

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.542/1
VAN 2 DECEMBER 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 27 november 2008 door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Tewerkstelling, Economie, Wetenschappelijk Onderzoek, Brandbestrijding en Dringende Medische Hulp, verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "houdende het statuut van de reisagentschappen", heeft het volgende advies gegeven:

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het spoedeisende karakter van de adviesaanvraag gemotiveerd

"par la circonstance que l'avant-projet d'ordonnance considéré vise à transposer la directive européenne 2005/36/CE relative à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, dont le délai de transposition expirait le 20 octobre 2007.

Considérant la mise en demeure adressée le 27 novembre 2008 au Royaume de Belgique par la Commission européenne, pour défaut de transposition complète de ladite directive (réf.: infraction n/ 2007/1038 - 2007/1040).

Considérant l'avis motivé adressé par la Commission européenne au Royaume de Belgique en date du 3 avril 2008, au titre de l'article 226 du Traité instituant la Communauté européenne, en raison de l'absence de communication complète des mesures de transposition en droit interne de la directive 2005/36/CE précitée (réf.: avis motivé - infraction n/ 2007/1038). Ces documents sont également joints à votre attention.

Considérant la saisine de la Cour de justice prononcée le 18 septembre 2008 par la Commission européenne du chef de l'infraction n/ 2007/1038 précitée.

Considérant que l'adoption de la présente ordonnance en toute urgence est, en conséquence, une nécessité en vue d'éviter des sanctions de nature importante à charge du Royaume de Belgique".

*

* *

Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

.../...

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN ORDONNANTIE

Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie regelt het statuut van reisagentschappen, wat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreft. De ontworpen regeling is bestemd om in de plaats te komen van de wet van 21 april 1965 houdende het statuut van de reisbureaus die, luidens artikel 15, eerste lid, van het ontwerp, wordt opgeheven "in de mate waarin hij een materie regelt die onder de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest valt".

Het ontwerp beoogt richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (hierna: richtlijn beroepskwalificaties) in het interne recht om te zetten, wat de reisagentschappen betreft.

In de memorie van toelichting wordt eveneens melding gemaakt van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna: de dienstenrichtlijn). Volgens de gemachtigde is het niet de bedoeling om deze richtlijn nu al om te zetten in het interne recht, maar werd er bij het uitwerken van de ontworpen regeling niettemin op toegezien dat deze niet in strijd komt met de dienstenrichtlijn.

BEVOEGDHEID

Het ontwerp regelt een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van de gewesten behoort op grond van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (vestigingsvoorwaarden inzake toerisme).

In advies 40.951/1/V dat de Raad van State, afdeling wetgeving, op 23 augustus 2006 heeft uitgebracht over het ontwerp dat het Vlaamse decreet van 2 maart 2007 houdende het statuut van de reisbureaus is geworden ¹, werd in dat verband verduidelijkt wat volgt:

¹ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2006-2007, nr. 1000/1, 43.

"(...)

Betrokken is enerzijds de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake het toerisme als onderdeel van de culturele aangelegenheden (artikel 4, 10/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen), anderzijds de bevoegdheid van de gewesten ten aanzien van de vestigingsvoorwaarden inzake toerisme (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6/, van die wet).

(...)

3.2. Gelet op de arresten nr. 36 ² en 39 ³ van het Arbitragehof, gewezen in voltallige zitting ⁴, en op de adviezen 28.854/VR ⁵ en 33.603/VR ⁶ van de Raad van State, afdeling wetgeving, uitgebracht in verenigde kamers, kunnen als

2

Voetnoot 4 uit het geciteerde advies: Arbitragehof, nr. 36, 10 juni 1987, 4.B.3.

3

Voetnoot 5 uit het geciteerde advies: Arbitragehof, nr. 39, 15 oktober 1987, 5.B.1 en 5.B.2.

4

Voetnoot 6 uit het geciteerde advies: Vgl. Arbitragehof, nr. 119/2004, 30 juni 2004. Het is onduidelijk hoe dit arrest in te passen valt in het geheel van de rechtspraak van het Arbitragehof inzake vestigingsvoorwaarden (zie ook W. PAS, *l.c.*, 154-160).

5

Voetnoot 7 uit het geciteerde advies: Advies 28.854/VR van 23 juni 1999 over een voorontwerp van ordonnantie "houdende bekrachtiging van het samenwerkingsakkoord tussen de Vlaamse Gemeenschap, de Duitstalige gemeenschap, het Vlaams Gewest, het Waalse Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Franse Gemeenschapscommissie betreffende het statuut van de reisbureaus". De adviezen 29.003/VR, 29.055/VR, 29.120/VR en 29.136/VR zijn gelijkkluidend aan dit advies.

6

Voetnoot 8 uit het geciteerde advies: Advies 33.603/VR van 18 juni 2002 over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 16 februari 1994 tot regeling van het contract van reisorganisatie en reisbemiddeling", *Parl. St.*, Kamer, 2001-2002, Doc. 50-1993/001.

.../...

bepalingen bevattende vestigingsvoorwaarden inzake reisbureaus worden beschouwd, bepalingen inzake de voorwaarden die moeten zijn vervuld om de activiteit van reisbureau te mogen uitoefenen, bepalingen inzake het voeren van de titel van reisbureau en, accessoir, bepalingen die de niet-naleving van de genoemde bepalingen sanctioneren. Daarbij kan het niet alleen gaan om een regeling inzake een voorafgaande vergunning, maar ook om voorwaarden die op een rechtstreekse wijze worden opgelegd ⁷. Tevens gaat het niet alleen om voorwaarden met betrekking tot het verkrijgen van de vergunning, maar ook om voorwaarden met betrekking tot het behoud van de vergunning.

3.3. Uit wat voorafgaat volgt dat het ontworpen decreet vestigingsvoorwaarden inzake toerisme regelt. Het gaat immers om voorwaarden, gekoppeld aan het vereiste van een vergunning, die moeten zijn vervuld zijn om de activiteit van reisbureau te kunnen uitoefenen, of om bepalingen die daaraan accessoir zijn ⁸.

Wel dient de delegatie aan de Vlaamse Regering in artikel 6 van het ontwerp bevoegdheidsconform te worden uitgeoefend of, beter nog, in die zin te worden gespecificeerd. Zo zullen bij voorbeeld de - door de Vlaamse Regering te bepalen - gegevens die de vergunninghouder jaarlijks aan Toerisme Vlaanderen dient te verstrekken (artikel 6, § 1, 2/), enkel betrekking kunnen hebben op de opgelegde vestigingsvoorwaarden. Hetzelfde geldt wat betreft de in artikel 6, § 1, 4/, bedoelde informatie en wat betreft de in artikel 6, § 1, 7/, bedoelde gedragscode, waaromtrent de Vlaamse Regering wordt opgedragen de "voorschriften" te bepalen".

7

Voetnoot 9 uit het geciteerde advies: Zie m.b.t. de reisbureaus, advies 33.603/VR van 18 juni 2002, *l.c.* Ook meer algemeen blijkt uit de rechtspraak van het Arbitragehof dat vestigingsvoorwaarden niet noodzakelijk voorwaarden zijn die in het raam van een vergunning worden gesteld (zie Arbitragehof, nr. 55/92, 9 juli 1992, 5.B.12; Arbitragehof, nr. 69/92, 12 november 1992, 5.B.6; Arbitragehof, nr. 78/92, 17 december 1992, B.4.2; Arbitragehof, nr. 88/95, 21 december 1995, B.11 en Arbitragehof, nr. 73/98, 17 juni 1998, B.8.2, waar telkens een algemene omschrijving van het begrip "vestigingsvoorwaarden" wordt gegeven).

8

Voetnoot 10 uit het geciteerde advies: Bovendien is geen van die voorwaarden van die aard dat ze de uitoefening van de gemeenschapsbevoegdheid inzake toerisme onmogelijk of overdreven moeilijk zou maken.

.../...

De opmerking die in het laatste lid van het aangehaalde uittreksel uit advies 40.951/1/V is gemaakt met betrekking tot de in dat lid vermelde delegatiebepalingen geldt eveneens ten aanzien van de bevoegdheid die in artikel 8, 2/, 3/ en 5/, van het ontwerp wordt verleend aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering.

VORMVEREISTEN⁹

Het valt op het eerste gezicht niet uit te sluiten dat het ontwerp eisen bevat als bedoeld in artikel 15, lid 6, van de dienstenrichtlijn, zodat het aanbeveling verdient om de Europese Commissie overeenkomstig artikel 15, lid 7, van dezelfde richtlijn, kennis te geven van het ontwerp van ordonnantie.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Ondervraagd over de wijze van omschrijving van het toepassingsgebied van de ontworpen ordonnantie verklaarde de gemachtigde het volgende:

"L'avant-projet d'ordonnance vise à réglementer l'activité des agences de voyages (personnes physiques ou morales), en ce compris les conditions d'accès à la profession d'agent de voyages (qualifications professionnelles des personnes physiques chargées de la gestion journalière de l'agence de voyages)".

De redactie van het ontwerp dient in zijn geheel te worden aangepast opdat erin duidelijker het onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen de regels die gelden voor de onderneming, zijnde het reisagentschap, en de regels die gelden voor de

⁹Er wordt aan de diverse met betrekking tot het ontwerp ingewonnen adviezen en akkoorden gerefereerd in de aanhef van het indieningsbesluit. Die verwijzingen dienen evenwel te vervallen aangezien de aanhef van een besluit tot indiening van een ontwerp van ordonnantie bij het Brussels Hoofdstedelijk Parlement in beginsel beperkt dient te blijven tot de vermelding van de voordragende minister.

natuurlijke persoon die belast is met het dagelijks beheer van het agentschap (zie artikel 6, § 2, 1/, van het ontwerp) ¹⁰.

Daartoe kan inspiratie worden gezocht in het voornoemde Vlaamse decreet van 2 maart 2007, dat het begrip "reisbureau" in artikel 2, 1/, omschrijft als "een onderneming die een activiteit uitoefent die bestaat uit het bemiddelen of sluiten van een overeenkomst tot het verstrekken van hetzij een combinatie van een reis en logies, hetzij het verstrekken door een derde van een reis of logies" en waarbij in artikel 2, 2/, van hetzelfde decreet een "onderneming" wordt omschreven als "een natuurlijke of rechtspersoon die op duurzame wijze een economische activiteit uitoefent". In andere bepalingen van het decreet wordt voor het opleggen van verplichtingen ten aanzien van de onderneming, gebruik gemaakt van de term "reisbureau", terwijl de voorwaarden betreffende de beroepskennis worden gesteld in hoofde van de met de dagelijkse leiding van een verkooppunt belaste personen.

2.1. De bepalingen van de richtlijn beroepskwalificaties die deel uitmaken van titel II ervan ("Vrije dienstverrichting"), worden omgezet door diverse artikelen van het ontwerp ¹¹.

Met betrekking tot de omzetting van de richtlijn beroepskwalificaties dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat deze richtlijn betrekking heeft op het erkennen van de beroepskwalificaties van natuurlijke personen, niet van

¹⁰Zo gelden de vereisten inzake beroepskwalificatie wel in hoofde van de natuurlijke persoon, maar niet in hoofde van de onderneming.

¹¹Artikel 1, § 2, 2/, van het ontwerp omschrijft het begrip "dienstenverlener" en strekt tot omzetting van artikel 5, leden 1 en 2, van de richtlijn beroepskwalificaties; artikel 2, § 3, 1/, van het ontwerp, dat bepaalt dat het vereiste van vergunning niet geldt voor dienstverleners, beoogt artikel 6, a), van de voornoemde richtlijn om te zetten; artikel 3 van het ontwerp heeft betrekking op de door de dienstverlener af te leggen verklaring en wil hiermee de artikelen 7, leden 1 en 2, en 9 van dezelfde richtlijn omzetten.

vennootschappen ¹². Het ontwerp is hiermee niet in overeenstemming aangezien in de definitie van "dienstenverlener" (lees: dienstverrichter), in artikel 1, § 2, 2/, wordt gerefereerd aan het reisagentschap.

Zoals reeds opgemerkt dient het ontwerp wat dat betreft te worden aangepast, waarbij de vereisten inzake beroepskwalificaties en de bepalingen inzake de erkenning van de beroepskwalificaties van onderdanen van andere EG-lidstaten of andere staten waarvoor de richtlijn beroepskwalificaties geldt of naderhand zal gelden, dienen te gelden voor de persoon belast met het dagelijks beheer van het reisagentschap. In elk geval dient daartoe de definitie van "dienstenverlener" in artikel 1, § 2, 2/, van het ontwerp, te worden aangepast.

Artikel 1, § 2, van het ontwerp dient te worden aangevuld met een bepaling ter omzetting van artikel 5, lid 2, tweede alinea, van de richtlijn beroepskwalificaties ¹³. Tevens zouden de beroepsregels die van toepassing zijn overeenkomstig artikel 5, lid 3, van de richtlijn, duidelijker moeten worden aangegeven in het ontwerp.

Wat de omzetting van artikel 7 van de richtlijn beroepskwalificaties betreft, moet in artikel 3, § 1, eerste lid, van het ontwerp, worden vermeld dat het gaat om een verplaatsing naar het grondgebied waarop de ordonnantie van toepassing is "om er diensten te verrichten" ¹⁴. Tevens dient te worden toegevoegd dat de dienstverrichter de verklaring met alle middelen mag aanleveren ¹⁵. Artikel 3, § 1, tweede lid, van het ontwerp, moet aanvangen met de woorden "Voor de eerste dienstverrichting of indien zich een wezenlijke verandering heeft voorgedaan in de door de documenten gestaafde

¹²Dat blijkt uit de artikelen 1 en 2, lid 1, van de betrokken richtlijn en uit het globale systeem van de richtlijn, dat berust op de erkenning van diploma's en beroepservaring.

¹³In de Nederlandse tekst van artikel 5, lid 2, van de richtlijn wordt overigens melding gemaakt van het "tijdelijk en incidenteel" karakter van de dienstverrichting en niet van het "tijdelijk en occasioneel" karakter ervan, zoals in artikel 1, § 2, van het ontwerp het geval is.

¹⁴ Zie artikel 7, lid 1, van de richtlijn beroepskwalificaties.

¹⁵ *Ibid.*

situatie" ¹⁶. Ook artikel 7, lid 3, van de richtlijn beroepskwalificaties moet worden omgezet.

In tegenstelling tot wat het geval is in artikel 9 van de richtlijn beroepskwalificaties wordt in artikel 3, § 2, van het ontwerp, geen melding gemaakt van de zinsnede "Wanneer de dienst wordt verricht onder de beroepstitel van de lidstaat van vestiging of onder de opleidingstitel van de dienstverrichter".

2.2. Nog wat de omzetting van de richtlijn beroepskwalificaties betreft, maar dan inzake de vrijheid van vestiging (titel III van de richtlijn), verduidelijkte de gemachtigde het volgende met betrekking tot artikel 6, § 2, van het ontwerp:

"L'objectif du législateur est de permettre l'accès à la profession aux ressortissants belges et aux ressortissants des Etats membres et de l'AELE dans des conditions égales, conformément au principe d'égalité instauré par la directive 2003/36/CE. Le texte légal sera clarifié en conséquence sur ce point.

Le projet d'arrêté d'exécution de l'ordonnance, actuellement en cours d'élaboration, transpose les conditions fixées à l'article 18 de la directive précitée en termes de formation et/ou d'expérience professionnelle nécessaires".

Er moet worden vastgesteld dat de redactie van artikel 6, § 2, van het ontwerp niet beantwoordt aan de aldus uiteengezette bedoeling van de stellers ervan. Daartoe zou in artikel 6, § 2, 1/, een delegatie moeten worden verleend aan de Regering om de vereiste beroepskwalificaties te bepalen, rekening houdend met de verplichtingen die inzake de erkenning van beroepskwalificaties voortvloeien uit het EG-Verdrag en uit de richtlijn ¹⁷. Daarnaast dient artikel 6, § 2, 1/, tweede lid, te worden weggelaten en zouden, gelet op de beginselen die de verhouding betreffen tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, minstens de basisregels inzake de erkenning van de

¹⁶ Zie artikel 7, lid 2, van de richtlijn beroepskwalificaties.

¹⁷ Zie hoofdstuk II van titel III van de richtlijn, meer bepaald artikel 18. Het betrokken beroep is opgenomen in lijst II van bijlage IV van de richtlijn en op grond van artikel 10, a), van de richtlijn is in subsidiaire orde ook hoofdstuk I van titel III van toepassing op de reisbureausector, namelijk wanneer de aanvrager, om een bijzondere en uitzonderlijke reden, niet voldoet aan de eisen die bij artikel 18 worden gesteld.

beroepskwalificaties van EG-onderdanen of gelijkgestelden in het ontwerp moeten worden opgenomen en derhalve door de ordonnantiegever zelf moeten worden bepaald.

3. De stellers van het ontwerp hebben niet de bedoeling om de dienstenrichtlijn in het interne recht om te zetten, maar beogen niettemin om in het ontwerp geen verplichtingen in te schrijven die in strijd zijn met die richtlijn.

Gelet op het korte tijdsbestek dat hem voor het uitbrengen van het advies is gelaten en op de complexiteit van de betrokken communautaire regelgeving, beperkt de Raad van State, afdeling wetgeving, zich tot een weergave van wat hij inzake de naleving van de dienstenrichtlijn reeds heeft uiteengezet in advies 44.687/2/V van 24 juli 2008 over een voorontwerp van decreet van het Waalse Gewest "relatif aux agences de voyages":

"III. Quant au respect de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur

A. L'admissibilité du principe d'un régime d'autorisation

Il ressort de l'article 2, § 1^{er}, de l'avant-projet que l'activité consistant à organiser et à vendre des voyages au sens de l'avant-projet ne peut être exercée qu'"à titre principal, de façon permanente et moyennant autorisation".

Si un tel mécanisme d'autorisation préalable à l'exercice d'une activité économique ne suscite pas dans son principe d'objection en tant qu'il concerne des "agences de voyages" créées en Région wallonne¹⁸, il n'en va pas de même en tant que ce mécanisme trouve aussi à s'appliquer aux "agences de voyages" qui, en provenance d'autres États membres de l'Union européenne, useraient du droit qui leur est reconnu par l'article 43 du Traité CE de s'établir librement en Région wallonne.

Voetnoot 7 uit het geciteerde advies: L'absence d'objection de principe ne signifie néanmoins pas que l'auteur de l'avant-projet ne serait soumis à aucune contrainte de droit interne : dès lors que l'article 23 de la Constitution garantit le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le législateur porterait atteinte à cette liberté s'il la limitait par un régime d'autorisation sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était hors de proportion avec le but poursuivi.

Il faut à cet égard rappeler que l'article 43 du Traité CE impose la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et que doivent être considérées comme de telles restrictions toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté¹⁹.

Selon une jurisprudence constante, un régime d'autorisation ou d'agrément préalable constitue une restriction à la liberté d'établissement. Cependant, une restriction, qui s'applique à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil, peut être justifiée lorsqu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre²⁰.

C'est dans ce contexte qu'il convient désormais de tenir compte de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après dénommée : la directive 2006/123/CE)²¹.

En effet, cette directive est entrée en vigueur le 28 décembre 2006 et doit être transposée avant le 28 décembre 2009 (articles 44, paragraphe 1, et 45 de la directive 2006/123/CE). Au plus tard à cette date, la Région wallonne devra donc avoir mis l'ensemble de son droit en conformité avec cette directive et avoir présenté à la Commission le rapport prescrit par son article 39. Ce rapport doit notamment comporter l'indication des régimes d'autorisation existants et une motivation de leur compatibilité avec la directive susmentionnée (article 9, paragraphe 2, de ladite directive). Cela signifie que, pendant la phase de transposition, les États membres doivent procéder à un examen de leur législation (considérant 74 de la directive 2006/123/CE), recenser les régimes d'autorisation et les évaluer un à un. De plus, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, si les États membres ne sont pas tenus d'adopter les mesures de transposition d'une directive avant l'expiration du délai prévu à cet effet, il résulte de l'application combinée des articles 10, second alinéa, du Traité CE et 249, troisième alinéa, du même Traité, ainsi que de la directive elle-même que, pendant ce délai, ils doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive.

1

9

Voetnoot 8 uit het geciteerde advies: C.J.C.E., arrêt du 5 octobre 2004, *CaixaBank France*, C-442/02, Rec., p. I-8961, point 11.

2

0

Voetnoot 9 uit het geciteerde advies: Voir notamment l'arrêt cité à la note précédente, point 28.

2

1

Voetnoot 10 uit het geciteerde advies: Sur cette directive, voir M. FALLON et A.-C. SIMON, "La directive «services» : quelle contribution au marché intérieur?", JTDE, 2007/2, p. 33.

Or, la directive 2006/123/CE, en vertu de ses articles 2 et 4, est applicable aux agences de voyages, ce que confirme d'ailleurs expressément le considérant 33 de la directive.

La directive 2006/123/CE consacre ses articles 9 à 13 aux régimes d'autorisation applicables aux prestataires oeuvrant dans le cadre de la liberté d'établissement, la notion de régime d'autorisation étant entendue dans un sens large (article 4, point 6, de la directive et considérant 39 de celle-ci)²².

Selon l'article 9, 1, de la directive 2006/123/CE,

«1. Les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies :

- a. le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé;
- b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général;

2

2

Voetnoot 11 uit het geciteerde advies: Il n'y a pas lieu de prendre en considération les dispositions de la directive 2006/123/CE qui sont relatives aux conditions dans lesquelles les États membres d'accueil sont tenus de respecter le droit des prestataires qui fournissent des services dans ces États dans le cadre de la libre circulation des services. Il résulte en effet d'une lecture combinée des articles 1^{er}, § 2, 2/, et 2, § 1^{er}, de l'avant-projet que le prestataire qui exerce "de façon temporaire et occasionnelle" une activité d'agence de voyages en Région wallonne dans le cadre de la libre circulation des services n'est pas soumis au décret en projet puisque celui-ci n'impose d'exigences qu'à l'égard des "agences de voyages" qui exercent leurs activités en Région wallonne "de façon permanente". En d'autres mots, le décret en projet s'applique aux "agences de voyages" créées en Région wallonne et aux "agences de voyages" qui ont fait usage du droit de s'y établir librement conformément à l'article 43 du Traité CE (quant à la manière de déterminer qu'un opérateur qui se déplace dans un autre État membre pour y exercer une activité de service preste celle-ci dans le cadre de la liberté d'établissement ou de la libre circulation des services, voir le considérant 77 de la directive 2006/123/CE).

.../...

- c) l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle.»

Dès lors, le régime d'autorisation auquel les agences de voyages sont soumises par et en vertu de l'avant-projet examiné ne peut en son principe être admis que s'il répond aux conditions visées ci-avant.

Ni l'exposé des motifs, ni le commentaire des articles, ni aucune des pièces jointes au dossier n'envisagent la justification du régime mis en place au regard des exigences précitées, et singulièrement de l'exigence selon laquelle l'autorisation prévue par l'article 2 de l'avant-projet doit être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général²³. De même aucune justification n'est donnée quant au choix de la méthode de l'autorisation plutôt que celle de la simple déclaration soumise à un contrôle *a posteriori*²⁴.

L'exposé des motifs devra être complété pour apporter les justifications requises sans lesquelles l'avant-projet examiné ne pourrait être admis.

B. L'admissibilité des conditions mises à l'octroi des autorisations

Si le régime d'autorisation envisagé peut être admis, ce qui devra être démontré sur la base des suites que l'auteur de l'avant-projet donnera aux observations formulées ci-avant sous le numéro III A, il faudra, quant à ses

2

3

Voetnoot 12 uit het geciteerde advies: L'article 4, paragraphe 8, de la directive 2006/123/CE définit les "raisons impérieuses d'intérêt général" comme suit : "des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle".

2

4

Voetnoot 13 uit het geciteerde advies: Or, l'existence de régimes dérogatoires démontre que des procédés moins restrictifs sont envisageables.

conditions d'octroi, qu'il se conforme aux exigences posées par le chapitre III de la directive 2006/123/CE. Le mieux serait sans doute que l'auteur de l'avant-projet saisisse l'occasion que lui donne le décret à l'examen pour, dans la matière qu'il vise, transposer la directive 2006/123/CE puisque certains des organismes concernés par le décret examiné tombent dans le champ d'application de cette directive pour laquelle le délai de transposition expire le 28 décembre 2009.

En tout état de cause, l'article 6 de l'avant-projet dispose :

«Art. 6. L'octroi de l'autorisation visée à l'article 2 ne peut être subordonné qu'aux conditions suivantes :

1/ en ce qui concerne le demandeur ou les personnes chargées de la gestion journalière de l'entreprise :

- a) à des conditions de nationalité;
- b) à l'obligation de posséder certaines qualifications professionnelles et, le cas échéant, d'avoir effectué un stage pratique dans les conditions définies par le Gouvernement;
- c) le cas échéant, à la production de la preuve des capacités entrepreneuriales telles que définies par le Gouvernement.

(...)

2/ en ce qui concerne l'entreprise :

- a) aux conditions visées dans la loi du 16 avril 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages;
- b) à des conditions relatives aux montants, à la nature et aux modalités de constitution d'un cautionnement destiné à la garantie exclusive des engagements professionnels;
- c) à des conditions relatives à l'équipement technique ²⁵».

Les conditions qui sont ainsi posées à l'octroi des autorisations soulèvent des difficultés au regard de la directive 2006/123/CE.

Voetnoot 14 uit het geciteerde advies: Il se déduit de l'article 5 de l'avant-projet que c'est en réalité le Gouvernement qui est chargé d'arrêter les conditions d'octroi, de refus, de suspension et de retrait des autorisations. Sur les observations qu'appelle une habilitation conçue en des termes aussi larges, voir l'observation générale V, ci-après.

D'une part, pour ce qui concerne les "conditions de nationalité" envisagées à l'article 6, 1/, a), de l'avant-projet, elles ne peuvent être admises et cette disposition doit donc être omise car l'article 14, 1/, a), de la directive 2006/123/CE prévoit notamment que les États membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect d'une "exigence de nationalité pour le prestataire, son personnel, les personnes détenant du capital social ou les membres des organes de gestion ou de surveillance du prestataire".

D'autre part, pour ce qui concerne les autres conditions d'octroi des autorisations envisagées à l'article 6 de l'avant-projet, elles ne peuvent être admises que si elles sont conformes à l'article 10 de la directive 2006/123/CE.

Or, de ce point de vue, l'article 10, paragraphes 1 et 2, de la directive se lit comme suit :

«1. Les régimes d'autorisation doivent reposer sur des critères qui encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire.

2. Les critères visés au paragraphe 1 sont :

- a) non discriminatoires;
- b) justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général;
- c) proportionnés à cet objectif d'intérêt général;
- d) clairs et non ambigus;
- e) objectifs;
- f) rendus publics à l'avance;
- g) transparents et accessibles.»

Au vu de cette disposition, il est douteux que les conditions prévues à l'article 6 soient satisfaisantes. Elles doivent en effet, pour chacune d'entre-elles, être en premier lieu justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général qui sera exposée dans le commentaire de l'article.

Sur la base de cette justification, l'auteur de l'avant-projet veillera à établir la proportionnalité de chacune des conditions d'octroi des autorisations, lesquelles devront en outre être rédigées de manière claire et non ambiguë.

En outre, l'auteur de l'avant-projet devra également prévoir une disposition visant à se conformer à l'article 10, 3, de la directive 2006/123/CE qui énonce en substance que les prestataires qui s'établissent, au sens de l'article 43 du Traité CE, dans un État membre d'accueil ne peuvent y être soumis à des conditions d'octroi d'autorisation qui feraient "double emploi avec les exigences et les contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels est déjà soumis le prestataire dans un autre État membre ou dans le même État membre".

En conclusion, l'article 5 de l'avant-projet, en tant qu'il traite des conditions d'octroi des différentes catégories d'autorisation que cet article envisage, et l'article 6 de l'avant-projet seront réexaminés à la lumière des observations qui précèdent.

C. Les autres exigences à respecter dans le cadre de la directive 2006/123/CE

Même s'il décidait de ne pas encore transposer dès-à-présent la directive 2006/123/CE pour le secteur des agences de voyages, l'auteur de l'avant-projet doit notamment déjà être attentif à ce que certains articles de l'avant-projet règlent des matières qui font l'objet de dispositions particulières dans la directive 2006/123/CE. Ces articles devront être réexaminés par l'auteur du projet après qu'il les ait mis en rapport avec les dispositions correspondantes de la directive.

Il en va ainsi notamment de

- l'article 5 de l'avant-projet qui charge le Gouvernement de déterminer la procédure d'octroi, de refus, de suspension et de retrait des autorisations; cette disposition doit être mise en rapport avec les articles 10, paragraphes 5 et 6, et 13 de la directive en vue de veiller à ce que les règles qui seront adoptées dans le cadre du décret à l'examen ne soient pas de nature à compromettre sérieusement le résultat que la directive a en vue;
- l'article 8, 6/, qui doit être mis en rapport avec l'article 22 de la directive".

Er moet in verband met het voorliggende ontwerp worden vastgesteld dat de memorie van toelichting bij het ontwerp van ordonnantie enkel een verantwoording bevat met betrekking tot de dwingende redenen van algemeen belang die eraan ten grondslag liggen (zie artikel 9, lid 1, b), van de dienstenrichtlijn). Deze rechtvaardiging is evenwel summier en er wordt niet mee aangetoond waarom een *a priori*-controle noodzakelijk is. Er zou integendeel een afweging moeten gebeuren waarin de noodzaak van *a priori*-controle wordt aangetoond in vergelijking met andere mogelijkheden van *a posteriori*-controle. Evenmin wordt een verantwoording verstrekt ten aanzien van deelaspecten, zoals dat met betrekking tot het vereiste van een activiteit die als hoofdbezigheid en bestendig moet worden uitgeoefend (artikel 2, § 1, van het ontwerp), en dat met betrekking tot het vereiste inzake de voorwaarden in verband met de technische uitrusting (artikel 6, § 2, 2/, c), van het ontwerp). Evenmin wordt een verantwoording gegeven in het licht van artikel 9, lid 1, a) en c), en de andere in advies 44.687/2/V genoemde bepalingen van de dienstrichtlijn waaraan het ontwerp moet worden getoetst.

4. Het ontwerp bevat geen regeling betreffende een eventuele erkenning, in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, van activiteiten die zijn vergund in het Vlaamse of het Waalse Gewest, en staat om die reden op gespannen voet met de vereisten die

.../...

voortvloeien uit de economische en monetaire unie, zoals bedoeld in artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

Artikel 2, § 3, van het ontwerp stelt bepaalde categorieën van dienstverrichters, organisaties en verenigingen vrij van de toepassing van paragraaf 1 van hetzelfde artikel. Het onderscheid dat op die wijze wordt gemaakt met andere categorieën waarop artikel 2, § 1, van het ontwerp wel van toepassing is, zal uiteraard moeten kunnen worden verantwoord in het licht van de grondwettelijke beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie.

Artikel 7

In artikel 7, eerste lid, van het ontwerp, zijn de woorden "de façon exceptionnelle", in de Franse tekst, niet weergegeven in de Nederlandse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

Artikel 9

Naar het zeggen van de gemachtigde moet in artikel 9, § 1, 1/, van het ontwerp worden verwezen naar de artikelen 2, 6 en 8, van het ontworpen besluit, in plaats van naar de artikelen 2, 5 en 6 ervan.

Artikel 11

Volgens de gemachtigde is het de bedoeling dat het technisch comité het resultaat van het onderzoek, vermeld in artikel 11, eerste lid, 1/, van het ontwerp, door middel van een niet-bindend advies aan de Regering zal meedelen. Die bedoeling dient op een meer expliciete wijze in de tekst van artikel 11 van het ontwerp tot uitdrukking te worden gebracht.

.../...

Artikel 12

1. In tegenstelling tot wat het geval is in artikel 14, § 1, van het ontwerp, waarin wordt voorzien in een lichtere maximale administratieve sanctie in geval van inbreuk als bedoeld in artikel 12, § 1, eerste lid, 3/, wordt in artikel 12, § 1, eerste lid, in eenzelfde strafmaat voorzien voor alle strafrechtelijke inbreuken die in dat lid worden opgesomd. Vraag is waarom in artikel 12, § 1, van het ontwerp niet eveneens in een differentiatie van de strafmaat wordt voorzien in functie van de aard van de inbreuk, zoals in artikel 14, § 1, het geval is, wat de administratieve sanctionering betreft. Deze vraag is des te relevanter omdat niet valt uit te sluiten dat op die wijze afbreuk wordt gedaan aan het beginsel dat de opgelegde straf niet onevenredig zwaar mag zijn in verhouding tot de gepleegde feiten.

2. Artikel 12, § 1, derde lid, van het ontwerp, bepaalt dat bij recidive het verbod om de betrokken activiteiten uit te oefenen definitief kan worden. Dergelijk verbod vormt voor de persoon die het ondergaat een zeer ernstige beperking van de vrijheid van handel en nijverheid. Dergelijke maatregelen zijn dan ook slechts aanvaardbaar indien ze niet klaarblijkelijk onevenredig zijn met het nagestreefte doel. Daarover zal het Grondwettelijk Hof 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 Grondwettelijk Hof 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. In het voorliggende geval gaat het weliswaar niet om een automatisch verbod, vermits de rechter erover zal moeten oordelen, doch niettemin wordt de mogelijkheid geschapen om een permanent verbod op het uitoefenen van de in artikel 2, § 1, van het ontwerp omschreven activiteit te bevelen.

In het licht van wat hiervoor is uiteengezet, zullen de stellers de tekst van 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 13

1. In artikel 13, § 1, eerste lid, 1/, van het ontwerp, wordt onder meer het geval beoogd van toegang tot de "woonplaats". In dat verband moet eraan worden herinnerd 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 EVRM en bij artikel 17 van het BUPO-Verdrag. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip "woning" in de zin van artikel 8 van het EVRM ruim moet worden opgevat en dat het mede kan slaan op beroeps- en bedrijfslokalen ²⁶, zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen ²⁷.

De ontworpen regeling dient derhalve in de nodige waarborgen te voorzien opdat ermee zou worden voldaan aan de vereisten die inzake het recht op eerbiediging van de woning vallen af te leiden uit de voornoemde verdragen en de erop betrekking hebbende rechtspraak. Wat dat betreft, valt op te merken dat het ontwerp zou moeten worden aangevuld met een bepaling waarin wordt geëxpliciteerd dat de schriftelijke toestemming van de houder van de vergunning en van de persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats, voorafgaand moet worden verleend. Tevens verdient het aanbeveling om in het ontwerp te bepalen tussen welke uren de bewoonde plaatsen kunnen worden betreden door de in het ontwerp bedoelde toezichtsambtenaren. Bij het bepalen van die uren dient dan een redelijk evenwicht te worden in acht genomen tussen de rechten van de betrokken personen en de noodzaak voor de in het ontwerp bedoelde ambtenaren om hun taak op een doeltreffende wijze te kunnen uitoefenen.

²⁶EHRM, 16 december 1992, Niemietz, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 251-B; EHRM, 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 256-A, -B en -C; EHRM, 9 december 2004, Van Rossem, www.echr.coe.int. 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.

²⁷EHRM, 16 april 2002, Colas, www.echr.coe.int.

2. Artikel 13, § 2, 2/, van het ontwerp voorziet, in tegenstelling tot wat in sommige bijzondere wetten is bepaald, niet in een sanctie voor het geval dat het afschrift van het erin bedoelde proces-verbaal niet binnen de gestelde termijn aan de overtreder bij ter post aangetekende brief wordt betekend of hem niet binnen die termijn wordt overhandigd. Een overschrijding van die termijn heeft dan niet de nietigheid van het proces-verbaal als gevolg, maar enkel het verlies van zijn bijzondere bewijswaarde zodat het proces-verbaal enkel als inlichting zal gelden en de rechter bijgevolg vrij over de bewijswaarde ervan oordeelt ²⁸.

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

Artikel 14

Artikel 14, § 4, derde lid, van het ontwerp luidt:

"De betekening van de beslissing, die het bedrag van de administratieve boete vaststelt, doet de publieke actie teniet".

De regel volgens dewelke de kennisgeving van de beslissing tot het opleggen van de administratieve geldboete de publieke vordering doet vervallen, spoort niet met de in artikel 14, § 3, laatste lid, van het ontwerp vervatte regeling volgens dewelke het openbaar ministerie binnen de erin bepaalde termijn van vier maanden de beslissing over het al dan niet strafrechtelijk vervolgen dient te nemen en aan de aangeduide ambtenaar dient te betekenen. Het zou logischer zijn dat de strafvordering vervalt vanaf de in artikel 14, § 3, laatste lid, bedoelde betekening.

Artikel 15

1. Artikel 15, eerste lid, van het ontwerp strekt tot opheffing van de wet van 21 april 1965 houdende het statuut van de reisbureaus "in de mate waarin hij een materie

²⁸A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht ?", in X., *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Antwerpen, 1994, 501; A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, 1994, 78; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", *R.W.*, 1980-81, 1374.

regelt die onder de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest valt". De op te heffen wetsbepalingen dienen nauwkeurig te worden aangegeven ²⁹.

2. Artikel 15, tweede lid, van het ontwerp luidt:

"Worden gelijkgesteld met de in artikel 2 bedoelde vergunning, de in toepassing van de wet van 21 april 1965 houdende het statuut van de reisbureaus afgeleverde vergunningen".

Hierover ondervraagd door de bevoegde auditeur verklaarde de gemachtigde:

"L'intention du législateur vise à permettre au détenteur d'une autorisation délivrée sous l'empire de la loi de 1965 à continuer à bénéficier de celle-ci tout en étant soumis aux règles de la nouvelle ordonnance".

Vraag is of deze bedoeling - een gelijktijdige onderwerping aan twee regelingen - realiseerbaar is in de praktijk. Daarenboven moet worden opgemerkt dat, zoals de tekst van artikel 15, tweede lid, van het ontwerp is geredigeerd, eruit zou kunnen worden afgeleid dat vergunningen, verleend met toepassing van de wet van 21 april 1965, aan de ontworpen regelgeving worden onttrokken. De redactie van artikel 15, tweede lid, van het ontwerp zou derhalve in ieder geval moeten worden verduidelijkt.

3. Aan het einde van artikel 15, derde lid, van het ontwerp moet de verwijzing naar "de in artikel 6, 1/ voorgeschreven voorwaarden" worden gepreciseerd. Het is immers niet duidelijk of het de bedoeling is te verwijzen naar de voorwaarden bedoeld in "artikel 6, § 1", dan wel naar de voorwaarden bedoeld in "artikel 6, § 2, 1/" van het ontwerp.

²⁹Zie Grondwettelijk Hof, arrest nr. 88/95 van 12 december 1995, B.11.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

De verslagen werden uitgebracht door de Mevrouwen R. THIELEMANS, eerste auditeur, en K. BAMS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.542/1
DU 2 DECEMBRE 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Emploi, de l'Économie, de la Recherche scientifique et de la Lutte contre l'incendie et l'Aide médicale urgente, le 27 novembre 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet d'ordonnance "portant statut des agences de voyage", a donné l'avis suivant:

Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence de la demande d'avis est motivée

"par la circonstance que l'avant-projet d'ordonnance considéré vise à transposer la directive européenne 2005/36/CE relative à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, dont le délai de transposition expirait le 20 octobre 2007.

Considérant la mise en demeure adressée le 27 novembre 2008 au Royaume de Belgique par la Commission européenne, pour défaut de transposition complète de ladite directive (réf.: infraction n/ 2007/1038 - 2007/1040).

Considérant l'avis motivé adressé par la Commission européenne au Royaume de Belgique en date du 3 avril 2008, au titre de l'article 226 du Traité instituant la Communauté européenne, en raison de l'absence de communication complète des mesures de transposition en droit interne de la directive 2005/36/CE précitée (réf.: avis motivé - infraction n/ 2007/1038). Ces documents sont également joints à votre attention.

Considérant la saisine de la Cour de justice prononcée le 18 septembre 2008 par la Commission européenne du chef de l'infraction n/ 2007/1038 précitée.

Considérant que l'adoption de la présente ordonnance en toute urgence est, en conséquence, une nécessité en vue d'éviter des sanctions de nature importante à charge du Royaume de Belgique".

*

* *

Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET D'ORDONNANCE

L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis règle le statut des agences de voyage en ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale. Le régime en projet entend se substituer à la loi du 21 avril 1965 portant statut des agences de voyages, qui, selon l'article 15, alinéa 1^{er}, du projet, "est abrogée en ce qu'elle règle une matière qui relève de la compétence de la région de Bruxelles-Capitale".

Le projet vise à transposer en droit interne la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (ci-après: directive qualifications professionnelles), en ce qui concerne les agences de voyage.

L'exposé des motifs fait également mention de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après: la directive services). Si selon le délégué, les auteurs du projet n'entendent pas transposer dès à présent cette directive en droit interne, ils ont cependant veillé à ce que le régime en projet ne se heurte pas à la directive services.

COMPÉTENCE

Le projet règle une matière qui, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 6/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (conditions d'accès à la profession en matière de tourisme), relève de la compétence des régions.

L'avis 40.951/1/V, que le Conseil d'État, section de législation, a donné le 23 août 2006 sur le projet devenu le décret flamand du 2 mars 2007 portant statut des agences de voyage ¹ précise ce qui suit à cet égard:

"(...)

Betrokken is enerzijds de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake het toerisme als onderdeel van de culturele aangelegenheden (artikel 4, 10/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen), anderzijds de bevoegdheid van de gewesten ten aanzien van de vestigingsvoorwaarden inzake toerisme (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6/, van die wet).

(...)

1

3.2. Gelet op de arresten nr. 36² en 39³ van het Arbitragehof, gewezen in voltallige zitting⁴, en op de adviezen 28.854/VR⁵ en 33.603/VR⁶ van de Raad van State, afdeling wetgeving, uitgebracht in verenigde kamers, kunnen als bepalingen bevattende vestigingsvoorwaarden inzake reisbureaus worden beschouwd, bepalingen inzake de voorwaarden die moeten zijn vervuld om de activiteit van reisbureau te mogen uitoefenen, bepalingen inzake het voeren van de titel van reisbureau en, accessoir, bepalingen die de niet-naleving van de genoemde bepalingen sanctioneren. Daarbij kan het niet alleen gaan om een regeling inzake een voorafgaande vergunning, maar ook om voorwaarden die op een rechtstreekse

2

Note 4 de l'avis cité: Arbitragehof, nr. 36, 10 juni 1987, 4.B.3.

3

Note 5 de l'avis cité: Arbitragehof, nr. 39, 15 oktober 1987, 5.B.1 en 5.B.2.

4

Note 6 de l'avis cité: Vgl. Arbitragehof, nr. 119/2004, 30 juni 2004. Het is onduidelijk hoe dit arrest in te passen valt in het geheel van de rechtspraak van het Arbitragehof inzake vestigingsvoorwaarden (zie ook W. PAS, *l.c.*, 154-160).

5

Note 7 de l'avis cité: Advies 28.854/VR van 23 juni 1999 over een voorontwerp van ordonnantie "houdende bekrachtiging van het samenwerkingsakkoord tussen de Vlaamse Gemeenschap, de Duitstalige gemeenschap, het Vlaams Gewest, het Waalse Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Franse Gemeenschapscommissie betreffende het statuut van de reisbureaus". De adviezen 29.003/VR, 29.055/VR, 29.120/VR en 29.136/VR zijn gelijkluidend aan dit advies.

6

Note 8 de l'avis cité: Advies 33.603/VR van 18 juni 2002 over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 16 februari 1994 tot regeling van het contract van reisorganisatie en reisbemiddeling", *Parl. St.*, Kamer, 2001-2002, Doc. 50-1993/001.

.../...

wijze worden opgelegd ⁷. Tevens gaat het niet alleen om voorwaarden met betrekking tot het verkrijgen van de vergunning, maar ook om voorwaarden met betrekking tot het behoud van de vergunning.

3.3. Uit wat voorafgaat volgt dat het ontworpen decreet vestigingsvoorwaarden inzake toerisme regelt. Het gaat immers om voorwaarden, gekoppeld aan het vereiste van een vergunning, die moeten zijn vervuld zijn om de activiteit van reisbureau te kunnen uitoefenen, of om bepalingen die daaraan accessoir zijn ⁸.

Wel dient de delegatie aan de Vlaamse Regering in artikel 6 van het ontwerp bevoegdheidsconform te worden uitgeoefend of, beter nog, in die zin te worden gespecificeerd. Zo zullen bij voorbeeld de - door de Vlaamse Regering te bepalen - gegevens die de vergunninghouder jaarlijks aan Toerisme Vlaanderen dient te verstrekken (artikel 6, § 1, 2/), enkel betrekking kunnen hebben op de opgelegde vestigingsvoorwaarden. Hetzelfde geldt wat betreft de in artikel 6, § 1, 4/, bedoelde informatie en wat betreft de in artikel 6, § 1, 7/, bedoelde gedragscode, waaromtrent de Vlaamse Regering wordt opgedragen de "voorschriften" te bepalen".

L'observation que le dernier alinéa de l'extrait cité de l'avis 40.951/1/V fait au sujet des délégations mentionnées dans cet alinéa, s'applique également à l'égard de la compétence que l'article 8, 2/, 3/ et 5/, du projet accorde au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale.

FORMALITÉS ⁹

7

Note 9 de l'avis cité: Zie m.b.t. de reisbureaus, advies 33.603/VR van 18 juni 2002, l.c. Ook meer algemeen blijkt uit de rechtspraak van het Arbitragehof dat vestigingsvoorwaarden niet noodzakelijk voorwaarden zijn die in het raam van een vergunning worden gesteld (zie Arbitragehof, nr. 55/92, 9 juli 1992, 5.B.12; Arbitragehof, nr. 69/92, 12 november 1992, 5.B.6; Arbitragehof, nr. 78/92, 17 december 1992, B.4.2; Arbitragehof, nr. 88/95, 21 december 1995, B.11 en Arbitragehof, nr. 73/98, 17 juni 1998, B.8.2, waar telkens een algemene omschrijving van het begrip "vestigingsvoorwaarden" wordt gegeven).

8

Note 10 de l'avis cité: Bovendien is geen van die voorwaarden van die aard dat ze de uitoefening van de gemeenschapsbevoegdheid inzake toerisme onmogelijk of overdreven moeilijk zou maken.

9

Le préambule de l'arrêté de présentation fait référence aux divers avis et accords recueillis quant au projet. Dès lors que le préambule d'un arrêté

.../...

On ne peut à première vue pas exclure que le projet contienne des exigences visées à l'article 15, paragraphe 6, de la directive services, de sorte que, pour se conformer à l'article 15, paragraphe 7, de la même directive, il est recommandé de notifier le projet d'ordonnance à la Commission européenne.

de présentation d'un projet d'ordonnance au Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale doit se borner, en principe, à mentionner le ministre proposant, il y a lieu d'omettre ces références.

.../...

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Interrogé au sujet de la manière de définir le champ d'application de l'ordonnance en projet, le délégué a déclaré ce qui suit:

"L'avant-projet d'ordonnance vise à réglementer l'activité des agences de voyages (personnes physiques ou morales), en ce compris les conditions d'accès à la profession d'agent de voyages (qualifications professionnelles des personnes physiques chargées de la gestion journalière de l'agence de voyages)".

L'ensemble de la rédaction du projet doit être adapté pour permettre de distinguer plus aisément les règles applicables à l'entreprise, à savoir l'agence de voyages, et celles applicables à la personne physique qui est chargée de la gestion journalière de l'agence (voir l'article 6, § 2, 1/, du projet) ¹⁰.

Pour ce faire, on peut s'inspirer du décret flamand du 2 mars 2007, précité, qui définit la notion d'"agence de voyages" à l'article 2, 1/, comme une entreprise dont l'activité consiste à intervenir comme intermédiaire en vue de la conclusion d'un contrat portant, soit sur la fourniture d'un voyage combiné à un séjour, soit sur la fourniture par un tiers d'un voyage ou d'un séjour, ou à le conclure et dont l'article 2, 2/, définit une "entreprise" comme "une personne physique ou morale exerçant une activité économique de manière permanente". Pour imposer des obligations à l'entreprise, d'autres dispositions du décret font usage du terme "agence de voyages", alors que les conditions en matière de connaissances professionnelles sont imposées aux personnes chargées de la direction journalière d'un point de vente.

2.1. Les dispositions de la directive qualifications professionnelles qui figurent sous son titre II ("Libre prestation de services"), sont transposées par divers articles du projet ¹¹.

1

0

C'est ainsi que les exigences relatives à la qualification professionnelle s'appliquent assurément à la personne physique, mais pas à l'entreprise.

1

1

L'article 1^{er}, § 2, 2/, du projet définit la notion de "prestataire de services" et vise à transposer l'article 5, paragraphes 1^{er} et 2, de la directive qualifications professionnelles; l'article 2, § 3, 1/, du projet, qui dispose que la condition relative à l'autorisation n'est pas applicable aux

Relativement à la transposition de la directive qualifications professionnelles, il convient tout d'abord d'observer que cette directive concerne la reconnaissance des qualifications professionnelles de personnes physiques, et non pas de sociétés¹². Dès lors que la définition de "prestataire de services" figurant à l'article 1^{er}, § 2, 2/, du projet fait référence à l'agence de voyages, le projet n'est pas conforme à la directive.

Comme déjà observé, le projet doit être adapté à cet égard, en ce sens que les exigences en matière de qualifications professionnelles et les dispositions relatives à la reconnaissance des qualifications professionnelles des ressortissants d'autres États membres de la Communauté européenne ou d'autres États dans lesquels la directive qualifications professionnelles s'applique ou s'appliquera ultérieurement, visent la personne chargée de la gestion journalière de l'agence de voyages. En toute hypothèse, la définition de "prestataire de services" figurant à l'article 1^{er}, § 2, 2, du projet doit être adaptée à cette fin.

L'article 1^{er}, § 2, du projet doit être complété par une disposition qui transpose l'article 5, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive qualifications professionnelles¹³. Le projet devrait en outre indiquer plus précisément les règles professionnelles qui sont applicables en vertu de l'article 5, paragraphe 3, de la directive.

prestataires de services, vise à transposer l'article 6, a), de la directive précitée; l'article 3 du projet concerne la déclaration que doit faire le prestataire de services et entend ainsi transposer les articles 7, paragraphes 1 et 2, et 9 de la même directive.

1

2

Cela résulte des articles premier et 2, paragraphe 1, de la directive concernée et de son économie générale, qui est fondée sur la reconnaissance des diplômes et de l'expérience professionnelle.

1

3

Par ailleurs, le texte néerlandais de l'article 5, paragraphe 2, de la directive fait mention du caractère "tijdelijk en incidenteel" de la prestation de services et non pas de son caractère "tijdelijk en occasioneel", comme c'est le cas à l'article 1^{er}, § 2, du projet.

.../...

En ce qui concerne la transposition de l'article 7 de la directive qualifications professionnelles, l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet doit mentionner qu'il s'agit d'un déplacement vers le territoire auquel l'ordonnance s'applique "pour y fournir des services" ¹⁴. Il y a également lieu d'ajouter que le prestataire de services peut fournir la déclaration par tout moyen ¹⁵. Le début de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, sera rédigé ainsi qu'il suit: "Lors de la première prestation de service ou en cas de changement matériel relatif à la situation établie par les documents" ¹⁶. L'article 7, paragraphe 3, de la directive qualifications professionnelles doit également être transposé.

Au contraire de l'article 9 de la directive qualifications professionnelles, l'article 3, § 2, du projet ne contient pas le membre de phrase "dans les cas où la prestation est effectuée sous le titre professionnel de l'État membre d'établissement ou sous le titre de formation du prestataire".

2.2. Toujours à propos de la transposition de la directive qualifications professionnelles, mais cette fois en ce qui concerne la liberté d'établissement (titre III de la directive), le délégué a précisé ce qui suit en ce qui concerne l'article 6, § 2, du projet:

"L'objectif du législateur est de permettre l'accès à la profession aux ressortissants belges et aux ressortissants des Etats membres et de l'AELE dans des conditions égales, conformément au principe d'égalité instauré par la directive 2003/36/CE. Le texte légal sera clarifié en conséquence sur ce point.

Le projet d'arrêté d'exécution de l'ordonnance, actuellement en cours d'élaboration, transpose les conditions fixées à l'article 18 de la directive précitée en termes de formation et/ou d'expérience professionnelle nécessaires".

1

4

Voir l'article 7, paragraphe 1, de la directive qualifications professionnelles.

1

5

Ibid.

1

6

Voir l'article 7, paragraphe 2, de la directive qualifications professionnelles.

Force est de constater que la rédaction de l'article 6, § 2, du projet ne correspond pas à l'intention de ses auteurs telle qu'elle est formulées ci-dessus. L'article 6, § 2, 1/, devrait à cette fin accorder une délégation au Gouvernement pour fixer les qualifications professionnelles requises, en tenant compte des obligations qui, en matière de reconnaissance des qualifications professionnelles, découlent du traité CE et de la directive ¹⁷. Par ailleurs, l'article 6, § 2, 1/, alinéa 2, doit être omis et, eu égard aux principes qui régissent les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, le projet devrait à tout le moins énoncer les règles de base en matière de reconnaissance des qualifications professionnelles des ressortissants des États membres de la CE ou des personnes assimilées, règles qui devraient donc être fixées par le législateur régional lui-même.

3. Les auteurs du projet n'ont pas l'intention de transposer la directive services en droit interne, mais veulent néanmoins éviter de prévoir dans le projet des obligations qui sont contraires à cette directive.

Vu le temps limité qui lui a été imparti pour donner l'avis et la complexité de la réglementation communautaire concernée, le Conseil d'État, section de législation, se borne à reproduire ce qu'il a déjà exposé relativement au respect de la directive services dans l'avis 44.687/2/V du 24 juillet 2008 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif aux agences de voyages":

"III. Quant au respect de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur

A. L'admissibilité du principe d'un régime d'autorisation

1

7

Voir le chapitre II du titre III de la directive, notamment l'article 18. La profession concernée figure dans la liste II de l'annexe IV de la directive et, sur la base de l'article 10, a), de la directive, le chapitre I du titre III est également, en ordre subsidiaire, applicable au secteur des agences de voyages, notamment lorsque le demandeur, pour un motif spécifique et exceptionnel, ne satisfait pas aux conditions prévues à l'article 18.

Il ressort de l'article 2, § 1^{er}, de l'avant-projet que l'activité consistant à organiser et à vendre des voyages au sens de l'avant-projet ne peut être exercée qu'"à titre principal, de façon permanente et moyennant autorisation".

Si un tel mécanisme d'autorisation préalable à l'exercice d'une activité économique ne suscite pas dans son principe d'objection en tant qu'il concerne des "agences de voyages" créées en Région wallonne¹⁸, il n'en va pas de même en tant que ce mécanisme trouve aussi à s'appliquer aux "agences de voyages" qui, en provenance d'autres États membres de l'Union européenne, useraient du droit qui leur est reconnu par l'article 43 du Traité CE de s'établir librement en Région wallonne.

1

8

Note 7 de l'avis cité : L'absence d'objection de principe ne signifie néanmoins pas que l'auteur de l'avant-projet ne serait soumis à aucune contrainte de droit interne: dès lors que l'article 23 de la Constitution garantit le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le législateur porterait atteinte à cette liberté s'il la limitait par un régime d'autorisation sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était hors de proportion avec le but poursuivi.

Il faut à cet égard rappeler que l'article 43 du Traité CE impose la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et que doivent être considérées comme de telles restrictions toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté ¹⁹.

Selon une jurisprudence constante, un régime d'autorisation ou d'agrément préalable constitue une restriction à la liberté d'établissement. Cependant, une restriction, qui s'applique à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil, peut être justifiée lorsqu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ²⁰.

C'est dans ce contexte qu'il convient désormais de tenir compte de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après dénommée: la directive 2006/123/CE) ²¹.

En effet, cette directive est entrée en vigueur le 28 décembre 2006 et doit être transposée avant le 28 décembre 2009 (articles 44, paragraphe 1, et 45 de la directive 2006/123/CE). Au plus tard à cette date, la Région wallonne devra donc avoir mis l'ensemble de son droit en conformité avec cette directive et avoir présenté à la Commission le rapport prescrit par son article 39. Ce rapport doit notamment comporter l'indication des régimes d'autorisation existants et une motivation de leur compatibilité avec la directive susmentionnée (article 9, paragraphe 2, de ladite directive). Cela signifie que, pendant la phase de transposition, les États membres doivent procéder à un examen de leur législation (considérant 74 de la directive 2006/123/CE), recenser les régimes d'autorisation et les évaluer un à un. De plus, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, si les États membres ne sont pas tenus d'adopter les mesures de transposition d'une directive avant l'expiration du délai prévu à cet effet, il résulte de l'application combinée des articles 10, second alinéa, du Traité CE et 249, troisième alinéa, du même Traité, ainsi que de la directive elle-même que, pendant ce délai, ils doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive.

1

9

Note 8 de l'avis cité : C.J.C.E., arrêt du 5 octobre 2004, CaixaBank France, C-442/02, Rec., p. I-8961, point 11.

2

0

Note 9 de l'avis cité : Voir notamment l'arrêt cité à la note précédente, point 28.

2

1

Note 10 de l'avis cité : Sur cette directive, voir M. FALLON et A.-C. SIMON, "La directive «services»: quelle contribution au marché intérieur ?", JTDE, 2007/2, p. 33.

Or, la directive 2006/123/CE, en vertu de ses articles 2 et 4, est applicable aux agences de voyages, ce que confirme d'ailleurs expressément le considérant 33 de la directive.

La directive 2006/123/CE consacre ses articles 9 à 13 aux régimes d'autorisation applicables aux prestataires oeuvrant dans le cadre de la liberté d'établissement, la notion de régime d'autorisation étant entendue dans un sens large (article 4, point 6, de la directive et considérant 39 de celle-ci)²².

Selon l'article 9, 1, de la directive 2006/123/CE,

«1. Les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies :

- a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé;
- b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général;
- c) l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle *a posteriori* interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle.»

Dès lors, le régime d'autorisation auquel les agences de voyages sont soumises par et en vertu de l'avant-projet examiné ne peut en son principe être admis que s'il répond aux conditions visées ci-avant.

Ni l'exposé des motifs, ni le commentaire des articles, ni aucune des pièces jointes au dossier n'envisagent la justification du régime mis en place au regard des exigences précitées, et singulièrement de l'exigence selon laquelle l'autorisation

2

2

Note 11 de l'avis cité : Il n'y a pas lieu de prendre en considération les dispositions de la directive 2006/123/CE qui sont relatives aux conditions dans lesquelles les États membres d'accueil sont tenus de respecter le droit des prestataires qui fournissent des services dans ces États dans le cadre de la libre circulation des services. Il résulte en effet d'une lecture combinée des articles 1^{er}, § 2, 2/, et 2, § 1^{er}, de l'avant-projet que le prestataire qui exerce "de façon temporaire et occasionnelle" une activité d'agence de voyages en Région wallonne dans le cadre de la libre circulation des services n'est pas soumis au décret en projet puisque celui-ci n'impose d'exigences qu'à l'égard des "agences de voyages" qui exercent leurs activités en Région wallonne "de façon permanente". En d'autres mots, le décret en projet s'applique aux "agences de voyages" créées en Région wallonne et aux "agences de voyages" qui ont fait usage du droit de s'y établir librement conformément à l'article 43 du Traité CE (quant à la manière de déterminer qu'un opérateur qui se déplace dans un autre État membre pour y exercer une activité de service preste celle-ci dans le cadre de la liberté d'établissement ou de la libre circulation des services, voir le considérant 77 de la directive 2006/123/CE).

prévue par l'article 2 de l'avant-projet doit être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ²³. De même aucune justification n'est donnée quant au choix de

2

3

Note 12 de l'avis cité : L'article 4, paragraphe 8, de la directive 2006/123/CE définit les "raisons impérieuses d'intérêt général" comme suit: "des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle".

la méthode de l'autorisation plutôt que celle de la simple déclaration soumise à un contrôle *a posteriori* ²⁴.

L'exposé des motifs devra être complété pour apporter les justifications requises sans lesquelles l'avant-projet examiné ne pourrait être admis.

B. L'admissibilité des conditions mises à l'octroi des autorisations

Si le régime d'autorisation envisagé peut être admis, ce qui devra être démontré sur la base des suites que l'auteur de l'avant-projet donnera aux observations formulées ci-avant sous le numéro III A, il faudra, quant à ses conditions d'octroi, qu'il se conforme aux exigences posées par le chapitre III de la directive 2006/123/CE. Le mieux serait sans doute que l'auteur de l'avant-projet saisisse l'occasion que lui donne le décret à l'examen pour, dans la matière qu'il vise, transposer la directive 2006/123/CE puisque certains des organismes concernés par le décret examiné tombent dans le champ d'application de cette directive pour laquelle le délai de transposition expire le 28 décembre 2009.

En tout état de cause, l'article 6 de l'avant-projet dispose:

«Art. 6. L'octroi de l'autorisation visée à l'article 2 ne peut être subordonné qu'aux conditions suivantes:

1/ en ce qui concerne le demandeur ou les personnes chargées de la gestion journalière de l'entreprise:

- a) à des conditions de nationalité;
- b) à l'obligation de posséder certaines qualifications professionnelles et, le cas échéant, d'avoir effectué un stage pratique dans les conditions définies par le Gouvernement;
- c) le cas échéant, à la production de la preuve des capacités entrepreneuriales telles que définies par le Gouvernement.

(...)

2/ en ce qui concerne l'entreprise :

- a) aux conditions visées dans la loi du 16 avril 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages;
- b) à des conditions relatives aux montants, à la nature et aux modalités de constitution d'un cautionnement destiné à la garantie exclusive des engagements professionnels;

Note 13 de l'avis cité : Or, l'existence de régimes dérogatoires démontre que des procédés moins restrictifs sont envisageables.

.../...

c) à des conditions relatives à l'équipement technique ²⁵».

Les conditions qui sont ainsi posées à l'octroi des autorisations soulèvent des difficultés au regard de la directive 2006/123/CE.

D'une part, pour ce qui concerne les "conditions de nationalité" envisagées à l'article 6, 1/, a), de l'avant-projet, elles ne peuvent être admises et cette disposition doit donc être omise car l'article 14, 1/, a), de la directive 2006/123/CE prévoit notamment que les États membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect d'une "exigence de nationalité pour le prestataire, son personnel, les personnes détenant du capital social ou les membres des organes de gestion ou de surveillance du prestataire".

D'autre part, pour ce qui concerne les autres conditions d'octroi des autorisations envisagées à l'article 6 de l'avant-projet, elles ne peuvent être admises que si elles sont conformes à l'article 10 de la directive 2006/123/CE.

Or, de ce point de vue, l'article 10, paragraphes 1 et 2, de la directive se lit comme suit:

«1. Les régimes d'autorisation doivent reposer sur des critères qui encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire.

2. Les critères visés au paragraphe 1 sont:

- a) non discriminatoires;
- b) justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général;
- c) proportionnés à cet objectif d'intérêt général;
- d) clairs et non ambigus;
- e) objectifs;
- f) rendus publics à l'avance;
- g) transparents et accessibles.»

Au vu de cette disposition, il est douteux que les conditions prévues à l'article 6 soient satisfaisantes. Elles doivent en effet, pour chacune d'entre-elles, être en premier lieu justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général qui sera exposée dans le commentaire de l'article.

Sur la base de cette justification, l'auteur de l'avant-projet veillera à établir la proportionnalité de chacune des conditions d'octroi des autorisations, lesquelles devront en outre être rédigées de manière claire et non ambiguë.

Note 14 de l'avis cité : Il se déduit de l'article 5 de l'avant-projet que c'est en réalité le Gouvernement qui est chargé d'arrêter les conditions d'octroi, de refus, de suspension et de retrait des autorisations. Sur les observations qu'appelle une habilitation conçue en des termes aussi larges, voir l'observation générale V, ci-après.

En outre, l'auteur de l'avant-projet devra également prévoir une disposition visant à se conformer à l'article 10, 3, de la directive 2006/123/CE qui énonce en substance que les prestataires qui s'établissent, au sens de l'article 43 du Traité CE, dans un État membre d'accueil ne peuvent y être soumis à des conditions d'octroi d'autorisation qui feraient "double emploi avec les exigences et les contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels est déjà soumis le prestataire dans un autre État membre ou dans le même État membre".

En conclusion, l'article 5 de l'avant-projet, en tant qu'il traite des conditions d'octroi des différentes catégories d'autorisation que cet article envisage, et l'article 6 de l'avant-projet seront réexaminés à la lumière des observations qui précèdent.

C. Les autres exigences à respecter dans le cadre de la directive 2006/123/CE

Même s'il décidait de ne pas encore transposer dès-à-présent la directive 2006/123/CE pour le secteur des agences de voyages, l'auteur de l'avant-projet doit notamment déjà être attentif à ce que certains articles de l'avant-projet règlent des matières qui font l'objet de dispositions particulières dans la directive 2006/123/CE. Ces articles devront être réexaminés par l'auteur du projet après qu'il les ait mis en rapport avec les dispositions correspondantes de la directive.

Il en va ainsi notamment de

- l'article 5 de l'avant-projet qui charge le Gouvernement de déterminer la procédure d'octroi, de refus, de suspension et de retrait des autorisations; cette disposition doit être mise en rapport avec les articles 10, paragraphes 5 et 6, et 13 de la directive en vue de veiller à ce que les règles qui seront adoptées dans le cadre du décret à l'examen ne soient pas de nature à compromettre sérieusement le résultat que la directive a en vue;
- l'article 8, 6/, qui doit être mis en rapport avec l'article 22 de la directive".

En ce qui concerne le projet à l'examen, il faut constater que l'exposé des motifs du projet d'ordonnance ne fournit de justification qu'en ce qui concerne les raisons impérieuses d'intérêt général sur lesquelles il est fondé (voir l'article 9, paragraphe 1, b), de la directives services). Cette justification est toutefois trop sommaire et ne démontre pas pourquoi un contrôle *a priori* est nécessaire. Il faudrait au contraire procéder à un examen qui démontre la nécessité d'un contrôle *a priori* par rapport à d'autres possibilités de contrôle *a posteriori*. Par ailleurs, aucune justification n'est donnée quant à certains aspects partiels, tels que celui de l'exigence d'une activité devant être exercée à titre principal et de façon permanente (article 2, § 1^{er}, du projet) et celui de l'exigence en matière de conditions relatives à l'équipement technique (article 6, § 2, 2/, c), du projet). Aucune justification n'est donnée non plus au regard de l'article 9, paragraphe 1, a) et c),

.../...

et des autres dispositions de la directive services citées dans l'avis 44.687/2/V auxquelles le projet doit être confronté.

4. Le projet ne règle pas la reconnaissance éventuelle, en Région de Bruxelles-Capitale, d'activités autorisées en Région wallonne ou flamande et, par conséquent, se heurte aux exigences découlant de l'union économique et monétaire au sens de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

L'article 2, § 3, du projet dispense certaines catégories de prestataires de services, organisations et associations de l'application du paragraphe 1^{er} du même article. La différence ainsi opérée par rapport à d'autres catégories qui sont, elles, soumises à l'application de l'article 2, § 1^{er}, du projet devra évidemment pouvoir être justifiée au regard des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination.

Article 7

À l'article 7, alinéa 1^{er}, du projet, les mots "de façon exceptionnelle", dans le texte français, n'ont pas d'équivalent dans le texte néerlandais. Il faudra éliminer cette discordance.

Article 9

Le délégué a déclaré que l'article 9, § 1^{er}, 1/, du projet doit viser les articles 2, 6 et 8 de l'arrêté en projet, au lieu de ses articles 2, 5 et 6.

Article 11

.../...

Selon le délégué, l'intention des auteurs du projet est que le comité technique communique au Gouvernement, au moyen d'un avis non contraignant, le résultat de l'examen mentionné à l'article 11, alinéa 1^{er}, 1/, du projet. Le texte de l'article 11 du projet doit exprimer cette intention de manière plus explicite.

Article 12

1. Contrairement à l'article 14, § 1^{er}, du projet, qui prévoit une sanction administrative maximale plus légère pour l'infraction visée à l'article 12, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3/, l'article 12, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, prévoit le même taux de peine pour toutes les infractions pénales énumérées dans cet alinéa. La question se pose de savoir pourquoi l'article 12, § 1^{er}, du projet ne prévoit pas, lui aussi, de différenciation du taux de la peine, en fonction de la nature de l'infraction, comme c'est le cas à l'article 14, § 1^{er}, en ce qui concerne la sanction administrative. Cette question est d'autant plus pertinente qu'il n'est pas exclu qu'il soit ainsi porté atteinte au principe selon lequel la peine infligée ne peut pas être démesurément lourde par rapport aux faits commis.

2. L'article 12, § 1^{er}, alinéa 3, du projet, dispose qu'en cas de récidive, l'interdiction d'exercer les activités concernées peut être définitive. Pareille interdiction professionnelle porte gravement atteinte à la liberté de commerce et d'industrie de la personne qui en est frappée. Des mesures de cette nature ne peuvent être admises, dès lors, que si elles ne sont pas manifestement disproportionnées eu égard à l'objectif poursuivi. La Cour constitutionnelle devra, le cas échéant, se prononcer à ce sujet. On peut cependant se demander si une interdiction professionnelle illimitée dans le temps n'est pas déjà inconciliable en principe avec les normes juridiques supérieures. Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour constitutionnelle a déclaré contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution des dispositions instituant des interdictions professionnelles automatiques et non limitées dans le temps. S'il est vrai qu'en l'espèce il ne s'agit pas d'une interdiction automatique, dès lors que le juge devra la prononcer, on institue cependant la possibilité d'ordonner une interdiction permanente d'exercer les activités visées à l'article 2, § 1^{er}, du projet.

Les auteurs du projet devront réexaminer le texte du projet à la lumière des considérations qui précèdent. Le temps limité qui lui a été imparti n'a en effet pas permis

.../...

au Conseil d'État, section de législation, d'examiner cette problématique d'une manière plus approfondie.

Article 13

1. L'article 13, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, du projet, vise notamment le cas de l'accès au "domicile". Il faut rappeler à cet égard 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 CEDH et par l'article 17 du PIDCP. Il appert 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 CEDH doit faire l'objet d'une conception étendue et qu'elle porte notamment sur les locaux professionnels et commerciaux ²⁶, même s'il s'agit de personnes morales ²⁷.

Par conséquent, la réglementation en projet devra prévoir les garanties nécessaires pour répondre aux exigences qui, en matière de droit au respect du domicile, se déduisent des conventions précitées ainsi que de la jurisprudence y afférente. À ce sujet, il est à noter que le projet devrait être complété par une disposition précisant qu'il faut obtenir préalablement l'accord écrit du titulaire de l'autorisation et de la personne qui a la jouissance effective des lieux. Il est recommandé en outre de déterminer dans le projet les heures entre lesquelles les fonctionnaires chargés de la surveillance visés dans le projet peuvent visiter des locaux habités. Pour déterminer ces heures, on respectera un équilibre raisonnable entre les droits des personnes concernées et la nécessité pour les fonctionnaires visés dans le projet de pouvoir exercer efficacement leur mission.

2

6

CDH, 16 décembre 1992, Niemietz, *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, www.echr.coe.int. 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.

2

7

CDH, 16 avril 2002, Colas, www.echr.coe.int.

2. Contrairement à ce que disposent certaines lois spéciales, l'article 13, § 2, 2/, du projet ne prévoit pas de sanction au cas où, dans le délai fixé, la copie du procès-verbal visé dans cette disposition n'est pas notifiée par lettre recommandée au contrevenant dans le délai prescrit ou ne lui est pas remise dans ce délai. 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 probante²⁸.

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 14

L'article 14, § 4, alinéa 3, du projet s'énonce comme suit:

"La notification de la décision fixant le montant de l'amende administrative éteint l'action publique".

La règle selon laquelle la notification de la décision d'infliger l'amende administrative éteint l'action publique est contraire à la règle visée à l'article 14, § 3, dernier alinéa, du projet selon laquelle le ministère public doit prendre, dans le délai de quatre mois qui y est fixé, la décision d'engager ou non des poursuites pénales et de la notifier au fonctionnaire désigné. Il serait plus logique que l'action publique s'éteigne à partir de la notification visée à l'article 14, § 3, dernier alinéa.

2

8

A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht ?", dans *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Anvers, 1994, 501; A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gand, 1994, 78; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", *R.W.*, 1980-81, 1374.

Article 15

1. L'article 15, alinéa 1^{er}, du projet vise à abroger la loi du 21 avril 1965 portant statut des agences de voyages "en ce qu'elle règle une matière qui relève de la compétence de la [R]égion de Bruxelles-[C]apitale". Il faudra désigner précisément les dispositions législatives à abroger ²⁹.

2. L'article 15, alinéa 2, du projet s'énonce comme suit:

"Sont assimilé[e]s à l'autorisation visé[e] à l'article 2, § 1^{er}, les autorisations délivrées en application de la loi du 21 avril 1965 portant statut des agences de voyages".

Interrogé à ce sujet par l'auditeur compétent, le délégué à déclaré:

"L'intention du législateur vise à permettre au détenteur d'une autorisation délivrée sous l'empire de la loi de 1965 à continuer à bénéficier de celle-ci tout en étant soumis aux règles de la nouvelle ordonnance".

La question est de savoir si cette intention - un assujettissement simultané à deux régimes - est réalisable en pratique. Par ailleurs, il faut observer qu'il pourrait se déduire de la rédaction du texte de l'article 15, alinéa 2, du projet que des autorisations délivrées en application de la loi du 21 avril 1965 sont soustraites aux dispositions en projet. Il faudrait, dès lors préciser, en tout cas, le texte de l'article 15, alinéa 2, du projet.

3. À la fin de l'article 15, alinéa 3, du projet, la référence aux "conditions prescrites par l'article 6, 1/" doit être précisée. En effet, on n'aperçoit pas si l'intention est de se référer aux conditions visées à "l'article 6, § 1^{er}" ou aux conditions visées à "l'article 6, § 2, 1/" du projet.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mesdames R. THIELEMANS, premier auditeur, et K. BAMS, auditeur.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME