

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 35.989/2
35.990/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 10 octobre 2003, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur :

- 1° une proposition de loi "relative à la protection des sources d'information du journaliste" (déposée par M. Geert Bourgeois - Doc. parl., Chambre, n° 51 0024/001 - session 2003) (35.989/2);
- 2° une proposition de loi "visant à accorder aux journalistes le droit au secret de leurs sources d'information" (déposée par M. Olivier Maingain et Mme Martine Payfa - Doc. parl., Chambre, n° 51 0111/001 - session 2003) (35.990/2),

a donné le 5 novembre 2003 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

I. Objet des deux propositions de loi

1. La proposition de loi visant à accorder aux journalistes le droit au secret de leurs sources d'information, déposée par M. Olivier Maingain et Mme Martine Payfa (ci-après la proposition de loi Maingain-Payfa), consacre, en son article 2, le droit de chaque journaliste au respect de la confidentialité sur l'origine de ses informations. Elle prévoit par ailleurs que "tout journaliste entendu à quelque titre que ce soit sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité pourra ne pas en révéler l'origine et (que) nul ne pourra l'y contraindre".

Ce faisant, la proposition de loi inscrit, dans l'ordre juridique belge, un droit absolu - puisque non assorti d'exceptions - au secret des sources d'information dont tout journaliste peut se prévaloir, que celui-ci soit ou non un journaliste professionnel au sens de la loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel. Les auteurs de la proposition de loi indiquent par ailleurs clairement, dans les développements ainsi que dans le résumé de leur texte, qu'il peut être excipé du droit ainsi reconnu en toute procédure - tant civile que pénale - dans laquelle le journaliste est "entendu" par les autorités judiciaires.

2. La proposition de loi relative à la protection des sources d'information du journaliste, déposée par M. Geert Bourgeois (ci-après la proposition de loi Bourgeois), crée, en son article 3, § 1^{er}, le droit pour tout journaliste de "refuser de communiquer aux autorités judiciaires toutes informations susceptibles :

- de révéler l'identité de ses informateurs;

.../...

- de dévoiler la nature ou la provenance de ses informations;
- de divulguer l'identité de l'auteur d'un texte ou d'une production audiovisuelle;
- de révéler le contenu des informations et des documents eux-mêmes".

Le droit à la protection des sources des journalistes ainsi défini par la proposition de loi, s'il s'entend tant en matière civile que pénale, s'accompagne cependant dans ce dernier domaine d'exceptions dont l'énumération limitative est donnée au paragraphe 2 de l'article 3 tandis que les conditions cumulatives de leur mise en œuvre sont précisées à l'article 4 de la proposition de loi.

Si la proposition de loi Bourgeois se distingue sur ce point de la proposition de loi Maingain-Payfa, elle s'en rapproche quant à son champ d'application personnel dès lors qu'elle conçoit le journaliste de manière large au sens de "quiconque collabore ou a collaboré à la préparation, à la rédaction ou à la création d'une forme de publication accessible au public".

II. Contexte des propositions de loi

1. Le Conseil d'État a déjà par le passé examiné une proposition de loi ayant pour objet de garantir la confidentialité des sources des journalistes.

Dans son avis 17.910/9, donné le 24 juin 1987, sur une proposition de loi "garantissant aux collaborateurs professionnels de la presse cités à comparaître le droit de taire leurs sources", le Conseil d'État a observé que

"... la proposition (...) n'est pas indispensable dans la mesure où elle tend à dispenser les journalistes de divulguer la source de leurs informations, les

articles 81 et 158 du Code d'instruction criminelle permettant, dès à présent, d'obtenir un tel résultat" ¹ .

Cette proposition de loi ne visait cependant que le cas où le journaliste est appelé à témoigner en justice.

2. Depuis lors, la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après la CEDH) a, le 27 mars 1996, établi sa jurisprudence dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, jurisprudence qu'elle a eu l'occasion de confirmer à plusieurs reprises par la suite ².

Selon la CEDH,

"... la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties à accorder à la presse revêtent une importance particulière".

De même,

"... la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse (...). L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle de «chien de garde» et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie. Eu égard à l'importance que revêt la protection des sources journalistiques pour la liberté de la presse dans une société démocratique et à l'effet négatif sur l'exercice de cette liberté que risque de produire une ordonnance de divulgation, pareille mesure ne saurait se concilier avec l'article 10 (...) de la Convention que si elle se justifie par un impératif

(1) En effet, aux termes du même avis, "conformément aux articles 81 et 158 du Code d'instruction criminelle, les juges ne condamnent pas à l'amende prévue par ces articles, lorsqu'ils ont admis «l'excuse légitime» dans le chef des témoins défaillants. Comme ces articles ne déterminent pas ce que doit être l'excuse légitime, les juges peuvent admettre comme légitime l'excuse présentée par un journaliste qui déclare avoir promis à son informateur de ne pas révéler son identité".

(2) Voir l'observation n° 2 sous le point III ci-après.

prépondérant d'intérêt public. Il convient de tenir compte de ces considérations pour appliquer aux faits de la cause le critère de la nécessité dans une société démocratique prévu par le paragraphe 2 de l'article 10 (...) "^{3 4}.

III. Examen des deux propositions de loi

1. De par l'objet qu'ont les deux propositions de loi, à savoir instituer en droit belge un droit plus ou moins étendu au secret ou à la protection des sources d'information des journalistes, il apparaît dans un premier temps utile de les examiner par rapport aux intentions affirmées par les auteurs dans leurs développements et de faire le point à cet égard sur la jurisprudence de la CEDH en ce qui concerne l'article 10 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après la Convention européenne des Droits de l'Homme).

Dans un deuxième temps, il convient de s'attacher à différentes questions que soulèvent les deux propositions de loi aussi bien quant au règlement proprement dit du droit que quant aux effets qu'elles induisent dans l'ordre juridique interne, mais également au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

(3) Goodwin c. Royaume-Uni, arrêt du 27 mars 1996, § 39.

(4) Par ailleurs, le 8 mars 2000, la Recommandation n° R (2000) 7 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, est adoptée. Cet instrument non contraignant a pour objectif, aux termes de son exposé des motifs, "de renforcer et compléter par une Recommandation les principes établis par l'arrêt Goodwin c. Royaume-Uni" (exposé des motifs, § 4). Il est centré "sur les conditions d'une protection adéquate du droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, dans le but d'assurer la liberté du journalisme et le droit du public d'être informé par les médias". Il y est également indiqué dans l'exposé des motifs de la Recommandation que conformément à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, "... ce droit des journalistes n'est pas absolu (...). Ces limites font l'objet d'une explicitation dans le cadre du Principe 3 de la Recommandation et les chapitres concernés du présent exposé des motifs"; il y est précisé ensuite que "... la Recommandation se borne à parler de droit, et non d'obligation, des journalistes de ne pas révéler leurs sources, ce qui ne devrait pas empêcher les États membres de prévoir dans leur législation nationale une protection plus stricte des sources, y compris à l'égard des journalistes" (Extraits de l'exposé des motifs, §§ 4, 5, 6 et 7).

Il s'agit essentiellement ici d'éclairer au mieux le législateur sur la portée des deux propositions de loi de manière telle qu'il dispose dans ses travaux d'éléments suffisants pour apprécier en toute connaissance de cause le contenu des textes et évaluer leurs incidences. C'est dans cette optique que sont formulées les observations suivantes.

2.1. Ainsi qu'il est précisé dans les développements des deux propositions de loi, la question de la protection des sources des journalistes a été examinée à diverses reprises par la CEDH sous l'angle de l'article 10 de la Convention. La jurisprudence de la CEDH en la matière peut être synthétisée comme suit.

2.2. La liberté d'expression - qui vaut non seulement pour les "informations" ou les "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population ⁵ - constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties à accorder à la presse revêtent, dans ce cadre, une importance particulière ⁶. Il s'ensuit que la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse et que toute immixtion ou ingérence, de quelque nature qu'elle soit ⁷, qui aurait un effet négatif sur cette protection ne saurait se

(⁵) Arrêt De Haes et Gijssels c. Belgique du 24 février 1997, § 46.

(⁶) La CEDH a à cet égard rappelé que s'il est vrai que la presse ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui, ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général (Arrêt Fressoz et Roire c. France du 21 janvier 1999, § 45; Arrêt Ernst c. Belgique du 15 juillet 2003, § 92), y compris celles qui concernent le fonctionnement du pouvoir judiciaire (Arrêt De Haes et Gijssels, § 37).

(⁷) Il peut ainsi s'agir d'une ordonnance sommant, sous peine d'amende, un journaliste de révéler l'identité de son informateur (arrêt Goodwin c. Royaume-Uni du 27 mars 1996), d'une condamnation du chef de recel à la suite de la publication de documents présumés obtenus en violation de leur secret professionnel par des fonctionnaires du fisc (Arrêt Fressoz et Roire c. France du 21 janvier 1999) ou de perquisitions et de saisies au domicile d'un journaliste ou au siège de sa rédaction (Arrêt Roemen et Schmit c. Luxembourg du 25 février 2003; Arrêt Ernst c. Belgique du 15 juillet 2003).

concilier avec l'article 10, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne des Droits de l'Homme que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public et qu'elle répond aux critères fixés par l'article 10, paragraphe 2, de la Convention ⁸.

2.3. L'ingérence doit tout d'abord être "prévue par la loi" ⁹, au sens matériel du terme ¹⁰, et le droit interne applicable doit être formulé avec suffisamment de précision pour permettre aux personnes concernées - en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés - de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (critère de "prévisibilité").

À cet égard, la CEDH a reconnu qu'il peut, en la matière, être difficile de rédiger des lois d'une totale précision et qu'une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions de droit interne de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires "dans l'intérêt de la justice" ^{11 12}. En conséquence, une loi qui confère un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas en soi à cette exigence de prévisibilité, à condition que l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire ¹³.

2.4. L'ingérence doit en second lieu poursuivre un but ou un intérêt légitime correspondant à l'un des motifs visés à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention.

(8) Arrêt Goodwin, § 39; arrêt Fressoz et Roire, § 51; arrêt Roemen et Schmit, § 46; arrêt Ernst, § 91.

(9) Arrêt Goodwin, § 31; arrêt Roemen et Schmit, § 48.

(10) Arrêt Ernst, § 96.

(11) Arrêt Goodwin, § 33. En l'espèce, une disposition de droit interne autorisait en effet une exception à la règle de protection des sources "dans l'intérêt de la justice".

(12) Répondent également à cette exigence des dispositions de droit interne autorisant une condamnation du chef de recel (arrêt Fressoz et Roire, § 42) ou le recours à des perquisitions, fouilles et saisies (arrêt Roemen et Schmit, § 48; arrêt Ernst, § 97).

(13) Arrêt Goodwin, § 31.

La CEDH a ainsi admis que peuvent constituer un intérêt légitime, la nécessité de protéger la réputation et les droits d'autrui ¹⁴ et d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles ¹⁵, la défense de l'ordre public et la prévention des infractions pénales comme, par exemple, une violation du secret professionnel et le recel des informations obtenues à la suite de cette violation ¹⁶, la nécessité du secret de l'instruction et, plus globalement, le besoin de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ¹⁷.

2.5. Il convient en troisième lieu d'établir que l'ingérence était "nécessaire dans une société démocratique" et que l'intérêt légitime poursuivi l'emportait clairement sur l'intérêt général lié à la non-divulgation des sources journalistiques. Il incombe en d'autres termes d'établir qu'une balance équitable des intérêts en présence a été préservée et que les motifs invoqués dans chaque cas d'espèce pour recourir à l'ingérence prévue par la loi sont "suffisants" et "pertinents" au regard de l'"impératif prépondérant d'intérêt public" allégué pour justifier cette ingérence (critère de "proportionnalité") ¹⁸.

La CEDH a précisé à cet égard que les limitations apportées à la confidentialité des sources journalistiques appellent de sa part l'examen le plus scrupuleux, étant entendu qu'il revient en premier lieu aux autorités (judiciaires) nationales d'évaluer, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, s'il existe ou non un "besoin social impérieux" susceptible de justifier ces limitations, exercice pour lequel elles jouissent d'une certaine marge d'appréciation ¹⁹.

⁽¹⁴⁾ Arrêt Goodwin, §§ 35 et 41; arrêt De Haes et Gijssels, § 33.

⁽¹⁵⁾ Arrêt Fressoz et Roire, § 43.

⁽¹⁶⁾ Arrêt Roemen et Schmit, §§ 50 et 56.

⁽¹⁷⁾ Arrêt Ernst, § 98.

⁽¹⁸⁾ Arrêt Goodwin, § 40; arrêt Roemen et Schmit, § 51; arrêt Ernst, § 104.

⁽¹⁹⁾ Arrêt Goodwin, § 40; arrêt Fressoz et Roire, § 45.
Ainsi, les intérêts d'une société à voir démasquer un salarié ou un collaborateur déloyal, pour pertinents qu'ils soient, ne sont cependant pas suffisants pour l'emporter sur l'intérêt public capital que constitue la protection des sources journalistiques (Arrêt Goodwin, § 45).

La CEDH a également rappelé que les journalistes ne sauraient en principe être déliés, par le fait de la protection que leur offre l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun²⁰.

2.6. En quatrième lieu, il doit enfin être établi que d'autres mesures, moins dommageables que la levée du secret des sources journalistiques, n'auraient pu aboutir au résultat recherché (le critère de "subsidiarité")²¹. Tel serait par exemple le cas d'une simple ordonnance de non-divulgence des informations litigieuses²² ou des mesures d'enquête au sein même de l'administration où serait susceptible de se produire une violation du secret professionnel²³.

À cet égard, la CEDH a précisé qu'il incombe aux autorités compétentes d'examiner toute preuve "à leur disposition en application du droit procédural national" plutôt que d'exiger des journalistes la révélation de leurs sources et que le recours à des perquisitions ayant pour objet de découvrir ces sources constitue, sous cet angle, un acte plus grave qu'une sommation de divulgation de l'identité de ces sources, sous peine d'amende²⁴.

2.7. En conclusion, même si la CEDH prend soin de ne pas interdire, par principe, toute ingérence prévue par la loi dans la protection des sources journalistiques, encore convient-il d'observer que le contrôle minutieux qu'elle est amenée à opérer dans chaque cas d'espèce la conduit le plus souvent à considérer, au regard de l'importance particulière que revêt la nécessité de cette protection, que l'immixtion n'était en l'espèce pas justifiée, soit parce qu'elle n'était pas proportionnée par rapport au but légitime poursuivi, soit parce que le recours à d'autres mesures, moins dommageables, auraient pu permettre d'atteindre le même résultat.

⁽²⁰⁾ Arrêt Fressoz et Roire, § 52.

⁽²¹⁾ Arrêt Ernst, § 102.

⁽²²⁾ Arrêt Goodwin, § 42.

⁽²³⁾ Arrêt Roemen et Schmit, §§ 55 et 56; arrêt Ernst, § 102.

⁽²⁴⁾ Arrêt Roemen et Schmit, § 57; arrêt Ernst, § 103.

Si rien ne s'oppose à ce que le législateur belge ne fasse pas application du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et soit, dans les textes qu'il édicte, plus strict dans l'affirmation du droit des journalistes à la protection de leurs sources d'informations, il n'en demeure pas moins indispensable, dans une société démocratique, d'appréhender le plus exactement possible les conséquences qu'un tel choix implique.

3.1. En ce qui concerne l'objet de leur dispositif, les deux propositions de loi instaurent un droit l'une au secret, l'autre à la protection des sources des journalistes et définissent le journaliste qui en est le titulaire de manière large.

La proposition de loi Maingain-Payfa vise en effet tout journaliste et précise, dans ses développements, que, de la sorte, ses auteurs n'ont pas souhaité limiter le champ d'application ratione personae aux seuls journalistes professionnels dès lors que, ce faisant, il leur aurait paru "aller à l'encontre de la Constitution en ce qu'elle consacre, en son article 25, la liberté de presse" ²⁵.

La proposition de loi Bourgeois entend le "journaliste", dans le corps même du texte de son article 2, comme "quiconque collabore ou a collaboré à la préparation, à la rédaction ou à la création d'une forme de publication accessible au public" et fait apparaître, dans le commentaire des articles, que sont non seulement visés "les journalistes professionnels tels qu'ils sont définis dans la loi organique du 30 décembre 1963, mais également les journalistes free lance, les correspondants, les photographes qui les accompagnent, etc". Pour ajouter ensuite que "le secret des sources ne saurait en effet

(25) La proposition de loi poursuit ainsi, dans ces mêmes développements, qu' "En effet, la Cour d'arbitrage pourrait, en combinant la disposition précitée aux articles 10 et 11 de la Constitution instaurant le principe d'égalité des Belges devant la loi et de non-discrimination, être amenée à considérer qu'une disposition accordant la protection des sources journalistiques aux seuls «journalistes professionnels» crée une discrimination prohibée entre ceux-ci et les journalistes non munis de ce titre." Les auteurs se livrent ensuite à un exercice d'évaluation de ce risque pour en conclure qu'"il semble préférable, afin d'éviter que la présente proposition de loi puisse être considérée comme engendrant une discrimination arbitraire, d'accorder la protection des sources journalistiques à tout journaliste, sans établir de distinction selon que ceux-ci répondent ou non aux conditions fixées par la loi du 13 (lire 30) décembre 1963 susvisée".

être réservé aux journalistes professionnels. L'article 25 de la Constitution s'y oppose. Celui qui écrit occasionnellement dans un journal doit bénéficier d'une protection aussi grande que le journaliste professionnel". En revanche, les auteurs indiquent exclure "les personnes qui collaborent ou ont collaboré à la diffusion d'information" ²⁶.

3.2. Cette définition large du champ d'application des deux propositions de loi appelle une observation quant à la terminologie utilisée. En effet, il n'est pas indifférent d'envisager le droit de taire des sources d'information en termes de protection ou en termes de secret. Il en va d'autant plus ainsi lorsque comme dans la proposition de loi Maingain-Payfa, le droit au secret des sources d'information du journaliste est conçu de manière absolue, c'est-à-dire sans exception de telle sorte que le droit pourrait se muer, dans les faits, en une obligation au secret qui rapprocherait ainsi son titulaire de ceux qui, en application de l'article 458 du Code pénal, sont tenus au secret professionnel en tant qu'il est la conséquence nécessaire des rapports qui peuvent s'établir entre un citoyen et celui dont le ministère lui est nécessaire ²⁷. De la sorte, un journaliste, même occasionnel, pourrait avoir le sentiment qu'il n'a pas seulement le droit mais également l'obligation de ne pas révéler, même en justice, ce qu'il a appris en qualité de "confident nécessaire" comme se le doivent un médecin, un chirurgien, un officier de santé, un pharmacien, une sage-femme et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie ^{28 29}.

Un tel amalgame risque d'être opéré en fait même s'il est exclu en droit. En tout état de cause, le concept de "protection" devrait être préféré à celui de "secret" ; il doit de même être clair, comme le relevait déjà le Conseil d'État dans son avis 17.910/9, précité, qu'il s'agit ici de régler "autre chose que le secret professionnel protégé par

(26) Cette exclusion est ainsi justifiée : "Cette option se fonde sur l'avis du Conseil d'État sur la proposition de loi garantissant aux collaborateurs professionnels de la presse cités à comparaître le droit de taire leurs sources (Doc. parl., Chambre, n° 786/2, 1986-1987)".

(27) Voir J. Ceuleers, Een zwijgrecht voor journalisten ?, R.W., 1977-1978, 1030.

(28) G. Leroy, "Le journaliste a-t-il le droit de taire ses sources ?", J.T., 1980, p.181.

(29) Article 458 du Code pénal.

l'article 458 du Code pénal qui tend à conserver secret le contenu d'une information, la source de cette information étant connue" ³⁰.

4.1. Les deux propositions de loi induisent des effets dont il est requis que le législateur puisse tenir compte lors de leur examen. Il convient en effet d'être particulièrement attentif à ne pas aboutir, de par la reconnaissance, opérée par les deux propositions de loi, du droit des journalistes à taire leurs sources d'information, à une méconnaissance ou même une violation d'autres droits et libertés tels ceux que consacrent la Constitution en son titre II "Des Belges et de leurs droits" et la Convention européenne des Droits de l'Homme. La liberté d'expression et la liberté de presse doivent effectivement s'exercer compte tenu notamment du droit au respect de la vie privée et familiale, du droit de mener une vie conforme à la dignité humaine mais aussi du droit de tout individu à un procès équitable, des droits de la défense ou bien encore de la présomption d'innocence.

Il appartient au législateur de s'interroger sur la justesse du choix qui sous-tend la première proposition, étant entendu que le droit qu'elle énonce n'emporte aucune contrepartie dont il pourrait cependant être utile d'examiner si elle ne constituerait pas "des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité ou l'impartialité du pouvoir judiciaire", ainsi que le prévoit le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Il y a là une balance des libertés et des droits qui doit être faite et que la loi ne peut, seule, résoudre, en tout cas anticipativement, certainement si le droit des journalistes à la protection de leurs sources d'information est conçu de manière inconditionnelle.

Au vu de l'importance de l'enjeu, le Conseil d'État se demande s'il ne serait pas utile de conférer aux autorités judiciaires la marge d'appréciation indispensable à

⁽³⁰⁾ Si la proposition de loi Bourgeois discerne clairement les deux hypothèses en page 8 de ses développements, il n'en va pas de même de la proposition de loi Maingain-Payfa qui utilise le terme en l'occurrence équivoque de "secret" dans son intitulé et ses développements.

sauvegarder, dans une société démocratique, un juste équilibre entre toutes les valeurs qui en constituent les fondements essentiels.

4.2. L'une et l'autre propositions ont par ailleurs une incidence sur l'ordonnement du droit positif belge et sa cohérence interne. En effet, si elles instaurent un droit à la confidentialité des sources d'information des journalistes, elles ne mettent pas pour autant ceux-ci à l'abri d'une condamnation au cas où ils auraient recueilli les informations en commettant une infraction. Le Conseil d'État l'a déjà fait observer dans son avis 17.910/9, précité.

En consacrant plusieurs paragraphes de ses développements à cet aspect, seule la proposition de loi Bourgeois permet de lever toute ambiguïté à cet égard ³¹. Elle y précise effectivement qu'

"... il va sans dire que la reconnaissance légale du secret des sources journalistiques ne limite pas la possibilité de poursuivre pénalement un journaliste, si celui-ci est entré illégalement en possession de certaines informations (par exemple, par le vol, la corruption de fonctionnaires, la mise sur écoute ³²). Dans ce cas, le journaliste n'est pas un témoin mais un prévenu et, comme tout prévenu, il peut refuser de faire certaines déclarations ou de répondre à des questions.

Le secret des sources journalistiques n'affecte pas davantage la responsabilité civile. Cela signifie que lorsqu'une publication est incorrecte, un journaliste ne peut invoquer le secret des sources journalistiques pour justifier l'absence de preuves étayant le contenu de la publication incriminée" ³³.

(31) Voir p. 10.

(32) Il convient de prévoir clairement si le recel est ou non visé.

(33) Cette affirmation devrait toutefois être relativisée. En effet, la critique par voie de la presse comporte aussi une part de jugements de valeur, inséparables de la liberté d'opinion. Dès la première affaire, la Cour a affirmé que la preuve par leur exactitude est «irréalisable» et, quand cette preuve est le seul moyen d'échapper à la condamnation, a jugé que cette exigence constitue elle-même une ingérence non nécessaire dans l'exercice de la liberté d'expression (arrêt Lingens du 8 juillet 1986, A n° 103, § 46); sa jurisprudence n'a pas varié sur ce point (arrêts Oberschlick du 23 mai 1991, A n° 204, § 63, et Schwabe du 28 août 1992, A n° 242-B, § 34). Sur ce terrain-là encore, l'inadmissibilité de l'exception de vérité qui paralyse la preuve de la bonne foi est une ingérence disproportionnée (arrêt Castells du 23 avril 1992, A n° 103, § 48); (V. Coussirat-Coustere, La Convention européenne des Droits de l'Homme (Commentaire article par article) sous la direction de L-E. Petiti, E. Decaux et P-H. Imbert, Ed. Economica, Paris, p. 416).

4.3. La proposition de loi Bourgeois assortit d'exceptions le droit à la protection des sources des journalistes. Elle prévoit en son article 4, § 1^{er}, que le journaliste ne peut être tenu notamment de révéler l'identité de ses informateurs ou de dévoiler la provenance de ses informations, sur ordre du juge, que si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- les données concernent des infractions risquant de porter atteinte à l'intégrité physique d'une ou de plusieurs personnes;
- les informations demandées revêtent une importance cruciale pour l'identification ou la recherche des suspects ou pour la prévention d'infractions visées au point précédent;
- les informations demandées ne peuvent être obtenues d'aucune autre manière.

C'est par ailleurs aux mêmes conditions qu'il peut être procédé, en exécution du paragraphe 2 du même article 4, à des perquisitions, confiscations, enregistrements et écoutes téléphoniques, sur ordre du juge et à condition que d'autres mesures d'instruction ne suffisent pas à révéler la vérité.

Il convient tout d'abord de se demander s'il s'impose d'énumérer aussi strictement les conditions à satisfaire cumulativement dans lesquelles le juge délivre un ordre au journaliste de révéler ses sources d'information au sens défini par l'article 3, § 1^{er}, de la proposition de texte. En effet, comme il a été relevé dans l'observation n° 2.3. ci-avant, la CEDH "reconnaît qu'il peut être difficile, dans le domaine considéré, de rédiger des lois d'une totale précision et qu'une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice" ³⁴.

Par ailleurs, la première des conditions ne vise que "les infractions risquant de porter atteinte à l'intégrité physique" des personnes. La question se pose de savoir pourquoi exclure d'autres formes d'atteinte et notamment celles portées à l'honneur des personnes. Le législateur devrait examiner si cette restriction se justifie au regard du

⁽³⁴⁾ Goodwin c. Royaume-Uni, § 33.

paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de la jurisprudence de la CEDH ³⁵ et, dans l'affirmative, argumenter son choix.

La deuxième condition fait référence à l'"importance cruciale" de l'information pour l'identification ou la recherche de suspects ou la prévention des infractions décrites dans la première condition. Si l'intention de l'auteur est, en recourant à cette paraphrase, de rencontrer le prescrit de ce même article 10, paragraphe 2 de la Convention, et la jurisprudence de la CEDH, il convient d'être plus explicite. Pour exercer son contrôle, la CEDH se fonde, en effet, sur des critères que les termes "importance cruciale" réduisent par trop ³⁶.

La troisième condition requiert du juge de s'assurer que des mesures raisonnables alternatives à la divulgation n'existent pas ou n'ont pas été épuisées par les autorités publiques. Le 3° du paragraphe 1^{er} de l'article 4 de la proposition de loi est libellé comme suit :

"3° Les informations demandées ne peuvent être obtenues d'aucune autre manière".

La question se pose de savoir si cette condition est énoncée avec suffisamment de précision au regard de la jurisprudence de la CEDH ³⁷.

La proposition de loi prévoit enfin les mesures d'instruction auxquelles elle accepte le recours aux conditions qu'elle fixe : il s'agit de la perquisition, de la confiscation, de l'enregistrement et de l'écoute téléphonique.

Il importe, dans un premier temps, de déterminer si les journalistes sont les seuls visés, à l'exclusion des tiers quels qu'ils soient (le journal qui est l'employeur, par exemple) et, dans un deuxième temps, de préciser si, dans le cas d'une perquisition ou d'une confiscation (saisie), sont également concernés le domicile et le lieu de travail, les effets personnels et la correspondance des journalistes (et de leurs employeurs) mais aussi toutes données ayant un lien avec leurs activités professionnelles. Ces éléments sont

(35) Voir l'observation n° 2.2. ci-avant.

(36) Comparer avec les critères dégagés, dans les observations n°s 2.4. et 2.5. ci-avant, de l'analyse de la jurisprudence de la CEDH.

(37) Voir l'observation n° 2.6. ci-avant.

essentiels pour répondre à l'une des premières exigences de la CEDH : le droit interne doit être formulé avec suffisamment de précision pour permettre aux personnes concernées - en s'entourant au besoin de conseils éclairés - de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter de leurs actes ³⁸.

En tout état de cause, il faut encore insister sur le fait que de telles mesures d'instruction ne sont pas admises par la CEDH dès lors qu'elles n'ont d'autre but que de contourner le droit des journalistes de taire leurs sources d'information. Et lorsqu'elles sont admises, il importe de rappeler que ces mesures d'instruction ne peuvent être mises en œuvre que dans le respect strict des dispositions qui les régissent ³⁹ et pour autant qu'elles ne portent pas atteinte à d'autres droits ou libertés fondamentales tel le droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

⁽³⁸⁾ Voir l'observation n° 2.3. ci-avant.

⁽³⁹⁾ Voir notamment la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	F. DELPÉRÉE,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. M. JOASSART, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 35.989/2
35.990/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 10 oktober 2003 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over :

- 1° een voorstel van wet "tot bescherming van de informatiebronnen van de journalist" (ingediend door de heer Geert Bourgeois - Parl. St., Kamer, nr. 51 0024/001 - zitting 2003) (35.989/2);
- 2° een voorstel van wet "tot toekenning aan de journalisten van het recht op geheimhouding van hun informatiebronnen" (ingediend door de heer Olivier Maingain en mevrouw Martine Payfa - Parl. St., Kamer, nr. 51 0111/001 - zitting 2003) (35.990/2),

heeft op 5 november 2003 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

I. Doel van de beide wetsvoorstellen

1. In artikel 2 van het wetsvoorstel tot toekenning aan de journalisten van het recht op geheimhouding van hun informatiebronnen, ingediend door de heer Olivier Maingain en mevrouw Martine Payfa (hierna te noemen het wetsvoorstel-Maingain-Payfa), wordt voor elke journalist het recht erkend op eerbiediging van de vertrouwelijkheid van zijn informatiebronnen. In datzelfde artikel wordt voorts bepaald dat "iedere journalist die om welke reden ook gehoord wordt over informatie die hij tijdens de uitoefening van zijn activiteiten heeft verzameld, ... de bron ervan geheim (mag) houden en (dat) niemand ... hem (kan) dwingen die bron te onthullen".

Aldus wordt bij het wetsvoorstel in de Belgische rechtsorde een absoluut - want niet van uitzonderingen voorzien - recht op de geheimhouding van informatiebronnen ingevoerd, dat elke journalist kan aanvoeren, ongeacht of hij al dan niet beroepsjournalist is in de zin van de wet van 30 december 1963 betreffende de erkenning en de bescherming van de titel van beroepsjournalist. De indieners van het wetsvoorstel geven, zowel in de toelichting op als in de samenvatting van hun tekst, overigens duidelijk aan dat het aldus erkende recht kan worden aangevoerd in elke - zowel burgerlijke als strafrechtelijke - procedure waarin de journalist door de gerechtelijke overheid "gehoord" wordt.

2. Bij artikel 3, § 1, van het wetsvoorstel tot bescherming van de informatiebronnen van de journalist, ingediend door de heer Geert Bourgeois (hierna te

.../...

noemen het wetsvoorstel-Bourgeois) wordt voor elke journalist het recht ingesteld om te weigeren "aan de gerechtelijke overheid inlichtingen te verstrekken die:

- de identiteit van zijn informanten kunnen bekendmaken;
- de aard of de herkomst van zijn informatie kunnen prijsgeven;
- de identiteit van de auteur van een tekst of audiovisuele productie kunnen bekendmaken;
- de inhoud van de informatie en van de documenten zelf kunnen bekendmaken".

Het recht op bescherming van de bronnen van journalisten dat aldus in het wetsvoorstel wordt gedefinieerd, geldt weliswaar eveneens zowel in burgerlijke als in strafrechtelijke zaken, maar is in het laatstgenoemde domein gekoppeld aan uitzonderingen die limitatief worden opgesomd in artikel 3, § 2, terwijl de cumulatieve voorwaarden voor de toepassing van die uitzonderingen vermeld worden in artikel 4 van het wetsvoorstel.

Hoewel het wetsvoorstel-Bourgeois op dit punt verschilt van het wetsvoorstel-Maingain-Payfa, sluit het wat zijn werkingssfeer *ratione personae* betreft toch bij dat voorstel aan, aangezien het begrip journalist in het wetsvoorstel-Bourgeois in ruime zin wordt opgevat als "eenieder die meewerkt of heeft meegewerkt aan de voorbereiding, redactie of vervaardiging van een voor het publiek toegankelijke vorm van publicatie".

II. Context van de wetsvoorstellen

1. De Raad van State heeft zich reeds in het verleden gebogen over een wetsvoorstel dat ertoe strekte de vertrouwelijkheid van de bronnen van journalisten te garanderen.

In advies 17.910/9, dat de Raad van State op 24 juni 1987 heeft gegeven over een wetsvoorstel "tot bescherming van het zwijgrecht in hoofde van professionele

.../...

persmedewerkers die worden gedagvaard om te worden gehoord", heeft de Raad opgemerkt dat

"... het voorstel (...) niet onmisbaar (is) in zover het de journalisten ervan wil ontslaan hun informatiebron te onthullen, aangezien zo'n resultaat nu reeds op grond van de artikelen 81 en 158 van het Wetboek van Strafvordering kan worden bereikt"¹.

Dat wetsvoorstel had evenwel alleen betrekking op het geval dat een journalist opgeroepen wordt om in rechte te getuigen.

2. Sedertdien heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna te noemen EHRM) op 27 maart 1996 zijn rechtspraak terzake vastgelegd in het arrest-Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk, welke rechtspraak dat Hof naderhand herhaaldelijk heeft kunnen bevestigen².

Het EHRM heeft het volgende gesteld:

"... la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties à accorder à la presse revêtent une importance particulière".

Het Hof heeft voorts het volgende bepaald:

"... la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse (...). L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle de «chien de garde» et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie. Eu égard à l'importance que revêt la

⁽¹⁾ In datzelfde advies werd immers het volgende gesteld: "Overeenkomstig de artikelen 81 en 158 van het Wetboek van Strafvordering veroordelen de rechters niet tot de bij die artikelen bepaalde geldboete, wanneer zij de «wettige reden van verschoning» aanvaard hebben ten aanzien van getuigen die niet verschijnen. Aangezien die artikelen niet bepalen wat de wettige reden van verschoning moet zijn, kunnen de rechters als wettig aanvaarden de reden van verschoning voorgelegd door een journalist die verklaart dat hij zijn informant beloofd heeft diens identiteit niet bekend te maken".

⁽²⁾ Zie opmerking nr. 2 onder punt III hierna.

protection des sources journalistiques pour la liberté de la presse dans une société démocratique et à l'effet négatif sur l'exercice de cette liberté que risque de produire une ordonnance de divulgation, pareille mesure ne saurait se concilier avec l'article 10 (...) de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public. Il convient de tenir compte de ces considérations pour appliquer aux faits de la cause le critère de la nécessité dans une société démocratique prévu par le paragraphe 2 de l'article 10 (...) "^{3 4}.

III. Onderzoek van beide wetsvoorstellen

1. Wegens de bedoeling van beide wetsvoorstellen, namelijk het instellen in het Belgische recht van een min of meer uitgebreid recht op geheimhouding of bescherming van de informatiebronnen van journalisten, lijkt het in een eerste fase dienstig ze te onderzoeken in het licht van de bedoelingen die de indieners ervan in hun toelichting hebben opgegeven en in dat opzicht een stand van zaken op te maken van de jurisprudentie van het EHRM wat betreft artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna te noemen het Europees Verdrag voor de rechten van de mens).

In een tweede fase moet aandacht worden besteed aan verscheidene vragen die beide wetsvoorstellen doen rijzen, zowel wat betreft de eigenlijke regeling van dat recht als wat betreft de gevolgen die ze met zich brengen voor de interne rechtsordening, maar ook in het licht van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Het gaat er hier in hoofdzaak om de wetgever zo goed mogelijk uitleg te verschaffen over de strekking van de twee wetsvoorstellen, zodanig dat hij bij het stellen van regels beschikt over voldoende gegevens om met volledige kennis van zaken de

⁽³⁾ Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk, arrest van 27 maart 1996, § 39.

⁽⁴⁾ Voorts is op 8 maart 2000 Aanbeveling nr. R (2000) 7 aangenomen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over het recht van journalisten om hun informatiebronnen niet mee te delen. Die niet-bindende tekst heeft overeenkomstig de bewoordingen van de memorie van toelichting ervan het volgende doel: "renforcer ... -> Royaume Uni" (memorie van toelichting, punt 4). Er wordt nadruk gelegd op "les conditions ... -> les médias". In de memorie van toelichting van de Aanbeveling wordt eveneens aangegeven dat overeenkomstig artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens "ce droit des journalistes n'est pas absolu (...). Ces limites ... -> des motifs"; voorts wordt daarin nog op het volgende gewezen "... la Recommandation ... -> des journalistes" (Uittreksels uit de memorie van toelichting, punten 4, 5, 6 en 7).

inhoud van de teksten te onderzoeken en de gevolgen ervan te beoordelen. Het is in deze optiek dat de volgende opmerkingen worden gemaakt.

2.1. Zoals gepreciseerd wordt in de toelichting bij de twee wetsvoorstellen, is de kwestie van de bescherming van de informatiebronnen van journalisten verschillende malen door het EHRM onderzocht in het licht van artikel 10 van het Verdrag. De rechtspraak ter zake van het EHRM kan als volgt worden samengevat.

2.2. De vrijheid van meningsuiting - die niet alleen geldt voor de "inlichtingen" of voor de "denkbeelden" die gunstig worden onthaald of als onschadelijk of onbelangrijk worden beschouwd, maar ook voor die welke de Staat of welk deel ook van de bevolking kwetsen, schokken of verontrusten ⁵ - vormt een van de essentiële grondslagen van een democratische samenleving, en de waarborgen die aan de pers dienen te worden verleend zijn in dit kader bijzonder belangrijk ⁶. Hieruit volgt dat de bescherming van journalistieke bronnen een van de hoekstenen van de persvrijheid is en dat alle bemoeiing of inmenging, van welke aard ook ⁷, die op deze bescherming een negatieve invloed zou hebben, alleen in overeenstemming zou zijn met artikel 10, lid 1, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens indien ze gerechtvaardigd wordt door een doorslaggevend vereiste van algemeen belang en beantwoordt aan de criteria vastgesteld bij artikel 10, lid 2, van het Verdrag ⁸.

(5) Arrest-De Haes en Gijssels tegen België, van 24 februari 1997, § 46.

(6) Het EHRM heeft er in dit verband op gewezen dat de pers weliswaar bepaalde grenzen niet mag overschrijden, inzonderheid in verband met de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, alsmede wat betreft de noodzaak om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen, maar dat ze, met inachtneming van haar plichten en verantwoordelijkheden, inlichtingen of denkbeelden over alle kwesties van algemeen belang dient te verstrekken (arrest-Fressoz en Roire tegen Frankrijk, van 21 januari 1999, § 45; arrest-Ernst tegen België, van 15 juli 2003, § 92), met inbegrip van die welke betrekking hebben op de werking van de rechterlijke macht (arrest-De Haes en Gijssels, § 37).

(7) Het kan aldus gaan om een beschikking waarbij een journalist wordt aangemaand, op straffe van boete, om de identiteit van zijn informant bekend te maken (arrest-Goodwin tegen Verenigd Koninkrijk van 27 maart 1996), om een veroordeling wegens heling, naar aanleiding van de publicatie van documenten die geacht worden verkregen te zijn door belastingambtenaren waarbij deze hun beroepsgeheim hebben geschonden (arrest-Fressoz en Roire tegen Frankrijk, van 21 januari 1999) of om huiszoekingen en inbeslagnemingen ten huize van een journalist of op de zetel van diens redactie (arrest-Roemen en Schmit tegen Luxemburg, van 25 februari 2003; arrest-Ernst tegen België, van 15 juli 2003).

(8) Arrest-Goodwin, § 39; arrest-Fressoz en Roire, § 51; arrest-Roemen en Schmit, § 46; arrest-Ernst, § 91.

2.3. De inmenging moet in de eerste plaats "bij de wet worden voorzien" ⁹, in de materiële betekenis van het woord ¹⁰, en het toepasselijke interne recht dient voldoende nauwkeurig te worden geformuleerd opdat de betrokkenen - die zich zo nodig door deskundige raadslieden laten bijstaan - in de gegeven omstandigheden in redelijke mate de eventuele gevolgen van een bepaalde handeling kunnen voorzien (criterium van de "voorzienbaarheid").

In dit verband heeft het EHRM erkend dat het ter zake moeilijk kan zijn volledig precieze wetten te maken en dat enige soepelheid zelfs wenselijk kan blijken om nationale gerechten in staat te stellen het recht te ontwikkelen in het licht van wat ze achten maatregelen te zijn noodzakelijk "in het belang van de rechtsbedeling" ^{11 12}. Bijgevolg is een wet die een beoordelingsbevoegdheid toekent op zich niet in strijd met dit vereiste van voorzienbaarheid, op voorwaarde dat de omvang en de wijzen van uitoefening van zo'n bevoegdheid voldoende duidelijk omschreven worden, gelet op het wettige doel dat op het spel staat, om het individu een gepaste bescherming tegen willekeur te bieden ¹³.

2.4. Met de inmenging dient in de tweede plaats een wettig doel of belang te worden nagestreefd, dat beantwoordt aan een van de motieven waarvan sprake is in artikel 10, lid 2, van het Verdrag.

Het EHRM heeft aldus aangenomen dat een wettig belang kunnen uitmaken de noodzaak om de goede naam en de rechten van anderen te beschermen ¹⁴ en de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen ¹⁵, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten zoals, bijvoorbeeld, schending van

(9) Arrest-Goodwin, § 31; arrest-Roemen en Schmit, § 48.

(10) Arrest-Ernst, § 96.

(11) Arrest-Goodwin, § 33. In dit geval stond een bepaling van intern recht immers een uitzondering toe op de regel van de bescherming van de bronnen "in het belang van de rechtsbedeling".

(12) Aan dit vereiste beantwoorden eveneens bepalingen van intern recht die een veroordeling wegens heling (arrest-Fressoz en Roire, § 42) of het doen van huiszoekingen, fouilleringen en inbeslagnemingen (arrest-Roemen en Schmit, § 48; arrest-Ernst, § 97) toestaan.

(13) Arrest-Goodwin, § 31.

(14) Arrest-Goodwin, §§ 35 en 41; arrest-De Haes en Gijssels, § 33.

(15) Arrest-Fressoz en Roire, § 43.

het beroepsgeheim en de heling van inlichtingen die verkregen zijn naar aanleiding van die schending ¹⁶, de noodzaak van geheimhouding van het onderzoek en, meer in het algemeen, de noodzaak om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen ¹⁷.

2.5. In derde instantie behoort te worden aangetoond dat de inmenging "noodzakelijk was in een democratische samenleving" en dat het nagestreefde wettig belang duidelijk voorrang had op het algemeen belang verbonden aan het niet openbaar maken van de journalistieke bronnen. Met andere woorden, er behoort te worden aangetoond dat er een billijke afweging is gemaakt van de belangen in kwestie en dat de motieven die in elk afzonderlijk geval zijn aangevoerd om gebruik te maken van de inmenging waarin door de wet is voorzien, "afdoende" en "relevant" zijn in het licht van de "doorslaggevende noodzakelijkheid van algemeen belang" die wordt aangevoerd om die inmenging te rechtvaardigen (evenredigheids criterium) ¹⁸.

Het EHRM heeft in dat verband gesteld dat de beperkingen op de vertrouwelijkheid van journalistieke bronnen een zeer scrupuleus onderzoek van het Hof vereisen, ofschoon het in eerste instantie de nationale (gerechtelijke) instanties toekomt om, in het licht van de zaak in haar geheel, te beoordelen of er al dan niet sprake is van een "dringende maatschappelijke behoefte" die die beperkingen kan rechtvaardigen, een taak waarvoor die instanties over een zekere beoordelingsvrijheid beschikken ¹⁹.

Het EHRM heeft er eveneens aan herinnerd dat journalisten in principe, door de bescherming die zij genieten dankzij artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, niet ontslagen kunnen worden van hun verplichting om de gemeenrechtelijke strafwetten na te leven ²⁰.

⁽¹⁶⁾ Arrest-Roemen en Schmit, §§ 50 en 56.

⁽¹⁷⁾ Arrest-Ernst, § 98.

⁽¹⁸⁾ Arrest-Goodwin, § 40; arrest-Roemen en Schmit, § 51; arrest-Ernst, § 104.

⁽¹⁹⁾ Arrest-Goodwin, § 40; arrest-Fressoz en Roire, § 45.
Aldus zijn de belangen van een onderneming om een oneerlijke werknemer of medewerker ontmaskerd te zien, hoe relevant die belangen ook mogen zijn, evenwel niet voldoende om zwaarder te wegen dan het kapitale algemeen belang dat besloten ligt in de bescherming van journalistieke bronnen (Arrest-Goodwin, § 45).

⁽²⁰⁾ Arrest-Fressoz en Roire, § 52.

2.6. In vierde instantie behoort tenslotte te worden aangetoond dat andere maatregelen die minder nadelig zijn dan het opheffen van het geheim van journalistieke bronnen, niet het nagestreefde resultaat zouden hebben kunnen opleveren (het subsidiariteitscriterium)²¹. Dat zou bijvoorbeeld mogelijk geweest zijn met een gewone beschikking tot niet-verspreiding van de omstreden inlichtingen²² of van de onderzoeksmaatregelen binnen de dienst zelf waar zich een schending van het beroepsgeheim zou kunnen voordoen²³.

In dat verband heeft het EHRM gesteld dat het zaak is van de bevoegde instanties elk bewijs te onderzoeken "dat te hunner beschikking staat met toepassing van het nationaal procesrecht", eerder dan van journalisten te eisen dat zij hun informatiebronnen bekendmaken en dat het verrichten van huiszoeken met het doel die bronnen te achterhalen in dat opzicht een ernstiger daad is dan een aanmaning om de identiteit van die bronnen prijs te geven, op straffe van een geldboete²⁴.

2.7. Kortom, ook al ziet het EHRM erop toe dat het niet, uit principe, elke wettelijk geregelde inmenging op het vlak van de bescherming van journalistieke bronnen verbiedt, toch zij erop gewezen dat de zorgvuldige toetsing die het moet uitvoeren in elk afzonderlijk geval het Hof er meestal toe brengt te oordelen, uit het oogpunt van het bijzondere gewicht van de noodzaak van die bescherming, dat de bemoeienis in een bepaald geval niet gerechtvaardigd was, hetzij omdat die niet in verhouding stond tot het wettig nagestreefde doel, hetzij omdat het gebruik maken van andere, minder nadelige maatregelen het mogelijk zou hebben gemaakt om hetzelfde resultaat te bereiken.

Hoewel niets eraan in de weg staat dat de Belgische wetgever geen toepassing geeft aan lid 2 van artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en in de teksten die hij uitvaardigt strenger is wat betreft de erkenning van het recht van journalisten op bescherming van hun informatiebronnen, blijft het in een democratische samenleving niettemin noodzakelijk om zich zo volledig mogelijk rekenschap te geven van de gevolgen die zo'n keuze met zich brengt.

(21) Arrest-Ernst, § 102.

(22) Arrest-Goodwin, § 42.

(23) Arrest-Roemen en Schmit, §§ 55 en 56; arrest-Ernst, § 102.

(24) Arrest-Roemen en Schmit, § 57; arrest-Ernst, § 103.

3.1. Wat het onderwerp van het dispositief van beide wetsvoorstellen betreft, voorzien beide in het recht, het ene op de geheimhouding en het andere op de bescherming van journalistieke bronnen en geven ze een ruime definitie van het begrip "journalist", die houder is van dat recht.

Het wetsvoorstel Maingain-Payfa heeft immers betrekking op elke journalist en in de toelichting ervan wordt gesteld dat de stellers ervan bijgevolg het toepassingsgebied *ratione personae* niet hebben willen beperken tot alleen maar de beroepsjournalisten, aangezien het hen in dat geval zou zijn voorgekomen dat ze "ingingen tegen de Grondwet, die de persvrijheid bekrachtigt in artikel 25" ²⁵.

In het wetsvoorstel-Bourgeois wordt in de tekst zelf van artikel 2 onder "journalist" verstaan "eenieder die meewerkt of heeft meegewerkt aan de voorbereiding, redactie of vervaardiging van een voor het publiek toegankelijke vorm van publicatie" en wordt in de artikelsgewijze toelichting bepaald dat niet alleen bedoeld worden "de beroepsjournalisten zoals bepaald in de organieke wet van 30 december 1963 maar ook (...) free-lance journalisten, correspondenten, fotografen die hen vergezellen, enz.". Vervolgens wordt erin gesteld dat "het bronnengeheim (...) immers niet (mag) voorbehouden blijven aan de beroepsjournalisten. Dat zou strijdig zijn met artikel 25 van de Grondwet. Iemand die af en toe in een krant schrijft, moet even goed beschermd worden als de beroepsjournalist". De indieners van het voorstel stellen daarentegen dat "diegenen die meewerken of hebben meegewerkt aan de verspreiding van de informatie" niet onder het journalistieke bronnengeheim vallen ²⁶.

(25) In diezelfde toelichting bij het wetsvoorstel wordt aldus gesteld dat "door de voormelde bepaling te combineren met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, waarbij alle Belgen gelijk voor de wet worden verklaard en het non-discriminatiebeginsel wordt ingesteld, (...) het Arbitragehof er immers toe (zou) kunnen worden gebracht te oordelen dat een bepaling waarbij de bescherming van de journalistieke bronnen alleen maar aan de "beroepsjournalisten" wordt verleend, een verboden discriminatie instelt tussen deze journalisten en degenen die deze titel niet voeren." De stellers komen, na een poging om dat gevaar te evalueren, tot de conclusie dat "om te voorkomen dat dit wetsvoorstel kan worden beschouwd als een aanzet tot willekeurige discriminatie, (...) het dus verkieslijk (is) de bescherming van de journalistieke bronnen te verlenen aan iedere journalist, ongeacht of ze beantwoorden aan de in (...) de wet van 30 december 1963 gestelde voorwaarden".

(26) Deze uitzondering wordt als volgt gerechtvaardigd : "Deze optie is gebaseerd op het advies van de Raad van State bij het wetsvoorstel tot bescherming van het zwijgrecht in hoofde van professionele persmedewerkers die worden gedagvaard om te worden gehoord (Gedr. St., Kamer 1986-87, nr. 786/2)".

3.2. Bij deze ruime omschrijving van het toepassingsgebied van beide wetsvoorstellen behoort een opmerking te worden gemaakt in verband met de gebruikte terminologie. Of men het recht om informatiebronnen te verzwijgen in termen van bescherming, dan wel in termen van geheimhouding definieert, maakt immers een verschil. Dat geldt des te meer wanneer, zoals in het wetsvoorstel Maingain-Payfa, het recht op geheimhouding van de informatiebronnen van de journalist in absolute zin begrepen wordt, met andere woorden zonder enige uitzondering, zodat het recht de facto zou kunnen overgaan in een verplichting tot geheimhouding, waardoor de houder van dat recht aldus vergeleken zou kunnen worden met diegenen die, krachtens artikel 458 van het Strafwetboek, gehouden zijn tot het beroepsgeheim in zoverre dat geheim de consequentie is van de betrekkingen die kunnen ontstaan tussen een burger en diegene wiens diensten hij nodig heeft ²⁷. Aldus zou zelfs een gelegenheidsjournalist van mening kunnen zijn dat hij niet alleen het recht, maar tevens de plicht heeft om zelfs voor de rechter niet prijs te geven wat hij vernomen heeft in de hoedanigheid van "noodzakelijke vertrouwenspersoon", naar het voorbeeld van hetgeen geldt voor geneesheren, heelkundigen, officieren van gezondheid, apothekers, vroedvrouwen en alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd ^{28 29}.

Het gevaar bestaat dat die zaken in de praktijk door elkaar zullen worden gehaald, alhoewel zulks juridisch uitgesloten is. Hoe dan ook zou men de voorkeur moeten geven aan het begrip "bescherming" boven het begrip "geheimhouding"; het moet tevens duidelijk zijn, zoals de Raad van State reeds gesteld heeft in zijn voornoemde advies 17.910/9, dat het hier gaat om het regelen van "iets anders dan het beroepsgeheim dat wordt beschermd door artikel 458 van het Strafwetboek, hetwelk ertoe strekt de inhoud van een informatie geheim te houden, terwijl de bron van die informatie bekend is" ³⁰.

(27) Zie J. Ceuleers, Een zwijgrecht voor journalisten ?, R.W., 1977-1978, 1030.

(28) G. Leroy, "Le journaliste a-t-il le droit de taire ses sources ?", J.T., 1980, blz. 181.

(29) Artikel 458 van het Strafwetboek.

(30) Hoewel in het wetsvoorstel-Bourgeois op bladzijde 8 van de toelichting een duidelijk onderscheid gemaakt wordt tussen beide gevallen, kan dat niet gezegd worden van het wetsvoorstel-Maingain-Payfa, waarin het in casu dubbelzinnige begrip "geheimhouding" gebruikt wordt in het opschrift en in de toelichting ervan.

4.1. Beide wetsvoorstellen brengen gevolgen teweeg waarmee de wetgever rekening moet kunnen houden bij het onderzoek ervan. Er behoort immers in het bijzonder op gelet te worden dat de door beide wetsvoorstellen uitgewerkte erkenning van het recht van journalisten om hun informatiebronnen niet prijs te geven, niet uitmondt in niet-naleving of zelfs schending van andere rechten en vrijheden, zoals die welke vastgelegd zijn in de Grondwet, namelijk in titel II ervan "De Belgen en hun rechten", en in het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. De vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid moeten immers uitgeoefend worden, inzonderheid rekening houdend met het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, het recht om een leven te leiden conform de menselijke waardigheid, maar ook het recht van elk individu op een billijk proces, de rechten van verdediging of ook het vermoeden van onschuld.

De wetgever zou zich moeten afvragen of de keuze die de basis vormt van het eerste wetsvoorstel gerechtvaardigd is, daar het recht waarin dat voorstel voorziet geen enkel tegenwicht biedt. Het zou evenwel nuttig zijn na te gaan of zo'n tegenwicht niet zou bestaan in maatregelen "die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, territoriale onschendbaarheid of openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen", zoals bepaald wordt in lid 2 van artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Er behoort een afweging te worden gemaakt van de vrijheden en de rechten, iets wat niet alleen bij wet, althans niet bij voorbaat, kan worden opgelost, zeker als het recht van de journalisten om hun informatiebronnen te beschermen als onvoorwaardelijk wordt opgevat.

Daar veel op het spel staat, vraagt de Raad van State zich af of het niet nuttig zou zijn om aan de gerechtelijke instanties de beoordelingsmarge toe te kennen die noodzakelijk is om in een democratische samenleving een juist evenwicht te kunnen bewaren tussen alle waarden die er de wezenlijke grondslagen van vormen.

4.2. Beide voorstellen hebben overigens een weerslag op de ordening van het Belgische positieve recht en op de interne samenhang ervan. Immers, hoewel die wetsvoorstellen voorzien in een recht op geheimhouding van de informatiebronnen van journalisten, behoeden ze de journalisten niet voor een veroordeling in het geval dat zij

.../...

informatie zouden hebben vergaard en daarbij een strafbaar feit hebben begaan. De Raad van State heeft daarover reeds een opmerking geformuleerd in zijn voornoemde advies 17.910/9.

Doordat verschillende paragrafen uit de toelichting bij het wetsvoorstel-Bourgeois over dat aspect gaan, maakt alleen dat wetsvoorstel het mogelijk elke dubbelzinnigheid in dat verband op te heffen ³¹. Daarin wordt immers het volgende bepaald :

"Het spreekt voor zich dat de wettelijke erkenning van het journalistieke bronnengeheim geen beperking inhoudt van de mogelijkheid om een journalist strafrechtelijk te vervolgen wanneer hij op onwettige wijze in het bezit zou gekomen zijn van bepaalde informatie (bijv. door diefstal, omkoping van ambtenaren, af luisterpraktijken ³²). In dat geval is de journalist geen getuige maar een verdachte en kan hij zoals elke verdachte weigeren bepaalde verklaringen af te leggen of vragen te beantwoorden.

Het journalistieke bronnengeheim laat ook de burgerrechtelijke aansprakelijkheid onaangeroerd . Dit impliceert dat een journalist in geval van onrechtmatige publicatie niet kan steunen op het journalistieke bronnengeheim als verschoning voor het gebrek aan bewijsmateriaal m.b.t . een grievende publicatie" ³³.

4.3. Het wetsvoorstel-Bourgeois koppelt uitzonderingen aan het recht op bescherming van de bronnen van journalisten. Artikel 4, § 1, ervan bepaalt dat een journalist er alleen toe kan worden verplicht onder meer de identiteit van zijn informanten

(31) Zie blz. 10.

(32) Er behoort duidelijk te worden bepaald of heling al dan niet in aanmerking moet worden genomen.

(33) Deze bewering zou evenwel moeten worden gerelativeerd. Immers, kritiek bij wege van de pers houdt ook enige waardeoordelen in, onlosmakelijk verbonden met de vrijheid van mening. Al in de eerste zaak heeft het Hof bevestigd dat bewijsvoering door te verklaren dat de feiten exact zijn, niet doenbaar is en heeft, wanneer dat bewijs de enige manier is om aan veroordeling te ontkomen, geoordeeld dat dit vereiste zelf een onnodige inmenging inhoudt in de vrijheid van meningsuiting (arrest-Lingens van 8 juli 1986, A nr. 103, § 46); zijn rechtspraak is op dat punt niet gewijzigd (arresten- Oberschlick, van 23 mei 1991, A nr. 204, § 63, en -Schwabe, van 28 augustus 1992, A nr. 242-B, § 34). Wederom op dat gebied, is de onaanvaardbaarheid van de exceptio veritatis, welke het bewijs van de goede trouw buiten spel zet, een buitensporige inmenging (arrest-Castells, van 23 april 1992, A nr. 103, § 48); (V. Coussirat-Coustere, La Convention européenne des Droits de l'Homme (commentaire article par article), onder leiding van L.-E. Petiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, Ed. Economica, Parijs, blz. 416).

kenbaar te maken of de herkomst van zijn informatie te onthullen, op bevel van de rechter en mits de volgende voorwaarden tegelijk worden vervuld :

- de gegevens hebben betrekking op misdrijven waarbij de fysieke integriteit van één of meer personen in het gedrang dreigt te komen;
- de gevraagde informatie is cruciaal voor de identificatie of opsporing van de verdachten of voor het voorkomen van misdrijven bedoeld in het vorige punt;
- de gevraagde informatie kan op geen enkele andere wijze verkregen worden.

Bovendien mogen onder dezelfde voorwaarden, ter uitvoering van paragraaf 2 van hetzelfde artikel 4, huiszoekingen, inbeslagnemingen, telefoonregistraties en telefoontaps gedaan worden op bevel van de rechter en op voorwaarde dat andere onderzoeksverrichtingen niet volstaan om de waarheid aan het licht te brengen.

In de eerste plaats rijst de vraag of het noodzakelijk is een zo strikte opsomming te geven van de voorwaarden waaraan tegelijk voldaan moet worden en waaronder de rechter een bevel geeft aan de journalist om zijn informatiebronnen kenbaar te maken in de zin bepaald in artikel 3, § 1, van het tekstvoorstel. Zoals er hierboven op is gewezen in opmerking nr. 2.3., heeft het EHRM namelijk "erkend dat het ter zake moeilijk kan zijn volledig precieze wetten te maken en dat enige soepelheid zelfs wenselijk kan blijken om nationale gerechten in staat te stellen het recht te ontwikkelen in het licht van wat ze achten maatregelen te zijn noodzakelijk in het belang van de rechtsbedeling" ³⁴.

Voorts doelt de eerste voorwaarde alleen op "misdrijven waarbij de fysieke integriteit (van personen) in het gedrang dreigt te komen. De vraag rijst waarom andere vormen van strafbare feiten daarvan worden uitgesloten en inzonderheid de aanslag op iemands eer. De wetgever zou moeten nagaan of deze beperking gerechtvaardigd is uit het oogpunt van lid 2 van artikel 10 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens en de rechtspraak van het EHRM ³⁵ en zo ja zou hij zijn keuze moeten rechtvaardigen.

⁽³⁴⁾ Goodwin tegen Verenigd Koninkrijk, § 33.

⁽³⁵⁾ Zie hierboven opmerking nr. 2.2.

De tweede voorwaarde verwijst naar de "cruciale" betekenis van de informatie voor het identificeren of opsporen van verdachten of ter voorkoming van de strafbare feiten die worden beschreven in de eerste voorwaarde. Als de auteur, door zich te bedienen van deze parafrase, de bedoeling heeft gestalte te geven aan het bepaalde in datzelfde artikel 10, tweede lid, van het Verdrag en aan de rechtspraak van het EHRM, behoort dit met zoveel woorden duidelijk te worden gemaakt. Het EHRM steunt, om zijn toetsing uit te oefenen immers op criteria die met het woord "cruciaal" al te veel worden afgezwakt ³⁶.

De derde voorwaarde vergt van de rechter dat hij zich ervan vergewist dat redelijke maatregelen die een alternatief bieden voor verspreiding niet bestaan of niet ten einde toe door de overheid zijn aangewend. Onderdeel 3° van paragraaf 1 van artikel 4 van het wetsvoorstel luidt als volgt :

"3° de gevraagde informatie kan op geen enkele andere wijze verkregen worden".

De vraag rijst of die voorwaarde duidelijk genoeg wordt geformuleerd uit het oogpunt van de rechtspraak van het EHRM ³⁷.

Het wetsvoorstel voorziet ten slotte in onderzoeksverrichtingen waarvan gebruik mag worden gemaakt onder de voorwaarden die het vaststelt : het gaat om huiszoeking, inbeslagneming, telefoonregistratie en telefoontap.

Het komt er in de eerste plaats op aan te bepalen of alleen wordt bedoeld op journalisten, met uitsluiting van onverschillig welke derde (de krant die de werkgever is, bij voorbeeld) en in de tweede plaats te preciseren of bij een huiszoeking of een inbeslagneming ook de woonplaats en de werkplek, de persoonlijke voorwerpen en de briefwisseling van journalisten (en van hun werkgevers) daardoor worden geraakt, en ook alle gegevens die verband houden met hun beroepsactiviteiten. Die elementen zijn essentieel wil voldaan worden aan een van de eerste vereisten van het EHRM : het interne recht moet duidelijk genoeg worden geformuleerd opdat de betrokkenen - die zich zo

⁽³⁶⁾ Vergelijk met de criteria die blijken, in de voornoemde opmerkingen nr.2.4. en 2.5., uit de analyse van de rechtspraak van het EHRM.

⁽³⁷⁾ Zie hierboven opmerking nr. 2.6.

nodig door deskundige raadslieden laten bijstaan - de gevolgen die hun handelingen kunnen hebben in de gegeven omstandigheden in redelijke mate kunnen voorzien ³⁸.

Hoe dan ook moet nog worden beklemtoond dat zulke onderzoeksverrichtingen door het EHRM niet worden aanvaard wanneer ze alleen tot doel hebben het recht van journalisten om hun informatiebronnen te verzwijgen, te omzeilen. En wanneer ze worden aanvaard, moge worden gememoreerd dat die onderzoeksverrichtingen alleen mogen worden aangewend met strikte inachtneming van de bepalingen die erop van toepassing zijn ³⁹ en voorzover zij geen afbreuk doen aan andere rechten of fundamentele vrijheden, zoals het recht op privé-leven en gezinsleven, gewaarborgd door artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens.

⁽³⁸⁾ Zie hierboven opmerking 2.3..

⁽³⁹⁾ Zie onder meer de wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	F. DELPÉRÉE,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. M. JOASSART, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B.VIGNERON

Y. KREINS