

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.111/1
VAN 19 MAART 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 25 februari 2009 door de Vlaamse minister van Werk, Onderwijs en Vorming verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "tot wijziging van het decreet van 30 april 2004 tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn", heeft het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op 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 ⁽¹⁾.

*
* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet beoogt een aantal wijzigingen aan te brengen in het decreet van 30 april 2004 tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn (hierna: het toezichtsdecreet). De ontworpen wijzigingen hebben inzonderheid betrekking op:

- het uitbreiden van het toepassingsgebied van het toezichtsdecreet, in het licht van de wijzigingen die de betrokken regelgeving inmiddels heeft ondergaan (artikel 2 van het ontwerp);
- het nauwkeurig omschrijven van de finaliteit en de proportionaliteit van de inspectiebevoegdheden (ontworpen artikelen 5/1 en 5/2 van het toezichtsdecreet - artikel 5 van het ontwerp);
- het nauwkeurig omschrijven van de procedure voor het verhoor van personen en het uitdrukkelijk bepalen van de gegevens die de processen-verbaal van verhoor moeten vermelden (ontworpen artikelen 6/1 en 6/2 van het toezichtsdecreet - artikel 8 van het ontwerp, alsook de artikelen 6, 4/, en 7 van het ontwerp);

⁽¹⁾ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat wordt onder rechtsgrond de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

- het voorzien in de mogelijkheid dat sociaalrechtelijke inspecteurs ook zonder in het bezit te zijn van een visitatiebevel toegang kunnen krijgen tot de bewoonde lokalen, wanneer de betrokkene er uitdrukkelijk om verzoekt of zijn toestemming verleent (artikel 9, 1/, van het ontwerp);
- het verruimen van de opsporingsbevoegdheden van de sociaalrechtelijke inspecteurs, meer bepaald wat betreft de toegang tot en het opsporen, onderzoeken, kopiëren, in beslag nemen en verzegelen van informatiedragers (artikel 10 van het ontwerp);
- het waarborgen van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de ambtenaren die zijn aangewezen om de administratieve geldboeten op te leggen (artikel 13 van het ontwerp);
- de verlenging van de termijn waarover het openbaar ministerie beschikt om te beslissen om al dan niet strafvervolgung in te stellen (artikel 14 van het ontwerp);
- het waarborgen van het recht niet tegen zichzelf te getuigen, door het verhinderen van het opsporen van documenten die de betrokkene niet krachtens de wet moet bijhouden, niet langer strafbaar te stellen (artikel 15 van het ontwerp).

Van de gelegenheid wordt ook gebruik gemaakt om het toezichtsdecreet te actualiseren, onder meer in het licht van de hervorming Beter Bestuurlijk Beleid (artikelen 3, 1/, 11 en 12 van het ontwerp).

Het ontworpen decreet treedt in werking op de eerste dag van de tweede maand na die waarin het is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad (artikel 16 van het ontwerp).

VORMVEREISTEN

Uit de bij de adviesaanvraag gevoegde stukken blijkt dat over het voorliggende ontwerp van decreet nog het advies wordt ingewonnen van de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen (SERV). Indien naar aanleiding van dat advies aan het thans voorliggende ontwerp nog wijzigingen worden aangebracht, zullen die

.../...

wijzigingen alsnog voor advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, dienen te worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 9

1. Krachtens het ontworpen artikel 7, 1/, van het toezichtsdecreet hebben de sociaalrechtelijke inspecteurs het recht om zich bij dag en bij nacht toegang te verschaffen tot alle werkplaatsen en opleidingscentra die aan hun toezicht zijn onderworpen of tot lokalen waarvan zij redelijkerwijze kunnen vermoeden dat daar personen werken of een opleiding volgen, die onderworpen zijn aan de bepalingen van de regelgeving waarop zij toezicht en controle uitoefenen. Enkel voor het betreden van bewoonde lokalen is er krachtens het ontworpen artikel 7, 1/, tweede zin, vooraf toestemming nodig van de rechter in de politierechtbank of van de persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats en, in dat laatste geval, mits deze er schriftelijk en voorafgaand om heeft verzocht of in heeft toegestemd. Voor de toegang tot bewoonde lokalen na 22 uur en vóór 5 uur, dienen de sociaalrechtelijke inspecteurs vooraf machtiging aan de politierechter te vragen.

Het recht op eerbiediging van de woning wordt niet enkel 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 (EVRM) en bij artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip "woning" in deze context ruim moet worden opgevat, en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen ⁽²⁾, zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen ⁽³⁾.

⁽²⁾ EHRM, 16 december 1992, Niemietz, www.echr.coe.int; EHRM, 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe, www.echr.coe.int; 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.

⁽³⁾ EHRM, 16 april 2002, Colas, www.echr.coe.int.

De vraag rijst of het ontwerp niet dient te voorzien in bijzondere waarborgen met betrekking tot het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen "woning" ⁽⁴⁾ 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 Miaïlle 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 Etats rencontrent de sérieuses difficultés résultant de l'ampleur et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que des multiples possibilités de déplacements internationaux, facilitées par la relative perméabilité des frontières. La Cour reconnaît donc qu'ils peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de délits de change et en poursuivre le cas échéant les auteurs. Encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir notamment, mutatis mutandis, l'arrêt Klass et autres 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. A ces considérations générales s'ajoute une observation particulière. Les saisies subies par M. et Mme Miaïlle 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" ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ In het ontwerp wordt, zoals in de wet van 16 november 1972, de term "bewoonde lokalen" gebruikt. Die term heeft evenwel aanleiding gegeven tot betwistingen (D. TORFS, "Bevoegdheid van de inspectiediensten", *T.S.R.*, 2000, (407), 429-430 en W. VAN EECKHOUTTE, "Opsporing van sociaalrechtelijke misdrijven", in *Sociaal Strafrecht*, 161).

⁽⁵⁾ Uittreksel uit het arrest Miaïlle.

Bovendien dient rekening te worden gehouden met de volgende overwegingen uit het arrest Van Rossem ⁽⁶⁾:

"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 Mialhe c. France, arrêt du 25 février 1993, série A no 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, no 51772/99, § 57, CEDH 2003, § 70; *a contrario*, Keslassy c. France (déc.), no 51578/99, CEDH 2002-I, et Tamosius c. Royaume-Uni (déc.), no 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 Mialhe, 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

⁽⁶⁾ EHRM, 9 december 2004, Van Rossem, *l.c.*

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 Miaillhe, 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 inzake het betreden van plaatsen die onder de bescherming van de genoemde verdragsbepalingen vallen.

2. Krachtens het ontworpen artikel 7, 1/, van het toezichtsdecreet hebben de sociaalrechtelijke inspecteurs tot bewoonde lokalen slechts toegang wanneer de rechter in de politierechtbank daartoe vooraf toestemming heeft verleend.

Die bepaling betreft de "vorm" van de huiszoeking in de zin van artikel 15 van de Grondwet, die krachtens dat grondwetsartikel door de "wet" moet worden geregeld ⁽⁷⁾.

Artikel 19, § 1, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bepaalt, sinds zijn wijziging bij de bijzondere wet van 13 juli 2001, dat "behoudens toepassing van artikel 10 (van de bijzondere wet van 8 augustus 1980), het decreet de aangelegenheden (regelt) bedoeld in de artikelen 4 tot 9 (van diezelfde wet), onverminderd de bevoegdheden die na de inwerkingtreding van de

⁽⁷⁾ Het Grondwettelijk Hof heeft bevestigd dat wanneer in grondwetsartikelen die dateren van vóór 24 december 1970, een bevoegdheid aan de "wet" wordt toegekend, de grondwetgever die bevoegdheid enkel heeft willen onttrekken aan de uitvoerende macht en daaruit bijgevolg niet mag worden afgeleid dat de grondwetgever een bevoegdheid aan de federale wetgever heeft willen voorbehouden (Grondwettelijk Hof, nr. 35/2003, 25 maart 2003, B.12.6).

bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen door de Grondwet aan de wet zijn voorbehouden" ⁽⁸⁾.

Vastgesteld moet worden dat de tussenkomst van de politierechter een essentiële waarborg uitmaakt ter bescherming van het recht op eerbiediging van de woning. Mocht het voorzien in zulke tussenkomst niet kunnen worden ingepast, als accessoire bevoegdheid, in de eigen bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten, dan vermag de decreet- of ordonnantiegever in ieder geval een bepaling waarbij in zulk een tussenkomst wordt voorzien, aan te nemen op grond van artikel 10 van die wet, aangezien zulks noodzakelijk is om de regeling conform te maken met de sub 1 vermelde hogere rechtsnormen.

3. Uit het ontworpen artikel 7, 1/, laatste lid, van het toezichtsdecreet blijkt dat het betreden van de woning mogelijk wordt gemaakt, na een gemotiveerd verzoek bij de rechter in de politierechtbank, tijdens de uren dat zulks in beginsel is uitgesloten krachtens de wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize of huiszoeking mag worden verricht, in dit geval na 22 uur en vóór 5 uur. Een uitzondering op dat principieel verbod kan evenwel enkel worden aanvaard wanneer ze gerechtvaardigd wordt door motieven die aanvaardbaar zijn in het licht van de grondwettelijke beginselen van de gelijkheid en de niet-discriminatie. Het verdient derhalve aanbeveling om op dit punt de memorie van toelichting aan te vullen.

De stellers van het ontwerp dienen bovendien na te gaan of vanuit het oogpunt van de coherentie van de regelgeving niet veeleer dient te worden aangesloten bij de in de voornoemde wet van 7 juni 1969 gehanteerde tijdsspanne (na 21 uur 's avonds en voor 5 uur 's morgens), zo niet moet worden besloten dat geen visitaties mogelijk zijn tussen 21 uur en 22 uur, ook niet na een gemotiveerd verzoek bij de rechter in de politierechtbank, hetgeen wellicht niet de bedoeling is.

⁽⁸⁾ Zie hierover X. DELGRANGE, "Les matières réservées. Faut-il choisir, entre rationalité et constitutionnalité ?", in *Les lois spéciales et ordinaire* du 13 juillet 2001, F. DELPEREE e.a., Brussel, 2002, 45-66; W. PAS, "De door de Grondwet aan de «wet» voorbehouden aangelegenheden. Vroeger en nu", in *De vijfde staatshervorming van 2001*, A. ALLEN (ed.), Brugge, 2002, 25-63; J.-C. SCHOLSEM, "Les matières réservées par la Constitution à la loi : éléments pour un débat", A.P.T. 2002, 161-172 en M. UYTENDAELE, "Les matières réservées ou l'agonie bienvenue d'une fiction", A.P.T., 2002, 153-160.

5. Tot slot dient bij de interpretatie van het ontworpen artikel 7, 1/, van het toezichtsdecreet, voor zover deze bepaling betrekking heeft op de toegang tot bewoonde lokalen, rekening te worden gehouden met de gevolgen van arrest nr. 171/2008 van 3 december 2008 van het Grondwettelijk Hof. Uit dat arrest moet immers worden afgeleid, enerzijds, dat voornoemde bepaling slechts verenigbaar is met artikel 6, lid 1, van het EVRM indien zij zo wordt geïnterpreteerd dat zij "zich niet ertegen verzet dat de toestemming van de politierechter om bewoonde lokalen te betreden, voor de strafrechter wordt betwist" en, anderzijds, slechts verenigbaar is met artikel 15 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM wanneer zij zo wordt geïnterpreteerd dat, wat de bescheiden en toelichtingen betreft waarop de toestemming van de politierechter om bewoonde lokalen te betreden is gebaseerd, "niet de klacht of aangifte zelf, maar enkel de gegevens waaruit de identiteit van de indiener van die klacht of aangifte kan worden afgeleid, aan het beginsel van de tegenspraak worden onttrokken".

Het verdient aanbeveling om deze specifieke interpretatie in de memorie van toelichting nader toe te lichten.

Artikel 10

1. De vraag rijst of het in het ontworpen artikel 7/2 van het toezichtsdecreet bedoelde beslag wel kan worden gezien als een administratieve veiligheidsmaatregel die de decreetgever zonder enige twijfel vermag in te voeren ⁽⁹⁾.

Indien het bedoelde beslag meer is dan een administratieve veiligheidsmaatregel en ook als een opsporingshandeling moet worden beschouwd, ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, niet welke de bevoegdheidsrechtelijke grondslag is voor het voorzien in de maatregel, nu de inbeslagneming ook krachtens het gemeenrecht binnen het raam van het opsporingsonderzoek kan worden toegepast ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Zie o.m. Grondwettelijk Hof, nr. 44, 23 december 1987, B.7.c.

⁽¹⁰⁾ Art. 28*bis*, § 3, eerste lid, Sv.; zie hieromtrent o.m. R. VERSTRAETEN, "Beslag in strafzaken", in Commentaar Strafrecht en Strafvordering, Antwerpen, s.d. (1999), dl. 2, (29), 33-34.

2. De Raad van State, afdeling Wetgeving, acht het voorts nuttig te herinneren aan de volgende passage uit het advies 23.564/8 van 12 juli 1994 over een voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 24 juli 1973 tot instelling van een verplichte avondsluiting in handel, ambacht en dienstverlening ⁽¹¹⁾ :

"Opgemerkt moet worden dat het beslag niet gehanteerd mag worden, hetzij door de betrokken ambtenaar, hetzij door het openbaar ministerie, als een drukkingsmiddel op de betrokken handelaar om op een door het bestuur of het parket voorgestelde minnelijke schikking in te gaan. De handelaar heeft immers het recht, op grond van de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, om de gegrondheid van het tegen hem geformuleerde verwijt van inbreuk op de strafwet te laten beoordelen door een strafrechter. Het organiseren van de afstand van dat recht, met name door een systeem van minnelijke schikkingen, is op zichzelf niet ongeoorloofd; vereist is dan evenwel dat de minnelijke schikking zonder dwang wordt aangegaan. Zoals uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt, kan de dreiging met een onevenredig hoge sanctie - en, a fortiori, de effectieve toepassing van zulke sanctie - de facto tot gevolg hebben dat de betrokken handelaar geen andere keuze heeft dan het voorstel tot minnelijke schikking te aanvaarden ⁽¹²⁾".

Artikel 14

Uit de door de gemachtigde verstrekte toelichting dient te worden afgeleid dat het Openbaar Ministerie zelf, op gemotiveerde wijze, beslist over een mogelijke termijnverlenging. In dat geval wordt best, in het ontworpen artikel 17, § 1, tweede lid, van het toezichtsdecreet, niet gewaagd van een "gemotiveerd verzoek vanwege het Openbaar Ministerie", hetgeen laat uitschijnen dat de beslissing niet door het Openbaar Ministerie zelf wordt genomen. De ontworpen tekst zal dienen te worden aangepast, teneinde beter de bedoeling van de stellers van het ontwerp weer te geven.

⁽¹¹⁾ *Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1308/1.

⁽¹²⁾ Gerefereerd werd aan het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 27 februari 1980, Deweer, www.echr.coe.int, §§ 39-54, inzonderheid §§ 48-49.

Artikel 15

1. Uit de door de gemachtigde verstrekte toelichting blijkt dat met het ontworpen artikel 24, tweede lid, van het toezichtsdecreet wordt beoogd het zwijgrecht en het non-incriminatierecht te vrijwaren. Vraag is echter of de ontworpen bepaling volstaat opdat de regeling welke aldus in artikel 24 van het toezichtsdecreet zal zijn opgenomen in overeenstemming zou kunnen worden geacht met de verdragsbepalingen op dat vlak.

Krachtens artikel 14, 3, g), van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten kan niemand tegen wie een strafvervolging is ingesteld, worden gedwongen om tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat dit recht ook vervat is in artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ⁽¹³⁾.

Al is het zwijgrecht of het recht om zichzelf niet in beschuldiging te stellen een recht van een persoon ten aanzien waarvan een strafvervolging wordt ingesteld, toch wordt aangenomen dat het zwijgrecht kan doorwerken naar de periode die de eigenlijke strafvordering voorafgaat, zelfs naar de administratiefrechtelijke fase die in sociaal-economische aangelegenheden de fase van de strafvervolging dikwijls voorafgaat ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ EHRM, 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe, *l.c.*; EHRM, 8 februari 1996, Murray, www.echr.coe.int; EHRM, 17 december 1996, Saunders, www.echr.coe.int; EHRM, 21 december 2000, Heaney en Mc Guinness, www.echr.coe.int; EHRM, 3 mei 2001, J.B., www.echr.coe.int; EHRM, 5 november 2002, Allan, www.echr.coe.int.

⁽¹⁴⁾ Raadpl., m.b.t. de toezichtsfase in de sociaal-economische wetgeving, o.m. Ph. BRAEKMANS, "Verhinderende van toezicht in het sociaal handhavingsrecht : een misdrijf in staat van ontbinding (II)", *Or.*, 1999, (140), 144-145; A. DE NAUW, "De rechten van de mens, stuwende kracht van een nieuwe golf van penalisering in het sociaal en fiscaal strafrecht", *T. Strafr.*, 2001, (216), 219-220 en 224-226; A. DE NAUW en B. BRONDERS, "De bevoegdheden van toezichtsambtenaren in de milieuwetten. Van onderzoek naar opsporing en van opsporing naar controle", *Liber Amicorum E. Krings*, 82-85; F. KÉFER, *Le droit pénal du travail*, Brugge, 1997, 197-202; W. RAUWS, "Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling", in *Sociaal Strafrecht*, (15), 57-61; Th. WERQUIN, "Droit pénal social : le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, le droit au silence et l'obstacle à la surveillance", *J.T.T.*, 2000, 81-90.

Gelet op die doorwerking kan niemand worden verplicht om onder bedreiging van strafvervolgning ten aanzien van de toezichtsambtenaren verklaringen af te leggen waardoor hij zichzelf zou beschuldigen, noch om documenten te bezorgen die dat gevolg zouden hebben, althans wanneer het gaat om documenten waarvan de overheid niet zeker is dat ze (moeten) bestaan ⁽¹⁵⁾. Het uit de aangehaalde verdragsbepalingen afgeleide zwijg- of non-incriminatierecht heeft derhalve geen betrekking op documenten die bestaan los van de wil van de betrokkene, wat onder meer het geval is indien een wettelijke verplichting bestaat om documenten op te maken en bij te houden ⁽¹⁶⁾. Weliswaar is het arrest Funke vrij algemeen gesteld, maar in latere rechtspraak heeft het Europees Hof geoordeeld dat "tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, (le droit de ne pas s'incriminer soi-même) ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect" ⁽¹⁷⁾.

Uit wat voorafgaat blijkt dat de concrete toepassing van de algemene strafbaarstelling die thans is opgenomen in artikel 24, 3/, van het toezichtsdecreet wordt begrensd door de doorwerking van het recht om zichzelf niet in beschuldiging te stellen, gegarandeerd bij de artikelen 14, 3, g), van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ⁽¹⁸⁾. De bij de toepassing van deze bepaling betrokken toezichtsambtenaren en rechtscolleges zullen met deze beperkte draagwijdte in elk geval rekening dienen te houden. Het verdient aanbeveling dit te verduidelijken in de memorie van toelichting.

⁽¹⁵⁾ Ph. BRAEKMANS, *l.c.*, 143-144; A. DE NAUW, "De rechten van de mens ...", 225; D. TORFS, *l.c.*, 454. Vgl. P. TRAEST, "Actualia strafprocesrecht", in CBR Jaarboek 1997-1998, Antwerpen, 1998, 394-395; Th. WERQUIN, *l.c.*, 89.

⁽¹⁶⁾ M.-A. BEERNAERT, "Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et ses implications en droit pénal social belge", Or., 1997, (217), 222; Ph. BRAEKMANS, *l.c.*, 147; A. DE NAUW, "De rechten van de mens ...", 225; J.-C. HEIRMAN, "L'employeur et l'inspection des lois sociales", Or., 1998, (196), 203-204; Th. WERQUIN, *l.c.*, 84-85. Zie ook Ch. VAN DEN WIJNGAERT, *Strafrecht en Strafprocesrecht*, Antwerpen, 1998, II, 664.

⁽¹⁷⁾ EHRM, 17 december 1996 Saunders, *l.c.*, ov. 69. Zie ook EHRM, 21 december 2000, Heaney en Mc Guinness, *l.c.*, ov. 40; EHRM, 3 mei 2001, J.B., *l.c.*, ov. 68.

⁽¹⁸⁾ Al is het non-incriminatierecht niet absoluut (EHRM, 8 februari 1996, Murray, *l.c.*, ov. 47; EHRM, 21 december 2000, Heaney en Mc Guinness, *l.c.*, ov. 47), toch mag nooit de essentie van dat recht worden aangetast (*ibid.*).

2. In het ontworpen artikel 24, tweede lid, van het toezichtsdecreet dient aan het einde te worden geschreven "... op de inbreuken op artikel 7, 2/, c/1)".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME