

Trimestriel ■ 27^e année ■ N° 108 ■ 1^{er} octobre 2016

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Sous la présidence de **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire, ancien directeur de la *revue*, président d'honneur de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

FI. BENOÎT-ROHMER, professeur des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

P. BOILLAT, directeur général à la direction générale des droits de l'homme et des affaires juridiques du Conseil de l'Europe.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

L. BURGOGUE-LARSEN, professeur à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

A.A. CANÇADO TRINDADE, ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et juge à la Cour internationale de justice.

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de l'Institut international des droits de l'homme – René Cassin.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, professeur émérite de l'Université de Lille II.

E. DECAUX, professeur à l'Université de Paris II.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMEPPE, conseiller à la Cour de cassation (b.).

M. DELMAS-MARTY, professeur honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

Fr. DELPÉRÉE, député et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DEL TUFO, professeur à l'Université de Naples Suor Orsola Benincasa.

M. DE SALVIA, vice-président de l'Institut international des droits de l'homme, ancien greffier et juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. FLÉCHEUX, ancien bâtonnier et ancien président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HAPPOLD, professeur à l'Université du Luxembourg.

M. HOTTELIER, professeur à l'Université de Genève.

P.-H. IMBERT, ancien directeur général des droits de l'homme au Conseil de l'Europe.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

M. MELCHIOR, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université de Liège.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse en République argentine.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'Etat (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrate de Thrace.

L.-A. SICILIANOS, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et juge au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur à l'Université Montpellier I et directeur de l'Institut de droit européen des droits de l'homme.

P. TAVERNIER, professeur émérite de l'Université Paris XI.

Fr. TEITGEN, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

St. TRECHSEL, juge au Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie et ancien président de la Commission européenne des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil d'Etat (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur à l'Université de Strasbourg.

La caméra cachée, entre journalisme d'investigation et voyeurisme

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann e.a. c. Suisse*,
24 février 2015)

PAR

Maya HERTIG RANDALL

Professeure de droit constitutionnel à l'Université de Genève
Avocate

ET

Dominique HÄNNI

Doctorante et assistante au département de droit public de l'Université de Genève
Avocate

Résumé

Dans l'affaire *Haldimann*, la Cour s'est prononcée pour la première fois sur l'admissibilité de la caméra cachée en tant que moyen d'investigation journalistique. Elle a protégé le journalisme exemplatif dans le domaine de la protection des consommateurs, en jugeant que la condamnation de quatre journalistes ayant réalisé à l'aide de caméras cachées un reportage télévisé sur les abus commis par des courtiers en assurances privées violait la liberté d'expression. La Cour a mis notamment en avant que les requérants avaient, lors de la diffusion, flouté le visage du courtier filmé à son insu et que le reportage contribuait à un débat d'intérêt général. Comme le montre un arrêt ultérieur, la Cour ne donne pas carte blanche aux journalistes. Son approche doit cependant être nuancée et complétée par des éléments adaptés à la problématique des moyens d'investigation cachée.

Abstract

Haldimann is the European Court of Human Right's first judgment concerning the admissibility of hidden cameras as a means of investiga-

tive journalism. The case arose from a criminal conviction of four journalists for having recorded and broadcast an interview with a broker using hidden cameras to denounce malpractice in the field of insurance brokerage. The Court's ruling adopts a favourable stance towards consumer protection journalism. In its ruling finding a violation of freedom of expression, the Court emphasized the fact that the journalists had blurred the broker's face and that the program contributed to a debate of general interest. The subsequent case-law confirms that the Court does not give carte blanche to journalists. This article revisits the Court's reasoning. It suggests that the criteria used in *Haldimann* to assess undercover reporting using hidden cameras requires some adaptations to strike a fair balance between freedom of expression and the right to privacy.

Introduction

Dans quelle mesure les journalistes peuvent-ils avoir recours à des techniques d'investigation cachée? Les défenseurs d'enquêtes journalistiques sous couverture se réclament d'une vénérable tradition du journalisme d'investigation, incarnée notamment par la journaliste américaine Nellie Bly, le journaliste allemand Günter Wallraff et, plus récemment, le journaliste ghanéen Anas Aremeyaw Anas¹. Pionnière du journalisme clandestin, Nellie Bly (1864 – 1922) feignit la folie pour se faire admettre dans un hôpital psychiatrique pour femmes en vue de dénoncer les épouvantables conditions et méthodes utilisées au sein de l'institution². Opérant selon un mode similaire, Wallraff s'infiltra dans des univers divers, pour dénoncer les conditions de travail déplorables des travailleurs turcs en Allemagne³ ou pour exposer les méthodes douteuses du plus grand tabloïd allemand⁴. S'inspirant des méthodes d'investigation

¹ Pour une étude analysant le journalisme d'investigation de la perspective des journalistes, voy. H. DE BURGH, *Investigative Journalism*, 2^e éd., Routledge, Londres, New York, 2008.

² Voy. N. BLY, *Ten Days in a Mad-House*, Munro, New York, 1887.

³ G. WALLRAFF, *Ganz unten*, Kiepenheuer & Witsch, Cologne, 2009 (première parution en 1985); paru en français sous le nom *Tête de turc*, La Découverte, Paris, 2013 (trad. A. Brossat et K. Schuffels).

⁴ G. WALLRAFF, *Der Aufmacher: Der Mann, der bei Bild Hans Esser war*, Kiepenheuer & Witsch, Cologne, 2012 (première parution en 1977). À la suite de la publication de cet ouvrage, la maison d'édition du journal *Bild* a intenté plusieurs actions en dommages-intérêts. La Cour constitutionnelle allemande a donné raison à Wallraff sur plusieurs points, voy. BVerfGE 66, 116 et s. Voy. également à propos de cet arrêt J. EICHHOFF, *Investigativer Journalismus aus verfassungsrechtlicher Sicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 30 et s.

«wallraffiennes», Anas réalisa entre autres un documentaire exposant et dénonçant la corruption généralisée du pouvoir judiciaire ghanéen⁵. Le film se fonde sur 500 heures de matériel filmé avec caméra cachée, montrant 180 personnes du troisième pouvoir en train d'accepter des faveurs⁶.

Les sceptiques des méthodes d'investigation clandestine, en revanche, pointent du doigt les dérives d'un journalisme qui considère que la fin justifie tous les moyens. Ils dénoncent des méthodes pour lesquelles la presse populaire britannique est devenue tristement célèbre à la suite de la découverte des écoutes téléphoniques clandestines opérées par le tabloïd britannique *News of the World* (NoW). Créée dans le sillage de cette affaire, une commission d'enquête indépendante exposa dans un rapport publié en 2012 des méthodes incluant, à part les écoutes téléphoniques, d'autres techniques clandestines et/ou hautement intrusives utilisées, prenant principalement des célébrités pour cible⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme a été confrontée à la problématique des techniques journalistiques sous couverture dans l'arrêt *Haldimann e.a. c. Suisse*, rendu le 24 février 2015⁸. Elle a été appelée à se prononcer pour la première fois sur une requête portant sur l'utilisation de la caméra cachée dans le cadre d'une enquête journalistique. La requête émanait de quatre journalistes, condamnés en application du Code pénal suisse pour avoir réalisé un reportage à l'aide de caméras cachées, et pour l'avoir diffusé par la suite dans une émission hebdomadaire de protection des consommateurs à la télévision suisse alémanique. Le reportage visait à dénoncer des défaillances dans le domaine de la vente des assurances privées, à savoir les mauvais conseils prodigués par les courtiers à des client(e)s. Pour sensibiliser le public à cette problématique, il contenait un entretien filmé en cachette entre un courtier et une journaliste prétendant être une cliente intéressée à la souscription d'un

⁵ Voy. E. STAMM, «Versteckte Kamera: Der James Bond des afrikanischen Journalismus», *Neue Zürcher Zeitung*, 7 mars 2016, p. 13.

⁶ ANAS AREMEYAW ANAS, *Ghana in the Eyes of God – Epic of Injustice*, première du film en septembre 2015. Pour d'autres exemples du journalisme d'investigation, voy. aussi la tierce intervention du Media Legal Defense Initiative (MLDI), «Written Comments in the Case of Haldimann v Switzerland», mars 2011, pp. 1 et s., disponible sur www.mediadefence.org/news/mldi-intervenes-european-court-case-use-hidden-recording-devices (consulté le 31 mai 2016).

⁷ THE RIGHT HONOURABLE LORD JUSTICE LEVESON, *An Inquiry into the Culture, Practices and Ethics of the Press*, novembre 2012, vol. I à IV, The Stationary Office, Londres. Pour un aperçu et une critique des méthodes douteuses, voy. vol. I, pp. 592 et s.; vol. II, chap. 3 à 6. Pour des exemples s'inscrivant dans la tradition d'un journalisme d'investigation visant à exposer des abus de pouvoir, voy. vol. II, chap. 2.

⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann e.a. c. Suisse*, 24 février 2015.

contrat d'assurance. L'arrêt de la Cour conclut par six voix contre une à une violation de la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention.

Premier arrêt concernant l'usage de caméras cachées⁹, *Haldimann* porte sur une problématique dont l'importance a considérablement augmenté en raison des avancements technologiques dans le domaine de l'enregistrement et de la reproduction¹⁰. Ces progrès technologiques, incarnés notamment par des appareils d'enregistrement sonore et audiovisuel toujours plus discrets, facilitent en effet la recherche d'informations à l'insu des personnes concernées. Avec l'avènement d'internet, les informations obtenues par des méthodes secrètes peuvent de surcroît être diffusées à un large cercle de personnes à des coûts négligeables, tant par la presse que par des acteurs de la société civile¹¹.

⁹ La Cour a depuis lors statué sur une autre requête portant sur la diffusion d'un reportage télévisé réalisé avec une caméra cachée. À la différence de l'affaire *Haldimann*, la requête n'émanait pas des médias, mais de la personne visée dans le reportage réalisé clandestinement. Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner c. Turquie*, 13 octobre 2015, constatant une violation de l'article 8 de la Convention.

¹⁰ Voy. à ce sujet Cour eur. dr. h., arrêt *Von Hannover c. Allemagne*, 24 juin 2004, § 70; voy. aussi décision *Köpke c. Allemagne*, 5 octobre 2010, concernant la vidéosurveillance d'une employée par son employeur. La Cour déclare la requête de l'employée invoquant une violation de l'article 8 de la Convention manifestement mal fondée. Elle relève cependant que les intérêts concurrents pourraient à l'avenir recevoir un poids différent, compte tenu du fait que des nouvelles technologies, de plus en plus sophistiquées, augmentent le degré d'intrusion dans la sphère privée. Sur les avancements des technologies en lien avec les méthodes d'enregistrement clandestin, voy. G.H. KIM, «Extreme Departure Test as a New Rule for Balancing Surreptitious and Intrusive Newsgathering Practices with Competing Interests: The Use of Hidden Cameras vs. The Right to Be Let Alone», *UCLA Entertainment Law Review*, 2003, vol. 10, pp. 222 et s. Mentionnons à titre d'exemple le brevet déposé par Sony pour des lentilles de contact intelligentes, capables d'enregistrer des vidéos à la demande, par le simple fait de cligner des yeux. Voy. www.huffingtonpost.com/entry/sony-contact-lens-camera_us_57220fc6e4b0f309baefd3f2 (consulté le 31 mai 2016).

¹¹ Voy. par exemple les vidéos diffusées sur internet par l'association L214 visant à dénoncer la cruauté envers les animaux dans les abattoirs en France. Une des vidéos a été visionnée par 1,8 million d'internautes, une autre 2,3 millions de fois (voy. A. GARRIC, «L214, la méthode-choc pour dénoncer les abattoirs», *Le Monde*, 29 mars 2016, disponible sur http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/03/29/l214-la-methode-choc-pour-denoncer-les-abattoirs_4891753_3244.html, consulté le 31 mai 2016). Cet exemple illustre l'émergence du «journalisme citoyen» et l'effacement des frontières entre les journalistes professionnels et d'autres acteurs. Voy. à ce sujet l'opinion concurrente des juges Sajó et Vucinic dans Cour eur. dr. h., arrêt *Youth Initiative for Human Rights c. Serbie*, 25 juin 2013, § 1. Pour des réflexions sur la notion de «journaliste», voy. J. BLACK, «Who is a Journalist?», in C. Meyers (éd.), *Journalism Ethics – A Philosophical Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 103-116 et Fr. KRENC, «La liberté d'expression vaut pour les propos qui 'heurtent, choquent ou inquiètent' – Mais encore?», *cette Revue*, 2016, pp. 311 et s., spéc. p. 315.

Tout en favorisant l'exercice de la liberté d'expression et d'information¹², les avancées technologiques présentent des risques accrus d'atteinte à la sphère privée¹³. Compte tenu de la nouveauté de la question que la Cour a tranchée et de ses enjeux pratiques, l'arrêt *Haldimann* présente un intérêt indéniable. Notre contribution commencera par placer l'usage de la caméra cachée par des journalistes dans le contexte déontologique et juridique (I). Sur cette toile de fond, elle présentera un bref aperçu du raisonnement de la Cour dans l'arrêt commenté (II). Nous examinerons par la suite de façon plus approfondie le schéma d'analyse de la Cour, pour juger de sa pertinence, cerner la portée de l'arrêt, et analyser les questions qu'il soulève (III).

I. Le contexte déontologique et juridique

A. *Les techniques d'investigation cachée à l'aune de l'éthique journalistique*

L'usage des méthodes d'investigation secrète, telle que l'enregistrement sonore ou audiovisuel, ne fait pas l'unanimité parmi les journalistes¹⁴. L'argument le plus fort et le plus fréquemment invoqué par les défenseurs de ces méthodes est celui de l'intérêt public¹⁵. En se référant aux cas les plus spectaculaires du journalisme d'investigation, ils soutiennent que maints abus et dysfonctionnements n'auraient pas été – et ne seront pas – découverts sans le recours à des moyens comme la caméra cachée. Ces méthodes seraient souvent la seule façon d'obtenir l'information recherchée, étant donné que les malfaiteurs cachent les irrégularités et abus dont ils sont auteurs et ne souhaitent pas – pour des raisons évidentes – les exposer au public¹⁶. Par ailleurs, les défenseurs avancent que ces enregistrements permettent d'illustrer les reportages ou articles¹⁷. Les opposants, quant à eux, soutiennent que le recours à des méthodes d'investigation cachée témoigne de la paresse journalistique,

¹² Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (nos 1 et 2)*, 10 mars 2009, § 27.

¹³ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, 5 mai 2011, § 63.

¹⁴ T.C. DIENES, «Symposium: The Media's Intrusion on Privacy», *George Washington Law Review*, 1999, vol. 67, p. 1143.

¹⁵ D.A. LEVIN et A.C. ROLINE, «Undercover Reporters, Tort Law, and the First Amendment: Food Lion v. ABC and the Future of Surreptitious Newsgathering», *Kansas Journal of Law and Public Policy*, 2002, vol. II, p. 588 et les références citées.

¹⁶ *Ibid.*, p. 588.

¹⁷ *Ibid.*, p. 589.

arguant que les journalistes persévérants n'abandonnent pas au premier obstacle rencontré et réalisent leurs articles ou reportages en empruntant des moyens journalistiques loyaux¹⁸. Les détracteurs du journalisme sous couverture voient, de plus, une contradiction entre la mission des journalistes, qui est de rechercher et communiquer la vérité, et les méthodes d'investigation cachée qui consistent essentiellement à duper les gens¹⁹. Ces procédés déloyaux, et les buts sensationnalistes que poursuivent les journalistes utilisant les méthodes d'investigation cachée, finiraient par saper la crédibilité des médias²⁰.

L'affaire *Mirage Tavern* illustre bien les controverses qui existent parmi les journalistes quant aux techniques d'investigation cachée. En 1977, des journalistes du *Chicago Sun-Times* ouvrirent un bar à Chicago et y installèrent des caméras cachées pour démontrer la corruptibilité des fonctionnaires du contrôle sanitaire qui demandaient à intervalles réguliers des pots-de-vin à des petits commerces. Le résultat final était une série de vingt-cinq articles²¹ révélant les abus, qui mena au licenciement de plusieurs fonctionnaires ainsi qu'à des réformes législatives. Par la suite, l'auteur de la série d'articles fut nommé pour le prix Pulitzer, prix qu'il n'emporta finalement pas, au motif que le matériel avait été obtenu par des comportements trompeurs et illégaux²². En revanche, six ans auparavant, un journaliste du *Chicago Tribune* qui s'était fait passer pour un chauffeur d'ambulance avait gagné le même prix prestigieux pour un article qui démontrait la collusion entre les ambulances privées et la police²³.

Au vu de la controverse autour des méthodes d'investigation secrète, maintes associations professionnelles dans le domaine des médias ont adopté des règles déontologiques à ce sujet. Une comparaison de ces différentes règles montre que les techniques d'investigation cachée sont qualifiées de méthodes déloyales²⁴. Elles sont néanmoins admissibles à certaines conditions, dont deux sont mentionnées systématiquement. D'une part, le reportage réalisé à

¹⁸ A.M. ROSENTHAL, «Reporters With Masks», *The New York Times*, 27 décembre 1996.

¹⁹ D.A. LEVIN et A.C. ROLINE, «Undercover Reporters, Tort Law, and the First Amendment: Food Lion v. ABC and the Future of Surreptitious Newsgathering», *op. cit.*, p. 589.

²⁰ *Ibid.*, p. 589.

²¹ Les articles sont disponibles sur <http://dlib.nyu.edu/undercover/mirage-pamela-zekman-zayn-smith-chicago-sun-times> (consulté le 31 mai 2016).

²² S. ROBINSON, «Pulitzers: was the Mirage a deception?», *Columbia Journalism Review*, juillet/août 1979, p. 14.

²³ *Ibid.*, p. 14.

²⁴ Voy. par exemple art. 17 du Code de déontologie journalistique du Conseil belge de déontologie journalistique, disponible sur www.codededeontologiejournalistique.be/ (consulté le 31 mai 2016).

l'aide de ces méthodes doit revêtir un « intérêt public prépondérant »²⁵. D'autre part, le recours aux méthodes clandestines doit être subsidiaire, c'est-à-dire que les informations ainsi obtenues ne peuvent pas l'être d'une autre manière²⁶. Certains codes d'éthiques exigent, en plus de ces deux conditions principales, que la ou le journaliste ait des soupçons fondés avant d'effectuer l'enregistrement²⁷, que les méthodes soient expliquées au public²⁸ ou que les images diffusées ne soient pas dégradantes et ne portent pas sur l'intimité de la vie privée de la personne filmée²⁹.

Le Conseil suisse de la presse a interprété les conditions de l'intérêt public et de la subsidiarité de manière assez large dans une de ses prises de position³⁰. Ainsi, la caméra cachée a été jugée comme étant un outil de recherche admis-

²⁵ Notion utilisée par le Conseil suisse de la presse (directives relatives à la « Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste », point 4); d'autres codes d'éthique utilisent les notions suivantes semblables, mais parfois plus exigeantes: « stories of great significance » (code d'éthique du 11 juin 2015 de la Radio Television Digital News Association (États-Unis) disponible sur www.rtdna.org/content/rtdna_code_of_ethics, consulté le 31 mai 2016); « information vital to the public » (code d'éthique du 6 septembre 2014 de la Society of Professional Journalists (États-Unis), disponible sur www.spj.org/ethicscode.asp, consulté le 31 mai 2016); « public interest » (Codebook de la Independent Press Standards Organisation (Royaume-Uni), version du 1^{er} janvier 2016, disponible sur www.ipso.co.uk/IPSO/cop.html, consulté le 31 mai 2016); « clear public interest » (BBC Editorial Guidelines (Royaume-Uni) du 12 octobre 2010, 7.4.10., disponible sur www.bbc.co.uk/editorialguidelines/, consulté le 31 mai 2016); « un intérêt important pour la société » (art. 17 du Code de déontologie journalistique du 16 octobre 2013 du Conseil belge de déontologie journalistique, précité); « d'un intérêt public certain » (art. 4.a) du Guide de déontologie de la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, adopté le 24 novembre 1996 et amendé le 28 novembre 2010, disponible sur www.fpqj.org/deontologie/guide-de-deontologie/#pt5, consulté le 31 mai 2016).

²⁶ Voy. directives relatives à la « Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste » du Conseil suisse de la presse, précité, point 4.2.; « cannot be adequately told without distortion » (code d'éthique de la Radio Television Digital News Association (États-Unis), précité); « unless traditional, open methods will not yield » (code d'éthique de la Society of Professional Journalists (États-Unis), précité); « when the material cannot be obtained by other means » (Codebook de la Independent Press Standards Organisation (Royaume-Uni), précité); « no viable, alternative means » (BBC Editorial Guidelines (Royaume-Uni), 7.4.10., précité); « l'information n'est pas accessible par d'autres moyens » (article 17 du code de déontologie journalistique du Conseil belge de déontologie journalistique, précité); « l'information ne peut vraisemblablement pas être obtenue ou vérifiée par d'autres moyens » (art. 4a), Guide de déontologie de la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, précité).

²⁷ « [C]lear existing prima facie evidence » (BBC Editorial Guidelines (Royaume-Uni), 7.4.10., précité).

²⁸ Code d'éthique de la Radio Television Digital News Association (États-Unis), précité, et Code d'éthique de la Society of Professional Journalists (États-Unis), précité.

²⁹ Art. 17 du Code de déontologie journalistique du Conseil belge de déontologie journalistique, précité.

³⁰ Prise de position du Conseil suisse de la presse 51/2007 du 25 octobre 2007.

sible dans le cas d'un reportage sur des chirurgiens esthétiques. Ces derniers ont été secrètement filmés lors d'un rendez-vous médical avec une gagnante d'un concours de beauté. La majorité d'entre eux auraient été prêts à effectuer une ou plusieurs interventions plus ou moins importantes. Selon le Conseil suisse de la presse, la thématique traitée, à savoir la chirurgie esthétique sur des jeunes femmes de poids normal, voire en sous-poids, relevait d'un intérêt public et l'information n'avait pu être obtenue qu'à l'aide d'une caméra cachée³¹.

B. *Les délits de recherche à l'aune de la liberté d'expression*

La question au cœur de l'affaire *Haldimann* – l'enregistrement et la diffusion de séquences réalisées avec une caméra cachée – se situe à la croisée des chemins de deux thématiques différentes. Elle porte, d'une part, sur un conflit entre la liberté d'expression et le droit à la protection de la sphère privée et, d'autre part, elle s'inscrit également dans une problématique qui revêt une importance particulière pour le journalisme d'investigation, celle des « délits de recherche »³². Ceux-ci se réfèrent aux infractions commises lors de la phase préparatoire d'une publication et sanctionnent principalement le mode opératoire des journalistes indépendamment du fait que le résultat des recherches soit publié ou non³³. La législation pénale réprimant des enregistrements clandestins tombe dans cette catégorie. En règle générale, elle sanctionne non seulement l'acte de recherche en tant que tel (le fait d'enregistrer) mais aussi la diffusion ultérieure du matériel obtenu. Dans l'arrêt *Haldimann*, la condamnation des journalistes reposait sur ces deux titres³⁴.

³¹ *Ibid.*, c. 4.b) et 4.c). Pour un commentaire, voy. R. ZULAUF et K. BÜTIKOFER, «Die versteckte Kamera als journalistische Recherchemethode», *Medialex*, 2009, pp. 193 et s.; P. STUDER, «Zur Rechtslage der 'Versteckten Kamera': Was gilt es beim Einsatz dieser gefährlichen journalistischen Waffe zu beachten?», *Jusletter*, 5 mars 2016.

³² Pour la distinction entre « délits de recherche » et « délits de contenus », voy. M. SCHWAIBOLD, «Journalistische Recherchiermethoden und Strafrecht», *Medialex*, 2009, p. 78.

³³ Pour un aperçu des délits les plus pertinents pour l'activité de recherche journalistique (couvrant, en plus des infractions contre la sphère privée, par exemple aussi la fraude, le faux dans les titres, l'abus de titres d'identité ou l'utilisation induite de prestations), voy. S.M. KLINTWORTH, *Investigativer Journalismus im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, pp. 79 et s.

³⁴ Les journalistes ont été condamnés en vertu des articles 179bis (écoute et enregistrement de conversations entre d'autres personnes) et 179ter (enregistrement non autorisé de conversations) du Code pénal suisse. Les deuxièmes alinéas de ces dispositions sanctionnent aussi le fait de conserver ou de rendre accessible à un tiers les enregistrements obtenus en contravention à ces dispositions. Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, §§ 20 et 22.

Statuant sur des requêtes portant sur des délits de recherche, les tribunaux font face à la difficulté de concilier les intérêts protégés par les dispositions pénales concernées avec la protection effective de la liberté d'expression, essentielle pour que les médias puissent remplir leur mission de «chien de garde» dans une société démocratique³⁵. La Cour européenne a été confrontée à ce dilemme à plusieurs reprises avant l'arrêt *Haldimann*. En effet, sa jurisprudence articule tant les raisons militant en faveur de la liberté d'expression, que celles pesant en faveur du respect du droit pénal.

Comme argument favorable à la liberté d'expression, la jurisprudence européenne souligne l'importance que revêt la phase de recherche et d'investigation pour les médias. Dès lors, l'article 10 de la Convention ne s'applique pas uniquement à la diffusion des informations et des idées, mais également à l'étape en amont : «non seulement les restrictions à la liberté de la presse visant la phase préalable à la publication tombent dans le champ du contrôle par la Cour, mais [...] elles présentent même des grands dangers et, dès lors, appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux [...]»³⁶. Notons que cette phase d'enquête préalable joue un rôle essentiel pour le journalisme d'investigation, étant donné qu'il a pour but d'exposer des abus ou irrégularités que les personnes responsables s'efforcent de garder à l'abri du public³⁷.

Tenant compte de la dimension pénale des délits de recherche, la Cour relève que «[...] malgré le rôle essentiel qui revient aux médias dans une société démocratique, les journalistes ne sauraient en principe être déliés, par la protection que leur offre l'article 10, de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun»³⁸. À l'appui de cet argument, la Cour insiste sur les devoirs et responsabilités des journalistes. La notion de journalisme responsable ne s'étend pas uniquement au contenu des informations recueillies et/ou diffusées, mais couvre également «la licéité du comportement des journalistes»³⁹. Sans être

³⁵ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 59. Voy. à ce sujet Fr. KRENC, «La liberté d'expression vaut pour les propos qui 'heurtent, choquent ou inquiètent' – Mais encore?», *op. cit.*, pp. 314 et s.

³⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Dammann c. Suisse*, 25 avril 2006, § 52. Pour l'applicabilité de l'article 10 de la Convention à la phase préalable à la publication, voy. aussi Gde Ch., arrêt *Pentikäinen c. Finlande*, 20 octobre 2015, § 108.

³⁷ Dans des affaires complexes, la phase d'investigation peut s'étendre sur plusieurs années, voire sur plusieurs décennies. Pour des exemples, voy. J. LUDWIG, *Investigatives Recherchieren*, 3^e éd., UVK Verlagsgesellschaft Konstanz, Munich, 2014, p. 26.

³⁸ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stoll c. Suisse*, 10 décembre 2007, § 102; Gde Ch., arrêt *Pentikäinen*, précité, § 91.

³⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Pentikäinen*, précité, § 90.

à lui seul décisif, le fait d'enfreindre la loi pénale est un facteur à prendre en compte pour déterminer si la ou le journaliste a agi de façon responsable⁴⁰.

Entre la protection vigoureuse de la liberté des médias, d'une part, et le respect des lois pénales de droit commun, d'autre part, la jurisprudence européenne oscille. Au-delà de la diversité des constellations factuelles et des intérêts en jeu dans chaque cas d'espèce, les arrêts de la Cour s'inscrivent dans des lignes jurisprudentielles privilégiant soit la liberté d'expression, soit le journalisme responsable et le respect de la loi pénale. Les arrêts *Damman c. Suisse*⁴¹ et *Pentikäinen c. Finlande*⁴² illustrent ces différents courants. Dans le premier arrêt, la Cour a mis l'accent sur l'importance de la liberté des médias et la marge d'appréciation très restreinte dont disposaient les autorités nationales pour arriver à la conclusion que la condamnation pénale du requérant pour instigation à violation du secret de fonction était justifiée par un « besoin social impérieux »⁴³. Dans la mise en balance des intérêts, la Cour a retenu en faveur du requérant l'absence de tout dommage, étant donné que les informations obtenues n'avaient pas été diffusées, et le fait que l'objet de la recherche – un cambriolage très médiatisé – relevait selon la Cour d'un débat d'intérêt général⁴⁴. À l'appui du constat de violation, elle a également constaté que la responsabilité principale de protéger le secret de fonction incombait aux autorités, et que le journaliste n'avait pas eu recours à la menace ou la ruse pour les obtenir⁴⁵.

Dans l'arrêt *Pentikäinen c. Finlande*, portant sur des mesures prises à l'encontre d'un journaliste en raison de son refus d'obtempérer aux ordres de dispersion donnés par la police au cours d'une manifestation, la Grande Chambre n'a pas accordé un poids décisif à la mission de la presse de couvrir des événements qui se rapportent à un sujet d'intérêt général. Elle a mis en avant qu'un journaliste ne pouvait pas « se prévaloir d'une immunité pénale exclusive [...] du seul fait que l'infraction en question a été commise dans l'exercice de ses fonctions journalistiques »⁴⁶ pour pousser cet argument par la suite un pas plus loin : « la qualité de journaliste du requérant ne lui conférait pas de droit à un

⁴⁰ *Ibid.*, § 90.

⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Damman*, précité.

⁴² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Pentikäinen*, précité.

⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt *Damman*, précité, § 41.

⁴⁴ *Ibid.*, § 54.

⁴⁵ *Ibid.*, § 55.

⁴⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Pentikäinen*, précité, § 91 ; voy. aussi arrêt *Brambilla e.a. c. Italie*, 23 juin 2016, § 54.

traitement préférentiel ou différent par rapport aux autres personnes présentes sur les lieux de la manifestation»⁴⁷.

À l'instar de l'arrêt *Pentikäinen*, le respect des lois pénales de droit commun a également prévalu sur la liberté d'expression dans plusieurs autres décisions. Ainsi, la Cour a déclaré irrecevable, pour défaut manifeste de fondement, la requête de deux journalistes qui s'opposaient à leur condamnation pour avoir acquis des feux d'artifice en contravention à la législation danoise⁴⁸. L'acquisition illégale avait été filmée et diffusée dans le cadre d'un documentaire exposant l'importation et le trafic illégaux de feux d'artifice. À l'appui de sa décision, la Cour a relevé, d'une part, que les autorités n'avaient pas empêché ou entravé la diffusion du documentaire⁴⁹, et, d'autre part, que la législation applicable protégeait des intérêts primordiaux de santé publique. L'acquisition du matériel illégal n'était de plus, selon la Cour, pas un élément nécessaire pour rendre le documentaire plus crédible, étant donné que les requérants avaient déjà eu accès à des produits illégaux saisis par la police⁵⁰. Dans le même ordre d'idées, statuant sur une condamnation prononcée en lien avec la diffusion des extraits de propos interceptés d'une radio de la police⁵¹, la Cour a estimé que le journaliste avait d'autres moyens à disposition pour exposer le comportement répréhensible de la police que d'enfreindre la législation en matière de télécommunication.

Selon les circonstances du cas d'espèce, l'issue des affaires diffère également dans des requêtes portant sur une problématique connexe aux délits de recherche : celle des condamnations d'un(e) journaliste pour avoir publié

⁴⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Pentikäinen*, précité, § 109.

⁴⁸ Cour eur. dr. h., décision *Mikkelsen et Christensen c. Danemark*, 23 avril 2008. Pour une décision rendue après l'arrêt *Haldimann* concernant une problématique semblable, voy. Cour eur. dr. h., décision *Salihu e.a. c. Suède*, 10 mai 2016, portant sur des condamnations pénales de trois journalistes pour avoir acquis des armes à feu en contravention à la législation suédoise. Le but des journalistes était d'investiguer la disponibilité et l'accessibilité de telles armes à la suite de plusieurs fusillades hautement médiatisées. Selon la Cour, l'illégalité de la démarche journalistique est un facteur « hautement pertinent, mais non décisif », pour déterminer si un(e) journaliste a agi de façon responsable (décision *Salihu*, précitée, § 53, traduit par les auteurs ; voy. aussi décision *Erdtmann c. Allemagne*, 5 janvier 2016, § 20, en lien avec une condamnation d'un journaliste pour avoir embarqué dans un avion avec une arme dans le but de réaliser un reportage sur l'efficacité des contrôles de sécurité dans divers aéroports allemands).

⁴⁹ Dans le même sens aussi, décision *Salihu*, précitée, § 55.

⁵⁰ La Cour a aussi considéré que le critère de la nécessité n'était pas rempli dans la décision *Salihu*, précitée, § 57.

⁵¹ Cour eur. dr. h., décision *Adamek c. Allemagne*, 14 juin 2005. Pour un arrêt rendu après l'arrêt *Haldimann* concernant une problématique semblable, voy. arrêt *Brambilla*, précité, concluant à l'absence d'une violation de l'article 10 de la Convention.

des informations confidentielles obtenues d'une autre source (notamment des autorités agissant en violation du secret de fonction ou de l'instruction ou du secret professionnel), sans avoir elle-même ou lui-même enfreint la loi pénale par des actes d'investigation⁵².

Parmi les pôles opposés de la liberté d'expression et la loi pénale, l'arrêt *Haldimann* s'inscrit dans la ligne jurisprudentielle résolument protectrice des médias.

II. Aperçu du raisonnement de la Cour européenne dans l'arrêt *Haldimann*

Dans son arrêt du 24 février 2015, la Cour rappelle d'abord les principes régissant la liberté d'expression, notamment ceux qui sont pertinents pour les médias. Dans ce contexte, elle souligne que « l'exercice de la liberté d'expression comporte des 'devoirs et responsabilités' [qui] s'imposent aussi aux médias, même lorsque sont concernées des questions d'un grand intérêt public »⁵³ et que « les journalistes ne sauraient en principe être déliés [...] de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun »⁵⁴. La Cour analyse ensuite la problématique de l'affaire en tant que conflit entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée. Elle rappelle sa jurisprudence selon laquelle l'issue de l'affaire ne saurait varier selon que la requête se fonde sur l'article 8 ou sur l'article 10, les deux droits méritant « *a priori* un égal respect »⁵⁵.

La Cour reprend ensuite les critères de pondération qu'elle a établis dans sa jurisprudence antérieure (notamment l'arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne*⁵⁶)

⁵² Pour des arrêts privilégiant le respect du droit pénal et de la confidentialité, voy. par exemple Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stoll*, précité, et les observations de M. HOTTELLIER, « La liberté de la presse entre confidentialité et provocation : mode d'emploi pour faire chuter une liberté de son piédestal – Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), *Stoll c. Suisse*, 10 décembre 2007 », *cette Revue*, 2008, pp. 801-819 ; Gde Ch., arrêt *Bédet c. Suisse*, 29 mars 2016. Pour des arrêts privilégiant la liberté d'expression, voy. par exemple arrêt *Pinto Coelho c. Portugal (n° 2)*, 22 mars 2016 ; arrêt *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999 ; *Dupuis e.a. c. France*, 7 juin 2007. À noter que les trois dernières affaires portaient sur des informations qui étaient accessibles ou qui avaient déjà été rendues publiques.

⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, § 46.

⁵⁴ *Ibid.*, § 47.

⁵⁵ *Ibid.*, § 54.

⁵⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012.

concernant les atteintes à la réputation personnelle et le droit à l'image de personnalités publiques⁵⁷.

En ce qui concerne le premier critère, à savoir la contribution à un débat d'intérêt général, la Cour observe que les mauvais conseils délivrés par des courtiers en assurances privées concernaient un débat d'intérêt général important, car relevant de la protection des consommateurs. En outre, contrairement à la Cour suprême helvétique (le Tribunal fédéral), la Cour considère également que le reportage était susceptible de nourrir ce débat, peu importe s'il a pleinement atteint cet objectif ou non. L'examen de ce critère conduit la Cour à réaffirmer nettement l'importance de la liberté d'expression, en rappelant que «l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine des questions d'intérêt public»⁵⁸.

Quant au critère de la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage, la Cour constate qu'étant donné que le courtier n'était pas un personnage public et que le reportage n'était pas focalisé sur lui en tant que personne, mais sur les pratiques commerciales abusives dans le domaine des assurances privées, l'impact du reportage sur la réputation personnelle du courtier était limité.

La Cour continue son analyse en examinant le mode d'obtention des informations et leur véracité. À ce sujet, elle estime, en utilisant des formulations plutôt vagues, que les requérants n'ont pas délibérément violé les règles déontologiques en concluant que l'objet du reportage permettait l'usage d'une caméra cachée. La véracité des informations n'a en outre jamais été contestée.

Elle se penche ensuite sur un autre critère, à savoir le contenu, la forme et les répercussions de la publication. À cet égard, la Cour note que le fait d'enregistrer l'entretien en cachette n'a porté qu'une atteinte limitée aux intérêts du courtier. En revanche, la diffusion de la séquence était susceptible de porter une atteinte plus importante à ses intérêts, vu que le reportage, diffusé à la télévision nationale, le représentait de manière peu positive. Elle juge toutefois déterminant le fait que les requérants aient pixélisé le visage et modifié la voix du courtier de façon que le spectateur ne puisse voir que ses vêtements et la couleur de ses cheveux. Enfin, elle note également que l'entretien s'est déroulé dans un appartement privé et non dans le bureau du courtier.

Compte tenu de tous ces éléments, la Cour arrive à la conclusion que «l'ingérence dans la vie privée du courtier [...] n'est pas d'une gravité telle qu'elle

⁵⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, §§ 50 et s.

⁵⁸ *Ibid.*, § 59.

doive occulter l'intérêt public résidant dans l'information du public sur des défaillances alléguées en matière de courtage en assurances»⁵⁹.

Elle examine ensuite le dernier critère de pondération, à savoir la gravité de la sanction, en mettant l'accent sur l'effet dissuasif que peut avoir une sanction – même de caractère mineur – prononcée par le juge pénal, et conclut, finalement, à la violation de l'article 10 de la Convention.

III. Observations

Le schéma d'analyse retenu par la Cour, composé de six critères ou facteurs de pondération, appelle des observations, tant sur la pertinence du schéma, que sur le poids et la portée respectifs des différents critères.

A. La pertinence du schéma d'analyse

Le schéma d'analyse que la Cour a utilisé pour examiner la problématique soulevée dans l'arrêt *Haldimann* a été principalement conçu pour analyser la compatibilité avec la Convention de restrictions de la liberté d'expression liées à la publication de photos portant atteinte à la sphère privée⁶⁰. Il a aussi été appliqué pour juger de la conformité avec la Convention de publications attentatoires à l'honneur⁶¹. Le fait de transposer ce schéma aux méthodes d'investigation cachée amène la Cour à concentrer son analyse en grande partie sur la *diffusion* des séquences filmées avec caméra cachée, à savoir un des deux chefs de condamnation retenus à l'égard des journalistes. La question de savoir si la condamnation pour le fait de filmer le courtier clandestinement, c'est-à-dire la commission du délit de recherche en tant que tel, est justifiée à l'aune de la liberté d'expression n'est pas examinée séparément, bien que la Cour fasse quelques observations à ce sujet. Les rapports entre le délit de recherche, d'une part, et le délit lié à la diffusion subséquente des séquences enregistrées, d'autre part, auraient cependant mérité des développements. En effet, différentes approches et positions sont envisageables.

⁵⁹ *Ibid.*, § 66.

⁶⁰ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, 7 février 2012, rendu le même jour que l'arrêt *Axel Springer*, précité; arrêt *Von Hannover c. Allemagne (n° 3)*, 19 septembre 2013.

⁶¹ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne (n° 2)*, 10 juillet 2014, concernant une publication très critique du chancelier fédéral de l'époque.

Une première approche, fortement inspirée d'un raisonnement « pénaliste », considère le délit de recherche comme l'élément central. Dans cette optique, la commission du délit de recherche justifie aussi la répression de la publication subséquente, en application analogique du raisonnement en matière d'utilisation de preuves obtenues par des moyens illégaux⁶². Selon une deuxième approche, dominante notamment dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande et également présente dans la jurisprudence américaine, le délit de recherche et le délit de publication soulèvent des problèmes clairement distincts à la lumière de la liberté d'expression. Selon cette conception, le champ d'application de cette liberté est limité à la diffusion et ne s'étend pas aux démarches préalables sanctionnées en vertu des lois communes⁶³. Une troisième approche, celle empruntée par la Cour dans l'arrêt *Haldimann*⁶⁴, s'intéresse en premier lieu à la *diffusion* de l'information obtenue en violation de la loi pénale.

Les première et deuxième approches n'accordent pas une importance suffisante à la phase d'investigation journalistique, et ne correspondent pas à la

⁶² Voy. par exemple J.J. WALSH, S.J. SELBY et J.L. SCHAFER, «Media Misbehavior and the Wages of Sin: The Constitutionality of Consequential Damages for Publication of Ill-Gotten Information», *William & Mary Bill of Rights Journal*, 1996, vol. 4, pp. 1111-1144.

⁶³ En Allemagne, cette approche découle de l'arrêt de principe rendu au sujet du journaliste d'investigation G. Wallraff (voy. *supra*, notes 3 et 4), BVerfGE 66, 116, p. 137; voy. J. EICHHOFF, *Investigativer Journalismus aus verfassungsrechtlicher Sicht*, *op. cit.*, pp. 48 et 215 et s. Un arrêt rendu le 20 janvier 2005 par la Cour d'appel de Munich (6 U 3236/04), qui a reçu beaucoup d'attention, s'écarte de cette approche et se prononce en faveur d'un champ d'application plus large de la liberté d'expression (pour un résumé en anglais, voy. S. WÜST, «Ruling on Undercover Investigation of Surreptitious Advertising», *IRIS Merlin*, 2005-7/14, disponible sur <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/7/article14.en.html> (consulté le 31 mai 2016)). Aux États-Unis, les positions doctrinales et jurisprudentielles se prononçant contre l'applicabilité du premier amendement aux délits de recherche se réfèrent à un passage de l'arrêt de la Cour suprême *Cohen v. Cowles Media Co.*, 501 U.S. 663 (1991): «generally applicable laws do not offend the First Amendment simply because their enforcement against the press has incidental effects on its ability to gather and report the new». Pour un aperçu de la ligne jurisprudentielle se fondant sur l'arrêt *Cohen*, voy. par exemple E. CHERMERINSKY, «Protect the Press: A First Amendment Standard for Safeguarding Aggressive Newsgathering», *University of Richmond Law Review*, 2000, vol. 33, pp. 1145 et s. La Cour européenne des droits de l'homme attache parfois aussi une importance à la différence entre délits de recherche et publication subséquente. Sans aller jusqu'à exclure les condamnations pour des actes préparatoires du champ d'application de la liberté d'expression, elle souligne le caractère généralement applicable des lois pénales et/ou le fait que la publication subséquente n'ait pas été empêchée ou sanctionnée pour relativiser la gravité de l'ingérence provenant des sanctions pénales prononcées pour la commission du délit de recherche. Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Brambilla*, précité, §§ 61 et 65; décision *Erdtmann*, précitée, § 22; décision *Salihu*, précitée, § 55; décision *Mikkelsen et Christensen*.

⁶⁴ La même approche a été suivie dans Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner*, précité.

jurisprudence de la Cour selon laquelle la liberté d'expression s'étend aussi à la phase de recherche précédant la publication⁶⁵. La troisième solution présente en revanche l'inconvénient que les intérêts protégés par le délit de recherche en tant que tel passent à l'arrière-plan. Une approche plus convaincante serait à notre sens de considérer que des sanctions liées à l'acte de recherche et à la diffusion subséquente constituent deux ingérences liées, mais distinctes. Il convient de les analyser de façon séparée en identifiant et en pondérant pour chaque ingérence les droits et intérêts concernés pour arriver à une mise en balance juste et équitable.

B. *Le poids et la portée des six critères de pondération employés par la Cour*

La transposition du schéma d'analyse *Axel Springer* à la problématique des publications réalisées en caméra cachée soulève la question de savoir si la démarche de la Cour a intégré tous les éléments pertinents dans la mise en balance des intérêts ou si certains facteurs sont restés dans l'ombre. En vue d'autres affaires qui seront portées devant la Cour, il convient aussi de s'interroger sur la portée et le poids des différents critères, appliqués aux méthodes d'enregistrement secret. À noter que les six critères de pondération identifiés dans la jurisprudence *Axel Springer* ne peuvent pas être considérés de façon isolée. Ils se chevauchent, faisant « partie d'une même pesée des intérêts »⁶⁶.

1. La contribution à un débat d'intérêt général

Le premier critère de pondération, celui de savoir si les propos diffusés contribuent à un débat d'intérêt général, est, selon l'arrêt *Axel Springer*, un « élément essentiel »⁶⁷. Accorder un rôle central à ce facteur dans des affaires portant sur la problématique soulevée dans l'arrêt *Haldimann* s'accorde avec

⁶⁵ Voy. *supra*, I.B. Mais voy. arrêt *Brambilla*, précité, § 44, dans lequel la Cour laisse ouverte la question de savoir si la condamnation de journalistes pour avoir intercepté des radiocommunications des forces de l'ordre afin de pouvoir se rendre rapidement sur la scène d'un crime en vue de réaliser un article porte ingérence à l'article 10 de la Convention. Voy. la critique énoncée dans l'opinion concordante du juge Spano, § 6.

⁶⁶ Voy. en lien avec la jurisprudence sur les lanceurs d'alerte, V. JUNOD, « Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*? (Cour eur. dr. h., *Bucur et Toma c. Roumanie*, 8 janvier 2013) », *cette Revue*, 2014, p. 475. Pour une analyse critique de la jurisprudence rendue en application des six critères de pondération, voy. K. BLAY-GRABARCZYK, « Conciliation de la protection des droits d'autrui et de la liberté de la presse: la quête d'un équilibre introuvable », *cette Revue*, 2014, pp. 237-252.

⁶⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Axel Springer*, précité, § 90.

les règles de déontologie journalistique⁶⁸, qui érigent le critère d'intérêt public en une condition indispensable pour justifier le recours à des méthodes d'investigation cachée. Si on admet le rôle cardinal de ce critère, il devient pressant de circonscrire ses contours.

a. La notion de débat d'intérêt général

La notion de débat d'intérêt général est difficile à saisir⁶⁹, se prêtant à des interprétations plus ou moins extensives, comme le montre la jurisprudence européenne. Rappelons, à cet égard, le bras de fer entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de ce qui constitue un débat d'intérêt général en lien avec des publications de photos de célébrités⁷⁰, conduisant la Cour à assouplir sa position et à accepter, compte tenu de la marge d'appréciation revenant aux juridictions nationales, des conceptions très extensives de l'intérêt public. Dans l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, elle a admis qu'une photo, accompagnée d'un article, montrant les enfants du prince régnant de Monaco en vacances pendant que leur père était malade a «apporté, au moins dans une certaine mesure, une contribution à un débat d'intérêt général»⁷¹, à savoir «comment les enfants du prince conciliaient leurs obligations de solidarité familiale avec les besoins légitimes de leur vie privée, dont faisait partie le désir de partir en vacances»⁷². Dans l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne (n° 3)*, elle est parvenue à la même conclusion au sujet d'une photo et d'un texte l'accompagnant visant à «rendre compte d'une tendance parmi les personnes célèbres de mettre leurs résidences de vacances en location»⁷³.

⁶⁸ Voy. *supra*, I.A.

⁶⁹ Voy. par exemple I. HARE, «Is the Privileged Position of Political Speech Justified?», in J. Beatson et Y. Cripps (éd.), *Freedom of Expression and Freedom of Information – Essays in Honour of Sir David Williams QC*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 108 et s.; voy. en lien avec la jurisprudence américaine: C. CALVERT, «The Voyeurism Value in First Amendment Jurisprudence», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 1999, vol. 17, pp. 273 et s. et 288 et s.; P.A. LEBEL, «The constitutional interest in getting the news: toward a first amendment protection from tort liability for surreptitious newsgathering», *William & Mary Bill of Rights Journal*, 1996, vol. 4, p. 1157.

⁷⁰ Voy. à ce sujet par exemple M. HERTIG RANDALL, «Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen», in F. Bellanger et J. de Werra (éd.), *Genève au confluent du droit interne et du droit international – Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012*, Schulthess, Zurich, 2012, pp. 32 et s. et 42 et s.

⁷¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Von Hannover (n° 2)*, précité, § 118.

⁷² *Ibid.*, § 117.

⁷³ *Ibid.*, § 51. Pour des exemples semblables tirés de la jurisprudence américaine concernant la presse *people*, voy. C. CALVERT, «The Voyeurism Value in First Amendment Jurisprudence»,

Si l'on suit la conception extensive du débat d'intérêt général, telle qu'elle ressort des arrêts *Von Hannover* (n° 2) et (n° 3), la question se pose de savoir quels intérêts publics ont suffisamment de poids pour faire pencher la balance en faveur de la liberté d'expression dans des affaires concernant des méthodes d'enregistrement caché. L'approche de la Cour étant casuistique, la réponse à cette question dépend des circonstances du cas d'espèce, dont la jurisprudence tient compte dans l'analyse des autres critères de pondération. Des réflexions d'ordre général, axées sur les spécificités des méthodes d'enregistrement caché, sont néanmoins utiles.

En effet, la réalisation et la diffusion ultérieure des séquences enregistrées avec caméra cachée présentent des caractéristiques propres qui ne permettent pas de simplement transposer la conclusion à laquelle la Cour est arrivée dans d'autres affaires portant sur un conflit entre la liberté d'expression et la protection de la sphère privée. Tout d'abord, des méthodes d'enregistrement caché vont en règle générale de pair avec la dissimulation de l'identité de la ou du journaliste et constituent une méthode d'investigation déloyale selon les règles déontologiques⁷⁴. Elles mettent ainsi hors jeu la capacité de la personne filmée de moduler son comportement et ses propos en fonction de l'identité de son interlocuteur⁷⁵ – et en fonction du public en cas de diffusion⁷⁶ –, por-

←

op. cit., pp. 294 et s. et p. 312. Mais voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Mosley c. Royaume-Uni*, 10 mai 2011, § 114: «the Court stresses that in assessing in the context of a particular publication whether there is a public interest which justifies an interference with the right to respect for private life, the focus must be on whether the publication is in the interest of the public and not whether the public might be interested in reading it».

⁷⁴ Voy. *supra*, I.A. Voy. également P. STUDER et M. KÜNZI, *Repères pour un journalisme responsable – Guide pratique du Conseil suisse de la presse*, Conseil suisse de la presse, Interlaken, 2011, qui énoncent qu'«une recherche cachée représente toujours une rupture de confiance» (réponse à la question 12).

⁷⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner*, précité, § 78. Voy. également P. STUDER et M. KÜNZI, *Repères pour un journalisme responsable – Guide pratique du Conseil suisse de la presse*, *op. cit.*, selon lesquels le journaliste ne doit pas s'identifier à chaque étape de son enquête. S'il recueille des informations triviales à l'instar de tout autre consommateur, il ne doit pas s'identifier. En revanche, «à partir du moment où il pose des questions 'de fond' sur les rapports commerciaux et les contrôles de qualité [...], il doit révéler sa qualité de journaliste» (réponse à la question 11); P. LEBEL, «The constitutional interest in getting the news: toward a first amendment protection from tort liability for surreptitious newsgathering», *op. cit.*, p. 1157: «The state interest in being free from misrepresentations of the status of those with whom one deals is not trivial».

⁷⁶ Le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Bremner*, précité, § 78, va dans ce sens. La Cour y retient au sujet d'un entretien de nature religieuse filmé en cachette et diffusé par la suite que le requérant «ne pouvait pas soupçonner qu'en discutant avec la personne qui l'avait contacté et ses

→

tant atteinte à l'intérêt légitime de savoir à qui l'on a affaire dans ses interactions sociales. Ensuite, les enregistrements cachés sont souvent réalisés dans des espaces qui ne sont pas librement accessibles, étant donné qu'ils tendent à montrer des comportements qui ne sont pas destinés au grand public⁷⁷. Ils sont pour cette raison encore plus intrusifs que des photos réalisées sans subterfuge sur le domaine public, même si celles-ci sont prises à l'insu de la personne⁷⁸. L'on se trouvera dans le cas d'enregistrements filmés en cachette souvent dans des circonstances où la cible avait une « espérance légitime » accrue de protection et de respect de sa sphère privée⁷⁹. En conclusion, comme la Cour l'a relevé dans l'arrêt *Bremner c. Turquie* – son deuxième arrêt portant sur un reportage réalisé avec une caméra cachée – « l'usage d'une technique aussi intrusive et aussi attentatoire à la vie privée [...] que celle de la caméra cachée doit en principe être restreint »⁸⁰.

Compte tenu des spécificités des méthodes d'enregistrement caché, les intérêts publics avancés dans les arrêts *Von Hannover (n° 2)* et (*n° 3*) ne pèsent à notre sens pas suffisamment lourd pour l'emporter sur les intérêts protégés par l'article 8 de la Convention⁸¹. Pour mieux cerner les intérêts qui ont une

←

amis, il risquait de se voir critiquer publiquement. Il pensait tout à fait légitimement avoir affaire à de simples particuliers intéressés par le christianisme».

⁷⁷ Voy. C. CALVERT, «The Voyeurism Value in First Amendment Jurisprudence», *op. cit.*, p. 301: «Professional journalists use the new recording technologies to obtain hidden-camera videotape that provides voyeuristic video – video taken in places we don't ordinarily see and video that captures unsuspecting people at moments when they think no one is watching».

⁷⁸ Pour le degré d'intrusion comme facteur de pondération, voy. aussi *infra*, III.B. Voy. également Cour eur. dr. h., arrêt *De La Flor Cabrera c. Espagne*, 27 mai 2014, où le requérant avait été filmé à son insu lorsqu'il se trouvait sur la voie publique. Selon la Cour, «la conduite d'une moto pour des déplacements sur la voie publique» était une activité «susceptible d'être enregistrée». Dans cette affaire, comme les enregistrements avaient vocation à servir de preuve dans un procès, «l'ingérence dans le droit du requérant à sa vie privée n'a pas été disproportionnée» (§§ 37 et s.).

⁷⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Von Hannover*, précité, § 53, se référant à l'arrêt de la Cour eur. dr. h., *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, § 45. Voy. également arrêt *Von Hannover (n° 2)*, précité, § 97.

⁸⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner*, précité, § 76.

⁸¹ Cette conclusion est en ligne avec certaines règles déontologiques qui se montrent exigeantes quant à l'importance de l'intérêt public (voy. les références citées sous note 24). Elle trouve un appui dans un autre arrêt de la Cour portant sur un délit de recherche (à savoir la condamnation pour interception de radiocommunications entre agents de police); voy. arrêt *Brambilla*, précité, § 59, et surtout l'opinion concordante du juge Spano, § 8: «[...] il y a des situations dans lesquelles l'article 10 de la Convention peut justifier que des journalistes décident d'adopter des stratégies d'enquête agressives dans le travail, ce qui peut impliquer l'accès à des informations confidentielles, s'il existe un *fort intérêt général* à diffuser l'information en question, par exemple lorsqu'il s'agit d'essayer de faire la lumière sur la corruption ou les activités illégales de fonctionnaires gouvernementaux ou de représentants élus» (souligné par les auteures).

importance suffisante en vue de justifier le recours à la caméra cachée, il nous paraît utile de s'inspirer de la jurisprudence européenne au sujet des lanceurs d'alerte⁸². La problématique du *whistleblowing* présente en effet des analogies avec le journalisme d'investigation, dans la mesure où la liberté d'expression y est invoquée dans le but d'exposer et de dénoncer des abus ou défaillances que les personnes ou organisations concernées souhaitent garder à l'abri des yeux du public. Les lanceurs d'alerte sont de surcroît une source d'information importante pour le journalisme d'investigation, donnant souvent l'impulsion aux médias d'enquêter sur une thématique, y compris sous forme couverte⁸³.

Les arrêts où la Cour a jugé que la liberté d'expression du lanceur d'alerte l'emportait sur les intérêts de l'employeur ont porté notamment sur la corruption et le trafic d'influence⁸⁴, des actes illégaux au sein du service public de renseignement⁸⁵ et des mauvaises conditions de travail dans un home pour personnes âgées⁸⁶. Dans ces circonstances, l'exercice de la liberté d'expression remplit ses fonctions de contrôle et d'information, jugées essentielles dans une société démocratique. De même, le rôle de la presse de «chien de garde» dans une société démocratique doit être mis en avant lorsqu'il s'agit de statuer sur des requêtes portant sur des méthodes d'investigation clandestine. Dans cet ordre d'idées, le journalisme d'investigation a été décrit, à juste titre, comme un moyen d'exposer des abus et irrégularités dans le domaine politique, économique ou social⁸⁷. Selon l'importance des défaillances (qui peuvent aller des actes criminels à des comportements de moindre gravité), l'intérêt public pèse plus ou moins fort dans la balance des intérêts.

Dans l'arrêt *Haldimann*, la Cour a attribué un poids considérable à la problématique traitée dans l'émission, à savoir la mauvaise qualité du conseil délivré par des courtiers en assurances privées, estimant qu'elle concernait «un débat qui présentait un grand intérêt public»⁸⁸. Cette appréciation s'inscrit dans la continuité d'autres arrêts portant sur des publications critiquant certains acteurs économiques ou certaines pratiques commerciales. La Cour a notamment qualifié de discours portant sur un sujet d'intérêt général des publications dénonçant les pratiques de chasse de phoques au motif qu'elles

⁸² Voy. à ce sujet V. JUNOD, «Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja?*», *op. cit.*, pp. 466 et s.

⁸³ Voy. J. EICHHOFF, *Investigativer Journalismus aus verfassungsrechtlicher Sicht*, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Guja c. Moldova*, 12 février 2008.

⁸⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Bucur et Toma c. Roumanie*, 8 janvier 2013.

⁸⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Heinisch c. Allemagne*, 21 juillet 2011.

⁸⁷ Voy. S.M. KLINTWORTH, *Investigativer Journalismus im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Strafrecht*, *op. cit.*, pp. 33 et s. et 39.

⁸⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, § 56.

impliquaient des actes de cruauté envers les animaux⁸⁹, un spot télévisé critiquant l'élevage industriel des animaux et exhortant le public à consommer moins de viande⁹⁰, des tracts dénonçant les normes de travail et les pratiques commerciales préjudiciables à la santé et à l'environnement d'une société multinationale (McDonald's)⁹¹, et un article de presse relatant les complications et le manque de suivi postopératoire dont se plaignaient des patientes d'un chirurgien esthétique renommé⁹².

La Cour a raison de considérer que la protection des consommateurs revêt dans l'affaire *Haldimann* un intérêt public considérable⁹³. Ce faisant, elle tient compte du problème de l'asymétrie d'information, qui constitue selon les économistes une source de mauvais fonctionnement du marché⁹⁴. L'asymétrie – à savoir le déséquilibre entre le niveau d'information de l'agent économique et celui du client – est d'autant plus importante que le client n'est pas en mesure de vérifier la qualité d'un produit ou d'un service. Elle est très prononcée dans les secteurs des services appelant des connaissances spécialisées, comme les services médicaux, juridiques ou – comme en l'espèce – le conseil en assurances⁹⁵. Dans ces conditions, il existe un risque considérable que les agents économiques exploitent le déficit d'information des clients en leur faveur, notamment en omettant de leur fournir les renseignements de qualité nécessaires. Dans un tel contexte, il est important que les pratiques commerciales soient

⁸⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999.

⁹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse*, 28 juin 2001 ; Gde Ch., arrêt *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009.

⁹¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005.

⁹² Cour eur. dr. h., arrêt *Bergens Tidende e.a. c. Norvège*, 2 mai 2000. Pour d'autres exemples, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Björk Eidsdóttir c. Islande*, 10 juillet 2012 (concernant les conditions de travail des danseuses de cabaret) ; arrêt *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985 (critique des heures d'ouverture restrictives des cabinets vétérinaires) ; arrêt *Fressoz et Roire*, précité (informations sur la rémunération d'un dirigeant d'une grande société automobile dans le cadre d'un sérieux conflit social portant sur les hausses de salaire réclamées par les employés).

⁹³ Voy. à ce sujet M. HERTIG RANDALL, « La société civile face à la société commerciale : quelques réflexions sur la liberté d'expression dans un contexte commercial politisé », in Fr. Bohnet et P. Wessner (éd.), *Droit des sociétés : mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2006, pp. 493 et s.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 481 et s.

⁹⁵ Voy. M. HERTIG RANDALL, « Communication strategies on social corporate responsibility : The Role of Freedom of Expression », *Frontiers of Law in China*, mars 2015, vol. 10, p. 40.

soumises au contrôle des médias ou d'autres acteurs, qui, en leur rôle de « chien de garde social »⁹⁶, défendent les intérêts des consommateurs⁹⁷.

b. La contribution à un débat d'intérêt général

Une fois établi qu'une publication s'inscrit dans un débat d'intérêt général, la Cour examine si elle contribue effectivement au thème d'intérêt public. L'exigence d'une *contribution* à un débat d'intérêt général est pertinente à plus d'un titre pour la problématique soulevée dans l'arrêt *Haldimann*. Dans la mise en balance des intérêts, elle intervient tant en défaveur qu'en faveur de la liberté d'expression. D'une part, elle appelle un examen concret de la publication afin de déterminer si l'émission diffusée – et les séquences réalisées à l'aide de caméras cachées – « étaient susceptible[s] de nourrir le débat public sur le sujet »⁹⁸. Des séquences qui n'apportent pas « un éclairage pertinent pour le débat public » et servent « tout au plus [à] la satisfaction d'une curiosité malsaine »⁹⁹ ne remplissent pas cette condition. Appliquée à la problématique de la caméra cachée, cette ligne d'argumentation est utile pour éviter que les méthodes d'investigation clandestine soient utilisées principalement au bénéfice de tendances voyeuristes au lieu d'exposer des abus et défaillances dans l'intérêt public.

⁹⁶ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie*, 14 avril 2009, § 27.

⁹⁷ Concernant les médias, une raison supplémentaire justifie d'accorder un niveau de protection élevé au journalisme économique. Leur dépendance des recettes publicitaires réduit dans de nombreux cas l'incitation à exposer des défaillances dans le secteur économique, voire favorise des tendances d'autocensure induite par la crainte de perdre des sources de financement. Voy. E.C. BAKER, *Advertising and a Democratic Press*, Princeton University Press, Princeton, 1994, chapitre 2; L. SOLEY, *Censorship, Inc. : The Corporate Threat to Free Speech in the United States*, Monthly Review Press, New York, 2002.

⁹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, § 57; voy. aussi arrêt *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, 9 novembre 2006, § 79 et arrêt *Bremner*, précité, § 80 et s., dans lequel la Cour a conclu que la diffusion de l'image du requérant sans voiler son identité ne faisait aucune contribution à un débat d'intérêt général (sur les mesures d'anonymisation à prendre, voy. aussi *infra*, III.B.2). Voy. aussi par analogie arrêt *Flinkkilä e.a. c. Finlande*, 6 avril 2010, § 84, et arrêt *Jokitaipale e.a. c. Finlande*, 6 avril 2010, § 72, exigeant que les photos publiées présentent un rapport étroit au sujet d'intérêt général.

⁹⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Bédat*, précité, § 65 (se référant aux propos du Tribunal fédéral suisse). Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas de contribution à un débat d'intérêt général. Elle est parvenue à la même conclusion dans l'arrêt *Leempoel*, précité.

D'autre part, dans l'arrêt *Haldimann*, l'exigence d'une contribution à un débat d'intérêt général est appliquée en faveur de la liberté d'expression. La Cour s'en sert pour infirmer l'argumentation du Tribunal fédéral considérant que les séquences enregistrées et diffusées étaient dénuées d'intérêt public au motif que l'enregistrement d'un seul entretien n'arrivait pas à établir l'ampleur du phénomène de mauvais conseils dans le secteur concerné. À ce raisonnement, la Cour rétorque que «seule importe la question de savoir si le reportage était susceptible de contribuer au débat d'intérêt public, et non celle de savoir s'il a pleinement atteint cet objectif»¹⁰⁰. Par cette argumentation, elle adopte une approche favorable à une technique journalistique courante, celle du journalisme exemplatif, ce qui est à notre sens à saluer.

En effet, le but d'établir l'ampleur d'une pratique problématique dans un secteur entier est difficile à atteindre et nécessiterait dans beaucoup de cas des ressources excessives, ce qui découragerait la pratique du journalisme d'investigation. Qui plus est, des publications pointant un problème à l'aide d'un exemple sont susceptibles de donner l'impulsion à d'autres études ou réactions de la part de la presse, de la société civile ou des autorités, ce qui est dans l'intérêt général. Dans les circonstances de fait à la base de l'arrêt *Haldimann*, relevons que l'émission a été réalisée en réaction à l'absence de preuves au sujet des mauvais conseils dans le secteur des assurances privées dont se plaignaient les clients. Même si un entretien isolé ne permet pas d'identifier l'ampleur du problème, il fournit un élément concret indiquant que les critiques des clients ne sont pas dénuées de tout fondement et invitant les autorités à se saisir de la problématique.

2. La notoriété de la personne visée et l'objet du reportage

Le deuxième facteur de pondération, à savoir la notoriété de la personne visée et la nature de l'activité faisant l'objet du reportage, est étroitement lié au premier critère¹⁰¹. Il ne doit pas être apprécié de manière isolée, mais dans le contexte du reportage qui contribue ou non à un débat dans une société démocratique¹⁰².

La Cour a eu l'occasion de développer sa jurisprudence concernant l'impact de la notoriété de la personne visée¹⁰³ dans maintes affaires concernant des

¹⁰⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, § 57.

¹⁰¹ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Axel Springer*, précité, § 91.

¹⁰² Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner*, précité, § 80.

¹⁰³ Voy. pour la jurisprudence de la Cour sur la distinction entre personnes privées et personnes publiques, arrêt *Axel Springer*, précité, § 91 et jurisprudence citée.

célébrités qui se sont opposées à des reportages ou à la publication de photos qui dévoilaient des détails de leurs vies privées, notamment l'affaire *Axel Springer*¹⁰⁴ et les diverses affaires *Von Hannover*¹⁰⁵. De ce point de vue, l'affaire *Haldimann* constitue un cas atypique, car la cible, à savoir le courtier filmé à son insu, « n'était pas un personnage public jouissant d'une notoriété particulière »¹⁰⁶ et l'émission litigieuse n'avait pas pour but de le critiquer personnellement, mais de dénoncer des pratiques commerciales au sein d'un secteur entier¹⁰⁷. En revanche, envisagé sous l'angle du journalisme d'investigation, l'arrêt commenté ne présente pas des caractéristiques atypiques. Pour la presse *people*, la personne filmée représente à la fois l'objet, le but et le contenu du reportage. Par contre, le journalisme d'investigation, bien qu'il puisse s'intéresser également à la personne filmée et à sa vie privée, poursuit toujours un but qui va au-delà de l'intérêt porté strictement à la personne filmée : il tend à démontrer des abus ou défaillances dans le secteur politique, social ou économique. Il n'est dès lors pas rare que le matériel filmé de façon clandestine à des fins d'investigation contienne des images de personnes inconnues du public¹⁰⁸, comme c'était le cas du courtier dans l'arrêt commenté¹⁰⁹. Celui-ci ne servait que d'exemple pour illustrer des abus dans un secteur professionnel.

En tant que personne privée qui n'avait pas donné son consentement à l'enregistrement, le courtier pouvait « raisonnablement croire au caractère privé » de l'entretien¹¹⁰. Néanmoins, l'intérêt public d'être informé des dysfonctionnements dans le domaine des assurances privées pesait en l'espèce plus lourd que l'atteinte au droit au respect de la sphère privée. En effet – et c'est là un des points cruciaux de l'arrêt commenté – la Cour considère déterminant le fait que les requérants aient pixélisé le visage du courtier et modifié sa voix, de sorte qu'il n'était plus reconnaissable. Le recours à ces moyens techniques de caviardage permettait en l'espèce de diminuer considérablement l'atteinte au droit du courtier à sa vie privée.

¹⁰⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Axel Springer*, précité, §§ 91 et 97 et s.

¹⁰⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Von Hannover*, précité, § 74; arrêt *Von Hannover (n° 2)*, précité, §§ 110 et 120; arrêt *Von Hannover (n° 3)*, précité, § 53.

¹⁰⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, § 52.

¹⁰⁷ *Ibid.*, § 52.

¹⁰⁸ Notamment des reportages visant à dénoncer des mauvais traitements des patients au sein d'une institution, ou la cruauté envers les animaux dans les abattoirs (voy. *supra*, Introduction), contiennent des images de personnes sans notoriété publique.

¹⁰⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, § 60.

¹¹⁰ *Ibid.*

La Cour a confirmé que le floutage est une circonstance déterminante dans l'arrêt *Bremner*¹¹¹. À l'instar de l'arrêt *Haldimann*, cette affaire portait sur la diffusion d'un reportage réalisée avec caméra cachée et visait une personne inconnue du grand public. La Cour y conclut que «la diffusion sans floutage ou voilage de l'image du requérant» a violé le droit de ce dernier à sa vie privée¹¹².

Notons que l'usage judiciaire du floutage ou voilage dépend de la notoriété de la personne visée et de l'objet du reportage. Ainsi, si un reportage porte par exemple sur les abus commis par une personnalité publique, connue par une grande majorité de l'audience, la pixellisation du visage peut être une mesure superflue. En revanche, le recours à des méthodes techniques de caviardage s'impose à notre avis si la personne visée est une célébrité locale, c'est-à-dire connue d'une partie restreinte du public, et que le reportage est diffusé par exemple à la télévision nationale¹¹³. Par ailleurs, dans le cas où un(e) journaliste essaie de démontrer des défaillances dans un secteur entier, la pixellisation des visages et la modification des voix constituent des moyens non seulement pour protéger la vie privée des personnes filmées, mais également pour renforcer le caractère objectif du reportage. Enfin, les journalistes devraient procéder à la pixellisation de manière systématique s'agissant des personnes se trouvant fortuitement sur le lieu des événements¹¹⁴.

Il convient d'ajouter que le floutage revêt de l'importance uniquement pour la *diffusion* du matériel enregistré. Il n'influe pas sur la gravité de l'atteinte aux intérêts protégés par l'article 8 de la Convention due à l'*enregistrement*. La Cour qualifie cette ingérence de peu grave dans l'arrêt commenté au motif que l'enregistrement n'était accessible qu'à un cercle restreint de personnes¹¹⁵. Ce raisonnement est à notre sens incomplet. Il fait abstraction de la jurisprudence de la Cour selon laquelle la protection effective de l'image de l'individu ne se

¹¹¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner*, précité. La Cour a aussi retenu la déformation de la voix comme un facteur pesant en faveur de la liberté d'expression dans l'arrêt *Pinto Coelho* (n° 2), précité, concernant une journaliste condamnée pour avoir diffusé des enregistrements sonores d'une audience dans le cadre d'un reportage sans autorisation du tribunal (§§ 9 et 50 de l'arrêt). À l'inverse, dans l'arrêt *Peck c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2003, §§ 80 et s., où la Cour a jugé que la diffusion d'une séquence vidéo ainsi que d'une photo montrant le requérant en situation de détresse sans avoir préalablement masqué les images en question constituait une violation de l'article 8 de la Convention.

¹¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner*, précité, §§ 82 et s.

¹¹³ Voy. *supra*, I.A. pour le cas des chirurgiens esthétiques: dans un tel cas, une pixellisation s'imposerait, étant donné que l'un d'eux était connu au niveau local, mais non au niveau national.

¹¹⁴ Voy. notamment les directives du Conseil suisse de la presse relatives à la «Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste», point 4.2.

¹¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, § 64.

limite pas au droit de s'opposer à la diffusion. Elle suppose également celui de s'opposer à la captation et à la conservation de l'image¹¹⁶, car «[d]ans le cas contraire, un attribut essentiel de la personnalité pourrait être détenu par autrui sans que l'intéressé ait la maîtrise sur son éventuel usage ultérieur»¹¹⁷.

3. Le comportement antérieur de la personne concernée

La Cour a relevé dans plusieurs affaires impliquant la protection de la sphère privée que le comportement antérieur de la personne concernée joue également un rôle. Ce critère englobe la question de savoir si la photo ou l'information litigieuse a déjà été publiée, notamment par la personne concernée elle-même, le degré de coopération avec la presse de la personne concernée ainsi que les démarches entreprises par cette dernière visant à la rectification des faits rapportés¹¹⁸.

Ainsi, si une information ou une photo touchant à la sphère privée d'une personne a déjà été publiée auparavant, par exemple dans un autre journal, l'atteinte à la sphère privée est moindre¹¹⁹. Cela est vrai dans une plus grande mesure encore si la personne concernée a divulgué elle-même les informations ou photos en question¹²⁰. De même, une personne qui coopère avec la presse, notamment en se projetant au-devant de la scène, en recherchant elle-même le public pour son propre intérêt publicitaire et en révélant nombre de détails sur sa vie privée dans des interviews avec la presse, perd l'«espérance légitime» de voir sa vie privée effectivement protégée¹²¹.

En particulier le critère de la coopération antérieure avec la presse ne nous semble pas transposable aux méthodes d'investigation clandestine. Même si la personne visée avait collaboré à un moment donné avec la presse, l'on ne peut déduire d'une telle «tolérance ou complaisance réelle ou supposée d'un individu vis-à-vis des publications portant sur sa vie privée»¹²² un consentement

¹¹⁶ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *De La Flor Cabrera*, précité, § 31.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Pinto Coelho (n° 2)*, précité, § 50; arrêt *Hoffmann c. Allemagne*, 11 octobre 2001, § 25; décision *Müller c. Allemagne*, 14 septembre 2010, partie «en droit».

¹¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Axel Springer*, précité, § 92; arrêt *Von Hannover (n° 2)*, précité, § 111.

¹²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Hachette Filipacchi Associés («Ici Paris») c. France*, 23 juillet 2009, §§ 52 et 53; arrêt *Sapan c. Turquie*, 8 juin 2010, §§ 34 et 35.

¹²¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Bohlen c. Allemagne*, 19 février 2015, § 53; arrêt *Axel Springer*, précité, § 101.

¹²² Cour eur. dr. h., arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, 10 novembre 2015, § 130; voy. également arrêt *Alkaya c. Turquie*, 9 octobre 2012, § 31, arrêt *Von Hannover (n° 2)*, précité, § 111, et arrêt *Egeland et Hanseid c. Norvège*, 16 avril 2009, § 62 (concernant une personne inconnue du public).

implicite à une méthode d'investigation considérée comme étant déloyale, comme l'est la caméra cachée.

La coopération avec la presse n'est pas plus adaptée au cas de figure où le reportage vise à démontrer des problèmes systémiques dans un secteur déterminé, comme c'est souvent le cas du journalisme d'investigation. Il n'est donc pas surprenant que la Cour n'ait pas examiné ce point dans l'arrêt *Haldimann*. Comme le courtier était un personnage privé choisi au hasard pour démontrer les abus systématiques dans le domaine des assurances privées, il aurait en effet été peu probable qu'il ait collaboré avec la presse auparavant.

Un autre critère prévu par certains codes de déontologie nous semble néanmoins plus pertinent dans des affaires concernant des méthodes d'investigation secrète : l'existence de soupçons fondés par rapport au sujet enquêté avant d'employer ces techniques¹²³. Ainsi, un(e) journaliste devrait, sur la base de ses recherches et après examen de la crédibilité de ses sources, disposer de motifs raisonnables pour croire à l'existence de dysfonctionnements ou comportements abusifs. En d'autres termes et pour reprendre une notion que la Cour utilise dans le contexte des jugements de valeur, la démarche des journalistes doit reposer sur une « base factuelle suffisante »¹²⁴. L'exigence d'une telle base factuelle à l'origine de la démarche journalistique assure également que les journalistes ne procèdent pas à des recherches indéterminées fondées sur des soupçons très généraux, des soi-disant *fishing expeditions*. Dans l'arrêt *Haldimann*, les requérants disposaient de tels soupçons fondés pour procéder à l'enregistrement litigieux du courtier. En effet, non seulement l'ombudsman du canton de Zurich avait constaté dans ses rapports annuels des abus dans le domaine de l'assurance privée, mais la rédaction de l'émission « Kassensturz » avait également reçu des lettres de téléspectateurs se plaignant des mauvais conseils des courtiers. Ces éléments constituaient une base factuelle suffisante. Des soupçons

¹²³ Voy. notamment I. BEALES, *The Editor's Codebook*, pp. 65 et s., disponible sur www.editorcode.org.uk/downloads/codebook/codebook-2014.pdf, et BBC Editorial Guidelines (Royaume-Uni), chap. 7.4.10. et 7.4.14., qui exigent l'existence d'une « *prima facie* evidence » (voy. *supra*, I.A.). Voy. également P.A. LEBEL, « The constitutional interest in getting the news: toward a first amendment protection from tort liability for surreptitious newsgathering », *op. cit.*, p. 1157. L'on retrouve ce critère également dans le contexte des mesures de surveillance utilisées par les autorités pénales dans le cadre d'une procédure pénale, voy. par exemple le Code de procédure pénale suisse aux articles 269 et s. Pour des exemples de facteurs donnant l'impulsion aux journalistes de mener des recherches, voy. J. LUDWIG, *Investigatives Recherchieren*, *op. cit.*, pp. 21 et s.

¹²⁴ Voy. D. HARRIS, M. O'BOYLE *et al.*, *Law of the European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 700 et s., pour la théorie concernant la base factuelle suffisante dans le contexte des jugements de valeur.

fondés à l'égard du courtier lui-même n'étaient pas nécessaires compte tenu du fait que le reportage ne le mettait pas en cause personnellement.

En revanche, l'arrêt *Bremner* ne contient pas d'indications montrant que la journaliste turque disposait de tels soupçons fondés avant de réaliser le reportage litigieux sur les activités de prosélytisme « secrètes » à l'aide d'une caméra cachée¹²⁵. Elle avait, en effet, été contactée par une seule personne qui a été « intriguée » par une annonce publique proposant de lire des livres gratuitement, et qui avait pu établir que les lectures proposées portaient sur le christianisme. La journaliste a eu recours à la caméra secrète sans entreprendre aucune investigation complémentaire permettant d'étayer des soupçons d'activités prosélytiques « secrètes » ou autrement abusives. Dans ces conditions, il est douteux que la journaliste se soit appuyée sur une base factuelle suffisante pour procéder à la réalisation d'un reportage à l'aide d'une caméra cachée.

4. Le mode d'obtention des informations et leur véracité

Le quatrième critère qui est pertinent pour la mise en balance des intérêts se décline en deux sous-critères. Le second, à savoir la véracité des informations diffusées, n'a pas prêté à discussion dans l'arrêt *Haldimann*. Ce facteur est cependant important si l'on considère que le recours à la caméra cachée se justifie essentiellement à des fins du journalisme d'investigation et non à des fins sensationnalistes ou voyeuristes. Le but du journalisme d'investigation étant d'informer le public sur des abus ou défaillances, des diffusions qui induisent en erreur, par exemple par des reproductions tronquées ou trafiquées ou une mise en contexte inadéquate, ne permettent pas d'atteindre cet objectif¹²⁶. Utilisées à bon escient, des séquences filmées peuvent favoriser la véracité d'un reportage, dans la mesure où leur diffusion permet au public de se forger sa propre opinion¹²⁷ sur des critiques qui impliquent un jugement qualitatif relativement complexe. L'évaluation des conseils prodigués par un courtier en assurances et de son degré de professionnalisme en fait partie.

Le premier sous-critère, à savoir le mode d'obtention des informations, prend toute son importance pour les délits de recherche qui sanctionnent le mode opératoire clandestin des journalistes. Dans sa jurisprudence portant sur

¹²⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner*, précité, § 10.

¹²⁶ Voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, §§ 33 et s., pour un exemple de mise en contexte adéquate.

¹²⁷ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, § 65.

la publication de photos de célébrités, la Cour a retenu comme circonstance favorable aux journalistes que les photos n'avaient pas été prises clandestinement, ou à l'aide de manœuvres frauduleuses, ou plus généralement, «à l'aide de moyens équivalents de nature à rendre leur publication illicite»¹²⁸. Dans l'arrêt *Haldimann*, la Cour admet que le courtier pouvait «légitimement nourrir le sentiment qu'il a été leurré par les journalistes»¹²⁹, mais n'accorde pas un poids décisif à la démarche clandestine des journalistes. Aux yeux de la Cour, un autre critère est plus pertinent : celui de savoir si les journalistes ont agi de bonne foi. Elle estime que tel est le cas, invoquant deux motifs à l'appui : *primo*, le fait que le droit interne ne réprimait pas de façon absolue l'utilisation de la caméra cachée et que les juridictions internes n'avaient pas été unanimes sur la question de savoir si le comportement des journalistes pouvait être justifié à l'aune du droit pénal suisse¹³⁰, et *secundo*, le fait que l'on ne pouvait reprocher aux journalistes «un comportement *délibérément* contraire aux règles déontologiques»¹³¹. Ce raisonnement se montre peu exigeant à l'égard des «devoirs et responsabilités» des médias. Il s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle leur laissant une marge de manœuvre considérable, et soucieuse d'éviter que la Cour ou les juridictions nationales substituent leur appréciation à celle des journalistes¹³². La latitude laissée aux médias s'applique notamment au choix des techniques de compte rendu¹³³, et, dans l'arrêt *Haldimann*, également au choix des méthodes d'investigation.

En accordant une importance considérable aux règles déontologiques, combinée avec une approche respectueuse de la liberté des médias, la Cour esquivait la question qui était la plus controversée au niveau interne : celle de déterminer dans quelle mesure le recours à la caméra cachée était un moyen nécessaire pour obtenir les éléments requis pour informer le public sur un sujet d'intérêt

¹²⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Von Hannover* (n° 2), précité, §§ 113 et 122.

¹²⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Haldimann*, précité, § 61.

¹³⁰ Ces faits distinguent l'affaire *Haldimann* des affaires *Salihu*, précitées, et *Erdtmann*, précitée, dans lesquelles la Cour attache plus de poids à la démarche illégale des journalistes (voir les extraits cités sous la note 48).

¹³¹ *Ibid.*, § 61 (italiques ajoutées par les auteurs).

¹³² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Jersild*, précité, § 31.

¹³³ *Ibid.*

général. En Suisse, ce critère est pertinent tant sous l'angle du droit pénal¹³⁴, que sous l'angle de la déontologie journalistique¹³⁵. Le Tribunal fédéral et le Conseil suisse de la presse divergent cependant sur l'interprétation et l'application de la condition de nécessité. Aux yeux de la Cour suprême helvétique, le recours à la caméra cachée n'avait pas été véritablement nécessaire dans l'affaire *Haldimann*, parce que d'autres techniques, tels la transcription ultérieure de l'entretien avec le courtier ou le commentaire d'un contrat d'assurance insuffisant, auraient également pu démontrer les abus dans ce secteur. En outre, dès lors que le grand public se fie en principe plutôt aux journalistes du domaine de la protection des consommateurs qu'aux courtiers en assurances, un reportage sans images enregistrées secrètement aurait selon les juges fédéraux également suffi pour mettre en garde les consommateurs. Ce raisonnement revient en substance à une interdiction générale de recourir à la caméra cachée et de diffuser les séquences obtenues par ce biais ultérieurement, étant donné que d'autres moyens pour récolter des informations sont en théorie toujours envisageables, et que l'on peut toujours se remettre à la simple crédibilité de la parole de la presse¹³⁶.

À l'inverse, comme indiqué plus haut, le Conseil suisse de la presse s'est montré dans une de ses prises de position moins exigeant quant à la nécessité du recours à la caméra cachée : le critère de la nécessité s'est confondu avec celui de l'intérêt public dans cette affaire¹³⁷. L'importance qu'accorde la Cour aux règles déontologiques, ou plutôt au fait que les requérants ne les aient pas délibérément violées, conduit dans l'arrêt *Haldimann* à écarter une interprétation stricte du critère de la nécessité au profit d'un autre critère, considérablement moins sévère, celui de savoir si les informations enregistrées et diffusées sont susceptibles de nourrir un débat d'intérêt général. La Cour se montrera peut-être plus exigeante à l'avenir. Dans l'arrêt *Bremner*, rendu huit mois après l'arrêt *Haldimann*, elle a qualifié la caméra cachée comme « outil de dernier ressort [qui] doit

¹³⁴ Le Tribunal fédéral a analysé la problématique soulevée dans l'arrêt *Haldimann* essentiellement sous le prisme du droit pénal. Selon cette approche, la liberté d'expression entre en ligne de compte en tant que fait justificatif extralégal, celui de la « sauvegarde d'intérêts légitimes ». Ce fait justificatif est interprété de façon très restrictive par la jurisprudence et la doctrine pénaliste, les actes incriminés devant constituer « un moyen nécessaire et approprié pour la défense d'intérêts légitimes d'une importance nettement supérieure à celle des biens protégés par la disposition violée », et, « en outre, le seul moyen possible pour cette défense » (arrêt du Tribunal fédéral 6B_225/2008 du 7 octobre, traduit de l'allemand).

¹³⁵ Voy. *supra*, I.A.

¹³⁶ Voy. par exemple Fr. RIKLIN, « 'Kassensturz'-Aufnahmen mit versteckter Ton-Bil-Kamera », *op. cit.*, pp. 184 et s.

¹³⁷ Voy. *supra*, I.A. Voy. également R. ZULAUF et K. BÜTIKOFER, « Die versteckte Kamera als journalistische Recherchemethode », *op. cit.*, p. 197.

être utilisé dans le respect des règles déontologiques et en faisant preuve de retenue»¹³⁸. Contrairement au Tribunal fédéral, elle n'interprète pas la condition de la nécessité d'une manière excessivement stricte, estimant que le recours à la caméra cachée peut s'avérer nécessaire dans des cas où les informations seraient difficiles – ce qui ne veut pas dire impossibles – à obtenir par d'autres moyens¹³⁹.

Pour accorder un poids suffisant à la sphère privée dans des affaires portant sur des méthodes d'investigation cachée, l'examen du « mode d'obtention » de l'information devrait également porter sur la nature ou la gravité de l'intrusion. Contrairement à d'autres arrêts¹⁴⁰, la Cour ne s'est pas explicitement référée à ce critère dans l'arrêt commenté. Bien que le recours à la caméra cachée puisse d'une façon générale être qualifié de méthode intrusive¹⁴¹, le degré précis d'intrusion est susceptible de varier considérablement en fonction du contexte et du lieu où l'enregistrement clandestin a été réalisé.

La comparaison des faits à la base de l'arrêt *Haldimann* avec ceux de l'arrêt *Mosley c. Royaume-Uni*¹⁴² permet d'illustrer ces propos. Dans le premier, les séquences filmées en cachette portaient sur un entretien professionnel et ont été réalisées dans un appartement privé qui n'était pas celui du courtier. L'arrêt *Mosley*, en revanche, portait sur une vidéo réalisée clandestinement par un participant à des ébats sexuels contre paiement de la presse. Une partie du matériel fut rendu public par la suite dans le contexte d'une campagne médiatique dénonçant un dirigeant sportif célèbre comme « sadomasochiste pervers ». Touchant à la sphère intime, l'enregistrement et la diffusion du matériel étaient beaucoup plus intrusifs que dans l'affaire *Haldimann* et constituaient une ingérence particulièrement grave au droit au respect de la sphère privée¹⁴³. Pour que la mise en balance des intérêts en jeu conduise à un résultat juste et équitable, l'intérêt public doit

¹³⁸ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner*, précité, § 76. La Cour a par ailleurs nié que le critère de la nécessité soit rempli dans des affaires portant sur d'autres délits de recherches, voy. décision *Erdmann*, précitée, § 23, et décision *Mikkelsen et Christensen* (voy. *supra*, I.B.).

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Von Hannover* (n° 2), précité, § 113 et les arrêts cités.

¹⁴¹ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Bremner*, précité, § 76, et *supra*, III.B.1.a.

¹⁴² Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Mosley c. Royaume-Uni*, précité.

¹⁴³ Sur la sphère intime comme cœur de la protection de la sphère privée, voy. L. BURGORGUE-LARSEN, « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe – Analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand, espagnol et français », in Fr. Sudre (éd.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 72 et s. Voy. aussi les règles déontologiques belges, qui excluent l'intrusion à la sphère intime à l'aide d'une caméra cachée. Dans le même ordre d'idées, le droit pénal allemand érige la prise de photos et les enregistrements vidéo en infraction s'ils portent atteinte à la sphère de vie la plus privée (« höchstpersönlicher Lebensbereich »): voy. S.M. KLINTWORTH, *Investigativer Journalismus im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Strafrecht*, op. cit., pp. 101 et s., avec une prise de position critique.

peser d'autant plus lourd que le degré d'intrusion est élevé. Des méthodes d'investigation hautement intrusives ne peuvent être justifiées que par des intérêts publics particulièrement importants. Tel est le cas lorsqu'il s'agit d'infractions pénales graves mettant en jeu des biens juridiques élémentaires¹⁴⁴.

Enfin, lorsque des investigations de la presse portent, comme dans l'arrêt *Haldimann*, sur des pratiques des acteurs économiques, les enregistrements clandestins sont souvent réalisés dans des locaux commerciaux. Selon la jurisprudence de la Cour, le champ d'application de l'article 8 de la Convention est interprété de façon extensive. Ce droit s'étend aux locaux commerciaux¹⁴⁵ et peut être invoqué par des personnes tant physiques que morales¹⁴⁶. Statuant sur des requêtes émanant de sociétés commerciales qui faisaient valoir une violation de leur réputation, la Cour a souligné qu'il existait une différence entre la réputation d'un individu et celle d'une entreprise. Contrairement aux critiques visant des particuliers, qui peuvent avoir des répercussions sur la dignité humaine, celles dirigées contre des pratiques commerciales des entreprises sont dénuées de cette dimension morale, mettant en jeu des intérêts purement économiques¹⁴⁷. Dans le même ordre d'idées, la Cour affirme que les États bénéficient d'une marge d'appréciation plus large lorsque des ingérences dans le droit à la protection de la sphère privée visent les personnes morales et non les particuliers¹⁴⁸. Ce raisonnement est également pertinent quand des sociétés commerciales agissent contre les médias en lien avec des délits de recherche¹⁴⁹. Leur intérêt à voir leur

¹⁴⁴ Tel est, par exemple, le cas d'un journaliste qui s'infiltré dans le milieu de production de matériel pédophile et documente à l'aide d'une caméra cachée les stratégies de recrutement des enfants, y compris des photos à l'essai d'enfants nus prises par les producteurs dans une chambre d'hôtel (voy. S.M. KLINTWORTH, *ibid.*, p. 121); pour un autre exemple d'un reportage réalisé par un journaliste qui s'est infiltré dans le milieu pédophile, voy. Cour eur. dr. h., décision *Nordisk Film & TV AIS c. Danemark*, 8 décembre 2005.

¹⁴⁵ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, §§ 30 et s.

¹⁴⁶ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Société Colas Est e.a. c. France*, 16 avril 2004.

¹⁴⁷ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Uj c. Hongrie*, 19 juillet 2011, § 22.

¹⁴⁸ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Delta Pekárny A.S. c. République tchèque*, 2 octobre 2014, § 82.

¹⁴⁹ Un exemple célèbre est l'affaire *Food Lion Inc.*, opposant une grande société commerciale américaine active dans le secteur de la grande distribution alimentaire à la presse (*Food Lion, Inc. v. Capital Cities/ABC, Inc.*, U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit, 20 octobre 1999). L'entreprise a intenté des actions judiciaires notamment pour violation de domicile à l'encontre de journalistes qui s'étaient infiltrés dans la société comme employés, ce qui leur avait permis d'exposer des pratiques commerciales illégales (consistant à changer l'emballage de la nourriture périmée) à l'aide du matériel filmé avec une caméra cachée. Voy. à propos de cette affaire, notamment, D.A. LEVIN et A.C. ROLINE, « Undercover Reporters, Tort Law, and the First Amendment: *Food Lion v. ABC* and the Future of Surreptitious Newsgathering », *op. cit.*, pp. 575 et s.

sphère privée protégée contre des intrusions de la part des journalistes étant d'une autre nature, il pèse sensiblement moins fort que celui des particuliers.

5. Le contenu, la forme et les répercussions de la publication

Lors de sa mise en balance des intérêts, la Cour prend également en compte le contenu, la forme et les répercussions de la publication du reportage ou de l'article litigieux. En analysant ce critère, qui n'est par ailleurs pertinent que pour la phase de la publication et non pour l'enregistrement, la Cour prend en compte « la façon dont un reportage ou une photographie sont publiés et la manière dont la personne concernée y est représentée »¹⁵⁰.

Les éléments d'appréciation portant sur le contenu et la forme de la publication se recoupent en bonne partie avec les exigences liées à la condition que l'article dans son ensemble, y compris les séquences filmées en cachette, contribue effectivement à un sujet d'intérêt général¹⁵¹. Il s'agit d'éviter une approche sensationnaliste du sujet et de ne pas révéler des détails inutiles de la vie privée des personnes concernées. Il importe également que la personne ne soit pas présentée dans un état « avilissant ou, en général, susceptible de porter atteinte à sa personnalité »¹⁵², et d'éviter des propos gratuitement offensants.

Pour évaluer les répercussions de la publication, « l'ampleur de la diffusion du reportage et de la photographie peut, elle aussi, revêtir une importance, selon qu'il s'agit d'un journal à tirage national ou local, important ou faible »¹⁵³. Ainsi, une diffusion de faits à l'échelle nationale est de nature à porter plus gravement atteinte à la vie privée que la publication dans un journal local à faible tirage¹⁵⁴. De même, la publication d'une photo « peut s'analyser en une ingérence plus substantielle qu'un reportage écrit »¹⁵⁵. *A fortiori*, cela est vrai pour les médias audiovisuels qui « ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite » et qui « peuvent transmettre des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passer »¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Axel Springer*, précité, § 94, et arrêt *Haldimann*, précité, § 63 avec références.

¹⁵¹ Voy. *supra*, III.B.1.b.

¹⁵² Cour eur. dr. h., arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce*, 15 janvier 2009, § 42.

¹⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *Axel Springer*, précité, § 94 et arrêt *Haldimann*, précité, § 63 avec références.

¹⁵⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, 16 novembre 2004, § 47.

¹⁵⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Von Hannover*, précité, § 59; arrêt *Von Hannover (n° 2)*, précité, § 113; arrêt *Eerikäinen e.a. c. Finlande*, 10 février 2009, § 70.

¹⁵⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Jersild*, précité, § 31; arrêt *Haldimann*, précité, § 65; arrêt *De la Flor Cabrera*, précité, § 30.

Enfin, la Cour s'est parfois référée au sérieux d'une émission ou d'un journal en l'utilisant comme critère pour justifier une atteinte à la vie privée. En d'autres termes, plus un média est réputé sérieux, plus il serait légitimé de porter atteinte à la vie privée d'une personne¹⁵⁷. À notre sens, ce critère est discutable. Du moment qu'ils contribuent à un débat d'intérêt général, les médias, qu'ils aient une réputation sérieuse ou non, devraient être traités de la même manière¹⁵⁸.

Dans l'affaire *Haldimann*, la Cour relève, d'un côté, que la diffusion de l'enregistrement à la télévision sous forme de reportage particulièrement péjoratif à l'égard du courtier était susceptible de porter une atteinte importante à la vie privée de celui-ci, prenant en compte également le nombre de téléspectateurs qui s'élevait à environ dix mille. Elle suit donc sa jurisprudence constante en soulignant le fait que les médias audiovisuels, en l'espèce l'émission «*Kassensturz*», sont de nature à porter plus gravement atteinte à la vie privée des personnes visées que la presse écrite. De l'autre côté – grâce aux mesures d'anonymisation prises – le courtier n'était plus reconnaissable pour les téléspectateurs. L'usage des moyens techniques de caviardage montre en outre que le but des requérants n'était pas de ridiculiser le courtier en question, mais d'informer le public sur les abus dans le domaine des assurances privées. Par ailleurs, la Cour retient que le courtier n'a pas été filmé dans les locaux qu'il fréquente habituellement, ce qui l'aurait rendu plus reconnaissable pour les personnes de son entourage au sens plus large. Ces arguments ont finalement amené la Cour à juger plus important l'intérêt du public d'être informé sur les dysfonctionnements que la protection de la vie privée du courtier.

6. La gravité de la sanction imposée

Le dernier critère que la Cour prend en compte pour évaluer la proportionnalité d'une ingérence dans la liberté d'expression est la nature et la gravité des sanctions infligées¹⁵⁹. De jurisprudence constante, la Cour note qu'une sanction peut constituer «une espèce de censure tendant à inciter la presse à s'abstenir d'exprimer des critiques»¹⁶⁰ ou «à ne pas se livrer à des activités

¹⁵⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Jersild*, précité, §§ 34 et 9; arrêt *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, 21 juin 2012, § 56.

¹⁵⁸ Voy. également l'opinion dissidente commune aux juges Nussberger et Keller dans l'affaire *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG*, précitée, § 13.

¹⁵⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Axel Springer*, précité, § 95; arrêt *Pinto Coelho (n° 2)*, précité, § 51; Gde Ch., arrêt *Stoll*, précité, § 153.

¹⁶⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stoll*, précité, § 154.

de recherches»¹⁶¹ et, de ce fait, «dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité»¹⁶². Cet effet dissuasif est d'autant plus grand qu'il s'agit d'une sanction pénale¹⁶³, même si la peine infligée est de caractère mineur¹⁶⁴, car «ce qui importe, c'est que le journaliste est condamné»¹⁶⁵. La Cour a cependant opté pour un raisonnement différent dans certains arrêts, en minimisant cet effet dissuasif dans des affaires où les journalistes n'ont pas été empêchés de s'exprimer¹⁶⁶. Par ailleurs, dans l'arrêt *Pentikäinen*¹⁶⁷, la Grande Chambre a estimé qu'une déclaration de culpabilité, c'est-à-dire un constat formel de l'infraction commise par le journaliste, alors qu'il s'agissait bien d'une condamnation pénale, «n'est guère – voire pas du tout – susceptible d'avoir un «effet dissuasif»¹⁶⁸.

Dans l'arrêt commenté, la Cour a conclu à juste titre qu'en dépit de la relative légèreté des peines pécuniaires prononcées, ces sanctions pouvaient inciter les requérants à s'abstenir d'exprimer des critiques. Le fait que les sanctions pénales ne les aient pas empêchés de diffuser le reportage litigieux ne jouait – à raison – pas de rôle pour la Cour¹⁶⁹. L'effet dissuasif était d'ailleurs réel dans l'affaire *Haldimann* : à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral, la télévision suisse alémanique avait pratiquement interdit tout reportage réalisé à l'aide de caméras ou microphones cachés de crainte de se voir condamner de nouveau¹⁷⁰.

¹⁶¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Dammann*, précité, § 57.

¹⁶² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stoll*, précité, § 154.

¹⁶³ Voy. Ch. GRABENWARTER et K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6^e éd., C. H. Beck, Munich, 2016, p. 412. Mais voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Bédât*, précitée, § 81, où la Cour considérait qu'une sanction pénale sous forme d'une amende de 4 000 CHF ne risquait pas d'avoir un effet dissuasif. Se référant à l'arrêt *Bédât*, la Cour arrive à la même conclusion dans la décision *Salihu*, précitée, § 58, pour des amendes s'élevant à 8 400 EUR, 5 700 EUR et 4 400 EUR.

¹⁶⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Jersild*, précité, § 35; arrêt *Dammann*, précité, § 57; arrêt *Pinto Coelho (n° 2)*, précité, § 53. Toutefois, dans quelques arrêts, la Cour a également invoqué le montant modéré de la sanction comme argument allant dans l'autre sens, c'est-à-dire pour démontrer la proportionnalité de la sanction, voy. notamment arrêt de Grande Chambre *Stoll*, précité, § 156; décision *Adamek*, précitée, p. 7.

¹⁶⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Jersild*, précité, § 35; décision *Mikkelsen and Christensen*, précitée, p. 13.

¹⁶⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stoll*, précité, § 45.

¹⁶⁷ Voy. *supra*, I.B.

¹⁶⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Pentikäinen*, précité, § 113.

¹⁶⁹ Mais voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stoll*, précité, § 156, où la Cour tient le raisonnement contraire.

¹⁷⁰ Voy. P. STUDER, *Medienrecht der Schweiz in a nutshell*, Dike Verlag AG, Zurich, Saint-Gall, 2013, p. 111; R. STADLER, «Tarnkappen-Journalismus nur ausnahmsweise legitim», *Neue Zürcher Zeitung*, 7 mars 2016, p. 13.

Conclusion

La problématique au cœur de l'affaire *Haldimann*, à savoir l'enregistrement et la diffusion de séquences réalisées avec une caméra cachée, se situe à la croisée des chemins de deux thématiques précédemment abordées par la Cour. Elle porte, d'une part, sur un conflit entre la liberté d'expression et le droit à la protection de la sphère privée et soulève, d'autre part, la question de savoir comment traiter les « délits de recherche », c'est-à-dire les infractions de droit commun commises au cours de la phase de recherche et d'investigation journalistique précédant la publication. Envisagé sous ces deux angles, l'arrêt *Haldimann* s'inscrit dans les lignes jurisprudentielles accordant un niveau de protection élevé à la liberté d'expression des médias. En concluant à une violation de la liberté d'expression dans l'arrêt commenté, la Cour adopte une position favorable à l'égard du journalisme exemplatif dans le domaine de la protection des consommateurs. L'intérêt du public de recevoir des informations concernant les défaillances alléguées dans le domaine des assurances privées a prévalu sur le droit à la vie privée du courtier filmé en cachette.

L'arrêt *Haldimann* ne saurait cependant être interprété comme donnant carte blanche aux médias. La Cour a notamment jugé déterminant que les journalistes aient procédé au floutage de l'image du courtier, élément qu'elle a repris dans l'arrêt *Bremner* portant également sur l'usage de la caméra cachée. Le juge européen y qualifie la caméra cachée comme une technique fortement intrusive. Il s'agit d'un outil de dernier ressort qui doit être utilisé avec retenue et dans le respect des règles déontologiques. En ligne avec ces dernières, la Cour subordonne le recours à la caméra cachée à la condition que tant le reportage dans son ensemble que les séquences filmées en cachette contribuent à un débat d'intérêt général. L'intérêt public doit l'emporter sur la protection de la vie privée des personnes visées aussi bien en ce qui concerne la phase de l'enregistrement que s'agissant de la diffusion ultérieure du matériel obtenu. Employant une grille d'analyse conçue essentiellement pour la phase de la publication, la Cour n'a pas clairement articulé cette double exigence. Pourtant, l'attention portée à l'enregistrement et à la diffusion est importante, étant donné qu'il s'agit de deux ingérences liées, mais distinctes dans les intérêts protégés par l'article 8 de la Convention.

Comme la caméra cachée est une méthode intrusive et qualifiée en principe de déloyale par les codes de déontologie, elle se justifie essentiellement si elle est mise au service du journalisme d'investigation et non à des fins sensationnalistes ou voyeuristes. En d'autres termes, il convient de distinguer ce qui intéresse le public et ce qui est dans l'intérêt public. Pour tracer cette ligne de démarcation, la jurisprudence de la Cour portant sur des lanceurs d'alerte offre à notre sens des repères plus pertinents que celle portant sur la publication de

photos de célébrités. En effet, tant le *whistleblowing* que le journalisme d'investigation sont des moyens de contrôle du pouvoir dans la sphère politique, économique et sociale, visant à exposer des abus et défaillances.

Enfin, il convient à notre sens d'ajouter un élément supplémentaire aux critères de pondération employés par la Cour : la présence de soupçons fondés avant le recours à la caméra cachée. Ce critère vise à prévenir des *fishing expeditions*. Il assure également que les techniques d'investigation clandestine ne soient pas une solution de facilité pour les médias, mais qu'elles soient utilisées dans le contexte d'enquêtes et de vérifications sérieuses, qui sont caractéristiques du journalisme d'investigation au sens noble du terme.



Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaires», «n° 108 octobre 2016», cliquer ensuite sur le titre de l'article).

Conditions d'abonnement pour 2016

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel : 210 € t vac

Abonnement annuel Europe : 250 € t vac

Abonnement annuel hors Europe : 290 € t vac

Prix au numéro : 65 € t vac

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T.: +32 (0)10 42 02 93

F.: +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2016/10.622/10

ISSN : 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

DOCTRINE

L'arbitrage sportif, la lutte contre le dopage et le respect des droits fondamentaux des sportifs professionnels : une incertitude peu glorieuse par <i>Philippe Frumer</i>	817
La Cour européenne des droits de l'homme et la surveillance de masse par <i>François Dubuisson</i>	855
L'État face aux arrêts pilotes de la Cour européenne des droits de l'homme par <i>Antonio Di Marco</i>	887

JURISPRUDENCE

La caméra cachée, entre journalisme d'investigation et voyeurisme (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Haldimann e.a. c. Suisse, 24 février 2015) par <i>Maya Hertig Randall</i> et <i>Dominique Hänni</i>	915
Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Delfi AS c. Estonie, 16 juin 2015) par <i>Étienne Montero</i> et <i>Quentin Van Enis</i>	953
État des lieux de la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels dans le système interaméricain (obs. sous Cour interam. dr. h., arrêt Gonzales Lluy e.a. c. Équateur, 1 ^{er} septembre 2015) par <i>Julie Ferrero</i>	983
Ombre et lumière du Comité européen des droits sociaux (obs. sous Com. eur. dr. soc., décision Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italie, 12 octobre 2015) par <i>Manuela Brillat</i>	1007
Quel génocide arménien ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Perinçek c. Suisse, 15 octobre 2015) par <i>Gérard Gonzalez</i>	1019
Big Boss is watching you – Alerte sur le contrôle des activités électroniques du salarié (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Barbulescu c. Roumanie, 12 janvier 2016) par <i>Jean-Pierre Marguénaud</i> et <i>Jean Mouly</i>	1037
Hommage à Me Michel Puéchavy par <i>Christophe Pettiti</i>	1049
Bibliographie	1063
Revue des revues	1071
Informations diverses	1077

