préséance sur l'autre. Il y a toujours un point de rupture où il est difficile d'échapper à la nécessité de s'en remettre au juge afin d'évaluer la raisonnable de l'évaluation que la personne engagée dans une activité journalistique a dû faire des événements et situations.

En d'autres mots, en première ligne, le journaliste doit nécessairement évaluer l'intérêt public. Lorsque son comportement est contesté se pose la question de juger de la raisonnable de son évaluation. Cette dernière démarche revient aux instances judiciaires.

Pour s'inscrire dans une logique démocratique, respectueuse de la diversité des conceptions qui coexistent, le cadre juridique doit reconnaître qu'il y a une pluralité de conceptions de l'intérêt public. Il importe de tenir compte que les acteurs de première ligne ont à évaluer les enjeux en cause. Ils peuvent se tromper. Mais tant qu'ils agissent dans les limites du raisonnable, il faut leur reconnaître le droit à l'erreur. Leur évaluation ne devrait pouvoir être remise en cause que lorsqu'ils ont grandement erré dans leur appréciation des faits ou des risques.

La cohérence du cadre juridique n'exclut pas l'introduction d'exceptions telles celles qui sont fondées sur un impératif de protection de la vie humaine ou de la sécurité nationale. Cela dit, pour demeurer crédibles, les exceptions devraient être applicables moyennant une obligation d'explications de la part de ceux qui réclament qu'elles viennent limiter la protection de l'acte journalistique. Dès lors qu'une exception n'est pas traitée de façon transparente, qu'il est impossible de connaître le raisonnement sous-tendant son application, il est impossible pour le public de comprendre ses bases légitimes. Or, la légitimité est fondamentale dans ce genre de processus.

En résumé, pour maximiser les chances d'arriver à un équilibre, il ne semble pas y avoir d'autre option que celle de codifier sur la base de critères similaires à ceux du test de Wigmore, mais d'être très prudent sur la liste possible d'exceptions, en imposant le fardeau de la preuve à celui qui les invoque. Il faut aussi déterminer soigneusement à quel point il faudra s'en remettre à la sagesse judiciaire.

4. Codification et évaluation de la raisonnable des décisions journalistiques

La codification des règles inhérentes à la protection des sources journalistiques recèle un certain nombre de débats et de pièges. L'idée voulant qu'un journaliste puisse être assimilé à un complice d'acte criminel lorsqu'il choisit de diffuser une information est souvent évoquée. Il est facile de concevoir que certaines informations ne peuvent être obtenues autrement qu'en s'infiltrant dans un milieu ou qu'en fréquentant des gens ayant commis des actes criminels. Or, toute personne qui a à sa disposition des outils de diffusion d'information entre les mains doit être consciente des risques qui sont associés à cette puissance de diffusion.

S'il peut parfois être justifié de commettre des gestes qui vont très loin pour rendre publique une information, dans d'autres cas, cela peut s'avérer carrément irresponsable. Il faut toutefois éviter de postuler, *a priori*, que telle ou telle méthode ne peut être utilisée ou encore que la protection des sources ne peut pas être accordée dans certaines circonstances. Même dans de tels contextes, l'évaluation de l'intérêt public doit demeurer le principe directeur.

Cela dit, cela n'exclut pas le fait que des accusations soient portées si, effectivement, certaines lignes ont été franchies. L'acte journalistique et celui qui le pose ne sont pas au-dessus des lois. Ce n'est pas parce que nous vivons dans une société qui semble postuler que la formation juridique de base pour l'ensemble de la population n'est pas importante que ceux et celles qui s'adonnent à une activité journalistique peuvent faire bon marché des exigences des lois.

Ceux et celles qui sont engagés dans une activité journalistique doivent être conscients que certaines méthodes de collecte d'information sont plus risquées, qu'elles peuvent avoir des

conséquences plus graves pour les autres. Elles sont par conséquent assorties d'une obligation de prudence additionnelle.

Dans la même logique, il faut résister à la tentation de subordonner l'activité journalistique au respect d'une déontologie unique. Certains sont en effet tentés de réserver les protections de l'activité journalistique uniquement à ceux qui suivent une déontologie. Une telle approche s'apparente à dire que la liberté de religion n'existerait que si vous suivez la « bonne » religion.

Dans une société démocratique, la caractéristique même de l'acte journalistique est qu'elle peut s'effectuer en fonction d'une diversité de valeurs, croyances ou préceptes. Subordonner la protection de l'activité journalistique à des exigences déontologiques revient à introduire par la porte arrière une réglementation parfois plus sévère que les règles de droit elles-mêmes. Au Québec, certaines décisions en matière de responsabilité civile des médias ont d'ailleurs montré les effets pervers que peut avoir une trop grande place accordée à la déontologie¹. Le système québécois de déontologie médiatique ne s'est jamais remis de la décision de la Cour suprême ayant puni un média en déduisant une faute d'une critique fondée sur des croyances déontologiques. Depuis ce temps, dans la tête d'une partie des personnes œuvrant en journalisme, la déontologie est un piège.

L'alternative serait plutôt de faire en sorte que le droit impose un devoir général pour les personnes s'adonnant à une activité journalistique d'évaluer les enjeux associés à leurs activités et d'être en mesure, le cas échéant d'expliquer pourquoi ils ont agi comme ils ont agi. Cela les forcerait à préciser comment ils ont pris en compte les effets que pouvait avoir la divulgation de certaines informations. Elles seraient en quelque sorte tenues d'expliquer quel est leur raisonnement, comment elles ont analysé la situation et comment elles en sont venues à la conclusion que l'intérêt public justifiait de recourir à tel ou tel procédé. Dans un tel contexte, il deviendrait difficile pour ceux qui se livrent à une activité journalistique sans se soucier des conséquences ou des règles d'expliquer leur raisonnement. En d'autres termes, cela augmente les risques inhérents aux comportements inconciliables avec les pratiques qu'une personne raisonnable estimerait essentielles.

Une plus grande transparence sur les méthodes de travail accroît la protection du capital de légitimité. C'est vrai pour les forces de l'ordre, mais aussi pour les médias. La capacité à diffuser une information de qualité va de pair avec la volonté d'être très transparents dans les démarches. Cela peut aussi être une bonne parade contre les abus possibles. Non seulement en se questionnant les médias peuvent éviter les glissements, mais ils peuvent aussi et surtout faire en sorte de se prémunir contre de possibles reproches. D'aucuns diront qu'il s'agit là d'une vision bien naïve des choses. Je ne nie pas le fait que la pression du marché peut parfois inciter les médias à prioriser les grands titres et la copie. J'ai toutefois l'impression qu'il serait difficile d'aller plus loin que de rendre conscients les acteurs qu'ils auront éventuellement à expliquer leurs démarches. Il s'agit en somme de visibiliser les risques de pratiques déviantes ou qui ne tiennent

¹ Voir Pierre TRUDEL, "La faute journalistique en droit civil", [2015] 49 *RJTUM* 636-684.

pas compte des lois ou des intérêts des autres. Renforcer l'obligation effective pour les personnes qui se livrent à une activité journalistique de bien évaluer à la fois l'intérêt que représente une information pour leur public, mais aussi les risques que la diffusion peut représenter pour d'autres intérêts.

Si en première ligne les gens de médias sont nécessairement obligés à cette double évaluation, il importe que l'évaluation *a posteriori* de leurs décisions par les instances judiciaires soit faite en fonction d'un critère de raisonabilité. Il est en effet problématique pour la liberté de presse que les gens de médias soient exposés à voir leur évaluation de l'intérêt public écartée arbitrairement au profit d'une vision plus étroite.