

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.128/1
VAN 11 MEI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 15 april 2010 door de Minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 1 juni 2010, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot 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", heeft het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽¹⁾, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan ⁽²⁾.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het wijzigen 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.

De draagwijdte van de ontworpen wijzigingen is gediversifieerd.

Zo worden bepaalde onduidelijke of voor verschillende interpretatie vatbare bepalingen aangepast (artikelen 3 en 4 van het ontwerp) en wordt beoogd tegemoet te komen aan een arrest van het Grondwettelijk Hof (artikel 5). Er wordt gepreciseerd wie

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

⁽²⁾ De Raad van State, afdeling Wetgeving, onthoudt zich van het maken van punctuele, redactionele en legistieke opmerkingen. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de legistieke richtlijn volgens welke in de wijzigingsbepalingen telkens melding moet worden gemaakt van de normatieve teksten die nog van kracht zijnde wijzigingen bevatten die in het verleden aan de te wijzigen bepaling werden aangebracht (dat is niet gebeurd in de artikelen 2 en 9 van het ontwerp) en op de richtlijn volgens welke een wijzigingsbepaling niet mag worden aangewend voor alleen maar een vernummering van artikelen of onderdelen ervan (zie artikel 15 van het ontwerp). De stellers van het ontwerp kunnen zich, wat de legistiek betreft, laten leiden door de *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, gepubliceerd op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be). Ook de redactie (van vooral de Nederlandse tekst) van het ontwerp zou aan een bijkomend onderzoek moeten worden onderworpen teneinde redactionele onvolkomenheden, zoals bijvoorbeeld die in het ontworpen artikel 25/2, § 2, derde lid, van de wet van 16 januari 2003 (artikel 14 van het ontwerp) en in artikel 23 van het ontwerp, te verhelpen.

toegang heeft tot welke gegevens van de Kruispuntbank van Ondernemingen (artikelen 6 tot 8). Tevens wordt de regeling aangepast betreffende de inschrijving, de wijziging of de doorhaling van onjuiste of ontbrekende gegevens (artikelen 10 tot 15 van het ontwerp). Er wordt in de wet een bepaling ingevoegd inzake de waarschuwing (artikel 19), alsmede een nieuwe titel betreffende de opsporing en de vaststelling van inbreuken (artikelen 20 tot 22).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 5

Het ontworpen artikel 14 van de wet van 16 januari 2003 herneemt nagenoeg woordelijk het bestaande artikel 14 van die wet, met dien verstande dat de tekst ervan in twee paragrafen wordt ingedeeld. In de memorie van toelichting wordt in dat verband vermeld:

"De structuur van dit artikel werd gewijzigd om verschillende interpretaties te vermijden. Inderdaad, zoals het was opgesteld kon het artikel geïnterpreteerd worden als enkel van toepassing zijnde op ondernemingen waarvan de vordering werd ingediend bij deurwaardersexploit. Hoewel echter de leden 1 tot 3 enkel betrekking hebben op dat laatste geval, is lid 4 van toepassing onafhankelijk van het feit of de vordering al dan niet bij deurwaardersexploit is ingediend.

Het artikel werd dan ook verdeeld in twee paragrafen. Paragraaf 1 betreft de ontvankelijkheid van de bij deurwaardersexploit ingediende vorderingen, en paragraaf 2 is een algemene regel van ontvankelijkheid van vorderingen naar gelang van het maatschappelijke doel van de onderneming die de vordering indient of de activiteiten waarvoor de onderneming is ingeschreven".

Naar aanleiding van een prejudiciële vraag stelde het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 46/2007 van 21 maart 2007 in verband met artikel 14 van de wet van 16 januari 2003 het volgende:

"B.5. Het vereiste dat de bij deurwaardersexploit ingestelde vordering, wil zij ontvankelijk zijn, moet zijn gebaseerd op een activiteit waarvoor de onderneming op de datum van de inleiding van de vordering is ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen of op een activiteit die valt onder het maatschappelijk doel waarvoor de onderneming op die datum is ingeschreven, gaat derhalve terug op de algemene doelstelling die aan de wet van 3 juli 1956 op het handelsregister ten grondslag ligt. Met die wetgeving beoogde de wetgever immers het zwartwerk te bestraffen van diegenen die een handelswerkzaamheid uitoefenen

.../...

zonder de juridische, sociale en fiscale gevolgen ervan te dragen en de maatregel strekte ertoe die handelaars de toegang tot de rechtszaal te ontzeggen (*Handl.*, Senaat, 1955-1956, zitting van 29 november 1956, p. 47; *Pasin.*, 1956, pp. 519-520). Aldus droeg die maatregel bij tot het bestrijden van de oneerlijke concurrentie.

Die zorg geldt evenzeer voor de tegenvorderingen die door ondernemingen bij wege van conclusie worden ingesteld. Voor het in de prejudiciële vraag vermelde verschil in behandeling is in de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling geen verantwoording gegeven en het Hof ziet niet in op welke gronden het verschil zou kunnen worden verantwoord. Doordat de ondernemingen op het vlak van hun vorderingen verschillend worden behandeld, naargelang de vordering wordt ingesteld bij deurwaardersexploot dan wel bij conclusie, wordt een verschil in behandeling ingesteld dat niet redelijk is verantwoord.

B.6. In de door het verwijzende rechtscollege gegeven interpretatie is artikel 14 van de voormelde wet van 16 januari 2003 onbestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en dient de prejudiciële vraag bevestigend te worden beantwoord.

B.7. De in het geding zijnde bepaling kan evenwel ook, zoals de Ministerraad aangeeft, worden geïnterpreteerd als een - weliswaar minder accurate - 'herformulering' van artikel 42 van de bij koninklijk besluit van 20 juli 1964 gecoördineerde wetten betreffende het handelsregister, waarbij de wetgever noch van de *ratio legis* noch van de draagwijdte van dat artikel wou afwijken. In die interpretatie is de daarin bepaalde sanctie van niet-ontvankelijkheid bijgevolg eveneens van toepassing op elke tegeneis die niet bij deurwaardersexploot wordt ingesteld.

B.8. In de in B.7 vermelde interpretatie bestaat het in de prejudiciële vraag opgeworpen verschil in behandeling niet en dient zij ontkennend te worden beantwoord".

Vastgesteld moet worden dat de paragraafsgewijze indeling van artikel 14 van de wet van 16 januari 2003, dat voor het overige inhoudelijk ongewijzigd blijft, niet van aard is om een gedifferentieerde interpretatie van die bepaling uit te sluiten. Uit de ontworpen bepaling blijkt immers nog steeds onvoldoende duidelijk dat - zoals uit de memorie van toelichting valt af te leiden - paragraaf 1 de bij deurwaardersexploot ingediende vorderingen betreft, en paragraaf 2 zowel de bij deurwaardersexploot ingediende vorderingen, als de bij wege van conclusie ingediende vorderingen. Een loutere "herstructurering" van artikel 14 van de wet van 16 januari 2003 is niet van aard om de door het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 46/2007 van 21 maart 2007 weergegeven, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet onbestaanbare interpretatie van de betrokken

wetsbepaling op rechtszekere wijze ongedaan te maken. Daartoe is een meer expliciete en inhoudelijke aanpassing van artikel 14 van de voornoemde wet vereist.

Artikel 9

1. Zoals artikel 9, tweede lid, van het ontwerp is geredigeerd, kan de Koning geheel vrijstellen van de verplichting, waarin artikel 23, § 1, van de wet van 16 januari 2003 voorziet ten aanzien van de griffiers van de rechtbanken om de Kruispuntbank van Ondernemingen in kennis te stellen van de rechterlijke beslissingen met de inhoud, zoals in die bepaling beschreven. Dergelijke delegatie van bevoegdheid aan de Koning is, in haar algemeenheid, niet toelaatbaar. In de memorie van toelichting wordt evenwel het volgende verduidelijkt:

"Artikel 9 is bedoeld om verschillende vonnissen en arresten die geen enkel nut hebben voor de KBO uit de lijst van artikel 23 te schrappen. Het is de bedoeling de griffies nutteloze stappen en nutteloos werk te besparen".

In de delegatiebepaling van artikel 9, tweede lid, zou - in het verlengde van de aangehaalde verduidelijking - moeten worden geëxpliciteerd om welke reden de Koning kan overgaan tot de opheffing van de in artikel 23, § 1, van de wet, vervatte verplichting in hoofde van de betrokken griffiers.

2. De toegankelijkheid van de regelgeving zou ermee zijn gebaat indien de delegatiebepaling van artikel 9, tweede lid, van het ontwerp, zou worden geconcipieerd als een bepaling tot wijziging van artikel 23, § 1, van de wet van 16 januari 2003.

3. In artikel 9, tweede lid, van het ontwerp wordt uitsluitend melding gemaakt van "vonnissen", terwijl eveneens "arresten" van de hoven worden bedoeld. Ook van deze laatste zou derhalve moeten worden melding gemaakt in artikel 9, tweede lid ⁽³⁾.

⁽³⁾ In de inleidende zin van artikel 23, § 1, van de wet van 16 januari 2003, wordt melding gemaakt van, enerzijds, "vonnissen of arresten" en, anderzijds, van de "griffier van de rechtbank".

Artikel 11

Ter wille van de duidelijkheid van de regelgeving wordt, in samenspraak met de gemachtigde, gesuggereerd om aan het einde van het ontworpen artikel 24, § 1, tweede lid, van de wet te schrijven: "... kan zich niet rechtstreeks tot de beheersdienst wenden voor de rechtzetting of de inschrijving bedoeld in het eerste lid. De procedure vermeld in artikel 25/1 wordt toegepast".

Artikel 12

In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 25 van de wet van 16 januari 2003 wordt zowel de term "verzoek" als de term "aanvraag" gebruikt. Het verdient aanbeveling om, zoals in de Franse tekst waarin uitsluitend de term "demande" wordt gebruikt, ook in de Nederlandse tekst te opteren voor een eenvormige terminologie.

Artikel 13

1. In het ontworpen artikel 25/1, § 1, tweede lid, van de wet van 16 januari 2003 lijken de woorden "te doen horen" erop te duiden dat de betrokken onderneming binnen een termijn van dertig dagen na het versturen van de aangetekende brief kan verzoeken om te worden gehoord. Dit zou duidelijker in de tekst van de ontworpen bepaling tot uitdrukking moeten worden gebracht. Daarenboven moet er rekening mee worden gehouden dat de onderneming binnen dezelfde termijn moet overgaan tot de inschrijving, de wijziging of de schrapping. Vraag is alsdan of de regeling op dit punt coherent is.

2. Het is niet duidelijk welke de juridische aard is van de "administratieve kosten" waartoe een in gebreke blijvende onderneming ⁽⁴⁾ kan worden verplicht. Rekening houdend met de hoogte van het bedrag per geschrapt gegeven, vermeld in het ontworpen artikel 25/1, § 3, tweede lid, van de wet, lijkt dit bezwaarlijk te kunnen worden

⁽⁴⁾ In het nederlands lijkt de omschrijving "niet verschenen onderneming" te beperkend.

beschouwd als de vergoeding van een gepresteerde dienst en derhalve als een retributie. Veeleer lijkt het om een administratieve geldboete te gaan⁽⁵⁾. Indien dat zo is, zou dit met zoveel woorden in de ontworpen bepaling tot uitdrukking moeten worden gebracht. Tevens moet in dat geval worden overwogen of in de tekst van het ontwerp niet in een aantal procedurele waarborgen voor de betrokken ondernemingen dient te worden voorzien, zoals bijvoorbeeld die inzake de mogelijkheid voor de onderneming om alsnog haar standpunt te bepalen ten aanzien van de geldboete die haar kan worden opgelegd.

3. In het ontworpen artikel 25/1, § 3, tweede lid, van de wet, wordt, wat het bedrag van de "kosten" betreft, een onderscheid gemaakt tussen, eensdeels, "een KMO zoals bedoeld in artikel 2 van de programmawet van 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap" en, anderzijds, "andere soorten ondernemingen". Het aldus gemaakte onderscheid dient, wil het verenigbaar zijn met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, te kunnen worden verantwoord door middel van redelijke en objectieve gegevens, die het bovendien aannemelijk maken dat het gemaakte onderscheid evenredig is met de eraan ten grondslag liggende doelstelling. Het verdient aanbeveling om op dit punt enige verduidelijking te verstrekken in de memorie van toelichting.

Artikel 14

In het ontworpen artikel 25/2, § 2, eerste lid, van de wet, moet worden gerefereerd aan "de in artikel 25/1 beschreven procedure" en niet aan "de in artikel 25 beschreven procedure".

⁽⁵⁾ De bedoeling die volgens de memorie van toelichting ten grondslag ligt aan de zinsnede "onder voorbehoud van de toepassing van de sancties bedoeld in artikel 62", in het ontworpen artikel 25/1, § 3, eerste lid, van de wet, en die erin bestaat het principe "*non bis in idem*" te waarborgen, wijst in die richting.

Artikel 16

Artikel 16 van het ontwerp strekt ertoe om in artikel 26 van de wet van 16 januari 2003 de verwijzing naar artikel 18, § 1, te vervangen door een verwijzing naar artikel 17, § 2, tweede lid, en artikel 18, § 3, tweede lid, van de wet.

De artikelen 17 en 18 van de voornoemde wet worden gewijzigd door, respectievelijk, de artikelen 6 en 7 van het ontwerp. Deze laatste artikelen treden evenwel op een ander tijdstip in werking dan artikel 16 van het ontwerp (zie artikel 23 van het ontwerp). Vraag is of hiermee is rekening gehouden bij de aanpassing van de in artikel 26 van de wet voorkomende verwijzingen.

Daarnaast moet worden vastgesteld dat de verwijzing naar artikel 17, § 2, tweede lid, en artikel 18, § 3, tweede lid, van de wet ook na de wijziging van die bepalingen bij het voorliggende ontwerp zonder voorwerp is, aangezien de beoogde onderdelen van de desbetreffende artikelen niet bestaan.

Uit wat voorafgaat volgt dat artikel 16 van het ontwerp aan een bijkomend onderzoek moet worden onderworpen.

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 17, 2/, van het ontwerp.

Artikel 21

1. Luidens het ontworpen artikel 63/2, tweede lid, van de wet van 16 januari 2003 hebben de processen-verbaal welke door de betrokken ambtenaren worden opgesteld bewijskracht tot bewijs van het tegendeel.

Die regel vormt een uitzondering op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en, zoals er door het Grondwettelijk Hof werd op gewezen, derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald 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 ⁽⁶⁾.

Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting een verantwoording op te nemen voor het toekennen van een bijzondere bewijswaarde aan de processen-verbaal, bedoeld in het ontworpen artikel 63/2, tweede lid. Daarbij zal moeten worden aangetoond dat de aangevoerde redenen aanwezig zijn met betrekking tot de vaststelling van alle in het ontwerp bedoelde misdrijven.

2. In het ontworpen artikel 63/2, derde lid, van de wet, moet de verwijzing naar de artikelen van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument worden vervangen door de verwijzing naar de overeenstemmende artikelen in de nieuwe wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van de verwijzing naar de wet van 14 juli 1991 in het ontworpen artikel 63/3 van de wet van 16 januari 2003 (artikel 22 van het ontwerp).

Artikel 22

Volgens het ontworpen artikel 63/3 van de wet van 16 januari 2003 kunnen de daartoe aangestelde ambtenaren, op inzage van de processen-verbaal waarin een inbreuk op artikel 62 van die wet is vastgesteld, aan de overtreders een som voorstellen waarvan de betaling de strafvordering doet vervallen.

⁽⁶⁾ Zie o.m. Grondwettelijk Hof, arrest nr. 40/2000 van 6 april 2000, B.14.1; arrest nr. 16/2001 van 14 februari 2001, B.12.1.

Aldus wordt het openbaar ministerie "de pas afgesneden" ⁽⁷⁾ 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 ⁽⁸⁾ in handen wordt gelegd van ambtenaren ⁽⁹⁾.

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 ⁽¹⁰⁾. 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 ⁽¹¹⁾.

In onder meer advies 24.896/8 ⁽¹²⁾ merkte de afdeling Wetgeving het volgende op:

⁽⁷⁾ 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.

⁽⁸⁾ H. BOSLY, "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", *RDP* 1983, (27) 47.

⁽⁹⁾ Die ambtenaren zijn niet onder het toezicht van het openbaar ministerie geplaatst.

⁽¹⁰⁾ Zie, onder meer, wat voorbeelden in vroegere wetgeving betreft: 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.

⁽¹¹⁾ Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, 1994.

⁽¹²⁾ 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).

"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" ⁽¹³⁾.

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 ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *o.c.*, 53 en 55.

⁽¹⁴⁾ 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).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. RIGAUX, L. DENYS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A. BECKERS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 48.128/1
DU 11 MAI 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre pour l'Entreprise et la Simplification, le 15 avril 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 1^{er} juin 2010, sur un avant-projet de loi "modifiant 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", a donné l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, 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 ⁽¹⁾ et l'accomplissement des formalités prescrites ⁽²⁾.

*

* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier 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.

La portée des modifications en projet est diverse.

Ainsi, il s'agit d'adapter certaines dispositions ambiguës ou sujettes à différentes interprétations (articles 3 et 4 du projet) et d'exécuter un arrêt de la Cour constitutionnelle (article 5). Il est précisé qui a accès à quelles données de la Banque-carrefour des entreprises (articles 6 à 8). En outre, il est procédé à l'adaptation des

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

⁽²⁾ Le Conseil d'État, section de législation, s'abstient de formuler toute recommandation ponctuelle, de nature rédactionnelle ou légistique. À titre d'exemple, il peut être fait référence à la règle de légistique selon laquelle, dans les dispositions modificatives, il faut mentionner chaque fois les textes normatifs contenant des modifications antérieures encore en vigueur apportées par le passé à la disposition à modifier (ce qui n'est pas le cas aux articles 2 et 9 du projet) ainsi qu'à la directive selon laquelle une disposition modificative ne peut être utilisée pour la seule renumérotation d'articles ou de parties d'articles (voir article 15 du projet). En ce qui concerne la légistique, les auteurs du projet peuvent s'inspirer des *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, publié sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be). Le (texte néerlandais surtout du) projet gagnerait également à être réexaminé en vue d'éliminer les imperfections rédactionnelles, comme celle de l'article 25/2, § 2, alinéa 3, en projet de la loi du 16 janvier 2003 (article 14 du projet) et celle de l'article 23 du projet.

modalités d'inscription, de modification ou de radiation des données erronées ou manquantes (articles 10 à 15 du projet). Sont également insérés dans la loi, une disposition sur l'avertissement (article 19) et un nouveau titre relatif à la recherche et à la constatation des infractions (articles 20 à 22).

EXAMEN DU TEXTE

Article 5

L'article 14 en projet de la loi du 16 janvier 2003 reproduit quasi mot pour mot l'article 14 existant de cette loi, étant entendu que son texte est divisé en deux paragraphes. À ce propos, l'exposé des motifs précise ce qui suit:

"La structure de cet article a été modifiée afin d'éviter des interprétations divergentes. En effet, tel que rédigé, l'article pouvait être interprété comme ne s'appliquant qu'aux entreprises dont l'action est introduite par exploit d'huissier. Or, bien que les alinéas 1^{er} à 3 de l'article ne concernent que ce dernier cas, l'alinéa 4 s'applique indépendamment du fait que l'action est introduite par exploit d'huissier ou non.

L'article a dès lors été divisé en deux paragraphes. Le paragraphe 1^{er} qui concerne la recevabilité des actions introduites par exploit d'huissier et le paragraphe 2 qui est une règle générale de recevabilité des actions en fonction de l'objet social de l'entreprise qui l'introduit ou des activités pour lesquelles l'entreprise est inscrite".

Saisie d'une question préjudicielle, la Cour constitutionnelle a énoncé ce qui suit au sujet de l'article 14 de la loi du 16 janvier 2003, dans son arrêt n/ 46/2007 du 21 mars 2007:

"B.5. Le fait que, pour être recevable, l'action intentée par exploit d'huissier doit être fondée sur une activité pour laquelle l'entreprise est inscrite à la «Banque-Carrefour des Entreprises» à la date de l'introduction de l'action ou qui tombe sous l'objet social pour lequel l'entreprise est inscrite à cette date trouve dès lors son origine dans l'objectif général de la loi du 3 juillet 1956 sur le registre du commerce. En effet, à travers cette législation, le législateur entendait réprimer le travail au noir de ceux qui exercent une activité commerciale sans vouloir en supporter les obligations juridiques, sociales ou fiscales et la mesure visait à écarter ces commerçants du prétoire (*Ann.*, Sénat, 1955-1956, séance du 29 novembre 1956, p. 47; *Pasin.* 1956, pp. 519-520). Cette mesure contribuait dès lors à la lutte contre la concurrence déloyale.

.../...

Ce souci vaut pareillement pour les actions reconventionnelles intentées par les entreprises par voie de conclusions. La différence de traitement mentionnée dans la question préjudicielle n'a pas été justifiée au cours des travaux préparatoires de la disposition en cause, et la Cour n'aperçoit pas quels motifs pourraient justifier cette différence. En traitant différemment les entreprises pour ce qui est de leurs actions, selon que l'action est intentée par exploit d'huissier ou par voie de conclusions, l'on a établi une différence de traitement qui n'est pas raisonnablement justifiée.

B.6. Dans l'interprétation donnée par la juridiction a quo, l'article 14 de la loi précitée du 16 janvier 2003 est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution et la question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

B.7. La disposition en cause peut toutefois également s'interpréter, ainsi que le relève le Conseil des ministres, comme une «reformulation» - certes moins précise - de l'article 42 des lois relatives au registre du commerce coordonnées par l'arrêté royal du 20 juillet 1964, le législateur n'ayant eu l'intention de déroger ni à la raison d'être ni à la portée de cet article. Dans cette interprétation, la sanction d'irrecevabilité qu'elle contient est donc également applicable à toute demande reconventionnelle qui n'est pas intentée par exploit d'huissier.

B.8. Dans l'interprétation mentionnée en B.7, la différence de traitement évoquée dans la question préjudicielle n'existe pas et celle-ci appelle une réponse négative".

Force est de constater que la division en paragraphes de l'article 14 de la loi du 16 janvier 2003, qui pour le surplus, reste fondamentalement inchangé, n'est pas de nature à exclure une interprétation différenciée de cette disposition. Il ne ressort toujours pas assez clairement de la disposition en projet que - comme on peut l'inférer de l'exposé des motifs - le paragraphe 1^{er} concerne les actions introduites par exploit d'huissier, et que le paragraphe 2 concerne tant les actions introduites par exploit d'huissier que celles introduites par voie de conclusions. Une simple "restructuration" de l'article 14 de la loi du 16 janvier 2003 n'est pas de nature à supprimer, avec toute la sécurité juridique nécessaire, l'incompatibilité de l'interprétation de la disposition légale concernée avec les articles 10 et 11 de la Constitution, dénoncée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n/ 46/2007 du 21 mars 2007. À cette fin, l'article 14 de la loi précitée requiert une adaptation plus explicite et plus fondamentale.

Article 9

1. Tel que l'article 9, alinéa 2, du projet est rédigé, le Roi peut dispenser entièrement les greffiers des tribunaux de l'obligation que leur fait l'article 23, § 1^{er}, de la loi du 16 janvier 2003 de communiquer le contenu des décisions judiciaires à la Banque-Carrefour des Entreprises, comme l'indique cette disposition. Une telle délégation aussi générale au Roi n'est pas admissible. L'exposé des motifs apporte cependant la précision suivante:

"L'article 9 vise à retirer de la liste de l'article 23 différents jugements et arrêts qui ne sont d'aucune utilité pour la BCE. Il s'agit ainsi d'éviter des démarches et du travail inutiles pour les greffes."

À la lumière de cette explication, il conviendrait que la délégation de l'article 9, alinéa 2, précise pour quel motif le Roi peut lever à l'égard des greffiers concernés l'obligation contenue à l'article 23, § 1^{er}, de la loi du 16 janvier 2003.

2. La norme gagnerait en accessibilité si la délégation prévue à l'article 9, alinéa 2, du projet était rédigée comme une disposition modifiant l'article 23, § 1^{er}, de la loi du 16 janvier 2003.

3. L'article 9, alinéa 2, du projet fait exclusivement mention de "jugements", alors que les "arrêts" des cours sont également visés. Il faudrait donc également mentionner ces derniers dans l'article 9, alinéa 2 ⁽³⁾.

Article 11

Dans un souci de clarté de la réglementation, il est suggéré, en concertation avec le délégué, d'écrire à la fin de l'article 24, § 1^{er}, alinéa 2, en projet de la loi: "... ne

⁽³⁾ La phrase liminaire de l'article 23, § 1^{er}, de la loi du 16 janvier 2003, fait mention, d'une part, des "jugements ou arrêts" et, d'autre part, du "greffier du tribunal".

peut s'adresser directement au service de gestion pour la rectification ou l'inscription visées à l'alinéa 1^{er}. La procédure visée à l'article 25/1 est appliquée".

Article 12

Le texte néerlandais de l'article 25 en projet de la loi du 16 janvier 2003 utilise tant le terme "verzoek" que le terme "aanvraag". Mieux vaudrait, comme dans le texte français qui emploie uniquement le terme "demande", opter également pour une terminologie uniforme dans le texte néerlandais.

Article 13

1. À l'article 25/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet de la loi du 16 janvier 2003, les mots "faire entendre" semblent indiquer que l'entreprise concernée peut demander à être entendue dans un délai de trente jours après l'envoi du courrier recommandé. Il faudrait que cela ressorte plus clairement du texte de la disposition en projet. En outre, il convient de tenir compte du fait que l'entreprise doit procéder à l'inscription, la modification ou la radiation dans le même délai. La question se pose de savoir si le dispositif est cohérent sur ce point.

2. On n'aperçoit pas la nature juridique des "frais administratifs" pouvant être infligés à une entreprise défaillante (in gebreke gebleven, en néerlandais)⁽⁴⁾. Compte tenu du montant des frais par donnée radiée, mentionné à l'article 25/1, § 3, alinéa 2, en projet de cette loi, celui-ci peut difficilement être considéré comme la rétribution d'un service fourni et, dès lors, comme une redevance. Il semble plutôt qu'il s'agisse d'une amende administrative⁽⁵⁾. Si tel est le cas, mieux vaudrait l'indiquer explicitement dans la disposition en projet. Dans ce cas, il y a lieu, par ailleurs, d'envisager de prévoir dans le

⁽⁴⁾ En néerlandais, la qualification "niet verschenen onderneming" semble trop restrictive.

⁽⁵⁾ Selon l'exposé des motifs, l'objectif du segment de phrase "Sous réserve de l'application des sanctions visées l'article 62" dans l'article 25/1, § 3, alinéa 1^{er}, en projet de la loi, qui consiste à garantir le principe *non bis in idem*, le confirme.

texte du projet un certain nombre de garanties procédurales pour les entreprises concernées, comme par exemple la possibilité pour l'entreprise d'encore déterminer son point de vue en ce qui concerne l'amende qui peut lui être infligée.

3. L'article 25/1, § 3, alinéa 2, en projet de la loi fait, en ce qui concerne le montant des "frais", une distinction entre, d'une part, "une PME au sens de l'article 2 de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante" et, d'autre part, d'"autres types d'entreprises". Si cette distinction se veut compatible avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, elle doit pouvoir se justifier au moyen de critères raisonnables et objectifs démontrant qu'elle est proportionnelle à l'objectif qui la fonde. Mieux vaudrait fournir quelques précisions sur ce point dans l'exposé des motifs.

Article 14

À l'article 25/2, § 2, alinéa 2, en projet de la loi, on fera référence à "la procédure décrite à l'article 25/1" et non à "la procédure décrite à l'article 25".

Article 16

L'article 16 du projet a pour objet de remplacer, dans l'article 26 de la loi du 16 janvier 2003, la référence à l'article 18, § 1^{er} par une référence à l'article 17, § 2, alinéa 2, et à l'article 18, § 3, alinéa 2, de cette loi.

Les articles 17 et 18 de la loi précitée sont respectivement modifiés par les articles 6 et 7 du projet. Ces derniers articles entrent cependant en vigueur à un autre moment que l'article 16 du projet (voir l'article 23 du projet). La question se pose de savoir s'il en a été tenu compte en adaptant les références dans l'article 26 de la loi.

En outre, force est de constater que la référence à l'article 17, § 2, alinéa 2, et à l'article 18, § 3, alinéa 2, de la loi est sans objet, même après la modification de cette

.../...

disposition par le projet à l'examen, étant donné que les subdivisions visées des articles concernés n'existent pas.

Il ressort de ce qui précède qu'il y a lieu de soumettre l'article 16 du projet à un examen complémentaire.

L'article 17, 2/, du projet, appelle la même observation.

Article 21

1. Selon l'article 63/2, alinéa 2, en projet de la loi du 16 janvier 2003, les procès-verbaux dressés par les agents concernés font foi jusqu'à preuve du contraire.

Cette prescription fait exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement, et comme l'a souligné la Cour constitutionnelle, ainsi qu'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 qu'il faut que la différence de traitement qui résulte de cette exception soit raisonnablement justifiée et que les droits du prévenu ne soient pas restreints de manière disproportionnée ⁽⁶⁾.

Il serait bon de faire figurer dans l'exposé des motifs une justification pour l'attribution d'une valeur probante particulière aux procès-verbaux, visés à l'article 63/2, alinéa 2, en projet. Il faudra démontrer en outre que les motifs invoqués existent à l'égard de la constatation de toutes les infractions visées dans le projet.

2. À l'article 63/2, alinéa 3, en projet de la loi, la référence aux articles de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur doit être remplacée par la référence aux articles correspondants dans la nouvelle loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

⁽⁶⁾ Voir notamment Cour constitutionnelle, arrêt n/ 40/2000 du 6 avril 2000, B.14.1; arrêt n/ 16/2001 du 14 février 2001, B.12.1.

Une observation analogue peut être formulée à l'égard de la référence à la loi du 14 juillet 1991 figurant dans l'article 63/3 en projet de la loi du 16 janvier 2003 (article 22 du projet).

Article 22

Selon l'article 63/3, en projet, de la loi du 16 janvier 2003, les agents commissionnés à cette fin peuvent, au vu des procès-verbaux constatant une infraction à l'article 62 de cette loi, proposer aux contrevenants le paiement d'une somme qui éteint l'action publique.

Ainsi, le ministère public se voit "couper la route" ⁽⁷⁾, 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 ⁽⁸⁾ sans aucune forme de contrôle du ministère public ⁽⁹⁾.

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 ⁽¹⁰⁾. 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

⁽⁷⁾ J. MATTHYS, "Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", *R.W.*, 1975-76, 340; voir aussi R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Malines, 2007, p. 92, n° 153 et J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépenalisation", *R.D.P.*, 1978, (807) 833-837.

⁽⁸⁾ H. BOSLY, "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", *R.D.P.*, 1983, (27) 47.

⁽⁹⁾ Ces fonctionnaires ne sont pas placés sous le contrôle du ministère public.

⁽¹⁰⁾ Voir notamment pour des exemples dans des législations plus anciennes : 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.

du ministère public, les fonctionnaires ne peuvent pas être considérés comme étant indépendants de l'autorité hiérarchique du ministre ⁽¹¹⁾.

Dans l'avis 24.896/8 ⁽¹²⁾ notamment, 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 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" ⁽¹³⁾.

Ces observations s'imposent d'autant plus si l'on tient compte de l'article 151, § 1^{er}, 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,

⁽¹¹⁾ Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gand, 1994.

⁽¹²⁾ 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, 1996-1997, n/ 782/1, p. 23).

⁽¹³⁾ Voir également à cet égard A. DE NAUW, *o.c.*, 53 et 55.

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 ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ 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).

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. RIGAUX, L. DENYS,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A. BECKERS

M. VAN DAMME