

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.761/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 27 november 2006 door de Minister van Volksgezondheid verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de publiciteit inzake mondverzorging", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 18 december 2006 en 16 januari 2007, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven:

1. 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 ⁽¹⁾, 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 ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het regelen van verscheidene vormen van publiciteit en informatieverstrekking met betrekking tot de mondverzorging. De ontworpen regeling komt in de plaats van de wet van 15 april 1958 betreffende de publiciteit inzake tandverzorging en van een aantal bepalingen van het koninklijk besluit van 1 juni 1934 houdende reglement op de beoefening der tandheelkunde, die worden opgeheven (artikel 12).

Het ontwerp bevat vooreerst twee algemene bepalingen met betrekking tot het principiële verbod van reclame inzake mondverzorging (artikelen 2 en 3).

Voorts bevat het ontwerp een regeling betreffende de informatie die kan worden vermeld op de beroeps- en informatieplaten die zijn aangebracht op het gebouw waar het beroep wordt uitgeoefend (artikel 4), het opmaken van websites (artikel 5), de vermelding in telefoonboeken (artikel 6) en de vermelding in de media (artikel 7).

Overtredingen van deze bepalingen door erkende beroepsbeoefenaars inzake tandheelkunde kunnen worden beteugeld door de intrekking van deze erkenning (artikel 8). Het ontwerp bevat eveneens strafsancties, met inbegrip van een tijdelijk verbod van de beroepsuitoefening voor erkende beroepsbeoefenaars inzake tandheelkunde en de verbeurdverklaring van materiaal (artikelen 9 en 10).

⁽¹⁾ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder rechtsgrond verstaan de overeenstemming met hogere rechtsnormen.

Tot slot wordt voorzien in een vordering tot staking bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg en wordt de wijze geregeld waarop die vordering wordt ingesteld en behandeld (artikel 11).

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Vrijheid van meningsuiting

3. De in het wetsontwerp opgenomen bepalingen regelen de publiciteit en de informatie inzake mondverzorging en houden aldus beperkingen in op de vrijheid van meningsuiting van de betrokken beroepsbeoefenaars.

3.1. De voorwaarden voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting zijn bepaald, enerzijds, in de artikelen 19 en 25 van Grondwet en, anderzijds, in artikel 10, lid 2, van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en in artikel 19, lid 3, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Uit die laatste bepalingen volgt dat de beperkingen bij wet moeten zijn vastgesteld, een wettig doel moeten nastreven - waartoe de bescherming van de gezondheid behoort - en noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving.

3.1.1. Over het vereiste dat de beperking "bij wet" dient te zijn voorzien, oordeelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in een vaste rechtspraak:

"Les exigences qui découlent de l'expression prévue par la loi vont au-delà de la simple conformité à la loi nationale. Il faut d'abord que la loi soit suffisamment accessible; le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés ..." ⁽²⁾.

⁽²⁾ Zie bijv. EHRM, Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk, 26 april 1979, *Publ.Cour*, reeks A, nr. 30.

Het vereiste dat de wet duidelijk moet zijn en voor voorspelbare toepassingen vatbaar, geldt nog sterker wanneer de beperking in een strafrechtelijke bepaling is opgenomen.

3.1.2. Het vereiste dat de beperking ook dient "nodig te zijn in een democratische samenleving", impliceert te dezen dat er een afweging dient plaats te vinden tussen het belang van de vrijheid van meningsuiting, enerzijds, en het belang van de volksgezondheid, dat door de beperking van de vrije meningsuiting wordt gediend, anderzijds. Over die afweging heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest van 17 oktober 2002, inzake Stambuk tegen Duitsland, enkele treffende inzichten verwoord. Het betrof in deze zaak een boete die in het raam van een tuchtprocedure was opgelegd aan een arts (oftalmoloog) die een interview had gegeven over de laseroperatietechniek die hij toepaste. Dat interview was vervolgens verschenen in een lokaal blad, met een foto van de betrokkene in zijn consultatiekamer. De Duitse tuchtrechtelijke instanties oordeelden dat de arts de grenzen van de objectieve berichtgeving te buiten was gegaan, doordat hij bijvoorbeeld had verwezen naar zijn succesratio van 100% en doordat hij zichzelf al te zeer centraal had gesteld. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens veroordeelde Duitsland wegens schending van artikel 10 van het EVRM, op grond van volgende motivering:

"47. The impugned article presented on the whole a balanced explanation of the specific operation technique which necessarily included indications as to the risk involved and the success rate. The German courts did not find that the applicant's statements in this respect, as reproduced in the article, were incorrect or genuinely misleading the reader as to the necessity or advisability of such intervention. The statement on the success rate clearly referred to the applicant's own experience in the past which is an important element in the presentation of a new operation technique. Moreover, this information was complemented by the indication, in the title, that the operation risks were low.

48. Moreover, in the Court's view, the illustration of an article in the general press with a photograph, showing the applicant in his professional context, cannot be regarded as amounting to prohibited and non-objective information or misleading advertising. Indeed, the photograph was closely related to the contents of the article and cannot be reduced to mere publicity.

49. In the Court's opinion, it is not possible to isolate the passage of the article concerning the applicant's past success rate in applying this operation technique and the appearance of the accompanying photograph from the article as a whole in order to argue the necessity to take disciplinary action for a breach of professional duties. The article may well have had the effect of giving publicity to the applicant and his practice, but, having regard to the principal content of the article, this effect proved to be of a secondary nature (see the Barthold v. Germany judgment cited above, p. 26, § 58).

50. In the circumstances of this case, the German disciplinary courts' strict interpretation of the ban on advertising in the medical profession and the requisite objectivity of information so as to prohibit statements and related illustrations on account of their possible side effect of giving publicity to the medical practitioner concerned is not consonant with freedom of expression. This being so, it is not necessary to examine the Government's contention that the applicant should have, as a matter of principle, reserved a right to verify the article prior to its publication.

51. The Court would add that, in the context of a liberal profession and having regard to the range of possible penalties, imposing a fine, even if at the lower end of the scale of fines, is not a negligible disciplinary punishment.

52. The Court therefore finds that the interference complained of did not achieve a fair balance between the interests at stake, namely the protection of health and the interests of other medical practitioners and the applicant's right to freedom of expression and the vital role of the press.

53. In these circumstances, the interference complained of was not proportionate to the legitimate aims and, accordingly, was not «necessary in a democratic society» for the «protection of health» and the «protection of the rights of others».

54. In sum, that there has been a breach of Article 10 of the Convention".

Uit dit arrest blijkt dat het verbieden van het verspreiden van objectieve informatie, omwille van het mogelijk publicitaire neveneffect dat dit zou kunnen hebben voor de betrokken beroepsbeoefenaar, niet als "nodig in een democratische samenleving" kan worden beschouwd.

3.1.3. Tenslotte weze nog benadrukt dat het proportionaliteitsbeginsel dient te worden in acht genomen wanneer een strafrechtelijke vervolging er specifiek op gericht is een bij het Verdrag gewaarborgde vrijheid te beperken. Hetzelfde Europees Hof was van oordeel dat "la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme" ⁽³⁾.

3.2. In het licht van deze beperkingsvoorwaarden dient de Raad van State volgende opmerkingen te maken bij de bepalingen van het ontwerp.

⁽³⁾ EHRM, *Cumpana en Mazare t. Roemenië*, 17 december 2004, nr. 33.348/96.

3.2.1. Uit artikel 5, § 1, van het ontwerp volgt dat elke beroepsbeoefenaar van de tandheelkunde, elke verzorgingsinstelling, elke groepspraktijk of elke persoon, een website mag maken. Deze mag echter als enig doel hebben het publiek te informeren inzake zijn tandheelkundige beroepsactiviteit. In het artikel wordt vervolgens zeer precies aangegeven welke gegevens daarbij mogen worden vermeld.

Het staat aan de stellers van het ontwerp na te gaan of er afdoende redenen bestaan die een dergelijke beperking van de vrijheid van meningsuiting via het internet kunnen verantwoorden, en dit in het licht van wat het Europees Hof heeft gesteld in het hiervoor vermelde arrest Stambuk. De Raad van State merkt daarbij op dat het ontwerp zelf bij artikel 7, § 1, toelaat dat de beoefenaars van de tandheelkunde hun medewerking verlenen aan de media om algemene tandheelkundige informatie te verschaffen die nuttig en belangrijk kan zijn voor het publiek. Zo toch een afdoende verantwoording voor de genoemde beperking van de vrijheid van meningsuiting voorhanden is, verdient het aanbeveling ze in de memorie van toelichting weer te geven.

3.2.2. Bij artikel 7, § 2, van het ontwerp wordt opgelegd dat de formulering en de presentatie van de informatie "bescheiden" ("discrète") dient te zijn. In het licht van de overweging 48 van het hiervoor vermelde arrest Stambuk lijkt deze bepaling de vrijheid van meningsuiting van de betrokken beroepsbeoefenaars al te zeer te beperken. Daarenboven is de bepaling dermate vaag dat ze niet geschikt is voor een strafbepaling die de vrijheid van meningsuiting beperkt.

3.2.3. Bij artikel 7, § 4, van het ontwerp wordt het verspreiden van informatie die "schade kan berokkenen aan het algemeen belang inzake volksgezondheid" verboden. De vaagheid van deze bepaling doet problemen rijzen in het licht van de vereiste dat de beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting "bij wet" dienen te worden bepaald (art. 10, lid 2, EVRM), wat des te meer klemmt daar de schending ervan in artikel 9 van het ontwerp strafbaar wordt gesteld.

3.2.4. Bij artikel 7, § 5, van het ontwerp wordt het gebruiken van de resultaten van onderzoeken en behandelingen voor publicitaire doeleinden verboden. In het licht van het hiervoor vermelde arrest Stambuk, houdt deze bepaling een al te strikte beperking in van de vrijheid van meningsuiting, in de mate dat zij zou uitsluiten dat het verspreiden van de resultaten van onderzoeken en behandelingen niet meer zou mogelijk zijn, omwille van het publicitaire neveneffect ervan.

B. Evenredigheids- en legaliteitsbeginsel in strafzaken

4. De in artikel 8 en 9 vervatte sancties die als zwaarwichtig kunnen worden beschouwd, gelden voor gelijk welke overtreding van de wet die thans in ontwerpvorm voorligt. Daargelaten de specifieke proportionaliteitstoets van de strafbaarstelling in het licht van het recht op vrije meningsuiting (zie opmerking 3.1.3), moet erop worden gewezen dat zulks op gespannen voet staat, gelet op de verschillende aard en de grote verscheidenheid van de inbreuken waarop die sancties kunnen worden toegepast, met het evenredigheidsbeginsel in strafzaken, dat inhoudt dat de strafmaat moet worden gedifferentieerd rekening houdend met de ernst van de strafbare feiten en daarmee in een redelijke verhouding moet staan ⁽⁴⁾.

Bovendien bevat het ontwerp tal van vaag en algemeen geformuleerde bepalingen waarvan de overtreding strafbaar wordt gesteld. Zulks is moeilijk in overeenstemming te brengen met het in onder meer de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet vervatte wettigheidsbeginsel in strafzaken. Krachtens de rechtspraak van het Arbitragehof volgt uit dit beginsel dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik dat hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of hij al dan niet strafbaar is. Het beginsel vereist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, diegene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van dat gedrag

⁽⁴⁾ Zie over het evenredigheidsbeginsel in strafzaken o.m. advies 31.441-31.442/AV van 20 juni 2001 over een voorstel van wet "betreffende de euthanasie", *Parl. St.*, Senaat, 2001-02, nr. 2-224/21; advies 31.576/3 van 18 december 2001 over een voorontwerp van decreet "houdende strafbepalingen voor overtredingen van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, en van de wet van 30 juli 1963 houdende taalregeling in het onderwijs", *Parl. St.*, Vl. Parl., 1999-2000, nr. 387/2; advies 31.605/3 van 19 september 2001 over een voorontwerp van decreet "houdende het waarborgen en stimuleren van een vegetarisch voedingsaanbod", *Parl. St.*, Vl. Parl., 2000-01, nr. 495/2; advies 34.379/3 van 14 november 2002 over een amendement bij de programmawet: wijziging aan het koninklijk besluit van 22 februari 2001 houdende organisatie van de controles die worden verricht door het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen en tot wijziging van diverse wettelijke bepalingen, gewijzigd door de wetten van 19 juli en 30 december 2001, *Parl. St.*, Kamer, DOC 50 2176/001 en advies 39.536/VR/3 van 24 januari 2006 over een voorontwerp van decreet "houdende wijziging van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode", *Par. St.*, Vl. Parl., 2005-06, nr. 824/1.

kan zijn, en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten. Aan het vereiste dat een misdrijf duidelijk moet worden omschreven is slechts voldaan wanneer de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepaling en, indien nodig, met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscolleges, kan weten welke handelingen of verzuimen zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen, wat dient te worden beoordeeld aan de hand van de elementen eigen aan de bestrafte misdrijven ⁽⁵⁾.

Het ontwerp dient ook in het licht van de zo-even in herinnering gebrachte beginselen te worden herbekeken.

C. Inpassing in bestaande regelgeving

5. Er bestaan reeds een aantal bepalingen over publiciteit met betrekking tot vrije beroepen of gezondheidszorg die gedeeltelijk relevant zijn voor de ontworpen regeling. Er dient over te worden gewaakt dat die regeling daarin kan worden ingepast.

