

KONINKRIJK BELGIË  
-----

ADVIES 47.084/1/V  
VAN 8 SEPTEMBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING  
VAN DE RAAD VAN STATE  
-----

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 24 juli 2009 door de Minister van KMO's en Zelfstandigen verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 21 september 2009, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot omzetting van de richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt", heeft het volgende advies gegeven:

1. 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 <sup>(1)</sup>, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

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

\*

\*   \*

### STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna: dienstenrichtlijn).

Naast de omschrijving van zijn toepassingsgebied en een aantal algemene regels (hoofdstuk I), bevat het ontwerp bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging (hoofdstuk II), de vrijheid van dienstverlening (hoofdstuk III), de kwaliteit van de diensten, informatie en transparantie (hoofdstuk IV), de geschillenbeslechting (hoofdstuk V), de administratieve samenwerking met andere EU-lidstaten (hoofdstuk VI), de vordering tot staking van bepaalde inbreuken (hoofdstuk VII), de waarschuwingsprocedure (hoofdstuk VIII), sancties (hoofdstuk IX) en ten slotte een inwerkingtredingsbepaling (hoofdstuk X).

Het voorontwerp dient te worden gezien in samenhang met een ander voorontwerp van wet om advies voorgelegd dat naar luid van zijn opschrift strekt tot aanpassing van sommige wetgevingen aan de dienstenrichtlijn, en waarover heden advies 47.083/1/V wordt verleend. Zoals uit de memorie van toelichting bij het laatstgenoemde voorontwerp van wet blijkt, is het de bedoeling om, in een verdere fase, de bepalingen van de dienstenrichtlijn met betrekking tot het enig loket te implementeren

---

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

via een wijziging van de wet van 16 januari 2003 tot oprichting van een Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen.

### BEVOEGDHEID

3. Het staat aan elk van de wetgevers om de dienstenrichtlijn met betrekking tot de eigen bevoegdheden in het interne recht om te zetten. De wet die thans in ontwerpvorm voorligt, kan derhalve enkel toepassing vinden op aangelegenheden tot regeling waarvan de federale overheid bevoegd is; het staat aan de gemeenschappen en de gewesten om de dienstenrichtlijn binnen hun eigen bevoegdheidssfeer om te zetten. Dat de ontworpen wet enkel van toepassing is op aangelegenheden die tot de federale bevoegdheidssfeer behoren, zou in artikel 3 van het ontwerp beter tot uiting moeten komen.

4. Hetgeen *sub* 3 werd opgemerkt, neemt niet weg dat de omzetting van de dienstenrichtlijn door de onderscheiden regelgevers op een gecoördineerde wijze dient te verlopen. Het sluiten van een samenwerkingsakkoord, met toepassing van artikel 92*bis*, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, ware het meest verkieslijk geweest teneinde duidelijkheid en coherentie te waarborgen, maar er is niet voor deze weg gekozen, wat de noodzaak tot onderling overleg en wederzijdse beleidsafstemming nog groter maakt.

### ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Zoals in de memorie van toelichting bij het om advies voorgelegde ontwerp van wet wordt opgemerkt, bevat de dienstenrichtlijn zeer uiteenlopende bepalingen.

Zo bevat die richtlijn een aantal bepalingen die verplichtingen bevatten ten aanzien van de dienstverrichters of die rechten toekennen aan de afnemers (bijvoorbeeld de artikelen 18 tot 21), waarvoor duidelijk een omzetting in het nationale recht vereist is; andere bepalingen ervan zijn van die aard dat zij enkel door een feitelijk handelen van de

.../...

overheidsinstanties kunnen worden uitgevoerd (zoals de verplichting tot doorlichting van vergunningsstelsels); bij andere bepalingen worden dan weer aan de nationale regelgevende instanties regels, beginselen en verbodsbepalingen opgelegd die bij de uitvaardiging van de interne regelgeving moeten worden in acht genomen, maar die als zodanig geen aanleiding geven tot (her-)formulering ervan in het nationale recht.

5.1. In het om advies voorgelegde ontwerp van wet worden een aantal bepalingen van de dienstenrichtlijn overgenomen die geen omzetting in autonome regels van nationaal recht behoeven. Zo bijvoorbeeld worden meerdere artikelen van de richtlijn hernomen, die tot de wetgever of andere regelgevende instanties gericht zijn en waarin aan deze beginselen of verbodsbepalingen worden opgelegd die zij in de door hen uit te vaardigen regelen moeten eerbiedigen. In het bijzonder komen in de hoofdstukken II (vrijheid van vestiging) en III (vrijheid van dienstverlening), naast specifieke bepalingen, meerdere bepalingen voor die vage en algemene beginselen bevatten die voornamelijk tot de bevoegde autoriteiten zijn gericht.

Strikt genomen is het hernemen van dergelijke beginselen en regels in autonome regels van nationaal recht overbodig. Indien de wetgever toch van oordeel zou zijn dat het hernemen van dergelijke richtlijnbeepalingen in een "kaderwet" verantwoord is (omwille van de suppletieve of de interpretatieve werking die aan dergelijke wettelijke voorschriften zou toekomen), dient hij zich er bewust van te zijn dat het formuleren in een nationale kaderwet van deze beginselen en verbodsbepalingen uit de dienstenrichtlijn, hem er niet van ontslaat om tijdig in de specifieke regelgeving de bepalingen te verwijderen die strijdig zouden zijn met de bepalingen van de dienstenrichtlijn of van deze kaderwet, en in het algemeen, om toepassing te maken van de bij de richtlijn voorgeschreven beginselen, door het ontwerpen van nieuwe of het herzien van bestaande wetgeving.

5.2. Het om advies voorgelegde ontwerp van wet bevat - met name in de hoofdstukken II en III - een aantal bepalingen die directe werking hebben, en die betrekking hebben op de bestaande vergunningsstelsels. De bedoeling van de stellers van het ontwerp blijkt te zijn dat deze bepalingen de bestaande regeling inzake vergunningsprocedures zouden aanvullen als "flankerende regels" in de mate dat in die procedures sommige van de in het ontwerp behandelde punten niet zouden zijn geregeld.

Het staat aan de lidstaten om de omzetting van het Europees recht uit te voeren op een manier die de regelgeving doorzichtig en coherent maakt voor de rechtssubjecten. Ter omzetting van de dienstenrichtlijn dienen de concrete verplichtingen van de rechtsonderhorigen in de verschillende specifieke vergunningsstelsels zelf te worden opgenomen, en dienen onder meer de naar aanleiding daarvan vastgestelde tekortkomingen te worden gecorrigeerd en lacunes te worden opgevuld. Het formuleren van zogenaamde "flankerende regels" voldoet niet aan de vereisten van de rechtszekerheid.

5.3. Conclusie is dan ook dat de in het om advies voorgelegde ontwerp van wet gekozen techniek van omzetting zo niet overbodig, dan toch deels onvoldoende transparant en in elk geval onvoldoende is. De gekozen techniek ontslaat de wetgever er niet van om tijdig de nodige aanpassingen en correcties aan te brengen of te doen aanbrengen in de bestaande regelgeving, telkens waar deze in strijd is met de beginselen die in de dienstenrichtlijn zijn voorgeschreven, en die de wetgever in het voorliggende ontwerp aan zichzelf beoogt op te leggen.

6. Het verdient in beginsel aanbeveling dat bij de omzetting van een richtlijn zo dicht als mogelijk wordt aangeleund bij de formulering van de bepalingen van de omgezette richtlijn.

Het is de Raad van State niet altijd duidelijk waarom in het ontwerp soms wel, soms niet, wordt afgeweken van de terminologie van de dienstenrichtlijn.

7. In een aantal bepalingen van de dienstenrichtlijn, met name in de definitievoorschriften ervan, wordt ter nadere omschrijving van welbepaalde begrippen verwezen naar onderdelen of artikelen van het EG-verdrag. In het ontwerp worden deze verwijzingen naar het EG-verdrag soms wel (bijvoorbeeld in de artikelen 2, 1/, 3, § 1, 4/ en 10/), maar in andere gevallen niet, overgenomen (vergelijk bijvoorbeeld artikel 2, 2/, van het ontwerp met artikel 4, 2), van de dienstenrichtlijn; artikel 2, 3/, van het ontwerp met artikel 4, 5), van de dienstenrichtlijn en artikel 2, 4/, van het ontwerp met artikel 4, 3), van de dienstenrichtlijn).

Wanneer in een bepaling van een richtlijn verwezen wordt naar een onderdeel of een artikel van het EG-verdrag, verdient het in algemene regel aanbeveling dat deze verwijzingen worden overgenomen, onder meer omdat zodoende duidelijk gemaakt wordt dat wordt verwezen naar specifieke concepten van Europees recht die in de rechtspraak van het Hof van Justitie nader zijn uitgewerkt.

### BIJZONDERE OPMERKINGEN

#### Artikel 1

8. Luidens artikel 1 van het ontwerp regelt de wet die thans in ontwerpvorm voorligt, een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet. Dit is evenwel niet het geval met de artikelen 41 en 49 ervan, waarbij aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel een nieuwe bevoegdheid wordt toegekend met betrekking tot de vordering tot staking. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft er reeds meermaals op gewezen dat uit de onderlinge samenhang van de artikelen 77, eerste lid, 3/, en 77, eerste lid, 9/, van de Grondwet voortvloeit dat het bepalen van de bevoegdheden van de hoven en rechtbanken een integraal bicamerale aangelegenheid is <sup>(2)</sup>.

De artikelen 41 en 49 dienen derhalve uit het ontwerp te worden gelicht en te worden opgenomen in een afzonderlijk ontwerp dat aan de volledig bicamerale procedure dient te worden onderworpen.

#### Artikel 2

9. In artikel 2, 9/, van het ontwerp wordt bij de omschrijving van het begrip "dwingende redenen van algemeen belang", gedeeltelijk de definitie overgenomen die voorkomt in artikel 4, 8), van de dienstenrichtlijn, maar met weglating van de woorden "redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie".

---

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

In de genoemde definitiebepaling dient evenwel de terminologie van de richtlijn, en met name de verwijzing naar "de erkenning door de rechtspraak van het Hof van Justitie", te worden overgenomen. Het begrip "dwingende redenen van algemeen belang" is immers een begrip dat ontwikkeld werd en geleidelijk aan gestalte kreeg in de rechtspraak van het Hof van Justitie ter nadere omschrijving van de strikte voorwaarden waaronder de lidstaten, bij ontbreken van desbetreffende communautaire wetgeving, nationale maatregelen kunnen uitvaardigen, wanneer deze de uitoefening van de bij het EG-verdrag gewaarborgde vrijheden (zoals het recht van vestiging of de vrijheid van dienstverlening) zouden kunnen beperken. Het gaat dus om een evolutief begrip, dat nog verder kan worden ontwikkeld door het Hof van Justitie. Door te verwijzen naar "de erkenning door de rechtspraak van het Hof van Justitie" heeft de Europese regelgever, in het desbetreffende definitievoorschrift van de dienstenrichtlijn, uitdrukkelijk willen verwijzen naar de evolutieve inhoud van het begrip van "dwingende redenen van algemeen belang", zoals die wordt ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Het ontwerp dient dan ook op dit punt in overeenstemming te worden gebracht met de dienstenrichtlijn.

10. In artikel 2, 6/, van het ontwerp wordt een definitie van het begrip "beoefenaar van een vrij beroep" gehanteerd die afwijkt van de definitie die aan dat begrip wordt gegeven in de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen.

Gevraagd naar de reden waarom in het ontwerp een meer beperkende definitie wordt gehanteerd, antwoordde de gemachtigde het volgende:

"Le membre de phrase «onderworpen aan een bij de wet opgericht tuchtorgaan» n'introduit pas une restriction infondée à la définition. La définition de la notion de profession libérale sert à cerner l'exclusion contenue aux dispositions relatives essentiellement au contrôle de la loi. Les professions libérales sont exclues du champ d'application de ces dispositions. Si elles ne sont soumises à aucun organe disciplinaire, il se justifie pleinement qu'elles soient soumises au régime commun.

Dès lors que les artisans ne sont pas soumis à un organe de contrôle créé par la loi, ils sont, en toute hypothèse, exclus du champ d'application.

.../...

La volonté étant de les exclure du champ d'application de la définition de profession libérale, il peut éventuellement être plus clair de les exclure également *expressis verbis*".

Die verantwoording lijkt aanvaardbaar, onder meer in het licht van de voorschriften die zijn opgenomen in de artikelen 41, derde lid, en 45, vierde lid, van het ontwerp.

11. De definitie van het begrip "recht van de sociale zekerheid", die is opgenomen in artikel 2, 12/, van het ontwerp, is vrij moeilijk leesbaar. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of die definitie niet op een meer duidelijke manier kan worden omschreven <sup>(3)</sup>.

In ieder geval is de gemachtigde het ermee eens dat de woorden "en betreffende de Kruispuntbank van de sociale zekerheid" kunnen worden weggelaten.

### Artikel 3

12. In artikel 3, § 1, 1/, van het ontwerp worden "de diensten van algemeen belang van niet-economische aard, met inbegrip van de sociale diensten die niet onder punt 11 van dit artikel vallen" uit het toepassingsgebied van de wet uitgesloten; in het genoemde punt 11 (lees: 11/) worden "sociale diensten" (zoals nader omschreven) uitgesloten, maar met toevoeging van de woorden "zonder afbreuk te doen aan hun kwalificatie als diensten van algemeen belang van niet-economische aard als bedoeld onder nummer 1/ van dit artikel of de kwalificatie als diensten van algemeen belang van economische aard".

Gevraagd naar een toelichting hieromtrent, verklaarde de gemachtigde:

"il s'agit de souligner que l'article 2.2 sous j) n'épuise pas la catégorie des services sociaux et n'empêche pas les États membres de définir d'autres services sociaux non-visés par cette disposition mais répondant à une autre qualification qui leur

---

<sup>(3)</sup> Vgl. met de omschrijving van het begrip "sociale zekerheid" die is opgenomen in artikel 2, 1/, van de wet van 11 april 1995 tot invoering van het "handvest" van de sociaal verzekerde.

permettent de fonder une autre exclusion (service d'intérêt général non-économique) ou un régime dérogatoire (service d'intérêt économique général)".

Het lijkt dus de bedoeling te zijn om duidelijk te maken dat naast de uitdrukkelijk bij artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn (uit het toepassingsgebied van die richtlijn) uitgesloten diensten, er ook andere "sociale diensten" zijn die, wanneer zij kunnen worden gekwalificeerd als "niet-economische diensten van algemeen belang", aan het toepassingsgebied van het regime van de dienstenrichtlijn kunnen worden onttrokken, of die, wanneer zij zouden kunnen worden gekwalificeerd als "diensten van algemeen economisch belang", een van de richtlijn afwijkend regime zouden kunnen genieten.

In het licht van het beginsel dat vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid omzettingsbepalingen zo dicht mogelijk dienen aan te leunen bij de formulering van de bepalingen van de omgezette richtlijn, rijst de vraag of de bedoeling van de stellers van het ontwerp niet beter kan worden bereikt door een formulering die veel dichter aanleunt bij de formulering van de dienstenrichtlijn. Zo kunnen bijvoorbeeld in artikel 3, § 1, 1/, van het ontwerp de woorden "met inbegrip van de sociale diensten die niet onder punt 11 van dit artikel vallen" vervallen, en in artikel 3, § 1, 11/, de woorden "zonder afbreuk te doen aan ..." tot "van economische aard", terwijl in de memorie van toelichting de draagwijdte van deze bepalingen kan worden verduidelijkt.

Het huidige artikel 3, § 1, 1/, is overigens ongelukkig geformuleerd daar het immers de indruk wekt dat ook "diensten van algemeen belang van economische aard" (die niet vallen onder een specifieke uitzonderingsgrond van de richtlijn) alsnog worden uitgesloten van het toepassingsgebied van de ontworpen wet, wat natuurlijk in strijd zou zijn met de richtlijn. Sociale diensten zijn immers alleen uitgesloten van het toepassingsgebied van de richtlijn indien ze beantwoorden aan de definitie van artikel 2, lid 2, j), van de richtlijn, of aan het begrip van "niet-economische diensten van algemeen belang".

13. Teneinde meer conform de in de dienstenrichtlijn gehanteerde terminologie te zijn, dienen in de Nederlandse tekst van artikel 3, § 1, 3/, van het ontwerp de woorden "de levering van" te worden geschrapt en in de Franse tekst van die bepaling de woorden "de la fourniture de réseaux et de services" vervangen te worden door "des réseaux et services". In de Nederlandse tekst van artikel 3, § 1, 10/, van het ontwerp dient het woord "werkzaamheden" te worden vervangen door het woord "activiteiten".

14. In artikel 3, § 1, 11/, van het ontwerp dient bij de omschrijving van de uit de toepassing van de wet uitgesloten "sociale diensten", de formulering van artikel 2, lid 2, j), van de dienstenrichtlijn op een meer precieze wijze te worden overgenomen. In het bijzonder vormen de termen "die worden verleend door de federale Staat" (artikel 3, § 1, 11/, *in fine*, van het ontwerp) een onvoldoende precieze omzetting van de dienstenrichtlijn en dienen ze te worden vervangen door de in de dienstenrichtlijn gehanteerde terminologie, waar gewag wordt gemaakt van diensten "die worden verleend door de staat, door dienstverrichters die hiervoor een opdracht hebben of een mandaat gekregen van de staat, of door liefdadigheidsinstellingen die als zodanig door de staat zijn erkend".

15. In artikel 1, lid 6, van de dienstenrichtlijn wordt bepaald dat deze het arbeidsrecht onverlet laat. In het corresponderende artikel 3, § 2, 2/, van het ontwerp wordt bepaald dat de wet die thans in ontwerpvorm voorligt, niet van toepassing is op "het arbeidsrecht dat van toepassing is op de dienstverlener in België die gevestigd is in een andere lidstaat van de Europese Unie".

Daargelaten de vaststelling dat deze formulering onduidelijk is, dient te worden opgemerkt dat de toevoeging dat het moet gaan om een uitsluiting van een dienstverlening die in België wordt geleverd door een in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener, niet voorkomt in de dienstenrichtlijn, zodat zij tot dubbelzinnigheid aanleiding kan geven. Ze dient dan ook te worden weggelaten.

16. De toevoeging "voor zover zij richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten omzet", in artikel 3, § 3, 2/, van het ontwerp, kan aanleiding geven tot rechtsonzekerheid. Er dient te worden nagegaan of niet met meer precisie kan worden aangegeven om welke bepalingen van de erin vermelde wet van 30 maart 1995 het gaat.

#### Artikel 4

17. In het eerste lid van artikel 4 van het ontwerp worden de voorwaarden opgesomd waaraan een vergunning voor vestiging moet voldoen. Luidens het tweede lid van dit artikel is het eerste lid ervan niet van toepassing op de vergunningsstelsels die de toegang tot of de uitoefening van een gereguleerd beroep afhankelijk maken van bepaalde kwalificaties en op specifieke bepalingen die vereisen dat een bepaalde activiteit wordt voorbehouden aan een bepaald beroep.

In de mate dat met het genoemde tweede lid wordt verwezen naar hetgeen geregeld wordt in richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties, bevat dit lid een loutere toepassing van artikel 4, derde lid, van het ontwerp en is het overbodig.

In zoverre dat lid betrekking heeft op "specifieke bepalingen", is het niet duidelijk welke andere bepalingen worden bedoeld. De stellers van het ontwerp dienen de nodige verduidelijking aan te brengen en te beoordelen of artikel 4, tweede lid, op dit vlak wel in overeenstemming te brengen valt met het Europese gemeenschapsrecht.

#### Artikel 11

18. Omwille van de duidelijkheid schrappe men de eerste zin van artikel 11, derde lid, van het ontwerp en voege men het woord "vereiste" in artikel 11, tweede lid, ervan toe vóór de woorden "bijkomende documenten" en vervange men in de Nederlandse tekst de woorden "binnen dewelke" door "waarna".

19. Een verwijzing naar de formele motiveringsplicht, zoals in artikel 11, derde lid, derde zin, en vierde lid, van het ontwerp is tegelijk overbodig en misleidend. Zij is overbodig omdat administratieve beslissingen met individuele draagwijdte steeds onder de toepassing vallen van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de verplichting tot formele motivering reeds uit die wet voortvloeit. Zij is misleidend omdat dergelijke bepaling de indruk wekt dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zulks uitdrukkelijk wordt voorgeschreven in een specifieke wettekst.

In de derde zin van artikel 11, derde lid, van het ontwerp dienen derhalve de woorden "formeel gemotiveerd en" te vervallen, terwijl artikel 11, vierde lid, ervan in zijn geheel dient te worden weggelaten.

### Artikel 15

20. In artikel 16, lid 1, derde alinea, b), van de dienstenrichtlijn wordt aan het noodzakelijkheidsvereiste waaraan eisen voor de toegang en de uitoefening van een dienstenactiviteit moeten voldoen, een welbepaalde en beperkende omschrijving gegeven (de eisen moeten gerechtvaardigd zijn om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid of de bescherming van het leefmilieu).

Het verdient aanbeveling dat deze beperkende omschrijving die aan het begrip "noodzakelijkheid" wordt gegeven, wordt hernomen in artikel 15 van het ontwerp.

21. In artikel 15, § 1, van het ontwerp vervange men het woord "discriminatieverbod" door het woord "niet-discriminatie".

### Artikel 16

22. In artikel 16, 8/<sup>(4)</sup>, van het ontwerp worden de woorden "aangelegenheden die vallen onder" best vervangen door de woorden "administratieve formaliteiten bedoeld in".

---

<sup>(4)</sup> Nu artikel 16 van het ontwerp niet is onderverdeeld in paragrafen, schrappe men de vermelding "§ 1" voor de inleidende zin van dit artikel.

### Artikel 18

23. De woorden "Zonder afbreuk te doen aan andere wettelijke en reglementaire informatievoorschriften," in de inleidende zin van artikel 18, § 1 <sup>(5)</sup>, van het ontwerp overlappen met het bepaalde in artikel 22 van het ontwerp en kunnen bijgevolg worden geschrapt.

24. De woorden "Met inbegrip van zijn eventueel e-mailadres" in artikel 18, 4/, van het ontwerp stemmen niet geheel overeen met de in de dienstenrichtlijn gebruikte terminologie, waar de termen "eventueel langs elektronische weg" worden gehanteerd (artikel 22, lid 1, a)). Het verdient aanbeveling om de genoemde bepaling van het ontwerp in overeenstemming te brengen met de genoemde bepaling uit de dienstenrichtlijn.

### Artikel 19

25. In de inleidende zin van artikel 19 van het ontwerp dient te worden gespecificeerd dat de verwijzing naar artikel 18, paragraaf 1 van dat artikel betreft.

### Artikel 20

26. Het bepaalde in 5/ van artikel 20 van het ontwerp hoort niet thuis in dit artikel, dat immers informatie betreft die aan de afnemer moet worden verstrekt op zijn verzoek. In artikel 27, lid 4, van de richtlijn wordt immers voorzien in een verplichting van de dienstverrichter tot het verstrekken van de genoemde informatie, ook buiten enig verzoek vanwege de afnemer.

Artikel 20, 5/, van het ontwerp dient bijgevolg te worden geschrapt. De bepaling van artikel 27, lid 4, van de richtlijn wordt overigens omgezet bij artikel 27 van het ontwerp.

---

<sup>(5)</sup> Vóór het begin van de tekst van het artikel dient nog de vermelding "§ 1" te worden aangebracht.

### Artikelen 23 en 24

27. De artikelen 23 en 24 worden in het ontwerp opgenomen *in fine* van het hoofdstuk dat betrekking heeft op "kwaliteit van de diensten, informatie en transparantie". Zij horen daar evenwel niet thuis. De genoemde artikelen 23 en 24 zetten respectievelijk de artikelen 19 en 20 van de dienstenrichtlijn om, die aldaar opgenomen zijn in een afdeling over "verboden bepalingen".

### Artikel 29

28. Het verdient aanbeveling artikel 29, § 2, tweede lid, van het ontwerp beter in overeenstemming te brengen met het corresponderende artikel 29, lid 2, laatste zin, van de dienstenrichtlijn.

### Artikel 30

29. In artikel 30, § 1, van het ontwerp, dat strekt tot omzetting van artikel 33 van de dienstenrichtlijn, wordt in het eerste lid gewag gemaakt van de mededeling van tuchtrechtelijke en administratieve sancties en in het tweede lid van strafrechtelijke sancties "van professionele aard". Het verdient aanbeveling deze woorden te vervangen door een terminologie die dichter aanleunt bij deze van artikel 33, lid 1, van de dienstenrichtlijn, waar gewag wordt gemaakt van sancties "die rechtstreeks van betekenis zijn voor de bekwaamheid of de professionele betrouwbaarheid van de dienstverrichter".

30. In artikel 30, § 1, van het ontwerp wordt telkens bepaald dat de genoemde sancties meegedeeld worden "(voor zover) ze niet meer voor verhaal vatbaar zijn". Ook hier is de terminologie van de dienstenrichtlijn anders (in artikel 33, lid 2, eerste alinea, ervan wordt gewag gemaakt van "definitieve" beslissingen), en ook meer genuanceerd (zie artikel 33, lid 2, eerste alinea, laatste zin, ervan).

31. De laatste zin van artikel 30, § 1, tweede lid, van het ontwerp wordt best in een afzonderlijk derde lid opgenomen.

32. Luidens artikel 30, § 2, tweede lid, van het ontwerp kan de Koning de erin opgesomde elementen regelen bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, en na advies van de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer. Al worden een aantal elementen van de gegevensmededeling reeds in het ontwerp geregeld, moet toch worden nagegaan of er niet meer elementen van de regeling in het ontwerp dienen te worden opgenomen gelet op het in artikel 22 van de Grondwet vervatte legaliteitsbeginsel, op grond waarvan de wetgever op het vlak van beperkingen van het recht op privé-leven in beginsel zelf dient op te treden en delegaties op dit vlak in beginsel (zie opmerking 33) slechts toelaatbaar zijn wanneer ze voldoende nauwkeurig zijn omschreven en betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld <sup>(6)</sup>.

### Artikel 33

33. Luidens artikel 33, eerste lid, van het ontwerp kan de bevoegde autoriteit van een andere lidstaat toegang verkrijgen tot "de registers die toegankelijk zijn voor de bevoegde Belgische autoriteiten" <sup>(7)</sup> volgens de "modaliteiten" (lees: nadere regels) bepaald door de Koning. Luidens artikel 33, tweede lid, van het ontwerp kan de Koning daartoe, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, elke wettelijke bepaling aanpassen gedurende twee jaar, te rekenen vanaf de inwerkingtreding van de wet die thans in ontwerpvorm voorligt, terwijl luidens artikel 33, derde lid, van het ontwerp de aldus genomen koninklijke besluiten die niet bij wet worden bekrachtigd binnen vijftien maanden na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, geen uitwerking hebben.

---

<sup>(6)</sup> Zie o.m. Grondwettelijk Hof, nr. 202/2004, 21 december 2004, B.4.3, B.6.1 en B.6.2; Grondwettelijk Hof, nr. 94/2006, 14 juni 2006, B.18 tot B.20; Grondwettelijk Hof, nr. 95/2008, 26 juni 2008, B.42.

<sup>(7)</sup> Het gaat om registers waarin de betrokken dienstverleners zijn ingeschreven, wat dient te worden gespecificeerd.

Aangezien het gaat om de toegang tot persoonsgegevens, heeft de aan de Koning verleende delegatie betrekking op een door de Grondwet aan de wet voorbehouden aangelegenheid (artikel 22 van de Grondwet), en nu alle wettelijke bepalingen betreffende de bedoelde registratie in aanmerking komen om te worden aangepast, kan de delegatie ook betrekking hebben op essentiële bestanddelen van de regeling. In dit verband dient te worden herinnerd aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat een delegatie op dit vlak in principe ongrondwettig is <sup>(8)</sup>.

Nochtans acht het Grondwettelijk Hof niet elke delegatie terzake ontoelaatbaar. Behoudens wanneer de delegatie van bevoegdheid verantwoord kan worden doordat de werkelijke draagwijdte ervan beperkt is, bijvoorbeeld omdat ze het slechts mogelijk maakt om verplichtingen die zonder meer uit het internationale recht voortvloeien <sup>(9)</sup> in de interne rechtsorde om te zetten of uit te voeren <sup>(10)</sup>, kan worden aanvaard dat, wanneer de wetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf alle essentiële elementen van de regeling vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet ertoe in staat zou stellen met de vereiste spoed te handelen om een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken, hij de Koning ertoe machtigt zulks te doen, op voorwaarde dat die machtiging uitdrukkelijk en ondubbelzinnig is en dat de door de Koning genomen maatregelen door de wetgevende macht worden onderzocht binnen een relatief korte termijn, vastgesteld in de machtigingswet <sup>(11)</sup>. In sommige arresten wordt daaraan nog toegevoegd dat moet worden bepaald dat bij ontstentenis van bekrachtiging de genomen besluiten moeten worden

---

<sup>(8)</sup> Zie bijv. Grondwettelijk Hof, nr. 32/2007, 21 februari 2007, B.6; Grondwettelijk Hof, nr. 131/2007, 17 oktober 2007, B.3 en Grondwettelijk Hof, nr. 54/2008, 13 maart 2008, B.11.

<sup>(9)</sup> Derhalve zonder dat er voor de nationale overheden enige appreciatiebevoegdheid bestaat.

<sup>(10)</sup> Het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat een te late bekrachtiging in zulk een geval geen schending uitmaakt van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie (Grondwettelijk Hof, nr. 60/2002, 28 maart 2002, B.2.5).

<sup>(11)</sup> Zie o.m. Grondwettelijk Hof, nr. 88/2004, 19 mei 2004, B.7.2; Grondwettelijk Hof, nr. 143/2005, 21 september 2005, B.3.2 en Grondwettelijk Hof, nr. 186/2005, 14 december 2005, B.7.2.

geacht nooit uitwerking te hebben gehad <sup>(12)</sup>, maar het is niet duidelijk of, en zo ja in welke mate, die voorwaarde nog geldt <sup>(13)</sup>.

Te dezen kan eraan worden getwijfeld of wel aan al deze voorwaarden is voldaan, met name aan de eerste voorwaarde. Weliswaar dient de dienstenrichtlijn te zijn omgezet vóór 28 december 2009, wat de noodzaak tot een snel optreden staft, maar er moet worden vastgesteld dat de aan de Koning verleende machten gelden gedurende een periode van twee jaar, te rekenen van de inwerkingtreding van de wet die thans in ontwerpvorm voorligt. Door dit gegeven wordt ontkracht dat het volgen van de parlementaire procedure eraan in de weg zou staan de gestelde doelstelling van algemeen belang te bereiken.

Artikel 33 van het ontwerp kan dan ook niet behouden blijven, althans niet in zijn huidige vorm.

### Artikel 39

34. Luidens artikel 39, § 2, tweede lid, 2/, van het ontwerp moet de Belgische autoriteit aantonen dat de erin bedoelde maatregelen de afnemer beter beschermen dan de maatregelen die de lidstaat van vestiging heeft genomen of zou nemen, terwijl artikel 35, lid 3, b), van de dienstenrichtlijn bepaalt dat de lidstaat moet aantonen waarom de door hem beoogde maatregelen voldoen aan de in artikel 18 bedoelde voorwaarden (waarvan deze opgenomen in artikel 39, § 2, tweede lid, 2/, van het ontwerp slechts één van de vier vereisten is).

Hieromtrent om nadere toelichting gevraagd, stelde de gemachtigde de volgende alternatieve formulering voor:

---

<sup>(12)</sup> Grondwettelijk Hof, nr. 18/98, 18 februari 1998, B.9; Grondwettelijk Hof, nr. 195/2004, 1 december 2004, B.16.3; zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 32/2000, 21 maart 2000, B.7.7 en Grondwettelijk Hof, nr. 53/2003, 30 april 2003, B.3.4.

<sup>(13)</sup> Zie J. THEUNIS, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel. Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof", *TFR* 2006, (79) 96.

"2/ les raisons pour lesquelles les mesures envisagées respectent les conditions prévues à l'article 17, § 1<sup>er</sup>".

Met dit voorstel kan worden ingestemd.

#### Artikel 44

35. In artikel 44, zevende en achtste lid, van het ontwerp moet worden gespecificeerd dat met "de Minister" de minister, bevoegd voor economie, wordt bedoeld.

#### Artikel 45

36. In de Nederlandse tekst van artikel 45, derde lid, 3/, van het ontwerp dienen de woorden "of de met toepassing van artikel xx" te vervallen.

#### Artikel 47

37. Luidens artikel 47, § 1, van het ontwerp hebben de processen-verbaal die door de in die bepaling bedoelde ambtenaren worden opgesteld, bewijskracht tot het tegendeel is bewezen.

Het Grondwettelijk Hof heeft erop gewezen dat zulk een regel een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element, zodat het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit op een redelijke verantwoording dient te berusten en het de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze mag beperken <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Grondwettelijk Hof, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.14.1 en Grondwettelijk Hof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.12.1.

38. In artikel 47, § 1, van het ontwerp wordt, in tegenstelling tot wat in sommige bijzondere wetten is bepaald, niet voorzien in een sanctie voor het geval dat het afschrift van het erin bedoelde proces-verbaal niet binnen dertig dagen aan de overtreder bij ter post aangetekende brief wordt betekend of hem 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 <sup>(15)</sup>.

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.

39. Luidens artikel 47, § 2, 1/, van het ontwerp mogen de met opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren als bedoeld in artikel 47, § 1, ervan "binnentreden tijdens de gewone openings- of werkuren in de lokalen en vertrekken waartoe zij voor het vervullen van hun opdracht toegang moeten hebben". Het binnentreden in "bewoonde lokalen", is evenwel slechts toegestaan mits machtiging van de rechter in de politierechtbank, onder de in artikel 47, § 2, 4/, van het ontwerp opgenomen voorwaarden.

In dit verband moet erop worden gewezen dat het recht op eerbiediging van de woning wordt gewaarborgd, niet alleen door artikel 15 van de Grondwet, maar ook door artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en door artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip "woning" in de zin van artikel 8 van het Europees

---

<sup>(15)</sup> A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht?", in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Antwerpen, 1994, 501; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", RW 1980-81, 1374.

Verdrag ruim moet worden opgevat en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen <sup>(16)</sup>.

Bovendien heeft het Grondwettelijk Hof erop gewezen dat "het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, (...) een essentiële waarborg (lijkt) te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8(, lid 1,) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" <sup>(17)</sup>. Uit deze vaststelling leidt het Hof af dat afwijkingen op die regel slechts uitzonderlijk kunnen zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben.

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

40. Luidens artikel 47, § 2, 3/, van het ontwerp kan de betrokken ambtenaar beslag leggen op de erin vermelde documenten, stukken of boeken. Bij ontstentenis van een bevestiging door het openbaar ministerie binnen vijftien dagen is het beslag van rechtswege opgeheven. Minstens in de memorie van toelichting zou moeten worden aangegeven dat die bepaling geen afbreuk doet aan de toepassing van artikel 28sexies van het Wetboek van Strafvordering.

---

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

<sup>(17)</sup> Grondwettelijk Hof, nr. 140/98, 16 december 1998, B.1. Het ontwerp voorziet reeds met betrekking tot bewoonde lokalen in het optreden van de politierechter. Er mag aangenomen worden dat het, vanuit het oogpunt van het recht op eerbiediging van de woning, niet uitmaakt of de bevoegde rechter de onderzoeksrechter dan wel de politierechter is.

41. Het spreekt voor zich dat de hiërarchische meerderen van in bijzondere wetten aangewezen opsporingsambtenaren geen afbreuk kunnen doen aan het toezicht dat de procureur-generaal of eventueel de federale procureur op het vlak van de opsporing en de vaststelling van misdrijven op die ambtenaren uitoefenen. Een inmenging vanwege ambtenaren bij de uitoefening van dat toezicht is immers onbestaanbaar met de door artikel 151, § 1, tweede volzin, van de Grondwet gewaarborgde onafhankelijkheid van het openbaar ministerie <sup>(18)</sup> bij de individuele opsporing en vervolging.

Aangezien de zinsnede "onverminderd hun ondergeschiktheid aan hun meerderen in het bestuur", in artikel 47, § 4, van het ontwerp dubbelzinnigheid zou kunnen doen ontstaan omtrent de zo-even in herinnering gebrachte beginselen, kan die zinsnede beter vervallen.

42. Luidens artikel 47, § 5, van het ontwerp wordt het proces-verbaal pas toegezonden aan de procureur des Konings, wanneer aan de waarschuwingsprocedure geen gevolg is gegeven of wanneer de overtreder het gedane voorstel van minnelijke schikking niet heeft aanvaard.

Die bepaling wijkt af van artikel 29, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, naar luid waarvan "iedere gestelde overheid, ieder openbaar officier of ambtenaar die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of van een wanbedrijf, (...) verplicht (is) daarvan dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings bij de rechtbank binnen wier rechtsgebied die misdaad of dat wanbedrijf is gepleegd of de verdachte zou kunnen worden gevonden, en aan die magistraat alle desbetreffende inlichtingen, processen-verbaal en akten te doen toekomen".

Vraag is of hiertoe een voldoende verantwoording voorhanden is. In dit verband wordt mede verwezen naar opmerking 44.

---

<sup>(18)</sup> Zie hieromtrent Grondwettelijk Hof, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.24.1. en Grondwettelijk Hof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.23.1.

43. In artikel 47, § 5, tweede lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 48 in plaats van naar artikel 45.

#### Artikel 48

44. Artikel 48, eerste lid, van het ontwerp bepaalt dat de hiertoe door de bevoegde minister aangestelde ambtenaren, in het licht van de door de in artikel 47 van het ontwerp bedoelde ambtenaren opgestelde processen-verbaal waarin een inbreuk op de bepalingen bedoeld in de artikelen 18 tot 21 en 24 tot 27 is vastgesteld, aan de overtreders een som kunnen voorstellen waarvan de betaling de strafvordering doet vervallen.

De voor het voorstellen van een minnelijke schikking bevoegde ambtenaren vermogen, behoudens in geval van een van tevoren aan de procureur des Konings gerichte klacht, een door de onderzoeksrechter ingesteld onderzoek of indien de zaak reeds bij de rechtbank aanhangig werd gemaakt, te beschikken over de strafvordering, aangezien de aanvaarding door de overtreder van de minnelijke schikking de strafvordering doet vervallen.

Aldus wordt het openbaar ministerie "de pas afgesneden" <sup>(19)</sup> doordat hem zijn bevoegdheid om te oordelen over het al dan niet instellen van de strafvordering wordt ontnomen en zonder enige vorm van controle van zijnentwege <sup>(20)</sup> in handen wordt gelegd van ambtenaren <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> J. MATTHIJS, "Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", *RW* 1975-76, 340; zie ook R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Mechelen, 2007, p. 92, nr. 153 en J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépenalisation", *RDP* 1978, (807) 833-837.

<sup>(20)</sup> H. BOSLY, "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", *RDP* 1983, (27) 47.

<sup>(21)</sup> De ambtenaren bedoeld in artikel 48 van het ontwerp zijn niet onder het toezicht van het openbaar ministerie geplaatst.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, is zich er van bewust dat de wetgever in het verleden nog bepalingen met een gelijke strekking heeft ingevoerd <sup>(22)</sup>. Niettemin meent hij opnieuw te moeten opmerken dat zulke bepalingen moeilijk in overeenstemming te brengen zijn met de algemene beginselen die het optreden van het openbaar ministerie beheersen. Reeds in haar advies 11.461/1 heeft de afdeling Wetgeving erop gewezen dat ambtenaren, in tegenstelling tot de magistraten van het openbaar ministerie, niet als onafhankelijk van het hiërarchische gezag van de minister kunnen worden beschouwd <sup>(23)</sup>.

In onder meer advies 24.896/8 <sup>(24)</sup> merkte de afdeling Wetgeving het volgende op:

"Zoals de Raad van State het in zijn (...) advies L. 16.350/1 van 16 januari 1985 heeft laten verstaan, 'valt het op' (en is het dus ongewoon) dat een ambtenaar van het actief bestuur de bevoegdheid krijgt een minnelijke schikking voor te stellen waardoor de strafvordering vervalt. In vroegere adviezen, onder meer de adviezen L. 13.883/1 en L. 13.934/1 (...), had de Raad van State erop gewezen dat, naar luid van artikel 138 van het Gerechtelijk Wetboek, de vordering van de toepassing van de strafwet aan het openbaar ministerie toekomt. Indien een bestuursambtenaar bij middel van een minnelijke schikking de strafvordering kan verhinderen of doen vervallen, dan wordt die bevoegdheid van het openbaar ministerie, wat de betrokken strafbare feiten betreft, beknot. Het bestuur treedt dan in de plaats van de rechterlijke macht en dan worden, meer algemeen gesteld, de opdrachten van het bestuur en die van de parketten, andermaal wat de betrokken feiten betreft, gelijkgeschakeld. Dit stemt niet overeen met de bevoegdheidsverdeling die kenmerkend is voor een staatssysteem zoals het onze, waar aanvaard wordt dat de leden van de parketten bij de rechtbanken en hoven optreden als leden van de rechterlijke macht en niet als ambtenaren van het bestuur" <sup>(25)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Zie, onder meer, artikel 84 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, artikel 116 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument en artikel 13, § 3, van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten.

<sup>(23)</sup> Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, 1994.

<sup>(24)</sup> Advies 24.896/8 van 21 mei 1996 over een voorontwerp van wet "houdende diverse bepalingen betreffende de veterinaire keuring" (*Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 782/1, 23).

<sup>(25)</sup> Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *o.c.*, 53 en 55.

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

Gelet op de zo-even uiteengezette bezwaren, wordt ter overweging gegeven een systeem in te voeren waarbij de bevoegde ambtenaren een minnelijke schikking kunnen voorstellen, doch enkel nadat het openbaar ministerie de kans heeft gekregen om binnen een bepaalde termijn te beslissen dat er, de ernst van het misdrijf of de omstandigheden waarin het is gepleegd in acht genomen, geen aanleiding is om de betrokkene strafrechtelijk te vervolgen <sup>(26)</sup>.

45. In artikel 48, derde lid, van het ontwerp dient te worden verwezen naar artikel 46 in plaats van naar artikel 41.

#### Slotopmerking

46. Het ontwerp behoeft nog een nazicht op wetgevingstechnisch <sup>(27)</sup> en taalkundig vlak.

-----

---

<sup>(26)</sup> Vgl. met het systeem dat in het sociaal strafrecht geldt inzake administratieve geldboeten (artikelen 5 en 7 van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten).

<sup>(27)</sup> Bij voorbeeld op het vlak van de onderverdeling van de artikelen of onderdelen ervan.

De kamer was samengesteld uit

|          |                  |                                     |
|----------|------------------|-------------------------------------|
| de Heren | J. SMETS,        | staatsraad, voorzitter,             |
|          | B. SEUTIN,       |                                     |
|          | E. BREWAEYS,     | staatsraden,                        |
|          | H. COUSY,        | assessor van de afdeling Wetgeving, |
| Mevrouw  | G. VERBERCKMOES, | griffier.                           |

Het verslag werd uitgebracht door de H. D. VAN EECKHOUTTE, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

J. SMETS

ROYAUME DE BELGIQUE

-----

AVIS 47.084/1/V  
DU 8 SEPTEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION  
DU CONSEIL D'ÉTAT

-----

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par la Ministre des PME et des Indépendants, le 24 juillet 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 21 septembre 2009, sur un avant-projet de loi "transposant la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur", a donné l'avis suivant:

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique <sup>(1)</sup> et l'accomplissement des formalités prescrites.

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

\*

\*   \*

### PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis entend transposer partiellement 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).

Outre une définition de son champ d'application et un certain nombre de règles générales (chapitre premier), l'avant-projet comporte des dispositions relatives à la liberté d'établissement (chapitre II), à la liberté de prestation de services (chapitre III), à la qualité des services, à l'information et à la transparence (chapitre IV), au règlement des litiges (chapitre V), à la coopération administrative avec les autres États membres (chapitre VI), à l'action en cessation d'infractions déterminées (chapitre VII), à la procédure d'avertissement (chapitre VIII), aux sanctions pénales (chapitre IX) et enfin une disposition d'entrée en vigueur (chapitre X).

L'avant-projet doit se lire parallèlement à un autre avant-projet de loi soumis pour avis qui selon son intitulé, entend adapter certaines législations à la directive services, et sur lequel est donné ce jour l'avis 47.083/1/V. Selon l'exposé des motifs de ce dernier avant-projet de loi, l'intention est de mettre en oeuvre, lors d'une étape ultérieure, les dispositions de la directive services relatives au guichet unique par la voie d'une modification de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions.

---

<sup>(1)</sup> S'agissant d'un avant-projet de loi, l'on entend par fondement juridique la conformité aux normes juridiques supérieures.

### COMPÉTENCE

3. Il appartient à chaque législateur de transposer la directive services en droit interne pour ce qui concerne ses propres compétences. Par conséquent, la loi dont le projet est actuellement à l'examen ne peut s'appliquer qu'aux matières que l'autorité fédérale est habilitée à réglementer; il appartient aux communautés et aux régions de transposer la directive services dans les limites de leurs compétences. L'article 3 du projet devrait exprimer plus clairement que la loi en projet ne s'applique qu'aux matières relevant des compétences fédérales.

4. L'observation faite au point 3 n'empêche pas que la transposition de la directive services par les différents législateurs doit intervenir de manière coordonnée. Afin de garantir clarté et cohérence, il aurait été préférable de conclure un accord de coopération en application de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, mais cette option n'a pas été retenue, ce qui renforce la nécessité de concertation mutuelle et de d'harmonisation réciproque des politiques.

### OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. Comme l'observe l'exposé des motifs du projet de loi soumis pour avis, la directive services contient des dispositions de natures fort différentes.

Ainsi, cette directive contient un certain nombre de dispositions comportant des obligations à l'égard de prestataires de services ou conférant des droits à des destinataires (par exemple les articles 18 à 21) et qui exigent manifestement d'être transposées en droit interne; d'autres dispositions de la directive sont de telle nature que seule une intervention de fait des autorités publiques peut les exécuter (comme l'obligation de passer en revue les régimes d'autorisation); d'autres dispositions encore imposent aux autorités réglementaires nationales des règles, des principes et des interdictions dont elles doivent tenir compte lors de l'adoption de la réglementation interne, mais qui ne doivent pas en soi être formulées ou reformulées dans le droit national.

5.1. Le projet de loi soumis pour avis reproduit un certain nombre de dispositions de la directive services qui ne requièrent pas de transposition dans des règles

.../...

autonomes de droit national. Ainsi, le projet reproduit par exemple plusieurs articles de la directive destinés au législateur ou à d'autres autorités réglementaires et imposant à ces derniers des principes ou des interdictions qu'ils doivent respecter lorsqu'ils édictent des règles. Plus précisément, les chapitres II (liberté d'établissement) et III (liberté de prestation de services) comportent, outre des dispositions spécifiques, plusieurs dispositions comprenant des principes flous et généraux principalement destinés aux autorités compétentes.

À proprement parler, il est superflu de reproduire de tels règles et principes dans des règles autonomes de droit national. Si le législateur devait néanmoins estimer qu'il se justifie de reproduire pareilles dispositions de la directive dans une "loi-cadre" (en raison de l'effet supplétif ou interprétatif qui s'attacherait à pareilles prescriptions légales), il devrait être conscient que formuler ces principes et interdictions émanant de la directive services dans une loi-cadre nationale ne le dispense pas d'expurger dans les délais les lois particulières des dispositions qui seraient contraires à celles de la directive services ou de cette loi cadre et, de manière générale, de faire application des principes prescrits par la directive en élaborant une nouvelle législation ou en révisant l'ancienne.

5.2. Le projet de loi soumis pour avis contient - notamment aux chapitres II et III - un certain nombre de dispositions ayant un effet direct et qui ont trait aux régimes d'autorisation existants. Il semble que l'intention des auteurs du projet soit que ces dispositions complètent le régime existant en matière de procédures d'autorisation à titre de règles "de nature supplétive" dans la mesure où ces procédures ne régleraient pas certains points abordés dans le projet.

Il appartient aux États membres d'effectuer la transposition du droit européen d'une manière rendant les normes transparentes et cohérentes pour les justiciables. Pour transposer la directive services, les obligations concrètes de ces derniers doivent être inscrites dans les différents régimes d'autorisation spécifiques mêmes, en veillant notamment à corriger les défauts constatés à cette occasion et à remédier aux lacunes. Formuler des règles "de nature supplétive" ne satisfait pas aux exigences de la sécurité juridique.

5.3. En conclusion, la technique de transposition choisie dans le projet de loi soumis pour avis, est sinon superflue, en tout cas pour partie insuffisamment transparente et en toute hypothèse insuffisante. Elle ne dispense pas le législateur d'apporter ou de faire apporter dans les délais les adaptations et corrections nécessaires à la législation existante

chaque fois que cette dernière s'avère contraire aux principes prescrits par la directive services et auxquels le législateur entend s'astreindre dans le projet à l'examen.

6. Lors de la transposition d'une directive, il est en principe recommandé de s'en tenir le plus possible à la formulation des dispositions de la directive transposée.

Le Conseil d'État n'aperçoit pas toujours pourquoi le projet tantôt s'écarte de la terminologie de la directive services, tantôt la respecte.

7. Un certain nombre de dispositions de la directive services, à savoir ses définitions, renvoient à des subdivisions ou à des articles du traité CE pour définir des notions déterminées. Dans certains cas, le projet fait siens ces renvois de la directive services au traité CE (par exemple aux articles 2, 1/, 3, § 1<sup>er</sup>, 4/ et 10/), alors que dans d'autres, il s'en abstient (comparer, par exemple, l'article 2, 2/, du projet avec l'article 4, 2), de la directive services; l'article 2, 3/, du projet avec l'article 4, 5), de la directive services et l'article 2, 4/, du projet avec l'article 4, 3), de la directive services).

En général, lorsqu'une disposition d'une directive renvoie à une subdivision ou un article du traité CE, il est recommandé de reproduire ce renvoi, notamment parce qu'il est précisé aussi qu'il est fait référence à des concepts spécifiques du droit européen développés par la jurisprudence de la Cour de justice.

### OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

#### Article 1<sup>er</sup>

8. Selon l'article 1<sup>er</sup> du projet, la loi dont le projet est actuellement à l'examen, règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution. Ce n'est cependant pas le cas de ses articles 41 à 49, qui attribuent au président du tribunal de commerce une nouvelle compétence relative à l'action en cessation. Le Conseil d'État, section de législation, a déjà relevé à plusieurs reprises qu'il résulte du rapprochement des articles 77, alinéa 1<sup>er</sup>, 3/, et

77, alinéa 1<sup>er</sup>, 9/, de la Constitution, que la détermination de la compétence des cours et tribunaux est une matière intégralement bicamérale <sup>(2)</sup>.

Les articles 41 et 49 seront par conséquent distraits du projet et inscrits dans un projet distinct qui sera soumis à la procédure bicamérale intégrale.

### Article 2

9. À l'article 2, 9/, du projet, la définition de la notion de "raisons impérieuses d'intérêt général" reproduit partiellement la définition figurant à l'article 4, 8), de la directive services, mais en omettant les mots "des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice".

La définition précitée doit cependant reproduire la terminologie de la directive et notamment la référence à "la reconnaissance par la jurisprudence de la Cour de justice". En effet, celle-ci a développé la notion de "raisons impérieuses d'intérêt général" et lui a progressivement donné corps afin de préciser les conditions strictes auxquelles les États membres, à défaut de législation communautaire à cet égard, peuvent prendre des mesures nationales lorsque ces dernières pourraient limiter l'exercice des libertés garanties par le traité CE (comme le droit d'établissement ou la libre prestation de services). Il s'agit donc d'une notion évolutive que la Cour de justice peut encore affiner. En faisant référence dans la définition en question de la directive services à "(la reconnaissance) par la jurisprudence de la Cour de justice", le législateur européen a expressément voulu faire référence au contenu évolutif de la notion de "raisons impérieuses d'intérêt général" telle qu'elle est développée par la jurisprudence de la Cour de justice.

Le projet devra dès lors s'aligner sur ce point sur la directive services.

10. L'article 2, 6/, du projet, recourt à une définition de la notion de "titulaire d'une profession libérale" qui s'écarte de la définition que donne de cette notion la loi du

---

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

2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.

Interrogé sur la question de savoir pourquoi le projet emploie une définition plus restrictive, le délégué a répondu ce qui suit:

"Le membre de phrase «onderworpen aan een bij de wet opgericht tuchtorgaan» n'introduit pas une restriction infondée à la définition. La définition de la notion de profession libérale sert à cerner l'exclusion contenue aux dispositions relatives essentiellement au contrôle de la loi. Les professions libérales sont exclues du champ d'application de ces dispositions. Si elles ne sont soumises à aucun organe disciplinaire, il se justifie pleinement qu'elles soient soumises au régime commun.

Dès lors que les artisans ne sont pas soumis à un organe de contrôle créé par la loi, ils sont, en toute hypothèse, exclus du champ d'application.

La volonté étant de les exclure du champ d'application de la définition de profession libérale, il peut éventuellement être plus clair de les exclure également *expressis verbis*".

Cette justification paraît acceptable, notamment au regard des prescriptions figurant aux articles 41, alinéa 3, et 45, alinéa 4, du projet.

11. La définition de la notion de "droit de la sécurité sociale" figurant à l'article 2, 12/, du projet, se lit difficilement. Les auteurs du projet vérifieront si elle ne peut s'énoncer plus clairement <sup>(3)</sup>.

En tout état de cause, le délégué convient que les mots "ainsi qu'à la Banque-carrefour de la sécurité sociale" peuvent être omis.

### Article 3

12. L'article 3, § 1<sup>er</sup>, 1/, du projet exclut du champ d'application de la loi "les services d'intérêt général non économiques, y inclus les services sociaux non visés par le point 11 du présent article"; le point 11 précité (lire: 11/) exclut les "services sociaux" (tels qu'ils sont précisés), mais en ajoutant les mots "sans préjudice de leur qualification en services d'intérêt général non économiques visée au 1/ du présent article ou de leur qualification en services d'intérêt économique général".

---

<sup>(3)</sup> Comp. avec la définition de la notion de "sécurité sociale" figurant à l'article 2, 1/, de la loi du 11 avril 1995 visant à instituer "la charte" de l'assuré social.

Invité à fournir des éclaircissements à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit:

"il s'agit de souligner que l'article 2.2. sous j) n'épuise par la catégorie des services sociaux et n'empêche pas les États membres de définir d'autres services sociaux non visés par cette disposition mais répondant à une autre qualification qui leur permettent de fonder une autre exclusion (service d'intérêt général non-économique) ou un régime dérogatoire (service d'intérêt économique général)".

L'intention semble donc être de préciser qu'outre les services que l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive services exclut expressément (du champ d'application de celle-ci), il existe également d'autres "services sociaux" qui, s'ils peuvent être qualifiés de "services d'intérêt général non économiques", peuvent être soustraits au champ d'application du régime de la directive services ou qui, s'ils pouvaient être qualifiés de "services d'intérêt économique général", pourraient bénéficier d'un régime dérogatoire à la directive.

Partant du principe que pour la sécurité juridique, les dispositions de transposition doivent refléter le plus possible la formulation des dispositions de la directive transposée, la question se pose de savoir si une formulation bien plus proche de celle de la directive services ne traduirait pas mieux l'intention des auteurs du projet. Ainsi par exemple, à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 1/, du projet, les mots "y inclus les services sociaux non visés par le point 11 du présent article" peuvent être omis ainsi qu'à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 11/, les mots "sans préjudice de..." jusqu'à "d'intérêt économique général", l'exposé des motifs pouvant préciser la portée de ces dispositions.

La rédaction actuelle de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 1/, est par ailleurs malheureuse puisqu'elle donne en effet l'impression que même les "services d'intérêt général économiques" (qui ne relèvent pas d'une exception spécifique de la directive) sont de surcroît exclus du champ d'application de la loi en projet, ce qui serait évidemment contraire à la directive. En effet, les services sociaux ne sont exclus du champ d'application de la directive que s'ils répondent à la définition de l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive, ou à la notion de "services d'intérêt général non économiques".

13. Afin de se conformer davantage à la terminologie employée dans la directive services, on remplacera, à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 3/, du projet, dans le texte français, les mots "de la fourniture de réseaux et de services" par les mots "des réseaux et services"

.../...

et, dans le texte néerlandais, on supprimera les mots "de levering van". Dans le texte néerlandais de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 10/, du projet, on remplacera le mot "werkzaamheden" par le mot "activiteiten".

14. À l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 11/, du projet, la formulation de l'article 2, paragraphe 2, j), de la directive services doit être plus précisément reproduite dans la définition des "services sociaux" exclus du champ d'application de la loi. En particulier, les termes "qui sont assurés par l'État fédéral" (article 3, § 1<sup>er</sup>, 11/, *in fine*, du projet) constituent une transposition insuffisamment précise de la directive services et doivent être remplacés par la terminologie qu'elle emploie et qui fait mention de services "qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État".

15. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 6, de la directive services dispose qu'elle ne s'applique pas au droit du travail. L'article 3, § 2, 2/, correspondant, du projet énonce que la loi dont le projet est actuellement à l'examen ne s'applique pas au "droit du travail applicable au prestataire de services fournis en Belgique et établi dans un autre État membre de l'Union européenne".

Outre que cette formulation est imprécise, il convient d'observer que la nuance selon laquelle il doit s'agir d'exclure les prestations de service fournies en Belgique par un prestataire de services établi dans un autre État membre ne figure pas dans la directive services de sorte qu'elle peut être source d'ambiguïté. Il faut par conséquent l'omettre.

16. À l'article 3, § 3, 2/, du projet, la précision "en ce qu'elle transpose la directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle" peut être source d'insécurité juridique. On vérifiera s'il n'est pas possible d'indiquer plus précisément les dispositions de la loi du 30 mars 1995 qui est citée.

#### Article 4

17. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 4 du projet énumère les conditions auxquelles doit satisfaire une autorisation d'établissement. Selon l'alinéa 2 de cet article, son alinéa 1<sup>er</sup> ne s'applique pas aux régimes d'autorisation qui subordonnent l'accès à une profession réglementée ou son exercice à des qualifications déterminées et des dispositions spécifiques prescrivant des exigences réservant une activité à une profession particulière.

Dans la mesure où l'alinéa 2 précité fait référence au régime de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, cet article n'est qu'une application de l'article 4, alinéa 3, du projet et est superflu.

On n'aperçoit pas quelles autres dispositions mentionnées par cet alinéa visent les "dispositions spécifiques". Les auteurs du projet doivent apporter les précisions nécessaires et évaluer si sur ce point, l'article 4, alinéa 2, est effectivement conforme au droit communautaire européen.

### Article 11

18. Dans un souci de clarté, on supprimera la première phrase de l'article 11, alinéa 3, du projet et on ajoutera le mot "requis" à son article 11, alinéa 2, après les mots "documents supplémentaires". Dans le texte néerlandais de cette dernière disposition, on remplacera les mots "binnen dewelke" par le mot "waarna".

19. Faire référence à l'obligation de motivation formelle, comme le fait l'article 11, alinéa 3, troisième phrase, et alinéa 4, du projet est à la fois superflu et ambigu. Cette référence est superflue parce que les décisions administratives à portée individuelle sont toujours régies par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et que l'obligation de motivation formelle découle déjà de cette loi. Elle est ambiguë parce qu'une telle disposition donne à penser que l'obligation de motivation formelle n'existe que si elle est expressément prescrite dans un texte légal particulier.

À la troisième phrase de l'article 11, alinéa 3, du projet, on omettra par conséquent les mots "faire l'objet d'une motivation formelle et", et on supprimera tout son alinéa 4.

### Article 15

20. L'article 16, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 3, b), de la directive services définit très précisément et strictement le critère de nécessité auquel doivent satisfaire les exigences relatives à l'accès à une activité de service ou à son exercice (les exigences doivent être justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement).

Il est recommandé que l'article 15 du projet adopte cette définition stricte de la notion de "nécessité".

21. Dans le texte néerlandais de l'article 15, § 1<sup>er</sup>, du projet, on remplacera le mot "discriminatieverbod" par le mot "niet-discriminatie".

### Article 16

22. À l'article 16, 8/ <sup>(4)</sup>, du projet, il serait préférable de remplacer les mots "matières couvertes par les" par les mots "formalités administratives visées aux".

### Article 18

23. Les mots "Sans préjudice des autres exigences légales et réglementaires en matière d'information" qui figurent dans la phrase introductive de l'article 18, § 1<sup>er</sup>, <sup>(5)</sup> du projet font double emploi avec la disposition de l'article 22 du projet et peuvent dès lors être supprimés.

24. À l'article 18, 4/, du projet, les mots "y compris son adresse éventuelle de courrier électronique" ne sont pas entièrement conformes à la terminologie de la directive services, qui utilise les termes "le cas échéant par voie électronique" (article 22,

---

<sup>(4)</sup> L'article 16 du projet n'étant pas subdivisé en paragraphes, on supprimera la mention "§ 1<sup>er</sup>" précédant la phrase introductive de cet article.

<sup>(5)</sup> Il faut encore faire précéder le début du texte de l'article de la mention "§ 1<sup>er</sup>".

paragraphe 1, a)). Mieux vaudrait aligner cette disposition du projet sur celle de la directive services.

### Article 19

25. La phrase introductive de l'article 19 du projet doit préciser que la référence à l'article 18 concerne le paragraphe 1<sup>er</sup> de cet article.

### Article 20

26. La disposition du 5/ de l'article 20 du projet n'a pas sa place dans cet article, qui concerne en effet des informations à communiquer au destinataire à sa demande. L'article 27, paragraphe 4, de la directive impose du reste au prestataire de communiquer cette information, même en l'absence de toute demande du destinataire.

L'article 20, 5/, du projet sera par conséquent supprimé. La disposition de l'article 27, paragraphe 4, de la directive est en outre transposée par l'article 27 du projet.

### Articles 23 et 24

27. Les articles 23 et 24 ont été placés dans le projet à la fin du chapitre relatif à la "qualité des services, information et transparence". Ce n'est toutefois pas là qu'est leur place. Ces articles 23 et 24 transposent respectivement les articles 19 et 20 de la directive services, qui se trouvent dans une section relative aux "dispositions interdites".

### Article 29

28. Il serait préférable que l'article 29, § 2, du projet soit plus étroitement aligné sur l'article 29, paragraphe 2, dernière phrase, correspondant de la directive services.

### Article 30

29. À l'article 30, § 1<sup>er</sup>, du projet, qui entend transposer l'article 33 de la directive services, le premier alinéa fait état de la communication de sanctions disciplinaires et administratives et le deuxième alinéa de sanctions pénales "à caractère professionnel". Mieux vaudrait remplacer ces mots en utilisant une terminologie plus proche de celle de l'article 33, paragraphe 1, de la directive services, qui fait état de

.../...

sanctions "qui concernent directement les compétences du prestataire ou sa fiabilité professionnelle".

30. L'article 30, § 1<sup>er</sup>, du projet précise chaque fois que les sanctions précitées sont communiquées "(pour autant) que celles-ci ne puissent plus faire l'objet d'un recours". Ici aussi, on s'écarte de la terminologie de la directive services (son article 33, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, fait état de décisions "définitives"), qui est également plus nuancée (voir son article 33, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, dernière phrase).

31. Il serait préférable que la dernière phrase de l'article 30, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du projet fasse l'objet d'un alinéa distinct.

32. L'article 30, § 2, alinéa 2, du projet habilite le Roi à réglementer par arrêté délibéré en Conseil des ministres et après avis de la Commission de la protection de la vie privée les éléments qui y sont énumérés. Bien que le projet fixe déjà des règles pour un certain nombre d'éléments de la communication des données, il convient toutefois de vérifier s'il ne doit pas en régler encore d'autres, eu égard au principe de légalité que consacre l'article 22 de la Constitution, en vertu duquel le législateur doit en principe intervenir lui-même en matière de restrictions au droit au respect de la vie privée et qui n'autorise en principe (voir observation 33) des délégations en la matière que si elles sont définies avec suffisamment de précision et qu'elles concernent l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont préalablement fixés par le législateur <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Voir notamment Cour constitutionnelle, n/ 202/2004, 21 décembre 2004, B.4.3, B.6.1 et B.6.2; Cour constitutionnelle, n/ 94/2006, 14 juin 2006, B.18 à B.20; Cour constitutionnelle, n/ 95/2008, 26 juin 2008, B.42.

### Article 33

33. L'article 33, alinéa 1<sup>er</sup>, du projet dispose que l'autorité compétente d'un autre État membre peut obtenir un accès aux "registres accessibles aux autorités belges compétentes" <sup>(7)</sup> selon les modalités déterminées par le Roi. L'article 33, alinéa 2, du projet dispose qu'à cette fin, le Roi peut, par arrêté royal délibéré en conseil des Ministres, adapter toute disposition législative dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la loi dont le projet est actuellement à l'examen, tandis que l'article 33, alinéa 3, du projet, dispose que les arrêtés royaux ainsi adoptés qui n'ont pas été confirmés par la loi dans les quinze mois qui suivent leur publication au Moniteur belge sont sans effet.

S'agissant de l'accès à des données personnelles, la délégation au Roi concerne une matière que la Constitution réserve à la loi (article 22 de la Constitution), et dès lors que toutes les dispositions légales relatives à l'enregistrement visé sont susceptibles d'être adaptées, la délégation peut également avoir trait à des éléments essentiels de la réglementation. À cet égard, il faut rappeler la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui considère qu'une délégation en cette matière est en principe anticonstitutionnelle <sup>(8)</sup>.

La Cour constitutionnelle ne considère cependant pas que toute délégation est interdite en la matière. Sauf lorsque la délégation de pouvoir peut être justifiée par le fait que sa portée effective est limitée, par exemple parce qu'elle se borne à permettre de transposer dans l'ordre interne ou d'exécuter des obligations qui découlent simplement du droit international <sup>(9)</sup> <sup>(10)</sup>, lorsque le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général, il peut être admis que le législateur habilite le Roi à le faire, pourvu qu'il détermine explicitement et sans équivoque l'objet de cette délégation et que les mesures prises par le Roi soient

---

<sup>(7)</sup> Il s'agit de registres dans lesquels les prestataires de services concernés sont inscrits, ce qu'il faut spécifier.

<sup>(8)</sup> Voir, par exemple, Cour constitutionnelle, n/ 32/2007, 21 février 2007, B.6.; Cour constitutionnelle, n/ 131/2007, 17 octobre 2007, B.3 et Cour constitutionnelle, n/ 54/2008, 13 mars 2008, B.11.

<sup>(9)</sup> Sans qu'il y ait, par conséquent, un quelconque pouvoir d'appréciation des autorités nationales.

<sup>(10)</sup> La Cour constitutionnelle a estimé que dans un tel cas, une confirmation tardive ne constitue pas une violation du principe de l'égalité et de la non-discrimination (Cour constitutionnelle, n/ 60/2002, 28 mars 2002, B.2.5.).

examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation <sup>(11)</sup>. Certains arrêts y ajoutent encore qu'il y a lieu de prévoir qu'en l'absence de confirmation, les arrêtés adoptés doivent être censés ne jamais avoir sorti leurs effets <sup>(12)</sup>, mais il n'est pas certain si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, cette condition est encore d'actualité <sup>(13)</sup>.

On peut douter que toutes ces conditions, notamment la première, soient en l'occurrence effectivement remplies. Il est vrai que la directive services doit être transposée avant le 28 décembre 2009, ce qui justifie la nécessité d'une intervention rapide, mais force est de constater que les pouvoirs conférés au Roi le sont pour une période de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi dont le projet est actuellement à l'examen. Cet élément dément que le respect de la procédure parlementaire ferait obstacle à la réalisation de l'objectif d'intérêt général qui est fixé.

L'article 33 du projet ne peut dès lors être maintenu, en tout cas pas dans sa forme actuelle.

#### Article 39

34. Selon l'article 39, § 2, alinéa 2, 2/, du projet, l'autorité belge doit établir que les mesures qui y sont visées sont plus protectrices du destinataire que celles adoptées ou qu'adopterait l'État membre d'établissement, tandis que l'article 35, paragraphe 3, b), de la directive services dispose que l'État membre doit établir que les raisons pour lesquelles il estime que les mesures qu'il envisage de prendre, respectent les conditions prévues à l'article 18 (dont celle qui figure à l'article 39, § 2, alinéa 2, 2/, du projet n'est qu'une des quatre prévues).

---

<sup>(11)</sup> Voir notamment Cour constitutionnelle, n/ 88/2004, 19, mai 2004, B.7.2; Cour constitutionnelle, n/ 143/2005, 21 septembre 2005, B.3.2 et Cour constitutionnelle, n/ 186/2005, 14 décembre 2005, B.7.2.

<sup>(12)</sup> Cour constitutionnelle, n/ 18/98, 18 février 1998, B.9; Cour constitutionnelle, n/ 195/2004, 1<sup>er</sup> décembre 2004, B.16.3; voir aussi Cour constitutionnelle, n/ 32/2000, 21 mars 2000, B.7.7. et Cour constitutionnelle, n/ 53/2003, 30 avril 2003, B.3.4.

<sup>(13)</sup> Voir J. THEUNIS, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel. Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof", *TFR* 2006, (79) 96.

Interrogé à ce sujet, le délégué a proposé la formulation alternative suivante:

"2/ les raisons pour lesquelles les mesures envisagées respectent les conditions prévues à l'article 17, § 1<sup>er</sup>".

Cette proposition peut être accueillie.

#### Article 44

35. L'article 44, alinéas 7 et 8, du projet doit préciser que par "le Ministre", il y a lieu d'entendre le ministre ayant l'économie dans ses attributions.

#### Article 45

36. Les mots "of de met toepassing van artikel xx" doivent être omis du texte néerlandais de l'article 45, alinéa 3, 3/, du projet.

#### Article 47

37. L'article 47, § 1<sup>er</sup>, du projet prévoit que les procès-verbaux dressés par les agents visés par cette disposition font foi jusqu'à preuve du contraire.

La Cour constitutionnelle a attiré l'attention sur le fait qu'une telle règle constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut comme simple renseignement et, par conséquent, également au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé, de sorte que la différence de traitement qui en résulte doit être raisonnablement justifiée et ne pas restreindre les droits du prévenu d'une manière disproportionnée <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Cour constitutionnelle, n/ 40/2000, 6 avril 2000, B. 14.1 et Cour constitutionnelle, n/ 16/2001, 14 février 2001, B.12.1.

38. À l'inverse de certaines lois spéciales, l'article 47, § 1<sup>er</sup>, du projet ne prévoit pas de sanction dans le cas où la copie du procès-verbal qui y est visé n'est pas notifiée au contrevenant dans les trente jours par lettre recommandée à la poste ou ne lui est pas remise dans ce délai.

Il s'ensuit que le dépassement de ce délai n'entraîne pas la nullité du procès-verbal, mais seulement la perte de sa force probante particulière, de sorte qu'il ne vaudra que comme simple renseignement et que le juge pourra donc en apprécier librement la force probante <sup>(15)</sup>.

Il appartient aux auteurs du projet de juger s'il y a lieu ou non de prévoir une sanction spécifique pour le dépassement du délai mentionné.

39. L'article 47, § 2, 1/, du projet autorise les agents chargés de rechercher et constater les infractions, visés à l'article 47, § 1<sup>er</sup>, à "pénétrer, pendant les heures habituelles d'ouverture ou de travail, dans les locaux et pièces dont l'accès est nécessaire à l'accomplissement de leur mission". Ils ne peuvent toutefois pénétrer dans des "locaux habités" que moyennant l'autorisation du juge du tribunal de police, dans les conditions prévues à l'article 47, § 2, 4/, du projet.

À cet égard, il faut souligner que le droit au respect du domicile est non seulement garanti par l'article 15 de la Constitution, mais aussi par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la notion de "domicile" au sens de l'article 8 de la Convention européenne doit se concevoir au sens large et qu'elle inclut également des locaux professionnels et commerciaux <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> A. DE NAUW, "Naar een economisch strafprocesrecht?", dans *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Anvers, 1994, 501; D. HOLSTERS, "De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven", *RW* 1980-81, 1374.

<sup>(16)</sup> Voir notamment, CEDH, 16 décembre 1992, Niemietz c. Allemagne, *Publ. Cour*, sér. A, vol. 251-B; CEDH, 25 février 1993, Funke, Crémieux et Mialhe c. France, *Publ. Cour*, sér. A, vol. 256-A, -B et -C; CEDH, 9 décembre 2004, VAN ROSSEM c. Belgique, n° 41.872/98. Voir également D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", *Rev. Trim. Dr. H.* 1994, 117-135.

La Cour constitutionnelle a en outre souligné que "l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant, apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8 (, paragraphe 1<sup>er</sup>) de la Convention européenne des droits de l'homme" <sup>(17)</sup>. La Cour déduit de cette constatation que des dérogations à cette règle ne peuvent qu'être exceptionnelles et qu'elles doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent.

Les auteurs du projet auraient par conséquent avantage à envisager de prévoir des garanties particulières relatives à la visite de locaux qui, même s'ils ne peuvent être qualifiés de "domicile" au sens de l'article 15 de la Constitution, bénéficient néanmoins des garanties visées dans les dispositions conventionnelles précitées.

40. L'article 47, § 2, 3/, du projet dispose que l'agent concerné peut saisir les documents, pièces ou livres qui y sont mentionnés. À défaut de confirmation par le ministère public dans les quinze jours, la saisie est levée de plein droit. Il faudrait, au moins dans l'exposé des motifs, indiquer que cette disposition ne porte pas préjudice à l'application de l'article 28sexies du Code d'instruction criminelle.

41. Il va sans dire que les supérieurs hiérarchiques des agents chargés de la recherche désignés dans des lois spéciales ne peuvent entraver le contrôle que le procureur général ou éventuellement le procureur fédéral exerce sur ces agents en matière de recherche et de constatation des infractions. Une immixtion de fonctionnaires dans l'exercice de ce contrôle est du reste inconciliable avec l'indépendance du ministère public que garantit l'article 151, § 1<sup>er</sup>, deuxième phrase de la Constitution <sup>(18)</sup> en matière de recherches et de poursuites individuelles.

---

<sup>(17)</sup> Cour constitutionnelle, n/ 140/98, 16 décembre 1998, B.1. En ce qui concerne les locaux habités, le projet prévoit déjà l'intervention du juge du tribunal de police. On peut admettre que, du point de vue du droit au respect du domicile, il importe peu que le juge compétent soit le juge d'instruction ou plutôt le juge du tribunal de police.

<sup>(18)</sup> Voir à cet égard Cour constitutionnelle, n/ 40/2000, 6 avril 2000, B.24.1 et Cour constitutionnelle, n/ 16/2001, 14, février 2001, B.23.1.

Dès lors que le membre de phrase "sans préjudice de leur subordination à leurs supérieurs dans l'administration" figurant à l'article 47, § 4, du projet, pourrait prêter à confusion au regard des principes rappelés ci-dessus, il vaut mieux l'omettre.

42. Selon l'article 47, § 5, du projet, le procès-verbal n'est transmis au procureur du Roi que lorsqu'il n'a pas été donné suite à l'avertissement ou lorsque le contrevenant n'a pas accepté la proposition de transaction.

Cette disposition déroge à l'article 29, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle, qui dispose que "toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit, sera tenu d'en donner avis sur-le-champ au procureur du Roi près le tribunal dans le ressort duquel ce crime ou délit aura été commis ou dans lequel l'inculpé pourrait être trouvé, et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs".

La question se pose de savoir s'il existe une justification suffisante pour ce faire. À cet égard, il est également renvoyé à l'observation 44.

43. L'article 47, § 5, alinéa 2, du projet doit faire référence à l'article 48 et non pas à l'article 45.

#### Article 48

44. L'article 48, alinéa 1<sup>er</sup>, du projet dispose que les agents commissionnés à cette fin par le ministre compétent peuvent, au vu des procès-verbaux dressés par les agents visés à l'article 47 du projet qui constatent une infraction aux dispositions visées aux articles 18 à 21 et 24 à 27, proposer aux contrevenants le paiement d'une somme qui éteint l'action publique.

Sauf si auparavant une plainte a été adressée au procureur du Roi, si le juge d'instruction instruit, ou si le tribunal a été saisi du fait, les fonctionnaires compétents pour proposer une transaction ont le pouvoir de statuer sur l'action publique, étant donné que l'acceptation par le contrevenant du règlement transactionnel éteint l'action publique.

De la sorte, le ministère public se voit "couper la route" <sup>(19)</sup>, dès lors qu'il est privé de son pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer l'action publique, lequel est conféré à des fonctionnaires <sup>(20)</sup> sans aucune forme de contrôle du ministère public <sup>(21)</sup>.

Le Conseil d'État, section de législation, est conscient de ce que, dans le passé, le législateur a déjà introduit des dispositions de portée identique <sup>(22)</sup>. Il estime néanmoins devoir rappeler que ces dispositions ne sont guère conciliables avec les principes généraux qui régissent l'intervention du ministère public. Dans son avis 11.461/1, la section de législation a déjà souligné que, contrairement aux magistrats du ministère public, les fonctionnaires ne peuvent pas être considérés comme étant indépendants de l'autorité hiérarchique du ministre <sup>(23)</sup>.

Notamment dans l'avis 24.896/8 <sup>(24)</sup>, la section de législation a observé ce qui suit:

"Ainsi que le Conseil d'État l'a laissé entendre dans son avis L. 16.350/1 (...) le 16 janvier 1985, "il est à remarquer" (donc inhabituel) qu'un fonctionnaire de l'administration active reçoive la faculté de proposer une transaction éteignant l'action publique.

Dans des avis antérieurs, entre autres les avis L. 13.883/1 et L. 13.934/1 (...), le Conseil d'État a rappelé qu'aux termes de l'article 138 du Code judiciaire, il appartient au ministère public d'exercer l'action publique. Si un fonctionnaire de

---

<sup>(19)</sup> J. MATTHYS, "Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", *RW* 1975-76, 340; voir aussi R. DECLERCQ, *Beginselen van Strafrechtspleging*, Malines, 2007, p. 92, n/ 153 et J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépenalisation", *RDP* 1978, 833-837.

<sup>(20)</sup> H. BOSLY, "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", *RDP* 1983, 47.

<sup>(21)</sup> Les fonctionnaires visés à l'article 48 du projet ne sont pas placés sous le contrôle du ministère public.

<sup>(22)</sup> Voir, notamment, l'article 84 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, l'article 116 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur et l'article 13, § 3, de la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines.

<sup>(23)</sup> Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gand, 1994.

<sup>(24)</sup> Avis 24.896/8 du 21 mai 1996 sur un avant-projet de loi "portant des dispositions diverses relatives à l'expertise vétérinaire" (*Doc. parl.* Chambre, 1996-97, n/ 782/1, 23).

l'administration peut empêcher ou faire s'éteindre l'action publique au moyen d'une transaction, cette faculté du ministère public s'en trouve amputée, en ce qui concerne les faits punissables en question. Dans ce cas, l'administration se substitue au pouvoir judiciaire et, plus généralement, les missions de l'administration et celles des parquets sont, toujours en ce qui concerne les faits en question, mises sur le même plan. Cette situation irait à l'encontre de la répartition des compétences qui caractérise un système étatique tel que le nôtre, qui admet que les membres des parquets agissent auprès des cours et tribunaux en qualité de membres du pouvoir judiciaire et non en qualité de fonctionnaires de l'administration" <sup>(25)</sup>.

Ces observations sont d'autant plus nécessaires au vu de la disposition de l'article 151, § 1<sup>er</sup>, deuxième phrase, de la Constitution, en vertu de laquelle le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles.

Eu égard aux objections qui viennent d'être exposées, il est suggéré d'instaurer un système permettant aux fonctionnaires compétents de proposer une transaction, mais uniquement après que le ministère public a eu la possibilité de décider, dans un délai déterminé, qu'il n'y a pas lieu, compte tenu de la gravité du délit ou des circonstances dans lesquelles il a été commis, de poursuivre l'intéressé pénalement <sup>(26)</sup>.

45. L'article 48, alinéa 3, du projet doit faire référence à l'article 46 et non pas à l'article 41.

#### Observation finale

46. Le projet requiert encore d'être examiné sur le plan de la technique législative <sup>(27)</sup> et de la correction de la langue.

-----

---

<sup>(25)</sup> Voir également à cet égard, A. DE NAUW, *o.c.*, 53 et 55.

<sup>(26)</sup> Comparer avec le système qui s'applique, en droit pénal social, en ce qui concerne les amendes administratives (articles 5 et 7 de la loi du 30 juin 1971 concernant les amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales).

<sup>(27)</sup> Par exemple, en ce qui concerne la division des articles ou de leurs éléments.

La chambre était composée de

|           |                            |                                         |
|-----------|----------------------------|-----------------------------------------|
| Messieurs | J. SMETS,                  | conseiller d'État, président,           |
|           | B. SEUTIN,<br>E. BREWAEYS, | conseillers d'État,                     |
|           | H. COUSY,                  | assesseur de la section de législation, |
| Madame    | G. VERBERCKMOES,           | greffier.                               |

Le rapport a été présenté par M. D. VAN EECKHOUTTE, auditeur adjoint.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

G. VERBERCKMOES

J. SMETS