

KONINKRIJK BELGIË

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES 34.458/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

AVIS 34.458/1

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 28 november 2002 door de Minister van Economie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van amendement op een ontwerp van programmawet (wijziging van de wet van 9 januari 2000 betreffende grensoverschrijdende geldoverschrijvingen), heeft op 3 december 2002 het volgende advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de l'Economie, le 28 novembre 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'amendement sur un projet de loi-programme (modification de la loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent transfrontaliers), a donné le 3 décembre 2002 l'avis suivant :

Volgens artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd door de omstandigheid dat

"ce règlement ¹ est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, mais ne peut être contrôlé sérieusement par défaut de sanction pénale. Il convient dès lors de remédier à cette situation le plus rapidement possible".

*
* *

Gelet op de korte termijn die de Raad van State, afdeling wetgeving, voor het uitbrengen van zijn advies is toegemeten, heeft deze zich met toepassing van het bepaalde in artikel 84, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State in hoofdzaak beperkt tot het onderzoek "van de rechtsgrond, van de bevoegdheid van de steller van de handeling alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan".

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het om advies voorgelegde amendement bevat een aantal bepalingen die afwijken van de gemeenrechtelijke regels inzake opsporing, vaststelling en vervolging van misdrijven. Aldus wordt een onderscheid in behandeling gecreëerd tussen, enerzijds, de personen die worden of kunnen worden verdacht van misdrijven, strafbaar gesteld in de tekst die thans in ontwerpvorm voorligt en, anderzijds, personen die worden of kunnen worden verdacht van misdrijven, strafbaar gesteld in het gemeen strafrecht of in bijzondere wetten waarin geen vergelijkbare regels als in het amendement zijn opgenomen.

¹Bedoeld wordt de verordening (EG) nr. 2560/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 2001 betreffende de grensoverschrijdende betalingen in euro.

Het is op zich niet onverenigbaar met het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie dat voor een bepaalde categorie misdrijven specifieke regels gelden inzake opsporing, vaststelling en vervolging. Vereist is dan evenwel dat het aldus gecreëerde verschil in behandeling verantwoord kan worden door redenen eigen aan de misdrijven waarop die specifieke regels betrekking hebben en dat het geen onevenredige gevolgen heeft, gelet op het doel van die regels, enerzijds, en op de fundamentele rechten of beginselen waaraan die regels eventueel raken, anderzijds ².

Het verdient dan ook aanbeveling om in de toelichting bij het amendement uiteen te zetten waarom de eigen aard van de erin bedoelde misdrijven de afwijkingen verantwoordt van de gemeenrechtelijke regels waarin het amendement voorziet.

Op een aantal van die afwijkingen zal nader in het onderhavige advies worden ingegaan.

2. Er dient te worden aangegeven op welke plaats het amendement in de ontworpen programmawet dient te worden ingevoegd.

3. Aangezien de wet van 9 januari 2000 betreffende grensoverschrijdende geldoverschrijvingen wordt vermeld in de inleidende zin van het amendement, dienen de woorden "van dezelfde wet" die in de verschillende inleidende onderdelen van het amendement voorkomen, te worden geschrapt.

4. Aangezien artikel 1, eerste lid, van de wet van 9 januari 2000, ook na wijziging van die wet door het voorliggende amendement, betrekking heeft op alle artikelen van die wet, dient die bepaling te worden ondergebracht in een afzonderlijk hoofdstuk, en niet in het ontworpen hoofdstuk I dat betrekking heeft op de omzetting van de richtlijn 97/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 januari 1997 betreffende grensoverschrijdende overmakingen (en niet, zoals in het ontwerp, overschrijvingen).

²Raadpl. o.m. Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, Arbitragehof, nr. 16/2001, 14 februari 2001 en Arbitragehof, nr. 38/2002, 20 februari 2002.

Indien op deze opmerking wordt ingegaan, dienen uiteraard de andere hoofdstukken van de wet van 9 januari 2000 te worden hernummerd.

5. Gelet op het opschrift van het nieuwe hoofdstuk I (dat hoofdstuk II dient te worden), kan het huidige artikel 1, tweede lid, van de wet van 9 januari 2000 worden weggelaten.

6. De stellers van het amendement dienen na te gaan of het huidige artikel 12 van de wet van 9 januari 2000 dient te worden ondergebracht in het nieuwe hoofdstuk I van die wet, zoals lijkt voort te vloeien uit 2° van het amendement, dan wel of het genoemde artikel ook betrekking dient te hebben op het ontworpen hoofdstuk II van die wet, zoals lijkt voort te vloeien uit 4° van het amendement.

7. Aangezien, na goedkeuring van het amendement, niet alle bepalingen van de wet van 9 januari 2000 op dezelfde datum in werking zullen treden, kan artikel 13 van die wet best worden aangepast door te schrijven : "De bepalingen van deze wet treden in werking de dag waarop zij in het Belgisch Staatsblad zijn bekendgemaakt" in plaats van "Deze wet treedt in werking op de dag waarop zij in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt".

Ontworpen artikel 11bis

1. In het ontworpen artikel 11bis, § 2, schrijve men duidelijkheidshalve : "Onverminderd de toepassing van hoofdstuk V van het Strafwetboek" in plaats van "Onverminderd de toepassing van de gewone regelen inzake herhaling" ³.

³Men schrijve overigens in de Nederlandse tekst "wanneer (...) een inbreuk wordt gepleegd" in plaats van "wanneer (...) een inbreuk zich voordoet".

2. Luidens artikel 42, 3°, van het Strafwetboek wordt bijzondere verbeurdverklaring toegepast op de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, op de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en op de inkomsten uit de belegde voordelen. Krachtens artikel 43bis, eerste lid, van het Strafwetboek kan de bijzondere verbeurdverklaring als bedoeld bij artikel 42, 3°, van dat wetboek in elk geval door de rechter worden uitgesproken.

Vraag is derhalve of in artikel 11bis, § 3, nog moet worden bepaald dat de rechtbank de verbeurdverklaring kan bevelen van de ongeoorloofde winsten die met behulp van de inbreuk werden gemaakt.

3. Binnen de hem toegemeten tijd heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, geen onderzoek kunnen wijden aan de toelaatbaarheid van het bepaalde in het ontworpen artikel 11bis, § 4, tweede lid, met name in het licht van het beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie. In ieder geval kan worden opgemerkt dat een aansprakelijkheid van een medevenoot voor een handeling van een vennoot niet zonder meer kan worden gelijkgesteld met de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van een vennootschap of vereniging voor een handeling gesteld door een orgaan of aangestelde van die vennootschap of vereniging.

4. In de toelichting bij het amendement wordt best verantwoord waarom in het ontworpen artikel 11bis, § 5, tweede lid, wordt afgeweken van artikel 43 van het Strafwetboek.

Het ontworpen artikel 11bis, § 5, zou best in twee afzonderlijke paragrafen worden onderverdeeld, waarbij de huidige eerste twee leden § 5 zouden vormen en de huidige twee laatste leden § 6.

Ontworpen artikel 11ter

1. Er dient nader te worden bepaald hoe aan de formele vereisten, gesteld in het ontworpen artikel 11ter, derde lid, dient te worden voldaan wanneer de waarschuwing wordt gegeven naar aanleiding van de overhandiging van het proces-verbaal van vaststelling van de feiten, bedoeld in het ontworpen artikel 11ter, tweede lid.

2. De in het ontworpen artikel 11ter, derde lid, 3°, vervatte regel dat het proces-verbaal van vaststelling van de strafbare feiten in de regel pas aan de procureur des Konings wordt medegedeeld wanneer geen gevolg wordt gegeven aan de waarschuwing⁴, 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 toelichting bij het amendement de redenen aan te geven die deze afwijking verantwoorden.

Ontworpen artikel 11quater

1. Krachtens het ontworpen artikel 11quater, § 1, hebben de processen-verbaal die door in die bepaling bedoelde personen 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 beperken⁵.

⁴Die regel kan niet worden toegepast wanneer met toepassing van het ontworpen artikel 11quater, § 2, 3°, beslag is gelegd op de in die bepaling genoemde zaken, omdat in dat geval de procureur des Konings het beslag binnen vijftien dagen zal dienen te bevestigen.

⁵Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.14.1, Arbitragehof nr. 95/2000, 13 juli 2000, B.9.1; Arbitragehof, nr. 141/2000, 21 december 2000, B.9.1 en Arbitragehof nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.12.1.

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

2. Het ontworpen artikel 11quater, § 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 aan de overtreder bij ter post aangetekende brief wordt betekend of hem binnen die termijn 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 ⁶.

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

3. Krachtens het ontworpen artikel 11quater, § 2, 1°, mogen de met de opsporing en vaststelling van de in het amendement bedoelde misdrijven belaste ambtenaren tijdens de gewone openings- of werkuren binnentreden in de lokalen en vertrekken waar zij voor het vervullen van hun opdracht toegang moeten hebben. Enkel voor het betreden van bewoonde lokalen hebben zij een voorafgaande machtiging van de rechter in (niet : bij) de politierechtbank nodig.

⁶A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht ?", in Liber Amicorum Paul De Vroede, Antwerpen, 1994, 501; A. DE NAUW, o.c., 78; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", R.W., 1980-81, 1374.

Het recht op eerbiediging van de woning wordt niet enkel gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet, maar ook bij artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en bij artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europees 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 ⁷.

Bovendien heeft het Arbitragehof er op 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 onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1, van het EVRM" ⁸. 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 ⁹.

Onverminderd hetgeen is opgemerkt sub 1 van de algemene opmerkingen, rijst de vraag of het amendement niet dient 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.

⁷E.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, 117-135.

⁸Arbitragehof, nr. 140/98, 16 december 1998, B.1.

⁹Ibid., B.2.

Te dien aanzien dient in het bijzonder te worden gewezen op de volgende overwegingen uit de arresten Funke, Crémieux en Mialhe van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens :

"37. Assurément, dans le domaine considéré - la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt - les Etats rencontrent de sérieuses difficultés résultant de l'ampleur et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que des multiples possibilités de déplacements internationaux, facilitées par la relative perméabilité des frontières. La Cour reconnaît donc qu'ils peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de délits de change et en poursuivre le cas échéant les auteurs. Encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir notamment, mutatis mutandis, l'arrêt Klass et autres précité, § 50).

38. Or il n'en allait pas ainsi en l'occurrence. A l'époque des faits - la Cour n'ayant pas à se prononcer sur les réformes législatives de 1986 et 1989, qui visaient à mieux protéger les individus -, l'administration des douanes disposait de pouvoirs fort larges : elle avait notamment compétence pour apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle. En l'absence surtout d'un mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi et soulignées par le Gouvernement (paragraphe 35 ci-dessus) apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits des requérants fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché" ¹⁰.

4. Er kan best - eventueel in de toelichting bij het amendement - worden verduidelijkt dat de bij artikel 11quater, § 2, 3°, ingestelde regeling inzake beslag geen afbreuk doet aan de in artikel 28sexies van het Wetboek van Strafvordering ingestelde rechtsbescherming in geval een persoon door een opsporingshandeling met betrekking tot zijn goederen - zoals de inbeslagneming - wordt geschaad. Een rechterlijke toetsing is immers, gelet op de artikelen 6, lid 1, van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, een voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van het opgezette systeem ¹¹.

¹⁰Citaat uit het arrest Mialhe.

¹¹J. VELU, conclusie voor Cass., 21 maart 1985, Pas. 1985, I, 925, voetnoot 49; M. BOES, "De administratiefrechtelijke bepalingen van de nieuwe wet op de handelspraktijken", in De nieuwe wet op de handelspraktijken, J. STUYCK en P. WYTINCK (eds), Antwerpen, 1992, 342-343.

De Raad van State, afdeling wetgeving, acht het voorts nuttig te herinneren aan de volgende passages uit het advies L. 23.564/8 van 12 juli 1994 over een voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 24 juli 1973 tot instelling van een verplichte avondsluiting in handel, ambacht en dienstverlening ¹² :

"Opgemerkt moet worden dat het beslag niet gehanteerd mag worden, hetzij door de betrokken ambtenaar, hetzij door het openbaar ministerie, als een drukkingsmiddel op de betrokken handelaar om op een door het bestuur of het parket voorgestelde minnelijke schikking in te gaan. De handelaar heeft immers het recht, op grond van de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, om de gegrondheid van het tegen hem geformuleerde verwijt van inbreuk op de strafwet te laten beoordelen door een strafrechter. Het organiseren van de afstand van dat recht, met name door een systeem van minnelijke schikkingen, is op zichzelf niet ongeoorloofd; vereist is dan evenwel dat de minnelijke schikking zonder dwang wordt aangegaan. Zoals uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt, kan de dreiging met een onevenredig hoge sanctie - en, a fortiori, de effectieve toepassing van zulke sanctie - de facto tot gevolg hebben dat de betrokken handelaar geen andere keuze heeft dan het voorstel tot minnelijke schikking te aanvaarden ¹³".

5. Nog in het ontworpen artikel 11quater, § 2, 3°, schrijve men, omwille van de terminologische eenvormigheid en conform de in het Wetboek van Strafvordering gebruikte terminologie, "procureur des Konings" in plaats van "openbaar ministerie".

6. 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 de federale procureur, op het vlak van de opsporing en de vaststelling van misdrijven op die ambtenaren uitoefent. Een inmenging vanwege ambtenaren bij de uitoefening van dat toezicht is immers onbestaanbaar met de door

¹²Parl. St., Kamer, 1997-98, nr. 1308/1.

¹³Gerefereerd werd aan het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 27 februari 1980, Deweer, Publ. Cour, reeks A, vol. 35, pp. 20-29, §§ 39-54, inzonderheid pp. 24-26, §§ 48-49.

artikel 151, § 1, van de Grondwet gewaarborgde onafhankelijkheid van het openbaar ministerie ¹⁴ bij de individuele opsporing en vervolging.

Aangezien de zinsnede "onverminderd hun ondergeschiktheid aan hun meerderen in het bestuur", in het ontworpen artikel 11quater, § 4, dubbelzinnigheid zou kunnen doen ontstaan omtrent de zo-even in herinnering gebrachte beginselen, kan die zinsnede beter vervallen.

7. Met betrekking tot het ontworpen artikel 11quater, § 5, wordt verwezen naar opmerking 2 bij het ontworpen artikel 11ter, die uiteraard ook geldt wanneer een minnelijke schikking was voorgesteld.

Voorts dient erop te worden gewezen dat de in artikel 11quater, § 5, vervatte regel niet toepasbaar is in geval van beslag, aangezien in dat geval de procureur des Konings het beslag binnen vijftien dagen zal dienen te bevestigen, wat noodzakelijkerwijze inhoudt dat hij kennis heeft van het proces-verbaal waarbij het misdrijf wordt vastgesteld.

Ontworpen artikel 11quinquies

1. Het ontworpen artikel 11quinquies, eerste lid, bepaalt dat de hiertoe door de bevoegde minister aangestelde ambtenaren, na inzage van de processen-verbaal die een inbreuk op de in het amendement bedoelde wet vaststellen en zijn opgemaakt door de in artikel 11quater bedoelde personen, aan de overtreder een som kunnen voorstellen waarvan de betaling de strafvordering doet vervallen.

In tegenstelling tot de bij het ontworpen artikel 11ter bedoelde waarschuwingsprocedure, die de eventuele uitoefening van de strafvordering geheel onverlet laat, vermogen de bevoegde ambtenaren in de procedure tot minnelijke schikking

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

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" ¹⁵ 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 ¹⁶ 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 ¹⁷. 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 ¹⁸.

¹⁵J. 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.

¹⁶BOSLY, H., "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", R.D.P., 1983, 47.

¹⁷Zie, onder meer, artikel 84 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, artikel 116 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument en artikel 13, § 3, van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten.

¹⁸Zie in dezelfde zin advies L. 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 L. 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 L. 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 L. 20.445/8 van 12 maart 1991 over een voorontwerp van wet "betreffende de

Reeds in haar advies L. 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.

In de adviezen L. 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 L. 16.350/1 van 16 januari 1985 heeft laten verstaan, "valt het op" (en is het dus ongewoon) dat een ambtenaar van het actief bestuur de bevoegdheid krijgt een minnelijke schikking voor te stellen waardoor de strafvordering vervalt. In vroegere adviezen, onder meer de adviezen L. 13.883/1 en L. 13.934/1 (...), had de Raad van State erop gewezen dat, naar luid van artikel 138 van het Gerechtelijk Wetboek, de vordering van de toepassing van de strafwet aan het openbaar ministerie toekomt. Indien een bestuursambtenaar bij middel van een minnelijke schikking de strafvordering kan verhinderen of doen vervallen, dan wordt die 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 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"¹⁹.

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.

uitoefening van ambulante activiteiten", Parl. St., Senaat, 1990-91, 1417-1; advies L. 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 L. 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.

¹⁹Zie ook in dit verband A. DE NAUW, o.c., 53 en 55.

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 ²⁰.

2. In vergelijking met de gemeenrechtelijke regeling inzake minnelijke schikking, vallen een aantal verschillen op.

Zo bevat het ontworpen amendement geen analoge bepaling als die opgenomen in artikel 216bis, § 4, van het Wetboek van Strafvordering naar luid waarvan, behoudens de in de tweede ervan opgenomen uitzondering, de eventueel aan een ander veroorzaakte schade geheel vergoed dient te zijn vooraleer de minnelijke schikking kan worden voorgesteld.

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.

3. Om de betrokkene toe te laten 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 ²¹.

²⁰Vgl. 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.

²¹A. 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 ²².

4. Er dient een termijn te worden bepaald waarbinnen het voorstellen van de minnelijke schikking dient te gebeuren.

²²Ibid.

Conformément à l'article 84, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée par la circonstance que

"ce règlement ¹ est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, mais ne peut être contrôlé sérieusement par défaut de sanction pénale. Il convient dès lors de remédier à cette situation le plus rapidement possible".

*

* *

Eu égard au bref délai qui lui est imparti pour donner son avis, le Conseil d'Etat, section de législation, s'est essentiellement limité, en application de l'article 84, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, à l'examen "du fondement juridique, de la compétence de l'auteur de l'acte ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites".

OBSERVATIONS GENERALES

1. L'amendement soumis pour avis comprend un certain nombre de dispositions qui dérogent aux règles de droit commun en matière de recherche, de constatation et de poursuite d'infractions. Il est ainsi opéré une différence de traitement entre, d'une part, les personnes qui sont soupçonnées, ou qui peuvent l'être, d'avoir commis des faits érigés en infraction par le texte en projet, et, d'autre part, les personnes qui sont soupçonnées, ou qui peuvent l'être, d'avoir commis des infractions punissables en vertu du droit pénal commun ou de lois particulières ne comprenant pas de règles comparables à celles contenues dans l'amendement.

¹Est visé le règlement (CE) n° 2560/2001 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2001 concernant les paiements transfrontaliers en euros.

En soi, il n'est pas incompatible avec le principe constitutionnel de l'égalité et de la non-discrimination qu'une catégorie déterminée d'infractions soit soumise à des règles spécifiques en matière de recherche, de constatation et de poursuite. Il est toutefois requis que la différence de traitement ainsi créée puisse être justifiée par des motifs propres aux infractions visées par ces règles spécifiques et qu'elle n'ait pas d'effets disproportionnés, eu égard à l'objectif de ces règles, d'une part, et les droits ou principes fondamentaux auxquels ces règles portent éventuellement atteinte, d'autre part ².

Il est dès lors recommandé d'exposer dans la justification de l'amendement les raisons pour lesquelles la nature spécifique des infractions visées justifie les dérogations aux règles de droit commun prévues dans l'amendement.

Le présent avis reviendra plus précisément sur un certain nombre de ces dérogations.

2. Il convient d'indiquer où l'amendement devra être inséré dans la loi-programme en projet.

3. Etant donné que la loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent transfrontaliers est mentionnée dans la phrase liminaire de l'amendement, les mots "de la même loi" figurant dans les différents éléments liminaires de l'amendement doivent être supprimés.

4. Etant donné que - également après la modification de la loi du 9 janvier 2000 par le présent amendement - l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette loi en concernera tous ces articles, cette disposition doit être inscrite dans un chapitre distinct et non dans le chapitre premier en projet, qui se rapporte à la transposition de la directive 97/5/CE du

2

Voir notamment Cour d'arbitrage, n° 40/2000, 6 avril 2000, Cour d'arbitrage, n° 16/2001, 14 février 2001 et Cour d'arbitrage, n° 38/2002, 20 février 2002.

Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers.

Si cette observation est accueillie, il conviendra évidemment de modifier la numérotation des autres chapitres de la loi du 9 janvier 2000.

5. Vu l'intitulé du nouveau chapitre premier (qui doit devenir le chapitre II), l'actuel article 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 9 janvier 2000 peut être omis.

6. Les auteurs de l'amendement devront vérifier si l'actuel article 12 de la loi du 9 janvier 2000 doit être incorporé dans le nouveau chapitre premier de cette loi, comme cela semble découler du 2° de l'amendement, ou si l'article visé doit également relever du chapitre II en projet, de cette loi, comme semble l'indiquer le 4° de l'amendement.

7. Etant donné qu'après l'adoption de l'amendement, les dispositions de la loi du 9 janvier 2000 n'entreront pas toutes en vigueur à la même date, il vaut mieux adapter l'article 13 de cette loi et écrire : "Les dispositions de la présente loi entrent en vigueur le jour de leur publication au Moniteur belge" au lieu de "La présente loi entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge".

Article 11bis en projet

1. Par souci de clarté, on écrira à l'article 11bis, § 2, en projet : "Sans préjudice de l'application du chapitre V du Code pénal" au lieu de "Sans préjudice de l'application des règles habituelles en matière de récidive" ³.

2. Aux termes de l'article 42, 3°, du Code pénal, la confiscation spéciale s'applique aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis. En vertu de l'article 43bis, alinéa 1^{er}, du Code pénal, la confiscation spéciale au sens de l'article 42, 3°, de ce code pourra toujours être prononcée par le juge.

La question est dès lors de savoir s'il convient encore de prévoir à l'article 11bis, § 3, que le tribunal peut ordonner la confiscation des bénéfices illicites réalisés à la faveur de l'infraction.

3. Dans le délai qui lui a été imparti, le Conseil d'Etat, section de législation, n'a pu examiner l'admissibilité de la règle énoncée à l'article 11bis, § 4, alinéa 2, en projet, notamment au regard du principe de l'égalité et de la non-discrimination. Quoi qu'il en soit, il peut être relevé que la responsabilité d'un associé pour un acte accompli par un autre associé ne peut être assimilée pleinement à la responsabilité civile d'une société ou d'une association pour un acte accompli par un organe ou un préposé de cette société ou de cette association.

4. Il se recommande d'indiquer dans la justification de l'amendement pourquoi l'article 11bis, § 5, alinéa 2, en projet, déroge à l'article 43 du Code pénal.

Il serait préférable de scinder l'article 11bis, § 5, en projet, en deux paragraphes distincts, les deux premiers alinéas actuels constituant alors le § 5 et les deux derniers alinéas actuels, le § 6.

Article 11ter en projet

1. Il y a lieu de préciser comment il convient de satisfaire aux formalités prévues à l'article 11ter, alinéa 3, en projet, lorsque l'avertissement est donné à l'occasion de la remise du procès-verbal de constatation des faits visé à l'article 11ter, alinéa 2, en projet.

2. La règle contenue à l'article 11ter, alinéa 3, 3°, en projet, et prévoyant que le procès-verbal de constatation des faits punissables n'est en règle générale communiqué au procureur du Roi qu'au cas où il n'est pas donné suite à l'avertissement ⁴, déroge à l'article 29, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle aux termes duquel "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 la justification de l'amendement, les motifs de cette dérogation.

Article 11quater en projet

1. Selon l'article 11quater, § 1^{er}, en projet, les procès-verbaux dressés par les personnes visées dans cette disposition, font foi jusqu'à preuve du contraire.

Une telle règle constitue une dérogation au principe général selon lequel 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 ⁵.

4

Cette règle ne peut être exécutée lorsqu'en application de l'article 11quater, § 2, 3°, en projet, les choses visées dans cette disposition font l'objet d'une saisie parce que, dans ce cas, le procureur du Roi devra confirmer la saisie dans les quinze jours.

5

Cour d'arbitrage, n° 40/2000, 6 avril 2000, B.14.1; Cour d'arbitrage n° 95/2000, 13 juillet 2000, B.9.1; Cour d'arbitrage, n° 141/2000, 21 décembre 2000, B.9.1 et Cour d'arbitrage, n° 16/2001, 14 février 2001, B.12.1.

Il est recommandé de motiver dans la justification de l'amendement l'attribution d'une valeur probante particulière aux procès-verbaux qui y sont visés.

2. Contrairement à ce que prévoient certaines lois particulières, l'article 11quater, § 1^{er}, en projet, 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 sous pli recommandé à la poste 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 ⁶.

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

3. Selon l'article 11quater, § 2, 1°, en projet, les agents chargés de rechercher et de constater les infractions visées dans l'amendement peuvent pénétrer, pendant les heures habituelles d'ouverture ou de travail, dans les locaux et pièces dont l'accès est nécessaire à l'accomplissement de leurs missions. Il ne leur faut obtenir l'autorisation préalable du juge du tribunal de police que pour pénétrer dans des locaux habités.

Le droit au respect du domicile n'est pas uniquement garanti 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) et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il appert de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la notion de "domicile" doit faire l'objet

6

A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht ?", in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Anvers, 1994, 501; A. DE NAUW, o.c., 78; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", *R.W.*, 1980-81, 1374.

d'une conception étendue dans ce contexte et qu'elle porte notamment sur les locaux professionnels et commerciaux ⁷.

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" ⁸. La Cour déduit de cette constatation que les dérogations à cette règle ne peuvent être qu'exceptionnelles et doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent ⁹.

Sans préjudice de la remarque formulée au point 1 des observations générales, la question se pose de savoir si l'amendement ne doit pas prévoir des garanties particulières pour la visite de lieux qui, bien que ne correspondant pas à un "domicile" au sens de l'article 15 de la Constitution, bénéficient néanmoins des garanties visées dans les dispositions de la convention précitées.

A cet égard, il y a lieu de faire plus particulièrement état des considérations suivantes formulées dans les arrêts Funke, Crémieux et Miaillhe de la Cour européenne des droits de l'homme :

7

C.E.D.H., 16 décembre 1992, Niemietz, Publ. Cour, Série A, vol. 251-B; C.E.D.H., 25 février 1993, Funke, Crémieux et Miaillhe, 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", R. Trim. Dr. H., 1994, 117-135.

8

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

9

Ibid., cons. B.2.

"37. Assurément, dans le domaine considéré - la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt - les Etats rencontrent de sérieuses difficultés résultant de l'ampleur et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que des multiples possibilités de déplacements internationaux, facilitées par la relative perméabilité des frontières. La Cour reconnaît donc qu'ils peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de délits de change et en poursuivre le cas échéant les auteurs. Encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir notamment, mutatis mutandis, l'arrêt *Klass* et autres précité, § 50).

38. Or il n'en allait pas ainsi en l'occurrence. A l'époque des faits - la Cour n'ayant pas à se prononcer sur les réformes législatives de 1986 et 1989, qui visaient à mieux protéger les individus -, l'administration des douanes disposait de pouvoirs fort larges : elle avait notamment compétence pour apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle. En l'absence surtout d'un

mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi et soulignées par le Gouvernement (paragraphe 35 ci-dessus) apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits des requérants fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché" ¹⁰.

4. Il est conseillé de préciser - éventuellement dans la justification de l'amendement - que la règle instaurée en matière de saisie par l'article 11quater, § 2, 3°, ne porte pas atteinte à la protection juridique prévue à l'article 28sexies du Code d'instruction criminelle dans le cas d'une personne lésée par un acte d'information relatif à ses biens - tel que la saisie. En effet, au regard de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, un contrôle judiciaire est une condition de validité du régime instauré ¹¹.

En outre, le Conseil d'Etat, section de législation, estime nécessaire de rappeler les passages suivants de l'avis L. 23.564/8 du 12 juillet 1994 sur un avant-projet de loi modifiant la loi du 24 juillet 1973 instaurant la fermeture obligatoire du soir dans le commerce, l'artisanat et les services ¹² :

"Il est à noter que la saisie ne peut être utilisée ni par le fonctionnaire concerné ni par le ministère public comme un moyen de faire pression sur le commerçant concerné pour qu'il accepte la transaction proposée par l'administration ou le parquet. En effet, le commerçant a le droit, sur le fondement des articles 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et 14, § 1, du Pacte

1 0

Citation extraite de l'arrêt Mialhe.

1 1

J. VELU, conclusions avant Cass., 21 mars 1985, Pas. 1985, I, 925, note de bas de page 49; M. BOES, "De administratiefrechtelijke bepalingen van de nieuwe wet op de handelspraktijken", dans "De nieuwe wet op de handelspraktijken", J. STUYCK et P. WYTINCK (éditeurs), Anvers, 1992, 342-343.

1 2

Doc. parl., Chambre, 1997-98, n° 1308/1.

international relatif aux droits civils et politiques, de faire apprécier par un juge pénal le bien-fondé du grief d'infraction à la loi pénale qui lui est fait. L'organisation de la renonciation à ce droit, notamment par un système de transactions, n'est en soi pas illicite; il est impératif toutefois qu'il soit souscrit à la transaction sans contrainte. Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la menace d'une sanction lourde et

disproportionnée - et, a fortiori, l'application effective d'une telle sanction - risque d'avoir pour conséquence, de fait, que le commerçant concerné n'a d'autre choix que d'accepter la proposition de transaction ¹³".

5. Toujours à l'article 11quater, § 2, 3°, on écrira "procureur du Roi" au lieu de "ministère public", par souci d'uniformité terminologique et conformément à la terminologie utilisée dans le Code d'instruction criminelle.

6. 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 par le procureur fédéral sur le plan de la recherche et de la constatation des infractions. 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 ¹⁴, garantie par l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution.

Dès lors que le segment de phrase "sans préjudice de leur subordination à leurs supérieurs dans l'administration" figurant à l'article 11quater, § 4, pourrait être source d'ambiguïté en ce qui concerne les principes qui viennent d'être rappelés, il serait préférable d'omettre ce segment.

1

3

Il a été fait référence à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 février 1980, Deweer, Publ. Cour, série A, vol. 35, pp. 20-29, §§ 39-54, notamment pp. 24-26, §§ 48-49.

1

4

Voir à ce sujet Cour d'arbitrage, n° 40/2000, 6 avril 2000, cons. B.2.4.1 et Cour d'arbitrage, n° 16/2001, 14 février 2001, cons. B.23.1.

7. En ce qui concerne l'article 11quater, § 5, en projet, on se référera à l'observation 2 formulée à l'égard de l'article 11ter en projet, qui s'applique bien entendu également en cas de proposition de transaction.

Il est à observer en outre que la règle figurant à l'article 11quater, § 5, n'est pas applicable en cas de saisie dès lors que, dans ce cas, le procureur devra confirmer la saisie dans les quinze jours, ce qui implique nécessairement qu'il ait connaissance du procès-verbal de constatation de l'infraction.

Article 11quinquies en projet

1. L'article 11quinquies, alinéa 1^{er}, en projet, dispose que les agents commissionnés à cette fin par le ministre compétent peuvent, au vu des procès-verbaux constatant une infraction à la loi visée dans l'amendement et dressés par les agents visés à l'article 11quater, proposer au contrevenant le paiement d'une somme qui éteint l'action publique.

Alors que la procédure d'avertissement, visée à l'article 11ter, en projet, n'affecte en rien l'exercice éventuel de l'action publique dans la procédure transactionnelle, 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" ¹⁵ 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 ¹⁶.

¹⁵J. 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, *Beginnelsen van strafrechtspleging*, Anvers, 1999 p. 66, n° 130 et J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépénalisation", R.D.P., 1978, 833-837.

¹⁶H. 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 ¹⁷. Il estime néanmoins devoir rappeler que ces dispositions ne sont guère conciliables avec les principes généraux qui régissent l'intervention du ministère public ¹⁸.

Dans son avis L. 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.

¹⁷Voir, entre autres, l'article 84 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, l'article 116 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur et l'article 13, § 3, de la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice d'activités ambulantes et l'organisation des marchés publics.

¹⁸Voir, en ce sens, l'avis L. 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 L. 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 L. 13.934/1 du 1^{er} 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 L. 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 L. 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.

Dans les avis L. 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 L. 16.350/1 (...) le 16 janvier 1985, "il est à remarquer" (donc inhabituel) qu'un fonctionnaire de l'administration active reçoive la faculté de proposer une transaction éteignant l'action publique. Dans des avis antérieurs, entre autres les avis L. 13.883/1 et L. 13.934/1 (...), le Conseil d'Etat a rappelé qu'aux termes de l'article 138 du Code judiciaire, il appartient au ministère public d'exercer l'action publique. Si un fonctionnaire de l'administration peut empêcher ou faire s'éteindre l'action publique au moyen d'une transaction, cette faculté du ministère public s'en trouve amputée, en ce qui concerne les faits punissables en question. Dans ce cas, l'administration se substitue au pouvoir judiciaire et, plus généralement, les missions de l'administration et celles des parquets sont, toujours en ce qui concerne les faits en question, mises sur le même plan. Cette situation irait à l'encontre de la répartition des compétences qui caractérise un système étatique tel que le nôtre, qui admet que les membres des parquets agissent auprès des cours et tribunaux en qualité de membres du pouvoir judiciaire et non en qualité de fonctionnaires de l'administration" ¹⁹.

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 de l'infraction ou des circonstances dans lesquelles elle a été commise, de poursuivre l'intéressé pénalement ²⁰.

¹⁹Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, o.c., 53 et 55.

²⁰Comparer 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.

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

Ainsi, l'amendement en projet, ne contient-il pas de disposition analogue à celle figurant à l'article 216bis, § 4, du Code d'instruction criminelle, aux termes duquel le dommage éventuellement causé à autrui doit être entièrement réparé avant que la transaction puisse être proposée, sauf l'exception figurant au secundo.

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.

3. 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 ²¹.

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 ²².

4. Il s'impose de fixer un délai dans lequel la proposition de transaction doit se faire.

²¹A. DE NAUW, o.c., 95.

²²Ibid.

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,

Mevrouw A. BECKERS,
Madame

griffier,
greffier.

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

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

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, referendaris.

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.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME