

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.137/3

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 19 januari 2007 door de Leden van het Verenigd College bevoegd voor het beleid inzake Bijstand aan personen, verzocht hen, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "betreffende de voorzieningen voor opvang of huisvesting van bejaarde personen", heeft op 13 februari 2007 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 beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽¹⁾, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

*
* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2.1. Luidens de memorie van toelichting strekt het voor advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie ertoe een wetgevend kader te scheppen voor het geheel van inrichtingen voor bejaarde personen die tot de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie behoren.

2.2. De inhoud van het voorontwerp komt neer op wat volgt.

In hoofdstuk I wordt bepaald dat het voorontwerp een aangelegenheid regelt als bedoeld in artikel 135 van de Grondwet, worden een aantal begrippen omschreven die verder in het voorontwerp worden gebruikt, en wordt het toepassingsgebied bepaald.

Hoofdstuk II regelt de programmering van voorzieningen van bejaarden.

Bij afdeling I wordt het Verenigd College gemachtigd de criteria te bepalen voor het merendeel van die voorzieningen. De afdelingen II en III voorzien respectievelijk in een vergunning tot ingebruikneming en exploitatie waaruit blijkt dat een project past in het kader van de programmering, en in een vergunning voor werken waaruit blijkt dat een project past in het kader van de programmering.

Hoofdstuk III voorziet in een erkenningsregeling voor het in gebruik stellen van een voorziening voor bejaarden en bepaalt de erkenningsvoorwaarden daartoe.

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

De hoofdstukken IV en V bevatten een subsidiëringsregeling respectievelijk voor de werking van de centra voor dagverzorging en de centra voor dag- en nachtopvang en voor de bouw, de uitbreiding, de verbouwing en de uitrusting van de gebouwen waarin de voorzieningen hun activiteit uitoefenen. Daarnaast bevat hoofdstuk V ook bepalingen in verband met het toezicht op de naleving van de ordonnantie die thans in ontwerpvorm voorligt, alsmede in verband met de opsporing, de vaststelling en de bestraffing van de overtredingen van diezelfde ordonnantie ⁽²⁾.

Ten slotte bevat hoofdstuk VII (lees: hoofdstuk VI) slot- en overgangsbepalingen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. Het voorontwerp van ordonnantie voorziet in een programmering van voorzieningen van bejaarden, met uitzondering voor de categorie van service-flats in medeëigendom.

Een vergunning tot ingebruikneming en exploitatie wordt enkel verleend als een project past in het kader van de programmering (artikel 6). Het is ook enkel toegelaten de voorziening te bouwen, uit te breiden, te verbouwen of te vervangen indien dit past in de programmering (artikel 9).

Voor hun werking komen slechts een aantal categorieën van voorzieningen in aanmerking voor subsidies (artikel 17). Alle voorzieningen, met uitzondering van de service-flats in medeëigendom kunnen in aanmerking komen voor subsidies voor de bouw, de uitbreiding, de verbouwing en de uitrusting van gebouwen (artikel 19).

Zoals het voorontwerp is geconcipieerd, dient te worden vastgesteld dat tegenover de programmering, geen enkele vorm van subsidiëring of ondersteuning staat. De ontworpen regeling lijkt dan ook een ernstige beperking van de vrijheid van handel en nijverheid in te houden.

⁽²⁾ Logischerwijs en vermoedelijk dienen de artikelen 24 tot 27 van het ontwerp een afzonderlijk hoofdstuk VI te vormen.

Het is weliswaar zo dat de vrijheid van handel en nijverheid niet absoluut is en dat wordt aangenomen dat aan die vrijheid door of krachtens een ordonnantie, beperkingen kunnen worden gesteld. Die beperkingen moeten evenwel kunnen worden verantwoord door dwingende eisen van algemeen belang, waarbij de eraan ten grondslag liggende doelstellingen niet of beduidend moeilijker kunnen worden verwezenlijkt met gebruikmaking van andere, minder stringente maatregelen. De vraag rijst of dat in het voorliggende geval effectief zo is.

Zo de stellers van het ontwerp van oordeel zijn dat dwingende eisen van algemeen belang te dezen aanwezig zijn, en de nagestreefde doelstellingen niet met minder stringente maatregelen kunnen worden bereikt, zullen zij dit in de memorie van toelichting op een deugdelijke wijze dienen te verantwoorden.

4. Verschillende bepalingen van het ontwerp zijn op een onduidelijke en weinig precieze wijze geformuleerd, wat de rechtszekerheid in het gedrang kan brengen.

4.1. In artikel 2, 2/, wordt een definitie gegeven van het begrip "voorziening voor bejaarde personen" door te verwijzen naar andere begrippen, die op hun beurt worden gedefinieerd.

Zo wordt het begrip "woning voor bejaarde personen" omschreven als "huis, deel van een huis of appartement speciaal gebouwd of ingericht als individuele woning voor bejaarde personen". Door deze zeer ruime formulering van dat begrip, zou ook een deel van een woning die door de kinderen voor hun bejaarde ouders is ingericht, onder dat begrip vallen. De vraag rijst of dit wel de bedoeling is, en zo ja, of dit wel kan worden gebillijkt.

4.2. In artikel 2, 2/, waarin het begrip "voorziening voor bejaarde personen" wordt gedefinieerd, wordt onder litera d) "het centrum voor dagverzorging" opgenomen. In verscheidene artikelen van het voorontwerp wordt geregeld gewag gemaakt van "een in artikel 2, 2/, bedoelde voorziening" waaronder dan ook de centra van dagverzorging dienen te worden begrepen ⁽³⁾.

⁽³⁾ Zie bijvoorbeeld artikel 9 (inzake vergunning voor werken), artikel 19 (subsidies voor verbouwingen) en artikel 26, § 3 (inzake verbod van exploitatie).

In artikel 3, tweede lid, van het voorontwerp wordt echter bepaald dat alleen de artikelen 17 en 18 van de ordonnantie die thans in ontwerpvorm voorligt, van toepassing zijn op de in artikel 2, 2/, d), bedoelde voorzieningen, zijnde de centra voor dagverzorging.

Ook wordt er op verschillende plaatsen in het voorontwerp verwezen naar een "in artikel 3, eerste lid, bedoelde voorziening" ⁽⁴⁾.

Die werkwijze blijkt echter tot verwarring te leiden en doet verschillende vragen rijzen.

Zo is het bijvoorbeeld niet duidelijk of artikel 19 nu al dan niet van toepassing is op de centra voor dagverzorging? Volgens de tekst van artikel 19 wel, doch volgens de tekst van artikel 3, tweede lid, dan weer niet.

Waarom wordt in de definitie van beheerder (artikel 2, 4/) verwezen naar de voorzieningen bedoeld in artikel 3 en niet naar de voorzieningen bedoeld in artikel 2, 2/)?

4.3. Geeft ook aanleiding tot verwarring, de wijze van verwijzing naar een bepaalde voorziening.

Zo wordt bijvoorbeeld voortdurend verwezen naar "de in artikel 2, 2/, b, bedoelde voorziening" (artikel 4, eerste lid). In artikel 6, § 2, eerste lid, wordt gewag gemaakt van "een in artikel 2, 2/, c), bedoelde voorziening", en in artikel 6, § 2, tweede lid, dan weer van "rusthuis".

Nu evenwel bij de in artikel 2, 2/, van het voorontwerp vermelde voorzieningen, bij elke (Latijnse) letter een benaming of een begrip hoort, zoals woning, service-residentie, rusthuis of centrum voor dagverzorging, verdient het dan ook aanbeveling, omwille van de leesbaarheid van de tekst, deze begrippen te gebruiken in de tekst van het voorontwerp.

⁽⁴⁾ Zie bijvoorbeeld artikel 4 (programmeringscriteria) en artikel 10 (erkenning).

4.4. Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat ook de in artikel 3, eerste lid, van het ontwerp vervatte territoriale bevoegdheidsomschrijving op een weinig precieze wijze is geredigeerd.

Zo is het niet duidelijk of die territoriale bevoegdheidsomschrijving ook geldt voor de in het tweede zinsdeel van artikel 3, eerste lid (beginnend met de woorden "alsmede op elke andere voorziening") bedoelde voorzieningen en voor de in artikel 3, tweede lid, bedoelde voorziening (artikel 2, 2/, d).

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 3

5. Artikel 3 van het voorontwerp luidt:

"Deze ordonnantie is toepasselijk op elke in artikel 2, 2/, a), tot c) en e) tot g) bedoelde voorziening, beheerd door een publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon en gelegen in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad, die niet verklaard heeft tot de ene of de andere Gemeenschap te behoren alsmede op elke andere voorziening waar of de huisvesting of hetzij familiale, hetzij huishoudelijke, hetzij verpleegkundige hulp of verzorging tegen betaling wordt verstrekt aan bejaarde personen die er gewoonlijk verblijven.

Slechts de artikelen 17 en 18 zijn toepasselijk op de in artikel 2, 2/, d) bedoelde voorziening".

5.1. Op grond van artikel 135 van de Grondwet en artikel 63 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen is de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie de overheid die bevoegd is om voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad de bevoegdheid inzake de persoonsgebonden aangelegenheden uit te oefenen ten aanzien van personen en ten aanzien van in Brussel-Hoofdstad gevestigde instellingen waarvan de activiteiten betrekking hebben op persoonsgebonden aangelegenheden en die wegens hun organisatie niet kunnen worden beschouwd als uitsluitend te behoren tot de Vlaamse of de Franse Gemeenschap (de zogenaamde bi-persoonsgebonden instellingen).

De Vlaamse en de Franse Gemeenschap daarentegen zijn luidens artikel 128, § 2, van de Grondwet bevoegd ten aanzien van de instellingen gevestigd in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad die, wegens hun organisatie, moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de ene of de andere gemeenschap.

Uit de voormelde bepalingen volgt dat de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie zich niet bevoegd kan maken ten aanzien van voorzieningen die niet verklaren tot een gemeenschap te behoren. Het grondwettelijke criterium ligt immers objectief vast. Dat criterium kan niet worden verengd of verruimd, noch door de ordonnantiegever, noch door de instellingen zelf.

Een instelling heeft, voor zover de wet niet anders heeft bepaald, de keuze om zich op een welbepaalde wijze te organiseren. De wijze van organisatie bepaalt of de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap of de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie bevoegd is. Als zodanig is het niet toegelaten de bevoegde overheid te kiezen. De feitelijke organisatie en de werking van de instellingen bepalen de bevoegde overheid. De overheden kunnen evenmin kiezen op wie hun normen van toepassing zijn. De gemeenschappen kunnen eventueel wel het toepassingsgebied van hun normen beperken tot uni-communautaire instellingen die aan bepaalde voorwaarden voldoen ⁽⁵⁾, maar ze kunnen niet als dusdanig bepalen welke instellingen uni-communautair zijn.

Het niet verklaren tot een bepaalde gemeenschap te behoren, betekent bijgevolg niet noodzakelijk dat de organisatie van de voorziening niet met zich meebrengt dat de voorziening toch onder de bevoegdheid van een bepaalde gemeenschap valt, en het verklaren tot een bepaalde gemeenschap te behoren belet evenmin dat een voorziening, gelet op haar organisatie, onder de bevoegdheid van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie kan vallen.

5.2. De conclusie is dan ook dat de stellers van het ontwerp het toepassingsgebied zoals omschreven in artikel 3, grondig dienen te herwerken met inachtneming van hetgeen hiervoor is uiteengezet.

⁽⁵⁾ Zie Arbitragehof, nr. 44/2005, 23 februari 2005, B.12.2.

Artikel 24

6. Luidens artikel 24, tweede lid, van het voorontwerp hebben de door het Verenigd College aangewezen ambtenaren "het recht [om] op elk ogenblik de voorzieningen te bezoeken met inachtneming van de onschendbaarheid van de woning, en ter plaatse zelf kennis te nemen van alle stukken en bescheiden".

In dat verband moet erop worden gewezen dat het recht op eerbiediging van de woning niet enkel wordt gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet, maar ook bij artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en bij artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip "woning" in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag ruim moet worden opgevat en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen ⁽⁶⁾, zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen ⁽⁷⁾.

Bovendien heeft het Arbitragehof erop gewezen dat "het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, een essentiële waarborg (lijkt) te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" ⁽⁸⁾. Uit deze vaststelling leidt het Hof af dat afwijkingen op die regel slechts uitzonderlijk kunnen zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Zie, o.m., EHRM, 16 december 1992, Niemietz t. Duitsland, *Publ. Court*, reeks A, vol. 251-B; EHRM, 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Miaillhe t. Frankrijk, *Publ. Court*, reeks A, vol. 256-A, -B en -C; EHRM, 9 december 2004, Van Rossem t. België, nr. 41.872/98. Zie ook D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", *Rev. Trim. Dr. H.*, 1994, 117-135.

⁽⁷⁾ EHRM, 16 april 2002, Société Colas Est et autres t. Frankrijk, nr. 37.971/97, *Recueil*, 2002-III.

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

⁽⁹⁾ Zelfde arrest, B.2.

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

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

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

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

39. À ces considérations générales s'ajoute une observation particulière. Les saisies subies par M. et Mme Mialhe revêtirent un caractère massif et surtout indifférencié; à telle enseigne que les douanes jugèrent sans intérêt pour l'enquête plusieurs milliers de documents et les restituèrent aux intéressés (paragraphe 7 ci-dessus).

40. En résumé, il y a eu violation de l'article 8".

Bovendien dient rekening te worden gehouden met de volgende overwegingen uit het arrest Van Rossem⁽¹⁰⁾:

⁽¹⁰⁾ EHRM, 9 december 2004, Van Rossem t. België, nr. 41.872/98.

"41. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence, mais elle va de pair avec un contrôle européen. Les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite et leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante (*Ernst et autres*, précité, § 113 et *Miailhe c. France*, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-C, p. 89, § 36).

42. La Cour reconnaît que les Etats peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de certaines infractions. Encore faut-il que leur législation et leur pratique offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (*mutatis mutandis*, *Ernst et autres*, précité, § 114 et *Camenzind c. Suisse*, arrêt du 16 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII, § 45).

43. La Cour note que les perquisitions opérées en l'espèce se sont accompagnées de certaines garanties de procédure. Elles ont été ordonnées par le conseiller instructeur qui, certes, n'a pas procédé lui-même aux perquisitions mais a délégué cette tâche à un officier de police judiciaire, habilité selon la loi à agir à sa place. On ne saurait attacher une importance particulière à cette délégation, même si l'article 89 bis du code d'instruction criminelle dispose qu'elle peut seulement intervenir «dans les cas de nécessité». Des impératifs d'efficacité notamment peuvent la justifier, entre autres en cas de perquisitions multiples, comme en l'espèce. Des précautions particulières s'imposent dans cette hypothèse pour garantir que l'ingérence ne dépasse pas le but de prévention et de répression des infractions pénales envisagées par la mesure.

44. Parmi ces garanties figure dans la présente affaire le fait que les perquisitions ont été opérées sous les ordres du commissaire Kerstens, qui avait procédé au premier interrogatoire du requérant et qui a assisté personnellement à deux d'entre elles, accompagné de huit personnes. La Cour se doit cependant de constater que les différents mandats de perquisition étaient rédigés en termes larges (*Niemietz*, précité, § 37; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, § 57, CEDH 2003, § 70; *a contrario*, *Keslassy c. France* (déc.), n° 51578/99, CEDH 2002-I, et *Tamosius c. Royaume-Uni* (déc.), n° 62002/00, CEDH 2002-VIII, *Ernst et autres*, précité, § 116). En effet, le conseiller instructeur ordonna, le 27 juin 1990, la série des perquisitions «aux fins d'y rechercher et d'y saisir toutes les pièces et documents utiles à l'instruction (...)», sans aucune limitation de quelque ordre. Ces mandats de perquisition, qui ne donnaient aucune information sur l'instruction en cause et sur les objets à saisir, octroyaient ainsi de larges pouvoirs aux enquêteurs (voir *Funke*, *Crémieux et Miailhe*, précités).

45. D'après la Cour, un mandat de perquisition doit être assorti de certaines limites pour que l'ingérence qu'il autorise dans les droits garantis par l'article 8, et en particulier le droit au respect du domicile, ne soit pas potentiellement illimitée et, partant, disproportionnée. Par conséquent, un mandat de perquisition doit comporter des mentions minimales permettant qu'un contrôle s'exerce sur le respect, par les agents qui l'ont exécuté, du champ d'investigation qu'il détermine.

46. Il en découle, aux yeux de la Cour, que les mandats de perquisition auraient dû, en l'espèce, à tout le moins contenir les mêmes mentions que celles figurant dans le réquisitoire aux fins d'instruire du procureur du Roi. A cet égard, la Cour ne peut se contenter de l'affirmation du Gouvernement selon laquelle les enquêteurs «connaissaient l'instruction» et par laquelle il relaie une considération de la Cour de cassation faisant état de ce que la cour d'appel d'Anvers avait relevé que les enquêteurs «savaient effectivement ce qu'ils devaient rechercher». En effet, il ressort de l'exposé des faits que la cour d'appel d'Anvers n'a pu que «supposer» que le magistrat instructeur avait fourni aux enquêteurs les explications utiles à ce sujet. Il est aussi symptomatique qu'aucune liste des pièces et documents emportés ne fut dressée pour les perquisitions menées dans les locaux des sociétés commerciales dirigées par le requérant. La Cour ne peut que remarquer le caractère massif de l'opération, qui comportait cinq perquisitions au cours desquelles nombre de documents et de pièces furent effectivement saisis.

47. La circonstance que les enquêteurs auraient su «effectivement ce qu'ils devaient rechercher» ne saurait par ailleurs suffire. Aux yeux de la Cour, l'élément déterminant est que la ou les personne(s) visée(s) par la mesure, ou une tierce personne, dispose d'informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'opération pour lui permettre d'en déceler, prévenir et dénoncer les abus (voir *Funke*, *Crémieux et Mialhe*, précités, respectivement § 56, § 39 et § 37).

48. La Cour estime qu'au vu du texte des mandats en cause, rédigés en termes larges, seul le requérant, qui avait été interrogé préalablement par le commissaire sous la direction duquel les perquisitions litigieuses ont été effectuées, pouvait, en l'espèce, être considéré comme ayant été informé du «contexte» dans lequel celles-ci s'inscrivaient, à savoir l'ouverture d'une instruction du chef de faux en écritures et usage, abus de confiance et émission de chèques sans provision. Ceci lui aurait permis de s'assurer que la perquisition se limitait à la recherche de ces infractions et d'en dénoncer d'éventuels abus, permettant par là l'exercice d'un contrôle sur l'étendue des perquisitions et saisies effectuées.

49. Or, la Cour constate que le requérant n'était présent lors d'aucune des perquisitions. Il en va particulièrement ainsi pour celle menée à son domicile privé, la seule pour laquelle des précisions ont été données à la Cour. Le requérant était absent et il n'apparaît pas que les enquêteurs ont tenté de l'informer de leur présence, de leur action et de leurs intentions après que son fils les ait informés de ce que celui-ci était absent pour la journée. Quant au concierge qu'ils ont appelé pour qu'il agisse comme témoin, au vu de l'absence totale de précision du mandat de perquisition, celui-ci ne peut raisonnablement passer comme ayant reçu des informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'opération.

50. De plus, la Cour relève qu'aucun inventaire n'a été dressé quant aux objets saisis dans les locaux des sociétés commerciales dirigées par le requérant. Si le Gouvernement explique que cette situation se justifie par le fait qu'un grand nombre de pièces et documents ont été saisis, la Cour ne peut que le regretter en l'espèce: alors que ni les mentions portées sur le mandat de perquisition ni la présence du requérant sur les lieux n'avaient pu assurer de manière effective et complète le contrôle qui devait pouvoir s'opérer sur l'étendue de la perquisition, l'intéressé n'a de la sorte pas pu raisonnablement identifier chaque objet saisi. Or, un tel inventaire aurait pour le moins permis au requérant de demander *a posteriori* la levée des objets saisis (sur la base de l'article 61^{quater} du CIC) et cette absence partielle d'inventaire a rendu ce contrôle curatif particulièrement difficile, voire impossible à exercer. La circonstance que cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité est, à cet égard, sans incidence.

51. La Cour en arrive à la conclusion que le Gouvernement n'a pas démontré qu'une balance équitable des intérêts en présence a été préservée en l'espèce. Elle en conclut que les mesures litigieuses ne représentaient pas des moyens raisonnablement proportionnés à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer le respect du domicile. Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention".

Alhoewel het arrest betrekking heeft op een huiszoeking verricht in het raam van een gerechtelijk onderzoek, doet het ook, en zelfs *a fortiori*, de vraag rijzen naar de aanwezigheid van voldoende waarborgen wanneer, in het raam van toezichtsoverdrachten, plaatsen worden betreden die onder de bescherming van de genoemde verdragsbepalingen vallen.

Artikel 25

7.1. Met betrekking tot het ontworpen artikel 25, eerste volzin, waarin wordt bepaald dat de betrokken processen-verbaal bewijskracht hebben tot het bewijs van het tegendeel, moet worden opgemerkt dat die regel een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en, zoals er door het Arbitragehof is op gewezen, derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter naar eigen overtuiging de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald feitelijk gegeven. Het verschil in behandeling dat hieruit voortvloeit, dient op een redelijke verantwoording te berusten, en de ontworpen regel mag de rechten van de verdachte niet op een onevenredige wijze beperken ⁽¹¹⁾.

Het zou derhalve aanbeveling verdienen om in de memorie van toelichting een verantwoording op te nemen voor het toekennen van een bijzondere bewijswaarde aan het in het ontworpen artikel 25, eerste volzin, bedoelde processen-verbaal.

7.2. In het ontworpen artikel 25, tweede volzin, wordt bepaald dat een afschrift van het proces-verbaal "aan de overtreder, aan de Burgemeester en aan de Procureur des Konings [wordt] toegezonden binnen 15 dagen na de vaststelling van de overtreding".

⁽¹¹⁾ Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.14.1; Arbitragehof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.12.1.

Het voorontwerp voorziet niet in een sanctie voor het geval dat het afschrift van het proces-verbaal niet binnen de vastgestelde termijn wordt meegedeeld. Een overschrijding van die termijn heeft bijgevolg niet de nietigheid van het proces-verbaal tot gevolg, maar enkel het verlies van zijn bijzondere bewijswaarde, zodat het proces-verbaal enkel als inlichting zal gelden en de rechter bijgevolg vrij over de bewijswaarde ervan oordeelt ⁽¹²⁾.

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

Artikel 26

8. Het ontworpen artikel 26, § 3, verleent de rechter de mogelijkheid om een tijdelijk of permanent verbod op de exploitatie of het leiden van een voorziening van bejaarden 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 nagestreefte 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 ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht?", in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Antwerpen, 1994, p. 501; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", *R.W.*, 1980-81, p. 1374.

⁽¹³⁾ Arbitragehof, nr. 57/98, 27 mei 1998; Arbitragehof, nr. 87/98, 15 juli 1998; Arbitragehof, nr. 119/2000, 16 november 2000.

⁽¹⁴⁾ De federale 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 exploitatie of het leiden van een voorziening van bejaarden 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 27

9. Het ontworpen artikel 27 voorziet in een terugbetaling van de subsidies, verhoogd met de intresten, in de volgende gevallen:

- wanneer de subsidie niet volgens de doelstellingen worden aangewend waarvoor ze zijn verleend;
- wanneer de vereiste bewijsstukken niet worden voorgelegd;
- wanneer het toezicht van de bevoegde ambtenaren wordt belemmerd.

Die voorwaarden lijken in overeenstemming te zijn met de voorwaarden die zijn bepaald in artikel 13 van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de

boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof ⁽¹⁵⁾.

Artikel 31

10. Luidens artikel 31 van het ontwerp zal de ordonnantie die thans in ontwerpvorm voorligt, "toepasselijk [zijn] op de erkenningsaanvragen die vóór de inwerkingtreding ervan werden ingediend".

De stellers van het ontwerp zullen dienen na te gaan of onder meer de procedureregels die golden onder de vroegere regeling en die voor de voormelde erkenningsaanvragen zijn toegepast, de toepassing van die ontworpen regel in de praktijk niet bemoeilijken of zelfs verhinderen.

⁽¹⁵⁾ Het koninklijk besluit van 20 december 2005 houdende, voor wat de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie betreft, uitstel van de inwerkingtreding van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof, heeft de inwerkingtreding van de wet van 16 mei 2003 uitgesteld tot 1 januari 2007. Hoewel artikel 11 van de programmawet (II) van 27 december 2006 de voornoemde wet heeft gewijzigd, waardoor de inwerkingtreding van de wet van 16 mei 2003 nog kan worden uitgesteld tot 1 januari 2010, is de Raad van State, afdeling wetgeving, tot op heden geen koninklijk besluit bekend dat de inwerkingtreding van die wet, wat de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie betreft, opnieuw heeft uitgesteld naar een latere datum. Bijgevolg dient de ontworpen regeling getoetst te worden aan de bepalingen van de wet van 16 mei 2003. Indien er evenwel toch een besluit zou bestaan dat die inwerking opnieuw heeft uitgesteld, dient de Raad van State er op te wijzen dat in dat geval uit de artikelen 50, § 2, derde lid, en 71, § 1, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten volgt dat het de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie niet toekomt inzake de controle op het gebruik van subsidies een regeling vast te stellen die zou afwijken van die welke is vastgesteld in de artikelen 55 tot 58 van de wetten op de rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991. De gemeenschappen en de gewesten kunnen weliswaar specifieke regels vaststellen, maar die kunnen de regeling vervat in de wetten op de rijkscomptabiliteit in feite alleen maar strenger maken. Hiermee zal in elk geval rekening gehouden moeten worden bij de uitvoering van artikel 27.

De kamer was samengesteld uit

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

Het verslag werd uitgebracht door de H. W. PAS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

D. ALBRECHT

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 42.137/3

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par les Membres du Collège réunis compétents pour la politique de l'aide aux personnes, le 19 janvier 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance "relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées", a donné le 13 février 2007 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 s'est essentiellement limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ⁽¹⁾ et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*
* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2.1. Aux termes de l'exposé des motifs, l'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis entend fournir un cadre législatif à l'ensemble des établissements pour personnes âgées relevant de la compétence de la Commission communautaire commune.

2.2. Le contenu de l'avant-projet implique l'analyse comme suit.

Le chapitre premier indique que l'avant-projet règle une matière visée à l'article 135 de la Constitution, définit un certain nombre de notions utilisées dans la suite de l'avant-projet et délimite le champ d'application.

Le chapitre II règle la programmation des établissements pour personnes âgées.

La section première habilite le Collège réuni à fixer les critères pour la plupart de ces établissements. Les sections II et III prévoient respectivement une autorisation spécifique de mise en service et d'exploitation attestant qu'un projet s'insère dans le cadre de la programmation, et une autorisation de travaux attestant qu'un projet entre dans le cadre de la programmation.

Le chapitre III prévoit un régime d'agrément pour la mise en service d'un établissement pour personnes âgées et fixe les conditions d'agrément à cet effet.

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

Les chapitres IV et V organisent la subvention respectivement du fonctionnement des centres de soins de jour, d'accueil de jour et de nuit et de la construction, l'extension, la transformation ou l'équipement de bâtiments où les établissements exercent leurs activités. Le chapitre V comprend également des dispositions concernant le contrôle du respect de l'ordonnance dont le projet est à l'examen ainsi que la recherche, la constatation et la répression des infractions à la même ordonnance ⁽²⁾.

Enfin, le chapitre VII (lire: le chapitre VI) contient des dispositions finales et transitoires.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. L'avant-projet d'ordonnance prévoit une programmation d'établissements pour personnes âgées, à l'exception de la catégorie des résidences-services en copropriété.

Une autorisation de mise en service et d'exploitation est uniquement accordée lorsqu'un projet s'insère dans le cadre de la programmation (article 6). La construction, l'extension, la reconversion ou le remplacement de l'établissement ne sont également autorisés que s'ils s'insèrent dans le cadre de la programmation (article 9).

Seules certaines catégories d'établissements entrent en ligne de compte pour une subvention de fonctionnement (article 17). Tous les établissements, à l'exception des résidences-services en copropriété, peuvent recevoir des subventions pour la construction, l'extension, la transformation ou l'équipement de bâtiments (article 19).

Tel que l'avant-projet est conçu, force est de constater que sans programmation, il n'existe aucune forme de subvention ou d'aide. La réglementation en projet semble dès lors sévèrement restreindre la liberté de commerce et d'industrie.

Il est vrai que la liberté de commerce et d'industrie n'est pas absolue et qu'il est admis qu'elle peut être limitée par ou en vertu d'une ordonnance. Les limitations doivent toutefois pouvoir être justifiées par des impératifs d'intérêt général dont les objectifs ne peuvent être réalisés ou ne peuvent l'être que d'une manière significativement

⁽²⁾ Logiquement les articles 24 à 27 du projet, devraient, semble-t-il, constituer un chapitre VI distinct.

plus difficile par l'utilisation d'autres mesures moins contraignantes. La question se pose de savoir si tel est effectivement le cas en l'espèce.

Si les auteurs du projet estiment qu'il existe des impératifs d'intérêt général en l'espèce et que les objectifs poursuivis ne peuvent être réalisés par des mesures moins contraignantes, ils devront le justifier adéquatement dans l'exposé des motifs.

4. La formulation de différentes dispositions du projet est obscure et peu précise, ce qui peut porter atteinte à la sécurité juridique.

4.1. L'article 2, 2/, définit la notion de "établissement pour personnes âgées" en renvoyant à d'autres notions qui sont définies à leur tour.

Ainsi, la notion de "habitation pour personnes âgées" est définie comme étant une "maison, (une) partie de maison ou (un) appartement spécialement construit ou aménagé comme logement particulier pour personnes âgées". En raison de cette formulation fort large, la notion pourrait également englober une partie d'habitation aménagée par les enfants pour leurs parents âgés. La question est de savoir si telle est bien l'intention et, dans l'affirmative, si cela peut se justifier.

4.2. L'article 2, 2/, qui définit la notion de "établissement pour personnes âgées", inclut au d) le "centre de soins de jour". Différents articles de l'avant-projet font régulièrement état d'un "établissement visé à l'article 2, 2/", ce qui doit dès lors aussi comprendre les centres de soins de jour ⁽³⁾.

L'article 3, alinéa 2, de l'avant-projet prévoit toutefois que seuls les articles 17 et 18 de l'ordonnance, dont le projet est à l'examen, s'appliquent aux établissements visés à l'article 2, 2/, d), à savoir aux centres de soins de jour.

À différents endroits de l'avant-projet, il est également renvoyé à un "établissement visé à l'article 3, alinéa 1^{er}" ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Voir par exemple l'article 9 (concernant l'autorisation de travaux), l'article 19 (subventions pour transformation) et l'article 26, § 3 (relatif à l'interdiction d'exploiter).

⁽⁴⁾ Voir par exemple l'article 4 (critères de programmation) et l'article 10 (agrément).

Une telle méthode prête toutefois à confusion et soulève différentes questions.

Ainsi, on s'aperçoit pas, par exemple, si l'article 19 s'applique ou non aux centres de soins de jour. Selon le texte de l'article 19, tel est le cas mais, selon le texte de l'article 3, alinéa 2, il n'en est rien.

Pourquoi la définition du gestionnaire (article 2, 4/) renvoie-t-elle aux établissements visés à l'article 3 et non à ceux visés à l'article 2, 2/?

4.3. La manière de référer à un établissement déterminé prête également à confusion.

Ainsi, il est par exemple constamment renvoyé à "l'établissement visé à l'article 2, 2/, b)" (article 4, alinéa 1^{er}). L'article 6, § 2, alinéa 1^{er}, fait état d'un "établissement visé à l'article 2, 2/, c)" et l'article 6, § 2, alinéa 2, quant à lui, d'une "maison de repos".

Or, comme pour les établissements mentionnés à l'article 2, 2/, de l'avant-projet, chaque lettre (latine) correspond à une dénomination ou une notion, telle que habitation, résidence-service, maison de repos ou centre de soins de jour, il est recommandé, par souci de clarté du dispositif, d'utiliser ces notions dans le texte de l'avant-projet.

4.4. Enfin, il convient de relever encore que la définition de la compétence territoriale, inscrite à l'article 3, alinéa 1^{er}, du projet, est également rédigée de façon peu précise.

Ainsi, on ne distingue pas si cette définition de la compétence territoriale s'applique également aux établissements visés dans la seconde partie de l'article 3, alinéa 1^{er} (qui commence par les mots "ainsi qu'à tout autre établissement") et à l'établissement visé à l'article 3, alinéa 2 (article 2, 2/, d).

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 3

5. L'article 3 de l'avant-projet s'énonce comme suit:

"La présente ordonnance est applicable à tout établissement visé à l'article 2, 2/, a) à c) et e) à g) géré par une personne de droit public ou de droit privé, situé sur le territoire bilingue de Bruxelles-Capitale et qui n'a pas déclaré appartenir à l'une ou à l'autre communauté, ainsi qu'à tout autre établissement dans lequel ou le logement ou des aides ou des soins, soit familiaux, soit ménagers, soit infirmiers sont fournis à titre onéreux à des personnes âgées qui y résident habituellement.

Seuls les articles 17 et 18 sont applicables à l'établissement visé à l'article 2, 2/, d)".

5.1. En vertu de l'article 135 de la Constitution et de l'article 63 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, la Commission communautaire commune est l'autorité habilitée à exercer, en ce qui concerne la région bilingue de Bruxelles-Capitale, la compétence relative aux matières personnalisables à l'égard des personnes et des institutions établies à Bruxelles-Capitale dont les activités concernent des matières personnalisables et qui, en raison de leur organisation, ne peuvent être considérées comme appartenant exclusivement à la Communauté française ou flamande (les institutions dites bipersonnalisables).

Par contre, la Communauté française et la Communauté flamande sont compétentes, aux termes de l'article 128, § 2, de la Constitution, à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leur organisation, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou l'autre Communauté.

Il résulte des dispositions susmentionnées que la Commission communautaire commune ne peut se rendre compétente à l'égard d'établissements qui ne déclarent pas appartenir à une communauté. Le critère constitutionnel est en effet fixé objectivement. Il ne peut être restreint ou élargi, ni par le législateur régional bruxellois, ni par les institutions mêmes.

Sauf disposition contraire de la loi, une institution a le choix de s'organiser d'une manière bien déterminée. Cette manière de s'organiser détermine si la Communauté

.../...

française, la Communauté flamande ou la Commission communautaire commune est compétente. En tant que telle, elle ne peut choisir l'autorité compétente. Celle-ci est déterminée par l'organisation de fait et le fonctionnement de l'institution. L'autorité ne peut davantage choisir à qui s'appliqueront ses normes. Les communautés peuvent éventuellement limiter le champ d'application de leurs normes aux institutions unicommunautaires qui satisfont à certaines conditions ⁽⁵⁾ mais elles ne peuvent pas déterminer en tant que telles quelles institutions sont unicommunautaires.

Le fait de ne pas déclarer appartenir à une communauté déterminée ne signifie par conséquent pas nécessairement que l'organisation de l'établissement implique qu'il relève néanmoins de la compétence d'une communauté déterminée et le fait de déclarer appartenir à une communauté déterminée n'empêche pas davantage qu'un établissement, vu son organisation, puisse relever de la compétence de la Commission communautaire commune.

5.2. En conclusion, les auteurs du projet devront remanier en profondeur le champ d'application, tel qu'il est défini à l'article 3, et ce en tenant compte de ce qui a été exposé ci-dessus.

Article 24

6. Aux termes de l'article 24, alinéa 2, de l'avant-projet, les fonctionnaires désignés par le Collège réuni ont "le droit de visiter, à tout moment, dans le respect de l'inviolabilité du domicile, les établissements et de prendre connaissance, sans déplacement, de l'ensemble des pièces et documents".

À cet égard, il importe de souligner que le droit au respect du domicile n'est pas uniquement garanti par l'article 15 de la Constitution, mais également par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la notion de "domicile" au sens de l'article 8 de la Convention européenne doit

⁽⁵⁾ Voir Cour d'arbitrage, n/ 44/2005, 23 février 2005, B.12.2.

s'interpréter au sens large et qu'elle porte notamment sur les locaux professionnels et commerciaux ⁽⁶⁾, même lorsqu'il s'agit de personnes morales ⁽⁷⁾.

En outre, la Cour d'arbitrage a indiqué que "l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant, apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de Constitution et par l'article 8.1 de la Convention européenne des droits de l'homme" ⁽⁸⁾. La Cour en déduit que des dérogations à cette règle ne peuvent qu'être exceptionnelles et qu'elles doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent ⁽⁹⁾.

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

À cet égard, il convient de faire spécialement référence aux considérants suivants des arrêts Funke, Crémieux et Mialhe de la Cour européenne des droits de l'homme:

"37. Assurément, dans le domaine considéré - la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt - les États rencontrent de sérieuses difficultés résultant de l'ampleur et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que des multiples possibilités de placements internationaux, facilitées par la relative perméabilité des frontières. La Cour reconnaît donc qu'ils peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de délits de change et en poursuivre le cas échéant les auteurs. Encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir notamment, mutatis mutandis, l'arrêt Klass et autres précité, série A n° 28, p. 23, par. 50).

38. Or il n'en allait pas ainsi en l'occurrence. A l'époque des faits - la Cour n'ayant pas à se prononcer sur les réformes législatives de 1986 et 1989, qui visaient à

⁽⁶⁾ Voir, notamment, CDH, 16 décembre 1992, Niemetz, Publ. Cour, série A, vol. 251-B; CDH, 25 février 1993, Funke, Crémieux et Mialhe, Publ. Cour, série A, vol. 256-A, -B et -C; CDH, 9 décembre 2004, Van Rossem c. Belgique, n° 41.872/98. Voir également D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", Rev. Trim. Dr. H., 1994, 117-135.

⁽⁷⁾ CDH, 16 avril 2002, Société Colas Est et autres c. France, n° 37.971/97, *Recueil*, 2002-III.

⁽⁸⁾ Cour d'arbitrage, n° 140/98, 16 décembre 1998, B.1.

⁽⁹⁾ Même arrêt, B.2.

mieux protéger les individus (paragraphe 19 ci-dessus) -, l'administration des douanes disposait de pouvoirs fort larges: elle avait notamment compétence pour apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle. En l'absence surtout d'un mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi et soulignées par le Gouvernement (paragraphe 35 ci-dessus) apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits des requérants fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché.

39. À ces considérations générales s'ajoute une observation particulière. Les saisies subies par M. et Mmes Mialhe revêtirent un caractère massif et surtout indifférencié; à telle enseigne que les douanes jugèrent sans intérêt pour l'enquête plusieurs milliers de documents et les restituèrent aux intéressés (paragraphe 7 ci-dessus).

40. En résumé, il y a eu violation de l'article 8".

En outre, il convient de tenir compte des considérants suivants de l'arrêt Van Rossem ⁽¹⁰⁾:

"41. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence, mais elle va de pair avec un contrôle européen. Les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite et leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante (*Ernst et autres*, précité, § 113 et *Mialhe c. France*, arrêt du 25 février 1993, série A n/ 256-C, p. 89, § 36).

42. La Cour reconnaît que les États peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de certaines infractions. Encore faut-il que leur législation et leur pratique offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (*mutatis mutandis*, *Ernst et autres*, précité, § 114 et *Camenzind c. Suisse*, arrêt du 16 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII, § 45).

43. La Cour note que les perquisitions opérées en l'espèce se sont accompagnées de certaines garanties de procédure. Elles ont été ordonnées par le conseiller instructeur qui, certes, n'a pas procédé lui-même aux perquisitions mais a délégué cette tâche à un officier de police judiciaire, habilité selon la loi à agir à sa place. On ne saurait attacher une importance particulière à cette délégation, même si l'article 89bis du code d'instruction criminelle dispose qu'elle peut seulement intervenir «dans les cas de nécessité». Des impératifs d'efficacité notamment peuvent la justifier, entre autres en cas de perquisitions multiples, comme en l'espèce. Des précautions particulières s'imposent dans cette hypothèse pour garantir que l'ingérence ne dépasse pas le but de prévention et de répression des infractions pénales envisagées par la mesure.

44. Parmi ces garanties figure dans la présente affaire le fait que les perquisitions ont été opérées sous les ordres du commissaire Kerstens, qui avait procédé au premier interrogatoire du requérant et qui a assisté personnellement à deux d'entre elles, accompagné de huit personnes. La Cour se doit cependant de constater que les différents mandats de perquisition étaient rédigés en termes larges (*Niemietz*,

⁽¹⁰⁾ CDH, 9 décembre 2004, Van Rossem c. Belgique, n/ 41.872/98.

précité, § 37; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n/ 51772/99, § 57, CEDH 2003, § 70; a contrario, *Keslassy c. France* (déc.), n/ 51578/99, CEDH 2002-I, et *Tamosius c. Royaume-Uni* (déc.), n/ 62002/00, CEDH 2002-VIII, *Ernst et autres*, précité, § 116). En effet, le conseiller instructeur ordonna, le 27 juin 1990, la série des perquisitions «aux fins d'y rechercher et d'y saisir toutes les pièces et documents utiles à l'instruction (...)», sans aucune limitation de quelque ordre. Ces mandats de perquisition, qui ne donnaient aucune information sur l'instruction en cause et sur les objets à saisir, octroyaient ainsi de larges pouvoirs aux enquêteurs (voir *Funke*, *Crémieux et Miailhe*, précités).

45. D'après la Cour, un mandat de perquisition doit être assorti de certaines limites pour que l'ingérence qu'il autorise dans les droits garantis par l'article 8, et en particulier le droit au respect du domicile, ne soit pas potentiellement illimitée et, partant, disproportionnée. Par conséquent, un mandat de perquisition doit comporter des mentions minimales permettant qu'un contrôle s'exerce sur le respect, par les agents qui l'ont exécuté, du champ d'investigation qu'il détermine.

46. Il en découle, aux yeux de la Cour, que les mandats de perquisition auraient dû, en l'espèce, à tout le moins contenir les mêmes mentions que celles figurant dans le réquisitoire aux fins d'instruire du procureur du Roi. À cet égard, la Cour ne peut se contenter de l'affirmation du Gouvernement selon laquelle les enquêteurs «connaissaient l'instruction» et par laquelle il relaie une considération de la Cour de cassation faisant état de ce que la cour d'appel d'Anvers avait relevé que les enquêteurs «savaient effectivement ce qu'ils devaient rechercher». En effet, il ressort de l'exposé des faits que la cour d'appel d'Anvers n'a pu que «supposer» que le magistrat instructeur avait fourni aux enquêteurs les explications utiles à ce sujet. Il est aussi symptomatique qu'aucune liste des pièces et documents emportés ne fut dressée pour les perquisitions menées dans les locaux des sociétés commerciales dirigées par le requérant. La Cour ne peut que remarquer le caractère massif de l'opération, qui comportait cinq perquisitions au cours desquelles nombre de documents et de pièces furent effectivement saisis.

47. La circonstance que les enquêteurs auraient su «effectivement ce qu'ils devaient rechercher» ne saurait par ailleurs suffire. Aux yeux de la Cour, l'élément déterminant est que la ou les personne(s) visée(s) par la mesure, ou une tierce personne, dispose d'informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'opération pour lui permettre d'en déceler, prévenir et dénoncer les abus (voir *Funke*, *Crémieux et Miailhe*, précités, respectivement § 56, § 39 et § 37).

48. La Cour estime qu'au vu du texte des mandats en cause, rédigés en termes larges, seul le requérant, qui avait été interrogé préalablement par le commissaire sous la direction duquel les perquisitions litigieuses ont été effectuées, pouvait, en l'espèce, être considéré comme ayant été informé du «contexte» dans lequel celles-ci s'inscrivaient, à savoir l'ouverture d'une instruction du chef de faux en écritures et usage, abus de confiance et émission de chèques sans provision. Ceci lui aurait permis de s'assurer que la perquisition se limitait à la recherche de ces infractions et d'en dénoncer d'éventuels abus, permettant par là l'exercice d'un contrôle sur l'étendue des perquisitions et saisies effectuées.

49. Or, la Cour constate que le requérant n'était présent lors d'aucune des perquisitions. Il en va particulièrement ainsi pour celle menée à son domicile privé, la seule pour laquelle des précisions ont été données à la Cour. Le requérant était absent et il n'apparaît pas que les enquêteurs ont tenté de l'informer de leur présence, de leur action et de leurs intentions après que son fils les ait informés de ce que celui-ci était absent pour la journée. Quant au concierge qu'ils ont appelé

pour qu'il agisse comme témoin, au vu de l'absence totale de précision du mandat de perquisition, celui-ci ne peut raisonnablement passer comme ayant reçu des informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'opération.

50. De plus, la Cour relève qu'aucun inventaire n'a été dressé quant aux objets saisis dans les locaux des sociétés commerciales dirigées par le requérant. Si le Gouvernement explique que cette situation se justifie par le fait qu'un grand nombre de pièces et documents ont été saisis, la Cour ne peut que le regretter en l'espèce: alors que ni les mentions portées sur le mandat de perquisition ni la présence du requérant sur les lieux n'avaient pu assurer de manière effective et complète le contrôle qui devait pouvoir s'opérer sur l'étendue de la perquisition, l'intéressé n'a de la sorte pas pu raisonnablement identifier chaque objet saisi. Or, un tel inventaire aurait pour le moins permis au requérant de demander *a posteriori* la levée des objets saisis (sur la base de l'article 61^{quater} du CIC) et cette absence partielle d'inventaire a rendu ce contrôle curatif particulièrement difficile, voire impossible à exercer. La circonstance que cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité est, à cet égard, sans incidence.

51. La Cour en arrive à la conclusion que le Gouvernement n'a pas démontré qu'une balance équitable des intérêts en présence a été préservée en l'espèce. Elle en conclut que les mesures litigieuses ne représentaient pas des moyens raisonnablement proportionnés à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer le respect du domicile. Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention".

Bien que l'arrêt concerne une perquisition effectuée dans le cadre d'une instruction judiciaire, il soulève également, et même *a fortiori*, la question de la présence de garanties suffisantes lorsque, dans le cadre de missions de surveillance, sont investis des lieux qui tombent sous la protection des dispositions conventionnelles susmentionnées.

Article 25

7.1. S'agissant de l'article 25, première phrase, en projet qui prévoit que les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire, force est de relever que cette disposition constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement et, comme l'a indiqué la Cour d'arbitrage, dès lors aussi 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 de fait déterminé. La différence de traitement qui en résulte doit être raisonnablement

justifiée et la disposition en projet ne peut restreindre les droits du prévenu de manière disproportionnée ⁽¹¹⁾.

Il est dès lors recommandé d'inclure dans l'exposé des motifs une justification énonçant les raisons pour lesquelles une force probante particulière est attribuée aux procès-verbaux visés à l'article 25, première phrase, en projet.

7.2. L'article 25, seconde phrase, en projet dispose qu'une copie du procès-verbal "est adressée au contrevenant, au Bourgmestre et au Procureur du Roi, dans les 15 jours suivant la constatation de l'infraction".

L'avant-projet ne prévoit pas de sanction au cas où la copie du procès-verbal n'est pas communiquée dans le délai fixé. Un dépassement de ce délai n'emporte donc pas la nullité du procès-verbal mais uniquement la perte de sa valeur probante particulière, de sorte qu'il vaudra uniquement en tant que renseignement et que le juge en appréciera par conséquent librement la valeur probante ⁽¹²⁾.

Il appartient aux auteurs du projet de juger si une sanction spécifique doit être ou non prévue en cas de dépassement du délai mentionné.

Article 26

8. L'article 26, § 3, en projet permet au juge d'ordonner une interdiction temporaire ou permanente d'exploiter ou de diriger un établissement pour personnes âgées. Pareille interdiction professionnelle constitue pour la personne qui la subit une très sérieuse restriction de la liberté de commerce et d'industrie.

Pareilles mesures ne sont admissibles que si elles ne sont pas manifestement disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi. La Cour d'arbitrage aura éventuellement à en connaître.

⁽¹¹⁾ Cour d'arbitrage, n/ 40/2000, 6 avril 2000, B.14.1; Cour d'arbitrage, n/ 16/2001, 14 février 2001, B. 12.1.

⁽¹²⁾ A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht?", in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Anvers 1994, p. 501; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", *R.W.*, 1980-81, p.1374.

La question se pose toutefois de savoir si une interdiction professionnelle illimitée dans le temps n'est pas incompatible avec les normes juridiques supérieures. Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour d'arbitrage a déclaré des dispositions contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution parce qu'elles instaurent des interdictions professionnelles automatiques et non limitées dans le temps ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾.

En l'espèce, il ne s'agit certes pas d'une interdiction automatique dès lors que le juge devra en connaître mais la possibilité est prévue d'ordonner une interdiction permanente d'exploiter ou de diriger un établissement pour personnes âgées.

Les auteurs du projet devront réexaminer le projet compte tenu de ce qui a été exposé ci-dessus. Vu le délai restreint imparti au Conseil d'État, section de législation, pour son examen, il n'était en effet pas possible d'approfondir cette problématique.

Article 27

9. L'article 27 en projet prévoit un remboursement des subventions, majorées des intérêts, dans les cas suivants:

- lorsque la subvention n'est pas utilisée aux fins pour lesquelles elle a été accordée;
- lorsque les justificatifs exigés ne sont pas produits;
- lorsque le contrôle des fonctionnaires compétents est entravé.

⁽¹³⁾ 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.

⁽¹⁴⁾ Par la loi du 2 juin 1998, le législateur fédéral a modifié l'interdiction professionnelle automatique et non limitée dans le temps, inscrite à l'article 1^{er} de l'arrêté royal n/ 22 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités, en une interdiction professionnelle laissée à l'appréciation du juge et dont la durée ne peut être inférieure à trois ans et supérieure à dix ans.

Ces conditions semblent correspondre à celles qui sont prévues à l'article 13 de la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes ⁽¹⁵⁾.

Article 31

10. Aux termes de l'article 31 du projet, l'ordonnance dont le projet est à l'examen est "est applicable aux demandes d'agrément introduites avant son entrée en vigueur".

Les auteurs du projet devront vérifier si, notamment, les règles de procédure qui étaient applicables sous l'empire de l'ancienne réglementation et qui ont été appliquées aux demandes d'agrément susmentionnées, ne compliquent, voire n'entravent pas dans la pratique l'application de cette règle en projet.

⁽¹⁵⁾ L'arrêté royal du 20 décembre 2005 reportant, en ce qui concerne la Commission communautaire commune, l'entrée en vigueur de la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes, a reporté au 1^{er} janvier 2007 l'entrée en vigueur de la loi du 16 mai 2003. Bien que l'article 11 de la loi-programme (II) du 27 décembre 2006 ait modifié la loi susmentionnée, permettant d'encore reporter au 1^{er} janvier 2010 l'entrée en vigueur de la loi du 16 mai 2003, le Conseil d'État, section de législation, n'a jusqu'à présent pas connaissance d'un arrêté royal ayant à nouveau reporté, pour ce qui concerne la Commission communautaire commune, à une date ultérieure l'entrée en vigueur de cette loi. Par conséquent, la réglementation en projet doit être examinée à la lumière des dispositions de la loi du 16 mai 2003. Si, toutefois, il existait malgré tout un arrêté qui a de nouveau reporté cette entrée en vigueur, le Conseil d'État doit relever que dans ce cas, il résulte des articles 71, § 1^{er}, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions qu'il n'appartient pas à la Commission communautaire commune d'arrêter, en ce qui concerne le contrôle de l'affectation de subventions, un régime qui dérogerait à celui qui est fixé par les articles 55 à 58 des lois sur la comptabilité de l'État, coordonnées le 17 juillet 1991. Les communautés et les régions peuvent certes adopter des règles spécifiques mais celles-ci ne peuvent en fait que renforcer le régime inscrit dans les lois sur la comptabilité de l'État. Il faudra en tout cas en tenir compte lors de l'exécution de l'article 27.

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par M. W. PAS, auditeur.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

G. VERBERCKMOES

D. ALBRECHT