

KONINKRIJK BELGIË

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES 33.213/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Avis 33.213/1

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 22 maart 2002 door de Minister van Economie verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de handelsvestigingen", heeft op 30 mei 2002 het volgende advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de l'Economie, le 22 mars 2002, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi "relatif aux implantations commerciales", a donné le 30 mai 2002 l'avis suivant :

1. De ontworpen regeling is bestemd om in de plaats te komen van de wet van 29 juni 1975 betreffende de handelsvestigingen, die wordt opgeheven. De genoemde wet wordt als onvoldoende aangepast beschouwd in het licht van een aantal ontwikkelingen op de distributiemarkt.

Alle ontwerpen van handelsvestiging worden onderworpen aan een sociaal-economische vergunning die wordt afgegeven door het college van burgemeester en schepenen van de plaats van de uitbating. Het ontwerp voorziet in een gedifferentieerde procedureregeling al naar de omvang van de betrokken handelsvestiging. In algemene zin mag worden gesteld dat, in vergelijking met de bestaande regeling van de wet van 29 juni 1975, in een vereenvoudiging van de vergunningsprocedure is voorzien.

Andere nieuwigheden in vergelijking met de in de wet van 29 juni 1975 opgenomen regeling hebben onder meer betrekking op de introductie van het concept "handelsgeheel" en op de oprichting van een Nationaal Sociaal-Economisch Comité voor de Distributie, dat in de plaats komt van de Nationale Commissie voor de distributie, de Provinciale Commissies voor de distributie, de Commissie voor de distributie in het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad en het Sociaal-Economisch Comité voor de distributie.

2.1. Artikel 3, § 1, van het ontwerp schrijft voor dat de ontwerpen van handelsvestiging onderworpen zijn aan een vergunning. Artikel 5, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat bij de vergunningsaanvraag "een sociaal-economisch dossier" wordt gevoegd, waarvan de Ministers die bevoegd zijn voor Economische Zaken en Middenstand, de samenstelling bepalen.

In het ontwerp worden geen criteria aangereikt op grond waarvan de gevraagde vergunning kan worden toegekend. Uit het zo-even aangehaalde artikel 5, tweede lid, van het ontwerp, zou weliswaar kunnen worden afgeleid dat de toe te passen vergunningscriteria een sociaal-economische draagwijdte dienen te hebben ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ In artikel 17 van het ontwerp wordt gerefereerd aan "de sociaal-economische procedure".

Afgezien van de vaststelling dat het begrip "sociaal-economische draagwijdte" zeer algemeen is en nader zou moeten worden afgebakend in het ontwerp, rijst evenwel de vraag of het effectief de bedoeling is van de stellers van het ontwerp om uitsluitend sociaal-economische criteria in aanmerking te nemen voor het ontworpen vergunningenbeleid. In de memorie van toelichting worden immers een aantal vrij algemene oogmerken omschreven die aan het ontwerp ten grondslag liggen en die niet noodzakelijk impliceren dat bij het vergunningenbeleid enkel rekening mag worden gehouden met sociaal-economische criteria.

Zo wordt erop gewezen dat aan het wetsontwerp de bedoeling ten grondslag ligt "het wettelijke kader van de handelsvestigingen te verbeteren, in de zin van een rechtvaardigere en eenvoudigere procedure, met eerbiediging van het evenwicht tussen de verschillende distributiewijzen" en dat het ontwerp erop is gericht "de rechtszekerheid van de distributieondernemingen maximaal veilig te stellen en een objectieve en niet-discriminatoire toepassing te waarborgen".

2.2. Het is om diverse redenen onontbeerlijk dat de wetgever zelf de criteria vaststelt op grond waarvan de in het ontwerp bedoelde vergunningen kunnen worden verleend en dat het ontwerp derhalve vanuit die optiek grondig zou worden herzien.

In de eerste plaats hangt immers het bepalen van de betrokken criteria onlosmakelijk samen met de bevoegdheidsvraag. De federale wetgever zal sommige criteria eenvoudigweg niet in aanmerking kunnen nemen omdat zij bijvoorbeeld in hoofdzaak behoren tot de bevoegdheid van de gewesten. Dat zou onder meer het geval zijn voor criteria die verband houden met de stedenbouw of het leefmilieu. Andere criteria daarentegen kunnen een aangelegenheid betreffen die deels tot de bevoegdheid van de federale overheid en deels tot de bevoegdheid van de deelgebieden behoort, wat betekent dat het opnemen van dergelijke criteria in het ontwerp tot een nauwkeurige omschrijving zou nopen van de aspecten van de betrokken aangelegenheid waarvoor de federale wetgever bevoegd is gebleven.

Te denken valt in dat verband bijvoorbeeld aan de bevoegdheid inzake het economisch beleid dat door artikel 6, § 1, VI, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, als een gewestaangelegenheid wordt beschouwd, met uitzondering van de in die bepaling opgesomde aspecten die tot de federale bevoegdheid moeten worden gerekend.

Bij het vaststellen van de vergunningscriteria zal de wetgever bovendien voldoende oog moeten hebben voor het beginsel inzake de vrijheid van handel en nijverheid. Hij zal met name slechts in criteria kunnen voorzien die noodzakelijk zijn voor het bereiken van de aan de ontworpen regeling ten grondslag liggende doeleinden van algemeen belang en die in een voldoende mate evenredig zijn met de beperking van de vrijheid van handel en nijverheid waarmee de toepassing van die criteria gepaard kan gaan.

In voorkomend geval zullen ook de Europeesrechtelijke regels inzake de vrijheid van vestiging om de hoek komen kijken naar aanleiding van de vaststelling van de vergunningscriteria.

2.3. Het gegeven dat het ontwerp geen vergunningscriteria bepaalt, maakt het de Raad van State, afdeling wetgeving, onmogelijk om zich met kennis van zaken uit te spreken over het geplande vergunningenbeleid. Dit laatste vormt evenwel een substantieel onderdeel van de ontworpen regeling, zodat deze vanuit die optiek moet worden herzien, minstens aangevuld. Pas indien dat is gebeurd, is het mogelijk zich een voldoende precies oordeel te vormen omtrent de juridische toelaatbaarheid van het ontwerp van wet.

2.4. Uit wat voorafgaat volgt dat het ontwerp nog op substantiële wijze dient te worden aangepast, waarna het opnieuw aan de Raad van State, afdeling wetgeving, moet worden voorgelegd. Deze laatste acht het evenwel wenselijk om nu reeds de stellers van het ontwerp te attenderen op een aantal onvolkomenheden van de ontworpen regeling die in voorkomend geval, naar aanleiding van de zo-even gesuggereerde aanpassing van de tekst, kunnen worden verholpen.

3. Benevens het ontbreken van vergunningscriteria wordt de regeling van sommige andere essentiële onderdelen van het ontwerp zonder meer doorgeschoven naar de Koning. Zo is een belangrijke rol weggelegd voor het op te richten Nationaal Sociaal-Economisch Comité voor de Distributie, doch wordt het volledig aan de Koning gelaten om, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de organisatie, de werkingsregels en de samenstelling van dat comité te regelen.

De aldus aan de Koning gedelegeerde bevoegdheid zou evenwel, om toelaatbaar te zijn, op zijn minst door de wetgever moeten worden voorzien van criteria op grond waarvan de Koning de hem verleende bevoegdheid dient uit te oefenen. Eén en ander impliceert dat het ontwerp ook op dat punt dient te worden aangevuld.

4. Sommige bepalingen van het ontwerp delegeren weliswaar geen bevoegdheden aan de Koning, doch zijn in dermate algemene bewoordingen gesteld dat de draagwijdte ervan onduidelijk is en de toepassing ervan tot rechtsonzekerheid dreigt te leiden.

Zo kan, overeenkomstig artikel 7, § 1, vijfde lid, van het ontwerp, het advies van het Nationaal Sociaal-Economisch Comité voor de Distributie "voorwaarden opleggen en aanbevelingen inhouden", doch is het zeer de vraag wat die bevoegdheid van het comité precies inhoudt en of deze zo moet worden begrepen dat het comité in voorkomend geval zelfs nieuwe criteria kan voorschrijven, het bepaalde in de laatste zin van artikel 7, § 1, eerste lid, ten spijt. Het spreekt voor zich dat de wetgever ter zake voor de vereiste duidelijkheid dient te zorgen.

5. Artikel 17 van het ontwerp refereert aan de mogelijkheid van regularisatie. Dergelijke regularisatie wordt evenwel niet geregeld in het ontwerp, zodat - wil de verwijzing naar de "regularisatiedossiers" in artikel 17 begrijpelijk zijn - het ontwerp ook wat dat betreft zou moeten worden voorzien van een nadere regeling.

6. Bij het regelen van de procedure inzake de toekenning van de vergunning wordt mede gebruik gemaakt van het procédé van de zogeheten "stilzwijgende" of "fictieve" vergunning (zie artikel 9 van het ontwerp). Dat procédé houdt in dat een vergunning wordt verkregen door de enkele reden dat de overheid die over de vergunningsaanvraag dient te oordelen - in casu het college van burgemeester en schepenen -, nalaat zulks binnen de daartoe voorgeschreven termijn te doen.

De stellers van het ontwerp dienen zich te realiseren dat diverse nadelen zijn verbonden aan het gebruik van dergelijk procédé ⁽²⁾.

In de eerste plaats is dergelijk procédé niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijk besluit ontbreekt, wat tot bewijsproblemen kan aanleiding geven, en de stilzwijgende beslissing in beginsel niet op dezelfde wijze zal worden meegedeeld of bekendgemaakt als gewone beslissingen, met alle gevolgen vandien voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van dergelijke stilzwijgende beslissingen. Meer bepaald sluit het procédé van de stilzwijgende beslissing hierdoor ook grotere risico's in zich voor een schending van de belangen van derden die, op een impliciete, doch daarom niet minder verstrekkende wijze in het gedrang kunnen komen.

In de tweede plaats kan het procédé van de stilzwijgende vergunning in strijd komen met het algemeen belang in de mate dergelijk procédé tot gevolg kan hebben dat impliciet beslissingen worden genomen zonder een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen. Vraag is inderdaad of door het gebruik van het procédé van de stilzwijgende beslissing niet het risico wordt in de hand gewerkt dat de gevolgen die worden gehecht aan het verstrijken van de beslissingstermijn uitsluitend zullen worden bekeken in functie van de rechtstoestand van de aanvrager van de vergunning en dat wordt afgezien van een afweging van de belangen van de aanvrager tegen die van derden en tegen het algemeen belang.

Ook een beroepsprocedure waarbij, zoals in artikel 11, § 7, van het ontwerp het geval is, gebruik wordt gemaakt van de stilzwijgende "aanvaarding" van het beroep, verdient om gelijkaardige redenen als die welke zo-even zijn uiteengezet, geen voorkeur.

De stellers van het ontwerp wordt derhalve gesuggereerd om, naar aanleiding van de noodzakelijke herziening van de ontworpen tekst, tevens na te gaan of zij ook de vergunnings- en beroepsprocedure niet dienen aan te passen, rekening houdend met de bezwaren die ongetwijfeld kleven aan het gebruik van het procédé van de stilzwijgende beslissing.

⁽²⁾ Zie o.m. I. OPDEBEEK, Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur, Brugge, Die Keure, 1992, blz. 221, nrs. 441 e.v.

7.1. Artikel 14 van het ontwerp regelt sommige bevoegdheden van de in artikel 13 bedoelde ambtenaren die ermee zijn belast "de overtredingen van onderhavige wet op te sporen en vast te stellen". Vraag is of ermee voldoende rekening is gehouden dat in een voorontwerp van wet "betreffende de opsporing en de vaststelling van de economische misdrijven", waarover de Raad van State, afdeling wetgeving, op 6 december 2001 het advies 32.053/1 heeft verleend, een uniformisering van de opsporing en de vaststelling van misdrijven in de economische sfeer wordt nagestreefd. In de mate dat de stellers van het ontwerp in het heden om advies voorgelegde wetsontwerp beogen af te wijken van de in het ontwerp 32.053/1 opgenomen regeling, zou die afwijking - ter wille van de toegankelijkheid en de kenbaarheid van de wetgeving - beter in het laatstgenoemde ontwerp worden geïntegreerd.

7.2. Onverminderd de onder 7.1. gedane suggestie, mag met betrekking tot artikel 14, § 2, van het ontwerp, waarin wordt bepaald dat de betrokken processen-verbaal rechtsgeldig zijn tot bewijs van het tegendeel, worden opgemerkt dat dergelijke regel een uitzondering vormt 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 ⁽³⁾.

Het zou derhalve aanbeveling verdienen om in de memorie van toelichting een verantwoording op te nemen voor het toekennen van een bijzondere bewijswaarde aan de in artikel 14, § 2, van het ontwerp bedoelde processen-verbaal.

7.3. Nog in artikel 14, § 2, van het ontwerp wordt bepaald dat de overtreder "een afschrift van het proces-verbaal (ontvangt) of (dat) het (hem) per aangetekend schrijven (wordt) meegedeeld binnen dertig dagen vanaf de vaststelling". Het ontwerp voorziet niet in een sanctie voor het geval dat het afschrift van het proces-verbaal niet binnen de vastgestelde termijn wordt overhandigd of meegedeeld. Een overschrijding van die termijn heeft bijgevolg niet de nietigheid van het proces-verbaal tot gevolg,

⁽³⁾ Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, overw. B.14.1 en Arbitragehof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, overw. B.12.1.

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 ⁽⁴⁾.

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.

7.4. Artikel 14, § 2 - dat in de Nederlandse tekst artikel 14, § 3, dient te worden, ermee rekening houdend dat er reeds een paragraaf 2 is - verleent aan de met het toezicht belaste ambtenaren de bevoegdheid om "zich toegang (te) verschaffen tot de bouwlocaties en -terreinen of de ateliers, gebouwen, belendende binnenplaatsen en omheinde ruimtes die zo nodig moeten worden betreden om hun opdracht te vervullen".

In dat verband moet erop worden gewezen dat het recht op eerbiediging van de woning niet enkel wordt gewaarborgd door artikel 15 van de Grondwet, maar ook door artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en door artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip "woning" in deze context ruim moet worden opgevat en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen ⁽⁵⁾.

Bovendien heeft het Arbitragehof erop gewezen dat "het optreden van de onderzoeksrechter, onafhankelijk en onpartijdig magistraat, een essentiële waarborg (lijkt) te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de

⁽⁴⁾ A. DE NAUW, Naar een economisch strafprocesrecht ?, in Liber Amicorum Paul De Vroede, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, blz. 501; D. HOLSTERS, De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven, R.W., 1980-81, blz. 1374.

⁽⁵⁾ E.H.R.M., 16 december 1992, Niemietz, Publ.Cour, reeks A, vol. 251-B; E.H.R.M., 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe, Publ. Cour, reeks A, vol. 256-A, -B en -C. Zie ook D. YERNAULT, Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne, Rev.Trim.Dr.H., 1994, blz. 117-135.

onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1, van het EVRM" ⁽⁶⁾. Uit deze vaststelling leidt het Hof af dat afwijkingen op die regel slechts uitzonderlijk kunnen zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben ⁽⁷⁾.

Uit wat voorafgaat volgt dat de stellers van het ontwerp er goed aan doen te overwegen om te voorzien in bijzondere waarborgen met betrekking tot het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen "woning" in de zin van artikel 15 van de Grondwet, toch de waarborgen bedoeld in de voornoemde verdragsbepalingen genieten.

7.5. Artikel 14, § 3 (lees : artikel 14, § 4), van het ontwerp, bepaalt dat de "gemachtigde agenten ... de macht ... die hen door onderhavig artikel werd toegekend (uitoefenen) onder het toezicht van de procureur-generaal bij het Hof van Beroep of van de federaal procureur, ongeacht hun ondergeschiktheid ten opzichte van hun oversten in de administratie".

Het spreekt voor zich dat de hiërarchisch meerderen van de betrokken ambtenaren geen afbreuk kunnen doen aan het toezicht dat de procureur-generaal of 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 ⁽⁸⁾ van het openbaar ministerie bij de individuele opsporing en vervolging.

Aangezien de zinsnede "ongeacht hun ondergeschiktheid ten opzichte van hun oversten in de administratie", in artikel 14, § 3 (lees : artikel 14, § 4), dubbelzinnigheid zou kunnen doen ontstaan omtrent de zo-even in herinnering gebrachte beginselen, kan die zinsnede beter vervallen.

⁽⁶⁾ Arbitragehof, nr. 140/98, 16 december 1998, overw. B.1.

⁽⁷⁾ Ibid., overw. B.2.

⁽⁸⁾ Zie hieromtrent Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, overw. B.24.1. en Arbitragehof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, overw. B.23.1.

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 bepaalde economische misdrijven, en niet op de bevoegdheden op het vlak van de bestuurlijke politie.

8. Artikel 1 van het ontwerp verwijst naar artikel 78 van de Grondwet. De artikelen 16, § 2, derde lid, en 18 van het ontwerp hebben evenwel betrekking op de bevoegdheid van de rechtbanken ⁽⁹⁾, welke een aangelegenheid is in de zin van artikel 77, eerste lid, 9°, van de Grondwet.

De betrokken aangelegenheden die refereren aan de toepassing van het integraal bicameraal stelsel (artikel 77 van de Grondwet) zullen in een afzonderlijk ontwerp van wet moeten worden geregeld.

⁽⁹⁾ Het ontwerp wordt bij voorkeur aangevuld met één of meer wijzigingsbepalingen van het Gerechtelijk Wetboek teneinde ook in dat laatste melding te maken van de aan de rechtbanken toegekende bevoegdheden.

1. Le texte en projet est appelé à se substituer à la loi du 29 juin 1975 relative aux implantations commerciales, qui est abrogée. Cette loi est jugée insuffisamment adaptée à un certain nombre d'évolutions intervenues sur le marché de la distribution.

Tous les projets d'implantation commerciale sont soumis à une autorisation socio-économique, délivrée par le collège des bourgmestre et échevins du lieu d'exploitation. Le projet prévoit une procédure différenciée selon la superficie de l'implantation commerciale concernée. D'une manière générale, on peut considérer qu'il conduit à une simplification de la procédure d'autorisation par rapport aux dispositions existantes de la loi du 29 juin 1975.

D'autres nouveautés par rapport à ces dernières ont trait notamment à l'introduction de la notion d'"ensemble commercial" et à la création d'un Comité socio-économique national pour la distribution, qui remplace la Commission nationale pour la distribution, les Commissions provinciales pour la distribution, la Commission pour la distribution dans l'Arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale et le Comité socio-économique pour la distribution.

2.1. L'article 3, § 1^{er}, du projet prévoit que les projets d'implantation commerciale sont soumis à une autorisation. Selon l'article 5, alinéa 2, du projet, la demande est accompagnée d'"un dossier socio-économique" dont la composition est déterminée par les Ministres qui ont les Affaires économiques et les Classes moyennes dans leurs attributions.

Le projet ne définit pas les critères d'octroi de l'autorisation demandée. L'article 5, alinéa 2, du projet, précité, pourrait certes donner à penser que les critères d'autorisation doivent avoir une portée socio-économique ⁽¹⁾.

Indépendamment du fait que la notion de "portée socio-économique" revêt un caractère très général et devrait être mieux circonscrite dans le projet, se pose la question de savoir si les auteurs du projet entendent effectivement ne retenir que des critères d'ordre socio-économique dans le cadre de la politique d'autorisation envisagée. A l'appui du projet, l'exposé des motifs définit en effet un certain nombre de finalités relativement générales qui n'impliquent pas nécessairement l'obligation de retenir uniquement des critères d'ordre socio-économique dans le cadre de la politique d'autorisations.

⁽¹⁾ L'article 17 du projet mentionne la "procédure socio-économique".

Il est ainsi signalé que le projet de loi a été inspiré par le souhait "d'améliorer le cadre légal des implantations commerciales dans le sens d'une procédure plus équitable et simplifiée, dans le respect de l'équilibre entre les formes de distribution" et que le projet vise à "assurer la sécurité juridique maximale des entreprises de distribution et à offrir des garanties d'application objective et non discriminatoire".

2.2. Pour divers motifs, il est impératif que le législateur définisse lui-même les critères d'octroi des autorisations visées dans le projet et, partant, de revoir en profondeur le projet de ce point de vue.

Tout d'abord, l'établissement de ces critères ne peut se dissocier de la question de compétence. Le législateur fédéral ne pourra tout simplement pas retenir certains critères, par exemple, parce qu'ils relèvent en substance de la compétence des régions. Tel serait notamment le cas des critères relatifs à l'urbanisme ou à l'environnement. D'autres critères, en revanche, sont susceptibles de se rapporter à une matière relevant en partie de la compétence de l'autorité fédérale et en partie de la compétence des entités fédérées, ce qui signifie qu'il faudrait, pour inscrire de tels critères dans le projet, définir précisément les aspects de la matière en question qui sont demeurés dans la sphère de compétence du législateur fédéral.

Relevons à cet égard, par exemple, la compétence en matière de politique économique, que l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles considère comme ressortissant aux régions, hormis les aspects énumérés dans la disposition précitée qu'il y a lieu de considérer comme relevant de la compétence de l'autorité fédérale.

Lorsqu'il définira les critères d'autorisation, le législateur devra par ailleurs suffisamment veiller au respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Il ne pourra, plus particulièrement, prévoir que des critères nécessaires à la réalisation des objectifs d'intérêt général qui fondent le texte en projet, et proportionnés à suffisance à la restriction de la liberté du commerce et de l'industrie que leur application est susceptible d'entraîner.

Le cas échéant, il conviendra également de tenir compte des règles du droit européen relatives à la liberté d'établissement lorsqu'il s'agira de définir les critères d'autorisation.

2.3. Faute de fixer des critères d'autorisation, le projet ne permet pas au Conseil d'Etat, section de législation, de se prononcer en connaissance de cause sur la politique d'autorisations envisagée. Or, cette dernière constitue un des éléments essentiels du texte en projet, de sorte qu'il y a lieu de revoir celui-ci de ce point de vue ou, à tout le moins, de le compléter. C'est ensuite seulement qu'il sera possible de se forger une opinion suffisamment précise sur l'admissibilité juridique du projet de loi.

2.4. Il s'ensuit que le projet doit encore faire l'objet d'adaptations substantielles, à la suite desquelles il conviendra de le soumettre de nouveau à l'avis du Conseil d'Etat, section de législation. Ce dernier estime néanmoins devoir attirer dès à présent l'attention des auteurs du projet sur un certain nombre de lacunes que présente le texte en projet et auxquelles ils pourraient remédier, le cas échéant, à l'occasion de l'adaptation du texte qui vient d'être suggérée.

3. Outre l'absence de critères d'autorisation, le soin de réglementer certains autres éléments essentiels du projet est également laissé au Roi sans autre précision. Ainsi, alors qu'un rôle majeur est dévolu au Comité socio-économique national pour la distribution, que le projet entend créer, il revient entièrement au Roi de fixer l'organisation, les règles de fonctionnement et la composition dudit comité par un arrêté délibéré en Conseil des ministres.

Or, pour être admissible, le pouvoir ainsi délégué au Roi devrait à tout le moins s'assortir de modalités, à arrêter par le législateur, qui le guideront dans l'exercice de la compétence qui lui a été dévolue. Il y aurait dès lors lieu de compléter le projet également sur ce point.

4. Si certaines dispositions du projet ne comportent pas de délégation de compétence au Roi, leur formulation est néanmoins à ce point générale que l'on ne saurait en déterminer la portée et que leur application risque d'être source d'insécurité juridique.

Ainsi, l'avis du Comité socio-économique national pour la distribution peut-il, conformément à l'article 7, § 1^{er}, alinéa 5, du projet, "imposer des conditions et contenir des recommandations". La question est toutefois de savoir ce que recouvre exactement cette compétence du comité, et si celle-ci doit s'interpréter en ce sens que le comité peut même prescrire, le cas échéant, des critères nouveaux, nonobstant les dispositions énoncées dans la dernière phrase de l'article 7, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. Il va sans dire que le législateur doit veiller à apporter les éclaircissements qui s'imposent à cet égard.

5. L'article 17 du projet fait état d'une éventuelle régularisation. Or, aucune disposition du projet n'est consacrée à celle-ci. Pour rendre intelligible la référence aux "dossiers de régularisation", dont question à l'article 17, il faudrait que le projet comporte également des dispositions précisant ce point.

6. Les règles relatives à la procédure d'octroi de l'autorisation ont recours notamment au procédé de l'autorisation dite "tacite" ou "fictive" (voir l'article 9 du projet), qui implique qu'une autorisation s'obtient par le seul fait que l'autorité tenue de statuer sur la demande d'autorisation - en l'occurrence le collège des bourgmestre et échevins -, néglige de le faire dans le délai prescrit à cet effet.

Les auteurs du projet doivent être conscients des différents inconvénients inhérents à un tel procédé ⁽²⁾.

Tout d'abord, cette manière de procéder ne contribue pas à la sécurité juridique, ne fût-ce qu'en raison de l'absence d'une quelconque décision écrite, ce qui pourrait donner lieu à des problèmes quant à l'administration de la preuve, et parce

⁽²⁾ Voir, entre autres, I. OPDEBEEK, "Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur", Bruges, Die Keure, 1992, p. 221, n^{os} 441 et suivants.

qu'en principe une décision tacite ne doit pas être notifiée ni publiée dans les mêmes formes qu'une décision ordinaire, avec toutes les conséquences qui en découlent en termes d'accessibilité et de contestation de telles décisions tacites. Le procédé de la décision tacite risque de ce fait d'impliquer davantage une violation des intérêts de tiers, lesquels sont susceptibles d'être affectés d'une manière certes implicite, mais non moins importante.

Par ailleurs, le procédé de l'autorisation tacite est susceptible de se heurter à l'intérêt général dans la mesure où un tel procédé peut emporter que certaines décisions soient prises de manière implicite sans préparation minutieuse ni mise en balance de tous les intérêts en présence. La question est en effet de savoir si le recours au procédé de la décision tacite n'accroît pas le risque de voir que les effets de l'expiration du délai prescrit pour la décision soient uniquement pris en compte par rapport à la situation juridique du demandeur de l'autorisation, et que l'on renonce à mettre en balance les intérêts du demandeur par opposition à ceux des tiers et à l'intérêt général.

Pour les mêmes motifs que ceux qui viennent d'être évoqués, il n'est pas indiqué non plus de prévoir, comme le fait l'article 11, § 7, du projet, une procédure de recours comportant "acceptation" du recours.

Lorsque les auteurs du projet procéderont au remaniement du texte en projet qui s'impose, il leur est dès lors suggéré de vérifier également s'il n'y a pas lieu d'adapter la procédure d'autorisation et de recours au regard des réserves qu'appelle incontestablement le recours au procédé de la décision tacite.

7.1. L'article 14 du projet organise certaines des compétences attribuées aux agents, visés à l'article 13, qui sont chargés de "rechercher et constater les infractions à la présente loi". La question est de savoir s'il a suffisamment été tenu compte du fait qu'un avant-projet de loi "sur la recherche et la constatation des délits économiques", sur lequel le Conseil d'Etat, section de législation, a donné l'avis 32.053/1 le 6 décembre 2001, envisage l'uniformisation de la recherche et de la constatation des délits en matière économique. Dans la mesure où les auteurs du projet entendent s'écarter, dans le texte de loi présentement soumis pour avis, aux règles prévues dans le projet 32.053/1, il serait préférable - dans un souci d'accessibilité et d'intelligibilité de la législation - d'intégrer cette dérogation dans le projet cité en dernier lieu.

7.2. Sans préjudice de la suggestion formulée au point 7.1., on notera en ce qui concerne l'article 14, § 2, du projet, qui prévoit que les procès-verbaux concernés font foi jusqu'à preuve du contraire, que 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 ⁽³⁾.

Il est dès lors recommandé de justifier dans l'exposé des motifs l'attribution d'une valeur probante particulière aux procès-verbaux visés à l'article 14, § 2, du projet.

7.3. L'article 14, § 2, du projet, prévoit encore qu'"une copie en est remise au contrevenant, ou lui est signifiée par recommandé postal, dans les trente jours qui suivent les constatations". Le projet ne prévoit pas de sanction pour le cas où la copie du procès-verbal qui y est visé ne serait pas remise ou notifiée dans le délai prévu à cet effet. 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 ⁽⁴⁾.

Les auteurs du projet apprécieront s'il se justifie de prévoir ou non une sanction particulière pour le dépassement du délai précité.

7.4. L'article 14, § 3 - dans le texte néerlandais, la mention, § 2, doit être modifiée en § 3, puisqu'il existe déjà un § 2 -, habilite les agents chargés du contrôle à "accéder aux emplacements et aux terrains à bâtir ou (à) pénétrer dans les ateliers, bâtiments, cours adjacentes et enclos dont l'accès est nécessaire à l'accomplissement de leur mission".

⁽³⁾ Cour d'arbitrage, n° 40/2000, 6 avril 2000, cons. B.14.1. et Cour d'arbitrage, n° 16/2001, 14 février 2001, cons. B.12.1.

⁽⁴⁾ A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht ?", in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Anvers, 1994, 501; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", R.W., 1980-81, 1374.

Force est d'observer à cet égard que le droit au respect du domicile est garanti non seulement par l'article 15 de la Constitution, mais également par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), ainsi que par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, il convient, dans ce contexte, de donner une interprétation extensive à la notion de "domicile" qui inclut les locaux professionnels ou commerciaux ⁽⁵⁾.

En outre, la Cour d'arbitrage a souligné que "l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant, apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8.1 de la Convention européenne des droits de l'homme" ⁽⁶⁾. La Cour infère de cette constatation que des dérogations à cette règle ne peuvent qu'être exceptionnelles et qu'elles doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent ⁽⁷⁾.

Il résulte de ce qui précède que les auteurs du projet feront bien d'envisager de prévoir des garanties particulières concernant la visite de locaux qui, même s'ils ne constituent pas un "domicile", au sens de l'article 15 de la Constitution, bénéficient néanmoins des garanties visées dans les dispositions conventionnelles précitées.

7.5. L'article 14, § 3 (lire : l'article 14, § 4), du projet dispose que les "agents commissionnés exercent les pouvoirs qui leur sont conférés par le présent article sous la surveillance du procureur général près la Cour d'appel ou du procureur fédéral, sans préjudice de leur subordination à l'égard de leurs supérieurs dans l'administration".

⁽⁵⁾ Cour eur. D. H., 16 décembre 1992, Niemietz, Publ. Cour, série A, vol. 251-B; Cour eur. D. H., 25 février 1993, Funke, Crémieux et Mialhe, Publ. Cour, série A, vol. 256-A, -B et -C. Voir également D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", Rev. Trim. Dr. H., 1994, 117-135.

⁽⁶⁾ Cour d'arbitrage, n° 140/98, 16 décembre 1998, cons. B.1.

⁽⁷⁾ Ibid., cons. B.2.

Il est évident que les supérieurs hiérarchiques des fonctionnaires concernés ne peuvent porter atteinte à la surveillance exercée sur ces fonctionnaires par le procureur général ou 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 ⁽⁸⁾, garantie par l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution.

Etant donné que le segment de phrase "sans préjudice de leur subordination à l'égard de leurs supérieurs dans l'administration" de l'article 14, § 3 (lire : l'article 14, § 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 de certains délits économiques et non les compétences sur le plan de la police administrative.

8. L'article 1^{er} du projet fait référence à l'article 78 de la Constitution. Les articles 16, § 2, alinéa 3, et 18 du projet concernent toutefois la compétence des tribunaux ⁽⁹⁾, qui constitue une matière visée à l'article 77, alinéa 1^{er}, 9°, de la Constitution.

Les matières concernées qui appellent l'application du système bicaméral intégral (article 77 de la Constitution) devront être réglées dans un projet de loi distinct.

⁽⁸⁾ Voir à ce sujet Cour d'arbitrage, n° 40/2000, 6 avril 2000, cons. B.24.1 et Cour d'arbitrage, n° 16/2001, 14 février 2001, cons. B.23.1.

⁽⁹⁾ Il vaut mieux compléter le projet par une ou plusieurs dispositions modifiant le Code judiciaire afin de faire également état dans ce dernier des compétences attribuées aux tribunaux.

De kamer was samengesteld uit

de Heren
Messieurs

M. VAN DAMME,

J. BAERT,
J. SMETS,

G. SCHRANS,
A. SPRUYT,

Mevrouw
Madame

A. BECKERS,

La chambre était composée de

kamervoorzitter,
président de chambre,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

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

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. M. VAN DAMME.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. SEUTIN, 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. M. VAN DAMME.

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

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME