

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 50.133/2/V
DU 26 AOÛT 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, le 28 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi « relative à la Centrale des crédits aux entreprises », a donné l'avis suivant :

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si l'avant-projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité de déposer un projet de loi devant le Parlement.

*
* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations particulières

Dispositif

Article 10

1. L'avant-projet examiné concerne le traitement de données relatives à la vie privée. L'article 10 organise l'information de la personne physique avant le premier enregistrement. Il ressort de l'avis de la Commission de la protection de la vie privée donné sur l'avant-projet qu'elle avait compris que l'obligation d'information de l'enregistrement concernait également le premier défaut de paiement, comme cela est prévu par l'article 6, § 2, de la loi du 10 août 2001 'relative à la Centrale des crédits aux particuliers' ¹.

Il ressort cependant de l'exposé des motifs joint à la demande d'avis que telle n'est pas l'intention des auteurs de l'avant-projet. Compte tenu de l'importance de l'enregistrement du premier défaut de paiement, une telle information constituerait une protection efficace de la vie privée garantie par l'article 22 de la Constitution. Il appartient dès lors aux auteurs de l'avant-projet de justifier pourquoi elle n'est pas prévue et de compléter l'exposé des motifs afin d'en exposer les raisons, sans se limiter, comme dans l'exposé joint à

¹ Paragraphe 27 de l'avis : « Cet article vise aussi bien l'enregistrement du contrat (positif) que l'enregistrement d'un défaut de paiement (négatif) »

la demande d'avis, à justifier sa compatibilité avec l'article 9, § 2, de la loi du 8 décembre 1992 'relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel'.

Cette justification s'impose d'autant plus que l'article 2, 7°, b), de l'avant-projet définit le défaut de paiement comme étant également la situation d'un contrat où l'institution tenue à déclaration juge improbable que la somme due sera intégralement remboursée selon les conditions du contrat sans l'adoption de mesures appropriées, comme la réalisation d'éventuelles garanties.

2. La loi précitée du 8 décembre 1992 concerne, ainsi que le précise son article 2, la protection de la vie privée de toute personne physique lors d'un traitement de données à caractère personnel. L'avis de la Commission de la protection de la vie privée ne concerne dès lors que ces dernières. Il est toutefois admis que les personnes morales doivent également bénéficier de garanties analogues. Or, le projet ne contient aucune disposition visant à informer les personnes morales. L'avant-projet doit être complété en ce sens.

Article 11

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, il conviendrait, à tout le moins dans le commentaire de l'article, d'explicitier la portée exacte de la disposition et notamment son étendue.

Article 12

À première vue, il semble que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est d'instituer un système spécifique d'accès aux données à caractère personnel et donc d'écarter l'application de la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration'.

En toute hypothèse, il conviendrait d'assurer l'articulation entre ces deux lois.

La même question se pose s'agissant de l'articulation de l'article 12, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet avec la loi du 8 décembre 1992 précitée.

Article 13

1. L'article 13, § 1^{er}, de l'avant-projet examiné prévoit que les procès-verbaux dressés par les agents commissionnés par le ministre ayant l'Économie dans ses attributions font foi jusqu'à preuve du contraire.

La Cour constitutionnelle a indiqué que pareille règle constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement et constitue dès lors également une exception 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 résulte de cette exception doit être raisonnablement justifiée et que les droits du prévenu ne peuvent être restreints de manière disproportionnée ².

Il est dès lors recommandé d'inclure, dans l'exposé des motifs, une justification concernant l'attribution d'une valeur probante particulière au procès-verbal visé par l'article 13, § 1^{er}, de l'avant-projet.

2. L'article 13, § 1^{er}, de l'avant-projet dispose également qu'une « copie (du procès-verbal) est adressée au contrevenant, par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception, dans les trente jours de la date des constatations ».

L'avant-projet ne prévoit pas de sanction au cas où la copie du procès-verbal n'est pas communiquée dans le délai fixé. Un dépassement de ce délai n'emporte par conséquent pas la nullité du procès-verbal, mais uniquement la perte de sa valeur probante particulière, de sorte que le procès verbal aura uniquement valeur de renseignement et que le juge sera par conséquent libre d'en apprécier la valeur probante ³.

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

3. Selon l'article 13, § 2, 1°, 2° et 4°, de l'avant-projet, les agents commissionnés chargés de rechercher et de constater les infractions peuvent « pénétrer, pendant les heures habituelles d'ouverture ou de travail, dans les locaux et pièces dont l'accès

² Voir par exemple C.C., n° 40/2000, 6 avril 2000, B.14.1 ; n° 16/2001, 14 février 2001, B.12.1.

³ A. DE NAUW, « Naar een economisch strafprocesrecht ? » in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, p. 501; D. HOLSTERS, « De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven », *R.W.*, 1980-1981, p.1374.

est nécessaire à l'accomplissement de leur mission ». En revanche, ils ne peuvent pénétrer dans les « locaux habités » qu'avec l'autorisation préalable du juge du tribunal de police, aux conditions prévues à l'article 13, § 2, 4°.

Il est à noter à cet égard que le droit au respect du domicile n'est pas garanti uniquement par l'article 15 de la Constitution mais aussi par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme 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 des droits de l'homme doit être interprétée au sens large et qu'elle porte également sur les locaux professionnels et commerciaux ⁴.

Il y a lieu de relever aussi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes est fixée en ce sens que « la protection de la vie privée prévue à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (...) doit être respectée et la protection du domicile est étendue aux locaux commerciaux des sociétés » ⁵.

La Cour constitutionnelle a 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 8.1 de la Convention européenne des droits de l'homme » ⁶.

Ainsi l'intervention d'un juge constitue une garantie importante lorsqu'il s'agit de permettre qu'il soit pénétré dans les lieux en question à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou de son ayant droit. Dispenser d'une telle intervention, comme l'implique le texte à l'examen, n'est admissible que si cette dispense peut être justifiée par des raisons propres aux infractions concernées et est limitée à ce qui est strictement nécessaire pour réaliser l'objectif légitime poursuivi et si l'absence de la garantie d'une intervention judiciaire préalable est compensée par d'autres garanties suffisantes pour éviter les abus.

⁴ Voir notamment Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, Niemietz c. Allemagne ; 25 février 1993, Funke, Crémieux et Mialhe c. France ; 9 décembre 2004, Van Rossem c. Belgique. 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, pp. 117-135.

⁵ C.J.U.E., 30 mars 2006, Srintzis Lines Shipping c. Commission, C-110/04 P, § 33.

⁶ C.C., n° 140/98, 16 décembre 1998, B.1. Le projet prévoit déjà l'intervention du tribunal de police en ce qui concerne les locaux habités.

En l'espèce, en l'état du dossier, il n'apparaît pas que les conditions qui viennent d'être énoncées soient remplies. En effet, l'exposé des motifs ne dit mot des raisons pour lesquelles l'intervention d'un juge n'est pas prévue pour permettre l'accès aux locaux, sauf les locaux habités, sans consentement et il n'est pas prévu de garantie particulière pour éviter les abus, sauf le fait que les agents commissionnés exercent ces pouvoirs « sous la surveillance du procureur général, sans préjudice de leur subordination à leurs supérieurs dans l'administration » mais cela ne paraît pas offrir une garantie suffisante à cet égard.

Il résulte de ce qui précède que l'auteur de l'avant-projet doit prévoir des garanties particulières pour la visite de lieux qui, bien que ne correspondant pas à un « domicile » au sens de l'article 15 de la Constitution, bénéficient néanmoins de la protection offerte par l'article 22 de la Constitution et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

4. L'article 13, § 2, 3°, autorise les agents concernés à « saisir, contre récépissé, » divers documents.

Cette saisie, qui constitue une ingérence dans le droit de propriété, doit être assortie des garanties nécessaires. C'est ainsi qu'outre la confirmation prévue par le projet, il faut préciser la durée maximale de la saisie ainsi que les modalités de sa levée.

Article 14

Sous réserve de ce qui sera dit sous l'article 15 ci-dessous, il y a lieu, à l'article 14, alinéa 3, 3°, *in fine*, de renvoyer à cette dernière disposition.

Article 15

Selon l'article 15 de l'avant-projet, les agents commissionnés à cette fin par le Ministre peuvent, au vu des procès-verbaux constatant une infraction aux dispositions visées à l'article 16, 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

⁷ J. MATTHYS, « Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht », *R.W.*, 1975-1976, p. 340; voir aussi R. DECLERCQ, *Beginnelen van Strafrechtspleging*, Malines, 2007, p. 92, n° 153; J. LECLERCQ, « Variations sur le thème pénalisation – dépenalisation », *R.D.P.*, 1978, pp. 833-837.

fonctionnaires, qui ne sont pas placés sous l'autorité du ministère public, sans aucune forme de contrôle de ce dernier ⁸.

La section de législation du Conseil d'État est consciente de ce que, dans le passé, le législateur a déjà introduit des dispositions de portée identique ⁹. Elle 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 ¹⁰.

Dans un avis 24.896/8 donné le 21 mai 1996 sur un avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses relatives à l'expertise vétérinaire' 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 » ¹¹⁻¹².

⁸ H. BOSLY, « Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique », *R.D.P.*, 1983, p. 47.

⁹ 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'.

¹⁰ Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gand, 1994.

¹¹ *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 782/1, p. 23.

¹² Voir également à cet égard A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, op. cit., pp. 53 et 55.

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, 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 ¹³.

Article 18

L'article 18 de l'avant-projet habilite la Banque nationale à utiliser les informations enregistrées dans la centrale à des fins scientifiques ou statistiques. Comme le relève l'exposé des motifs joint à la demande d'avis, cette utilisation doit se faire au moins sur des données codées. Cette restriction n'est toutefois pas prévue par l'avant-projet examiné.

Il y a lieu de le compléter afin de prévoir explicitement cette garantie de la vie privée des personnes faisant l'objet d'un enregistrement.

Article 19

Il convient à tout le moins que le règlement qui sera adopté par la Banque nationale en matière de remboursement de ses frais soit approuvé par arrêté ministériel.

Article 22

L'article 22 de l'avant-projet modifie l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 55 du 10 novembre 1967 'organisant le statut juridique des entreprises pratiquant la location-financement'. La définition actuelle de la location-financement ou du leasing devient celle de la location-financement mobilière ou du leasing mobilier et il est ajouté une définition de la location financement d'immeuble ou du leasing immobilier.

¹³ 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').

Cette dernière appelle trois observations :

1°) Si la définition prévue par l'avant-projet interdit un effet translatif automatique de propriété, elle n'impose pas de permettre au locataire d'acquérir ces droits réels du bailleur sur le bien loué, alors que cela est, semble-t-il, une caractéristique essentielle d'une opération de location-financement. La définition semble dès lors devoir être revue afin de l'imposer.

2°) La définition prévue par l'avant-projet utilise les mots « de propriété », qui pourraient être interprétés comme excluant les autres droits réels, alors que des opérations de leasing immobilier recourent à d'autres droits réels que celui de propriété.

3°) À la différence de la location-financement mobilière ou de la définition de location-financement d'immeubles prévue par l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 30 du 29 décembre 1992 'relatif à l'application de la taxe sur la valeur ajoutée à la location financement d'immeubles', la définition en projet ne prévoit pas qu'elle doit porter sur un bien acquis ou construit selon les spécifications du futur locataire. Il y a lieu de compléter l'exposé des motifs afin d'énoncer la raison pour laquelle cette exigence n'est pas reprise.

Article 24

1. Le texte de l'article 24 doit être scindé en deux dispositions distinctes, la première relative à la disposition transitoire, la seconde portant sur l'entrée en vigueur de l'avant-projet.

2. L'article 24 laisse en suspens la question de savoir si l'entreprise qui n'a pas été agréée peut néanmoins continuer à exécuter les contrats qu'elle a conclu avant l'entrée en vigueur de la loi.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LEWALLE,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. Y. DELVAL, auditeur.

LE GREFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT

C. GIGOT

R. ANDERSEN

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.133/2/V
VAN 26 AUGUSTUS 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede vakantiekamer, op 28 juli 2011 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet “betreffende de Centrale voor Kredieten aan Ondernemingen”, heeft het volgende advies gegeven:

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit voorontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het noodzakelijk is een wetsontwerp in te dienen bij het parlement.

*

* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 10

1. Het voorliggende voorontwerp heeft betrekking op de verwerking van gegevens betreffende de persoonlijke levenssfeer. Artikel 10 regelt de informatieverstrekking aan een natuurlijk persoon vóór de eerste registratie. Uit het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer verstrekt over het voorontwerp blijkt dat ze de plicht tot kennisgeving van de registratie zo had begrepen dat deze ook gold voor de eerste wanbetaling, zoals dat bepaald is in artikel 6, § 2, van de wet van 10 augustus 2001 ‘betreffende de Centrale voor Kredieten aan Particulieren’¹.

Uit de van memorie van toelichting gevoegd bij de adviesaanvraag blijkt evenwel dat zulks niet de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp. Gezien het belang van registratie van de eerste wanbetaling zou zulk een kennisgeving een doeltreffende

¹ Punt 27 van het advies: “Dit artikel beoogt zowel de registratie van de overeenkomst (positief) als de registratie van een wanbetaling (negatief).”

bescherming vormen van de persoonlijke levenssfeer gewaarborgd bij artikel 22 van de Grondwet. Het staat derhalve aan de stellers van het voorontwerp te verantwoorden waarom daarin niet is voorzien en de memorie van toelichting aan te vullen met die redenen, zonder zich daarbij ertoe te beperken, zoals in de toelichting gevoegd bij de adviesaanvraag, de verenigbaarheid ervan aan te tonen met artikel 9, § 2, van de wet van 8 december 1992 ‘tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens’.

Die verantwoording is des te belangrijker daar artikel 2, 7°, b), van het voorontwerp wanbetaling definieert als zijnde ook de toestand van een overeenkomst waarbij de meldingsplichtige instelling het onwaarschijnlijk acht dat het verschuldigde bedrag volledig zal worden terugbetaald volgens de voorwaarden van de overeenkomst zonder het nemen van gepaste maatregelen zoals het te gelde maken van eventuele waarborgen.

2. De voornoemde wet van 8 december 1992 heeft, zoals gepreciseerd wordt in artikel 2 daarvan, betrekking op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van iedere natuurlijke persoon bij de verwerking van persoonsgegevens. Het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft bijgevolg enkel betrekking op natuurlijke personen. Er kan evenwel van worden uitgegaan dat ook rechtspersonen soortgelijke waarborgen moeten genieten. Het ontwerp bevat echter geen enkele bepaling die informatieverstrekking aan rechtspersonen beoogt. Het voorontwerp moet in die zin worden aangevuld.

Artikel 11

In paragraaf 1, eerste lid, 4°, of op zijn minst in de bespreking van het artikel, behoort de juiste strekking van de bepaling duidelijker te worden weergegeven, en inzonderheid de draagwijdte ervan.

Artikel 12

Op het eerste gezicht lijkt het de bedoeling van de steller van het voorontwerp te zijn een specifieke regeling van toegang tot persoonsgegevens in te voeren, en dus de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ buiten toepassing te laten.

Hoe dan ook, er moet voor gezorgd worden dat die twee wetten met elkaar in overeenstemming zijn.

Dezelfde vraag rijst in verband met de samenhang tussen artikel 12, eerste lid, van het voorontwerp en de voornoemde wet van 8 december 1992.

Artikel 13

1. Artikel 13, § 1, van het voorliggende voorontwerp bepaalt dat de processen-verbaal opgemaakt door de ambtenaren aangesteld door de minister bevoegd voor Economie bewijskracht hebben tot het tegendeel is bewezen.

Het Grondwettelijk Hof heeft gesteld dat zulk een regel een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als loutere inlichting, en bijgevolg ook een uitzondering op de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element, zodat voor het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit een redelijke verantwoording moet worden gegeven en de rechten van de beklaagde niet onevenredig mogen worden beperkt².

Bijgevolg wordt aanbevolen in de memorie van toelichting een verantwoording op te nemen met betrekking tot het toekennen van een bijzondere bewijskracht aan het proces-verbaal bedoeld in artikel 13, § 1, van het voorontwerp.

2. Artikel 13, § 1, van het voorontwerp bepaalt ook dat “(binnen dertig dagen na de datum van de vaststellingen) een afschrift (van het proces-verbaal) aan de overtreder (wordt) toegezonden (bij een ter post aangetekende brief met ontvangstbewijs)”.

Het voorontwerp voorziet niet in een straf in het geval dat het afschrift van het proces-verbaal niet binnen de vastgestelde termijn wordt toegezonden. Overschrijding van die termijn leidt bijgevolg niet tot nietigheid van het proces-verbaal, maar enkel tot het verlies van zijn bijzondere bewijskracht, zodat het proces-verbaal enkel nog waarde heeft als inlichting en de rechter bijgevolg vrij kan oordelen over de bewijskracht ervan³.

Het staat aan de stellers van het voorontwerp uit te maken of al dan niet in een specifieke sanctie moet worden voorzien voor het overschrijden van de genoemde termijn.

² Zie bijvoorbeeld GwH, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.14.1; nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.12.1.

³ A. DE NAUW, “Naar een economisch strafprocesrecht?” in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, 501; D. HOLSTERS, “De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven”, *R.W.* 1980-1981, 1374.

3. Luidens artikel 13, § 2, 1°, 2° en 4°, van het voorontwerp mogen de gemachtigde ambtenaren die belast zijn met het opsporen en vaststellen van overtredingen “binnentreden tijdens de gewone openings- of werkuren in de lokalen en vertrekken waartoe zij voor het vervullen van hun opdracht toegang moeten hebben”. Ze mogen daarentegen de “bewoonde lokalen” alleen binnengaan indien ze voorafgaandelijk daartoe gemachtigd zijn door de rechter bij de politierechtbank, op de voorwaarden bepaald in artikel 13, § 2, 4°.

In dat verband valt op te merken dat het recht op eerbiediging van de woning niet alleen gewaarborgd wordt door artikel 15 van de Grondwet, maar ook door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en door artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip “huis” in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens in ruime zin geïnterpreteerd moet worden en ook slaat op beroeps- en bedrijfslokalen⁴.

Ook dient erop gewezen te worden dat de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in deze zin vaststaat dat “de bescherming van het privéleven vastgelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, in acht genomen moet worden en de bescherming van de woning uitgebreid wordt tot de bedrijfslokalen van de vennootschap”⁵.

Het Grondwettelijk Hof heeft het volgende onderstreept:

“Het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, lijkt een essentiële waarborg te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1 van het Europees Verdrag voor der Rechten van de Mens”⁶.

Zo vormt het optreden van een rechter een belangrijke waarborg wanneer het erom gaat toe te staan dat de plaatsen in kwestie worden betreden buiten weten of zonder de instemming van de eigenaar of zijn rechthebbende. Het ontslaan van een zodanige verplichting om op te treden, zoals de voorliggende tekst impliceert, is slechts aanvaardbaar

⁴ Zie onder meer EHRM, 16 december 1992, Niemietz t/ Duitsland; 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe t/ Frankrijk; 9 december 2004, Van Rossem t/ België. 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.

⁵ HvJ, 30 maart 2006, Strintzis Lines Shipping t/ Commissie, C-110/04 P, § 33.

⁶ GwH, nr. 140/98, 16 december 1998, B.1. Het ontwerp voorziet reeds in het optreden van de politierechtbank voor wat betreft de bewoonde lokalen.

als voor dat ontslaan een verantwoording kan worden gegeven steunend op redenen eigen aan de betreffende strafbare feiten, als dat ontslaan beperkt is tot hetgeen strikt noodzakelijk is om het wettige doel te bereiken en indien het ontbreken van de waarborg van een voorafgaand rechterlijk optreden gecompenseerd wordt door andere waarborgen die volstaan om misbruiken te voorkomen.

In casu laat het zich bij deze stand van het dossier niet aanzien dat voldaan is aan de zo-even vermelde voorwaarden. De memorie van toelichting rept immers met geen woord over de redenen waarom niet wordt voorzien in het optreden van een rechter om toegang tot de ruimten, met uitzondering van de bewoonde lokalen, mogelijk te maken zonder instemming, en er wordt niet voorzien in een bijzondere waarborg om misbruik te voorkomen, behalve het feit dat de gemachtigde ambtenaren die bevoegdheden uitoefenen “onder het toezicht van de procureur-generaal, onverminderd hun ondergeschiktheid aan hun meerderen in het bestuur”, maar dat lijkt in dat verband evenwel geen afdoende waarborg.

Uit het bovenstaande volgt dat de steller van het voorontwerp in bijzondere waarborgen moet voorzien voor plaatsbezoeken, waarvoor, ook al gaat het niet om een “woning” in de zin van artikel 15 van de Grondwet, niettemin de bescherming wordt geboden, artikel 22 van de Grondwet en in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

4. Artikel 13, § 2, 3°, machtigt de betrokken ambtenaren om “tegen ontvangstbewijs beslag te leggen op” verscheidene documenten.

Die inbeslagname, die een inmenging is in het eigendomsrecht, moet gepaard gaan met de nodige garanties. Zo moet, benevens de bevestiging waarin het ontwerp voorziet, ook bepaald worden hoe lang de inbeslagname maximaal kan duren en volgens welke regels deze wordt opgeheven.

Artikel 14

Onder voorbehoud van de opmerkingen die hierna omtrent artikel 15 worden gemaakt, moet in artikel 14, derde lid, 3°, *in fine*, naar deze laatste bepaling worden verwezen.

Artikel 15

Luidens artikel 15 van het voorontwerp kunnen de daartoe door de minister aangestelde ambtenaren, na inzage van de processen-verbaal waarbij een overtreding wordt

vastgesteld van de bepalingen bedoeld in artikel 16, aan de overtreders de betaling voorstellen van een som die de strafvordering doet vervallen.

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 in handen wordt gelegd van ambtenaren die niet onder zijn gezag staan⁸.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State is zich ervan bewust dat de wetgever in het verleden nog bepalingen met een identieke strekking heeft ingevoerd⁹. Niettemin meent ze opnieuw te moeten opmerken dat zulke bepalingen moeilijk in overeenstemming te brengen zijn met de algemene beginselen die het optreden van het openbaar ministerie regelen. 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 beschouwd¹⁰.

In advies 24.896/8, gegeven op 21 mei 1996 over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen betreffende de veterinaire keuring’ heeft de afdeling Wetgeving onder meer het volgende opgemerkt:

“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

⁷ J. MATTHIJS, “Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht”, *R.W.* 1975-76, 340; zie ook R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Mechelen, 2007, 92, nr. 153; J. LECLERCQ, “Variations sur le thème pénalisation – dépenalisation”, *R.D.P.*, 1978, 833-837.

⁸ H. BOSLY, “Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique”, *R.D.P.*, 1983, 47

⁹ 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 van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten’.

¹⁰ Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l’entreprise*, Gent, 1994.

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”¹¹⁻¹².

Die opmerkingen gelden des te meer gelet op het bepaalde in artikel 151, § 1, tweede zin, 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 vervolgen¹³.

Artikel 18

Artikel 18 van het voorontwerp machtigt de Nationale Bank de in de Centrale geregistreerde informatie te gebruiken voor wetenschappelijke of statistische doeleinden. Zoals wordt opgemerkt in de memorie van toelichting die bij de adviesaanvraag is gevoegd, moet dit gebruik op zijn minst gebaseerd zijn op gecodeerde gegevens. In deze beperking wordt echter niet voorzien door het voorliggende voorontwerp.

Het voorontwerp moet worden aangevuld zodat de inachtneming van de persoonlijke levenssfeer van de personen op wie een registratie betrekking heeft, in dezen uitdrukkelijk wordt gewaarborgd.

¹¹ *Parl.St.* Kamer 1996-97, nr. 782/1, 23.

¹² Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *Les métamorphoses administrative du droit pénal de l'entreprise*, *op. cit.*, 53 en 55.

¹³ Vergelijk 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').

Artikel 19

Het reglement dat door de Nationale Bank moet worden aangenomen inzake terugbetaling van de kosten, dient op zijn minst te worden goedgekeurd bij ministerieel besluit.

Artikel 22

Artikel 22 van het voorontwerp wijzigt artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 55 van 10 november 1967 ‘tot regeling van het juridisch statuut der ondernemingen gespecialiseerd in financieringshuur’. De huidige definitie van financieringshuur of leasing wordt die van de roerende financieringshuur of roerende leasing en er wordt een definitie toegevoegd van de onroerende financieringshuur of onroerende leasing.

Deze laatste geeft aanleiding tot drie opmerkingen:

1°) Enerzijds sluit de in het voorontwerp vervatte definitie een automatische eigendomsoverdragende werking uit, maar anderzijds legt ze niet de verplichting op dat de huurder in staat moet zijn deze zakelijke rechten van de verhuurder op het gehuurde goed te verwerven. Nochtans is dat, naar het zich laat aanzien, een wezenlijk kenmerk van een financieringshuurtransactie. De definitie moet derhalve wellicht worden herzien teneinde deze verplichting op te leggen.

2°) De in het voorontwerp vervatte definitie maakt gebruik van het woorddeel “eigendoms-“, dat aldus geïnterpreteerd zou kunnen worden als zou het de andere zakelijke rechten uitsluiten, terwijl in het kader van transacties inzake onroerende financieringshuur met andere zakelijke rechten dan het eigendomsrecht aan de orde zijn.

3°) Anders dan de roerende financieringshuur of dan de definitie van de onroerende financieringshuur zoals die bepaald wordt in artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 30 van 29 december 1992 ‘met betrekking tot de toepassing van de belasting over de toegevoegde waarde op de onroerende financieringshuur’, geeft de ontworpen definitie niet aan dat deze betrekking moet hebben op een goed dat is verkregen of opgericht overeenkomstig de technische preciseringen van de toekomstige huurder. De memorie van toelichting moet worden aangevuld teneinde de reden aan te geven waarom deze vereiste niet is opgenomen.

Artikel 24

1. De tekst van artikel 24 moet in twee onderscheiden bepalingen worden gesplitst, de eerste betreffende de overgangsbepaling, de tweede betreffende de inwerkingtreding van het voorontwerp.

2. Artikel 24 geeft geen uitsluitel omtrent de vraag of een niet-erkende onderneming de contracten die ze heeft gesloten vóór de inwerkingtreding van de wet toch nog verder kan uitvoeren.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	P. LEWALLE,	staatsraden,
	P. VANDERNOOT,	
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer Y. DELVAL, auditeur

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de Heer P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER

DE EERSTE VOORZITTER

C. GIGOT

R. ANDERSEN