5.1. De wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende of vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen is van toepassing op de tandartsen en op de andere beroepsbeoefenaars die zich inlaten met mondverzorging en die georganiseerd zijn als een vrij beroep. Die wet vormt de omzetting van drie, in artikel 1 ervan genoemde, richtlijnen. De artikelen 4 tot 6 van die wet bevatten bepalingen met betrekking tot misleidende en vergelijkende reclame. Zij gelden evenwel "onverminderd de toepassing van strengere wetten". Dit wordt toegelaten bij artikel 7 van richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, dat strengere maatregelen van de lidstaten onder bepaalde voorwaarden toestaat. Artikel 7, lid 5, van die richtlijn bepaalt:

⁽⁵⁾ Arbitragehof nr. 136/2004, 22 juli 2004, B.6.2. Zie ook Arbitragehof nr. 69/2003, 14 mei 2003, B.9.3; Arbitragehof 157/2004, 6 oktober 2004, B.21; Arbitragehof nr. 158/2004, 20 oktober 2004, B.5.3-B.5.5; Arbitragehof nr. 202/2004, 21 december 2004, B.4.1 en B.6.1; Arbitragehof, nr. 27/2005, 2 februari 2005, B.3; Arbitragehof, nr. 116/2005, 30 juni 2005, B.3.3; Arbitragehof, nr. 71/2006, 10 mei 2006, B.5.1 en B.5.2; Arbitragehof, nr. 81/2006, 17 mei 2006, B.4.1 en B.4.2; Arbitragehof, nr. 98/2006, 14 juni 2006, B.5.1 en B.5.2.

"Niets in deze richtlijn belet de lidstaten om, met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag, verbodsbepalingen of beperkingen voor het gebruik van vergelijkingen in reclame voor beroepsmatige dienstverlening te handhaven of te introduceren, die rechtstreeks worden opgelegd dan wel door een instantie of organisatie die volgens de wetgeving van de lidstaten verantwoordelijk is voor het reguleren van de uitoefening van een beroepsactiviteit".

Er mag bijgevolg worden afgeweken van de meer algemene bepalingen van de wet van 2 augustus 2002. Het verdient evenwel aanbeveling om in het ontwerp uitdrukkelijk te bepalen dat de artikelen 4 tot 6 van de wet van 2 augustus 2002 niet van toepassing zijn.

5.2. Artikel 9 van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen bevat een regeling met betrekking tot reclame voor geneesmiddelen. In de mate dat de ontworpen regeling betrekking heeft op de publiciteit voor geneesmiddelen die kunnen worden aangewend in het raam van de mondverzorging en voor hulpmiddelen die met geneesmiddelen kunnen worden gelijkgesteld, is er een overlapping tussen die wetsbepaling en de ontworpen regeling.

In artikel 9, § 2, van de wet van 25 maart 1964 wordt onder meer in een machtiging aan de Koning voorzien om die reclame te reglementeren of aan selectieve verbodsbepalingen te onderwerpen. Tevens wordt in die bepaling in de mogelijkheid voorzien van een systeem van voorafgaande controle. De ontworpen regeling heeft een daarvan verschillende en een meer specifieke invalshoek, en schrijft op een meer gedetailleerde wijze voor welke vormen van publiciteit zijn toegelaten en welke niet. Gelet op dit belangrijke verschil tussen de twee regelingen is een cumulatieve toepassing ervan moeilijk denkbaar.

De aangehaalde wetsbepaling vormt de omzetting van artikel 97 van richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik. De omzetting is evenwel ruimer opgevat dan de richtlijnbeepaling, die naast een algemene verplichting van toezicht op reclame voor geneesmiddelen vooral de misleidende geneesmiddelenreclame als voorwerp heeft.

Met de genoemde richtlijn wordt beoogd de bestaande internrechtelijke belemmeringen in nationale voorschriften ten aanzien van de farmaceutische industrie en de handel in geneesmiddelen op te heffen, zoals onder meer blijkt uit de consideransen 1 tot 5 van die richtlijn. Men kan om die reden niet besluiten dat de lidstaten zonder meer strengere regels mogen invoeren dan hetgeen de richtlijn voorschrijft, zoals wel het geval werd toegelaten bij de reeds aangehaalde richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984.

Voor wat betreft de andere aspecten als bedoeld in de richtlijn, mag de ontworpen regeling echter wel strenger zijn (voor zover het primaire EU-recht wordt geëerbiedigd).

Het is aan de stellers van het ontwerp om te beoordelen aan welke regeling zij de voorrang willen geven in geval van overlapping tussen artikel 9 van de wet van 25 maart 1964 en de ontworpen regeling. De overlapping dient evenwel in de ene of in de andere zin te worden weggewerkt. In de mate dat de ontworpen regeling onder artikel 97 van de richtlijn 2001/83/EG valt, moet voorrang worden gegeven aan de omzetting van deze richtlijn, en dus aan artikel 9 van de wet van 25 maart 1964. Het verdient aanbeveling om dit alles uitdrukkelijk in het ontwerp te regelen.

5.3. In artikel 38, § 1, 1/, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen wordt bepaald dat personen die wederrechtelijk handelingen, onder meer van tandheelkundige aard, stellen zonder dat zij over de vereiste kwalificaties beschikken, strafbaar zijn. Indien zij "om het even welk reclamemiddel" hebben aangewend om die handelingen te stellen, is zelfs niet vereist dat zij die handelingen "gewoonlijk" stellen (artikel 38, § 2, 2/). Het volstaat met andere woorden dat een niet-bevoegd persoon één enkele maal publiciteit voert met betrekking tot tandheelkundige handelingen en die handeling éénmalig uitvoert, opdat die persoon strafbaar is met de straffen, bedoeld in het genoemde artikel 38, § 1, 1/.

Die strafbepaling overlapt formeel gezien niet met artikel 9 van het ontwerp, waarbij de publiciteit als dusdanig wordt bestraft, ook door niet-bevoegde personen, terwijl bij artikel 38, § 1, 1/, en § 2, 2/, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 de (zelfs éénmalig gestelde) handeling wordt bestraft die volgt op de publiciteit door niet-bevoegde personen. In beginsel kunnen de twee strafbepalingen dus worden gecombineerd, omdat ze betrekking hebben op twee onderscheiden gedragingen (de publiciteit, enerzijds, en de tandheelkundige handeling, anderzijds). De stellers van het ontwerp dienen evenwel te beoordelen of zulks opportuun is.

5.4. Artikel 127 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, bevat een aantal verbodsbepalingen met betrekking tot geneeskundige verstrekkingen. Die verbodsbepalingen zijn zowel gericht tot zorgverleners als tot derden. In artikel 127, § 5, van die wet wordt weliswaar vermeld dat die bepalingen gelden "onverminderd de restrictievere wetgeving of regels van de plichtenleer", maar die vermelding komt niet voor in de andere onderdelen van die wetsbepaling, zodat onzekerheid blijft bestaan betreffende de verhouding tussen het genoemde artikel 127 en de ontworpen regeling.

De stellers van het ontwerp dienen hieromtrent duidelijkheid te verschaffen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

6. Luidens artikel 1 van het ontwerp regelt de wet die thans in ontwerpvorm voorligt, een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.

In artikel 11, § 1, van het ontwerp wordt evenwel een bevoegdheid toegekend aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg.

Zoals de Raad van State, afdeling wetgeving, er reeds meermaals op heeft gewezen, volgt uit de onderlinge samenhang van artikel 77, eerste lid, 3/, van de Grondwet met artikel 77, eerste lid, 9/, van de Grondwet, dat het bepalen van de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken een integraal bicamerale aangelegenheid is ⁽⁶⁾.

Om te vermijden dat artikel 11, § 1, van het ontwerp om die reden zou moeten worden omgevormd tot een afzonderlijke, op zichzelf staande, autonome regeling, kan worden gesuggereerd om artikel 587 van het Gerechtelijk Wetboek aan te vullen met een bepaling die aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg bevoegdheid verleent inzake de vorderingen tot staking in het raam van de ontworpen regeling. In dat

⁽⁶⁾ Zie onder meer de adviezen 24.111/AG-AV/2/V en 24.594/AG-AV/2/V van 10 en 18 oktober 1995, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, nr. 364/1 en 24.615/AG-AV/2 van 10 en 23 oktober 1995, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, nr. 329/1.

geval kan die wijzigingsbepaling worden opgenomen in een afzonderlijk wetsontwerp, dat onder de volledig bicamerale procedure valt. De ontworpen regeling, met weglating van artikel 11, § 1, kan dan worden gehandhaafd als een ontwerp dat onder de gedeeltelijk bicamerale procedure valt.

Artikel 2

7. Het is niet duidelijk of met de woorden "medische hulpmiddelen die eigen zijn aan de tandheelkunde" wordt gerefereerd aan bepaalde medische hulpmiddelen bedoeld in het koninklijk besluit van 18 maart 1999 betreffende de medische hulpmiddelen. Het is raadzaam dit hetzij in de tekst, hetzij in de memorie van toelichting te preciseren.

8. Artikel 2 bevat een opsomming van een aantal concrete verschijningsvormen van reclame (beginnend met "uitstallingen of uithangborden" en eindigend met "elektronische communicatiemiddelen"). Uit het woord "zoals" waarmee die opsomming begint, kan men opmaken dat de opsomming exemplatief is. Het verdient aanbeveling zulks in de memorie van toelichting te preciseren.

9. Het begrip "elektronische communicatiemiddelen" dat *in fine* van artikel 2 wordt gebruikt, dient te worden gepreciseerd.

Artikel 3

10. *In fine* van artikel 3 schrijve men "maakt" in plaats van "zou maken".

Artikel 4

11. In de inleidende zin van artikel 4, § 1, dient wellicht te worden geschreven "waarop enkel de volgende gegevens mogen worden vermeld" in plaats van "waarop volgende gegevens worden vermeld".

In de Franse tekst van die bepaling, schrijve men bovendien onder a): "tels qu'ils figurent sur le visa" in plaats van "tels que repris sur le visa".

12. In artikel 4, § 2, tweede lid, wordt een rechtstreekse delegatie aan de minister (bevoegd voor de volksgezondheid) verleend.

Te dien aanzien dient erop te worden gewezen dat de wetgever op normatief vlak in beginsel geen delegatie vermag toe te kennen aan een minister. De verordenende bevoegdheid komt immers krachtens de grondwettelijke beginselen betreffende de uitoefening der staatsmachten toe aan de Koning. Weliswaar is een delegatie aan een minister van bevoegdheden van bijkomstige of detailmatige aard niet onverenigbaar met die beginselen, maar zulks neemt niet weg dat het dan in principe de Koning toekomt om, binnen de grenzen van zijn bevoegdheden, zulk een delegatie te verlenen, en niet de wetgever. Een rechtstreekse delegatie van zulke bevoegdheden aan een minister door de wetgever komt immers neer op een ingrijpen van de wetgever in een prerogatief dat aan de Koning als hoofd van de federale uitvoerende macht (artikel 37 van de Grondwet) toebehoort. Een dergelijke delegatie zou enkel aanvaardbaar kunnen zijn ingeval objectieve redenen voorhanden zijn die een dringend optreden van de uitvoerende macht vereisen. Te dezen kunnen zulke redenen bezwaarlijk aanwezig worden geacht.

13. In artikel 4, § 3, eerste lid, schrijve men "een vaste plaat" in plaats van "een vaste plaat van de onderneming".

Artikel 5

14. In artikel 5, § 1, dient ook rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat de erin bedoelde website wordt gemaakt door een andere persoon of een andere onderneming dan de erin bedoelde beoefenaars van de tandheelkunde, verzorgingsinstellingen, groepspraktijken of rechtspersonen.

15. De in artikel 5, § 2, opgenomen vereisten zijn dermate algemeen geformuleerd dat de mogelijkheid tot handhaving ervan ernstig kan worden betwijfeld. Tevens doet zulk een bepaling ernstige vragen rijzen met betrekking tot het legaliteitsbeginsel in strafzaken (zie opmerking nr. 4).

Artikel 7

16. In artikel 7, § 3, dient te worden gespecificeerd welke preventie- en opsporingscampagnes worden bedoeld.

Artikelen 8 en 9

17. Hoewel in artikel 8 de woorden "worden bestraft" worden gebruikt, waardoor de indruk wordt gewekt dat het om een eigenlijke, door de rechter opgelegde, straf gaat, blijkt uit de tweede volzin van dat artikel, waar van een "procedure tot intrekking" gewag wordt gemaakt, dat het om een administratieve sanctie gaat. Gelet op de zwaarte van die sanctie, moet eraan een strafrechtelijk karakter worden toegedicht.

De miskennen van de bepalingen van de wet kan derhalve aanleiding geven tot het gecumuleerde opleggen van eigenlijke strafsancities en van administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter. Die mogelijkheid tot cumulatie is strijdig met het algemene rechtsbeginsel "*non bis in idem*", gewaarborgd bij onder meer artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Volgens dat beginsel is het verboden om iemand een tweede maal "strafrechtelijk" te vervolgen nadat een eerste strafrechtelijke procedure al met een definitieve beslissing is afgesloten.

De artikelen 8 en 9 dienen gelet hierop te worden aangepast.

Mocht worden geopteerd, met inachtneming van het beginsel *non bis in idem*, voor het behoud van administratieve sancties, dan zal, gelet op het strafrechtelijke karakter ervan, moeten worden voorzien in een systeem van rechtsbescherming dat voldoet aan de grondwettelijke en internationaalrechtelijke vereisten terzake, wat inzonderheid inhoudt dat tegen het opleggen van de administratieve sanctie een beroep

.../...

(met een schorsend karakter) kan worden ingesteld bij een rechter die oordeelt met volle rechtsmacht ⁽⁷⁾.

18. In artikel 9, eerste lid, schrijve men "500 euro tot 1000 euro" in plaats van "€ 500 tot € 1000". In de Franse tekst schrijve men "ci-dessus" in plaats van "ci avant".

Artikel 11

19. In artikel 11, § 1, is er een discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst, waar in de Nederlandse tekst gewag wordt gemaakt van "een zelfs onder het strafrecht of het administratieve (lees: administratief) recht vallende daad", en in de Franse tekst van "un acte, même pénalement ou administrativement réprimé".

Die discordantie moet worden weggewerkt.

⁽⁷⁾ EHRM, 4 maart 2004, *Silvester's Horeca Service t. België*, nr. 47.650/99; Arbitragehof, nr. 128/99, 7 december 1999, B.15; Arbitragehof, nr. 96/2002, 12 juni 2002, B.4.1 tot B.4.3; Arbitragehof, nr. 105/2004, 16 juni 2004, B.7.3. Over het schorsende karakter dat aan het beroep moet worden toegekend, zie advies 33.239/2 over een voorontwerp van wet "tot aanvulling, inzake de verhaalmiddelen tegen de beslissingen van de Minister, de CBF, de CDV en de marktondernemingen, alsook inzake de tussenkomst van de CBF en van de CDV voor de strafgerechten, van de wet van ... betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en tot wijziging van verschillende andere wetsbepalingen", *Parl. St.*, DOC 50 1843/001, (286) 290-292.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	D. ALBRECHT,	kamervoorzitter,
	J. SMETS, B. SEUTIN,	staatsraden,
	H. COUSY, J. VELAERS,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. VAN NIEUWENHOVE, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

D. ALBRECHT

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 41.761/3

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre de la Santé publique, le 27 novembre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "relative à la publicité en matière de soins bucco-dentaires", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 18 décembre 2006 et 16 janvier 2007, a donné, à cette dernière date, l'avis suivant:

1. 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 ⁽¹⁾ 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 du projet.

*
* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis entend régler différentes formes de publicité et d'information concernant les soins bucco-dentaires. La réglementation en projet se substitue à la loi du 15 avril 1958 relative à la publicité en matière de soins dentaires et à un certain nombre de dispositions de l'arrêté royal du 1^{er} juin 1934 réglementant l'exercice de l'art dentaire, qui est abrogé (article 12).

Le projet comprend tout d'abord deux dispositions générales concernant l'interdiction de principe relative à la publicité en matière de soins bucco-dentaires (articles 2 et 3).

Il renferme ensuite des règles concernant les informations qui peuvent être mentionnées sur les plaques professionnelles et les panneaux d'information figurant sur le bâtiment dans lequel la profession est exercée (article 4), la création de sites internet (article 5), la mention dans les annuaires téléphoniques (article 6) et dans les médias (article 7).

⁽¹⁾ Dès lors qu'il s'agit d'un avant-projet de loi, on entend par fondement juridique la conformité aux normes supérieures.

Les infractions à ces dispositions, commises par des praticiens agréés de l'art dentaire, peuvent être sanctionnées par le retrait de cet agrément (article 8). Le projet comprend également des sanctions pénales, y compris une interdiction temporaire d'exercer pour les praticiens agréés de l'art dentaire et la confiscation du matériel (articles 9 et 10).

Enfin, le projet prévoit une action en cessation auprès du président du tribunal de première instance et règle la manière dont cette demande est formée et instruite (article 11).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Liberté d'expression

3. Les dispositions inscrites dans le projet de loi règlent la publicité et l'information en matière de soins bucco-dentaires et contiennent donc des restrictions à la liberté d'expression des praticiens concernés.

3.1. Les conditions imposées pour limiter la liberté d'expression sont fixées, d'une part, dans les articles 19 et 25 de la Constitution et, d'autre part, à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ainsi qu'à l'article 19, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il résulte de ces dernières dispositions que les restrictions doivent être prévues par la loi, doivent poursuivre un objectif légitime - dont fait partie la protection de la santé - et doivent être nécessaires dans une société démocratique.

3.1.1. À propos de l'exigence selon laquelle la restriction doit avoir été prévue "par la loi", la Cour européenne des droits de l'homme considère dans une jurisprudence constante ce qui suit:

"Les exigences qui découlent de l'expression prévue par la loi vont au-delà de la simple conformité à la loi nationale. Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible; le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec

.../...

assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés ..." ⁽²⁾.

L'exigence selon laquelle la loi doit être claire et susceptible d'applications prévisibles est d'autant plus importante que la restriction est inscrite dans une disposition pénale.

3.1.2. L'exigence selon laquelle la restriction doit également "être nécessaire dans une société démocratique" implique en l'espèce qu'il doit exister un équilibre entre l'intérêt de la liberté d'expression, d'une part, et l'intérêt de la santé publique, qui est servi par la restriction de la liberté d'expression, d'autre part. Dans son arrêt du 17 octobre 2002, en cause de *Stambuk contre l'Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'homme a formulé quelques considérations pertinentes à propos de cet équilibre. Il s'agissait dans cette affaire d'une amende qui avait été infligée dans le cadre d'une procédure disciplinaire à un médecin (ophtalmologue) qui avait donné une interview sur la technique opératoire au laser qu'il appliquait. Cette interview avait ensuite été publiée dans un journal local, avec une photo de l'intéressé dans son cabinet. Les instances disciplinaires allemandes avaient estimé que le médecin avait excédé les limites de l'information objective, en ce que, par exemple, il avait évoqué son degré de réussite de 100 % et qu'il s'était mis trop en avant. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné l'Allemagne pour violation de l'article 10 de la CEDH, sur la base de la motivation suivante:

"47. The impugned article presented on the whole a balanced explanation of the specific operation technique which necessarily included indications as to the risk involved and the success rate. The German courts did not find that the applicant's statements in this respect, as reproduced in the article, were incorrect or genuinely misleading the reader as to the necessity or advisability of such intervention. The statement on the success rate clearly referred to the applicant's own experience in the past which is an important element in the presentation of a new operation technique. Moreover, this information was complemented by the indication, in the title, that the operation risks were low.

48. Moreover, in the Court's view, the illustration of an article in the general press with a photograph, showing the applicant in his professional context, cannot be regarded as amounting to prohibited and non-objective information or misleading advertising. Indeed, the photograph was closely related to the contents of the article and cannot be reduced to mere publicity.

⁽²⁾ Voir par exemple CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, *Publ. Cour*, série A, n° 30.

49. In the Court's opinion, it is not possible to isolate the passage of the article concerning the applicant's past success rate in applying this operation technique and the appearance of the accompanying photograph from the article as a whole in order to argue the necessity to take disciplinary action for a breach of professional duties. The article may well have had the effect of giving publicity to the applicant and his practice, but, having regard to the principal content of the article, this effect proved to be of a secondary nature (see the *Barthold v. Germany* judgment cited above, p. 26, § 58).

50. In the circumstances of this case, the German disciplinary courts' strict interpretation of the ban on advertising in the medical profession and the requisite objectivity of information so as to prohibit statements and related illustrations on account of their possible side effect of giving publicity to the medical practitioner concerned is not consonant with freedom of expression. This being so, it is not necessary to examine the Government's contention that the applicant should have, as a matter of principle, reserved a right to verify the article prior to its publication.

51. The Court would add that, in the context of a liberal profession and having regard to the range of possible penalties, imposing a fine, even if at the lower end of the scale of fines, is not a negligible disciplinary punishment.

52. The Court therefore finds that the interference complained of did not achieve a fair balance between the interests at stake, namely the protection of health and the interests of other medical practitioners and the applicant's right to freedom of expression and the vital role of the press.

53. In these circumstances, the interference complained of was not proportionate to the legitimate aims and, accordingly, was not "necessary in a democratic society" for the "protection of health" and the "protection of the rights of others".

54. In sum, that there has been a breach of Article 10 of the Convention".

Il ressort de cet arrêt que l'interdiction de diffuser des informations objectives en raison de l'éventuel effet publicitaire dérivé que cela pourrait avoir pour le praticien concerné, ne peut être regardée comme "nécessaire dans une société démocratique".

3.1.3. Enfin, il convient de relever encore que le principe de proportionnalité doit être observé lorsque des poursuites pénales visent spécifiquement à limiter une liberté garantie par la Convention. La même Cour européenne a estimé que "la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme" ⁽³⁾.

⁽³⁾ CEDH, *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, 17 décembre 2004, n/ 33.348/96.

3.2. À la lumière de ces conditions mises à la restriction, le Conseil d'État se doit de formuler les observations suivantes à propos des dispositions du projet.

3.2.1. Il résulte de l'article 5, § 1^{er}, du projet que tout praticien de l'art dentaire, toute institution de soins, tout cabinet de groupe ou toute personne peut créer un site internet. Celui-ci ne peut toutefois avoir d'autre but que d'informer le public de son activité professionnelle dentaire. L'article indique ensuite de façon très précise les données qui peuvent y être mentionnées.

Il appartient aux auteurs du projet de vérifier si des motifs adéquats justifient une telle restriction de la liberté d'expression sur l'internet, et ce à la lumière de ce que la Cour européenne a considéré dans son arrêt Stambuk, susmentionné. Le Conseil d'État relève à cet égard qu'à l'article 7, § 1^{er}, le projet même permet aux praticiens de l'art dentaire de prêter leur concours aux médias en vue d'une information dentaire générale pouvant être importante et utile au public. S'il existe néanmoins une justification adéquate pour poser cette restriction à la liberté d'expression, il est recommandé de la reproduire dans l'exposé des motifs.

3.2.2. L'article 7, § 2, du projet impose que la formulation et la présentation de l'information soient "discrètes". À la lumière du considérant 48 de l'arrêt Stambuk précité, cette disposition paraît restreindre beaucoup trop la liberté d'expression des praticiens concernés. En outre, la disposition est à ce point vague qu'elle ne se prête pas à une sanction qui limite la liberté d'expression.

3.2.3. L'article 7, § 4, du projet interdit la diffusion d'informations pouvant "porter préjudice à l'intérêt général en matière de santé publique". Le caractère imprécis de cette disposition pose problème compte tenu de l'exigence selon laquelle les restrictions à la liberté d'expression doivent être fixées "par la loi" (art. 10, paragraphe 2, de la CEDH), ce qui importe d'autant plus que sa violation est érigée en infraction à l'article 9 du projet.

3.2.4. L'article 7, § 5, du projet interdit l'utilisation des résultats de recherches et de traitements à des fins publicitaires. Vu l'arrêt Stambuk précité, cette disposition limite de façon trop restrictive la liberté d'expression dans la mesure où elle exclurait que la

.../...

diffusion des résultats de recherches et de traitements ne soit plus possible en raison de son effet publicitaire dérivé.

B. Principe de la proportionnalité et de la légalité des peines

4. Les sanctions inscrites aux articles 8 et 9, que l'on peut dire lourdes, s'appliquent à n'importe quelle infraction à la loi dont le projet est à l'examen. Abstraction faite du contrôle spécifique de la proportionnalité de l'incrimination au regard du droit à la liberté d'expression (voir l'observation 3.1.3.), il convient de relever que, vu la nature différente et la grande diversité des infractions auxquelles ces sanctions peuvent être appliquées, pareille incrimination se heurte au principe de la proportionnalité des peines, qui implique que le taux de la peine doit être différencié compte tenu de la gravité des infractions et être raisonnablement proportionné à celle-ci ⁽⁴⁾.

En outre, le projet comporte nombre de dispositions formulées en termes vagues et généraux dont la violation est érigée en infraction. Ceci n'est guère conciliable avec le principe de la légalité des peines, inscrit notamment aux articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution. En vertu de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, il résulte de ce principe 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. Le principe exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui

⁽⁴⁾ Voir, en ce qui concerne le principe de la proportionnalité des peines, notamment l'avis 31.441-31.442/AG du 20 juin 2001 sur une proposition de loi "relative à l'euthanasie", *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-02, n/ 2-224/21; avis 31.576/3 du 18 décembre 2001 sur un avant-projet de décret "houdende strafbepalingen voor overtredingen van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, en van de wet van 30 juli 1963 houdende taalregeling in het onderwijs", *Doc. Parl.*, Parl. fl., 1999-2000, n/ 387/2I, avis 31.605/3 du 19 septembre 2001 sur un avant-projet de décret "houdende het waarborgen en stimuleren van een vegetarisch voedingsaanbod", *Doc. Parl.*, Parl. fl., 2000-01, n/ 495/2; avis 34.379/3 du 14 novembre 2002 sur un amendement à la loi-programme: modification à l'arrêté royal du 22 février 2001 organisant les contrôles effectués par l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire et modifiant diverses dispositions légales, modifié par les lois des 19 juillet et 30 décembre 2001, *Doc. Parl.*, Chambre, DOC 50 2176/001 et avis 39.536/VR/3 du 24 janvier 2006 sur un avant-projet de décret "houdende wijziging van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode", *Doc. parl.*, Parl. fl., 2005-06, n/ 824/1.

adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation. La condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale, ce qui doit être apprécié à la lumière des éléments propres aux infractions réprimées ⁽⁵⁾.

Le projet doit également être réexaminé à la lumière des principes qui viennent d'être rappelés.

C. Intégration dans la législation existante

5. Il existe déjà un certain nombre de dispositions sur la publicité relative aux professions libérales ou aux soins de santé qui sont en partie pertinentes pour la réglementation en projet. Il conviendra de veiller à leur cohérence.

5.1. La loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, s'applique aux dentistes et autres professionnels qui pratiquent des soins bucco-dentaires et qui sont organisés en profession libérale. Cette loi transpose trois directives désignées en son article 1^{er}. Les articles 4 à 6 de cette loi comprennent des dispositions concernant la publicité trompeuse et comparative. Ils s'appliquent toutefois "sans préjudice de l'application de lois plus contraignantes", ce que permet l'article 7 de la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative qui autorise des mesures plus contraignantes des États membres sous certaines conditions. L'article 7, paragraphe 5, de cette directive s'énonce comme suit:

⁽⁵⁾ Cour d'arbitrage, n/ 136/2004, 22 juillet 2004, B.6.2. Voir également Cour d'arbitrage, n/ 69/2003, 14 mai 2003, B.9.3; Cour d'arbitrage, n/ 157/2004, 6 octobre 2004, B.21; Cour d'arbitrage, n/ 158/2004, 20 octobre 2004, B.5.3-B.5.5; Cour d'arbitrage, n/ 202/2004, 21 décembre 2004, B.4.1 et B.6.1; Cour d'arbitrage, n/ 27/2005, 2 février 2005, B.3; Cour d'arbitrage, n/ 116/2005, 30 juin 2005, B.3.3; Cour d'arbitrage, n/ 71/2006, 10 mai 2006, B.5.1 et B.5.2; Cour d'arbitrage, n/ 81/2006, 17 mai 2006, B.4.1 et B.4.2.; Cour d'arbitrage, n/ 98/2006, 14 juin 2006, B.5.1 et B.5.2.

"Aucune disposition de la présente directive n'empêche les États membres de maintenir ou d'introduire, dans le respect des dispositions du traité, des interdictions ou des restrictions quant au recours à des comparaisons dans la publicité pour des services relevant de professions libérales, que ces interdictions ou ces restrictions soient imposées directement ou par un organisme ou une organisation responsable, en vertu des législations des États membres, de réglementer l'exercice d'une activité libérale".

Par conséquent, il peut être dérogé aux dispositions plus générales de la loi du 2 août 2002. Il est toutefois recommandé d'énoncer expressément dans le projet que les articles 4 à 6 de la loi du 2 août 2002 ne sont pas applicables.

5.2. L'article 9 de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments comporte des dispositions concernant la publicité des médicaments. Dans la mesure où le régime en projet porte sur la publicité, d'une part, des médicaments pouvant être utilisés dans le cadre des soins bucco-dentaires et, d'autre part, des dispositifs pouvant être assimilés à des médicaments, cette disposition législative et le régime en projet font double emploi.

L'article 9, § 2, de la loi du 25 mars 1964 habilite, notamment, le Roi à réglementer cette publicité ou à la soumettre à des mesures sélectives d'interdiction. Par ailleurs, cette disposition prévoit la possibilité d'instaurer un système de contrôle préalable. Le régime en projet utilise une approche plus spécifique, différente de celle de la loi précitée, et prescrit d'une manière plus détaillée les formes de publicité autorisées et celles qui ne le sont pas. Eu égard à cette différence importante entre les deux régimes, leur application cumulative se conçoit difficilement.

La disposition législative précitée constitue la transposition de l'article 97 de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain. La portée de la transposition est toutefois plus large que celle de la disposition de la directive qui, outre une obligation générale de contrôle de la publicité pharmaceutique, a essentiellement pour objet la publicité trompeuse relative aux médicaments.

Ainsi qu'il ressort notamment des considérants 1 à 5 de la directive précitée, celle-ci vise à éliminer les entraves actuelles dans les dispositions nationales prises à l'égard de l'industrie pharmaceutique et des échanges de médicaments. On ne peut donc en conclure que les États membres sont autorisés à adopter purement et simplement des

.../...

règles plus sévères que celles prescrites par la directive, à la différence de la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984, déjà citée.

Toutefois, en ce qui concerne les autres aspects visés dans la directive, le régime en projet peut être plus sévère (pour autant que le droit UE primaire soit respecté).

Il appartient aux auteurs du projet de décider auquel des deux ils entendent donner la priorité en cas de double emploi entre l'article 9 de la loi du 25 mars 1964 et le régime en projet. Il faudra toutefois éliminer ce chevauchement dans un sens ou dans l'autre. Dans la mesure où le régime en projet s'inscrit dans le cadre de l'article 97 de la directive 2001/83/CE, la priorité doit être accordée à la transposition de cette directive, et donc à l'article 9 de la loi du 25 mars 1964. Il est recommandé de régler formellement toutes ces questions dans le projet.

5.3. L'article 38, § 1^{er}, 1/, de l'arrêté royal n/ 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé dispose que les personnes qui accomplissent des actes illicites, notamment de nature dentaire, sans disposer des qualifications requises, sont punissables. Si elles ont employé un "moyen publicitaire quelconque" pour accomplir ces actes, il n'est même pas requis qu'elles les accomplissent d'une manière "habituel(le)" (article 38, § 2, 2/). En d'autres termes, il suffit qu'une personne non qualifiée fasse une seule fois de la publicité portant sur des actes qui relèvent de l'art dentaire et exécute une seule fois cette opération pour être passible des peines visées à l'article 38, § 1^{er}, 1/.

D'un point de vue formel, cette disposition pénale ne fait pas double emploi avec l'article 9 du projet qui punit la publicité proprement dite, même celle qui est faite par des personnes non qualifiées, tandis que l'article 38, § 1^{er}, 1/, et § 2, 2/, de l'arrêté royal n/ 78 du 10 novembre 1967 punit l'acte (même unique) qui fait suite à la publicité faite par des personnes non qualifiées. En principe, les deux dispositions pénales peuvent donc être combinées, dès lors qu'elles portent sur des comportements distincts (la publicité, d'une part, et l'acte relevant de l'art dentaire, d'autre part). Les auteurs du projet jugeront toutefois de l'opportunité de cette combinaison.

5.4. L'article 127 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, énonce un certain nombre d'interdictions concernant les prestations médicales. Ces interdictions visent aussi bien les dispensateurs de soins que les tiers. Si l'article 127, § 5, de cette loi mentionne que ces dispositions s'appliquent "sans préjudice des législations ou des règles déontologiques plus restrictives", cette mention ne figure pas par ailleurs dans d'autres subdivisions de cet article de loi, de sorte qu'une incertitude subsiste quant à l'articulation entre l'article 127 précité et le régime en projet.

Il appartient aux auteurs du projet d'apporter les précisions nécessaires.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

6. Selon l'article 1^{er} du projet, la loi dont le projet est à l'examen règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

Or, l'article 11, § 1^{er}, du projet, attribue une compétence au président du tribunal de première instance.

Ainsi que le Conseil d'État, section de législation, l'a déjà relevé à plusieurs reprises, il résulte du rapprochement de l'article 77, alinéa 1^{er}, 3/, de la Constitution et de l'article 77, 9/, de la Constitution, que la détermination de la compétence des cours et tribunaux est une matière intégralement bicamérale ⁽⁶⁾.

Pour éviter que l'article 11, § 1^{er}, du projet ne doive être transformé pour ce motif en un dispositif distinct et autonome, il peut être suggéré de compléter l'article 587 du Code judiciaire par une disposition qui confère au président du tribunal de première instance une compétence en matière d'actions en cessation formées dans le cadre du régime en projet. Dans ce cas, la disposition modificative peut être inscrite dans un projet

⁽⁶⁾ Voir notamment les avis 24.111/AG-AV/2/V et 24.594/AG-AV/2/V des 10 et 18 octobre 1995, *Doc. parl.*, Chambre, 1995-96, n/ 364/1 et 24.615/AG-AV/2 des 10 et 23 octobre 1995, *Doc. parl.*, Chambre, 1995-96, n/ 329/1.

de loi distinct, qui relève de la procédure bicamérale parfaite. L'article 11, § 1^{er}, étant omis, le régime en projet peut alors être maintenu comme projet relevant de la procédure bicamérale partielle.

Article 2

7. On n'aperçoit pas si les mots "dispositifs médicaux propres à l'art dentaire" font référence à certains dispositifs médicaux visés dans l'arrêté royal du 18 mars 1999 relatif aux dispositifs médicaux. Il est recommandé de le préciser soit dans le texte, soit dans l'exposé des motifs.

8. L'article 2 comporte une énumération d'un certain nombre de formes concrètes de publicité (commençant par "étalages" ou "enseignes" et se terminant par "moyens de communication électroniques"). Il peut se déduire du mot "notamment" par lequel débute cette énumération que celle-ci est indicative. Il est recommandé de le préciser dans l'exposé des motifs.

9. On précisera la notion de "moyens de communication électroniques" utilisée à la fin de l'article 2.

Article 3

10. À la fin de l'article 3, on écrira "fait" au lieu de "ferait".

Article 4

11. Dans la phrase introductive de l'article 4, § 1^{er}, il faut probablement écrire "sur laquelle peuvent uniquement être mentionnés" au lieu de "sur laquelle sont mentionnées".

Dans le texte français du a) de cette disposition, on écrira en outre: "tels qu'ils figurent sur le visa" au lieu de "tels que repris sur le visa".

12. L'article 4, § 2, alinéa 2, accorde une délégation directe au ministre (qui a la santé publique dans ses attributions).

À cet égard, il y a lieu de souligner que le législateur ne peut, en principe, accorder de délégation sur le plan normatif à un ministre. En effet, en vertu des principes constitutionnels relatifs à l'exercice des pouvoirs, le pouvoir réglementaire est dévolu au Roi. Certes, il n'est pas incompatible avec ces principes de conférer à un ministre une délégation de pouvoirs d'ordre accessoire ou secondaire, mais il n'en demeure pas moins qu'il appartient alors, en principe, au Roi et non au législateur, d'octroyer pareille délégation dans les limites de ses pouvoirs. En effet, l'octroi par le législateur d'une délégation directe de tels pouvoirs à un ministre signifierait que le législateur empiéterait sur une prérogative qui revient au Roi en tant que chef du pouvoir exécutif fédéral (article 37 de la Constitution). Pareille délégation ne pourrait être admissible qu'en présence de motifs objectifs justifiant une intervention urgente du pouvoir exécutif. On pourrait difficilement considérer, en l'espèce, qu'il existe de tels motifs.

13. À l'article 4, § 3, alinéa 1^{er}, on écrira "une plaque fixe" au lieu de "une plaque d'entreprise fixe".

Article 5

14. À l'article 5, § 1^{er}, il faudra également tenir compte du fait que le site internet puisse être créé par une personne ou par une entreprise autre que les praticiens de l'art dentaire, les institutions de soins, les cabinets de groupe ou les personnes morales visés dans cette disposition.

15. Les exigences visées à l'article 5, § 2, sont formulées en des termes à ce point généraux qu'il est fort douteux qu'il soit possible de les faire respecter. Par ailleurs,

.../...

pareille disposition soulève de sérieuses interrogations sur le plan du principe de la légalité des peines (voir l'observation n/ 4).

Article 7

16. À l'article 7, § 3, on précisera quelles campagnes de prévention et de dépistage sont visées.

Articles 8 et 9

17. Bien que l'article 8 utilise les mots "sont sanctionnées", donnant à penser qu'il s'agit d'une peine proprement dite, imposée par le juge, il ressort de la deuxième phrase de cet article, qui fait mention d'une "procédure de retrait", qu'il s'agit d'une sanction administrative. Compte tenu de la sévérité de cette sanction, il faut lui conférer un caractère pénal.

La méconnaissance des dispositions de la loi peut donner lieu, dès lors, à l'application cumulée de sanctions pénales proprement dites et de sanctions administratives à caractère pénal. Cette possibilité de cumul est contraire au principe général du droit "*non bis in idem*", garanti entre autres par l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Selon ce principe, il est interdit de répéter des poursuites "pénales" à l'encontre de quelqu'un lorsqu'une première procédure pénale s'est déjà clôturée par une décision définitive.

On adaptera en conséquence les articles 8 et 9.

S'il devait être opté, dans le respect du principe *non bis in idem*, pour le maintien de sanctions administratives, leur caractère pénal imposerait de prévoir un système de protection juridique répondant aux exigences dictées en la matière par la Constitution et le droit international, ce qui implique notamment qu'un recours (suspensif)

puisse être introduit, contre l'application d'une sanction administrative, devant un juge statuant au contentieux de pleine juridiction ⁽⁷⁾.

18. À l'article 9, alinéa 1^{er}, on écrira "500 à 1000 euros" au lieu de "€ 500 à € 1000" et à la fin, dans le texte français, ci-dessus" au lieu de "ci-avant".

Article 11

19. À l'article 11, § 1^{er}, il y a une discordance entre les textes français et néerlandais, le texte français mentionnant "un acte, même pénalement ou administrativement réprimé" et le texte néerlandais "een zelfs onder het strafrecht of administratieve (lire: administratief) recht vallende daad".

Il y a lieu d'éliminer cette discordance.

⁽⁷⁾ CEDH, 4 mars 2004, *Silvester's Horeca Service c. Belgique*, n/ 47.650/99; Cour d'arbitrage, n/ 128/99, 7 décembre 1999, B.15; Cour d'arbitrage, n/ 96/2002, 12 juin 2002, B.4.1 à B.4.3; Cour d'arbitrage, n/ 105/2004, 16 juin 2004, B.7.3. Sur l'effet suspensif devant être attribué au recours, voy. notamment l'avis 33.239/2, sur un avant-projet de loi "complétant, en ce qui concerne les voies de recours contre les décisions prises par le Ministre, par la CBF, par l'OCA et les entreprises de marché et en ce qui concerne l'intervention de la CBF et de l'OCA devant les juridictions répressives, la loi du ... relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et modifiant diverses autres dispositions légales", *Doc. parl.*, Chambre, DOC 50 1843/001, (286) 290-292.

La chambre était composée de

Messieurs	D. ALBRECHT,	président de chambre,
	J. SMETS, J. SEUTIN,	conseillers d'État,
	H. COUSY, J. VELAERS,	assesseurs de la section de législation,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J. VAN NIEUWENHOVE, auditeur.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

G. VERBERCKMOES

D. ALBRECHT