

KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, achtste kamer, op 4 juli 1994 door de Minister van de Kleine en Middelgrote Ondernemingen en Landbouw verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 24 juli 1973 tot instelling van een verplichte avondsluiting in handel, ambacht en dienstverlening", heeft op 12 juli 1994 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, huitième chambre, saisi par le Ministre des Petites et Moyennes Entreprises et de l'Agriculture, le 4 juillet 1994, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 24 juillet 1973 instaurant la fermeture obligatoire du soir dans le commerce, l'artisanat et les services", a donné le 12 juillet 1994 l'avis suivant :

Volgens artikel 84, tweede lid, dat bij de wet van 15 oktober 1991 is ingevoegd in de gecoördineerde wetten op de Raad van State, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisend karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt de dringende noodzakelijkheid gemotiveerd "door het feit dat dringend een oplossing moet worden gegeven aan het probleem van de explosieve groei van het aantal nachtwinkels, die op basis van de huidige wet in de illegaliteit werken, maar die anderzijds blijken te voldoen aan bepaalde behoeften van de verbruikers".

*

* *

Gelet op de korte termijn die hem voor het geven van zijn advies wordt toegemeten, dient de Raad van State zich te bepalen tot het maken van de hierna volgende opmerkingen.

STREKKING VAN HET ONTWERP.

Het voorontwerp van wet strekt er in de eerste plaats toe om bijkomende afwijkingen in te voeren op de verplichting om sluitingsuren in acht te nemen in handel, ambacht en dienstverlening. Deze afwijkingen betreffen met name de winkels voor de verhuur en de verkoop van video-

.../...

films, de wasserijen, de zogenaamde "nachtwinkels" en de winkels behorend bij tankstations die gelegen zijn langs de autosnelwegen.

Het ontwerp bepaalt voor die winkels, met uitzondering van de winkels voor de verhuur en de verkoop van videofilms en de wasserijen, de bijkomende voorwaarden om voor die afwijking in aanmerking te komen. Die voorwaarden hebben vooral betrekking op het geboden assortiment en de maximale verkoopoppervlakte.

Het ontwerp beoogt verder het optreden te regelen van de ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van het geheel van de bepalingen van de wet van 24 juli 1973 tot instelling van een verplichte avondsluiting in handel, ambacht en dienstverlening.

Ten slotte strekt het ontwerp er nog toe de strafbepalingen van de genoemde wet te wijzigen, met name door een verhoging van de boeten en door de invoering van bijkomende sancties. Aan de bevoegde ambtenaren wordt de macht gegeven om aan de overtreders een som voor te stellen, waarvan de betaling de strafvordering zou doen vervallen.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. In de aan de Raad van State voorgelegde tekst ontbreekt het ontwerp van indieningsbesluit.

.../...

2. Bij het ontworpen artikel 4, § 1, f, van de wet van 24 juli 1973 worden de gemeenten betrokken bij de uitvoering van de wet.

Gelet op deze omstandigheid, past het dat de Minister van Binnenlandse Zaken het ontwerp medevoordraagt en medeondertekent.

3. De memorie van toelichting bevat enkel een artikelsgewijze commentaar. Het is gebruikelijk dat ook een algemene toelichting wordt gegeven.

Wat de toelichting bij artikel 2 betreft, moet opgemerkt worden dat deze zeer beknopt is.

4. De Nederlandse tekst van het ontwerp en van de memorie van toelichting lijkt met weinig zorg te zijn opgesteld. Hij dient grondig nagekeken te worden, onder meer om discrepanties te vermijden tussen de Nederlandse en de Franse tekst (1).

(1) Zo wordt in het ontworpen artikel 11, § 2, 1^o (artikel 2 van het ontwerp) als equivalent van de zinsnede "dont l'accès est nécessaire" in de Nederlandse tekst de formule gebruikt "waar ... zij toegang moeten hebben". In het ontworpen artikel 11, § 2, 4^o, gaat het in de Franse tekst om "agents", in de Nederlandse tekst om "ambtenaren"; in de overige bepalingen van het ontworpen artikel 11 gaat het steeds om "ambtenaren" en "agenten" ("fonctionnaires" en "agents"). In het ontworpen artikel 12, § 4, vijfde lid, dient in het laatste zinsdeel, in de Nederlandse tekst, het woord "dat" vervangen te worden door een term die beantwoordt aan

ONDERZOEK VAN DE TEKST.Artikel 1.Algemeen.

Bij artikel 1 van het ontwerp wordt de lijst uitgebreid van ondernemingen die een afwijking op de verplichte sluitingsuren genieten.

Zoals het Arbitragehof reeds heeft opgemerkt in verband met afwijkingen op het beginsel van de wekelijkse rustdag in nering en ambacht en op het verbod van tewerkstelling op zondag, dient ook voor de afwijkingen op de verplichte sluitingsuren een objectieve en redelijke verantwoording te bestaan. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande maatregel en met de aard van de in het geding zijnde beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel (1).

de term "cette renonciation" in de Franse tekst.

- (1) Zie de arresten nr. 36/91 van 21 november 1991, nr. 35/92 van 7 mei 1992, nr. 70/92 van 12 november 1992, nr. 45/93 van 10 juni 1993 en nr. 19/94 van 3 maart 1994.

.../...

De Raad van State beschikt niet over de feitelijke gegevens die hem zouden toelaten om de bepalingen van artikel 1 te toetsten aan de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie. Het staat aan de Regering en nadien aan de Wetgevende Kamers om voor elk van de in het ontwerp bedoelde afwijkingen na te gaan of daarvoor een grondwettelijke verantwoording gegeven kan worden, onder voorbehoud van een eventuele toetsing a posteriori door het Arbitragehof.

2. Men redigere artikel 1 van het ontwerp als volgt :

"In artikel 4, § 1, van de wet van 24 juli 1973 tot instelling van een verplichte avondsluiting in handel, ambacht en dienstverlening, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 1 oktober 1976, worden de volgende wijzigingen aangebracht :

1° in a) worden de woorden "... " vervangen door de woorden "... ";

2° het wordt aangevuld met een f) luidend als volgt :
"... " (1);

3° het wordt aangevuld met een g) luidend als volgt :
"... ".

(1) Het 2° moet weggelaten worden indien de suggestie gevolgd wordt om van het ontworpen artikel 4, § 1, f, een afzonderlijk artikel te maken.

Ontworpen artikel 4, § 1, f.

1. Zoals het ontwerp is geredigeerd, worden de nachtwinkels opgenomen in de lijst van ondernemingen waarop de bepalingen in verband met de verplichte sluitingsuren niet van toepassing zijn; in wezen echter worden die nachtwinkels ook aan sluitingsuren onderworpen, zij het dat de sluiting zich uitstrekt over een ander gedeelte van de dag dan het gedeelte dat bedoeld is in artikel 2 van de wet van 24 juli 1973.

Verder bevat het ontworpen artikel 4, § 1, f, in tegenstelling tot de bepalingen onder a tot f zoals die thans in artikel 4, § 1, voorkomen, ook een aantal voorwaarden waaraan de betrokken winkels moeten voldoen.

De hiervóór genoemde kenmerken doen het ontworpen artikel 4, § 1, f, zowel inhoudelijk als legistiek afwijken van de overige bepalingen van artikel 4, § 1. Het zou dan ook beter zijn om de ontworpen bepaling onder f op te vatten als een afzonderlijk artikel 4bis. De structuur van dat artikel zou dan de volgende zijn :

"Art. 4bis. § 1. Nachtwinkels moeten aan de volgende voorwaarden voldoen :

1º ingeschreven zijn in het handelsregister ... en er geen andere handelsactiviteit in uitoefenen;

2º gelegen zijn in een gemeente ...;

.../...

- 3° geen geestrijke dranken verkopen ...;
- 4° een maximale verkoopsoppervlakte hebben ...;
- 5° op duidelijke en permanente wijze

§2. De Koning kan bij in Ministerraad overlegd besluit bijkomende voorwaarden opleggen".

Indien deze suggestie gevolgd wordt, zou artikel 2 van de wet bovendien aangevuld moeten worden met een c), luidend als volgt :

"c) in afwijking van a) en b), tussen 6 uur en 17 uur voor de nachtwinkels".

Indien op de suggestie niet ingegaan wordt, moet in het ontwerp alleszins verduidelijkt worden of artikel 1, tweede en derde lid, van de wet op de nachtwinkels van toepassing is in de periode tussen 6 uur en 17 uur.

2. Het ontworpen artikel 4, § 1, f, eerste lid, bepaalt dat nachtwinkels een afwijking kunnen genieten indien zij gelegen zijn in een gemeente die beantwoordt aan de voorwaarden bepaald door de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit. Daaraan wordt echter toegevoegd dat de betrokken gemeentelijke overheid "beslist" of "die toelating" geldig is voor het ganse grondgebied dan wel voor een gedeelte ervan.

.../...

Zoals die bepalingen geredigeerd zijn, staat het aan de Koning om, bij wege van een algemene maatregel, de criteria te bepalen waaraan een gemeente moet voldoen opdat nachtwinkels op haar grondgebied toegelaten kunnen zijn. Volgens de verklaringen van de gemachtigde ambtenaar zouden de stellers van het ontwerp daarbij criteria voor ogen staan die verband houden met de graad van verstedelijking van een gemeente (aantal inwoners, inplanting van instellingen van hoger onderwijs, aantal bioscopen, enzovoorts). De vraag rijst of die criteria niet in de wet zelf ingeschreven zouden kunnen worden.

In de memorie van toelichting wordt verklaard dat een gemeente die voldoet aan de door de Koning te bepalen voorwaarden ook nog erkend moet worden. Dit zou dan moeten gebeuren bij een individueel besluit, dat volgens de gemachtigde ambtenaar door de Minister van Middenstand genomen zou worden. De tekst van het ontwerp maakt evenwel geen melding van zulke erkenning. Als het de bedoeling is dat een erkenning in alle gevallen vereist is, dient het ontwerp op dit punt aangevuld te worden.

Ten slotte zouden de "erkende" gemeenten zelf moeten beslissen of de nachtwinkels worden toegelaten op het hele grondgebied of een gedeelte ervan. Hier rijst de vraag of er een effectieve toelating is -en zo ja, hoe ruim deze is-, indien een "erkende" gemeente nalaat een beslissing te nemen. Het ontwerp zou op dit punt verduidelijkt kunnen worden.

.../...

3. Het begrip "geestrijke dranken" - "alcoholische dranken" komt voor zowel in f als in g van het ontworpen artikel 4, § 1. Om die reden verdient het aanbeveling in g te verwijzen naar het begrip, "in de zin van f), tweede lid, 2". Als de suggestie gevolgd wordt om van het ontworpen artikel 4, § 1, f, een artikel 4bis te maken, dan zou het begrip gedefinieerd moeten worden in artikel 4, § 1, g (dat artikel 4, § 1, f, zou worden) en zou in artikel 4bis naar dat artikel verwezen moeten worden.

Overigens is het niet duidelijk of de tekst van het ontworpen artikel 4, § 1, g, op dit punt wel volledig strookt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp. Volgens de memorie van toelichting is het immers belangrijk, "vooral met het oog op de verkeersveiligheid", alcoholische dranken uit te sluiten. Gelet op de definitie van dit laatste begrip is de verkoop van dranken met een laag alcoholgehalte echter toegelaten. De vraag is of de bekommernis in verband met de verkeersveiligheid niet eerder moet leiden tot een verbod op de verkoop van alle alcoholhoudende dranken.

4. Het ontworpen artikel 4, § 1, f, tweede lid, 5, verleent aan de Koning de macht om bijkomende voorwaarden aan nachtwinkels op te leggen.

Rekening houdend met het feit dat het hier gaat om een beperking van de vrijheid van handel en nijverheid, zou de aan de Koning verleende opdracht van bevoegdheid nader omschreven moeten worden. In het ontwerp zouden met andere

.../...

woorden de grenzen bepaald moeten worden, waarbinnen de Koning zijn bevoegdheid tot het opleggen van bijkomende voorwaarden zou kunnen uitoefenen.

5. De Raad van State merkt ten slotte op dat het ontworpen artikel 4, § 1, f, niet afwijkt van de bepalingen van de arbeidswet van 16 maart 1971 in verband met het verbod van nachtarbeid (artikelen 35 tot 37 van die wet).

Dit heeft tot gevolg dat nachtwinkels beperkt zullen blijven tot familiale ondernemingen.

Artikel 2.

Ontworpen artikel 11.

Volgens het ontworpen artikel 11, § 2, 4^o, zouden de bevoegde ambtenaren en agenten het recht hebben om bewoonde lokalen binnen te treden.

De aandacht moet erop gevestigd worden dat het ontwerp aldus voorziet in de mogelijkheid van een inmenging in het recht op eerbiediging van de woning, gewaarborgd bij artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake

.../...

burgerrechten en politieke rechten, en artikel 15 van de Grondwet. Het staat aan de Wetgevende Kamers om te oordelen, onder voorbehoud van toetsing a posteriori door nationale rechtscolleges of internationale controleorganen, of er voldoende redenen zijn om zulke inmenging te verantwoorden.

Ontworpen artikel 12.

1. Volgens het ontworpen artikel 12, § 3, kunnen de bevoegde ambtenaren aan de overtreiders een som voorstellen, waarvan de betaling de strafvordering doet vervallen. De tarieven en de modaliteiten van betaling en inning moeten door de Koning vastgesteld worden.

1.1. Het verval van de strafvordering tegen betaling van een geldsom, voorgesteld door ambtenaren van het actief bestuur, is geen nieuwigheid. De in het ontwerp voorgestelde regeling is in feite een overname van het systeem dat in het economisch recht voor het eerst werd ingevoerd bij de wet van 30 juli 1971 die een artikel 11bis invoegde in de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen. In zijn advies over het desbetreffende ontwerp had de Raad van State opgemerkt dat ambtenaren, in tegenstelling tot magistraten van het openbaar ministerie, niet als onafhankelijk van het hiërarchisch gezag van de minister beschouwd konden worden; de Raad stelde verder

.../...

ook vast dat niet in enig toezicht door de gerechtelijke overheid was voorzien (1).

In sommige wetten is, gelet op de kritiek van de Raad van State op een regeling als in het ontwerp voorgesteld, een systeem ingevoerd waarbij de bevoegde ambtenaar een administratieve geldboete kan opleggen, doch enkel nadat het openbaar ministerie de kans heeft gekregen om te beslissen of het, de ernst van de overtreding in acht genomen, al dan niet strafrechtelijk vervolgt (2).

Volgens het systeem van het ontwerp daarentegen wordt het openbaar ministerie door het initiatief van een ambtenaar "de pas afgesneden" (3).

-
- (1) Raad van State, afdeling wetgeving, advies nr. L. 11.461/1 van 5 juli 1971, Parl. St., Senaat, 1970-71, nr. 682, (47), 53.
- (2) Zie artikel 12bis van de wet van 15 april 1965 betreffende de keuring van en de handel in vis, gevogelte, konijnen en wild en tot wijziging van de wet van 5 september 1952 betreffende de vleeskeuring en de vleeshandel, ingevoegd bij wet van 22 april 1982 (advies nr. L. 13.934/1 van 1 april 1981, Parl. St., Kamer, 1980-81, nr. 923-1, (2), 2-3); artikel 17 van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen, ingevoegd bij wet van 21 juni 1983 (advies nr. L. 13.883/1 van 11 maart 1981, Parl. St., Kamer, 1980-81, nr. 884-1, (8), 10-11).
- (3) MATTHYS, J., "Een dwingende noodzaak : het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", R.W., 1975-76, (321), kol. 340, nr. 18, a; DECLERCQ, R., Beginnelsen van strafrechtspleging, Deurne, 1994, p. 53, nr. 126.

.../...

De Raad van State is zich ervan bewust dat de wetgever nog in het recente verleden bepalingen heeft aangenomen, die een bevestiging inhouden van de regeling die voor het eerst in 1971 werd ingevoerd (1).

Niettemin meent de Raad te moeten herhalen wat hij ter zake, naar aanleiding van een van die recente bevestigingen, heeft opgemerkt :

"De minnelijke schikking bestaat, luidens artikel 216bis van het Wetboek van Strafvordering, hierin dat het openbaar ministerie aan hen die van een misdrijf zijn verdacht, voorstelt een geldsom te betalen. Indien de wetsovertreder op dat voorstel ingaat, vervalt de strafvordering. De geldsommen die als minnelijke schikking worden betaald, zijn "geen strafrechtelijke geldboeten". Zij worden "niet opgelegd door de rechterlijke macht". Zij impliceren "geen schuldbekentenis" (...).

Zoals de Raad van State het in zijn (...) advies L. 16.350/1 van 16 januari 1985 heeft laten verstaan, "valt het op" (en is het dus ongewoon) dat een ambtenaar van het actief bestuur de bevoegdheid krijgt een minnelijke schikking voor te stellen waardoor de strafvordering vervalt. In vroegere adviezen, onder meer de adviezen L. 13.883/1 en L. 13.934/1 (...), had de Raad van State erop gewezen dat, naar luid van artikel 138 van het Gerechtelijk Wetboek, de vordering van de toepassing van de strafwet aan het openbaar ministerie toekomt. Indien een bestuursambtenaar bij middel van een minnelijke schikking de strafvordering kan verhinderen of doen vervallen, dan wordt die bevoegd-

(1) Zie, onder meer, artikel 84 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet; artikel 116 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument; artikel 13, § 3, van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten.

heid van het openbaar ministerie, wat de betrokken strafbare feiten betreft, beknot. Het bestuur treedt dan in de plaats van de rechterlijke macht en dan worden, meer algemeen gesteld, de opdrachten van het bestuur en die van de parketten, andermaal wat de betrokken feiten betreft, gelijkgeschakeld. Dit stemt niet overeen met de bevoegdheidsverdeling die kenmerkend is voor een staatssysteem zoals het onze, waar aanvaard wordt dat de leden van de parketten bij de rechtbanken en hoven optreden als leden van de rechterlijke macht en niet als ambtenaren van het bestuur.

De wetgever zal moeten oordelen of de bezorgdheid (...) "de hoven en de rechtbanken te ontlasten" ook moet gelden voor het openbaar ministerie en of die bezorgdheid opweegt tegen de beperking van de bevoegdheid van de staande magistratuur om zelf, als een geleiding van de rechterlijke macht, te oordelen of vervolgd moet worden dan wel of een minnelijke schikking kan worden voorgesteld" (1).

1.2. Zo de wetgever van oordeel is dat ook in het onderhavige geval afgeweken kan worden van de basisbeginselen in verband met de bevoegdheid van het openbaar ministerie, zou het in elk geval wenselijk zijn dat het maximum en eventueel ook het minimum van het bedrag van de som in de wet bepaald worden (2).

(1) Advies nr. L. 20.445/8 van 12 maart 1991 over het ontwerp dat geleid heeft tot de in de vorige noot vermelde wet van 25 juni 1993, Parl. St., Senaat, 1990-91, nr. 1417-1, (31), 40.

(2) Zie artikel 19 van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de verbruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere produkten; artikel 84 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet.

2. Volgens het ontworpen artikel 12, § 4, kan het openbaar ministerie "bevel geven beslag te leggen" (lees : "het beslag bevelen") op de produkten die het voorwerp van de inbreuk uitmaken. De bevoegde ambtenaren kunnen bewarend beslag leggen op die goederen, onder voorbehoud van bevestiging van die maatregel door het openbaar ministerie, binnen een termijn van "ten hoogste acht dagen" (lees : "acht dagen"). De persoon zelf bij wie beslag wordt gelegd, kan als gerechtelijk bewaarder worden aangesteld. Het beslag wordt van rechtswege opgeheven door het vonnis dat een einde maakt aan de "vervolgingen" (lees : "vervolging") of door de seponering van de zaak. Het openbaar ministerie kan onder bepaalde voorwaarden het beslag ook opheffen.

In vergelijking met de gemeenrechtelijke regeling (artikel 35 van het Wetboek van Strafvordering) verkrijgt het openbaar ministerie aldus de macht om goederen in beslag te nemen, zelfs als er geen ontdekking op heterdaad is. Afwijkend van het gemeen recht is eveneens de aan een ambtenaar geboden mogelijkheid om beslag te leggen, weze het tijdelijk.

2.1. De in het ontwerp voorgestelde regeling is op dit punt evenmin nieuw. Zij lijkt voor het eerst in de economische wetgeving te zijn ingevoerd bij artikel 72 van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken. Toen werd door de stellers van de wet de volgende verantwoording gegeven : "Dit artikel heeft tot doel procedure-spitsvondigheden en andere opschortende procédés, die de overtreders

.../...

zouden kunnen uitdenken om de gevolgen van een veroordeling zoveel mogelijk uit te stellen, nutteloos te maken" (1).

Het beslag heeft tot gevolg dat de goederen onbeschikbaar worden, zodat het op zichzelf een soort administratieve sanctie uitmaakt (2).

Als zodanig dient de sanctie in verhouding te staan tot de inbreuk : in elk geval zal dus in concreto geoordeeld moeten worden of de inbreuk zwaar genoeg is om een beslag te verantwoorden (3). Daarbij zal mede in aanmerking genomen moeten worden de omstandigheid dat het beslag betrekking kan hebben op bederfbare goederen (4).

Opgemerkt moet worden dat het beslag niet gehanteerd mag worden, hetzij door de betrokken ambtenaar, hetzij door het openbaar ministerie, als een drukkingsmiddel op de

(1) Memorie van toelichting, Parl. St., Senaat, 1963-64, nr. 268, p. 67.

(2) Zie Boes, M., "De administratiefrechtelijke bepalingen van de nieuwe wet op de handelspraktijken", in De nieuwe wet op de handelspraktijken, (Stuyck J., en Wytinck P., eds.), Brussel, 1992, (319), 342.

(3) Zie de inleidende uiteenzetting van de bevoegde minister over een ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 13 augustus 1986 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten, commissieverslag, Parl. St., Senaat, 1985-86, nr. 317-2, p.4.

(4) Zie de bespreking in de bevoegde commissie van het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten, Parl. St., Senaat, B.Z. 1991-92, nr. 305-2, p. 45.

betrokken handelaar om op een door het bestuur of het parket voorgestelde minnelijke schikking in te gaan. De handelaar heeft immers het recht, op grond van de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, om de gegrondheid van het tegen hem geformuleerde verwijt van inbreuk op de strafwet te laten beoordelen door een strafrechter. Het organiseren van de afstand van dat recht, met name door een systeem van minnelijke schikkingen, is op zichzelf niet ongeoorloofd; vereist is dan evenwel dat de minnelijke schikking zonder dwang wordt aangegaan. Zoals uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt, kan de dreiging met een onevenredig hoge sanctie - en, a fortiori, de effectieve toepassing van zulke sanctie - de facto tot gevolg hebben dat de betrokken handelaar geen andere keuze heeft dan het voorstel tot minnelijke schikking te aanvaarden (1).

2.2. Het beslag houdt een aantasting in van de patrimoniale rechten van de betrokken handelaar. Met toepassing van de aangehaalde artikelen van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten heeft die handelaar dan ook het recht om een geschil ter zake - dat als een "geschil over burgerlijke rechten en verplichtingen" gekwalificeerd moet worden - aan een rechter voor te leggen. De handelaar

(1) Zie het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 27 februari 1980, Deweer, Publ. Cour, reeks A, vol. 35, pp. 20-29, §§ 39-54, inzonderheid pp. 24-26, §§ 48-49.

moet met andere woorden de wettigheid van de door het openbaar ministerie bevolen of bevestigde beslagmaatregel voor een rechter kunnen betwisten (1).

In beginsel kan aan het beslag slechts een einde gesteld worden door een beslissing van het vonnisgerecht dat over de gegrondheid van de tenlastelegging oordeelt, afgezien van de mogelijkheid van een bevel tot opheffing verleend door de beslagleggende overheid zelf (2).

Het is echter duidelijk dat, wat de beoordeling door het strafrechtelijk vonnisgerecht betreft, de betrokkene zelf niet over een recht van initiatief beschikt. Om die reden beantwoordt die beoordeling niet aan het grondrecht van toegang tot een rechter.

De vraag of een handelaar zich, in afwachting van een eventuele uitspraak van de strafrechter, tot de burgerlijke rechter kan wenden om bij voorraad de opheffing van het beslag te bekomen, geeft op dit ogenblik aanleiding tot onduidelijkheid in de rechtspraak (3). Met name het Hof van Cassatie heeft in deze materie twee arresten gewezen, waarbij het in het ene geval oordeelde dat de rechter in

(1) Velu, J., conclusie vóór Cass., 21 maart 1985, Pas., 1985, I, (909), p. 925, voetnoot 49; Boes, M., o.c., 342-343.

(2) Viaene, L., Huiszoeking en beslag in strafzaken, A.P.R., (s.l.), 1962, p. 96, nr. 137.

(3) Zie hierover De Peuter, J., "Beslag in strafzaken", Comm. Straf., losbl. uitg., pp. 10-12 (stand januari 1991).

kort geding bevoegd was om de verkoop, door het openbaar ministerie, van in beslag genomen dieren te verbieden (1) en in het andere geval dat die rechter onbevoegd was om een door het openbaar ministerie bevolen beslag op te heffen (2).

Nu de mogelijkheid om het in het ontwerp voorgestelde beslag te betwisten een voorwaarde is voor de rechtsgeldigheid van het opgezette systeem, zou het wenselijk zijn dat in de memorie van toelichting uiteengezet wordt op welke wijze aan de vervulling van die voorwaarde tegemoetgekomen wordt.

2.3. Het is volgens de gemachtigde ambtenaar de bedoeling dat de betaling van de als minnelijke schikking voorgestelde som niet enkel de strafvordering doet vervallen, maar aan het openbaar ministerie ook de mogelijkheid ontnemt om nog beslag te leggen. Dit komt echter onvoldoende tot uiting in de tekst.

Bovendien zou het ontwerp een regeling moeten bevatten over het lot van de reeds in beslag genomen goederen, nadat de voorgestelde som betaald is. De tekst van het ontworpen artikel 12, § 4, vierde lid, zou bijvoorbeeld aangevuld kunnen worden met de woorden "of door betaling van de som bedoeld in § 3".

(1) Cass., 21 maart 1985, Arr. Cass., 1984-85, 1008; met conclusie advocaat-generaal J. Velu, Pas., 1985, I, 908.

(2) Cass., 27 juni 1986, Arr. Cass., 1985-86, 1477.

Conformément à l'article 84, alinéa 2, inséré dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat par la loi du 15 octobre 1991, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui justifient le caractère urgent de la demande.

En l'occurrence l'urgence est motivée "door het feit dat dringend een oplossing moet worden gegeven aan het probleem van de explosieve groei van het aantal nachtwinkels, die op basis van de huidige wet in de illegaliteit werken, maar die anderzijds blijken te voldoen aan bepaalde behoeften van de verbruikers".

*

*

*

Eu égard au bref délai qui lui est imparti pour donner son avis, le Conseil d'Etat doit se borner à formuler les observations suivantes.

PORTEE DU PROJET.

L'avant-projet de loi vise en premier lieu à introduire de nouvelles dérogations à l'obligation de respecter certaines heures de fermeture dans le commerce, l'artisanat et les services. Ces dérogations concernent notamment les magasins destinés à la location et à la vente de films vidéo, les laveries, les magasins dits "magasins de nuit" et les magasins attenants à des stations-service situées le long des autoroutes.

.../...

Le projet fixe à l'égard de ces magasins, à l'exception des magasins destinés à la location et à la vente de films vidéo et des laveries, les conditions supplémentaires pour pouvoir bénéficier de cette dérogation. Ces conditions portent principalement sur l'assortiment proposé et la surface de vente maximale.

Le projet se propose ensuite d'organiser l'intervention des fonctionnaires chargés du contrôle du respect de l'ensemble des dispositions de la loi du 24 juillet 1973 instaurant la fermeture obligatoire du soir dans le commerce, l'artisanat et les services.

Le projet tend enfin à modifier les dispositions pénales de la loi précitée, notamment par une augmentation des amendes et l'introduction de sanctions nouvelles. Les fonctionnaires compétents se voient investis du pouvoir de proposer aux contrevenants le paiement d'une somme qui éteindrait l'action publique.

OBSERVATIONS GENERALES.

1. Dans le texte soumis au Conseil d'Etat, le projet d'arrêté de présentation fait défaut.

.../...

2. L'article 4, § 1er, f, en projet de la loi du 24 juillet 1973 associe les communes à l'exécution de la loi.

Eu égard à cette circonstance, il convient que le Ministre de l'Intérieur soit associé à la proposition et au contreseing du projet.

3. L'exposé des motifs contient uniquement un commentaire des articles. Il est d'usage de donner également un commentaire général.

En ce qui concerne le commentaire afférent à l'article 2, force est d'observer qu'il est particulièrement succinct.

4. Le texte néerlandais du projet et de l'exposé des motifs ne semble guère avoir été rédigé avec soin. Il y aurait lieu de le reconsidérer en profondeur, notamment pour éviter les discordances entre les textes français et néerlandais (1).

(1) Par exemple, dans l'article 11, § 2, 1°, en projet (article 2 du projet), l'équivalent néerlandais du membre de phrase "dont l'accès est nécessaire" est la formule "waar ... zij toegang moeten hebben". Dans l'article 11, § 2, 4°, il s'agit dans le texte français d'"agents", dans le texte néerlandais d'"ambtenaren"; dans les autres dispositions de l'article 11 en projet, il s'agit toujours de "fonctionnaires" et d'"agents" ("ambtenaren" et "agents"). Dans le texte néerlandais de l'article 12, § 4, alinéa 5, en projet, il y a lieu,

EXAMEN DU TEXTE.Article 1er.Généralités.

L'article 1er du projet allonge la liste des entreprises qui bénéficient d'une dérogation aux heures de fermeture obligatoires.

Ainsi que la Cour d'arbitrage l'a déjà fait observer relativement à des dérogations au principe du jour de repos hebdomadaire dans le commerce et l'artisanat et à l'interdiction de travailler le dimanche, les dérogations aux heures de fermeture obligatoires doivent elles aussi être susceptibles de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure considérée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (1).

dans le dernier membre de phrase de remplacer le mot "dat" par un terme répondant au terme "cette renonciation" du texte français.

- (1) Voir les arrêts n° 36/91 du 21 novembre 1991, n° 35/92 du 7 mai 1992, n° 70/92 du 12 novembre 1992, n° 45/93 du 10 juin 1993 et n° 19/94 du 3 mars 1994.

.../...

Le Conseil d'Etat ne dispose pas des éléments de fait qui lui permettraient de vérifier si les dispositions de l'article 1er sont conciliables avec les principes d'égalité et de non-discrimination. Il appartient au Gouvernement, puis aux Chambres législatives de vérifier, pour chacune des dérogations visées par le projet, si elle est susceptible d'une justification constitutionnelle, sous réserve d'un éventuel contrôle a posteriori par la Cour d'arbitrage.

2. Il conviendrait de rédiger l'article 1er du projet ainsi qu'il suit :

"A l'article 4, § 1er, de la loi du 24 juillet 1973 instaurant la fermeture obligatoire du soir dans le commerce, l'artisanat et les services, modifié par l'arrêté royal du 1er octobre 1976, sont apportées les modifications suivantes :

- 1° au point a), les mots "... " sont remplacés par les mots "...";
- 2° il est complété par un point f) rédigé comme suit : "... (1);
- 3° il est complété par un point g) rédigé comme suit : "...".

(1) Le 2° doit être omis si la suggestion de faire de l'article 4, § 1er, f, un article distinct est retenue.

Article 4, § 1er, f, en projet.

1. Ainsi rédigé, le projet inscrit les magasins de nuit dans la liste des entreprises non soumises aux dispositions relatives aux heures de fermeture obligatoires; or, ces magasins de nuit sont en fait eux aussi soumis à des heures de fermeture, même si la fermeture s'étend sur une autre partie de la journée, que la partie visée à l'article 2 de la loi du 24 juillet 1973.

Par ailleurs, l'article 4, § 1er, f, en projet comprend également, à l'inverse des points a à f tels qu'ils figurent actuellement dans l'article 4, § 1er, un certain nombre de conditions auxquelles les magasins en question doivent satisfaire.

Les caractéristiques précitées font en sorte que l'article 4, § 1er, f, en projet s'écarte tant sur le plan du contenu que sur le plan de la technique législative, des autres dispositions de l'article 4, § 1er. Mieux vaudrait dès lors concevoir le point f en projet comme un article 4bis distinct. Dans ce cas, la structure de cet article serait la suivante :

"Art. 4bis. § 1er. Les magasins de nuit doivent répondre aux conditions suivantes :

- 1° être inscrits au registre de commerce ... et n'y exercer aucune autre activité commerciale;

.../...

- 2° être situés dans une commune ...;
- 3° ne pas vendre de boissons alcoolisées ...;
- 4° avoir une surface de vente maximale ...;
- 5° afficher d'une manière apparente et permanente

§ 2. Le Roi peut imposer des conditions supplémentaires par arrêté délibéré en Conseil des Ministres".

Si cette suggestion est retenue, il y aurait lieu, en outre, de compléter l'article 2 de la loi par un point c, rédigé comme suit :

"c) par dérogation au a) et au b), entre 6 heures et 17 heures pour les magasins de nuit".

Si cette suggestion n'est pas retenue, il convient en toute hypothèse de préciser dans le projet si l'article 1er, alinéas 2 et 3, de la loi sur les magasins de nuit s'applique pendant la période comprise entre 6 heures et 17 heures.

2. L'article 4, § 1er, f, alinéa 1er, en projet dispose que les magasins de nuit peuvent bénéficier d'une dérogation s'ils sont situés dans une commune qui répond aux conditions fixées par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres. Il ajoute cependant que l'autorité communale concernée "décide" si "l'autorisation" est d'application sur

.../...

tout le territoire de la commune ou bien sur une partie seulement.

Ainsi rédigées, ces dispositions investissent le Roi de la mission de déterminer, par la voie d'une mesure de portée générale, les critères auxquels une commune doit satisfaire pour que les magasins de nuit puissent être admis sur son territoire. Selon les déclarations du fonctionnaire délégué, les auteurs du projet envisageraient, à cet égard, des critères se rapportant au degré d'urbanisation d'une commune (nombre d'habitants, implantation d'établissements d'enseignement supérieur, nombre de cinémas, etc.). La question se pose de savoir si ces critères ne pourraient pas être inscrits dans la loi même.

L'exposé des motifs précise qu'une commune remplissant les conditions à fixer par le Roi, doit par ailleurs être agréée. Dans ce cas, l'agrément devrait s'effectuer par un arrêté individuel, qui serait pris, selon le fonctionnaire délégué, par le Ministre des Classes moyennes. Le texte du projet ne fait toutefois pas état d'un tel agrément. Si l'intention est d'imposer un agrément dans tous les cas, il faut compléter le projet sur ce point.

Enfin, les communes "agréées" mêmes devraient décider si les magasins de nuit sont autorisés sur tout leur territoire ou sur une partie de celui-ci. La question se pose alors de savoir s'il y a autorisation effective - et, cela étant, quelle est son étendue - dans l'hypothèse où une commune "agréée" omettrait de prendre une décision. Le projet pourrait être clarifié sur ce point.

.../...

3. La notion de "boissons alcoolisées" figure tant au point f qu'au point g de l'article 4, § 1er, en projet. Il est recommandé, dès lors, de faire référence, au point g, à la notion en précisant "au sens du point f), alinéa 2, 2". Si la suggestion de transformer l'article 4, § 1er, f, en projet en un article 4bis, est retenue, la notion pourrait être définie à l'article 4, § 1er, g (qui deviendrait l'article 4, § 1er, f) et l'article 4bis pourrait faire référence à cet article.

On aperçoit d'ailleurs mal si, sur ce point, le texte de l'article 4, § 1er, g, en projet est bien parfaitement conforme à l'intention des auteurs du projet. Selon l'exposé des motifs, il est en effet important, "surtout en vue de la sécurité routière", d'exclure les boissons alcoolisées. Eu égard à la définition de cette dernière notion, la vente de boissons à faible teneur en alcool, est toutefois autorisée. Reste à savoir si la préoccupation relative à la sécurité routière ne devrait pas plutôt conduire à une interdiction de la vente de toutes boissons alcoolisées.

4. L'article 4, § 1er, f, alinéa 2, 5, en projet confère au Roi le pouvoir d'imposer des conditions supplémentaires aux magasins de nuit.

Compte tenu de ce qu'il s'agit en l'occurrence d'une limitation de la liberté du commerce et de l'industrie, il y aurait lieu de définir de manière plus précise la

.../...

délégation de pouvoir au Roi. En d'autres termes, le projet devrait déterminer les limites dans lesquelles le Roi pourrait exercer son pouvoir d'imposer des conditions supplémentaires.

5. Enfin, le Conseil d'Etat observe que l'article 4, § 1er, f, en projet ne s'écarte pas des dispositions de la loi du 16 mars 1971 sur le travail en ce qui concerne l'interdiction du travail de nuit (articles 35 à 37 de cette loi).

Il s'ensuit que les magasins de nuit demeureront limités aux entreprises familiales.

Article 2.

Article 11 en projet.

Selon l'article 11, § 2, 4º, en projet, les fonctionnaires et agents compétents auraient le droit de pénétrer dans les locaux habités.

Il faut rappeler que le projet prévoit de la sorte la faculté d'ingérence dans le droit au respect du domicile, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et par l'article 15 de la Constitution. Il incombe aux Chambres législatives d'apprécier si, sous réserve d'un contrôle a posteriori par des juridictions nationales ou des organes de contrôle internationaux, il y a des motifs suffisants pour justifier une telle ingérence.

Article 12 en projet.

1. Selon l'article 12, § 3, en projet, les fonctionnaires compétents peuvent proposer aux contrevenants le paiement d'une somme qui éteint l'action publique. Les tarifs et modalités de paiement et de perception doivent être fixés par le Roi.

1.1. L'extinction de l'action publique contre le paiement d'une somme d'argent, proposé par des fonctionnaires de l'administration active, n'est pas une innovation. Le régime envisagé par le projet s'inspire en fait du système qui fut introduit pour la première fois dans le

.../...

droit économique par la loi du 30 juillet 1971 qui a inséré un article 11bis dans la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix. Dans son avis sur le projet y afférent, le Conseil d'Etat a observé que contrairement aux magistrats du ministère public, les fonctionnaires ne peuvent être considérés comme indépendants de l'autorité hiérarchique du ministre; le Conseil a en outre relevé qu'aucun contrôle des autorités judiciaires n'était prévu (1).

Eu égard à la critique formulée par le Conseil d'Etat à propos d'un régime tel que celui envisagé par le projet, certaines lois ont introduit un système suivant lequel le fonctionnaire compétent peut infliger une amende administrative, mais uniquement après que le ministère public a eu la possibilité de décider, compte tenu de la gravité de l'infraction, s'il y a lieu ou non à des poursuites pénales (2).

(1) Conseil d'Etat, section de législation, avis n° L. 11.461/1 du 5 juillet 1971, Doc. parl., Sénat, 1970-71, n° 682, (47), 53.

(2) Voir l'article 12bis de la loi du 15 avril 1965 concernant l'expertise et le commerce du poisson, des volailles, des lapins et du gibier et modifiant la loi du 5 septembre 1952 relative à l'expertise et au commerce des viandes, inséré par la loi du 22 avril 1982 (avis n° L. 13.934/1 du 1er avril 1981, Doc. parl., Chambre, 1980-81, n° 923-1 (2), 2-3); l'article 17 de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, inséré par la loi du 21 juin 1983 (avis n° L. 13.883/1 du 11 mars 1981, Doc. parl., Chambre, 1980-81, n° 884-1, (8), 10-11).

Selon le système envisagé par le projet, l'initiative d'un fonctionnaire, en revanche, coupe la route au ministère public (1).

Il est à la connaissance du Conseil d'Etat que le législateur a adopté encore récemment des dispositions comportant une confirmation de la règle introduite pour la première fois en 1971 (2).

Le Conseil estime néanmoins devoir réitérer l'observation qu'il a formulée en cette matière à la suite de l'une de ces récentes confirmations :

"Aux termes de l'article 216bis du Code d'instruction criminelle, la transaction consiste à ce que le ministère public invite l'auteur présumé d'une infraction à verser une somme. Si le contrevenant accepte cette invitation, l'action publique s'éteint. Les sommes versées à titre de transaction ne sont "pas des amendes pénales". Elles ne sont "pas réclamées par le pouvoir judiciaire". Elles n'impliquent donc pas de "reconnaissance de dettes" (...).

Ainsi que le Conseil d'Etat l'a laissé entendre dans son avis L. 16.350/1 (...) le 16 janvier 1985, "il est à remarquer" (donc inhabituel) qu'un fonctionnaire de l'administration active reçoive la faculté de proposer une transaction éteignant l'action publique.

-
- (1) MATTHYS, J., "Een dwingende noodzaak : het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", R.W., 1975-76, (321), col. 340, n° 18, a; DECLERCQ, R., "Beginnelen van strafrechtspleging", Deurne, 1994, p. 53, n° 126.
- (2) Voir notamment l'article 84 de la loi 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation; l'article 116 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur; l'article 13, § 3, de la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation des marchés publics.

.../...

Dans des avis antérieurs, entre autres les avis L. 13.883/1 et L. 13.934/1 (...), le Conseil d'Etat a rappelé qu'aux termes de l'article 138 du Code judiciaire, il appartient au ministère public d'exercer l'action publique. Si un fonctionnaire de l'administration peut empêcher ou faire s'éteindre l'action publique au moyen d'une transaction, cette faculté du ministère public s'en trouve amputée, en ce qui concerne les faits punissables en question. Dans ce cas, l'administration se substitue au pouvoir judiciaire et, plus généralement, les missions de l'administration et celles des parquets sont, toujours en ce qui concerne les faits en question, mises sur le même plan. Cette situation irait à l'encontre de la répartition des compétences qui caractérise un système étatique tel que le nôtre, qui admet que les membres des parquets agissent auprès des cours et tribunaux en qualité de membres du pouvoir judiciaire et non en qualité de fonctionnaires de l'administration.

Il appartiendra au législateur d'apprécier si la préoccupation (...) "de désencombrer les cours et tribunaux" doit s'étendre au ministère public et si cette préoccupation suffit à justifier la limitation imposée à la compétence qu'a la magistrature debout, en tant que branche du pouvoir judiciaire, d'apprécier elle-même s'il y a lieu de poursuivre ou de proposer une transaction" (1).

1.2. Si le législateur estime qu'il est permis, également en l'occurrence, de s'écarter des principes fondamentaux régissant la compétence du ministère public, il serait souhaitable, en tout état de cause, que la loi fixe le montant maximum de la somme et, éventuellement aussi son montant minimum (2).

(1) Avis no L. 20.445/8 du 12 mars 1991 sur le projet dont est issue la loi du 25 juin 1993 évoquée dans la note précédente, Doc. parl., Sénat, 1990-91, no 1417-1, (31), 40.

(2) Voir l'article 19 de la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits; l'article 84 de la loi du 12 juin 1991 relative

2. Selon l'article 12, § 4, en projet, le ministère public peut "ordonner la saisie" des produits faisant l'objet de l'infraction. Les fonctionnaires compétents peuvent procéder, à titre conservatoire, à la saisie de ces marchandises, sous réserve de confirmation de cette mesure par le ministère public, dans un délai "qui ne peut excéder huit jours" (lire : "de huit jours"). La personne même entre les mains de laquelle la saisie est opérée, peut être constituée gardien judiciaire. La saisie est levée de plein droit par le jugement mettant fin "aux poursuites" (lire : "à la poursuite") ou par le classement sans suite. Le ministère public peut également donner mainlevée de la saisie sous certaines conditions.

Comparativement au régime de droit commun (article 35 du Code de procédure pénale), le ministère public est ainsi investi du pouvoir de saisir des marchandises, quand bien même il n'y a pas de flagrant délit. La possibilité ménagée à un fonctionnaire de procéder à une saisie, fût-ce à titre temporaire, s'écarte également du droit commun.

2.1. Sur ce point, le régime envisagé par le projet ne constitue pas davantage une innovation. Il semble avoir été introduit pour la première fois dans la législation économique par l'article 72 de la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce. A l'époque, les auteurs de la loi ont donné la justification suivante : "Cet article est de nature à faire échec aux artifices de procédure et à tous autres procédés dilatoires qui pourraient être mis en oeuvre

au crédit à la consommation.

.../...

par les contrevenants afin de retarder l'effet recherché par la condamnation" (1).

La saisie ayant pour conséquence de rendre les marchandises indisponibles, elle constitue en soi une sorte de sanction administrative (2).

En tant que telle, la sanction doit être proportionnée à l'infraction : en tout cas, il sera nécessaire, concrètement, de juger si la gravité de l'infraction justifie la saisie (3). A cet égard, il faudra notamment tenir compte de la circonstance que la saisie peut porter sur des denrées périssables (4).

Il est à noter que la saisie ne peut être utilisée ni par le fonctionnaire concerné ni par le ministère public comme un moyen de faire pression sur le commerçant concerné pour qu'il accepte la transaction proposée par l'administration ou le parquet. En effet, le commerçant a le droit, sur le fondement des articles 6, § 1, de la Convention euro-

(1) Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 1963-64, n° 268, p. 67.

(2) Voir Boes, M., "De administratiefrechtelijke bepalingen van de nieuwe wet op de handelspraktijken", dans "De nieuwe wet op de handelspraktijken, (Stuyck J., et Wytinck P., éditeurs), Bruxelles, 1992, (319), 342.

(3) Voir l'exposé introductif du ministre compétent sur un projet dont est issue la loi du 13 août 1986 relative à l'exercice des activités ambulantes, rapport de la commission, Doc. parl., Sénat, 1985-86, n° 317-2, p. 4.

(4) Voir la discussion, à la commission compétente, du projet dont est issue la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation des marchés publics, Doc. parl., Sénat, S.E. 1991-92, n° 305-2, p. 45.

péenne des droits de l'homme et 14, § 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de faire apprécier par un juge pénal le bien-fondé du grief d'infraction à la loi pénale qui lui est fait. L'organisation de la renonciation à ce droit, notamment par un système de transactions, n'est en soi pas illicite; il est impératif toutefois qu'il soit souscrit à la transaction sans contrainte. Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la menace d'une sanction lourde et disproportionnée - et, a fortiori, l'application effective d'une telle sanction - risque d'avoir pour conséquence, de fait, que le commerçant concerné n'a d'autre choix que d'accepter la proposition de transaction (1).

2.2. La saisie affecte les droits patrimoniaux du commerçant concerné. En application des articles précités de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ce commerçant a le droit, dès lors, de saisir un juge d'une contestation surgie à ce propos et qui doit être qualifiée de "contestations sur des droits et obligations de caractère civil". En d'autres termes, le commerçant doit pouvoir contester devant un juge la légalité de la saisie ordonnée ou confirmée par le ministère public (2).

(1) Voir l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 février 1980; Deweer, Publ. Cour, série A, vol. 35, pp. 20-29, §§ 39-54, notamment pp. 24-26, §§ 48-49.

(2) Velu, J., conclusions avant Cass., 21 mars 1985, Pas., 1985, I (909), p. 925, note en bas de page 49; Boes, M., o.c., 342-343.

En principe, il peut uniquement être mis fin à la saisie par une décision de la juridiction de jugement se prononçant sur le bien-fondé de la prévention, abstraction faite de l'éventualité d'une ordonnance de mainlevée émanant de l'autorité saisissante même (1).

Il est clair, toutefois, qu'en ce qui concerne l'appréciation par la juridiction de jugement pénale, l'intéressé même ne dispose pas d'un droit d'initiative. Pour ce motif, cette appréciation ne répond pas au droit fondamental d'accès à un juge.

La question de savoir si un commerçant, en attendant la décision éventuelle du juge pénal, peut s'adresser au juge civil pour obtenir au provisoire la mainlevée de la saisie, sème en ce moment la confusion dans la jurisprudence (2). La Cour de cassation notamment a rendu deux arrêts en cette matière, dans lesquels elle a considéré, dans un cas, que le juge des référés était compétent pour interdire la vente, par le ministère public, d'animaux saisis (3) et, dans l'autre cas, que ce juge n'était pas compétent pour lever la saisie ordonnée par le ministère public (4).

(1) Viaene, L., "Huiszoeking en beslag in strafzaken", A.P.R., (s.l.), 1962, p. 96, n° 137.

(2) Voir à ce propos De Peuter, J., "Beslag in strafzaken", Comm. Straf., non relié, pp. 10-12 (mise à jour de janvier 1991).

(3) Cass., 21 mars 1985, avec les conclusions de l'avocat général J. Velu, Pas., 1985, I, 908.

(4) Cass., 27 juin 1986, Pas. 1986, I.

La faculté de contester la saisie envisagée par le projet étant une condition pour que le système élaboré soit valable en droit, il serait souhaitable que l'exposé des motifs indique la manière dont cette condition est remplie.

2.3. Selon le fonctionnaire délégué, l'intention est que le paiement de la somme proposée au titre de transaction éteigne non seulement l'action publique, mais prive également le ministère public de la faculté d'encore pratiquer une saisie. Cette intention ne ressort toutefois pas suffisamment du texte.

En outre, le projet devrait régler le sort réservé aux marchandises déjà saisies, après que la somme proposée a été acquittée. Le texte de l'article 12, § 4, alinéa 4, en projet pourrait être complété, par exemple, par les mots "ou par le paiement de la somme visée au § 3".

De kamer was samengesteld uit

de Heren : W. DEROOVER,
Messieurs :

D. ALBRECHT,
P. LEMMENS,

J. GIJSSELS,
A. ALEN,

Mevrouw : F. LIEVENS,
Madame :

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LEMMENS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. G. VAN HAEGENDOREN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. M.-C. CEULE, eerste referendaris.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

F. LIEVENS.

La chambre était composée de

kamervoorzitter,
président de chambre,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

assessoren van de
afdeling wetgeving,
assesseurs de la
section de législation,

griffier,
greffier.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LEMMENS.

Le rapport a été présenté par M. G. VAN HAEGENDOREN, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme M.-C. CEULE, premier référendaire.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

W. DEROOVER.