

KONINKRIJK BELGIË

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES 32.682/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

AVIS 32.682/1

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 10 december 2001 door de Minister van Economie verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 14 februari 2002, 21 februari 2002 en 28 februari 2002, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de l'Economie , le 10 décembre 2001, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi "sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 14 février 2002, 21 février 2002 et 28 février 2002, a donné, à cette dernière date, l'avis suivant :

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp beoogt in hoofdzaak de omzetting in de Belgische rechtsorde van de richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (hierna : "richtlijn inzake elektronische handel" of kortweg "de richtlijn").

Het ontwerp bepaalt de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten als grondbeginselen inzake diensten van de informatiemaatschappij (artikelen 4 en 5 van het ontwerp) en omschrijft de algemene en specifieke afwijkingen betreffende die laatste vrijheid (artikelen 6 en 7). De artikelen 8 tot 13 bevatten informatieverplichtingen voor de netwerken en aanverwante bepalingen, terwijl de artikelen 14 tot 16 regelingen bevatten voor reclame via de netwerken. De artikelen 17 en 18 van het ontwerp bevatten regels voor de langs elektronische weg ⁽¹⁾ gesloten contracten en in de artikelen 19 tot 23 wordt de aansprakelijkheid geregeld van dienstverleners die als tussenpersoon optreden. De artikelen 24 tot 30 behelzen controlemaatregelen en sanctiemogelijkheden, alsook de mogelijkheid een vordering tot staking in te dienen.

SITUERING VAN DE RICHTLIJN INZAKE ELEKTRONISCHE HANDEL

1. Doel

De richtlijn inzake elektronische handel heeft tot doel "bij te dragen aan de goede werking van de interne markt door het vrije verkeer van de diensten van de informatiemaatschappij tussen lidstaten te waarborgen" (artikel 1, lid 1, van de richtlijn) en "een hoog niveau van de communautaire juridische integratie te bewerkstelligen om voor de diensten van de informatiemaatschappij een effectieve ruimte zonder binnengrenzen te creëren" (considerans 3 van de aanhef). Deze doelstelling wordt nagestreefd door coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die van toepassing zijn op de diensten van de informatiemaatschappij en die

⁽¹⁾ Dat wil zeggen : on line, wat volgens van Dale betekent "(met betrekking tot computer of (rand)apparatuur) rechtstreeks verbonden met de server of het internet"; off-line-diensten vallen volgens de memorie van toelichting niet onder de regeling.

betrekking hebben "op de interne markt, de vestiging van de dienstverleners, de commerciële communicatie, langs elektronische weg gesloten contracten, de aansprakelijkheid van tussenpersonen, gedragscodes, de buitengerechtelijke geschillenregeling, rechtsgedingen en de samenwerking tussen lidstaten" (artikel 1, lid 2). Aldus beoogt de regeling een aantal nationale belemmeringen voor de ontwikkeling van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, weg te nemen en het invoeren van nieuwe nationale belemmeringen te voorkomen (considerans 5).

2. Kenmerken van de richtlijn

1. De richtlijn heeft een horizontaal karakter : zij beoogt een algemeen rechtskader te bieden voor de grensoverschrijdende elektronische on-line-handel (e-commerce) en heeft aldus implicaties voor een hele reeks deelgebieden van het nationale recht (verbintenissenrecht, consumentenbescherming, volksgezondheid, uitoefening van gereguleerde beroepen, strafrecht, internationaal privaatrecht, ...) ⁽²⁾. Bovendien omvat de richtlijn alle sectoren van de economische bedrijvigheid, zowel in het goederen- als het dienstenverkeer.

Een beperkt aantal gebieden echter wordt volledig uit de werkingssfeer van de richtlijn gesloten (zie artikel 1, lid 5, van de richtlijn), namelijk belastingen, bescherming van persoonsgegevens, mededingingsregels en drie categorieën activiteiten, namelijk 1) activiteiten van notarissen die een direct en specifiek verband met de uitoefening van publieke taken inhouden, 2) de vertegenwoordiging van een cliënt en de verdediging van zijn belangen voor het gerecht en 3) gokactiviteiten waarbij een bedrag wordt ingezet zoals loterijen en weddenschappen.

⁽²⁾ De bepalingen van de richtlijn zelf hebben echter geen betrekking op het strafrecht (cf. considerans 8), het internationaal privaatrecht en de bevoegdheid van de rechterlijke instanties (artikel 1, lid 4, van de richtlijn) en ze laten het niveau van bescherming van de volksgezondheid en de consumentenbelangen onverlet (artikel 1, lid 3).

2. De richtlijn voorziet slechts in een minimale harmonisatie, aangezien ze bijna geen bepalingen bevat die een echte inhoudelijke harmonisatie van wetgevingen beogen. Typisch hiervoor zijn de beginwoorden van de meeste artikelen ("De lidstaten mogen ...", "De lidstaten zorgen ervoor ...", "De lidstaten zorgen ervoor dat ... ten minste ..."). Daardoor gaat het veeleer om het opleggen van een resultaatsverbintenis met, daaraan verbonden, meer beleidsvrijheid voor de nationale instanties.

3. De in de richtlijn gehanteerde reguleringsstechniek vertrekt van twee basisprincipes, namelijk 1) de verplichte wederzijdse erkenning van de normen en 2) het toezicht door het land van herkomst. Deze principes liggen vervat in het zeer belangrijke artikel 3 van de richtlijn, waarin de internemarktbeginselen zijn verwoord :

- elke lidstaat moet ervoor zorgen dat de verleners van diensten van de informatiemaatschappij die op haar grondgebied gevestigd zijn, voldoen aan alle regels van het gecoördineerd gebied die in die betrokken lidstaat voor de desbetreffende diensten gelden (artikel 3, lid 1, van de richtlijn). Dit is het principe van de "home country control" (ook wel oorsprong- of herkomstlandbeginsel genoemd). Artikel 19, lid 1, van de richtlijn bepaalt bovendien dat de lidstaten over passende controle- en onderzoeksmiddelen moeten beschikken en ervoor moeten zorgen dat de dienstverleners hun terzake de vereiste informatie verschaffen;
- daartegenover staat de principiële onmogelijkheid voor de lidstaat waar de dienst ontvangen wordt om, binnen het gecoördineerd gebied, zijn eigen regels toe te passen op de dienstverlener gevestigd in een andere lidstaat, wanneer hieruit een belemmering van de vrije dienstverlening voortvloeit (artikel 3, lid 2, van de richtlijn).

3. Gecoördineerd gebied

Het toepassingsgebied van de richtlijn is bijzonder breed. De omschrijving van het "gecoördineerd gebied" bepaalt de normen die wederzijds erkend moeten worden. Het betreft volgens artikel 2, h), van de richtlijn "de in de nationale rechtsstelsels vastgelegde vereisten voor dienstverleners van de informatiemaatschappij en diensten van

de informatiemaatschappij, ongeacht of die vereisten van algemene aard zijn dan wel specifiek daarop zijn toegesneden", waarbij in de bijhorende opsomming (artikel 2, h), i)) een onderscheid wordt gemaakt tussen de toegang tot een activiteit en de uitoefening ervan. Dit vormt één van de problemen voor de toepassing van de richtlijn omdat het gecoördineerd gebied dus veel meer omvat dan wat in de richtlijn zelf wordt geregeld. In beginsel wordt immers een onbeperkt aantal onderwerpen gecoördineerd verklaard, zonder dat er enige harmonisatie van wetgeving tegenover staat.

Bij het dubbele principe van wederzijdse erkenning van de normen en "home country control" formuleert de richtlijn ook een reeks uitzonderingen, soms op indirecte wijze :

- bij de definitie van "gecoördineerd gebied" wordt gesteld dat dit niet de vereisten omvat met betrekking tot
 - goederen als zodanig,
 - de levering van goederen,
 - diensten die niet langs elektronische weg geleverd worden(artikel 2, h), ii), van de richtlijn);
- volgens artikel 3, lid 3, van de richtlijn zijn de leden 1 en 2 van dit artikel niet van toepassing op een aantal belangrijke gebieden die opgesomd worden in de bijlage bij de richtlijn :
 - intellectuele rechten;
 - de uitgifte van elektronisch geld door instellingen die slechts op beperkte schaal elektronisch geld uitgeven met het oog op het gebruik bij met de emittent gelieerde ondernemingen (artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 18 september 2000 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het bedrijfseconomisch toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld);
 - de verplichting voor instellingen voor collectieve belegging in effecten die aan de richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), zijn onderworpen

om bij het voeren van reclame voor deelbewijzen de regulering van de lidstaat van ontvangst na te leven;

- verzekeringen, in de mate dat harmonisatierichtlijnen specifieke regels met betrekking tot de toelating van verzekeringsondernemingen hebben vastgesteld;
- de vrijheid van partijen om het op hun overeenkomst toepasselijke recht te kiezen;
- contractuele verplichtingen betreffende consumentenovereenkomsten;
- de formele geldigheid van overeenkomsten waarbij rechten op onroerende goederen ontstaan of worden overgedragen, indien op deze overeenkomsten ingevolge het recht van de lidstaat waar het onroerend goed is gelegen, verplichte vormvereisten van toepassing zijn;
- de toelaatbaarheid van ongevraagde commerciële communicatie per elektronische post.

In deze materies dient de dienstverlener niet verplicht onderworpen te worden aan de toepassing van de regulering van de lidstaat van herkomst, maar beschikt hij wel over de vrijheid om zich te beroepen op de conformiteit van zijn dienstverlening met de regulering van de lidstaat van herkomst teneinde de toepassing van bepaalde regels van de lidstaat van ontvangst, die een belemmering vormen voor het vrij verkeer van diensten, opzij te schuiven.

- bovendien laat artikel 3, leden 4 tot 6, van de richtlijn aan de lidstaten de mogelijkheid om, mits aan bepaalde inhoudelijke en procedurele voorwaarden is voldaan, het principe van de "home country control" te doorbreken. Deze uitzondering vormt de bevestiging van de mogelijkheid voor de lidstaat van ontvangst om een voorbehoud van algemeen belang, met de inhoudelijke voorwaarden die eraan verbonden worden door het Hof van Justitie, in te roepen ter handhaving van bepaalde van zijn regels die beschermenswaardig geacht worden. Er zijn evenwel twee beperkingen aan het maken van een dergelijk voorbehoud :
 - de inhoudelijke voorwaarden waaraan moet worden voldaan, zijn limitatief opgesomd in artikel 3, lid 4, van de richtlijn;
 - er is een voorafgaande samenwerkings- en notificatieplicht betreffende de toepassing van het "algemeen belang"-voorbehoud.

4. Omzettingstermijn

Ingevolge artikel 22 diende de richtlijn voor 17 januari 2002 in het nationale recht te zijn omgezet.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Een aantal werkzame bepalingen van de richtlijn zijn niet opgenomen in het ontwerp, zodat ze niet zullen worden omgezet ⁽³⁾. Het gaat meer bepaald om de artikelen 16, 17 en ten dele ook 19 van de richtlijn.

1.1. Artikel 16, artikel 17, leden 2 en 3, en artikel 19, lid 5, bevatten de verplichting voor de lidstaten om stimulerend op te treden in bepaalde aangelegenheden. Een dergelijke bepaling moet niet worden omgezet ⁽⁴⁾ en hoeft niet noodzakelijk te leiden tot een nationale uitvoeringsregeling.

1.2. Ook artikel 17, lid 1, dat de lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat hun wetgeving geen belemmering vormt voor de in het nationale recht openstaande mogelijkheden van buitengerechtelijke geschillenregeling, hoeft niet noodzakelijk te worden omgezet, en met name niet als de thans geldende wetgeving geen dergelijke belemmeringen bevat.

1.3. Artikel 19, leden 2 tot 4, bevatten punctuele verplichtingen voor de lidstaten en behoeven niet te worden omgezet. Evenmin is het voor de naleving ervan noodzakelijk dat een uitvoeringsregeling wordt uitgevaardigd.

⁽³⁾ Anderzijds betreft artikel 13 van het ontwerp geen omzetting van een bepaling van de richtlijn.

⁽⁴⁾ Het overnemen van Europeesrechtelijke teksten en het geheel of gedeeltelijk hernemen van bepalingen ervan is enkel toelaatbaar in de mate dat de overgenomen Europeesrechtelijke teksten uit hun aard niet reeds verbindend zijn voor de lidstaten.

2. Aangezien aan het ontwerp uitdrukkelijk de bedoeling ten grondslag ligt de richtlijn in het interne recht om te zetten, doen de stellers van het ontwerp er goed aan om in de memorie van toelichting telkens duidelijk aan te geven om welke reden zij, in voorkomend geval, afwijken van die richtlijn of niet ingaan op sommige voorschriften ervan. Op die manier wordt vermeden dat onzekerheid ontstaat omtrent de precieze bedoeling van de stellers van het ontwerp met betrekking tot bepaalde onderdelen van de ontworpen regeling die niet of niet volledig in overeenstemming zijn met de richtlijn.

Waar nodig zal in dit advies bij de artikelsgewijze opmerkingen worden gewezen op het bestaan van verschillen tussen de richtlijn en de ontworpen regeling. Het staat aan de stellers van het ontwerp erover te oordelen of zij die verschillen, in zoverre ze gelet op het gemeenschapsrecht toelaatbaar zijn, wensen te handhaven of niet, zij het dat - om de zo-even aangehaalde reden - zij dan best in de memorie van toelichting enige verduidelijking met betrekking tot hun bedoeling inschrijven.

3. Het verdient in het algemeen aanbeveling de in een richtlijn gebruikte terminologie over te nemen in het nationale recht ⁽⁵⁾, behoudens indien in de nationale rechtsorde een andere, meer tot het courante taalgebruik behorende term wordt gebruikt waarvan de betekenis samenvalt met die van de term uit de richtlijn. In de andere gevallen bestaat er kans op verwarring als de terminologie van de richtlijn niet letterlijk wordt overgenomen. Het gebruik van een andere term is in principe ook mogelijk wanneer die een bredere betekenis heeft dan de in de richtlijn gebezigde term en de bepalingen van de richtlijn zich daar niet tegen verzetten. In dat geval is de nationale regeling breder dan de door de richtlijn beoogde regeling.

Bij de artikelsgewijze bespreking zal worden gewezen op de gevallen waarbij wordt afgeweken van de in de richtlijn gebruikte terminologie.

4. De Nederlandse en de Franse tekst van het ontwerp vertonen op diverse plaatsen onderlinge discordanties. De Nederlandse tekst lijkt daarenboven niet steeds een correcte vertaling te zijn van de Franse tekst, die als de oorspronkelijke overkomt. Het

⁽⁵⁾ Voor zover er geen discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst van de richtlijn bestaat; zie de opmerking in dit verband die verder wordt gemaakt.

spreekt voor zich dat, in een staatsbestel met verschillende wettelijk voorgeschreven landstalen en waar, meer bepaald, de normatieve teksten in de opgelegde talen gelijkkelijk authentiek zijn, allen - en de openbare overheden in de eerste plaats - verplicht zijn voor elke taal dezelfde eerbied te betuigen en aan het ontwerpen van normatieve teksten in elk van die talen dezelfde zorg te besteden. Zonder dat terzake naar enige exhaustiviteit wordt gestreefd, zal naar aanleiding van de artikelsgewijze opmerkingen die volgen, worden gewezen op een aantal weg te werken discordanties tussen de Nederlandse en de Franse tekst van het ontwerp.

Een aantal discordanties tussen de Franse en de Nederlandse tekst vinden hun oorsprong in de Franse en de Nederlandse tekst van de richtlijn. Toch moet worden gepoogd ook die discordanties weg te werken. De bedoeling moet immers zijn te komen tot een met de eisen van de rechtszekerheid in overeenstemming zijnde wettelijke regeling. De in de richtlijn gebruikte terminologie, met de bedoeling die erachter schuilt, vormt het kader voor die omzetting. Voorzover de bedoeling van de richtlijn wordt gerespecteerd ⁽⁶⁾, mag de erin gebruikte terminologie zo nodig worden aangepast om in de nationale context tot een duidelijker regeling te komen.

Ook de memorie van toelichting dient vanuit taalkundig opzicht grondig te worden nagezien ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Krachtens artikel 249, lid 3, van het EG-verdrag is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch wordt aan de nationale instanties de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.

⁽⁷⁾ Enkele voorbeelden van discordanties ter illustratie :

- "..., cette dernière disposition permet de couvrir les multiples formes de publicité sur l'internet, en ce compris la promotion de l'image" wordt in de Nederlandse tekst van de memorie van toelichting "..., stelt deze laatste definitie ons in staat de verschillende vormen van reclame op het internet te dekken, daarbij inbegrepen de promotie van het beeld" (lees : imago; zie artikel 2, f), van de richtlijn);
- "Il est fréquent que des textes législatifs ou réglementaires exigent l'envoi de documents par lettre recommandée ou par lettre recommandée à la poste" in de Franse tekst van de memorie van toelichting wordt in de Nederlandse tekst vertaald als "Zeer vaak moeten wetgevende of reglementaire teksten aangetekend of bij ter post aangetekende brief worden verstuurd".

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Voorafgaande opmerking

Anders dan in de richtlijn inzake elektronische handel het geval is, is het in de Belgische rechtsorde niet gebruikelijk om elk artikel te voorzien van een opschrift. Men schrappe in het ontwerp dan ook de opschriften bij de artikelen.

Artikel 1

De verwijzing in artikel 1 van het ontwerp naar artikel 31 ervan, moet worden gelezen als een verwijzing naar artikel 32. Dat artikel 32 bevat een bepaling tot wijziging van artikel 589 van het Gerechtelijk Wetboek, wat luidens artikel 77, eerste lid, 9°, van de Grondwet als een bicamerale aangelegenheid te beschouwen is. Daaruit volgt dat het ontwerp moet worden gesplitst in twee ontwerpen, één waarin de bepalingen worden ondergebracht waarvoor Kamer en Senaat gelijkelijk bevoegd zijn en één met de bepalingen die moeten worden aangenomen volgens de procedure waarbij alleen de Kamer bevoegd is, met eventueel evocatie door de Senaat. Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat artikel 24 van het ontwerp niet volledig bicameraal is, zodat ook dat artikel moet worden gesplitst in twee bepalingen, die in het ene en het andere ontwerp moeten worden ondergebracht.

Aangezien het gebruikelijk is dat de ministers die bevoegd zijn voor de aangelegenheid die wordt geregeld, het ontwerp van wet mede voordragen, zou het ontwerp waarin de bepalingen in verband met de organisatie van de rechtbanken voorkomen, ook door de Minister van Justitie moeten worden voorgedragen.

Artikel 2

1. Voor de definitie van "diensten van de informatiemaatschappij" grijpt de richtlijn inzake elektronische handel terug naar de definitie ervan in artikel 1, tweede lid, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische

.../...

voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatie-maatschappij, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG. Deze definitie luidt : "elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt" ⁽⁸⁾, met uitzondering van radio-omroepdiensten en televisieomroepdiensten.

In het ontwerp wordt deze definitie beter woordelijk overgenomen, mét vermelding van de uitzondering.

2. De definitie van "gevestigde dienstverlener" (3°) is overgenomen uit artikel 2, c), van de richtlijn inzake elektronische handel. Om helemaal in overeenstemming te zijn met de richtlijn dient te worden geschreven : "... het gebruik van technische middelen en technologieën die nodig zijn ...".

3. In artikel 2, 3°, van het ontwerp worden de woorden "installation" en "établissement" telkens door het woord "vestiging" vertaald (vergelijk met artikel 2, c), van de richtlijn). Het verdient aanbeveling ook in de Nederlandse tekst van het ontwerp verschillende termen te gebruiken om het verschil tussen beide aan te geven.

4. In het ontwerp (5°) wordt de term "consument" gebruikt, dit is "iedere persoon bedoeld in artikel 1, 7, van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (hierna : "wet handelspraktijken"), terwijl die term in de richtlijn wordt gedefinieerd als "iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels- of beroepsactiviteiten vallen". De in de wet handelspraktijken voorkomende definitie van "consument" omschrijft die term echter als "iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte produkten of diensten verwerft of gebruikt". Aldus moet worden vastgesteld dat een consument volgens de richtlijn steeds een natuurlijke persoon is, terwijl het volgens de wet handelspraktijken ook om een rechtspersoon kan gaan. De definitie uit de richtlijn heeft weliswaar geen betrekking op rechtspersonen, maar volgens de memorie van toelichting heeft dit verschil wat het ontwerp betreft in werkelijkheid "enkel tot gevolg dat de VZW's in het begrip

⁽⁸⁾ Luidens artikel 50 van het EG-verdrag worden als "diensten" in de zin van het verdrag beschouwd, "de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voorzover de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn".

consument zijn opgenomen, voor zover zij uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden handelen".

In de definitie van "consument" in de wet handelspraktijken wordt verwezen naar "op de markt gebrachte produkten of diensten", terwijl in de definitie van "op de markt brengen" (zie artikel 1, 5, van die wet) als voorwaarde wordt gesteld dat de erin opgesomde verrichtingen door een verkoper moeten worden gedaan. In de memorie van toelichting bij het ontwerp, meer bepaald bij de uitleg die wordt verstrekt over de omschrijving van "dienstverlener", wordt gesteld dat één van de punten van onderscheid tussen dienstverlener in de zin van het ontwerp, en verkoper in de zin van de wet handelspraktijken is dat "dienstverlener" ook op vrije beroepen betrekking heeft. Aldus vallen de diensten die door de beoefenaars van vrije beroepen worden aangeboden, niet onder de wet handelpraktijken, doch wel onder de regeling in ontwerp. Het begrip "consumenten" in de wet handelspraktijken heeft bijgevolg geen betrekking op personen die gebruik maken van diensten van beoefenaars van vrije beroepen.

Gelet op het voorgaande, is het aan te bevelen de definitie uit de richtlijn over te nemen.

5. In het ontwerp wordt de term "reclame" gebruikt, die dient te worden begrepen als "elke vorm van communicatie bedoeld in artikel 22 van de wet van 14 juli 1991" (zie inzonderheid artikel 2, 6°, van het ontwerp), terwijl in de richtlijn sprake is van "commerciële communicatie". Beide begrippen dekken echter niet helemaal dezelfde lading, zoals een vergelijking van beide definities toelaat vast te stellen :

- "reclame" in de zin van de wet van 14 juli 1991 is "elke mededeling die rechtstreeks of onrechtstreeks ten doel heeft de verkoop van produkten of diensten te bevorderen, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen, ongeacht de plaats of de aangewende communicatiemiddelen";
- "commerciële communicatie" in de zin van de richtlijn is "elke vorm van communicatie bestemd voor het direct of indirect promoten van de goederen, diensten of het imago van een onderneming, organisatie of persoon, die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent".

Dat de term "reclame" in het ontwerp ook betrekking heeft op de promotie van "het imago van een onderneming, organisatie of persoon", zoals in de richtlijn

.../...

uitdrukkelijk wordt bepaald, leiden de stellers van het ontwerp af uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie ⁽⁹⁾. Al gaat de betrokken rechtspraak in de richting van wat met de richtlijn wordt beoogd, toch is ze niet voldoende als basis voor de volledige omzetting van de richtlijn in het nationale recht. De rechtszekerheid zou er daarom bij gebaat zijn terzake meteen duidelijkheid te scheppen door de termen van de richtlijn over te nemen, in plaats van te veronderstellen dat de hoven en rechtbanken de term "reclame" uit de wet handelspraktijken in alle gevallen zullen interpreteren in de zin van "commerciële communicatie" uit de richtlijn. Als die veronderstelling al juist zou zijn, dan zal het vaststellen daarvan wellicht pas kunnen gebeuren na het afhandelen van een aantal betwistingen in dat verband voor de hoven en rechtbanken, na verloop van een aantal jaren. Het vermijden van "de onnodige invoering van een nieuwe terminologie in het Belgisch recht", zoals in de memorie van toelichting wordt gesteld, weegt niet op tegen het voordeel van de onmiddellijke duidelijkheid.

Het verdient daarom aanbeveling in plaats van "reclame" de notie "commerciële communicatie" uit artikel 2, f), van de richtlijn inzake elektronische handel te hanteren, en de omschrijving ervan woordelijk uit de richtlijn over te nemen.

6. Waar in artikel 2, 6°, tweede lid, b), van het ontwerp in de Nederlands tekst - in overeenstemming met artikel 2, f), tweede gedachtestreepje, van de richtlijn - gewag wordt gemaakt van de voorwaarde "zonder financiële tegenprestatie", luidt het in de Franse tekst "sans avantage économique" - in de Franse tekst van de richtlijn : "sans contrepartie financière". Die discrepantie moet worden weggewerkt.

7. In de Nederlandse tekst van artikel 2, 7°, dient men te schrijven :

"7° «gereguleerd beroep» : ...".

De definitie van "gereguleerd beroep" in de Nederlandse tekst van het ontwerp dient nauwer te worden afgestemd op de omschrijving van de notie "gereguleerde beroepsactiviteit" in de richtlijnen waarnaar wordt verwezen in artikel 2, g), van de richtlijn inzake de elektronische handel.

⁽⁹⁾ Cass., 2 november 1999, J.T., 2000, 64, concl. Adv. Gen. DE RIEMAECKER, in welk arrest het Hof van Cassatie gewezen heeft dat onder de definitie van "reclame", bedoeld in artikel 22 van de wet handelspraktijken valt, "une communication qui favorise ou renforce l'image de marque de son auteur".

Artikel 3

1. Het bepaalde in artikel 3, eerste lid, tweede volzin, van het ontwerp kan beter worden weggelaten. De richtlijn bevat terzake een meer genuanceerde bepaling, namelijk artikel 1, lid 3, die van belang is voor het bepalen van het toepassingsgebied van de richtlijn. De in het ontwerp opgenomen bepaling is minder genuanceerd, wat tot verkeerde interpretaties zou kunnen leiden, en overigens is ze niet strikt noodzakelijk voor het bepalen van de draagwijdte van de ontworpen regeling.

Mede gelet daarop wordt in overweging gegeven het eerste lid van artikel 3 te stellen als volgt :

"Deze wet regelt bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij".

2. De opsomming van de aangelegenheden waarop de wet niet van toepassing is, opgenomen in het tweede lid van artikel 3 van het ontwerp, zou nauwer moeten worden afgestemd op de opsomming van de uitzonderingen in artikel 1, lid 5, van de richtlijn. Zo onder meer, schrijve men in artikel 3, tweede lid, 3°, "kwesties in verband met overeenkomsten of praktijken die onder de mededingingswetgeving vallen" en in de Nederlandse tekst van artikel 3, tweede lid, 4°, naar analogie van de richtlijn : "4° de volgende activiteiten van diensten van de informatiemaatschappij : ...".

3. Uit artikel 1, lid 5, b), van de richtlijn blijkt dat ze niet van toepassing is op "kwesties in verband met diensten van de informatiemaatschappij die onder Richtlijn 95/46/EG en Richtlijn 97/66/EG vallen". In het tweede lid, 2°, van artikel 3 van het ontwerp luidt het dat de wet niet van toepassing is op "kwesties in verband met diensten van de informatiemaatschappij geregeld door de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens". De bescherming van individuen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens ter uitvoering van voormelde richtlijnen wordt echter niet exclusief

door voormelde wet geregeld ⁽¹⁰⁾, zodat beter in het algemeen kan worden verwezen naar de wettelijke regelingen terzake in plaats van specifiek naar de wet van 8 december 1992.

4. Waar in de Franse tekst van artikel 3, tweede lid, 3°, van het ontwerp "le droit sur les ententes" wordt vermeld, is in de Nederlandse tekst sprake van "de mededingingswetgeving". Deze terminologie is overgenomen uit de Franse en de Nederlandse tekst van de richtlijn. In de Belgische context spreekt men in dit verband echter niet van "droit sur les ententes", maar van "droit de la concurrence" ⁽¹¹⁾. Bij voorkeur wordt daarom die terminologie gebruikt.

Artikel 4

1. De bepaling dat het verbod voor de lidstaten om toegang tot een activiteit van dienstverlener op het gebied van de informatiemaatschappij aan een voorafgaande vergunning of enig andere vereiste met gelijke werking te onderwerpen, de vrijwillige erkenningsstelsels onverlet laat, zoals uit considerans 28 van de richtlijn blijkt, hoeft niet in het ontwerp te worden overgenomen. Het zich vrijwillig aan een erkenningsstelsel onderwerpen, wat bijvoorbeeld het geval is voor de verleners van diensten voor de uitgifte van elektronische certificaten, houdt immers geen verplichting in. Wat vanzelfsprekend

⁽¹⁰⁾ Zie bijvoorbeeld :

- koninklijk besluit van 21 december 1999 tot aanpassing van sommige bepalingen van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven aan de richtlijnen van de Europese Unie;
- koninklijk besluit van 5 september 2001 tot aanpassing van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 tot vaststelling van het bestek van toepassing op de spraaktelefoondienst en de procedure inzake de toekenning van individuele vergunningen aan richtlijn 97/66/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector;
- koninklijk besluit van 5 september 2001 tot aanpassing van sommige bepalingen van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven aan richtlijn 97/66/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector.

⁽¹¹⁾ Zie bijvoorbeeld de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999.

is, hoeft niet in de wet te worden bepaald. De woorden "Onverminderd de vrijwillige accreditatiestelsels" dienen derhalve te worden weggelaten ⁽¹²⁾.

2. De rest van het eerste lid van artikel 4 van het ontwerp bevat een bevestiging van de vrijheid van vestiging voor de betrokkenen. Een dergelijke bepaling hoort thuis in de richtlijn, maar niet in de nationale wet. De principiële vrijheid van vestiging volgt trouwens rechtstreeks uit artikel 43 van het EG-verdrag ⁽¹³⁾. Door toch een dergelijke bepaling in het ontwerp op te nemen die enkel betrekking heeft op on-line-diensten, kan ten onrechte de indruk worden gewekt dat dit principe niet zou gelden voor off-line-diensten, die niet het voorwerp zijn van de richtlijn en van het ontwerp.

3. Artikel 4, lid 2, van de richtlijn is veel specifiekere dan hetgeen wordt bepaald in artikel 4, tweede lid, van het ontwerp. Een dergelijke veralgemening is in strijd met de richtlijn; indien de stellers er toch voor zouden opteren om een dergelijke bepaling in het ontwerp te handhaven, dan dient zij specifiek te worden afgestemd op wat in de richtlijn is bepaald.

Artikel 5

1. In artikel 5, §§ 1 en 2, van het ontwerp wordt het oorsprong- of herkomstlandbeginsel verwoord : de controle op de diensten van de informatiemaatschappij moet bij de bron van de activiteit gebeuren en ze worden in beginsel onderworpen aan het rechtstelsel van de lidstaat waar de dienstverlener gevestigd is (zie artikel 3, leden 1 en 2, van de richtlijn en considerans 21). Dit beginsel geldt slechts voor de regels die binnen het gecoördineerd gebied vallen.

⁽¹²⁾ De term "accreditatie" lijkt in het Nederlands trouwens eerder te worden gebruikt in de betekenis van een persoon die beschikt over geloofsbrieven of een toelatingsbewijs. Het woord "erkenning" zou in dat verband beter de strekking weergeven (vergelijk met considerans 28 van de Nederlandse tekst van de richtlijn, waarin sprake is van "vrijwillige erkenningsstelsels").

⁽¹³⁾ H.v.J., 28 januari 1986, 270/83, Com. EG/Frankrijk, Jur., 1986, 273.

2. In artikel 5, § 3, wordt de omschrijving van het gecoördineerd gebied onvolledig overgenomen. Deze bepaling dient zo te worden geredigeerd dat ze nauwer aansluit bij het bepaalde in artikel 2, h), van de richtlijn.

3. Binnen het tijdbestek waarbinnen dit advies moest worden verleend, heeft de Raad van State geen grondig onderzoek kunnen wijden aan de verhouding van de bepalingen van het ontwerp tot het internationaal privaatrecht ⁽¹⁴⁾.

4. Een indeling in paragrafen is niet raadzaam wanneer elke paragraaf slechts uit één lid bestaat en die indeling niet tot een meer duidelijke voorstelling van het ingedeelde artikel kan leiden. Gelet op dat voorschrift ziet men beter af van de indeling in paragrafen van artikel 5.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 8 en 9.

Artikel 6

1. Artikel 6 van het ontwerp zet artikel 3, lid 3, van de richtlijn om, met overname van de uitzonderingen opgesomd in de bijlage bij de richtlijn. Een en ander zou eenvoudiger en overzichtelijker kunnen door de formulering van de richtlijn over te nemen en door de in de bijlage gevolgde volgorde te respecteren.

De in artikel 6, derde lid, 1°, van het ontwerp gebruikte omschrijving ("wanneer de partijen contractueel zijn overeengekomen hiervan af te wijken") stemt trouwens niet overeen met wat in de bijlage in het vijfde gedachtestreepje als afwijking wordt vermeld ("de vrijheid van de partijen om het op hun contract toepasselijke recht te kiezen").

2. Er wordt ter overweging gegeven aan het derde lid van artikel 6 een 6° toe te voegen luidend :

⁽¹⁴⁾ Zie in dit verband onder meer : B.J. DRIJBER, "De richtlijn elektronische handel op de snijtafel", S.E.W., 2001, (122), 133-135.

"6° de uitgifte van elektronisch geld door instellingen waarvoor de lidstaten een van de in artikel 8, lid 1, van richtlijn 2000/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 18 september 2000 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het bedrijfseconomisch toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, bedoelde afwijking hebben toegepast".

Er bestaat immers terminologische onzekerheid aangaande de term "elektronisch geld". Talrijke auteurs hebben het over "elektronisch geld" wanneer zij in werkelijkheid giraal geld (tegoeden beschikbaar op een geldrekening) bedoelen dat met elektronische impulsen wordt beheerd en overgeboekt. De term heeft daarentegen een meer beperkte betekenis in de richtlijn 2000/46/EG. Artikel 1, lid 3b, van deze richtlijn bepaalt "elektronisch geld" als volgt : "een monetaire waarde vertegenwoordigd door een vordering op de uitgevende instelling, welke (i) is opgeslagen op een elektronische drager, (ii) is uitgegeven in ruil voor ontvangen geld dat ten minste dezelfde waarde vertegenwoordigt als de uitgegeven monetaire waarde, (iii) als betaalmiddel wordt aanvaard door andere ondernemingen dan de uitgever". In considerans 3 van de preambule van de genoemde richtlijn wordt gepreciseerd dat elektronisch geld kan worden aangemerkt "als een elektronisch vervangingsmiddel voor muntstukken en bankbiljetten, opgeslagen op een elektronische drager, zoals een chipkaart of een computergeheugen, en in de regel bestemd voor de elektronische betaling van kleine bedragen".

In het tekstvoorstel voor het in te voegen 6° wordt de term "elektronisch geld" in laatstgenoemde, beperkte, betekenis gebruikt, in overeenstemming met voor-noemde richtlijn 2000/46/EG. Om te vermijden dat de uitzonderingsbepaling van artikel 3, tweede lid, van de tekst in ontwerp ook toepasselijk zou worden geacht op "elektronisch geld" in de ruime betekenis, namelijk giraal geld dat elektronisch wordt beheerd en overgeboekt, is het nodig dat de tekst van het tweede gedachtestreepje van de bijlage van de richtlijn, waarvan de tekst in ontwerp de omzetting beoogt te verzekeren, uitdrukkelijk in de besproken bepaling zou worden opgenomen. Dat is de strekking van de ontworpen tekst van het in te voegen 6°.

Artikel 7

1. In verband met de mogelijkheid om te voorzien in specifieke afwijkingen van het beginsel van het vrij verrichten van diensten (zie ook artikel 3, lid 4, van de richtlijn ⁽¹⁵⁾), rijst de vraag naar de verenigbaarheid ervan met artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), dat het recht op vrijheid van meningsuiting erkent en onder meer de vrijheid omvat om, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen, inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven ⁽¹⁶⁾. Artikel 10, lid 2, EVRM bepaalt dat de uitoefening van de in lid 1 bedoelde vrijheden "kan worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij de wet worden voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands 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".

In het ontwerp zou daarom moeten worden bepaald in welke gevallen en onder welke voorwaarden in dit verband een beperking van de uitingsvrijheid in het licht van artikel 10 EVRM gerechtvaardigd kan zijn.

2. Waar in de richtlijn de termen "vooronderzoek" ⁽¹⁷⁾ en "strafrechtelijk onderzoek" (zie artikel 3, lid 4, b)) worden gebruikt, kan in de Belgische context en dus

⁽¹⁵⁾ In considerans 9 wordt gesteld dat de richtlijn niet bedoeld is om afbreuk te doen aan fundamentele nationale regels en beginselen in verband met de vrijheid van meningsuiting.

⁽¹⁶⁾ Zoals bekend vallen ook inlichtingen met een commercieel karakter onder het toepassingsgebied van artikel 10, lid 1, EVRM (Hof Mensenrechten, arrest Markt Intern Verlag van 20 november 1989, Publ. Cour eur. D.H., Série A, nr. 165; zie ook : Hof Mensenrechten, arrest Autronic van 22 mei 1990, Publ. Cour eur. D.H., Série A, nr. 178, en Hof Mensenrechten, arrest Casado Coca van 24 februari 1994, Publ. Cour eur. D.H., Série A, nr. 285).

⁽¹⁷⁾ De term "vooronderzoek" wordt in België veeleer gebruikt als tegenstelling met de uitdrukking "onderzoek ter terechtzitting".

in het ontwerp best van respectievelijk "opsporingsonderzoek" en "gerechtelijk onderzoek" worden gewaagd.

3. In artikel 7, § 3, tweede lid, van het ontwerp vervange men de woorden "de Belgische regering" door de woorden "de Belgische Staat".

Artikel 8

1. Door het gebruik van de woorden "Onverminderd de overige wettelijke (informatie)voorschriften" (§§ 1 en 2) wordt verwezen naar een internrechtelijk acquis, terwijl in de artikelen 6, lid 1, en 7, van de richtlijn naar het communautair acquis wordt verwezen. De bepalingen in de richtlijn ("In aanvulling op de overige informatievoorschriften van het Gemeenschapsrecht") hebben tot doel aan te geven dat de lidstaten bij de omzetting van deze bepalingen geen afbreuk mogen doen aan de overige informatievoorschriften van het gemeenschapsrecht. Dat betekent echter niet dat die bepalingen internrechtelijk geen afbreuk zouden mogen doen aan andere wettelijke informatievoorschriften, vermits deze ook betrekking kunnen hebben op andere dan de in de richtlijn bedoelde "overige informatievoorschriften". Het verdient aanbeveling dat de stellers van het ontwerp, in plaats van het opnemen van een algemene bepaling ter vrijwaring van de bestaande wettelijke informatievoorschriften, bij elk van de ontworpen informatievoorschriften zouden nagaan of zij inhoudelijk geen afbreuk doen aan die "overige informatievoorschriften van het Gemeenschapsrecht".

Eenzelfde opmerking geldt voor de artikelen 9, § 1, en 14, inleidende zin, van het ontwerp.

2. In § 1, 6°, a), van de tekst zoals die aan de Raad van State, afdeling wetgeving, om advies is voorgelegd, dient men te schrijven : "de beroepsvereniging of beroepsorganisatie".

3. In artikel 8, § 1, 6°, b), van het ontwerp wordt de informatie die toegankelijk dient te zijn, verruimd tot "de staat waar (de beroepstitel) is toegekend" (in plaats van "de lidstaat waar die is toegekend", in de richtlijn). Daar is, alvast vanuit juridisch oogpunt, geen bezwaar tegen, maar de vraag rijst of dit de bedoeling is.

Artikel 9

1. Er is een discordantie tussen de Franse en de Nederlandse tekst van artikel 9, § 1, inleidende zin : uit de Franse tekst blijkt dat de woorden "par voie électronique" slaan op "une commande", terwijl in de Nederlandse tekst ten onrechte de indruk wordt gewekt dat de dienstverlener de informatie langs elektronische weg dient te verstrekken.

De Nederlandse tekst dient derhalve in het licht van de Franse tekst te worden aangepast.

2. Het is onduidelijk waarom de in artikel 10, lid 1, van de richtlijn gehanteerde volgorde van de verschillende soorten te verstrekken informatie niet wordt gevolgd in artikel 9, § 1, van het ontwerp.

3. Alhoewel de tekst een letterlijke overname vormt van de desbetreffende bepaling van de richtlijn, wordt ter overweging gegeven in de Nederlandse tekst van artikel 9, § 2, voor de duidelijkheid - en meer in overeenstemming met de Franse tekst - te schrijven : "De contractuele bepalingen en de algemene voorwaarden ...".

4. Vraag is of het ook geen aanbeveling zou verdienen, om redenen van duidelijkheid, het bepaalde in artikel 10, lid 2, van de richtlijn, dat in het ontwerp is opgenomen in artikel 8, § 1, 8°, in artikel 9 te integreren.

Artikel 11

Het bepaalde in artikel 11, 2°, van het ontwerp is een toevoeging ten opzichte van de richtlijn. Alhoewel artikel 11, lid 1, van de richtlijn niet het karakter van een minimumbepaling heeft, verzet artikel 3, lid 1, van de richtlijn zich niet tegen toevoegingen aan het gecoördineerd gebied, al plaatst dit de in België gevestigde dienstverleners natuurlijk wel in een nadeliger positie.

Artikel 12

1. In artikel 12, derde lid, van het ontwerp wordt de richtlijn niet correct omgezet.

Uit artikel 11, lid 3, van de richtlijn volgt dat de overige bepalingen van dat artikel, behoudens hetgeen in lid 1, tweede streepje, en lid 2 wordt bepaald, niet van toepassing zijn op contracten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie worden gesloten.

In artikel 12, derde lid, luidt het dat de bepalingen van artikel 11 van het ontwerp, waarin de in acht te nemen beginselen zijn opgenomen, niet van toepassing zijn "op contracten die uitsluitend via individuele elektronische communicatiemiddelen, met uitzondering van de elektronische post, worden gesloten" ⁽¹⁸⁾ (vergelijk met artikel 12, tweede lid, van het ontwerp).

De woorden "met uitzondering van de elektronische post" dienen derhalve te worden geschrapt.

Bovendien dient volgens de richtlijn het bepaalde in artikel 11, 3°, van het ontwerp ook te gelden voor contracten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post of vergelijkbare individuele communicatie worden gesloten. Daarom moet in artikel 12, derde lid, van het ontwerp worden geschreven : "De bepalingen van artikel 11, 1°, zijn niet van toepassing ...".

⁽¹⁸⁾ Voor die keuze wordt in de memorie van toelichting geen verantwoording gegeven.

2. In de Nederlandse tekst van het eerste lid wordt bij voorkeur geschreven :
"..., kunnen bij middel van overeenkomst afwijken van ...".

Artikel 13

Het ontworpen artikel 13 legt de bewijslast voor het voldaan zijn aan de vereisten bepaald in de artikelen 8 tot 11 van het ontwerp ten aanzien van de consumenten ten laste van de dienstverlener. In de memorie van toelichting wordt daar nog aan toegevoegd dat de betrokken regeling "voor de bewijslast vrij soepel (is), daar er geen schriftelijk bewijs vereist is. De dienstverlener kan dus steunen op vermoedens en getuigenissen".

Indien het effectief de bedoeling is een dergelijke, versoepelde regeling uit te vaardigen, dan dient zij in de tekst zelf van het ontwerp te worden opgenomen. Het gaat immers om een afwijking van het bepaalde in artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek, dat het opmaken van een akte voorschrijft als de som of de waarde hoger is dan 375 euro. In dat geval moet de afwijking van de regel kunnen worden verantwoord in het licht van het door de Grondwet gewaarborgde gelijkheidsbeginsel ⁽¹⁹⁾.

Artikel 14

1. De verwijzing in artikel 14, 1°, van het ontwerp naar artikel 23, 5°, eerste lid, van de wet handelspraktijken kan verwarring zaaien, omdat het om een verbodsbepaling gaat (luidens die bepaling is verboden, elke reclame "die, vanwege de globale indruk, met inbegrip van de presentatie, niet onmiskenbaar als zodanig kan worden herkend en die niet leesbaar, goed zichtbaar en ondubbelzinnig de vermelding «reclame» draagt"). De ontworpen bepaling is daarentegen positief geformuleerd. Indien het de bedoeling is door de verwijzing naar de betrokken bepaling van de wet handelspraktijken aan de positieve definitie nog een of meer elementen toe te voegen, dienen die elementen aan de ontworpen bepaling te worden toegevoegd, zodat de niet geheel duidelijke verwijzing naar de wet handelspraktijken kan worden geschrapt.

⁽¹⁹⁾ De memorie van toelichting bevat terzake geen enkele verantwoording.

2. In de memorie van toelichting wordt ook melding gemaakt van artikel 32 van het ontwerp tot opheffing van artikel 23, 5°, tweede lid, van de wet handelspraktijken. Een dergelijke bepaling komt echter in het ontwerp niet voor.

Artikel 15

Aan het einde van artikel 15, § 1, tweede lid, van het ontwerp kan men beter schrijven : "... waarop de in het eerste lid bedoelde toestemming kan worden bekomen en geregistreerd".

Artikel 16

De bepaling op het einde van artikel 16 ("De bevoegde beroepsorde waakt over de inachtneming van die beroepsregels") dient te vervallen. De regels van bevoegdheid van de verschillende beroepsordes worden immers in andere wetteksten geregeld en daaruit volgt reeds dat zij waken over de inachtneming van de beroepsregels.

Artikel 17

1. Artikel 17 van het ontwerp beoogt de omzetting van artikel 9, lid 1, van de richtlijn, dat de lidstaten ertoe verplicht ervoor te zorgen dat hun rechtsstelsel het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg mogelijk maakt. Aldus wordt aan de lidstaten een resultaatsverbintenis opgelegd.

Dat resultaat kan worden bereikt, ofwel door een zogenaamde transversale bepaling in het ontwerp op te nemen waarin het beginsel wordt uiteengezet en waardoor alle ermee strijdige bepalingen in de Belgische rechtsorde impliciet worden opgeheven, ofwel door alle bepalingen die het nakomen van die verplichting beletten, expliciet op te heffen. Dit laatste veronderstelt een dubbel onderzoek, namelijk :

- een systematisch, kwantitatief onderzoek om er zeker van te zijn dat alle bepalingen die het tot stand komen van overeenkomsten langs elektronische weg verhinderen, aangepast worden, en
- een kwalitatief onderzoek, om ook alle bepalingen op te sporen die op directe of indirecte wijze verhinderen dat langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten dezelfde status bezitten als de op klassieke wijze tot stand gekomen overeenkomsten.

In het voorliggende ontwerp is gekozen voor de combinatie van een transversale bepaling (artikel 17, §§ 1 en 2) - die volgens de memorie beoogt "de opheffing van elke rechtstreekse of onrechtstreekse juridische belemmering voor de volledige automatisering van de totstandkoming van contracten" - en een machtiging aan de Koning (artikel 17, § 3) om de noodzakelijke wijzigingen in de betrokken wetteksten aan te brengen en die ter bekrachtiging aan de Kamer van volksvertegenwoordigers voor te leggen.

Dit biedt het voordeel dat de richtlijn onmiddellijk wordt omgezet in het nationale recht, maar het nadeel dat het om impliciete wijzigingen gaat, wat ten koste van de rechtszekerheid is. Dit euvel moet echter op vrij korte termijn door de Koning worden verholpen door, waar nodig, de wetgeving ook expliciet te wijzigen.

Uit het voorgaande volgt dat een bekrachtiging van de bij besluit vastgestelde expliciete wijzigingen van wetten niet strikt noodzakelijk is. De Koning krijgt in het ontworpen systeem immers niet de bevoegdheid om het recht materieel te wijzigen - dat gebeurt door de transversale bepaling -, enkel om het formele recht in overeenstemming te brengen met het materiële recht. Het staat de stellers van het ontwerp derhalve vrij al of niet in een bekrachtigingsprocedure te voorzien.

2. Ondanks de in de Nederlandse tekst van artikel 9, lid 1, van de richtlijn gebruikte bewoordingen ("het sluiten van contracten", "de totstandkoming van contracten")⁽²⁰⁾, blijkt de draagwijdte ervan betrekking te hebben op alle etappes van het proces waarbij overeenkomsten tot stand komen (publiciteit, aanbod, onderhandeling, precontractuele verbintenissen, sluiting van de overeenkomst, registratie, wijziging, beëindiging, ...) ⁽²¹⁾. Dit zou duidelijker tot uiting moeten worden gebracht in de Nederlandse tekst van artikel 17, § 1, van het ontwerp.

Meer in het algemeen zou de draagwijdte van artikel 17, § 1, zoals toegelicht in de memorie van toelichting⁽²²⁾, duidelijker tot uiting moeten worden gebracht in de tekst zelf. De huidige redactie van die bepaling is vrij cryptisch.

3. De in artikel 17, § 3, van het ontwerp opgenomen delegatie aan de Koning is te ruim. Strikt genomen sluit ze de bevoegdheid in om "elke wettelijke of reglementaire bepaling (...) die een belemmering zou vormen voor het sluiten van contracten langs elektronische weg", zonder beperking te wijzigen. Die bepaling dient, in overeenstemming met de, uit de memorie van toelichting blijken, beoogde draagwijdte ervan, zo te worden geredigeerd dat een duidelijk verband wordt gelegd met de wijzigingsbepaling in paragraaf 1. Daardoor wordt de delegatie beperkt tot het aanpassen van de wetgeving ingevolge de (impliciete) wijzigingen die uit voormelde transversale bepaling voortvloeien, betreft het een gebonden bevoegdheid en gaat het niet om een bepaling op grond van artikel 105 van de Grondwet waarbij aan de Koning voor een periode van maximum drieëndertig maanden bijzondere machten worden verleend.

⁽²⁰⁾ Vergelijk met de bredere terminologie in de Franse tekst van de richtlijn waarin onder meer sprake is van "processus contractuel".

⁽²¹⁾ Cf. considerans 34.

⁽²²⁾ Het bepaalde in artikel 17, § 1, is gebaseerd op de theorie van de zogenaamde functionele evenwichten die steunt "op een analyse van de essentiële functies van de traditionele vormvereisten om langs elektronische weg gesloten contracten die deze functies naleven dezelfde juridische waarde toe te kennen als aan contracten op papieren drager".

4. De regeling ter "bevestiging" (beter : bekrachtiging) van de wijzigingen die de Koning heeft vastgesteld, is zo ontworpen dat de Koning vanaf de inwerkingtreding van de wet achttien maanden heeft om de wijzigingsbepalingen vast te stellen en vierentwintig maanden om bij de Kamer van volksvertegenwoordigers een wetsontwerp tot bekrachtiging van de wetswijzigingen in te dienen. De Kamer heeft op haar beurt negen maanden na het indienen van het wetsontwerp om de wijzigingen te bekrachtigen.

Luidens de ontworpen regeling hebben wijzigingen die niet worden bevestigd binnen negen maanden (niet : "binnen de ... maanden"), "geen uitwerking". Daarmee lijkt te worden gesuggereerd dat de door de Koning vast te stellen wijzigingen eerst uitwerking kunnen hebben nadat ze bij wet zijn bekrachtigd. Het zou wellicht meer in overeenstemming zijn met de bedoeling van de stellers van het ontwerp indien de bepaling zo wordt aangepast dat de wijzigingen die door de Koning worden vastgesteld reeds uitwerking hebben vanaf de inwerkingtreding van het betrokken koninklijk besluit, maar ophouden uitwerking te hebben indien ze niet worden bekrachtigd binnen de voorziene termijn.

Voor de rechtszekerheid is het nodig dat elkeen kan nagaan op welk ogenblik een dergelijk wijzigend koninklijk besluit, dat niet bij wet zou worden bekrachtigd, ophoudt uitwerking te hebben. Een probleem daarbij is dat het tijdstip van "het indienen van het wetsontwerp bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers", dat gevolgen kan hebben voor de rechtskracht van de door de Koning vastgestelde besluiten, niet kan worden vastgesteld door het raadplegen van het Belgisch Staatsblad, waarin de wetteksten moeten worden bekendgemaakt⁽²³⁾. Daaraan kan worden verholpen door in het ontwerp de verplichting in te schrijven de datum van het indienen van een dergelijk wetsontwerp bekend te maken in het Belgisch Staatsblad.

5. In § 3, tweede lid, schrappe men de woorden "op grond van het eerste lid" en "aangenomen het jaar voordien", vermits ze geen betekenis hebben.

⁽²³⁾ In de parlementaire stukken van de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt sinds enige tijd de datum van indiening vermeld. Aldus zou die datum kunnen worden vastgesteld door inzage van het betrokken parlementair stuk.

Artikel 18

Artikel 18 van het ontwerp geeft de Koning bevoegdheid buiten het strikte kader van de richtlijn en van artikel 17, § 3, van het ontwerp. Aldus zou de Koning de wet kunnen wijzigen - bijvoorbeeld het afschaffen van de vereiste van een authentieke akte voor overdracht van onroerende goederen -, zij het dat die wijziging om de uitwerking ervan te behouden tijdig bij wet moet worden bekrachtigd. De Raad van State, afdeling wetgeving, ziet niet welke uitzonderlijke omstandigheden het toekennen van zulk een ruime beleidsvrijheid aan de Koning zouden kunnen billijken. Die bevoegdheid moet dan ook door de wetgever zelf dan worden uitgeoefend.

Artikel 19

Het zou de leesbaarheid van het ontwerp ten goede komen indien de drie voorwaarden voor het niet aansprakelijk zijn van de dienstverlener voor de doorgegeven informatie, overeenkomstig artikel 12, lid 1, van de richtlijn, in een opsomming worden weergegeven.

Artikel 20

1. In de inleidende zin van artikel 20 van het ontwerp kan men duidelijkheidshalve beter schrijven : "... en op hun verzoek doeltreffender te maken, als aan elk van de hiernavolgende voorwaarden is voldaan : ...". Als op die suggestie wordt ingegaan, schrappe men het woord "en" aan het einde van 4°.

2. In de Nederlandse tekst, 4°, vervange men, in overeenstemming met de tekst van de richtlijn, de woorden "de benutting" door de woorden "het gebruik".

3. Bij vergelijking tussen artikel 13, lid 1, e), van de richtlijn met artikel 20, 5°, van het ontwerp, blijkt dat in de richtlijn wordt geschreven "zodra een rechtbank of een administratieve autoriteit heeft bevolen de informatie te verwijderen of de toegang daartoe

.../...

onmogelijk te maken", terwijl in het ontwerp slechts gewag wordt gemaakt van "een gerechtelijke autoriteit". Dat onderscheid wordt in de memorie niet toegelicht.

Artikel 21

In artikel 21, § 1, 2°, schrijve men "... overeenkomstig de procedure bepaald in § 3".

Artikel 22

1. Het eerste lid van artikel 22, § 1, kan worden geschrapt. Er vloeien immers geen rechten of verplichtingen uit voort, zodat het om een bepaling zonder rechtsgevolgen gaat. Vergelijk met artikel 15, lid 1, van de richtlijn, waar die bepaling wel zin heeft, met name een verbod oplegt aan de lidstaten.

In het licht van het voorgaande kan ook het tweede lid van die bepaling⁽²⁴⁾ worden geschrapt. Het is immers evenmin nodig een juridische basis te bieden voor het optreden van de gerechtelijke instanties in een dergelijk geval, vermits die basis reeds wordt verleend door de wet van 28 november 2000 inzake informaticacriminaliteit⁽²⁵⁾.

2. In paragraaf 2 van de tekst zoals voorgelegd om advies, schrijve men : "De dienstverleners zijn verplicht ...". De term 'dienstverleners' wordt in paragraaf 1 niet in een specifieke betekenis gebruikt, maar in de algemene zin als bedoeld in artikel 2, 2°, van het ontwerp.

⁽²⁴⁾ Dat lid is gebaseerd op considerans 47 van de richtlijn.

⁽²⁵⁾ Zie inzonderheid de artikelen 39bis en 88quater van het Wetboek van Strafvordering.

Artikel 23

Artikel 23 van het ontwerp beoogt de omzetting van de artikelen 12, lid 3, 13, lid 2, en 14, lid 3, van de richtlijn. Die bepalingen hoeven echter niet in het nationale recht te worden omgezet; ze dienen ter afbakening van de beleidsruimte waarover de lidstaten bij de omzetting beschikken. Het is daarenboven onnodig te bevestigen dat de artikelen 19, 20 en 21 van het ontwerp geen afbreuk doen aan de bestaande wettelijke mogelijkheden.

Artikel 24

De bepalingen opgenomen in artikel 24 zijn overgenomen uit de artikelen 95, 97, tweede lid, 98, 99 en 100 van de wet handelspraktijken. De Nederlandse tekst van het ontwerp volgt echter terminologisch niet altijd deze bepalingen, zonder dat duidelijk is waarom van de in de wet handelspraktijken gebruikte bewoordingen wordt afgeweken. In het licht van deze vaststelling, zal de tekst van het artikel moeten worden herzien. Een andere mogelijkheid bestaat erin in het ontwerp te verwijzen naar de regeling opgenomen in de wet handelspraktijken, in plaats van dezelfde regeling, anders geformuleerd, over te nemen.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 25 van het ontwerp, overgenomen uit artikel 101 van de wet handelspraktijken.

Artikel 25

Artikel 25, voorziet, in tegenstelling tot wat in sommige bijzondere wetten is bepaald, niet in een sanctie voor het geval dat het afschrift van het erin bedoelde proces-verbaal niet binnen drie weken aan de overtreder wordt betekend of hem wordt overhandigd.

Een overschrijding van die termijn heeft dan niet de nietigheid van het proces-verbaal als gevolg, maar enkel het verlies van zijn bijzondere bewijswaarde, zodat

het proces-verbaal enkel als inlichting zal gelden en de rechter bijgevolg vrij over de bewijswaarde ervan oordeelt ⁽²⁶⁾.

Het staat aan de stellers van het ontwerp te oordelen of er al dan niet in een specifieke sanctie voor het overschrijden van de vermelde termijn dient te worden voorzien.

Artikel 26

1. Het spreekt voor zich dat de hiërarchische meerderen van de in bijzondere wetten aangewezen opsporingsambtenaren geen afbreuk kunnen doen aan het toezicht dat de procureur-generaal of, in de toekomst, ook de federale procureur, op het vlak van de opsporing en de vaststelling van misdrijven op die ambtenaren uitoefenen. Een inmenging vanwege ambtenaren bij de uitoefening van dat toezicht is immers onbestaanbaar met de door artikel 151, § 1, van de Grondwet gewaarborgde onafhankelijkheid ⁽²⁷⁾ van het openbaar ministerie bij de individuele opsporing en vervolging.

Aangezien de zinsnede "en onverminderd hun ondergeschiktheid aan de hiërarchische meerderen van hun bestuur", in artikel 26, derde lid, dubbelzinnigheid zou kunnen doen ontstaan omtrent de zo-even in herinnering gebrachte beginselen, kan die zinsnede beter vervallen. Voorts zou in die bepaling tot uitdrukking moeten worden gebracht dat het toezicht van de procureur-generaal of van de federale procureur betrekking heeft op de taken inzake opsporing en vaststelling van de in het ontwerp vervatte misdrijven, en niet op de bevoegdheden op het vlak van de bestuurlijke politie.

⁽²⁶⁾ A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht ?", in Liber Amicorum Paul De Vroede, Antwerpen, 1994, 501; A. DE NAUW, Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise, Gent, 1994, 78; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", R.W., 1980-81, 1374.

⁽²⁷⁾ Zie hieromtrent Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.24.1. en Arbitragehof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.23.1.

2. In artikel 26, eerste lid, van het ontwerp schrijve men beter : "Onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie, ...".

3. Alleen in artikel 28 van het ontwerp worden bepaalde overtredingen strafbaar gesteld. De bevoegdheid van de door de minister aan te wijzen ambtenaren om die overtredingen op te sporen en vast te stellen kan derhalve niet worden verruimd tot alle "overtredingen van deze wetsbepalingen"⁽²⁸⁾, wat immers een opsporingsbevoegdheid zou impliceren ten aanzien van handelingen die niet strafbaar gesteld zijn.

Indien het evenwel de bedoeling zou zijn ook een louter administratieve, preventieve controle in te stellen op de toepassing van de wet en haar uitvoeringsbesluiten, is het aan te bevelen beide aangelegenheden strikt gescheiden te houden om verwarring tussen administratieve controle en opsporing van inbreuken op de strafwet te vermijden.

4. Krachtens artikel 26, eerste lid, van het ontwerp hebben de processen-verbaal die door de door de minister aangewezen ambtenaren worden opgesteld, bewijskracht tot het tegendeel is bewezen.

Die regel vormt een uitzondering op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en, zoals er door het Arbitragehof werd op gewezen, derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element, zodat het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit op een redelijke verantwoording dient te berusten en het de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze mag beperken⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Waarbij niet wordt gespecificeerd wat onder "deze wetsbepalingen" dient te worden verstaan, zodat ze moeten worden vermoed te verwijzen naar alle bepalingen van het ontwerp.

⁽²⁹⁾ Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, overw. B.14.1 en Arbitragehof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, overw. B.12.1.

Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting een verantwoording op te nemen voor het toekennen van een bijzondere bewijswaarde aan de bedoelde processen-verbaal.

5. Krachtens artikel 26, vierde lid, wordt het proces-verbaal slechts toegezonden aan de procureur des Konings wanneer geen gevolg is gegeven aan de waarschuwing in het kader van de waarschuwingsprocedure bedoeld in artikel 25 van het ontwerp of wanneer de overtreder niet is ingegaan op het voorstel tot minnelijke schikking in het kader van de regeling bedoeld in artikel 27 van het ontwerp.

Die bepaling wijkt af van artikel 29, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, naar luid waarvan "iedere gestelde overheid, iedere openbaar officier of ambtenaar die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of van een wanbedrijf, verplicht (is) daarvan dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings bij de rechtbank binnen wier rechtsgebied die misdaad of dat wanbedrijf is gepleegd of de verdachte zou kunnen worden gevonden, en aan die magistraat alle desbetreffende inlichtingen, processen-verbaal en akten te doen toekomen".

Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting de redenen aan te geven die deze afwijking verantwoorden.

6. De Franse en de Nederlandse tekst van het tweede lid van artikel 26 stemmen niet met elkaar overeen, waar "les pouvoirs d'investigation et de réquisition" is vertaald als "de rechten van onderzoek en vordering".

Artikel 27

1. Artikel 27 bepaalt dat de door de bevoegde minister aangestelde ambtenaren, na inzage van de processen-verbaal met betrekking tot overtredingen van de in artikel 28 van het ontwerp genoemde en opgenomen voorschriften, aan de overtreder de betaling van een som kunnen voorstellen die de strafvordering doet vervallen.

In tegenstelling tot de bij artikel 25 bedoelde waarschuwingsprocedure, die de eventuele uitoefening van de strafvordering geheel onverlet laat, vermogen de bevoegde ambtenaren te beschikken over de strafvordering, aangezien de aanvaarding door de overtreder van de minnelijke schikking de strafvordering doet vervallen.

Aldus wordt het openbaar ministerie "de pas afgesneden" ⁽³⁰⁾ doordat hem zijn bevoegdheid om te oordelen over het al dan niet instellen van de strafvordering wordt ontnomen en zonder enige vorm van controle van zijnentwege ⁽³¹⁾ in handen wordt gelegd van ambtenaren.

De Raad van State, afdeling wetgeving, is zich er van bewust dat de wetgever in het verleden nog bepalingen met een gelijke strekking heeft ingevoerd. Niettemin meent hij opnieuw te moeten opmerken dat zulke bepalingen moeilijk in overeenstemming te brengen zijn met de algemene beginselen die het optreden van het openbaar ministerie beheersen ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ J. MATTHIJS, "Een dwingende noodzaak : het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", R.W. 1975-76, 340; zie ook R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Antwerpen, 1999, p. 66, nr. 130 en J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépenalisation", R.D.P., 1978, 833-837.

⁽³¹⁾ H. BOSLY, "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", R.D.P., 1983, 47.

⁽³²⁾ Zie in dezelfde zin advies 11.461/1 van 5 juli 1971 bij een voorontwerp van wet "tot wijziging van de besluitwet van 22 januari 1945 betreffende de beteugeling van elke inbreuk op de reglementering inzake de bevoorrading van het land", Parl. St., Senaat 1970-71, nr. 682/1; advies 13.883/1 van 11 maart 1981 over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen", Parl. St., Kamer 1980-81, nr. 884/1; advies 13.934/1 van 1 april 1981 over een voorontwerp van wet "tot wijziging 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", Parl. St., Kamer 1980-81, nr. 923/1; advies 20.445/8 van 12 maart 1991 over een voorontwerp van wet "betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten", Parl. St., Senaat, 1990-91, 1417-1; advies 24.896/8 van 21 mei 1996 over een voorontwerp van wet "houdende diverse bepalingen betreffende de veterinaire keuring", Parl. St., Kamer, 1996-97, nr. 782/1; advies 25.487/8 van 4 maart 1997 over een voorontwerp van wet "betreffende de oprichting van een begrotingsfonds voor de gezondheid en de productie van de dieren en de dierlijke producten", Parl. St., Kamer 1996-97, nr. 1181/1.
Zie ook met betrekking tot het instellen van beperkingen op het vorderingsrecht van het openbaar ministerie : Arbitragehof, nr. 40/90, 21 december 1990, 5.B.4.

Reeds in haar advies 11.461/1 heeft de afdeling wetgeving erop gewezen dat ambtenaren, in tegenstelling tot de magistraten van het openbaar ministerie, niet als onafhankelijk van het hiërarchische gezag van de minister kunnen worden beschouwd ⁽³³⁾.

In de adviezen 20.445/8, 23.564/8 en 24.896/8 merkte de afdeling wetgeving onder meer het volgende op :

"Zoals de Raad van State het in zijn (...) advies 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 13.883/1 en 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 bevoegdheid 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 staatsstelsel 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" ⁽³⁴⁾.

Die opmerkingen klemmen des te meer gelet op het bepaalde in artikel 151, § 1, tweede volzin, van de Grondwet, vervangen bij de grondwetsbepaling van 20 november 1998, krachtens hetwelk het openbaar ministerie onafhankelijk is in de individuele opsporing en vervolging.

Gelet op de zo-even uiteengezette bezwaren, wordt ter overweging gegeven een systeem in te voeren waarbij de bevoegde ambtenaren een minnelijke schikking kunnen voorstellen, doch enkel nadat het openbaar ministerie de kans heeft gekregen om binnen een bepaalde termijn te beslissen dat er, de ernst van het misdrijf of de

⁽³³⁾ Zie ook in dit verband A. DE NAUW, o.c., 53 en 55.

⁽³⁴⁾ Zie ook in dit verband A. DE NAUW, o.c., 53 en 55.

omstandigheden waarin het is gepleegd in acht genomen, geen aanleiding is om de betrokkene strafrechtelijk te vervolgen ⁽³⁵⁾.

2. Onverminderd hetgeen sub 1 is uiteengezet, dienen met betrekking tot het ontworpen systeem nog de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

2.1. In vergelijking met de gemeenrechtelijke regeling inzake de minnelijke schikking, vallen een aantal andere verschillen of lacunes op.

Het staat aan de stellers van het ontwerp om na te gaan of de ontworpen regeling inzake de minnelijke schikking niet méér moet worden afgestemd op het gemeenrechtelijke regime inzake de minnelijke schikking, hetzij om mogelijkerwijze niet-verantwoorde verschillen in behandeling weg te werken, hetzij om de ontworpen regeling op een efficiënte wijze te kunnen toepassen.

2.2. Het bepalen van het tarief van de minnelijke schikking vormt een essentieel element van de regeling, zodat dit niet zonder meer aan de Koning kan worden overgelaten. Op zijn minst zouden in het ontwerp het maximum en het minimum van het bedrag van de te betalen som moeten worden opgenomen.

2.3. Onverminderd de sub 1 gemaakte opmerking, moet er worden op gewezen dat het niet onmogelijk is dat feiten met betrekking tot dewelke een minnelijke schikking als bedoeld in artikel 27 wordt voorgesteld, reeds ter kennis werden gebracht van het openbaar ministerie, bijvoorbeeld doordat een klacht werd ingediend, of zelfs dat de

⁽³⁵⁾ Vgl. met het systeem dat in het sociaal strafrecht geldt inzake administratieve geldboeten (art. 5 en 7 van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten). Wanneer voor een systeem van minnelijke schikking wordt geopteerd, zal de zaak opnieuw aan het openbaar ministerie moeten worden voorgelegd in geval van niet-aanvaarding van de minnelijke schikking.

onderzoeksrechter werd verzocht een onderzoek in te stellen of de zaak reeds bij de bevoegde rechtbank aanhangig werd gemaakt ⁽³⁶⁾.

Mochten de stellers van het ontwerp van oordeel zijn het bij artikel 27 ingestelde stelsel van minnelijke schikking zonder voorafgaand beslissingsrecht van het openbaar ministerie te moeten behouden, dan dient in ieder geval te worden voorzien in regels om een samenloop tussen de gerechtelijke en de administratieve procedures te vermijden. Zo zou een analoge regel kunnen worden opgenomen als die welke onder meer is vervat in artikel 84, vierde lid, van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, dat luidt :

"De binnen de aangegeven termijn uitgevoerde betaling doet de strafvordering vervallen, behalve indien tevoren een klacht gericht werd aan de procureur des Konings, de onderzoeksrechter verzocht werd een onderzoek in te stellen of indien het feit bij de rechtbank aanhangig gemaakt werd. In deze gevallen worden de betaalde bedragen aan de overtreder teruggestort".

2.4. Om de betrokkene toe te laten om vrij te beslissen of hij al dan niet ingaat op het voorstel tot minnelijke schikking, moet hij in de gelegenheid worden gesteld om in voorkomend geval inzage te bekomen van het dossier met betrekking tot de hem ten laste gelegde inbreuk ⁽³⁷⁾.

Het systeem van minnelijke schikking is immers slechts in overeenstemming met artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden wanneer het verzaken aan een behandeling van de zaak door een rechtbank geheel vrij gebeurt, wat veronderstelt dat het aanvaarden van de minnelijke schikking met kennis van zaken gebeurt ⁽³⁸⁾.

Artikel 30

Artikel 30 van het ontwerp, dat het toepassingsgebied van de artikelen 25 tot 27 beperkt, wordt beter opgenomen na artikel 27.

⁽³⁶⁾ A. DE NAUW merkt in dit verband op dat in die twee laatste gevallen de strafvordering reeds is ingesteld en ze bijgevolg bezwaarlijk nog kan vervallen (A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht?" in Liber Amicorum P. De Vroede, Antwerpen, 1994, 509).

⁽³⁷⁾ A. DE NAUW, o.c., 95.

⁽³⁸⁾ Ibidem.

Artikel 32

Artikel 32 van het ontwerp vult artikel 589 van het Gerechtelijk Wetboek aan met een 9°, alhoewel in dat artikel, op het ogenblik dat dit advies wordt gegeven, geen 7° of 8° voorkomt. Thans zijn echter nog twee ontwerpen bij de Raad van State aanhangig die toevoegingen bevatten aan de opsomming van bevoegdheden in artikel 589 ⁽³⁹⁾. Men zal op dit punt derhalve waakzaam dienen te zijn om een dubbele nummering te vermijden.

Artikel 589 van het Gerechtelijk Wetboek handelt over de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel. In artikel 24, § 1, tweede lid, van het ontwerp wordt de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel uitgebreid. In de ontworpen bepaling wordt daarentegen verwezen naar "artikel 24, § 1, eerste lid" van het ontwerp, in welke bepaling de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg een bevoegdheid wordt toegewezen. In de ontworpen bepaling dient derhalve naar artikel 24, § 1, tweede lid, te worden verwezen, in plaats van naar het eerste lid.

Ondertekeningsformule

In de Nederlandse tekst dient te worden geschreven "Van Koningswege" in plaats van "Van Koningswegen".

⁽³⁹⁾ Het betreft een voorontwerp van wet op de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijke toegang met betrekking tot diensten van de informatiemaatschappij (32.987/1) en een voorontwerp van wet aangaande de vordering tot staken van inbreuken op de wet van ... tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties (32.971/2).

PORTEE DU PROJET

Le projet soumis pour avis entend principalement transposer dans l'ordre juridique belge la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dénommée ci-après : "directive sur le commerce électronique" ou, en abrégé, "la directive").

Le projet érige la liberté d'établissement et la libre prestation de services en principes fondamentaux des services de la société de l'information (articles 4 et 5 du projet) et définit les dérogations générales et spécifiques à la liberté de prestation de services (articles 6 et 7). Les articles 8 à 13 prévoient des obligations d'information pour les réseaux ainsi que des dispositions connexes, tandis que les articles 14 à 16 comportent des normes relatives à la publicité véhiculée au moyen des réseaux. Les articles 17 et 18 du projet règlent les contrats conclus par voie électronique ⁽¹⁾ et les articles 19 à 23, la responsabilité des prestataires intermédiaires. Les articles 24 à 30 prévoient des mesures de contrôle et les sanctions éventuelles ainsi que la possibilité d'intenter une action en cessation.

CONTEXTE DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE

1. Objectif

La directive sur le commerce électronique a pour objectif "de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres" (article premier, paragraphe 1, de la directive) et "d'assurer un niveau élevé d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information" (considérant 3 du préambule). Elle cherche à réaliser cet objectif par une coordination des

⁽¹⁾ C'est-à-dire : en ligne, ce qui, selon le Robert, signifie (dans le jargon informatique) "connecté à une unité centrale, à un ordinateur central"; selon l'exposé des motifs, les services hors ligne ne sont pas visés par la réglementation.

dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres applicables aux services de la société de l'information et concernant "le marché intérieur, l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridictionnels et la coopération entre Etats membres" (article premier, paragraphe 2). La réglementation vise ainsi à supprimer un certain nombre d'entraves nationales au développement des services de la société de l'information, notamment le commerce électronique, et à prévenir l'introduction de nouvelles entraves nationales (considérant 5).

2. Caractéristiques de la directive

1. La directive présente un caractère horizontal : elle vise à offrir un cadre juridique général au commerce électronique en ligne transfrontalier et a dès lors des implications pour toute une série de domaines du droit national (droit des obligations, protection des consommateurs, santé publique, exercice de professions réglementées, droit pénal, droit international privé, ...) ⁽²⁾. En outre, elle couvre tous les secteurs de l'activité économique, tant dans la circulation des biens que dans celle des services.

Toutefois, un nombre limité de domaines sont tout à fait exclus du champ d'application de la directive (voir l'article premier, paragraphe 5, de la directive), à savoir la fiscalité, la protection de données personnelles, les règles de concurrence et trois catégories d'activités : 1) les activités de notaire qui comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique, 2) la représentation d'un client et la défense de ses intérêts devant les tribunaux et 3) les activités de jeux d'argent impliquant des mises dans des jeux de hasard, y compris les loteries et les transactions portant sur des paris.

(2) Les dispositions de la directive elle-même ne concernent toutefois pas le droit pénal (cf. considérant 8), le droit international privé et la compétence des juridictions (article premier, paragraphe 4, de la directive) et ne touchent pas au niveau de la protection de la santé publique et des intérêts des consommateurs (article premier, paragraphe 3).

2. La directive ne prévoit qu'une harmonisation minimale étant donné qu'elle ne comporte presque pas de dispositions visant une véritable harmonisation des législations quant au fond. La manière dont commencent la plupart des articles ("Les Etats membres peuvent ...", "Les Etats membres veillent à ce que ..." et "les Etats membres veillent à ce que ... au moins ...") illustre cette situation. Dès lors, il s'agit plutôt d'imposer une obligation de résultat assortie d'une plus grande liberté de politique pour les autorités nationales.

3. La technique de réglementation employée dans la directive se fonde sur deux principes fondamentaux, à savoir 1) la reconnaissance mutuelle obligatoire des normes et 2) le contrôle par le pays d'origine. Ces principes figurent dans le très important article 3 de la directive qui énonce les principes du marché intérieur :

- chaque Etat membre doit veiller à ce que les prestataires de services de la société de l'information qui sont établis sur son territoire respectent toutes les règles du domaine coordonné qui sont applicables dans l'Etat membre concerné pour les services concernés (article 3, paragraphe 1, de la directive). Il s'agit là du principe du "home country control" (aussi appelé principe du pays d'origine ou de provenance). L'article 19, paragraphe 1, de la directive prévoit en outre que les Etats membres disposent de moyens suffisants de contrôle et d'investigation et veillent à ce que les prestataires leur fournissent les informations requises à cet égard;
- par contre, la directive prévoit, pour l'Etat membre où le service est reçu, l'impossibilité de principe d'appliquer, dans le domaine coordonné, ses propres règles au prestataire établi dans un autre Etat membre s'il en résulte une restriction de la libre circulation des services (article 3, paragraphe 2, de la directive).

3. Domaine coordonné

Le champ d'application de la directive est particulièrement étendu. La définition du "domaine coordonné" prévoit les normes qui doivent faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle. Il s'agit, selon l'article 2, h), de la directive, les "exigences prévues par les systèmes juridiques des Etats membres et applicables aux prestataires des

services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux", l'énumération subséquente (article 2, h), i)) opérant une distinction entre l'accès à une activité et son exercice. Ce point constitue l'un des problèmes de l'application de la directive, dès lors que le domaine coordonné va ainsi bien au delà de ce que règle la directive elle-même. En principe, un nombre illimité de sujets sont en effet déclarés coordonnés sans que soit opérée pour autant quelque harmonisation de la législation.

Dans le cadre du double principe de la reconnaissance mutuelle des normes et du contrôle du pays d'origine, la directive formule également une série d'exceptions, et ce parfois de façon indirecte :

- dans le cadre de la définition du "domaine coordonné", la directive prévoit que celui-ci ne couvre pas les exigences concernant
 - les biens en tant que tels,
 - la livraison de biens,
 - les services qui ne sont pas fournis par voie électronique(article 2, h) ii), de la directive);
- selon l'article 3, paragraphe 3, de la directive, les paragraphes 1 et 2 de cet article ne sont pas applicables à un certain nombre de domaines importants qui sont énumérés dans l'annexe de la directive :
 - les droits intellectuels;
 - l'émission de monnaie électronique par des institutions qui n'émettent de la monnaie électronique qu'à une échelle réduite en vue de l'utilisation par des entreprises liées à l'émetteur (article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements);
 - l'obligation pour des organismes de placement collectif en valeurs mobilières qui sont soumis à la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) en vue de respecter la

.../...

réglementation de l'Etat membre d'accueil dans le cadre de la publicité pour des parts;

- les assurances dans la mesure où des directives d'harmonisation ont établi des règles spécifiques concernant l'admission d'entreprises d'assurances;
- la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat;
- les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs;
- la validité formelle des contrats créant ou transférant des droits sur des biens immobiliers, lorsque ces contrats sont soumis à des exigences formelles impératives selon le droit de l'Etat membre dans lequel le bien immobilier est situé;
- l'autorisation des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique.

Dans ces matières, le prestataire ne doit pas être obligatoirement soumis à l'application de la réglementation du pays d'origine, mais il dispose de la liberté d'invoquer la conformité de sa prestation à la réglementation de l'Etat membre d'origine afin d'écarter l'application de certaines règles de l'Etat membre d'accueil qui constituent une entrave à la libre circulation des services.

- en outre, l'article 3, paragraphes 4 à 6, de la directive laisse aux Etats membres la faculté, s'il a été satisfait à certaines conditions de fond et de procédure, de déroger au principe de l'Etat d'origine. Cette exception constitue la confirmation de la possibilité pour l'Etat membre d'accueil d'invoquer une réserve d'intérêt général, assortie des conditions de fond qui y sont liées par la Cour de justice, en vue du maintien de certaines de ses règles qui sont censées être dignes d'être protégées. Il existe toutefois deux restrictions à la formulation de pareille réserve :
 - les conditions de fond auxquelles il doit être satisfait sont énumérées limitativement à l'article 3, paragraphe 4, de la directive;
 - il existe une obligation de coopération et de notification préalable concernant l'application de la réserve d'intérêt général.

4. Délai de transposition

En vertu de l'article 22, la directive devait être transposée en droit national avant le 17 janvier 2002.

OBSERVATIONS GENERALES

1. Un certain nombre de dispositions opérantes de la directive n'ont pas été inscrites dans le projet de sorte qu'elles ne seront pas transposées ⁽³⁾. Il s'agit plus particulièrement des articles 16, 17 et partiellement aussi 19 de la directive.

1.1. L'article 16, l'article 17, paragraphes 2 et 3, et l'article 19, paragraphe 5, prévoient l'obligation, pour les Etats membres, d'encourager certaines initiatives. Pareille disposition ne doit pas être transposée ⁽⁴⁾ et ne doit pas nécessairement conduire à une réglementation d'exécution nationale.

1.2. L'article 17, paragraphe 1, qui oblige les Etats membres à veiller à ce que leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, ne doit pas non plus nécessairement être transposé, notamment si la législation actuellement en vigueur ne comprend pas pareils obstacles.

1.3. L'article 19, paragraphes 2 à 4, prévoit des obligations ponctuelles pour les Etats membres et ne doit pas être transposé. Le respect de ces obligations ne nécessite pas davantage l'adoption d'un règlement d'exécution.

⁽³⁾ Par ailleurs, l'article 13 du projet ne constitue pas la transposition d'une disposition de la directive.

⁽⁴⁾ La reproduction de textes de droit européen et la transcription totale ou partielle de dispositions de ceux-ci n'est admissible que dans la mesure où les textes reproduits ne sont pas encore obligatoires par leur nature pour les Etats membres.

2. Etant donné que le projet se fonde expressément sur l'intention de transposer la directive en droit interne, les auteurs du projet feront bien d'indiquer chaque fois clairement dans l'exposé des motifs pourquoi, le cas échéant, ils dérogent à cette directive ou pourquoi ils ne tiennent pas compte de certaines de ses prescriptions. Ils lèveront ainsi toute incertitude quant à leurs intentions exactes en ce qui concerne certains éléments de la réglementation en projet qui ne sont pas conformes à la directive ou qui ne le sont pas tout à fait.

Dans le cadre des observations formulées quant aux articles, le présent avis indiquera, s'il y a lieu, l'existence de différences entre la directive et la réglementation en projet. Il appartiendra aux auteurs du projet de juger s'ils souhaitent les maintenir ou non, dans la mesure où elles sont admissibles au regard du droit communautaire, étant entendu que - pour les motifs qui viennent d'être évoqués - ils feront alors bien d'inscrire dans l'exposé des motifs quelques précisions quant à leurs intentions.

3. D'une manière générale, il est recommandé d'employer en droit national la terminologie utilisée dans une directive⁽⁵⁾, sauf si l'ordre juridique national utilise un autre terme qui relève davantage de l'usage courant et dont la signification correspond à celle du terme de la directive. Dans les autres cas, l'utilisation d'une terminologie qui ne correspondrait pas littéralement à celle de la directive peut être source de confusions. En principe, l'emploi d'un autre terme est également possible si celui-ci a une portée plus étendue que le terme de la directive et si les dispositions de la directive ne s'y opposent pas. Dans ce cas, la réglementation nationale est plus large que la réglementation visée par la directive.

Dans le cadre de l'examen des articles, on indiquera les cas où le projet s'écarte de la terminologie employée dans la directive.

⁽⁵⁾ Pour autant qu'il n'existe pas de discordance entre le texte français et le texte néerlandais de la directive; voir l'observation formulée ci-dessous à cet égard.

4. Les textes français et néerlandais du projet présentent des discordances à divers endroits. En outre, le texte néerlandais ne semble pas toujours être une traduction fidèle du texte français qui paraît être le texte original. Il est évident que, dans un système politique comportant plusieurs langues nationales prescrites par la loi et où, notamment, les textes normatifs rédigés dans les langues imposées sont parallèlement authentiques, chacun - et les pouvoirs publics en premier lieu - est tenu de témoigner pour chaque langue un même respect et de consacrer un même soin à l'élaboration de textes normatifs dans chacune de ces langues. Sans vouloir être exhaustif à cet égard, le Conseil indiquera, dans le cadre des observations formulées ci-dessous quant aux différents articles, un certain nombre de discordances à éliminer entre les textes français et néerlandais du projet.

Un certain nombre de discordances entre le texte français et le texte néerlandais trouvent leur origine dans les textes français et néerlandais de la directive. Il convient néanmoins de tenter également de les éliminer. En effet, l'objectif doit être de parvenir à une réglementation légale conforme aux exigences de la sécurité juridique. La terminologie utilisée dans la directive, et l'intention qu'elle traduit, constitue en effet le cadre de la transposition. Dans la mesure où l'intention de la directive est respectée ⁽⁶⁾, la terminologie qui y est utilisée peut, le cas échéant, être adaptée afin de donner naissance à une réglementation plus claire dans le contexte national.

⁽⁶⁾ En vertu de l'article 249, paragraphe 3, du Traité CE, une directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

L'exposé des motifs devra également être vérifié en profondeur sur le plan de la correction du langage ⁽⁷⁾.

EXAMEN DU TEXTE

Observation préliminaire

Contrairement à ce que fait la directive sur le commerce électronique, il n'est pas d'usage dans l'ordre juridique belge de pourvoir chaque article d'un intitulé. Il convient dès lors de supprimer dans le projet les intitulés de ces articles.

Article 1^{er}

La référence que l'article 1^{er} du projet fait à l'article 31 de celui-ci doit être lue comme une référence à l'article 32. Ce dernier comprend une disposition visant à modifier l'article 589 du Code judiciaire, ce qui, selon l'article 77, alinéa 1^{er}, 9°, de la Constitution, doit être considéré comme une matière bicamérale. Il en résulte que le texte soumis pour avis doit être scindé en deux projets, l'un portant les dispositions pour lesquelles la Chambre et le Sénat sont également compétents et l'autre renfermant les dispositions qui doivent être adoptées selon la procédure prévoyant que seule la Chambre est compétente, avec évocation éventuelle par le Sénat. A cet égard, il convient d'ailleurs de relever que l'article 24 du projet ne relève pas intégralement du bicaméralisme de sorte

⁽⁷⁾ Quelques exemples de discordance à titre d'illustration :

- "..., cette dernière disposition permet de couvrir les multiples formes de publicité sur l'internet, en ce compris la promotion de l'image" devient dans le texte néerlandais de l'exposé des motifs "..., stelt deze laatste definitie ons in staat de verschillende vormen van reclame op het internet te dekken, daarbij inbegrepen de promotie van het beeld" (lire : imago; cf. article 2, f), de la directive);
- "Il est fréquent que des textes législatifs ou réglementaires exigent l'envoi de documents par lettre recommandée ou par lettre recommandée à la poste" dans le texte français de l'exposé des motifs est traduit dans le texte néerlandais par "Zeer vaak moeten wetgevende of reglementaire teksten aangetekend of bij ter post aangetekende brief worden verstuurd".

que cet article devra également être scindé en deux dispositions qui seront intégrées respectivement dans l'un et l'autre des deux projets.

Etant donné qu'il est d'usage que les ministres qui ont dans leurs attributions la matière réglée par un projet de loi soient associés à sa proposition, le projet comprenant les dispositions relatives à l'organisation des tribunaux devrait être proposé également par le Ministre de la Justice.

Article 2

1. Pour définir les "services de la société de l'information", la directive sur le commerce électronique utilise la définition que donne de cette notion l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, telle qu'elle a été modifiée par la directive 98/48/CE. Cette définition s'énonce comme suit : "tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services" ⁽⁸⁾, à l'exception des services de radiodiffusion sonore et aux services de radiodiffusion télévisuelle.

Il est préférable que le projet reproduise littéralement cette définition et mentionne l'exception.

2. La définition de "prestataire établi" (3°) vient de l'article 2, c), de la directive sur le commerce électronique. En vue d'être tout à fait conforme à la directive, il convient d'écrire : "... l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis ...".

⁽⁸⁾ Selon l'article 50 du Traité CE, sont considérés comme "services" au sens du traité, "les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes".

3. Dans l'article 2, 3°, du projet, les mots "installation" et "établissement" sont chaque fois traduit par le mot "vestiging" (voir l'article 2, c), de la directive). Il est recommandé d'employer également des termes distincts dans le texte néerlandais du projet afin d'indiquer la différence entre les deux notions..

4. Le projet (5°) utilise le terme "consommateur", c'est-à-dire "toute personne visée à l'article 1^{er}, 7, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur" (ci-après : "la loi sur les pratiques du commerce") alors que ce terme est défini dans la directive comme "toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale". La loi sur les pratiques du commerce définit toutefois le "consommateur" comme étant "toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché". Il y a donc lieu d'en conclure qu'un consommateur est toujours une personne physique selon la directive alors que selon la loi sur les pratiques du commerce, il peut également s'agir d'une personne morale. La définition de la directive n'a certes pas trait aux personnes morales mais l'exposé des motifs indique qu'en ce qui concerne le projet, cette différence a en réalité "pour seul effet d'englober dans la notion de consommateur... les ASBL, pourvu qu'elles contractent à des fins excluant tout caractère professionnel".

La définition du "consommateur" dans la loi sur les pratiques du commerce fait référence aux "produits ou (...) services mis sur le marché" alors que la définition de "mise sur le marché" (article 1^{er}, 5, de cette loi) prévoit comme condition que les opérations qui y sont énumérées doivent être effectuées par un vendeur. Selon l'exposé des motifs du projet, et plus particulièrement selon le commentaire consacré à la définition de la notion de "prestataire de services", l'une des différences entre le prestataire de services au sens du projet et le vendeur au sens de la loi sur les pratiques du commerce est que le "prestataire de services" inclut également les titulaires de professions libérales. Ainsi, les services offerts par les titulaires de professions libérales ne sont pas soumis à l'application de la loi sur les pratiques du commerce mais bien à celle de la réglementation en projet. La notion de "consommateur" dans la loi sur les pratiques du commerce ne concerne par conséquent pas les personnes qui recourent à des services de titulaires de professions libérales.

Vu ce qui précède, il est recommandé de reproduire la définition de la directive.

5. Le projet utilise le mot "publicité" qui doit être compris comme étant "toute communication visée à l'article 22 de la loi du 14 juillet 1991" (voir notamment l'article 2, 6°, du projet) alors qu'il est question, dans la directive, de "communication commerciale". Les deux notions n'ont toutefois pas tout à fait la même portée, comme une comparaison des deux définitions permet de la constater :

- la "publicité" au sens de la loi du 14 juillet 1991 est "toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en oeuvre";
- la "communication commerciale" au sens de la directive est "toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée".

Les auteurs du projet déduisent de la jurisprudence de la Cour de cassation⁽⁹⁾ que le terme "publicité" figurant dans le projet concerne également la promotion de "l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne", comme le prévoit expressément la directive. Même si la jurisprudence concernée va dans le sens de ce que vise la directive, elle n'est toutefois pas suffisante pour fonder la transposition intégrale de la directive dans le droit national. Il serait dès lors préférable, dans l'intérêt de la sécurité juridique, d'être clair dès le départ à cet égard en reproduisant les termes de la directive au lieu de supposer que les cours et tribunaux interpréteront dans tous les cas le terme "publicité" au sens de la loi sur les pratiques du commerce avec la signification de "communication commerciale" au sens de la directive. Si tant est que cette supposition

⁽⁹⁾ Cass., 2 novembre 1999, J.T., 2000, 64, concl., av. gén. DE RIEMAËCKER, dans lequel arrêt la Cour de cassation a dit qu'une "communication qui favorise ou renforce l'image de marque de son auteur" tombe sous le coup de la définition de la "publicité" visée à l'article 22 de la loi sur les pratiques du commerce.

soit exacte, la constatation ne pourrait peut-être s'opérer qu'après le règlement d'un certain nombre de contestations y afférentes devant les cours et tribunaux, au terme de plusieurs années. Eviter "l'introduction inutile d'une nouvelle terminologie en droit interne", comme l'énonce l'exposé des motifs, ne contrebalance pas le bénéfice de la clarté immédiate.

Il est dès lors recommandé d'employer la notion de "communication commerciale" figurant à l'article 2, f), de la directive sur le commerce électronique au lieu de "publicité" et d'en reproduire littéralement la définition telle qu'elle figure dans la directive.

6. Alors que le texte néerlandais de l'article 2, 6°, alinéa 2, b), du projet fait état - conformément à l'article 2, f), second tiret, de la directive - de la condition d'une communication fournie "zonder financiële tegenprestatie", le texte français porte "sans avantage économique" - dans le texte français de la directive : "sans contrepartie financière". Cette discordance doit disparaître.

7. Dans le texte néerlandais de l'article 2, 7°, il convient d'écrire :

"7° «gereglementeerd beroep» : ...".

La définition que le texte néerlandais du projet donne de la profession réglementée doit être davantage alignée sur celle que donnent de cette notion les directives auxquelles fait référence l'article 2, g), de la directive sur le commerce électronique.

Article 3

1. Mieux vaudrait supprimer la deuxième phrase de l'article 3, alinéa 1^{er}, du projet. La directive comporte une disposition plus nuancée à cet égard, à savoir l'article premier, paragraphe 3, qui revêt une certaine importance pour la définition du champ d'application de la directive. La disposition prévue dans le projet étant moins nuancée, elle est susceptible d'interprétations erronées. Elle n'est d'ailleurs pas rigoureusement indispensable à la définition de la portée du texte en projet.

Compte tenu, notamment, de ces éléments, il est suggéré de rédiger comme suit l'alinéa 1^{er} de l'article 3 :

"La présente loi règle certains aspects juridiques des services de la société de l'information".

2. La liste des matières auxquelles la loi ne s'applique pas, qui figure à l'alinéa 2 de l'article 3 du projet, devrait s'inspirer davantage de la liste des exceptions figurant à l'article premier, paragraphe 5, de la directive. A l'article 3, alinéa 2, 3°, on écrira ainsi, notamment, "aux questions relatives aux accords ou pratiques régies par le droit de la concurrence" et, dans le texte néerlandais de l'article 3, alinéa 2, 4°, par analogie avec la directive : "4° de volgende activiteiten van diensten van de informatiemaatschappij : ...".

3. Il ressort de l'article premier, paragraphe 5, b), de la directive qu'elle ne s'applique pas "aux questions relatives aux services de la société de l'information couvertes par les directives 95/46/CE et 97/66/CE". Selon l'alinéa 2, 2°, de l'article 3 du projet, la loi ne s'applique pas "aux questions relatives aux services de la société de l'information régies par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel". Or, la protection des individus en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel en exécution des

directives précitées, n'est pas régie par la seule loi susvisée ⁽¹⁰⁾, de sorte qu'il serait préférable de renvoyer de manière générale aux régimes légaux applicables en la matière, au lieu de viser en particulier la loi du 8 décembre 1992.

4. Tandis que le texte français de l'article 3, alinéa 2, 3°, du projet, fait état du "droit sur les ententes", il est question dans le texte néerlandais de "de mededingingswetgeving". Cette terminologie est calquée sur les textes français et néerlandais de la directive. Or, dans l'ordre juridique belge, cette branche du droit ne s'appelle pas "droit sur les ententes", mais bien "droit de la concurrence" ⁽¹¹⁾. Mieux vaudrait dès lors utiliser ce terme.

Article 4

1. Il n'y a pas lieu d'inscrire dans le projet la disposition prévoyant que l'interdiction faite aux Etats membres de soumettre l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information à une autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent, n'affecte pas les régimes d'accréditation volontaire, comme l'indique le considérant 28 de la directive. L'assujettissement volontaire à un régime d'accréditation, qui concerne par exemple les prestataires de services d'émission de certificats électroniques, n'implique en effet aucune obligation. Point n'étant besoin

⁽¹⁰⁾ Voir, à titre d'exemple :

- l'arrêté royal du 21 décembre 1999 adaptant certaines dispositions de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques aux directives de l'Union européenne;
- l'arrêté royal du 5 septembre 2001 adaptant l'arrêté royal du 22 juin 1998 fixant le cahier des charges pour le service de téléphonie vocale et la procédure relative à l'attribution des autorisations individuelles à la directive 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications;
- l'arrêté royal du 5 septembre 2001 adaptant certaines dispositions de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques à la directive 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

⁽¹¹⁾ Voir, par exemple, la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1^{er} juillet 1999.

d'inscrire l'évidence dans la loi, on supprimera les termes "Sans préjudice des régimes volontaires d'accréditation" ⁽¹²⁾.

2. Pour le reste, l'alinéa 1^{er} de l'article 4 confirme la liberté d'établissement des intéressés. Pareille disposition a sa place dans la directive, mais pas dans une loi nationale. Le principe de libre établissement découle d'ailleurs en droite ligne de l'article 43 du Traité CE ⁽¹³⁾. Prévoir malgré tout une telle disposition dans le projet, laquelle concerne exclusivement les services en ligne, peut donner à penser, à tort, que ce principe ne s'appliquerait pas aux services hors ligne, auxquels ne se rapportent ni la directive ni le projet.

3. L'article 4, alinéa 2, du projet, est beaucoup plus général que l'article 4, paragraphe 2, de la directive. Pareille généralisation est contraire à la directive; dans l'hypothèse où les auteurs du projet choisiraient néanmoins de maintenir une telle disposition dans le projet, il leur faudrait la mettre spécifiquement en adéquation avec les dispositions de la directive.

Article 5

1. L'article 5, §§ 1^{er} et 2, du projet, énonce le principe de pays d'origine ou de provenance : le contrôle des services de la société d'information doit s'exercer à la source de l'activité, ces services étant en principe soumis au système juridique de l'Etat membre dans lequel le prestataire de services est établi (voir l'article 3, paragraphes 1 et 2, et le considérant 21 de la directive). Le principe en question ne s'applique qu'en ce qui concerne les règles relevant du domaine coordonné.

⁽¹²⁾ Le terme "accreditatie", utilisé dans le texte néerlandais, semble du reste s'employer davantage en ce qui concerne le titulaire de lettres de créance ou d'un permis d'accès. Le terme "erkenning" traduirait ici plus fidèlement l'objet visé (cf. le considérant 28 dans le texte néerlandais de la directive, où il est question de "vrijwillige erkenningsstelsels").

⁽¹³⁾ CJCE, 28 janvier 1986, 270/83, Commission des Communautés européennes/France, Jur., 1986, 273.

2. L'article 5, § 3, reproduit incomplètement la définition du domaine coordonné. On formulera cette disposition de manière à la rapprocher de l'article 2, h), de la directive.

3. Dans le délai qui lui est imparti pour donner le présent avis, le Conseil d'Etat n'a pu réaliser un examen approfondi du lien entre les dispositions du projet et les règles de droit privé international⁽¹⁴⁾.

4. Il n'est pas recommandé de diviser un texte en paragraphes lorsque chaque paragraphe se compose d'un seul alinéa et que cette division ne permet pas de clarifier la présentation de l'article ainsi scindé. Mieux vaudrait, dès lors, renoncer à diviser l'article 5 en paragraphes.

Les articles 8 et 9 appellent une observation identique.

Article 6

1. L'article 6 du projet pourvoit à la transposition de l'article 3, paragraphe 3, de la directive, et reproduit la liste des exceptions qui figure en annexe de celle-ci. Il serait plus simple et plus clair de reprendre les termes utilisés dans la directive, en respectant l'ordre de présentation établi dans l'annexe qui l'accompagne.

La précision que contient l'article 6, alinéa 3, 1°, du projet ("en matière contractuelle, si les parties conviennent d'y déroger"), n'est d'ailleurs pas conforme à l'exception prévue au cinquième tiret de l'annexe ("la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat").

⁽¹⁴⁾ Voir à cet égard, notamment : B.J. DRIJBER, "De richtlijn elektronische handel op de snijtafel", S.E.W., 2001, (122), 133-135.

2. Il est suggéré d'ajouter un point 6° à l'alinéa 3 de l'article 6, qui serait rédigé comme suit :

"6° en ce qui concerne l'émission de monnaie électronique par les établissements auxquels les Etats membres ont appliqué une des dérogations prévues à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements".

On constate en effet un certain flottement terminologique en ce qui concerne l'expression "monnaie électronique". Maints auteurs y ont recours alors qu'ils visent en fait la monnaie scripturale (avoirs disponibles sur un compte bancaire) gérée et transférée grâce à des impulsions électroniques. Or, cette expression est employée dans un sens plus strict dans la directive 2000/46/CE. L'article premier, paragraphe 3b, de cette directive définit la "monnaie électronique" comme suit : "une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est (i) stockée sur un support électronique, (ii) émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise, (iii) acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur". Le considérant 3 du préambule de la directive précitée précise que la monnaie électronique peut être considérée "comme un substitut électronique des pièces et billets de banque qui est stocké sur un support électronique tel qu'une carte à puce ou une mémoire d'ordinateur et qui est généralement destiné à effectuer des paiements électroniques de montants limités".

C'est dans ce dernier sens restreint, et en conformité avec la directive 2000/46/CE précitée, que les termes "monnaie électronique" sont employés dans la proposition de texte relative à l'insertion d'un point 6°. Pour éviter que la disposition dérogatoire prévue à l'article 3, alinéa 2, du texte en projet ne soit considérée comme également applicable à la "monnaie électronique" au sens large, à savoir à la monnaie scripturale gérée et transférée électroniquement, il convient de reproduire expressément, dans la disposition présentement examinée, le texte du deuxième tiret de l'annexe de la directive, dont le texte en projet tend à pourvoir à la transposition. Tel est l'objet de la proposition de texte relative à l'insertion d'un point 6°.

Article 7

1. Quant à la possibilité de prévoir des dérogations spécifiques au principe de libre prestation de services (voir également l'article 3, paragraphe 4, de la directive ⁽¹⁵⁾), la question est de savoir si elle peut se concilier avec l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), qui consacre le droit à la liberté d'expression et comprend notamment la liberté de recevoir ou communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence des autorités publiques et sans considération de frontière ⁽¹⁶⁾. L'article 10, paragraphe 2, de la CEDH prévoit que l'exercice des libertés visées au paragraphe 1 "peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent 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 et l'impartialité du pouvoir judiciaire".

C'est la raison pour laquelle le projet devrait déterminer dans quels cas et à quelles conditions une limitation de la liberté d'expression est susceptible de se justifier ici au regard de l'article 10 de la CEDH.

⁽¹⁵⁾ Selon le considérant 9, la directive n'entend pas porter atteinte aux règles et principes fondamentaux nationaux en matière de liberté d'expression.

⁽¹⁶⁾ Il va sans dire que les informations à caractère commercial sont soumises à l'application de l'article 10, paragraphe 1, de la CEDH (Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Markt Intern Verlag du 20 novembre 1989, Publ. Cour eur. D.H., Série A, n° 165; voir également : Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Autronic du 22 mai 1990, Publ. Cour eur. D.H., Série A, n° 178, ainsi que Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Casado Coca du 24 février 1994, Publ. Cour eur. D.H., Série A, n° 285).

2. Contrairement à la directive, qui emploie les termes "procédure préliminaire"⁽¹⁷⁾ et "enquête pénale" (article 3, paragraphe 4, b)), mieux vaudrait, dans le contexte belge, avoir recours respectivement aux termes "information" et "instruction judiciaire".

3. A l'article 7, § 3, alinéa 2, du projet, on remplacera les mots "du gouvernement belge" par les mots "de l'Etat belge".

Article 8

1. L'emploi des termes "Sans préjudice des autres exigences légales (en matière d'information)" (§§ 1^{er} et 2) renvoie à un acquis de droit interne, alors que les articles 6, paragraphe 1, et 7 de la directive se réfèrent à l'acquis communautaire. Les dispositions de la directive ("Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire") tendent à préciser que, lorsqu'ils transposent ces dispositions, les Etats membres ne peuvent méconnaître les autres exigences que le droit communautaire prescrit en matière d'information. Néanmoins, cela ne signifie pas que, sur le plan du droit interne, ces dispositions ne puissent affecter d'autres prescriptions légales en matière d'information, puisque celles-ci peuvent également se rapporter à d'autres "exigences en matière d'information" que celles prévues par la directive. Il est recommandé qu'au lieu de prévoir une disposition générale sauvegardant les exigences légales existantes en matière d'information, les auteurs du projet vérifient, pour chaque exigence en projet, si elle ne porte pas atteinte quant au fond aux "autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire".

La même observation s'applique aux articles 9, § 1^{er}, et 14, phrase introductive, du projet.

⁽¹⁷⁾ En Belgique, le terme "procédure préliminaire" est davantage employé par opposition au terme "instruction à l'audience".

2. Au § 1^{er}, 6°, a), du texte soumis à l'avis du Conseil d'Etat, section de législation, on écrira : "l'association professionnelle ou l'organisation professionnelle auprès de laquelle".

3. L'article 8, § 1^{er}, 6°, b), du projet étend les informations qui doivent être disponibles à "l'Etat dans lequel (le titre professionnel) a été octroyé (alors qu'il est question de "l'Etat membre dans lequel il a été octroyé" dans la directive). Cette disposition ne soulève pas d'objection, sur le plan juridique en tout cas, mais la question est de savoir si elle répond effectivement à l'objectif poursuivi.

Article 9

1. Il y a une discordance entre les versions française et néerlandaise de l'article 9, § 1^{er}, phrase introductive : il résulte du texte français que le terme "par voie électronique" se rapporte à "une commande", alors que le texte néerlandais donne à tort à penser que le prestataire de services doit communiquer les informations par voie électronique.

On alignera dès lors le texte néerlandais sur le texte français.

2. On aperçoit mal pour quelle raison l'article 9, § 1^{er}, du projet, ne respecte pas l'ordre suivi à l'article 10, paragraphe 1, de la directive en ce qui concerne les différentes catégories d'informations à fournir.

3. Bien que le texte reproduise littéralement les termes de la disposition correspondante de la directive, il est suggéré, dans un souci de clarté et de meilleure concordance avec le texte français, d'écrire dans le texte néerlandais de l'article 9, § 2 : "De contractuele bepalingen en de algemene voorwaarden ...".

4. La question est de savoir s'il n'y aurait pas également lieu, dans un souci de clarté, de transférer à l'article 9 les dispositions prévues à l'article 10, paragraphe 2, de la directive, qui figurent actuellement à l'article 8, § 1^{er}, 8°, du projet.

Article 11

La disposition inscrite à l'article 11, 2°, du projet est une addition par rapport à la directive. Bien que l'article 11, paragraphe 1, de la directive ne se présente pas comme une disposition minimale, l'article 3, paragraphe 1, de la directive ne s'oppose pas à ce que le domaine coordonné soit complété par des ajouts, bien qu'il faille reconnaître qu'un tel procédé désavantagerait les prestataires de services établis en Belgique.

Article 12

1. L'article 12, alinéa 3, du projet ne transpose pas correctement la directive.

Il résulte de l'article 11, paragraphe 3, de la directive que les autres dispositions de cet article, hormis celles énoncées au paragraphe 1, deuxième tiret, et au paragraphe 2, ne s'appliquent pas aux contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles comparables.

Selon l'article 12, alinéa 3, les dispositions de l'article 11 du projet, qui définissent les principes à observer, ne s'appliquent pas "aux contrats conclus exclusivement au moyen de communications électroniques individuelles autres que le courrier électronique" ⁽¹⁸⁾ (comparer avec l'article 12, alinéa 2, du projet).

On supprimera dès lors les termes "autres que le courrier électronique".

⁽¹⁸⁾

Ce choix n'est nullement justifié dans l'exposé des motifs.

Selon la directive, l'article 11, 3°, du projet, doit par ailleurs s'appliquer également aux contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles comparables. On écrira dès lors à l'article 12, alinéa 3, du projet : "L'article 11, 1°, ne s'applique pas ...".

2. Dans le texte néerlandais de l'alinéa 1^{er}, mieux vaudrait écrire : "..., kunnen bij middel van overeenkomst afwijken van ...".

Article 13

Selon l'article 13, en projet, c'est au prestataire de services qu'incombe la charge de la preuve du respect des exigences prévues aux articles 8 à 11 du projet à l'égard des consommateurs. L'exposé des motifs ajoute encore que ce régime de preuve "est assez souple, étant donné qu'il n'est pas spécifiquement exigé un écrit. Le prestataire pourra donc recourir à des présomptions et à des témoignages".

Si l'intention est effectivement d'adopter un tel régime assoupli, il convient de le faire dans le texte même du projet, s'agissant d'une dérogation à l'article 1341 du Code civil, qui prescrit la passation d'un acte lorsque la somme ou la valeur excède 375 euros. Dans ce cas, la dérogation à la règle doit pouvoir se justifier au regard du principe d'égalité consacré par la Constitution ⁽¹⁹⁾.

Article 14

1. La référence que fait l'article 14, 1°, du projet, à l'article 23, 5°, alinéa 1^{er}, de la loi sur les pratiques du commerce est susceptible de prêter à confusion, s'agissant d'une disposition prohibitive (elle interdit toute publicité "qui, étant donné son effet global, y compris sa présentation, ne peut être nettement distinguée comme telle, et qui ne comporte pas la mention «publicité» de manière lisible, apparente et non équivoque"). Par contre, la disposition en projet est formulée sur un mode positif. Si cette référence à la

⁽¹⁹⁾

L'exposé des motifs ne comporte pas la moindre justification à cet égard.

disposition précitée de la loi sur les pratiques du commerce vise à ajouter un ou plusieurs éléments à la définition positive, il y a lieu de les ajouter dans la disposition en projet, de manière à permettre la suppression de la référence quelque peu obscure à la loi sur les pratiques du commerce.

2. L'exposé des motifs signale également que l'article 32 du projet abroge l'article 23, 5°, alinéa 2, de la loi sur les pratiques du commerce. Or, le projet ne comporte aucune disposition de ce genre.

Article 15

Mieux vaudrait écrire à la fin de l'article 15, § 1^{er}, alinéa 2, du projet : "... selon lesquelles le consentement visé à l'alinéa 1^{er} peut être obtenu et enregistré".

Article 16

La disposition prévue à la fin de l'article 16 ("Le respect de ces règles professionnelles est assuré par l'ordre professionnel compétent") devrait être supprimée. La compétence des différents ordres professionnels est en effet régie par d'autres textes législatifs, ce qui signifie que les ordres en question veillent d'ores et déjà au respect des règles professionnelles.

Article 17

1. L'article 17 du projet a pour objet de transposer l'article 9, paragraphe 1, de la directive, aux termes duquel les Etats membres doivent veiller à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique, et leur impose ainsi une obligation de résultat.

Ce résultat peut être atteint, soit en intégrant dans le projet une disposition dite transversale, qui énonce le principe et abroge implicitement toutes les dispositions de l'ordre juridique belge avec lesquelles cette obligation est incompatible, soit en abrogeant explicitement toutes les dispositions qui entravent son respect. Cette dernière possibilité suppose de réaliser un double contrôle, à savoir :

- un contrôle quantitatif systématique, visant à s'assurer que toutes les dispositions qui entravent la conclusion de contrats par voie électronique font l'objet des adaptations voulues, et
- un contrôle qualitatif, visant en outre à identifier toutes les dispositions qui empêchent directement ou indirectement les accords conclus par voie électronique de bénéficier du même statut que les accords conclus par la voie classique.

Les auteurs du projet présentement examiné ont choisi de combiner une disposition transversale (article 17, §§ 1^{er} et 2) - dont l'objet consiste, selon l'exposé des motifs, à "remédier à tout obstacle juridique, direct ou indirect, à l'automatisation complète du processus contractuel" - et une délégation au Roi (article 17, § 3) visant à apporter les modifications qui s'imposent dans les textes législatifs concernés et à soumettre celles-ci à l'approbation de la Chambre des représentants.

Cette solution présente, d'une part, l'avantage de permettre la transposition directe de la directive en droit national mais, d'autre part, l'inconvénient lié au fait qu'il s'agit de modifications implicites, ce qui est préjudiciable à la sécurité juridique. Le Roi devrait néanmoins remédier à cette lacune à relativement brève échéance en modifiant également de manière explicite les dispositions législatives pertinentes.

Il n'est donc pas indispensable de confirmer les modifications législatives explicites adoptées par voie d'arrêté. Le régime en projet n'habilite en effet pas le Roi à modifier le droit sur le fond - cette modification étant opérée par la disposition transversale -, mais uniquement à mettre le droit formel en conformité avec le droit matériel. Il appartient dès lors aux auteurs du projet d'apprécier s'il se justifie de prévoir une procédure de confirmation.

2. Malgré la terminologie utilisée dans le texte néerlandais de l'article 9, paragraphe 1, de la directive ("het sluiten van contracten", "de totstandkoming van contracten") ⁽²⁰⁾, celui-ci semble porter sur toutes les étapes du processus contractuel (publicité, offre, négociation, engagements précontractuels, conclusion du contrat, enregistrement, modification, résiliation, ...) ⁽²¹⁾. Il conviendrait de l'indiquer plus clairement dans le texte néerlandais de l'article 17, § 1^{er}, du projet.

De façon plus générale, la portée de l'article 17, § 1^{er}, telle qu'elle est présentée dans l'exposé des motifs ⁽²²⁾, devrait être formulée plus clairement dans le texte proprement dit. La formulation actuelle de cette disposition est relativement obscure.

3. La délégation au Roi prévue à l'article 17, § 3, du projet est trop étendue. Strictement parlant, elle implique le pouvoir de modifier sans limite "toute disposition législative ou réglementaire qui constituerait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique". Il s'impose de rédiger cette disposition conformément à la portée qu'on entend lui donner, telle qu'elle est présentée dans l'exposé des motifs, de sorte qu'un lien soit clairement établi avec la disposition modificative figurant au paragraphe 1^{er}. De ce fait, la délégation se limite à l'adaptation de la législation consécutivement aux modifications (implicites) résultant de la disposition transversale précitée, elle concerne une compétence liée et il ne s'agit pas d'une disposition prise en vertu de l'article 105 de la Constitution, qui accorderait des pouvoirs spéciaux au Roi pour une période de trente-trois mois maximum.

⁽²⁰⁾ Comparer avec la terminologie plus large utilisée dans le texte français de la directive où il est notamment question du "processus contractuel".

⁽²¹⁾ Cf. considérant 34.

⁽²²⁾ La disposition figurant à l'article 17, § 1^{er}, se base sur la théorie dite des équivalents fonctionnels, qui repose sur "une analyse des fonctions essentielles des exigences de forme traditionnelles en vue de reconnaître aux contrats conclus par voie électronique qui assurent le respect de ces fonctions, une même valeur juridique que celle reconnue aux contrats conclus sur support papier".

4. Les dispositions confirmant les modifications que le Roi a arrêtées sont conçues de telle manière qu'à partir de l'entrée en vigueur de la loi, Il dispose de dix-huit mois pour arrêter les dispositions modificatives et de vingt-quatre mois pour déposer à la Chambre des représentants un projet de loi visant à confirmer les modifications législatives. A son tour, la Chambre dispose de neuf mois après le dépôt du projet de loi pour confirmer les modifications.

Selon le régime en projet, les modifications qui ne sont pas confirmées dans les neuf mois sont "sans effet". On semble ainsi suggérer que les modifications arrêtées par le Roi ne peuvent sortir leurs effets qu'après avoir été confirmées par une loi. Sans doute le texte traduirait-il mieux l'intention des auteurs du projet s'il était adapté en ce sens que les modifications arrêtées par le Roi produisent déjà leurs effets à partir de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal en question, mais cessent de produire leurs effets si elles ne sont pas confirmées dans le délai imparti.

Il est nécessaire, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que chacun puisse vérifier à quel moment pareil arrêté royal modificatif, qui ne serait pas confirmé par la loi, cesse de produire ses effets. Le problème est que le moment du "dépôt du projet de loi à la Chambre des représentants", qui peut avoir des conséquences pour la force obligatoire des arrêtés pris par le Roi, ne peut se déterminer par la consultation du Moniteur belge, dans lequel les textes légaux doivent être publiés ⁽²³⁾. Ce problème pourrait être résolu en inscrivant dans le projet l'obligation de publier au Moniteur belge la date de dépôt d'un tel projet de loi.

5. Au § 3, alinéa 2, on supprimera les mots "adoptées durant l'année qui précède en vertu de l'alinéa 1^{er}" dès lors qu'ils sont sans signification.

(23)

Depuis un certain temps, les documents parlementaires de la Chambre des représentants mentionnent la date de dépôt. Cette date pourrait ainsi se déterminer par la consultation du document parlementaire en question.

Article 18

L'article 18 du projet confère au Roi un pouvoir excédant le cadre strict de la directive et de l'article 17, § 3, du projet. Ainsi, le Roi pourrait modifier la loi - par exemple en supprimant la condition de passer un acte authentique pour la cession de biens immobiliers - même si cette modification doit être confirmée dans les délais par la loi pour continuer à produire ses effets. Le Conseil d'Etat, section de législation, n'aperçoit pas quelles circonstances particulières justifieraient d'accorder au Roi une liberté d'action à ce point large. Cette compétence doit dès lors être exercée par le législateur lui-même.

Article 19

Dans un souci de lisibilité du projet, il serait bon que les trois conditions dans lesquelles le prestataire de services n'est pas responsable des informations transmises soient reproduites sous forme d'énumération conformément à l'article 12, paragraphe 1, de la directive.

Article 20

1. Dans la phrase introductive de l'article 20 du projet, il serait préférable, par souci de précision, d'écrire : "... à la demande d'autres destinataires du service, pour autant que chacune des conditions suivantes soit remplie : ...". Dans l'hypothèse où cette suggestion serait accueillie, il y aurait lieu de supprimer le mot "et" à la fin du 4°.

2. Au 4° du texte néerlandais, on remplacera les mots "de benutting" par "het gebruik" conformément au texte de la directive.

3. En comparant l'article 13, paragraphe 1, e), de la directive, à l'article 20, 5°, du projet, il apparaît que, dans la directive, il est question "du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible", alors que le projet fait seulement mention d'une "autorité judiciaire". Cette distinction n'est pas commentée dans le mémoire.

Article 21

A l'article 21, § 1^{er}, 2°, on écrira "... conformément à la procédure visée au § 3".

Article 22

1. L'alinéa 1^{er} de l'article 22, § 1^{er}, peut être supprimé. En effet, il n'en résulte aucun droit ou obligation, si bien qu'il s'agit d'une disposition sans effet juridique. On comparera avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive, où cette disposition a effectivement un sens, à savoir formuler une interdiction à l'adresse des Etats membres.

Compte tenu de ce qui précède, on peut également supprimer l'alinéa 2 de cette disposition ⁽²⁴⁾. En effet, il est également sans utilité de procurer un fondement légal à l'intervention d'organes judiciaires en pareil cas, étant donné que ce fondement résulte déjà de la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique ⁽²⁵⁾.

2. Au paragraphe 2 du texte tel qu'il est soumis pour avis, on écrira : "Les prestataires ont l'obligation ..." Le terme "prestataires" n'est pas utilisé dans un sens particulier au paragraphe 1^{er}, mais dans le sens général visé à l'article 2, 2°, du projet.

⁽²⁴⁾ Cet alinéa est basé sur le considérant 47 de la directive.

⁽²⁵⁾ Voir notamment les articles 39bis et 88quater du Code d'instruction criminelle.

Article 23

L'article 23 du projet entend transposer les articles 12, paragraphe 3, 13, paragraphe 2, et 14, paragraphe 3, de la directive. Ces dispositions ne doivent cependant pas être transposées en droit interne; elles servent à délimiter la marge de manoeuvre dont disposent les Etats membres lors de la transposition. Il est en outre sans utilité de confirmer que les articles 19, 20 et 21 du projet n'affectent pas les possibilités légales existantes.

Article 24

Les dispositions figurant à l'article 24 s'inspirent des articles 95, 97, alinéa 2, 98, 99 et 100 de la loi sur les pratiques du commerce. Toutefois, le texte néerlandais du projet ne se conforme pas toujours à la terminologie utilisée dans ces dispositions, sans que l'on puisse apercevoir les motifs pour lesquels il s'écarte des termes utilisés dans la loi sur les pratiques du commerce. Il y aura lieu de reformuler le texte de l'article à la lumière de cette constatation. Une autre possibilité consisterait à ce que le projet fasse référence aux règles figurant dans la loi sur les pratiques du commerce au lieu de reproduire ces mêmes règles formulées autrement.

L'article 25 du projet, qui s'inspire de l'article 101 de la loi sur les pratiques du commerce, appelle la même observation.

Article 25

Contrairement à ce qui est prévu dans certaines lois particulières, l'article 25 ne prévoit pas de sanction pour le cas où la copie du procès-verbal qui y est visé ne serait pas notifiée au contrevenant dans les trois semaines ou ne lui serait pas remise dans ce délai.

Le dépassement de ce délai n'entraîne donc pas la nullité du procès-verbal mais uniquement la perte de sa valeur probante particulière, de sorte que le procès-verbal ne vaudra plus qu'en tant que simple renseignement et que le juge sera par conséquent libre de décider de sa valeur probante ⁽²⁶⁾.

Il appartient aux auteurs du projet de juger s'il convient ou non de prévoir une sanction spécifique pour le dépassement du délai indiqué.

Article 26

1. Il est évident que les supérieurs hiérarchiques des fonctionnaires chargés de la recherche désignés dans les lois particulières ne peuvent porter atteinte à la surveillance exercée sur ces fonctionnaires par le procureur général ou, à l'avenir, également par le procureur fédéral sur le plan de la recherche et de la constatation des délits. Une ingérence de fonctionnaires dans l'exercice de cette surveillance est en effet incompatible avec l'indépendance du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, garantie par l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution ⁽²⁷⁾.

Etant donné que le segment de phrase "sans préjudice de leur subordination à l'égard de leurs supérieurs dans l'administration" de l'article 26, alinéa 3, pourrait prêter à confusion quant aux principes qui viennent d'être rappelés, il est préférable de supprimer ce segment. En outre, cette disposition devrait prévoir que la surveillance exercée par le procureur général ou le procureur fédéral concerne les

⁽²⁶⁾ A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht ?", in Liber Amicorum Paul De Vroede, Anvers, 1994, 501; A. DE NAUW, Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise, Gand, 1994, 78; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", R.W., 1980-81, 1374.

⁽²⁷⁾ Voir à ce sujet Cour d'arbitrage, n° 40/2000, 6 avril 2000, B.24.1 et Cour d'arbitrage, n° 16/2001, 14 février 2001, B.23.1.

tâches de recherche et de constatation des délits visés dans le projet et non les compétences sur le plan de la police administrative.

2. A l'article 26, alinéa 1^{er}, du projet, il serait préférable d'écrire : "Sans préjudice des attributions des officiers de police judiciaire, ...".

3. Seul l'article 28 du projet sanctionne certaines infractions. La compétence des agents qui seront désignés par le ministre pour rechercher et constater ces infractions ne peut dès lors être étendue à toutes les "infractions aux dispositions de la présente loi"⁽²⁸⁾, ce qui impliquerait en effet une compétence de recherche à l'égard d'actes non érigés en infraction.

Dans l'hypothèse où il s'agirait toutefois d'organiser un contrôle préventif purement administratif de l'application de la loi et de ses arrêtés d'exécution, il est recommandé de distinguer nettement ces deux matières pour éviter toute confusion entre le contrôle administratif et la recherche des infractions à la loi pénale.

4. En vertu de l'article 26, alinéa 1^{er}, du projet, les procès-verbaux dressés par les agents désignés par le ministre font foi jusqu'à preuve du contraire.

Cette règle constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement et partant, comme la Cour d'arbitrage l'a souligné, au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé, de sorte que la différence de traitement qui en résulte doit être

(28)

Il n'est pas précisé ce qu'il convient d'entendre par "dispositions de la présente loi", si bien qu'elles sont censées faire référence à toutes les dispositions du projet.

raisonnablement justifiée et ne peut restreindre les droits du prévenu d'une manière disproportionnée ⁽²⁹⁾.

Il est recommandé de justifier dans l'exposé des motifs l'attribution d'une valeur probante particulière aux procès-verbaux visés.

5. En vertu de l'article 26, alinéa 4, le procès-verbal n'est transmis au procureur du Roi que lorsqu'il n'a pas été donné suite à l'avertissement dans le cadre de la procédure d'avertissement visée à l'article 25 du projet ou lorsque le contrevenant n'a pas accepté la proposition de transaction dans le cadre du règlement prévu à l'article 27 du projet.

Cette disposition déroge à l'article 29, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, selon lequel "toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit, sera tenu d'en donner avis sur-le-champ au procureur du Roi près le tribunal dans le ressort duquel ce crime ou délit aura été commis ou dans lequel l'inculpé pourrait être trouvé, et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs".

Il est recommandé d'indiquer dans l'exposé des motifs ce qui justifie cette dérogation.

(29)

Cour d'arbitrage, n° 40/2000, 6 avril 2000, B.14.1 et Cour d'arbitrage, n° 16/2001, 14 février 2001, B.12.1.

6. La concordance entre les textes français et néerlandais de l'alinéa 2 de l'article 26 laisse à désirer, "les pouvoirs d'investigation et de réquisition" étant traduit par "de rechten van onderzoek en vordering".

Article 27

1. L'article 27 dispose que les agents désignés par le ministre compétent peuvent, au vu des procès-verbaux constatant une infraction aux dispositions énumérées à l'article 28 du projet, proposer aux contrevenants le paiement d'une somme qui éteint l'action publique.

Alors que la procédure d'avertissement, visée à l'article 25, n'affecte en rien l'exercice éventuel de l'action publique, les fonctionnaires compétents ont le pouvoir de statuer sur l'action publique étant donné que l'acceptation par le contrevenant du règlement transactionnel éteint l'action publique.

Ainsi, le ministère public se voit "couper la route"⁽³⁰⁾, dès lors qu'il est privé de son pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer l'action publique, lequel est conféré à des fonctionnaires sans aucune forme de contrôle du ministère public⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ J. MATTHYS, "Een dwingende noodzaak : het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", R.W., 1975-76, 340; voir aussi R. DECLERCQ, *Beginnelen van strafrechtspleging*, Anvers, 1999 p. 66, n° 130 et J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépenalisation", R.D.P., 1978, 833-837.

⁽³¹⁾ H. BOSLY, "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", R.D.P., 1983, 47.

Le Conseil d'Etat, section de législation, est conscient de ce que, dans le passé, le législateur a déjà introduit des dispositions de portée identique. Il estime néanmoins devoir rappeler que ces dispositions ne sont guère conciliables avec les principes généraux qui régissent l'intervention du ministère public ⁽³²⁾.

Dans son avis 11.461/1, la section de législation a déjà souligné que, contrairement aux magistrats du ministère public, les fonctionnaires ne peuvent pas être considérés comme étant indépendants de l'autorité hiérarchique du ministre ⁽³³⁾.

Dans les avis 20.445/8, 23.564/8 et 24.896/8, la section de législation a notamment formulé l'observation suivante :

"Ainsi que le Conseil d'Etat l'a laissé entendre dans son avis 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. Dans des avis antérieurs, entre autres les avis 13.883/1 et 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

(32)

Voir, en ce sens, l'avis 11.461/1 du 5 juillet 1971 sur un avant-projet de loi "modifiant l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 concernant la répression des infractions à la réglementation relative à l'approvisionnement du pays", Doc. parl., Sénat 1970-71, n° 682/1; l'avis 13.883/1 du 11 mars 1981 sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments", Doc. parl., Chambre, 1980-81, n° 884/1; l'avis 13.934/1 du 1er avril 1981 sur un avant-projet de loi "portant modification 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", Doc. parl., Chambre, 1980-81, n° 923/1; l'avis 20.445/8 du 12 mars 1991 sur un avant-projet de loi "sur l'exercice des activités ambulantes", Doc. parl., Sénat, 1990-91, 1417-1; l'avis 24.896/8 du 21 mai 1996 sur un avant-projet de loi "portant des dispositions diverses relatives à l'expertise vétérinaire", Doc. parl., Chambre, 1996-97, n° 782/1; l'avis 25.487/8 du 4 mars 1997 sur un avant-projet de loi "relative à la création d'un Fonds budgétaire pour la santé et la production des animaux et des produits animaux", Doc. parl., Chambre, 1996-97, n° 1181/1. Voir également, en ce qui concerne l'introduction de limitations au droit d'action du ministère public : Cour d'arbitrage, n° 40/90, 21 décembre 1990, 5.B.4.

(33)

Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, o.c., 53 et 55.

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" ⁽³⁴⁾.

Ces observations s'imposent d'autant plus si l'on tient compte de l'article 151, § 1^{er}, deuxième phrase, de la Constitution, remplacé par la disposition constitutionnelle du 20 novembre 1998, en vertu de laquelle le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles.

Eu égard aux objections qui viennent d'être exposées, il est suggéré d'instaurer un système permettant aux fonctionnaires compétents de proposer une transaction, mais uniquement après que le ministère public a eu la possibilité de décider, dans un délai déterminé, qu'il n'y a pas lieu, compte tenu de la gravité du délit ou des circonstances dans lesquelles il a été commis, de poursuivre l'intéressé pénalement ⁽³⁵⁾.

2. Sous réserve des explications fournies au point 1, il faut en outre formuler les observations suivantes à propos du système envisagé.

2.1. Par ailleurs, la comparaison avec le régime de droit commun de la transaction révèle un certain nombre d'autres différences ou de lacunes.

⁽³⁴⁾ Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, o.c., 53 et 55.

⁽³⁵⁾ Comparer avec le système qui s'applique, en droit pénal social, en ce qui concerne les amendes administratives (articles 5 et 7 de la loi du 30 juin 1971 concernant les amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales). Si le choix se porte sur un système de transaction, il faudra à nouveau soumettre l'affaire au ministère public lorsque la transaction n'est pas acceptée.

Il appartient aux auteurs du projet de vérifier si le régime envisagé en ce qui concerne la transaction ne doit pas s'inspirer davantage du régime de droit commun en cette matière, soit pour éliminer d'éventuelles différences de traitement non justifiées, soit pour pouvoir appliquer le régime en projet avec une plus grande efficacité.

2.2. La fixation du tarif de la transaction constitue un élément essentiel du système, en sorte qu'on ne peut simplement la laisser à l'appréciation du Roi. Le projet devrait, à tout le moins, indiquer les montants maximum et minimum de la somme à payer.

2.3. Sous réserve de l'observation formulée au point 1, il faut relever qu'il n'est pas impossible que des faits donnant lieu à une proposition de transaction au sens de l'article 27, aient déjà été portés à la connaissance du ministère public - dès lors, par exemple, qu'une plainte aurait été déposée -, ou même que le juge d'instruction ait été requis d'instruire ou que le tribunal compétent ait déjà été saisi de l'affaire ⁽³⁶⁾.

Si les auteurs du projet estiment devoir maintenir le système de transaction sans pouvoir de décision préalable du ministère public qu'instaure l'article 27, il faut en tout cas prévoir des règles permettant d'éviter le cumul des procédures judiciaire et administrative. On pourrait ainsi édicter une règle analogue à celle qui est énoncée, notamment, à l'article 84, alinéa 4, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, qui porte :

"Le paiement effectué dans le délai indiqué éteint l'action publique sauf si auparavant, une plainte a été adressée au procureur du Roi, le juge d'instruction a été requis d'instruire ou le tribunal a été saisi du fait. Dans ces cas, les sommes payées sont restituées au contrevenant".

(36)

A. DE NAUW observe, à ce propos, que dans ces deux derniers cas, l'action publique a déjà été engagée et que, par conséquent, elle ne peut plus guère s'éteindre (A. DE NAUW, "Naar een economisch straprocesrecht ?" dans *Liber Amicorum P. De Vroede*, Anvers, 1994, 509).

2.4. Afin de permettre à l'intéressé de décider librement s'il accepte ou non la proposition de transaction, il doit être mis à même de consulter, le cas échéant, le dossier relatif à l'infraction qui lui est imputée ⁽³⁷⁾.

En effet, le système de la transaction ne se concilie avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que si l'intéressé renonce en toute liberté à ce que l'affaire soit examinée par un tribunal, ce qui implique que l'acceptation de la transaction s'opère en connaissance de cause ⁽³⁸⁾.

Article 30

L'article 30 du projet, qui limite le champ d'application des articles 25 à 27, serait mieux à sa place à la suite de l'article 27.

Article 32

L'article 32 du projet complète l'article 589 du Code judiciaire par un 9°, alors qu'au moment où le présent avis est donné, cet article ne comporte pas de 7° ni de 8°. Pour l'heure, deux projets complétant l'énumération des compétences figurant à l'article 589 sont encore soumis au Conseil d'Etat ⁽³⁹⁾. Il faudra dès lors être attentif à ce point afin d'éviter une double numérotation.

⁽³⁷⁾ A. DE NAUW, o.c., 95.

⁽³⁸⁾ Ibid.

⁽³⁹⁾ Il s'agit d'un avant-projet de loi sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel relatifs aux services de la société de l'information (32.987/1) et d'un avant-projet de loi relative à l'action en cessation des infractions à la loi du ... concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (32.971/2).

L'article 589 du Code judiciaire traite des attributions du président du tribunal de commerce. L'article 24, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, étend la compétence de ce dernier. En revanche, la disposition en projet fait référence à l'"article 24, § 1^{er}, alinéa 1^{er}" du projet, lequel confère un pouvoir au président du tribunal de première instance. Il s'impose dès lors que la disposition en projet fasse référence à l'article 24, § 1^{er}, alinéa 2, et non à son alinéa 1^{er}.

Signature

Dans le texte néerlandais, on écrira "Van Koningswege" au lieu de "Van Koningswegen".

De kamer was samengesteld uit

La chambre était composée de

de Heren M. VAN DAMME,
Messieurs

kamervoorzitter,
président de chambre,

J. BAERT,
J. SMETS,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

G. SCHRANS,
A. SPRUYT,

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

Mevrouw A. BECKERS,
Madame

griffier,
greffier.

De H. P. VAN EECKE, advocaat, is met toepassing van artikel 82 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State ter raadpleging opgeroepen.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. L. VAN CALENBERGH, adjunct-referendaris.

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

M. P. VAN EECKE, avocat, a été appelé en consultation en application de l'article 82 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. L. VAN CALENBERGH, référendaire adjoint.

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

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME