

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.187/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 8 augustus 2006 door de Minister van Economie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 29 september 2006, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de bestraffing van namaak en piraterij van intellectuele eigendomsrechten", heeft op 21 september 2006 het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het voorontwerp van wet heeft kunnen verrichten.

*
* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe de overheid en de houders van intellectuele-eigendomsrechten meer efficiëntere middelen te verstrekken om de productie en het in de handel brengen van goederen die inbreuk maken op bepaalde intellectuele-eigendomsrechten, te bestrijden.

Het ontwerp bevat aldus bepalingen inzake:

- de nadere uitvoering van verordening (EG) nr. 1383/2003 van de Raad van de Europese Unie van 22 juli 2003 inzake het optreden van de douaneautoriteiten ten aanzien van goederen waarvan wordt vermoed dat zij inbreuk maken op bepaalde intellectuele-eigendomsrechten en inzake de maatregelen ten aanzien van goederen waarvan is vastgesteld dat zij inbreuk maken op dergelijke rechten (hoofdstuk II - artikelen 2 tot 7 van het ontwerp);
- sancties voor inbreuken op een hele reeks intellectuele eigendomsrechten (hoofdstuk III - artikelen 8 tot 17);

.../...

- opsporing en vaststelling van de inbreuken bedoeld in hoofdstuk III (hoofdstuk IV - artikelen 18 tot 21);
- coördinatie en opvolging van het optreden tegen namaak en piraterij (hoofdstuk V - artikelen 22 tot 27);
- wijziging en opheffing van een aantal wettelijke bepalingen (hoofdstuk VI - artikelen 28 tot 34).

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Aangezien door de ontworpen regeling, rechtstreeks of onrechtstreeks, de ontvangsten kunnen worden beïnvloed, zal deze, overeenkomstig artikel 5, 2°, van het koninklijk besluit van 16 november 1994 betreffende de administratieve en begrotingscontrole, ook aan de voorafgaande akkoordbevinding van de Minister van Begroting moeten worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat het gebruik van de termen "namaakgoederen" en "door piraterij verkregen goederen" vermeden werd en dat daarentegen gebruik is gemaakt van de uitdrukking "goederen die inbreuk maken op een intellectuele-eigendomsrecht". Het verdient dan ook aanbeveling om dezelfde terminologie te hanteren in het opschrift.

Artikel 5

1. Artikel 5 van het ontwerp bevat een strafbepaling. Uit de artikelen 12 en 14 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 7 van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), en met artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, vloeit voort dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag ontplooit, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is, opdat hij dat gedrag, rekening houdende hiermee, alsnog zou kunnen aanpassen. De wetgever mag derhalve de bijzondere vereisten inzake nauwkeurigheid, duidelijkheid en voorspelbaarheid waaraan strafwetten moeten voldoen, niet veronachtzamen ⁽¹⁾. Het legaliteitsbeginsel geldt eveneens voor de straffen ⁽²⁾.

In het licht van deze beginselen is de verwijzing, in artikel 5, § 1, van het ontwerp, naar artikel 231, § 1, van de algemene wet inzake douane en accijnzen, gecoördineerd op 18 juli 1977, te vaag. Immers, deze bepaling verwijst op haar beurt naar andere bepalingen van de algemene wet, waarvan sommige strafbepalingen bevatten (zie de artikelen 220 en 221 van de algemene wet), terwijl andere daarentegen op verbeurdverklaring (zie eveneens artikel 221), inbeslagneming (artikel 230) of aanhouding (artikel 248, § 1) betrekking hebben. De betrokken strafbaarstellingen zullen in het ontwerp duidelijker moeten worden aangegeven, bij voorkeur door ze direct in plaats van door verwijzing te regelen.

Ook voor de verhoging van de strafmaat (zie de ontworpen paragraaf 1, tweede lid) dient aangeduid te worden op welke straffen zij precies betrekking heeft.

⁽¹⁾ Zie in die zin bijvoorbeeld Arbitragehof, 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.33; Arbitragehof, 20 oktober 2004, nr. 158/2004, B.5.4 en B.5.6; Arbitragehof, 19 januari 2005, nr. 14/2005, B.38 en B.39.

⁽²⁾ J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 94, nr. 13. Zie, wat artikel 7 EVRM betreft: EHRM, 25 mei 1993, Kokkinakis t. Griekenland, § 52.

2. In het ontworpen artikel 5, § 3, stemt het woord "behandeld" in de Nederlandse tekst niet overeen met de in de Franse tekst gebruikte term ("poursuivie"). Die discordantie dient te worden verholpen.

Artikel 8

De woorden "en onverminderd § 2" in artikel 8, § 1, tweede lid, van het ontwerp zijn overbodig en kunnen beter worden geschrapt.

Artikel 13

Uit artikel 13, § 2, van het ontwerp volgt dat de rechtbank de vernietiging kan bevelen van de goederen die een intellectuele-eigendomsrecht schenden en die het voorwerp hebben uitgemaakt van een bijzondere verbeurdverklaring, dit "op kosten van de eigenaar, de houder of de geadresseerde van die goederen, zelfs als deze goederen geen eigendom zijn van de veroordeelde".

Er kan worden aanvaard, op grond van wat in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, dat de vernietiging van de namaakwaren noodzakelijk is om een coherent namaak- en piraterijbestrijdingsbeleid te voeren, maar niet dat de vernietiging kan worden bevolen op kosten van de eigenaar, als dat een andere persoon is dan de veroordeelde. Immers een derde die geen strafrechtelijke schuld treft, kan niet worden gestraft. In de memorie van toelichting wordt overigens verantwoord waarom in de mogelijkheid moet worden voorzien om de vernietiging te bevelen, doch niet waarom de kosten ervan ten laste van een derde moeten gelegd kunnen worden als die er de eigenaar van is.

Artikel 15

Het ontworpen tweede lid verleent de rechter de mogelijkheid om een tijdelijk of permanent verbod op de uitoefening van handelsactiviteiten door de veroordeelde te bevelen. Dergelijk beroepsverbod vormt voor de persoon die het ondergaat een zeer ernstige beperking van de vrijheid van handel en nijverheid.

Dergelijke maatregelen zijn slechts aanvaardbaar indien ze niet klaarblijkelijk onevenredig zijn met het nagestreefde doel. Daarover zal het Arbitragehof gebeurlijk dienen te oordelen.

Vraag is echter of een niet in de tijd beperkt beroepsverbod al niet in beginsel onverenigbaar is met de hogere rechtsnormen. Het Arbitragehof heeft in een aantal arresten bepalingen in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet verklaard wegens het instellen van automatische en niet in de tijd beperkte beroepsverboden ⁽³⁾. De wetgever heeft met de wet van 2 juni 1998 het in artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, opgenomen automatische en onbeperkt in de tijd geldende beroepsverbod gewijzigd in een door de rechter te beoordelen beroepsverbod, waarvan de duur niet minder dan drie en niet meer dan tien jaar mag bedragen.

In het voorliggende geval gaat het weliswaar niet om een automatisch verbod, vermits de rechter erover zal moeten oordelen, doch de mogelijkheid wordt geschapen om een permanent verbod op de uitoefening van handelsactiviteiten te bevelen.

In het licht van wat hiervoor is uiteengezet zullen de stellers het ontwerp aan een nieuw onderzoek moeten onderwerpen. Gelet op de beperkte tijd die de Raad van State, afdeling wetgeving, voor zijn onderzoek is gelaten, was het immers niet mogelijk om deze problematiek grondiger uit te diepen.

Artikel 17

Artikel 17 bepaalt dat de hiertoe door de bevoegde minister aangestelde ambtenaren, op inzage van de door hen opgemaakte processen-verbaal waarin een inbreuk op de in het ontwerp vermelde artikelen is vastgesteld, aan de overtreder een som kunnen voorstellen waarvan de betaling de strafvordering doet vervallen.

⁽³⁾ Arbitragehof, nr. 57/98, 27 mei 1998; Arbitragehof, nr. 87/98, 15 juli 1998; Arbitragehof, nr. 119/2000, 16 november 2000.

In tegenstelling tot de bij artikel 16 bedoelde waarschuwingsprocedure, die de eventuele uitoefening van de strafvordering geheel onverlet laat, vermogen de bevoegde ambtenaren, behoudens in geval van klacht vanwege de benadeelde partij, 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" ⁽⁴⁾ doordat hem zijn bevoegdheid om te oordelen of het al dan niet instellen van de strafvordering wordt ontnomen en zonder enige vorm van controle van zijnentwege ⁽⁵⁾ 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 ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ J. MATTHIJS, "Een dwingende noodzaak : het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", R.W. 1975-76, 340; zie ook R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Antwerpen, 1999, p. 66, nr. 130 en J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépenalisation", R.D.P., 1978, 833-837.

⁽⁵⁾ BOSLY, H., "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", R.D.P., 1983, 47.

⁽⁶⁾ Zie, onder meer, artikel 84 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, artikel 116 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument en artikel 13, § 3, van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten.

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 ⁽⁷⁾.

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 ⁽⁸⁾.

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

⁽⁷⁾ Zie 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 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.

⁽⁸⁾ Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys & Breesch, 1994.

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" ⁽⁹⁾.

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

Gelet op de zo-even uiteengezette bezwaren, wordt ter overweging gegeven een systeem in te voeren waarbij de bevoegde ambtenaren een minnelijke schikking kunnen voorstellen, doch enkel nadat het openbaar ministerie de kans heeft gekregen om binnen een bepaalde termijn te beslissen dat er, de ernst van het misdrijf of de omstandigheden waarin het is gepleegd in acht genomen, geen aanleiding is om de betrokkene strafrechtelijk te vervolgen ⁽¹⁰⁾.

Hoofdstuk IV

1. Gelet op de strekking van de regelen opgenomen in hoofdstuk IV van het ontwerp, dient in het opschrift van het hoofdstuk te worden aangegeven dat het om het opsporen en vaststellen van inbreuken op de bepalingen van hoofdstuk III gaat.

2. Hoofdstuk IV van het ontwerp 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 artikelen 8, 9

⁽⁹⁾ Zie ook in dit verband A. DE NAUW, o.c., 53 en 55.

⁽¹⁰⁾ Vgl. met het systeem dat in het sociaal strafrecht geldt inzake administratieve geldboeten (art. 5 en 7 van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten). Wanneer voor een systeem van minnelijke schikking wordt geopteerd, zal de zaak opnieuw aan het openbaar ministerie moeten worden voorgelegd in geval van niet-aanvaarding van de minnelijke schikking.

en 10 van het ontwerp en, anderzijds, personen die worden of kunnen worden verdacht van misdrijven, strafbaar gesteld in het gemeen strafrecht of in bijzondere strafwetten waarin geen vergelijkbare regels als in het ontwerp zijn opgenomen.

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 ⁽¹¹⁾.

Het verdient dan ook aanbeveling om in de memorie van toelichting op een meer uitgebreide en specifieke wijze dan thans het geval is, uiteen te zetten waarom de eigen aard van de betrokken misdrijven de afwijkingen van de gemeenrechtelijke regels waarin het ontwerp voorziet, verantwoordt. Dit klemmt des te meer omdat het ontwerp een aantal op de douanewetgeving geïnspireerde bepalingen bevat (zie bv. artikel 19) die extensieve rechten aan de administratie toekennen.

3. Krachtens artikel 18, tweede lid, kunnen de in het eerste lid bedoelde ambtenaren processen-verbaal opstellen die bewijskracht hebben tot het tegendeel bewezen is ⁽¹²⁾.

Het Arbitragehof heeft erop gewezen dat zulk een regel een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en 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

⁽¹¹⁾ Raadpl. o.m. Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000; Arbitragehof, nr. 16/2001, 14 februari 2001; Arbitragehof, nr. 38/2002, 20 februari 2002.

⁽¹²⁾ Volgens de memorie van toelichting is die bijzondere wettelijke bewijswaarde beperkt, maar uit de tekst van het ontwerp valt dit niet op te maken. Die beperkingen dienen in de tekst zelf te worden weergegeven.

berusten en het de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze mag beperken ⁽¹³⁾.

Artikel 20

1. Omwille van de transparantie en de rechtszekerheid is het wenselijk de bevoegdheidstoewijzing aan de betrokken ambtenaren in te schrijven in de in paragraaf 1 aangehaalde wetten ⁽¹⁴⁾.

2. In verband met de bewijskracht van de processen-verbaal bedoeld in paragraaf 2 kan worden verwezen naar wat is opgemerkt bij artikel 18 van het ontwerp.

Artikel 22

Het verdient aanbeveling dit artikel op te splitsen in twee afzonderlijke artikelen, nl. een eerste waarin de coördinatieregeling wordt opgenomen en een tweede waarin de erkenningsregeling inzake experts wordt bepaald.

Overigens zijn de taken en bevoegdheden van die experts niet duidelijk geregeld, en verdient het aanbeveling om de basisregels daaromtrent in het ontwerp in te schrijven.

Artikel 35

Het eerste lid van artikel 35 kan beter worden aangevuld met de woorden: "met uitzondering van artikel 34, 2°, waarvan de datum van inwerkingtreding door de Koning wordt vastgesteld". Het tweede lid kan dan weggelaten worden.

⁽¹³⁾ Zie bijvoorbeeld Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.14.1; Arbitragehof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.12.1.

⁽¹⁴⁾ Hoofdstuk VI van het ontwerp bevat overigens reeds bepalingen tot wijziging van die wetten.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste
auditeur-wnd. afdelingshoofd.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 41.187/1

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de l'Économie, le 8 août 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 29 septembre 2006, sur un projet de loi "relative à la répression de la contrefaçon et de la piraterie de droits de propriété intellectuelle", a donné le 21 septembre 2006 l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif de l'avant-projet de loi.

*
* * *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

Le projet soumis pour avis a pour objectif de mettre à la disposition des autorités publiques et des titulaires de droits de propriété intellectuelle des moyens pour lutter de manière plus efficace contre la production et la commercialisation des marchandises portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle.

Le projet contient ainsi des dispositions en matière:

- de mise en oeuvre du règlement (CE) n°1383/2003 du 22 juillet 2003 du Conseil de l'Union européenne concernant l'intervention des autorités douanières à l'égard de marchandises soupçonnées de porter atteinte à certains droits de propriété intellectuelle ainsi que les mesures à prendre à l'égard de marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle (chapitre II - articles 2 à 7 du projet);
- de sanctions pour des atteintes à toute une série de droits de propriété intellectuelle (chapitre III - articles 8 à 17);
- de recherche et de constatation des infractions visées au chapitre III (chapitre IV - articles 18 à 21);

.../...

- de coordination et de suivi des actions de lutte contre la contrefaçon et la piraterie (chapitre V - articles 22 à 27);
- de modification et d'abrogation d'un certain nombre de dispositions législatives (chapitre VI - articles 28 à 34).

FORMALITÉS PRÉALABLES

La réglementation en projet étant susceptible d'influencer directement ou indirectement les recettes, elle devra également être soumise à l'accord préalable du Ministre du Budget, conformément à l'article 5, 2°, de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire.

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

L'exposé des motifs indique que l'utilisation des termes "marchandises de contrefaçon" et "marchandises pirates" a été écartée au profit de l'expression "marchandises portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle". Mieux vaut dès lors utiliser une terminologie identique dans l'intitulé.

Article 5

1. L'article 5 du projet est une disposition pénale. Il découle des articles 12 et 14 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable, afin qu'il puisse encore adapter ce comportement en conséquence. Le législateur ne peut donc pas faire fi des exigences

.../...

particulières de précision, de clarté et de prévisibilité auxquelles doivent satisfaire les lois en matière pénale ⁽¹⁾. Le principe de légalité s'applique également à l'égard des peines ⁽²⁾.

Au regard de ces principes, la référence à l'article 231, § 1^{er}, de la loi générale sur les douanes et accises, coordonnée le 18 juillet 1977, figurant à l'article 5, § 1^{er}, du projet est trop vague. En effet, cette disposition fait à son tour référence à d'autres dispositions de la loi générale, parmi lesquelles certaines comportent des dispositions pénales (voir les articles 220 et 221 de la loi générale), alors qu'en revanche d'autres dispositions ont trait à la confiscation (voir également l'article 221), la saisie (l'article 230) ou à l'arrestation (article 248, § 1^{er}). Le projet devra mieux préciser les incriminations, de préférence en les établissant directement et non pas par référence.

Il convient également d'indiquer précisément quelles peines sont visées par le relèvement du taux de la peine (voir le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, en projet).

2. Dans le texte néerlandais de l'article 5, § 3, en projet, le mot "behandeld" ne correspond pas au terme ("poursuivie") utilisé dans le texte français. Il y a lieu de remédier à cette discordance.

Article 8

Mieux vaudrait omettre les mots "et sans préjudice du § 2" figurant à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, qui sont superflus.

Article 13

Il résulte de l'article 13, § 2, du projet que le tribunal peut ordonner la

⁽¹⁾ Voir en ce sens, par exemple, Cour d'arbitrage, 6 octobre 2004, n° 157/2004, B.33; Cour d'arbitrage, 20 octobre 2004, n° 158/2004, B.5.4 et B.5.6; Cour d'arbitrage, 19 janvier 2005, n° 14/2005, B.38 et B.39.

⁽²⁾ J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State*, afdeling Wetgeving, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 94, n° 13. Voir en ce qui concerne l'article 7: CEDH, 19 avril 1993, Kokkinakis c/ Grèce, § 52.

destruction des marchandises portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle et qui ont fait l'objet d'une confiscation spéciale et ce "aux frais du propriétaire, du détenteur ou du destinataire de ces marchandises, même si ces marchandises ne sont pas la propriété du condamné".

Le commentaire figurant dans l'exposé des motifs permet d'admettre qu'une politique de lutte cohérente contre la contrefaçon et la piraterie nécessite de détruire les marchandises contrefaites, mais non pas que la destruction puisse être ordonnée aux frais du propriétaire lorsque celui-ci est une personne autre que le condamné. En effet, un tiers qui est pénalement innocent ne peut être sanctionné. Au demeurant, si l'exposé des motifs explique pourquoi il y a lieu de prévoir la possibilité d'ordonner la destruction, il ne justifie pas pourquoi il faut pouvoir mettre les frais de celle-ci à la charge d'un tiers lorsqu'il est le propriétaire.

Article 15

Le deuxième alinéa en projet donne au juge la possibilité d'ordonner, soit à titre temporaire, soit à titre définitif, l'interdiction d'exercer des activités commerciales par le condamné. Pareille interdiction professionnelle porte gravement atteinte à la liberté de commerce et d'industrie de la personne qui en est frappée.

Des mesures de cette nature ne peuvent être admises que si elles ne sont pas manifestement disproportionnées eu égard à l'objectif poursuivi. La Cour d'arbitrage devra, le cas échéant, se prononcer à ce sujet.

On peut cependant se demander si une interdiction professionnelle illimitée dans le temps n'est pas déjà inconciliable en principe avec les normes juridiques supérieures. Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour d'arbitrage a déclaré contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution des dispositions instituant des interdictions professionnelles automatiques et non limitées dans le temps ⁽³⁾. Par la voie de la loi du 2 juin 1998, le législateur a modifié l'interdiction professionnelle automatique et sans limitation de temps figurant à l'article 1^{er} de l'arrêté royal n°22 du 24 octobre 1934 relatif

⁽³⁾ Cour d'arbitrage, n° 57/98, 27 mai 1998; Cour d'arbitrage, n° 87/98, 15 juillet 1998; Cour d'arbitrage, n° 119/2000, 16 novembre 2000.

à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités pour en faire une interdiction professionnelle laissée à l'appréciation du juge, ayant une durée minimale de trois ans et maximale de dix ans.

S'il est vrai qu'en l'espèce il ne s'agit pas d'une interdiction automatique dès lors que le juge devra la prononcer, on institue cependant la possibilité d'ordonner une interdiction permanente de l'exercice des activités commerciales.

Les auteurs du projet devront le réexaminer à la lumière des considérations qui précèdent. Le temps limité qui lui a été imparti n'a en effet pas permis au Conseil d'État, section de législation, d'examiner cette problématique d'une manière plus approfondie.

Article 17

L'article 17 dispose que les agents désignés par le ministre compétent peuvent, au vu des procès-verbaux constatant une infraction aux dispositions des articles mentionnés dans le projet et dressés par eux, proposer au contrevenant le paiement d'une somme qui éteint l'action publique.

Alors que la procédure d'avertissement, visée à l'article 16, n'affecte en rien l'exercice éventuel de l'action publique, les fonctionnaires compétents ont le pouvoir, sauf si la partie lésée a porté plainte, de statuer sur l'action publique étant donné que l'acceptation par le contrevenant du règlement transactionnel éteint l'action publique.

Ainsi, le ministère public se voit "couper la route" ⁽⁴⁾, 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 ⁽⁵⁾.

Le Conseil d'État, section de législation, est conscient de ce que, dans le passé, le législateur a déjà introduit des dispositions de portée identique ⁽⁶⁾. Il estime néanmoins devoir rappeler que ces dispositions ne sont guère conciliables avec les principes généraux qui régissent l'intervention du ministère public ⁽⁷⁾.

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

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

(6) Voir, notamment, 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.

(7) Voir, 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 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 L. 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 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 ⁽⁸⁾.

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

"Ainsi que le Conseil d'État 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'État 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" ⁽⁹⁾.

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,

⁽⁸⁾ Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise, Gand, Mys & Breesch, 1994, 53 et 55.

⁽⁹⁾ Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, o.c., 53 et 55.

dans un délai déterminé, qu'il n'y a pas lieu, compte tenu de la gravité du délit ou des circonstances dans lesquelles il a été commis, de poursuivre l'intéressé pénalement ⁽¹⁰⁾.

Chapitre IV

1. Vu la portée des règles inscrites au chapitre IV du projet, il y a lieu de préciser dans l'intitulé du chapitre qu'il s'agit de la recherche et de la constatation des infractions aux dispositions du chapitre III.

2. Le chapitre IV du projet contient un certain nombre de dispositions qui dérogent au droit commun en matière de recherche, de constatation et de poursuite des infractions. Une différence de traitement est ainsi instituée entre, d'une part, les personnes soupçonnées ou susceptibles d'être soupçonnées d'infractions sanctionnées par les articles 8, 9 et 10 du projet et, d'autre part, les personnes soupçonnées ou susceptibles d'être soupçonnées d'infractions sanctionnées par le droit pénal commun ou des lois pénales particulières ne portant pas de règles comparables à celles figurant dans le projet.

L'application de règles spécifiques en matière de recherche, de constatation et de poursuite à une catégorie particulière d'infractions n'est en soi pas inconciliable avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. La différence de traitement ainsi créée doit cependant alors pouvoir être justifiée par des motifs propres aux infractions auxquelles s'appliquent ces règles et ne peut pas produire d'effets disproportionnés eu égard d'une part, à leur objectif et d'autre part aux droits ou principes fondamentaux auxquels elles portent éventuellement atteinte ⁽¹¹⁾.

Il est dès lors recommandé que l'exposé des motifs précise d'une manière plus étendue et plus spécifique qu'il ne le fait actuellement en quoi la nature propre des infractions visées justifie les dérogations aux règles de droit commun que prévoit le projet. Cette observation est d'autant plus prégnante que le projet comporte un certain

⁽¹⁰⁾ Comparer avec le système qui s'applique, en droit pénal social, en ce qui concerne les amendes administratives (articles 5 et 7 de la loi du 30 juin 1971 concernant les amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales). Si le choix se porte sur un système de transaction, il faudra à nouveau soumettre l'affaire au ministère public lorsque la transaction n'est pas acceptée.

⁽¹¹⁾ Cons. notamment Cour d'arbitrage, n° 40/2000, 6 avril 2000; Cour d'arbitrage, n° 16/2001, 14 février 2001, Cour d'arbitrage, n° 38/2002, 20 février 2002.

nombre de dispositions s'inspirant de la législation douanière (voir par exemple l'article 19) qui accordent des droits étendus à l'administration.

3. En vertu de l'article 18, alinéa 2, les procès-verbaux dressés par les agents visés à l'alinéa 1^{er} font foi jusqu'à preuve du contraire ⁽¹²⁾.

La Cour d'arbitrage a souligné qu'une règle de l'espèce constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement et partant, 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 ⁽¹³⁾.

Article 20

1. Par souci de transparence et de sécurité juridique, il serait souhaitable d'inscrire l'attribution de compétences aux agents concernés dans les lois mentionnées au paragraphe 1^{er} ⁽¹⁴⁾.

2. En ce qui concerne la force probante des procès-verbaux visés au paragraphe 2, on peut se reporter à l'observation formulée à l'égard de l'article 18 du projet.

⁽¹²⁾ Selon l'exposé des motifs, cette valeur probante légale particulière est limitée, ce qui ne ressort pas du texte du projet. Il y a lieu de mentionner ces limites dans le texte proprement dit.

⁽¹³⁾ Voir, par exemple, Cour d'arbitrage, n° 40/2000, 6 avril 2000, B.14.1; Cour d'arbitrage, n° 16/2001, 14 février 2001, B.12.1.

⁽¹⁴⁾ Au demeurant, le chapitre VI du projet comporte déjà des dispositions modificatives de ces lois.

Article 22

Il est recommandé de scinder cet article en deux articles distincts, l'un énonçant les règles de coordination, l'autre les règles d'agrément des experts.

Au demeurant, les missions et attributions de ces experts n'étant pas réglées clairement, il est recommandé d'en inscrire les règles de base dans le projet.

Article 35

Mieux vaudrait compléter l'alinéa 1^{er} de l'article 35 par les mots: "à l'exception de l'article 34, 2°, qui entre en vigueur à la date fixée par le Roi". Dans ce cas, l'alinéa 2 peut être supprimé.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	A. SPRUYT, M. RIGAUX,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section f.f.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME