



HAL
open science

La violation du secret de l'enquête et de l'instruction depuis la loi du 22 décembre 2021

Evan Raschel

► **To cite this version:**

Evan Raschel. La violation du secret de l'enquête et de l'instruction depuis la loi du 22 décembre 2021. Gazette du Palais, 2022. hal-03555646

HAL Id: hal-03555646

<https://uca.hal.science/hal-03555646>

Submitted on 3 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le secret de l'enquête et de l'instruction depuis la loi du 22 décembre 2021

Si la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 espère renforcer « la confiance dans l'institution judiciaire » par – notamment - une transparence et une accessibilité accrues des audiences¹, la phase préparatoire du procès pénal demeure soumise aux impératifs du secret, puisque celui de l'enquête et de l'instruction a même été renforcé par ladite loi. Il s'agit, notamment, d'accompagner l'ouverture au contradictoire réalisée par la nouvelle version de l'article 77-2 du Code de procédure pénale (CPP), en garantissant qu'il n'en ressortira pas d'inopportunes révélations.

I. La protection du secret de l'enquête et de l'instruction (article 11, alinéa 1^{er})

La disposition centrale demeure l'article 11 du CPP, qui énonce à titre de principe que « la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète ». L'atteinte ainsi portée à la liberté de communication n'est pas disproportionnée au regard de l'art. 11 DDHC². Et le même article 11 du Code prévoit, en son alinéa 2, que toute violation du secret est constitutive d'une infraction pénale (voir infra).

Deux réserves sont toutefois explicitement envisagées, par le premier alinéa de l'article 11 :

- Cas où la loi en dispose autrement ;
- Le secret ne doit pas porter préjudice aux droits de la défense³.

Par ailleurs, le troisième alinéa prévoit, à titre d'exception, la possible publication, par le procureur de la République, d'éléments objectifs tirés de la procédure (III).

II. La pénalisation de la violation du secret de l'enquête et de l'instruction (article 11, alinéa 2)

A. Cas de la violation par une personne tenue au secret

Classiquement, le deuxième alinéa de l'article 11 assimilait la violation du secret de l'enquête ou de l'instruction à une violation du secret professionnel au sens des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.

La loi du 22 décembre 2021 a supprimé cette référence, tout en incriminant spécialement, dans un nouvel article 434-7-2 du Code pénal auquel il est désormais renvoyé, le comportement correspondant, soit « le fait pour toute personne qui, en raison de ses fonctions, a connaissance, en application du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit de révéler sciemment ces informations à des tiers ».

La rédaction nouvelle ne devrait entraîner aucune modification substantielle, puisque l'article 226-13 incrimine de manière similaire « La révélation d'une information à caractère secret par une

¹ Art. 38 quater de la loi du 29 juillet 1881.

² Cons. Const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC.

³ V. C. Ambroise-Castérot, Droit de la défense et secret de l'instruction : Mélanges Guinchard, Dalloz, 2010, p. 887.

personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». Les peines du nouvel article 434-7-2 en revanche, sont considérablement plus sévères :

Cause d'aggravation	Effet	Alinéa applicable
Aucune aggravation	Trois ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende	1 ^{er}
Révélation par une personne faite à des personnes que l'on sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs dans la commission de ces infractions, et que cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité	Cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende	2
	Sept ans d'emprisonnement et 100.000 euros d'amende lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant de l'article 706-73 du code de procédure pénale	3

Relevons que les peines (non-aggravées) prévues par cet article 434-7-2 du Code pénal correspondent à celles, qui ont été également relevées fin 2021, de l'article 114-1 du Code de procédure pénale qui incrimine spécialement une hypothèse de violation du secret de l'instruction⁴ – le cas échéant, les deux articles entreront en concours - : le fait, pour une partie à qui une reproduction des pièces ou actes d'une procédure d'instruction a été remise en application de l'article 114⁵, de la diffuser auprès d'un tiers.

Les tiers visés à l'art. 434-7-2 doivent être compris comme des tiers à la procédure. Ainsi, aucun texte n'interdit au juge d'instruction de délivrer à l'avocat d'une partie civile, avant l'audition de celle-ci, dont la constitution n'a pas été contestée par le ministère public, une copie de la procédure⁶. Il existe par ailleurs une tolérance, importante en pratique, relative à l'annexion de pièces issues d'une première procédure, à une seconde⁷.

Les avocats sont concernés par les obligations au secret, et il existe quelques illustrations jurisprudentielles de condamnations⁸. Mais ils bénéficient logiquement d'un régime assoupli, pour deux raisons principales :

- D'une part, l'article 434-7-2 mentionne bien qu'il doit être appliqué « sans préjudice des droits de la défense reconnus à la personne suspectée ou poursuivie ou des droits des victimes » ;
- D'autre part, l'avocat dispose d'une liberté d'expression accrue, qui l'autorise parfois à révéler certains secrets⁹.

⁴ Pour une application : Crim., 11 mars 2020, n° 19-84887.

⁵ Sous réserve des dispositions de son sixième alinéa.

⁶ Crim., 2 novembre 2016, n° 16-83778.

⁷ Crim., 9 mai 2018, n° 18-80066.

⁸ Crim., 18 septembre 2001, n° 00-86518 ; Crim., 27 octobre 2004, n° 04-81513.

⁹ CEDH, 5^{ème} sect., 15 décembre 2011, n° 28198/09, Mor c/ France.

B. Cas de la violation par un tiers (journaliste) non-tenu au secret

L'article 434-7-2 du Code pénal est applicable aux seules personnes qui ont accès à des informations secrètes du fait de leurs fonctions. Les tiers – spécialement les journalistes - ne sont pas visés, mais s'ils diffusent des informations auxquelles ils n'auraient précisément pas dû avoir accès, l'infraction de recel¹⁰ pourra être applicable¹¹. Il faudra alors être certain que l'information litigieuse provient d'un secret de l'enquête ou de l'instruction, étant rappelé que les enquêteurs ne doivent pas s'attendre à une quelconque collaboration des journalistes à ce titre : « Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public. (...) »¹².

Le cas spécifique d'un journaliste qui assiste, le cas échéant à l'invitation de l'autorité judiciaire, à une opération d'enquête ou d'instruction (interpellation, perquisition...) a été tranché tardivement : le 10 janvier 2017, la chambre criminelle de la Cour de cassation affirmait que (au-delà d'une éventuelle condamnation pour recel de violation du secret) « constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, l'exécution d'un tel acte par un juge d'instruction ou un officier de police judiciaire en présence d'un tiers qui, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin, en capte le déroulement par le son ou l'image »¹³. Peu après, le ministère de la Justice adressait le 27 avril 2017 une dépêche en forme de circulaire¹⁴ indiquant qu'aucun journaliste, même muni d'une autorisation, ne devait assister à une perquisition ni aucune autre mesure d'investigation. Pour l'association de la presse judiciaire, agissant devant la juridiction administrative¹⁵ il en résulte une méconnaissance de la liberté de communication. Ce grief tiré de la méconnaissance de l'art. 11 DDHC est cependant écarté, l'atteinte critiquée demeurant « nécessaire, adaptée et proportionnée »¹⁶. En effet, d'une part, si le secret de l'enquête et de l'instruction n'a pas à proprement parler valeur constitutionnelle, « le législateur a entendu, d'une part, garantir le bon déroulement de l'enquête et de l'instruction, poursuivant ainsi les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, tous deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle. Il a entendu, d'autre part, protéger les personnes concernées par une enquête ou une instruction, afin de garantir le droit au respect de la vie privée et de la présomption d'innocence, qui résulte des articles 2 et 9 de la Déclaration de 1789 »¹⁷. D'autre part, le secret est limité aux phases d'enquête et d'instruction et, même dans ces périodes, subit certaines atteintes.

¹⁰ Art. 321-1 CP. V. par ex. : Crim., 25 octobre 2005, n° 05-81457.

¹¹ Ce qui, en soi, n'est pas contraire à l'art. 10 CEDH (CEDH, 29 mars 2016, n° 56925/08, Bédard c/ Suisse).

¹² Art. 2 de la loi du 29 juillet 1881, tel que modifié par la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes.

¹³ Crim., 10 janvier 2017, n° 16-84740. V. depuis : Crim., 10 janvier 2018, n° 17-84896 ; Crim., 9 mars 2021, n° 20-83304, § 8.

¹⁴ CRIM-PJ n° 2017-0063-A8.

¹⁵ QPC transmise par CE, 27 déc. 2017, n° 411915.

¹⁶ Cons. Const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC, § 12.

¹⁷ Cons. Const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC, § 8.

Relevons qu'en ce cas, comme dans d'autres¹⁸, la violation du secret, au-delà de la caractérisation d'une infraction pénale, peut justifier l'annulation de certains actes de la procédure concernée¹⁹.

III. La publication par le procureur de la République d'éléments objectifs tirés de la procédure (article 11, alinéa 3)

A titre exceptionnel, il est prévu qu'une communication officielle, révélant certains éléments de la procédure d'enquête ou d'instruction, puisse être faite si les circonstances l'exigent²⁰.

L'acteur-clé de cette communication est le procureur de la République, même si :

- D'une part, il peut la décider non seulement d'office, mais aussi être sollicité en ce sens par la juridiction d'instruction ou une partie ;
- D'autre part, depuis la loi du 22 décembre 2021, le procureur peut déléguer cette communication à « un officier de police judiciaire agissant avec son accord et sous son contrôle ». Mais en dehors de cette hypothèse précise, un officier de police judiciaire ne peut communiquer aucun élément secret à des tiers²¹.

Les finalités d'une telle communication sont précisées par l'article 11, alinéa 3 :

- Eviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ;
- Mettre fin à un trouble à l'ordre public ;
- Tout autre impératif d'intérêt public (ajout de la loi du 22 décembre 2021).

Le contenu de la communication, enfin, est extrêmement restrictif, puisqu'il ne s'agit que de « rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ».

¹⁸ Crim., 26 janvier 1996, n° 95-85560 ; Crim., 9 janvier 2019, n° 17-84026.

¹⁹ Adde Crim., 17 octobre 2018, n° 18-84409 (exception de nullité irrecevable si elle est soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation).

²⁰ V. Peltier, Le traitement de l'information pendant l'instruction préparatoire : exégèse de l'article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale : Droit pénal 2008, étude 16.

²¹ Crim., 24 mars 2020, n° 19-80909.