KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 32.987/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 5 februari 2002 door de Minister van Economie verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van wet "op de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijk toegang met betrekking tot diensten van de informatiemaatschappij", heeft op 14 maart 2002 het volgende advies gegeven :

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 32.987/1

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de l'Economie, le 5 février 2002, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi "concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel relatifs aux services de la société de l'information", a donné le 14 mars 2002 l'avis suivant :

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet beoogt de omzetting in de Belgische rechtsorde van richtlijn 98/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 november 1998 betreffende de rechtsbescherming van diensten gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijke toegang (hierna ook : "de richtlijn"), wat de aangelegenheden betreft waarvoor de federale wetgever bevoegd is [(1)].

Het ontwerp bevat bepalingen waarbij bepaalde activiteiten worden verboden (artikel 3 van het ontwerp). Om te kunnen toezien op de naleving van die verbodsbepalingen, wordt voorzien in een aantal sanctiemogelijkheden (vordering tot staking : artikelen 4 en 5; strafbepalingen : artikel 6), wordt een waarschuwingsprocedure georganiseerd (artikel 7) en worden de opsporing en de vaststelling van inbreuken geregeld (artikelen 8 en 9).

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Waar in de richtlijn de televisie- en de radio-omroep ook als "beschermde dienst" worden beschouwd (zie artikel 2, a), van de richtlijn), kan het voorliggende ontwerp hierop, behoudens wat het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad betreft [(2)], geen betrekking hebben gezien de principiële bevoegdheid van de gemeenschappen voor de radio-omroep en de televisie (artikel 4, 6˚, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen).

In tegenstelling tot wat uit de samenvatting in de memorie van toelichting zou kunnen worden afgeleid, beogen de stellers van het ontwerp echter niet de richtlijn voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad om te zetten, aangezien de televisie- en

---

(1) Doch met uitzondering wat de federale bevoegdheid voor de aangelegenheid radio-omroep en televisie in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad betreft (zie in dat verband de eerste algemene opmerking).

(2) De federale overheid is bevoegd gebleven voor de bicommunautaire culturele instellingen, zoals de kabeldistributienetten in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad (thans geregeld door de wet van 30 maart 1995 betreffende de netten voor distributie voor omroepuitzendingen en de uitoefening van omroepactiviteiten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad).

.../...

radio-omroepen niet opgenomen zijn in de definitie van "beschermde dienst" (vergelijk artikel 2, 1°, van het ontwerp met de definitie van "beschermde dienst" in artikel 2, a), van de richtlijn). Die omzetting is evenmin gebeurd door de wet van 8 juli 2001 tot wijziging van de wet van 30 maart 1995 betreffende de netten voor distributie voor omroep-uitzendingen en de uitoefening van televisieomroepactiviteiten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad. Voor wat het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad betreft zal dus alsnog in de omzetting van de richtlijn moeten worden voorzien [(3)].

In het licht van het voorgaande wekt artikel 1, tweede lid, van het ontwerp ten onrechte de indruk dat de richtlijn volledig wordt omgezet. In die bepaling zou tot uiting moeten worden gebracht dat het ontwerp de richtlijn omzet wat de diensten van de informatiemaatschappij betreft, met uitsluiting van de televisieomroep en de radio-omroep.

2. De artikelen 4, 5 en ten dele ook 6 van het ontwerp regelen de organisatie van rechtbanken, 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.

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.

3. Het verdient in het algemeen aanbeveling de in een richtlijn gebruikte terminologie over te nemen in het nationale recht, 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

---

(3) Luidens artikel 6 van de richtlijn diende de omzetting uiterlijk op 28 mei 2000 verwezenlijkt te zijn.

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.

Zo wordt in het ontwerp het begrip "reclame" gebruikt en gedefinieerd (zie artikel 2, 5°, van het ontwerp), terwijl in de richtlijn sprake is van "commerciële communicatie" (zie artikel 4, c), van de richtlijn), zonder dat deze notie wordt gedefinieerd. Indien "commerciële communicatie" dient te worden begrepen in de zin zoals het begrip wordt gedefinieerd in andere richtlijnen (zie bijvoorbeeld 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), dan dekken beide begrippen 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 richtlijn 2000/31/EG 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 gereglementeerd beroep uitoefent".

Naargelang van de bedoeling van de stellers van het ontwerp kan de term "reclame" behouden blijven of wordt integendeel beter gebruik gemaakt van de notie "commerciële communicatie" in de betekenis welke zij heeft in het Europees gemeenschapsrecht. In dat laatste geval dient een definitie ervan in het ontwerp te worden opgenomen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

Er wordt ter overweging gegeven het opschrift te redigeren als volgt :

"Ontwerp van wet betreffende de juridische bescherming van diensten van de informatiemaatschappij gebaseerd op of bestaand uit voorwaardelijke toegang".

Hoofdstuk II

In plaats van "Algemene definities" kan men als opschrift voor hoofdstuk II beter "Definities" gebruiken.

Artikel 2

1. Logischerwijze zouden 1° en 2° van artikel 2 van het ontwerp onderling van plaats moeten worden verwisseld. In de definitie van "beschermde dienst" (1°) wordt immers reeds de uitdrukking "diensten van de informatiemaatschappij" gebruikt, terwijl een omschrijving ervan pas in 2° wordt gegeven.

2. In de definitie van "beschermde dienst" dient in de Nederlandse tekst te worden geschreven : "... als een op zichzelf staande ...".

Artikel 6

1. In de Nederlandse tekst dient "§ 1er" te worden vervangen door "§ 1".

2. De bepalingen opgenomen in artikel 6, §§ 2 tot 6 van het ontwerp, zijn nagenoeg letterlijk overgenomen van de artikelen 106 tot 110 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (hierna : wet handelspraktijken). In plaats van dezelfde regeling over te nemen, zou in het ontwerp verwezen kunnen worden naar de regeling in de wet handelspraktijken.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 7 van het ontwerp, overgenomen van artikel 101 van de wet handelspraktijken.

Artikel 8

1. In artikel 8, § 1, van het ontwerp schrijve men beter :

"Onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie, ...".

2. Krachtens artikel 8, § 1, 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 [(4)].

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

3. Artikel 8, § 1, 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 dertig dagen na de datum van de vaststellingen aan de overtreder bij een ter post aangetekende brief met ontvangstmelding wordt betekend.

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 [(5)].

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.

4. Uit de toelichting die de gemachtigde van de regering aan het bevoegde lid van het Coördinatiebureau heeft verstrekt aangaande artikel 8, § 3, van het ontwerp, blijkt dat het niet de bedoeling is om de lokale politie uit te sluiten. Gelet op die toelichting, schrappe men het woord "federale".

5. 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

---

(5) 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.

door artikel 151, § 1, van de Grondwet gewaarborgde onafhankelijkheid [(6)] van het openbaar ministerie bij de individuele opsporing en vervolging.

Aangezien de zinsnede "onverminderd hun ondergeschiktheid aan hun meerderen in het bestuur", in artikel 8, § 4, 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.

6. Krachtens artikel 8, § 5, 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 7 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 9 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) Zie hieromtrent Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.24.1 en Arbitragehof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.23.1.

Artikel 9

1. Artikel 9 bepaalt dat de door de bevoegde minister aangestelde ambtenaren, na inzage van de processen-verbaal waarbij een inbreuk wordt vastgesteld op de bepalingen bedoeld in artikel 6, aan de overtreders de betaling van een som kunnen voorstellen die de strafvordering doet vervallen.

In tegenstelling tot de bij artikel 7 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" (7) 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 (8) in handen wordt gelegd van ambtenaren.

(7) 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, Beginselen van Strafrechtspleging, Antwerpen, 1999, p. 66, nr. 130 en J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépénalisation", R.D.P, 1978, 833-837.

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

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 [(9)].

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 [(10)].

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

---

(9) 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.

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

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

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 omstandigheden waarin het is gepleegd in acht genomen, geen aanleiding is om de betrokkene strafrechtelijk te vervolgen [(11)].

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 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.

---

(11) Vgl. met het systeem dat in het sociaal strafrecht geldt inzake administratieve geldboeten (artikelen 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.

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 9 wordt voorgesteld, reeds ter kennis werden gebracht van het openbaar ministerie, bijvoorbeeld doordat een klacht werd ingediend, of zelfs dat de onderzoeksrechter werd verzocht een onderzoek in te stellen of de zaak reeds bij de bevoegde rechtbank aanhangig werd gemaakt [(12)].

Mochten de stellers van het ontwerp van oordeel zijn het bij artikel 9 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 [(13)].

---

(12) 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).

(13) A. DE NAUW, o.c., 95.

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 [(14)].

Artikel 10

Artikel 10 van het ontwerp vult artikel 589 Gerechtelijk Wetboek aan met een 7°. Thans zijn echter nog twee ontwerpen bij de Raad van State aanhangig die toevoegingen bevatten aan de opsomming van bevoegdheden in artikel 589 [(15)]. Men zal op dit punt derhalve waakzaam dienen te zijn om een dubbele nummering te vermijden.

Bijlage

De bijlage bij het ontwerp moet worden aangevuld met de gebruikelijke slotformule ("Gezien om te worden gevoegd bij de wet van ... betreffende ...").

---

(14) Ibidem.

(15) Het betreft een voorontwerp van wet betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij (32.682/1) en een voorontwerp van wet aangaande de vordering tot staking van inbreuken op de wet van ... tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties (32.971/2).

PORTEE DU PROJET

L'avant-projet de loi soumis pour avis entend transposer dans l'ordre juridique belge la directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel (dénommée ci-après: "la directive"), en ce qui concerne les matières pour lesquelles le législateur fédéral est compétent [16].

Le projet comprend des dispositions interdisant certaines activités (article 3 du projet). Afin de permettre le contrôle du respect des dispositions prohibitives, il prévoit un certain nombre de possibilités de sanction (action en cessation: articles 4 et 5; dispositions pénales: article 6), organise une procédure d'avertissement (article 7) et règle la recherche et la constatation d'infractions (articles 8 et 9).

OBSERVATIONS GENERALES

1. Alors que la directive considère également la radiodiffusion sonore et télévisuelle comme un "service protégé" (voir l'article 2, a), de la directive), le présent projet ne peut y avoir trait, sauf en ce qui concerne la région bilingue de Bruxelles-Capitale [17], vu la compétence de principe des communautés en ce qui concerne la radiodiffusion et la télévision (article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

---

(16) A l'exception toutefois de ce qui concerne la compétence fédérale en matière de radiodiffusion et de télévision dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale (voir à cet égard la première observation générale).

(17) L'autorité fédérale est restée compétente pour les établissements culturels bicommunautaires, comme les réseaux de distribution par câble dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale (actuellement réglés par la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale).

Contrairement à ce qui pourrait se déduire du résumé donné dans l'exposé des motifs, les auteurs du projet ne visent toutefois pas la transposition de la directive pour la région bilingue de Bruxelles-Capitale, étant donné que la radiodiffusion et la télévision ne figurent pas dans la définition du "service protégé" (comparez l'article 2, 1°, du projet et la définition du "service protégé" dans l'article 2, a), de la directive). Cette transposition n'a pas davantage été effectuée par la loi du 8 juillet 2001 modifiant la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Il conviendra donc de procéder encore à la transposition de la directive en ce qui concerne la région bilingue de Bruxelles-Capitale [(18)].

A la lumière de ce qui précède, l'article 1er, alinéa 2, du projet donne à tort l'impression que la directive est intégralement transposée. Cette disposition devrait préciser que le projet transpose la directive en ce qui concerne les services de la société de l'information à l'exclusion de la radiodiffusion et de la télévision.

2. Les articles 4, 5 et en partie également 6 du projet règlent l'organisation des tribunaux, ce qui, selon l'article 77, alinéa 1er, 9°, de la Constitution, doit être considéré comme une matière bicamérale. Il en résulte que le projet 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.

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.

---

(18) Aux termes de l'article 6 de la directive, la transposition devait être réalisée au plus tard le 28 mai 2000.

3. D'une manière générale, il est recommandé d'employer en droit national la terminologie utilisée dans une directive, 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.

Ainsi, le projet utilise et définit la notion de "publicité" (article 2, 5°, du projet) alors qu'il est question, dans la directive, de "communication commerciale" (article 4, c), de la directive), sans que cette notion soit définie. Si la "communication commerciale" doit être comprise au sens défini dans d'autres directives (voir par exemple 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), il y a lieu de constater que ces deux notions n'ont 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 2000/31/CE 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".

Il appartiendra aux auteurs du projet d'apprécier s'ils entendent maintenir le terme "publicité" ou si, au contraire, ils préfèrent employer la notion de "communication commerciale" au sens qu'elle a dans le droit communautaire européen. Dans ce dernier cas, il conviendra de définir cette notion dans le projet.

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

Il est suggéré de rédiger l'intitulé de la manière suivante:

"Projet de loi concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel de la société de l'information".

Chapitre II

Au lieu de "Définitions générales", il est préférable de donner au chapitre II l'intitulé "Définitions".

Article 2

1. Logiquement, les points 1° et 2° de l'article 2 du projet devraient permuter. En effet, la définition de "service protégé" (1°) utilise déjà l'expression "services de la société de l'information" alors qu'elle n'est définie qu'au 2°.

2. Dans le texte néerlandais de la définition du service protégé, il convient d'écrire: "... als een op zichzelf staande ...".

Article 6

1. Dans le texte néerlandais, il convient de remplacer "§ 1er" par "§ 1".

2. Les dispositions inscrites à l'article 6, §§ 2 à 6, du projet reproduisent presque littéralement les articles 106 à 110 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). Au lieu de reproduire ces dispositions de la loi sur les pratiques du commerce, le projet pourrait y faire référence.

La même observation vaut pour l'article 7 du projet qui reproduit l'article 101 de la loi sur les pratiques du commerce.

Article 8

1. Il est préférable d'écrire à l'article 8, § 1er, du projet:

"Sans préjudice des attributions des officiers de police judiciaire, ...".

2. En vertu de l'article 8, § 1er, du projet, les procès-verbaux établis par les fonctionnaires commissionnés 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 raisonnablement justifiée et ne peut restreindre les droits du prévenu d'une manière disproportionnée (19).

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

(19) 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.

3. Contrairement à ce qui est prévu dans certaines lois particulières, l'article 8, § 1er, 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 trente jours de la date des constatations par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception.

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 (20).

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

4. Il ressort des explications fournies par le délégué du gouvernement au membre compétent du Bureau de coordination, à propos de l'article 8, § 3, du projet que l'intention n'est pas d'exclure la police locale. Vu ces explications, il convient de supprimer le mot "fédérale".

5. 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, § 1er, de la Constitution (21).

---

(20) A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht ?", dans 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.

(21) 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.

Etant donné que le segment de phrase "sans préjudice de leur subordination à leurs supérieurs dans l'administration" de l'article 8, § 4, 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 tâches de recherche et de constatation des délits visés dans le projet et non les compétences sur le plan de la police administrative.

6. En vertu de l'article 8, § 5, 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 7 du projet ou lorsque le contrevenant n'a pas accepté la proposition de transaction dans le cadre du règlement prévu à l'article 9 du projet.

Cette disposition déroge à l'article 29, alinéa 1er, 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.

Article 9

1. L'article 9 dispose que les agents commissionnés par le ministre compétent peuvent, au vu des procès-verbaux constatant une infraction aux dispositions énumérées à l'article 6, proposer aux contrevenants le paiement d'une somme qui éteint l'action publique.

Alors que la procédure d'avertissement, visée à l'article 7, 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 cette action.

Ainsi, le ministère public se voit "couper la route" (22), 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 (23).

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 (24).

---

(22) 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, Beginselen van strafrechtspleging, Anvers, 1999 p. 66, n° 130 et J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépénalisation", R.D.P, 1978, 833-837.

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

(24) 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,

.../...

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 [25].

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 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".

Ces observations s'imposent d'autant plus si l'on tient compte de l'article 151, § 1er, 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 [26].

5.B.4.

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

(26) 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

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

2.1. La comparaison avec le régime de droit commun de la transaction révèle un certain nombre de différences ou de lacunes.

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 9, 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 [(27)].

Si les auteurs du projet estiment devoir maintenir le système de transaction sans pouvoir de décision préalable du ministère public qu'instaure l'article 9, 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,

---

lorsque la transaction n'est pas acceptée.

(27) 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 strafprocesrecht ?" dans Liber Amicorum P. De Vroede, Anvers, 1994, 509).

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".

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 [(28)].

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 [(29)].

Article 10

L'article 10 du projet complète l'article 589 du Code judiciaire par un 7°. Pour l'heure, deux projets complétant l'énumération des compétences figurant à l'article 589 sont encore soumis au Conseil d'Etat [(30)]. Il faudra dès lors être attentif à ce point afin d'éviter une double numérotation.

Annexe

L'annexe au projet devra être complétée par la formule finale usuelle ("Vu pour être annexé à la loi du .... concernant ...").

---

(28) A. DE NAUW, o.c., 95.

(29) Ibid.

(30) Il s'agit d'un avant-projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (32.682/1) 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).

De kamer was samengesteld uit

de Heren Messieurs	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter, président de chambre,
	J. BAERT, J. SMETS,	staatsraden, conseillers d'Etat,
	G. SCHRANS,	assessor van de afdeling wetgeving, assesseur de la section de législation,
Mevrouw Madame	A. BECKERS,	griffier, greffier.

La chambre était composée de

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

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. DRIJKONINGEN, eerste referendaris.

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

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. J. DRIJKONINGEN, premier référendaire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

A. BECKERS

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

M. VAN DAMME