



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 52.414/2
du 14 janvier 2013

advies 52.414/2
van 14 januari 2013

sur

over

une proposition de loi
‘modifiant la loi du
15 avril 1958 relative à la
publicité en matière de soins
dentaires en vue d’interdire
clairement la publicité relative
aux interventions dentaires à
visée esthétique et en vue
d’adapter les peines aux
normes actuelles’ (*Doc. parl.*,
Sénat, 2011-2012, n° 5-1297/1)

een wetvoorstel ‘tot wijziging
van de wet van 15 april 1958
betreffende de publiciteit
inzake tandverzorging met het
oog op een duidelijk verbod op
reclame voor tandheelkundige
esthetische ingrepen en met het
oog op een aanpassing van de
straffen aan de huidige
normen’ (*Parl. St.*, Senaat,
2011-2012, nr. 5-1297/1)

Le 22 novembre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente du Sénat à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de loi 'modifiant la loi du 15 avril 1958 relative à la publicité en matière de soins dentaires en vue d'interdire clairement la publicité relative aux interventions dentaires à visée esthétique et en vue d'adapter les peines aux normes actuelles' (*Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5-1297/1).

La proposition de loi a été examinée par la deuxième chambre les 17 décembre 2012, 7 et 14 janvier 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET .

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 janvier 2013.

*

Op 22 november 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Senaat verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een wetvoorstel 'tot wijziging van de wet van 15 april 1958 betreffende de publiciteit inzake tandverzorging met het oog op een duidelijk verbod op reclame voor tandheekkundige esthetische ingrepen en met het oog op een aanpassing van de straffen aan de huidige normen' (*Parl. St.*, Senaat, 2011-2012, nr. 5-1297/1).

Het wetvoorstel is door de tweede kamer onderzocht op 17 december 2012, 7 en 14 januari 2013. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, kamervoorzitter, Pierre VANDERNOOT en Martine BAGUET, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 januari 2013.

*

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 la proposition de loi, 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, la proposition de loi appelle les observations suivantes.

OBSERVATION PRÉALABLE

1. L'objet de la proposition de loi modifiant la loi du 15 avril 1958 'relative à la publicité en matière de soins dentaires' en vue d'interdire clairement la publicité relative aux interventions dentaires à visée esthétiques et en vue d'adapter les peines aux normes actuelles (déposée par Mme Elke Sleurs et consorts), est d'interdire la publicité relative aux interventions dentaires à visée esthétique, en les intégrant dans le champ d'application de la loi du 15 avril 1958 'relative à la publicité en matière de soins dentaires' (ci-après la loi du 15 avril 1958). Une loi interdisant la publicité et réglementant l'information relative aux actes d'esthétique médicale a déjà été adoptée le 6 juillet 2011 (ci-après la loi du 6 juillet 2011). Les auteurs de la présente proposition expliquent, dans les développements, que le législateur d'alors avait « choisi de limiter l'interdiction aux médecins puisqu'il existait déjà une loi interdisant la publicité en matière de soins dentaires ».

La proposition vise à adopter une législation similaire à la loi du 6 juillet 2011, non seulement pour avoir une législation homogène entre les actes d'esthétique médicale et ceux d'esthétique dentaire, mais aussi parce que, selon ses développements, il « n'est pas illusoire de penser que certains actes médicaux à visée esthétique dans la région buccale (par exemple au niveau des lèvres) pourraient être réalisés par des dentistes afin de contourner la nouvelle loi ». Pour ce faire, les articles 2 et 3 de la proposition entendent expliciter ce que sont les « actes d'esthétique dentaire » ainsi que les informations qui ne relèvent pas de la publicité et peuvent donc être communiquées au patient.

La filiation entre la proposition soumise à examen et la loi de 6 juillet 2011 est telle qu'il y a lieu de se référer aux objectifs poursuivis par cette première législation pour identifier ceux qui sont à la base de la proposition présentement examinée. Ainsi, c'est dans le contexte plus large de la volonté de réglementer le secteur de la « médecine esthétique » en pleine expansion que se situent ces différentes législations : « l'engouement pour la médecine esthétique n'est plus à démontrer et les débordements constatés dans cette spécialité sont une réalité »¹⁻².

¹ *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1487/002, p. 4.

² Le problème lié à la publicité n'est d'ailleurs qu'un des aspects de cette problématique. Ce dernier volet de la matière a donné lieu à deux autres propositions de loi. L'une réglementant les qualifications requises pour poser des actes d'esthétique médicale invasive et l'autre réglementant les installations extrahospitalières où sont pratiqués des actes invasifs d'esthétique. Toutes deux ont donné lieu à un avis unique de la section de législation du Conseil d'État 49.794/VR/3 et 49.795/VR/3 donnés le 28 juin 2011. En outre, avant même l'adoption de la loi réglementant les qualifications requises pour poser des actes d'esthétique médicale invasive, les amendements y relatifs du

Issue d'une proposition, la loi du 6 juillet 2011 n'a pas été soumise à l'avis de la section de législation du Conseil d'État. En revanche, elle fait l'objet de six recours en annulation pendants devant la Cour constitutionnelle³.

2. C'est sous réserve de cette observation préalable que le présent avis est donné.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. La définition des actes d'esthétique dentaire dont la publicité est interdite

3. Selon les développements de la proposition,

« La loi du 15 avril 1958 relative à la publicité en matière de soins dentaires ne mentionne pas les actes à visée esthétique (comme la pose de facettes dentaires, le blanchiment des dents, etc.) pour la bonne et simple raison que ces actes n'existaient pas encore à l'époque. Durant les procédures judiciaires, les associations professionnelles sont régulièrement confrontées à des interprétations visant à exclure du champ d'application de la législation en vigueur les infractions en matière de publicité pour des actes à visée esthétique. En énumérant ces traitements dentaires, la proposition de loi ambitionne de remédier au flou qui subsiste dans la législation actuelle ».

L'article 1^{er}, 5°, proposé, de la loi du 15 avril 1958 (article 2 de la proposition), définit les actes d'esthétique dentaire comme tout acte posé par un praticien de l'art dentaire visé à l'article 3 de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 'relatif à l'exercice des professions de soins de santé', visant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, pour des raisons esthétiques, sans but thérapeutique ni reconstructeur.

L'article 3 de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé (ci-après l'arrêté royal n° 78) dispose

« Par dérogation au paragraphe 1^{er} de l'article 2, nul ne peut exercer l'art dentaire s'il n'est porteur du diplôme de licencié en science dentaire obtenu conformément à la législation sur la collation des grades académiques et le programme des examens universitaires ou s'il n'en est légalement dispensé et s'il ne réunit pas, en outre, les conditions imposées par l'article 7.

Constitue l'exercice illégal de l'art dentaire, l'accomplissement habituel par une personne ne réunissant pas l'ensemble des conditions requises par l'alinéa 1^{er} du présent article de toutes interventions ou manipulations pratiquées dans la bouche des patients et ayant pour but de préserver, guérir, redresser ou remplacer l'organe dentaire, en ce compris le tissu alvéolaire, notamment celles qui relèvent de la dentisterie opératoire, de l'orthodontie et de la prothèse bucco-dentaire.

Gouvernement ont été soumis à l'examen de la section de législation du Conseil d'État (avis 51.567/2 donné le 11 juillet 2012).

³ Ces recours ont fait l'objet d'une publication au *Moniteur belge* du 16 mars 2012 (2012/201365). Ils sont inscrits sous les numéros de rôle 5304, 5305, 5306, 5307, 5310 et 5311 et ont été joints. Sur les six recours introduits, cinq portent sur la loi tout entière. Le sixième (5310) introduit par le Gouvernement flamand porte sur les articles 2, 1° et 6°, et 3 de la loi.

Le Roi peut, conformément aux dispositions de l'article 46, préciser les actes visés à l'alinéa précédent »⁴.

L'article 3 de l'arrêté royal du 1^{er} juin 1934 'réglementant l'exercice de l'art dentaire', auquel l'article 52 de l'arrêté royal n° 78 a conféré force légale⁵, définit comme relevant de l'art dentaire 'toutes les manœuvres sanglantes ou non sanglantes ainsi que les manipulations mêmes accessoires pratiquées dans la bouche de patients et ayant pour but de préserver, guérir, redresser ou remplacer les organes de la mastication ; manœuvres et manipulations comprises dans la dentisterie opératoire, la prothèse buccale et l'orthodontie, qui sont prévues comme matières d'examen à l'article 15 de la loi du 21 mai 1929 sur la collation des grades académiques'. Il en est de même des diagnostics et pronostics préalables à ces manœuvres et manipulations.

Contrairement à ce qu'annonce l'exposé des motifs, aucune énumération de ce qu'il faut entendre, parmi les « traitements dentaires », comme étant des actes « à visée esthétique » n'est prévue dans le dispositif à l'examen. En effet, aux termes de l'article 1^{er}, 5°, proposé de la loi du 15 avril 1958, l'acte d'esthétique dentaire se définit positivement, au regard de la personne qui le pose, à savoir un dentiste diplômé, et de la notion de modification de l'apparence corporelle d'une personne, ainsi que négativement en ce qu'il n'a aucun but thérapeutique ou reconstructeur.

4. Sur le plan du choix de la méthode pour laquelle l'auteur a opté, il y a lieu de rappeler que la section de législation a, dans son avis unique 49.794/VR/3 et 49.795/VR/3 donné le 28 juin 2011 sur une proposition de loi 'réglementant les qualifications requises pour poser des actes d'esthétique médicale invasive', formulé l'observation suivante :

« [...] le Conseil d'État, section de législation, ne dispose [...] pas des connaissances concrètes et médicales pour juger si les définitions (ainsi données) sont adéquates sur le plan médical ou du point de vue de la pratique concrète actuelle.

Le Conseil d'État ne dispose pas non plus des connaissances nécessaires pour juger si le choix de la qualification (diplôme ou titre professionnel particulier) requise pour effectuer certains actes est adéquat et peut se concilier avec le principe d'égalité »⁶.

Cette observation peut être réitérée ici.

5. Quant à la portée de l'article 1^{er}, 5°, proposé, il s'impose, en revanche, de relever l'ambiguïté que la définition fournie induit quant à la détermination du champ d'application personnel et matériel de la proposition de loi.

⁴ L'article 2, § 1^{er}, dispose : « Nul ne peut exercer l'art médical s'il n'est porteur du diplôme légal de docteur en médecine, chirurgie et accouchements, obtenu conformément à la législation sur la collation des grades académiques et le programme des examens universitaires ou s'il n'en est légalement dispensé, et s'il ne réunit pas, en outre, les conditions imposées par l'article 7, (...) ».

⁵ L'article 52 de l'arrêté royal n° 78 dispose :

« L'arrêté royal du 1^{er} juin 1934, réglementant l'exercice de l'art dentaire, tel qu'il a été modifié par les arrêtés subséquents, est maintenu en vigueur. Il ne peut être modifié que par une loi.

Les infractions aux dispositions de cet arrêté sont punies, selon le cas, des peines prévues à l'article 38, § 1^{er}, 1° ou 2° ».

⁶ *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-62/2, p. 10.

6. Si l'on s'en tient aux actes matériels définis par l'article 1^{er}, 5°, proposé, la question se pose de savoir en quoi le dispositif actuel de la loi du 15 avril 1958 ne suffit pas à atteindre l'objectif que se donne l'auteur de la proposition de loi.

L'article 1^{er} de cette loi interdit déjà la publicité pour « soigner (...) les affections, lésions ou anomalies de la bouche et des dents » et son article 2 interdit à « toute personne habilitée à exercer l'art dentaire de prêter son activité professionnelle dans un cabinet ou dans un établissement de soins dentaires dont le propriétaire ou l'exploitant ferait directement ou indirectement » de la publicité. Les termes ainsi employés semblent donc suffisamment généraux pour englober les actes posés par un praticien de l'art dentaire « visant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, pour des raisons esthétiques, sans but thérapeutique ni reconstruteur », au sens de l'article 1^{er}, 5°, proposé.

Le Conseil d'État constate cependant que, selon les développements de la proposition,

« [d]urant les procédures judiciaires [intentées contre des dentistes et des non-dentistes ayant fait de la publicité pour des soins dentaires], les associations professionnelles sont régulièrement confrontées à des interprétations visant à exclure du champ d'application de la législation en vigueur ⁷, les infractions en matière de publicité pour des actes à visées esthétique ».

Dès lors que l'intention ainsi annoncée a pour objectif de mettre un terme à ces problèmes d'interprétation, il s'impose, dans un souci de clarté et donc de sécurité juridique, de faire figurer, dans les dispositions proposées, une énumération des actes d'esthétique dentaire concernés par l'interdiction de publicité.

7. Sous cet angle, deux approches sont possibles.

8. Soit l'on se rapporte aux personnes mentionnées explicitement dans l'article 1^{er}, 5° : il apparaît alors que seuls les praticiens de l'art dentaire visés à l'article 3 de l'arrêté royal n° 78, c'est-à-dire les dentistes, sont concernés par la définition donnée à l'article 1^{er}, 5°, proposé et dans cette mesure par l'interdiction faite à l'article 1^{er}/1, alinéa 2, proposé, de la loi du 15 avril 1958.

Dans cette hypothèse, la question se pose de savoir quelles sont les raisons objectivement admissibles qui permettent de justifier, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, que les non-dentistes posant les mêmes actes ne seraient pas, à l'encontre des dentistes, tenus à la même interdiction de publicité ⁸. Le Conseil d'État n'aperçoit pas, sans autres précisions apportées dans les développements, quelles pourraient être ces raisons.

⁷ À savoir de la loi du 15 avril 1958.

⁸ Voir, *mutatis mutandis*, l'observation formulée par le Conseil d'État, section de législation, dans son avis unique 49.794/VR/3 et 49.795/VR/3 donné le 28 juin 2011 à propos de la proposition de loi réglementant les qualifications requises pour poser des actes d'esthétique médicale invasive : « Selon une interprétation relativement large du caractère invasif de ces actes (...), cela signifie qu'un certain nombre d'actes, tels que les tatouages, les piercings et le perçage des lobes d'oreille ne pourront plus dorénavant être effectués que par ces praticiens. Les auteurs des propositions de loi doivent vérifier si telle est effectivement l'intention et, dans la négative, s'il ne faut

9. Soit l'on examine l'article 1^{er}, 5°, proposé à la lumière des développements, ce que semble corroborer l'article 1^{er}/1, alinéa 1^{er}, proposé : la proposition entend dans ce cas réglementer les actes « visant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, (...) pour des raisons esthétiques, sans but thérapeutique ni restructeur », au sens de l'article 1^{er}, 5°, proposé, indépendamment de la question de savoir s'ils sont posés par des dentistes ou des non-dentistes⁹, en ce compris des établissements commerciaux.

Dans cette hypothèse, la définition donnée à l'article 1^{er}, 5°, proposé est incomplète en ce qu'elle ne traduit pas l'intention des auteurs. Or une telle discordance entre le dispositif proposé et l'intention exprimée par les proposants crée une insécurité juridique incompatible avec les principes de légalité et de prévisibilité dont le respect s'impose certainement dans une matière sanctionnée, comme en l'occurrence, pénalement¹⁰.

10. La rédaction de l'article 1^{er}/1, proposé (article 3 de la proposition) ne fait qu'ajouter à la confusion de l'appréhension qu'il convient d'avoir du champ d'application de la proposition. Il n'est en effet pas admissible qu'il résulte de la lecture de ces deux articles, que deux champs d'application personnels soient concevables. En effet, si les actes d'esthétique dentaire mentionnés à l'alinéa 2 ne sont pas visés par l'alinéa 1^{er}, alors seuls les dentistes sont concernés par l'interdiction de publicité. En revanche, si les deux alinéas sont combinés, il faut en déduire que tant les dentistes que les non dentistes se voient imposés l'interdiction de publicité.

11. En conclusion, la proposition sera revue afin de faire clairement apparaître son champ d'application et complétée de manière à tenir compte des observations formulées ci-avant.

pas adapter le champ d'application des propositions de loi. Si les actes cités ne pourraient plus être effectués par (entre autres) des bijoutiers, dans des salons de beauté ou par des tatoueurs, les auteurs des propositions devront pouvoir justifier cette restriction de la liberté du commerce et de l'industrie. S'il s'agit au contraire que ces actes puissent encore toujours être effectués librement par des personnes qui ne sont pas des praticiens des soins de santé, se pose la question de savoir si et pourquoi les praticiens sont soumis aux règles proposées pour de tels actes au contraire d'autres personnes auxquelles ces règles ne s'appliqueraient pas du tout. Une telle différence de traitement requiert d'être adéquatement justifiée au regard du principe d'égalité ».

⁹ Par rapport à la « personne qualifiée ou non » telle que déjà mentionnée à l'article 1^{er} de la loi du 15 avril 1958 et figurant à l'article 1^{er}/1, alinéa 1^{er}, proposé.

¹⁰ Voir C.C., n° 40/2009 du 11 mars 2009, B18.1 et 18.2.

B. Examen de l'interdiction de publicité en tant que restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services au sens du droit communautaire

12. La Cour de Justice de l'Union européenne ¹¹ s'est, dans une affaire *Corporación Dermoestética* ¹², prononcée sur une question préjudicielle visant à demander si une législation italienne interdisant la publicité pour les traitements médico-chirurgicaux effectués dans des structures médicales privées dans le domaine des soins esthétiques était conforme aux principes de libre circulation des personnes, de liberté d'établissement et de libre prestation des services ¹³.

La Cour rappelle que

« des restrictions à la liberté d'établissement ainsi qu'à la libre prestation des services visées respectivement aux articles (49 TFUE) et (56 TFUE) sont constituées par des mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de ces libertés » et

pour conclure que le régime de publicité prévu par la législation italienne en cause constitue une mesure nationale susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité aux articles (49 TFUE) et (56 TFUE) ¹⁴.

À la lumière de cette jurisprudence, il y a lieu de considérer que la proposition de loi examinée est de nature à constituer une mesure susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services dès lors qu'elle édicte une interdiction quasi absolue de publicité pour les actes d'esthétique dentaire.

¹¹ Suivant en cela les conclusions de l'avocat général Yves BOT, dans l'affaire *Doulamis* (CJUE, arrêt *Doulamis*, C-446/05, du 13 mars 2008) aux termes desquelles « c'est à l'aune des articles (49 TFUE) et (56 TFUE), relatifs à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, que la compatibilité de cette législation (à savoir la loi du 15 avril 1958 en tant qu'elle interdit la publicité aux prestataires de soins dentaires) avec le droit communautaire doit être examinée ». Selon lui, « un acte médical ou paramédical tel que des prestations de soins dentaires constitue une activité économique soumise aux règles du marché intérieur. Les mesures prises dans un État membre qui régissent la publicité pouvant être effectuée par les prestataires de soins dentaires ne doivent donc pas porter atteinte aux règles du traité en matière de concurrence. Elles ne doivent pas non plus être contraires aux libertés de circulation ». Partant, l'Avocat général expose en quoi une telle interdiction peut être justifiée dans la mesure, d'une part, où elle répond à une exigence impérieuse d'intérêt général – à savoir la protection de la santé publique – et, d'autre part, où elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre et qu'elle reste donc proportionnée à l'objectif poursuivi. Et de conclure que « cette restriction est justifiée par la protection de la santé publique dès lors que la législation nationale en cause n'a pas pour effet d'interdire la simple mention, sans caractère attractif ou incitatif, par de tels prestataires, dans un annuaire téléphonique ou d'autres moyens d'information accessibles au public, des indications permettant de connaître leur existence en tant que professionnels, telles que leur identité, les activités qu'ils sont en droit d'exercer, le lieu où ils les exercent, leurs horaires de travail et les moyens d'entrer en contact avec eux ».

¹² Voir C.J.C.E., arrêt C-500/06, *Corporación Dermoestética* s.a.c. To Me Group Advertising Media, du 7 juillet 2008.

¹³ Les articles (49 TFUE), (48 TFUE), (56 TFUE) et (62 TFUE) étaient cités ainsi que les articles 3, § 1, et 14, § 1, de la Directive du Conseil 89/552/CEE 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' (JO L 298, p.23), telle que modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 202, p. 60).

¹⁴ Arrêt *Corporación Dermoestética* précité, point n° 34.

13. Dans ce même arrêt *Corporación Dermoestética*, la Cour rappelle toutefois que de « telles mesures peuvent être justifiées si elles remplissent quatre conditions : s'appliquer de manière non discriminatoire, répondre à des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre »¹⁵.

En premier lieu, la Cour considère que la législation italienne en instaurant un régime de publicité qui s'applique indépendamment de l'État membre d'établissement des entreprises auxquelles il s'adresse, n'est pas discriminatoire. Pareille analyse peut être transposée à la présente proposition de loi modifiant la loi du 15 avril 1958 ».

En deuxième lieu,

« la protection de la santé publique figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général qui peuvent, en vertu de l'article (52, paragraphe 1, TFUE) et de ce même article lu en combinaison avec l'article (62 TFUE), justifier des restrictions, respectivement, à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services »¹⁶.

Dans l'arrêt *Corporación Dermoestética*, la Cour conclut sans s'en expliquer davantage que la législation italienne est susceptible d'être justifiée au regard de l'objectif de santé publique.

14. La Cour de justice a été amenée à préciser quelque peu la portée de cet objectif ainsi que le contrôle de proportionnalité dans un arrêt *Ker-Optika* du 2 décembre 2010 (C-108/09), rendu il est vrai en matière de libre circulation des marchandises¹⁷⁻¹⁸ :

« 57. Selon une jurisprudence constante, une entrave à la libre circulation des marchandises peut être justifiée par des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 36 TFUE ou par des exigences impératives. Dans l'un ou l'autre cas, la mesure nationale doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint (voir, notamment, arrêt *Commission/Italie*, précité, point 59 et jurisprudence citée).

58. À cet égard, si ladite mesure relève du domaine de la santé publique, il doit être tenu compte du fait que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité et qu'il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint. Celui-ci pouvant varier d'un État membre à l'autre, il convient de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation (voir arrêt du 1^{er} juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, C-570/07 et C-571/07, non encore publié au Recueil, point 44 et jurisprudence citée).

¹⁵ Arrêt *Corporación Dermoestética* précité, point n° 35.

¹⁶ Arrêt *Corporación Dermoestética* précité, point n° 37.

¹⁷ Il résulte en effet de l'arrêt *Corporación Dermoestética* précité que les principes de l'article 36 TFUE, quoi qu'énoncés en matière de libre circulation des marchandises, sont applicables à la libre circulation des services. Voir à cet égard C. BARNARD, *The substantive law of the EU, The four freedoms*, Oxford, Oxford University Press, Third édition, 2010, p. 494.

¹⁸ Il s'agissait de l'obligation de vendre des lentilles de contact chez un opticien, la vente directe par internet étant interdite.

59. En l'espèce, la justification invoquée par le gouvernement hongrois porte sur la nécessité d'assurer la protection de la santé des utilisateurs de lentilles de contact. Cette justification répond, dès lors, à des préoccupations de santé publique admises par l'article 36 TFUE, qui sont susceptibles de justifier une entrave à la libre circulation des marchandises.

60. Ainsi, il convient d'examiner si la réglementation en cause au principal est propre à garantir l'objectif ainsi poursuivi.

[...]

74. Il découle de ce qui précède que l'objectif visant à assurer la protection de la santé des utilisateurs de lentilles de contact peut être atteint par des mesures moins restrictives que celles qui résultent de la réglementation en cause au principal, consistant à ne soumettre à certaines restrictions que la première livraison de lentilles et à imposer aux opérateurs économiques intéressés de mettre un opticien qualifié à la disposition du client.

75. Par conséquent, lorsqu'un État membre adopte une réglementation telle que celle en cause au principal, il dépasse les limites de la marge d'appréciation rappelée au point 58 du présent arrêt, et cette réglementation doit dès lors être considérée comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif invoqué ».

15. En conclusion sur la compatibilité de l'interdiction de publicité avec la liberté d'établissement et la libre prestation des services, il revient aux auteurs de la proposition de s'assurer que, pour l'ensemble des actes d'esthétique dentaire, quel que soit celui qui les pose (prestataire de soins dentaires ou non), la mesure peut être justifiée par un objectif de santé publique et, si tel est le cas, comme on peut le supposer pour la plupart des actes concernés, que l'interdiction envisagée n'est pas disproportionnée. Sur ce dernier point, il conviendra d'établir que des mesures moins restrictives des libertés en cause ne peuvent être adoptées.

Ces questions se posent avec d'autant plus d'acuité si l'interdiction de la publicité est étendue à des professions non réglementées, autorisées dès lors à poser librement des actes non réservés sur la base de l'article 3 de l'arrêté royal n° 78 et de l'article 3 de l'arrêté royal précité du 1^{er} juin 1934.

C. Examen de l'interdiction de publicité au regard de la directive « services »

16. Comme l'a rappelé l'Assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État dans son avis 45.609/AG donné le 3 février 2009 sur un avant-projet devenu le décret wallon du 30 avril 2009 'relatif à l'hébergement et à l'accueil des personnes âgées'¹⁹, l'article 2, paragraphe 2, f), 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 ») exclut du champ d'application de celle-ci « les services de soins de santé, qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national ou de leur nature publique ou privée ».

¹⁹ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2009-2010, n° 971/1.

Selon le considérant (22) de la directive « services », cette exclusion couvre

« les services de soins de santé et pharmaceutiques fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé lorsque ces activités sont réservées à une profession de santé réglementée dans l'État membre dans lequel les services sont fournis ».

Le Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services », précise que cette exclusion

« ne couvre pas les activités qui ne sont pas destinées à maintenir, évaluer ou rétablir l'état de santé des patients. Ainsi, les activités destinées à améliorer le bien-être ou à permettre la relaxation, comme les clubs de sport ou de fitness, sont couvertes par la directive 'services' et doivent être couvertes par les mesures de mise en œuvre. Par ailleurs, l'exclusion des services de santé ne couvre que les activités réservées à une profession de santé réglementée dans l'État membre où le service est fourni [à savoir, conformément à l'article 4, 11°, de la directive, une activité ou un ensemble d'activités professionnelles visées à l'article 3, paragraphe 1, point a), de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles]. Les services qui peuvent être fournis sans qu'une qualification professionnelle spécifique ne soit exigée doivent donc être couverts par les mesures de mise en œuvre »²⁰.

17. Quelle que soit l'hypothèse du champ d'application personnel envisagée, c'est-à-dire que seuls les dentistes soient visés par l'interdiction de publicité des actes d'esthétique dentaire ou que cette interdiction concerne également les non dentistes, la proposition de loi pose problème quant au respect de la directive « services ».

18. Soit les auteurs de la proposition ont pour objectif de viser uniquement les dentistes qui seraient ainsi les seuls à qui l'interdiction de publicité des actes d'esthétique dentaire s'appliquerait : dans ce cas, la proposition de loi à l'examen pose, outre le problème de sa justification au regard du principe de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution, une difficulté supplémentaire quant au respect de l'article 24 de la directive « services ».

En effet, même à supposer - ce qui apparaît douteux - que tous les actes d'esthétique dentaire entrent dans la notion « soins de santé » en sorte que les dentistes, en tant qu'ils sont des « professionnels de la santé » et ressortissent donc à une « profession réglementée », seraient exclus du champ d'application de la directive « services » au titre de « services de soins de santé »²¹, il n'en demeurerait pas moins qu'il y aurait encore lieu de tenir compte de l'article 24 de la directive qui dispose

« 1. Les États membres suppriment toutes les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées.

2. Les États membres veillent à ce que les communications commerciales faites par les professions réglementées respectent les règles professionnelles, conformes au droit communautaire, qui visent notamment l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la

²⁰ http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/index_fr.pdf, p. 12.

²¹ Notion à « caractère restrictif », comme le relève l'avis 45.609/AG précité.

profession ainsi que le secret professionnel, en fonction de la spécificité de chaque profession. Les règles professionnelles en matière de communications commerciales doivent être non discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées »²².

Le Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « services » précise la portée de l'obligation ainsi faite aux États membres :

« La notion de communication commerciale, telle qu'elle est définie à l'article 4, paragraphe 12, de la directive, couvre toute forme de communication destinée à promouvoir les services ou l'image d'un prestataire. Elle couvre donc la publicité ainsi que d'autres formes de communications commerciales, telles que les cartes professionnelles mentionnant le titre et la spécialité du prestataire de service »²³.

Les États membres devront éliminer toutes les restrictions inutiles aux communications commerciales, tout en sauvegardant l'indépendance et l'intégrité des professions réglementées.

L'article 24 s'applique à toute restriction, qu'elle soit prévue dans la législation nationale ou dans les règles d'ordres professionnels ou autres organisations professionnelles. Cela signifie donc que les États membres devront examiner leur législation, l'adapter le cas échéant et prendre les mesures appropriées pour garantir que les règles pertinentes des ordres et organisations professionnels soient adaptées si nécessaire.

Premièrement, les États membres devront supprimer toutes les interdictions totales de communications commerciales imposées aux professions réglementées, par exemple les interdictions de communiquer des informations sur le prestataire ou son activité par tout moyen de communication.

Tel est le cas lorsque, par exemple, des règles professionnelles interdisent les communications commerciales dans tous les médias (dont la presse, la télévision, la radio, l'Internet, etc.) pour une profession réglementée donnée. En revanche, les règles concernant le contenu et les conditions de publicité et d'autres formes de communication commerciale peuvent être justifiées par des raisons déontologiques dans le cas de professions réglementées particulières et de types particuliers de communications commerciales.

Deuxièmement, les États membres devront veiller à ce que les communications commerciales des professions réglementées respectent les règles professionnelles qui, en conformité avec le droit communautaire, visent, en particulier, à garantir l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession réglementée ainsi que le secret professionnel. Par exemple, le respect de l'obligation de secret professionnel empêchera normalement les prestataires de mentionner le nom de leurs clients dans des communications commerciales sans leur consentement exprès.

²² Le considérant 100 définit l'objectif poursuivi par cette disposition comme suit :

« Il convient de mettre fin aux interdictions totales des communications commerciales pour les professions réglementées, non pas en levant les interdictions relatives au contenu d'une communication commerciale sinon celles qui, de manière générale et pour une profession donnée, interdisent une ou plusieurs formes de communication commerciale, par exemple toute publicité dans un média donné ou dans certains d'entre eux. En ce qui concerne le contenu et les modalités des communications commerciales, il convient d'inciter les professionnels à élaborer, dans le respect du droit communautaire, des codes de conduite au niveau communautaire ».

²³ Note 153 du Manuel : L'article 7, paragraphe 3, et les articles 52 et 54 de la directive 2005/36/CE contiennent les règles applicables à l'utilisation des titres professionnels et académiques dans le cas où un prestataire fournit ses services dans un autre État membre que celui dans lequel il a acquis ses qualifications professionnelles.

Bien que la directive 'services' reconnaisse explicitement et puisse exiger certaines limitations en matière de contenu des communications commerciales, ces règles doivent être non discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et être proportionnées. Ainsi, par exemple, une loi nationale interdisant toute communication commerciale comparative des professions réglementées ne peut être considérée comme justifiée et proportionnée pour garantir la dignité et l'éthique de la profession que s'il n'existe pas d'autres moyens moins restrictifs d'atteindre le même objectif »²⁴.

Une interdiction quasi absolue²⁵ de publicité pour les actes d'esthétique dentaire telle qu'imposée par la proposition de loi, risque d'être analysée, en ce qu'elle est totale pour certains de ces actes, comme contrevenant²⁶ à l'article 24 de la directive « services », tel qu'éclairé par le Manuel, dès lors que les conditions de l'exception énoncées au paragraphe 2 de ce même article ne seraient pas satisfaites. Aucun élément des développements ne permet de s'assurer que tel est bien le cas.

19. Soit les auteurs de la proposition ont pour objectif d'interdire la publicité pour les actes d'esthétique dentaire également aux non dentistes, qu'ils soient ou non constitués en société commerciale : en ce qui concerne les non dentistes, l'interdiction quasi absolue, indépendamment même de la question de savoir si elle doit être ou non considérée comme une interdiction totale, apparaît en manifeste contradiction avec les principes de la liberté d'établissement et de libre circulation qui sous-tendent la directive « services ». Celle-ci n'offre en effet aucune possibilité de dérogation certainement pour les services qui entrent dans son champ d'application, ce qui est le cas des non dentistes, qui ne peuvent être couverts par l'exclusion dont peuvent bénéficier les dentistes prévue à l'article 2, paragraphe 2, p) de la directive.

D. Examen de l'interdiction de publicité en tant que restriction aux libertés d'expression et de la presse

20. Bien que les limitations soient plus largement admises en la matière, la publicité commerciale entre dans le champ d'application des libertés d'expression et de presse garanties par les articles 19 et 25 de la Constitution, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁷.

Même si l'interdiction de la publicité est admissible sur la base des considérations de droit européen qui viennent d'être émises et dans la mesure de cette admissibilité, le législateur doit également se montrer attentif aux conditions dans lesquelles pareille restriction

²⁴ Point 8.3., p. 52.

²⁵ Sous réserve de l'information personnelle permise à de strictes conditions.

²⁶ Comparer avec l'arrêt rendu par la CJUE, en Grande Chambre, le 5 avril 2011, dans l'affaire *Société fiduciaire nationale d'expert comptable c. France* (c-119/09), dans une matière cependant distincte puisque elle concernait la compatibilité de l'interdiction du marchandage imposée par le code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable, avec l'article 24.1 de la directive « services ».

²⁷ C.C., n° 102/1999 du 30 septembre 1999, B.24 ; observation n° 46/2 de l'avis 39.192/3 donné le 4 novembre 2005 sur un avant-projet devenu la loi du 1^{er} mai 2006 'portant révision de la législation pharmaceutique', (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2189/1) ; Fr. TULKENS, « La liberté d'expression en général », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. I, pp. 821 à 844, spéc. pp. 839, 840 et 843.

aux libertés d'expression et de presse peuvent résister au contrôle de compatibilité avec les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées.

Sur ce point, si, comme la Cour constitutionnelle l'a constaté,

« [l]a protection de la santé figure expressément, aux termes de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, parmi les intérêts de nature à justifier des restrictions à la liberté d'expression »²⁸.

et si la protection des droits d'autrui peut également justifier, dans le contexte de la publicité commerciale, une restriction à la liberté d'émettre pareils messages²⁹, il convient d'examiner si l'interdiction envisagée par la proposition à l'examen, par son caractère général et absolu, peut être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique », au sens de l'article 10, § 2, précité et donc admissible au titre de cette dernière disposition.

C'est principalement dans un contexte de communication par la voie de la presse, écrite ou audiovisuelle, que la question peut se poser.

De manière générale, selon la Cour européenne des droits de l'homme,

« [l]a presse joue un rôle essentiel dans une société démocratique ; si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et idées sur toutes les questions d'intérêt général »³⁰.

La Cour a appliqué ces principes dans un arrêt *Stambuk c. Allemagne* du 17 octobre 2002, qui concernait une sanction disciplinaire infligée à un ophtalmologue en raison de la publication par un journal d'un article faisant suite à une interview de ce dernier sur une technique médicale qu'il appliquait. Selon cet arrêt, lorsque des informations sont communiquées au public par la voie de la presse, il convient de tenir compte, dans l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure restrictive qui serait justifiée en soi par la poursuite d'un objectif légitime par exemple celui de la santé publique ou de la protection des droits des tiers de l'« essential function fulfilled by the press in a democratic society »³¹ et de ce qu'il ne saurait être fait reproche à un praticien d'une profession de santé de participer à une démarche d'information du public, même s'il en résulte un effet publicitaire, mais dérivé par rapport à cet objectif premier.

Indépendamment des circonstances particulières de cette affaire³², il ne saurait être exclu que, sans doute ponctuellement, d'autres conflits puissent surgir dans la pratique entre la règle d'interdiction de publicité énoncée dans la proposition de loi et les impératifs de l'expression et de l'information telles qu'elles sont garanties par les articles 19 et 25 de la Constitution, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 19 du Pacte international

²⁸ C.C., n° 102/1999, 30 septembre 1999, B.24.4.

²⁹ Cour eur. D.H., *Stambuk c. Allemagne*, 17 octobre 2002, § 39.

³⁰ Cour eur. D.H., *Tănăsioaica c. Roumanie*, 19 juin 2012, § 33 (parmi de nombreux autres arrêts).

³¹ *Ibid.*, § 42.

³² Ces circonstances sont mieux décrites aux paragraphes 43 à 52 de l'arrêt *Stambuk c. Allemagne* précité.

relatif aux droits civils et politiques. Dans son appréciation de l'éventuelle violation du principe de proportionnalité en la matière, il est également tenu compte de l'infliction d'une sanction pécuniaire, qui diminue le seuil d'admissibilité de la restriction³³ ; il en va plus encore ainsi lorsque, comme il est envisagé par la proposition, une peine privative de liberté est prononcée, qui n'est compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que « dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints »³⁴.

Il appartient au législateur d'être attentif à ces questions, au regard spécialement du caractère général et absolu de l'interdiction de publicité envisagée par la proposition sous la seule réserve de la possibilité d'une « information personnelle » au sens donné à cette notion de manière restrictive par les articles 1^{er}, 2^o, et 1^{er}/1, alinéas 2 et 3, proposés.

E. Introduction d'un système d'amendes administratives

21. L'article 3, alinéa 3 proposé prévoit la possibilité pour le fonctionnaire désigné à cet effet d'infliger « une amende administrative » en cas de contravention au prescrit de l'article 1^{er}/1 proposé. Ni cette disposition, ni aucune autre de la proposition n'apporte quelque précision que ce soit quant au montant de l'amende pareillement susceptible d'être infligée, ne fût-ce que par l'indication d'une fourchette formée d'un montant minimal et d'un montant maximal. Il en résulte qu'il appartiendrait au fonctionnaire concerné de fixer souverainement le montant de l'amende infligée.

S'agissant d'une amende potentiellement qualifiable de « pénale » au sens des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, une telle indétermination et le pouvoir totalement discrétionnaire qui en résulte dans le chef du fonctionnaire désigné par le Roi ne sont pas admissibles. Ainsi que l'a rappelé la section de législation du Conseil d'État, des dispositions présentant un tel caractère « pénal » « doivent répondre à des conditions spéciales en matière de précision et de prévisibilité »³⁵. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la section du contentieux administratif du Conseil d'État est également établie en ce sens³⁶. Selon la première citée,

« L'appréciation de la gravité d'un manquement et la sévérité avec laquelle ce manquement peut être puni relèvent du pouvoir d'appréciation du législateur. Il peut

³³ Cour eur. D.H., *Stambuk c. Allemagne*, 17 octobre 2002, § 51.

³⁴ Cour eur. D.H., Gde Ch., *Cumpana et Mazaré c. Roumanie*, 10 juin 2003, § 115 ; Cour eur. D.H., *Kydonis c. Grèce*, 2 avril 2009, § 35 ; *Bingol c. Turquie*, 22 juin 2010, § 41 (parmi de nombreux autres arrêts).

³⁵ Avis 43.850/1/2/3/4 donné les 27 novembre, 3 décembre et 4 décembre 2007 sur un avant-projet devenu la loi du 21 décembre 2007 'portant des dispositions diverses (I)', *Doc. parl.* Chambre, 2007-2008, n° 51-517/1, p. 80 ; avis 45.923/3 donné le 24 février 2009 sur un avant-projet devenu le décret du 8 mai 2009 'relatif à l'interdiction d'accès aux véhicules de la Vlaamse Vervoermaatschappij (VVM)', *Doc. parl.*, VI. Parl., 2008-2009, n° 2178/1, 61 : « Onder meer uit het in de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet opgenomen legaliteitsbeginsel vloeit voort dat strafwetten in nauwkeurige, duidelijke en voldoende rechtszekerheid biedende bewoordingen te zijn geformuleerd, zodat het strafrecht een voorspelbaar karakter bezit [...]. Dat beginsel geldt ook ten aanzien van administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter [...] ».

³⁶ Voir les références citées par E. WILLEMART, « Les sanctions administratives pénales. Chronique 2007-2010 », *Actualités en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, coll. UB3, pp. 133 et s.

imposer des peines particulièrement lourdes dans des matières où les infractions sont de nature à porter gravement atteinte aux droits fondamentaux des individus et aux intérêts de la collectivité.

C'est dès lors au législateur qu'il appartient de fixer les limites dans lesquelles et les montants à concurrence desquels le pouvoir d'appréciation de l'administration, et par conséquent celui du tribunal, doit s'exercer » ³⁷.

La proposition sera revue en conséquence.

22. Le système mis en place par la proposition fait coïncider les comportements réprimés par une sanction pénale et ceux qui le sont par une sanction administrative. En effet, il est prévu que

« sans préjudice des dispositions pénales prévues par le présent article, le fonctionnaire désigné à cette fin par le Roi au sein du service public fédéral Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement peut infliger une amende administrative à celui qui enfreint l'article 1^{er}/1 de la présente loi ».

Partant, les amendes administratives ainsi prévues présentent à l'évidence un caractère « pénal » au sens des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

L'observation formulée par le Conseil d'État, section de législation, dans l'avis 50.372/AG/4 donné le 4 juillet 2012 sur un avant-projet d'ordonnance 'modifiant l'ordonnance du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale' garde, *mutatis mutandis*, toute sa pertinence en l'espèce :

« L'éventualité d'un cumul de poursuites administratives et pénales afférentes à un même comportement infractionnel soulève une difficulté au regard du principe général de droit *non bis in idem*, tel que garanti par l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Selon la jurisprudence, aujourd'hui constante, de la section de législation du Conseil d'État,

'Volgens dat beginsel, dat ook gewaarborgd wordt bij artikel 4 van het 7^{de} Protocol bij het EVRM ³⁸, is het verboden om iemand wegens hetzelfde gedrag voor inbreuken met dezelfde essentiële bestanddelen een tweede maal 'strafrechtelijk' te vervolgen, nadat een eerste 'strafrechtelijke' procedure al met een definitieve beslissing is afgesloten ³⁹. Uit rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat de enkele mogelijkheid dat de betrokkene tweemaal 'strafrechtelijk' vervolgd kan worden voor hetzelfde feit, op zichzelf een strijdigheid met het beginsel '*non bis in idem*' oplevert. De omstandigheid dat de instantie die als tweede uitspraak moet doen, desgevallend verplicht

³⁷ C.C., n° 100/2011 du 31 mai 2011, B.6.

³⁸ Note de bas de page 58 de l'avis cité : Note de bas de page 22 de l'avis cité : België is geen partij bij het 7^{de} Protocol. De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met artikel 4 van het 7^{de} Protocol is evenwel dienstig voor de interpretatie van het algemeen rechtsbeginsel en zelfs van artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten.

³⁹ Note de bas de page 59 de l'avis cité : Note de bas de page 23 de l'avis cité EHRM, 23 oktober 1995, GRADINGER T. OOSTENRIJK, Publ. Cour, reeks A, vol. 328-C, p. 65, § 53.

is om rekening te houden met hetgeen de eerste instantie reeds beslist heeft⁴⁰, doet hieraan geen afbreuk⁴¹⁻⁴² ».

Il appartient donc au législateur de compléter la proposition en y insérant un mécanisme articulant les poursuites pénales et administratives de manière conforme au principe *non bis in idem* rappelé plus haut⁴³.

*

⁴⁰ *Note de bas de page 60 de l'avis cité* Note de bas de page 24 de l'avis cité : Cass., 5 februari 1999, Arr. Cass., 1999, nr. 67, met conclusie van advocaat-generaal GOEMINNE; Cass., 5 februari 1999, Arr. Cass., 1999, nr. 68, eveneens met conclusie van advocaat-generaal GOEMINNE; Cass., 24 januari 2002, nr. C.00.0442.N; zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 127/2000, 6 december 2000, B.12.4.

⁴¹ *Note de bas de page 61 de l'avis cité* : Note de bas de page 25 de l'avis cité : EHRM, 29 mei 2001, FISCHER T. OOSTENRIJK, nr. 37950/97, §§ 29-30. Zie ook EHRM, 30 mei 2002, W.F. T. OOSTENRIJK, nr. 38275/97, § 28; EHRM, 6 juni 2002, SAILER T. OOSTENRIJK, nr. 38237/97, § 28; EHRM, 7 december 2006, HAUSER-SPORN T. OOSTENRIJK, nr. 37301/03, §§ 42-46; Grondwettelijk Hof, nr. 67/2007, 26 april 2007, B.8 tot B.12; advies 33.182/2 van 29 april 2002 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, *Parl. St.*, Kamer, DOC 50 1842/001, (244), 252.

⁴² *Note de bas de page 62 de l'avis cité* : Avis 45.923/3 donné le 24 février 2009 sur un avant projet devenu le décret du 8 mai 2009 'relatif à l'interdiction d'accès aux véhicules de la Vlaamse Vervoermaatschappij (VVM)' (*Doc. parl.*, Vl. Parl., 2008-2009, n° 2178/1, pp. 39-65), point 14.2. Voir, dans le même sens, l'avis 46.870/2 donné le 8 juillet 2009 sur un avant-projet devenu la loi 21 décembre 2009 'relative au statut des établissements de paiement, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement et à l'accès aux systèmes de paiement' (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 2182/1, pp. 75-91), l'observation sous les articles 50 et 51 ; l'avis 48.122/3 donné le 4 mai 2010 sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature' (*Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 1894/1, pp. 12-15) ; l'avis 49.415/3 donné le 5 avril 2011 sur un avant-projet devenu le décret du 18 novembre 2011 'modifiant le décret du 8 mai 2009 contenant des dispositions générales concernant la politique de l'énergie' (*Doc. parl.*, Vl. Parl., 2010-2011, n° 1144/1, pp. 111-124) ; l'avis 50.141/2 donné le 21 septembre 2011 sur un avant-projet de loi 'relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement' (*Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 2218/1, pp. 261-296), l'observation sous l'article 115.

⁴³ Voir sur ce point E. WILLEMART, *op. cit.*

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 wetsvoorstel, de bevoegdheid van de indiener van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

VOORAFGAANDE OPMERKING

1. Het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 april 1958 ‘betreffende de publiciteit inzake tandverzorging’ met het oog op een duidelijk verbod op reclame voor tandheelkundige esthetische ingrepen en met het oog op een aanpassing van de straffen aan de huidige normen (ingediend door mevrouw Elke Sleurs c.s.) strekt ertoe reclame voor tandheelkundige esthetische ingrepen te verbieden door deze op te nemen in de werkingssfeer van de wet van 15 april 1958 ‘betreffende de publiciteit inzake tandverzorging’ (hierna de wet van 15 april 1958 genoemd). Op 6 juli 2011 is reeds een wet aangenomen tot instelling van een verbod op reclame voor ingrepen van medische esthetiek en tot regeling van de informatie over dergelijke ingrepen (hierna de wet van 6 juli 2011 genoemd). De indieners van het voorliggende voorstel zetten in de toelichting uiteen dat door de toenmalige wetgever “werd gekozen voor een beperking tot artsen, omwille van de reeds bestaande wet op verbod op reclame voor tandzorgen”.

Het voorstel beoogt een wetgeving tot stand te brengen die gelijkenis vertoont met de wet van 6 juli 2011, niet alleen om tot een homogene wetgeving inzake medische esthetiek en inzake tandesthetiek te komen, maar ook omdat het, luidens de toelichting, “zelfs niet denkbeeldig [is] dat bepaalde medische esthetische ingrepen in de mondstreek (bijvoorbeeld de lippen) door tandartsen zullen worden uitgevoerd om de nieuwe wet (...) te omzeilen”. Te dien einde willen de artikelen 2 en 3 van het voorstel de “ingrepen van tandheelkundige esthetiek”, alsook de informatie die niet onder reclame valt en dus aan de patiënt mag worden meegedeeld, preciseren.

De wet van 6 juli 2011 en het voorliggende voorstel zijn in die mate verwant dat moet worden verwezen naar de doelstellingen van die eerste wet om te weten welke doelstellingen aan de basis liggen van het thans voorliggende voorstel. Deze verschillende rechtsbepalingen vallen binnen de ruimere context van het streven naar een regulering van de volop groeiende sector van de “medische esthetiek”: “[er wordt gewezen] op het onmiskenbare en grote succes van de esthetische geneeskunde, die tegelijk gekenmerkt wordt door uitwassen”¹⁻².

¹ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1487/002, 4.

² Het probleem betreffende de reclame is overigens slechts één aspect van deze problematiek waarover nog twee andere wetsvoorstellen zijn ingediend. Het ene treft een regeling voor de vereiste kwalificaties om ingrepen van invasieve medische cosmetiek uit te voeren, en het andere voor de instellingen buiten het ziekenhuis waar invasieve esthetische ingrepen worden uitgevoerd. Over beide voorstellen heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State

De wet van 6 juli 2011, die ontstaan is uit een voorstel, is niet *ter fine* van advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd. Daar staat tegenover dat tegen deze wet zes vorderingen tot nietigverklaring aanhangig zijn voor het Grondwettelijk Hof³.

2. Dit advies wordt gegeven onder voorbehoud van deze voorafgaande opmerking.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Definitie van de ingrepen van tandheerkundige esthetiek waarvoor reclame verboden is

3. In de toelichting bij het voorstel wordt het volgende gesteld:

“De wet van 15 april 1958 betreffende de publiciteit inzake tandverzorging maakt geen melding van esthetische ingrepen (bijvoorbeeld plaatsen van facings, tandbleaching, ...) omdat deze toen eenvoudigweg nog niet aan de orde waren. Telkens opnieuw worden de beroepsverenigingen tijdens de juridische procedures geconfronteerd met interpretaties om de strafbare feiten inzake publiciteit voor esthetische ingrepen niet te laten vallen onder de vigerende wetgeving. Het opnemen van deze tandheerkundige behandelingen in het wetsvoorstel zou een einde kunnen maken aan de onduidelijkheid die in de huidige wetgeving blijft bestaan.”

In het voorgestelde artikel 1, 5°, van de wet van 15 april 1958 (artikel 2 van het voorstel) worden de ingrepen van tandheerkundige esthetiek omschreven als “elke ingreep van een beoefenaar van de tandheerkunde als bedoeld in artikel 3 van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, om iemands uiterlijk op diens vraag te veranderen om esthetische redenen, zonder therapeutisch of reconstructief doel”.

Artikel 3 van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 ‘betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen’ (hierna het koninklijk besluit nr. 78 genoemd) luidt als volgt:

“Bij afwijking van § 1 van artikel 2, mag niemand de tandheerkunde uitoefenen die niet het diploma van licentiaat in de tandheerkunde bezit, dat werd behaald overeenkomstig de wetgeving op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens, of die niet wettelijk ervan vrijgesteld is, en die bovendien de voorwaarden, gesteld bij artikel 7, niet vervult.

Wordt beschouwd als onwettige uitoefening van de tandheerkunde, het gewoonlijk verrichten door een persoon die het geheel van de voorwaarden, gesteld bij lid 1 van dit artikel niet vervult van alle bewerkingen of handelingen, uitgevoerd in de mond der patiënten, die het behoud, de genezing, het herstellen of vervangen van het gebit daarin

op 28 juni 2011 één enkel advies (49.794/VR/3 en 49.795/VR/3) gegeven. Nog voordat de wet tot regeling van de vereiste kwalificaties om ingrepen van invasieve medische cosmetiek uit te voeren, is aangenomen, zijn de betreffende amendementen van de Regering aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd (advies 51.567/2, op 11 juli 2012 gegeven).

³ Deze beroepen zijn in het *Belgisch Staatsblad* van 16 maart 2012 (2012/201365) bekendgemaakt. Ze zijn ingeschreven onder rolnummer 5304, 5305, 5306, 5307, 5310 en 5311 en zijn samengevoegd. Vijf van de zes beroepen hebben betrekking op de hele wet. Het zesde (5310), door de Vlaamse Regering ingesteld, heeft betrekking op de artikelen 2, 1° en 6°, en 3 van de wet.

begrepen het weefsel van de tandkas, op het oog hebben, meer bepaald die welke behoren tot de operatieve tandheelkunde, de orthodontie, en de mond- en tandprothese.

De Koning kan, overeenkomstig de bepalingen van artikel 46, de handelingen bedoeld bij vorig lid nader bepalen”⁴.

Volgens artikel 3 van het koninklijk besluit van 1 juni 1934 ‘houdende reglement op de beoefening der tandheelkunde’, waaraan artikel 52 van het koninklijk besluit nr. 78 rechtskracht verleent⁵, vallen onder tandheelkunde “alle bloedige of onbloedige behandelingen, alsmede de zelfs bijkomende bewerkingen uitgevoerd in den mond der patiënten en die ten doel hebben de kauworganen te beschutten, te genezen, recht te zetten of te vervangen; behandelingen en bewerkingen begrepen in de operatieve tandheelkunde, de mondprothese en orthodontie, die als examenvakken voorzien zijn bij artikel 15 der wet van 21 mei 1929 op het toekennen der academische graden. Dit geldt eveneens voor de diagnosen en prognosen, die aan deze behandelingen en bewerkingen voorafgaan”.

In tegenstelling tot wat in de memorie van toelichting te kennen wordt gegeven, vermeldt het voorliggende dispositief niet welke “tandheeskundige behandelingen” moeten worden beschouwd als “esthetisch”. Immers, luidens het voorgestelde artikel 1, 5°, van de wet van 15 april 1958, wordt de ingreep van tandheeskundige esthetiek positief omschreven ten aanzien van de persoon die de ingreep verricht, te weten een gediplomeerde tandarts, en ten aanzien van het begrip wijziging van iemands uiterlijk, en wordt die ingreep negatief omschreven in zoverre hij geen enkel therapeutisch of reconstructief doel heeft.

4. Er moet worden opgemerkt dat de afdeling Wetgeving in haar enkel advies 49.794/VR/3 en 49.795/VR/3, op 28 juni 2011 gegeven over een voorstel van wet ‘tot regeling van de vereiste kwalificaties om ingrepen van invasieve medische cosmetiek uit te voeren’, de volgende opmerking heeft gemaakt betreffende de werkwijze die de indiener heeft gekozen:

“de (...) afdeling Wetgeving [beschikt] niet over de nodige feitelijke en medische kennis om de adequaatheid van de gehanteerde definities vanuit het oogpunt van de geneeskunde of vanuit de bestaande feitelijke praktijk te beoordelen.

De Raad van State beschikt evenmin over de nodige kennis om te kunnen beoordelen of de keuze van de bekwaamheid (diploma of bijzondere beroepstitel) die wordt vereist voor het uitvoeren van bepaalde ingrepen adequaat is en de toets van het gelijkheidsbeginsel kan doorstaan”⁶.

⁴ Artikel 2, § 1, luidt als volgt: “Niemand mag de geneeskunde uitoefenen die niet het wettelijk diploma bezit van doctor in de genees-, heel- en verloskunde, dat werd behaald in overeenstemming met de wetgeving op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens, of die niet wettelijk ervan vrijgesteld is, en die bovendien de voorwaarden gesteld bij artikel 7, (...) niet vervult”.

⁵ Artikel 52 van het koninklijk besluit nr. 78 luidt als volgt:

“Het koninklijk besluit van 1 juni 1934 houdende reglement op de beoefening der tandheelkunde, zoals het werd gewijzigd door latere besluiten, blijft van kracht. Het kan alleen bij de wet worden gewijzigd.

De overtredingen van de bepalingen van dit besluit worden gestraft, naargelang het geval, met de straffen voorgeschreven bij artikel 38, § 1, 1° of 2°”.

⁶ *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-62/2, 10.

Deze opmerking kan hier worden herhaald.

5. Wat de strekking van het voorgestelde artikel 1, 5°, betreft, moet aan de andere kant worden gewezen op de verwarring die de gegeven definitie doet ontstaan bij het bepalen van de werkingssfeer *ratione materiae* en *ratione personae* van het wetsvoorstel.

6. Louter afgaande op de materiële ingrepen omschreven in het voorgestelde artikel 1, 5°, rijst de vraag waarom het huidige dispositief van de wet van 15 april 1958 niet volstaat om het doel te bereiken dat de indiener van het wetsvoorstel nastreeft.

Artikel 1 van deze wet verbiedt reeds reclame voor “voor het verzorgen (...) van aandoeningen, letsels of afwijkingen van de mond en van de tanden” en artikel 2 ervan verbiedt “aan ieder tot het beoefenen van de tandheelkunde gerechtigd persoon (...) zijn beroepsactiviteit te presteren in een kabinet of een inrichting voor tandverzorging, waarvan de eigenaar of de exploitant direct of indirect” reclame maakt. De aldus gebezigde bewoordingen lijken dus voldoende algemeen opdat ze ook gelden voor de ingrepen die een beoefenaar van de tandheelkunde verricht “om iemands uiterlijk op diens vraag te veranderen om esthetische redenen, zonder therapeutisch of reconstructief doel” in de zin van het voorgestelde artikel 1, 5°.

De Raad van State stelt echter vast dat in de toelichting bij het voorstel het volgende wordt gesteld:

“Telkens opnieuw worden de beroepsverenigingen tijdens de juridische procedures [tegen tandartsen en niet-tandartsen die reclame hebben gemaakt voor tandzorgen] geconfronteerd met interpretaties om de strafbare feiten inzake publiciteit voor esthetische ingrepen niet te laten vallen onder de vigerende wetgeving⁷”.

Daar de aldus kenbaar gemaakte opzet erin bestaat aan deze interpretatieproblemen een einde te maken, moeten de ingrepen van tandheelkundige esthetiek waarop het reclameverbod betrekking heeft, duidelijkheidshalve en dus met het oog op de rechtszekerheid in de voorgestelde bepalingen worden opgesomd.

7. Vanuit dit oogpunt zijn twee benaderingswijzen mogelijk.

8. Ofwel worden de personen bedoeld die uitdrukkelijk worden vermeld in artikel 1, 5°. In dat geval blijkt dat enkel de beoefenaars van de tandheelkunde bedoeld in artikel 3 van koninklijk besluit nr. 78, te weten de tandartsen, onder de definitie vallen die wordt gegeven in het voorgestelde artikel 1, 5°, en in dat opzicht ook onder het verbod dat wordt opgelegd in het voorgestelde artikel 1/1, tweede lid, van de wet van 15 april 1958.

In dit geval rijst de vraag welke objectief aanvaardbare redenen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet kunnen rechtvaardigen dat niet-tandartsen die dezelfde ingrepen verrichten, in tegenstelling tot de tandartsen, niet onder hetzelfde verbod op reclame

⁷ Te weten de wet van 15 april 1958.

vallen⁸. Indien geen andere uitleg wordt gegeven in de toelichting, ziet de Raad van State niet in welke die redenen zouden kunnen zijn.

9. Ofwel wordt het voorgestelde artikel 1, 5°, onderzocht in het licht van de toelichting, wat het voorgestelde artikel 1/1, eerste lid, lijkt te bevestigen. In dat geval beoogt het voorstel een regeling te treffen voor ingrepen die “iemand's uiterlijk (...) veranderen om esthetische redenen, zonder therapeutisch of reconstructief doel”, in de zin van het voorgestelde artikel 1, 5°, los van de vraag of deze ingrepen worden verricht door tandartsen dan wel door niet-tandartsen⁹, inclusief handelszaken.

In dat geval is de definitie die wordt gegeven in het voorgestelde artikel 1, 5°, onvolledig doordat ze de bedoeling van de indieners niet weergeeft. Een zodanig gebrek aan overeenstemming tussen het voorgestelde dispositief en de bedoeling die de indieners te kennen geven, doet een rechtsonzekerheid ontstaan die niet bestaanbaar is met de beginselen van wettigheid en van voorzienbaarheid die moeten worden nageleefd, zeker wanneer het, zoals *in casu*, een aangelegenheid betreft waarvan de niet-naleving strafbaar is¹⁰.

10. De redactie van het voorgestelde artikel 1/1 (artikel 3 van het voorstel) maakt de werkingssfeer van het voorstel alleen maar moeilijker te bevatten. Dat uit de lezing van deze twee artikelen volgt dat twee personele werkingssferen denkbaar zijn, kan immers niet worden aanvaard. Immers, indien de ingrepen van tandheelkundige esthetiek vermeld in het tweede lid niet worden bedoeld in het eerste lid, vallen enkel de tandartsen onder het reclameverbod. Indien daarentegen de twee leden in onderling verband worden gelezen, moet daaruit worden afgeleid dat zowel tandartsen als niet-tandartsen onder het reclameverbod vallen.

11. Tot besluit kan worden gesteld dat het voorstel moet worden herzien opdat de werkingssfeer ervan duidelijk naar voren komt, en moet worden aangevuld teneinde de hierboven geformuleerde opmerkingen in aanmerking te nemen.

⁸ Zie, *mutatis mutandis*, de opmerking die de afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft geformuleerd in haar enkel advies 49.794/VR/3 en 49.795/VR/3, op 28 juni 2011 gegeven over het voorstel van wet tot regeling van de vereiste kwalificaties om ingrepen van invasieve medische cosmetiek uit te voeren: “Indien een betrekkelijk ruime interpretatie wordt gehanteerd van het invasieve karakter van deze ingrepen (...), betekent dit dat een aantal handelingen, zoals tatoeages, piercings en het doorprikken van oorlellen voortaan enkel door deze beroepsbeoefenaars kunnen worden uitgeoefend. De indieners van de wetsvoorstellen dienen na te gaan of dat wel degelijk de bedoeling is en, zo niet, of het toepassingsgebied van de wetsvoorstellen niet dient te worden aangepast. Indien de aangehaalde handelingen niet langer uitgeoefend zouden kunnen worden bij (onder meer) juweliers, in schoonheidssalons en bij tatoeëerders, moeten de indieners van de voorstellen deze beperking van de vrijheid van handel en nijverheid kunnen verantwoorden. Indien het daarentegen de bedoeling is dat deze handelingen nog steeds vrij kunnen worden verricht door personen die geen beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg zijn, rijst de vraag of en waarom de beroepsbeoefenaars voor dergelijke handelingen onderworpen worden aan de voorgestelde regelingen, in tegenstelling tot andere personen waarvoor die regelingen helemaal niet zouden gelden. Een dergelijke verschillende behandeling vergt een afdoende verantwoording in het licht van het gelijkheidsbeginsel”.

⁹ Ten opzichte van de “al dan niet bevoegd[e] persoon” zoals reeds vermeld in artikel 1 van de wet van 15 april 1958 en in het voorgestelde artikel 1/1, eerste lid.

¹⁰ Zie GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B18.1 en 18.2.

B. Onderzoek van het reclameverbod als beperking van de vrijheid van vestiging en van de vrijheid om diensten te verlenen in de zin van het communautair recht

12. Het Hof van Justitie van de Europese Unie¹¹ heeft in een zaak, *Corporación Dermoestética*¹², uitspraak gedaan over de prejudiciële vraag of een Italiaanse rechtsbepaling die reclame verbiedt voor genees- en heelkundige ingrepen die worden verricht in privéklinieken voor esthetische verzorging, in overeenstemming is met de beginselen van vrij verkeer van personen, van vrijheid van vestiging en van vrijheid om diensten te verlenen¹³.

Het Hof stelt het volgende:

“beperkingen van de in de artikelen [49 en 56 van het VWEU] neergelegde vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting moeten worden beschouwd maatregelen die de uitoefening van die vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken”

en besluit dat de regeling inzake reclame waarin de Italiaanse wetgeving in kwestie voorziet, een nationale maatregel is die de uitoefening van de door de artikelen [49 VWEU] en [56 VWEU] gewaarborgde fundamentele vrijheden van het Verdrag belemmert of minder aantrekkelijk maakt¹⁴.

In het licht van deze rechtspraak moet worden geoordeeld dat het voorliggende wetsvoorstel mogelijk een maatregel is die de uitoefening van de vrijheid van vestiging en van de vrijheid om diensten te verlenen belemmert of minder aantrekkelijk maakt, daar het reclame voor ingrepen van tandheelkundige esthetiek nagenoeg volledig verbiedt.

13. In hetzelfde arrest *Corporación Dermoestética* stelt het Hof evenwel het volgende:

“dergelijke maatregelen [kunnen evenwel] gerechtvaardigd (...) zijn wanneer zij aan vier voorwaarden voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, beantwoorden

¹¹ Het Hof heeft ter zake de conclusie van advocaat-generaal Yves BOT in de zaak *Doulamis* gevolgd (HJEU 13 maart 2008, nr. C-446/05, *Doulamis*) die luidt als volgt: “de verenigbaarheid van deze wetgeving [de wet van 15 april 1958 voor zover deze verstrekkingen van tandzorg verbiedt reclame te maken] met het gemeenschapsrecht moet worden getoetst aan de artikelen [49 en 56 van het VWEU], betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten”. De advocaat-generaal stelt het volgende: “Een geneeskundige of paramedische handeling, zoals tandverzorging, vormt een economische activiteit die is onderworpen aan de voorschriften van de interne markt. De maatregelen die een lidstaat neemt betreffende de reclame die tandverzorgers mogen maken, mogen de mededingingsregels van het Verdrag dus niet schenden. Zij mogen evenmin indruisen tegen de verkeersvrijheden”. Daarbij aansluitend zet de advocaat-generaal uiteen hoe een dergelijk verbod kan worden gerechtvaardigd in zoverre het enerzijds een dwingend algemeen belang dient - te weten de bescherming van de volksgezondheid - en anderzijds niet verder reikt dan wat noodzakelijk is om dat doel te bereiken; het verbod blijft dus evenredig aan het beoogde doel. Hij besluit als volgt: “Deze beperking is (...) gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van de volksgezondheid wanneer de betreffende nationale regeling dergelijke beroepsbeoefenaren niet verbiedt een eenvoudige en neutrale vermelding te doen opnemen in een telefoongids of in een ander openbaar informatiemedium teneinde aan hun praktijk bekendheid te geven, zoals een vermelding van hun identiteit, de activiteiten die zij mogen uitoefenen, de plaats waar zij deze uitoefenen, hun werktijden en de mogelijkheden contact met hen op te nemen”.

¹² Zie HJEU 7 juli 2008, nr. C-500/06, *Corporación Dermoestética SA t. To Me Group Advertising Media*.

¹³ De artikelen [49 VWEU], [48 VWEU], [56 VWEU] en [62 VWEU] werden geciteerd, alsook de artikelen 3, § 1, en 14, § 1, van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 ‘betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten’ (PB L 298, 23), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 (PB L 202, 60).

¹⁴ Voornoemd arrest *Corporación Dermoestética*, punt 34.

aan dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is”¹⁵.

In de eerste plaats oordeelt het Hof dat de Italiaanse wetgeving door een regeling inzake reclame in te voeren die van toepassing is ongeacht de lidstaat van vestiging van de ondernemingen die onder die regeling vallen, niet-discriminerend is. Deze analyse kan worden getransponeerd naar het voorliggende wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 april 1958.

In de tweede plaats

“is de bescherming van de volksgezondheid een van de dwingende redenen van algemeen belang die krachtens artikel [52, lid 1, VWEU] en dit artikel *juncto* artikel [62 VWEU] beperkingen van de vrijheid van vestiging en van de vrijheid van dienstverrichting kunnen rechtvaardigen”¹⁶.

In het arrest *Corporación Dermoestética* besluit het Hof zonder verdere uitleg te verschaffen dat de Italiaanse wetgeving ten aanzien van het doel van de bescherming van de volksgezondheid kan worden gerechtvaardigd.

14. Het Hof van Justitie heeft zich genoodzaakt gezien de reikwijdte van deze doelstelling, alsook de toetsing van de evenredigheid enigszins te verduidelijken in een arrest *Ker-Optika* van 2 december 2010 (C-108/09), weliswaar gewezen inzake het vrij verkeer van goederen¹⁷⁻¹⁸:

“57. Volgens vaste rechtspraak kan een belemmering van het vrije verkeer van goederen worden gerechtvaardigd door een van de in artikel 36 VWEU omschreven redenen van algemeen belang of op grond van dwingende vereisten. In beide gevallen dient de nationale maatregel geschikt te zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en mag hij niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (zie met name arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

58. Bij een maatregel inzake volksgezondheid moet ermee rekening worden gehouden dat de gezondheid en het leven van personen de eerste plaats innemen onder de goederen en belangen die door het Verdrag worden beschermd, en dat het de taak van de lidstaten is om te beslissen op welk niveau zij de bescherming van de volksgezondheid wensen te verzekeren en hoe dit dient te gebeuren. Aangezien dit niveau per lidstaat kan verschillen, beschikken de lidstaten over een beoordelingsmarge (zie arrest van 1 juni 2010, Blanco Pérez en Chao Gómez, C-570/07 en C-571/07, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁵ Voornoemd arrest *Corporación Dermoestética*, punt 35.

¹⁶ Voornoemd arrest *Corporación Dermoestética*, punt 37.

¹⁷ Uit het voornoemde arrest *Corporación Dermoestética* volgt immers dat de beginselen van artikel 36 VWEU kunnen worden toegepast op het vrij verkeer van diensten, alhoewel ze zijn geformuleerd inzake het vrij verkeer van goederen. Zie in dit verband C. BARNARD, *The substantive law of the EU, The four freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2010⁴, 494.

¹⁸ Het betreft de verplichting om contactlenzen bij een opticien te verkopen, waarbij de rechtstreekse internetverkoop is verboden.

59. *In casu* voert de Hongaarse regering de noodzaak de gezondheid van contactlensdragers te beschermen als rechtvaardigingsgrond aan. Deze rechtvaardigingsgrond voldoet dus aan volgens artikel 36 VWEU geoorloofde overwegingen van volksgezondheid die een belemmering van het vrije verkeer van goederen kunnen rechtvaardigen.

60. Bijgevolg moet worden nagegaan of de regeling in het hoofdgeding geschikt is om het aldus nagestreefde doel te bereiken.

[...]

74. Derhalve kan het doel de gezondheid van de contactlensdragers te beschermen worden bereikt met minder restrictieve maatregelen dan die krachtens de regeling in het hoofdgeding, wanneer alleen de eerste levering van lenzen aan bepaalde beperkingen wordt onderworpen en de betrokken marktdeelnemers ertoe worden verplicht, een geschoold opticien ter beschikking van de klant te stellen.

75. Bijgevolg overschrijdt een lidstaat die een regeling als die in het hoofdgeding vaststelt, de grenzen van de beoordelingsmarge in de zin van punt 58 van het onderhavige arrest en deze regeling moet dus worden geacht verder te gaan dan nodig is om het aangevoerde doel te bereiken”.

15. Tot besluit betreffende de verenigbaarheid van het reclameverbod met de vrijheid van vestiging en de vrijheid om diensten te verlenen, moeten de indieners van het voorstel nagaan of de maatregel voor alle ingrepen van tandheelkundige esthetiek en ongeacht de persoon die deze ingrepen verricht (verstrekker van tandzorgen of niet) kan worden gerechtvaardigd een oogmerk van bescherming van de volksgezondheid en in bevestigend geval, zoals voor de meeste desbetreffende ingrepen kan worden aangenomen, of het beoogde verbod niet buitensporig is. Wat dit laatste punt betreft, moet worden aangetoond dat geen maatregelen kunnen worden genomen die de bewuste vrijheden in mindere mate beperken.

Deze vragen zijn des te pertinenter indien het reclameverbod wordt uitgebreid tot niet-gereguleerde beroepen die dan vrij ingrepen kunnen verrichten die op basis van artikel 3 van het koninklijk besluit nr. 78 en van artikel 3 van het voornoemde koninklijk besluit van 1 juni 1934 niet uitsluitend door tandartsen mogen worden verricht.

C. Onderzoek van het verbod op reclame in het licht van de Dienstenrichtlijn

16. Zoals de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State eraan herinnerd heeft in haar advies nr. 45.609/AV, op 3 februari 2009 verstrekt over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het Waals decreet van 30 april 2009 ‘betreffende de opvang en de huisvesting van bejaarde personen’¹⁹, worden “bij artikel 2, lid 2, f), van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna de Dienstenrichtlijn genoemd) de volgende diensten van de werkingssfeer van die richtlijn uitgesloten: “diensten van de gezondheidszorg, al dan niet verleend door gezondheidszorgfaciliteiten en ongeacht de wijze waarop zij op nationaal niveau zijn georganiseerd en worden gefinancierd en ongeacht de vraag of de diensten openbaar of particulier van aard zijn”.

¹⁹ *Parl.St.* W.Parl. 2009-10, nr. 971/1.

Luidens overweging (22) van de Dienstenrichtlijn omvat die uitsluiting

“medische en farmaceutische diensten die mensen werkzaam in de gezondheidszorg aan patiënten verlenen om hun gezondheid te beoordelen, te bewaren of te verbeteren”.

In het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn staat dat die uitsluiting

“geen betrekking (heeft) op activiteiten die niet zijn bedoeld om de gezondheidstoestand van patiënten te beoordelen, te handhaven of te verbeteren. Zo vallen bijvoorbeeld wellness- of ontspanningsactiviteiten die zijn bedoeld om het welbevinden te vergroten of ontspanning te bieden, waaronder sport- of fitnessclubs, onder de Dienstenrichtlijn en moeten zij ook onder de implementatiemaatregelen vallen. Verder heeft de uitsluiting van gezondheidsdiensten alleen betrekking op activiteiten die in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, zijn voorbehouden aan beoefenaren van gereguleerde beroepen in de gezondheidszorg [namelijk, overeenkomstig artikel 4, 11°, van de richtlijn, een beroepsactiviteit of een geheel van beroepsactiviteiten als bedoeld in artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties]. Diensten die kunnen worden verricht zonder dat een specifieke beroepskwalificatie vereist is, moeten dus onder de implementatiemaatregelen vallen”.²⁰

17. Ongeacht welk toepassingsgebied *ratione personae* wordt bedoeld, dat wil zeggen of het verbod op reclame voor ingrepen van tandheerkundige esthetiek enkel geldt voor tandartsen dan wel ook voor niet-tandartsen, levert het wetsvoorstel problemen op wat betreft de eerbiediging van de Dienstenrichtlijn.

18. Ofwel is het de bedoeling van de indieners van het voorstel dat enkel de tandartsen worden beoogd, die bijgevolg de enigen zouden zijn voor wie het verbod op reclame voor ingrepen van tandheerkundige esthetiek zou gelden: in dat geval rijst niet alleen het probleem hoe het voorliggende wetsvoorstel te verantwoorden valt in het licht van het non-discriminatiebeginsel vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, maar ook het probleem van de inachtneming van artikel 24 van de Dienstenrichtlijn.

Immers, in de – weinig aannemelijke – veronderstelling dat alle ingrepen van esthetische tandheelkunde onder het begrip “gezondheidszorg” vallen, zodat tandartsen, aangezien ze “werkzaam zijn in de gezondheidszorg” en dus een “gereguleerd beroep” uitoefenen, buiten de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn zouden vallen omdat het gaat om “diensten van de gezondheidszorg”²¹, neemt zulks niet weg dat artikel 24 van de richtlijn alsnog in acht genomen moet worden, dat luidt als volgt:

“1. De lidstaten trekken elk algeheel verbod op commerciële communicatie van gereguleerde beroepen in.

2. De lidstaten zien erop toe dat de commerciële communicatie van gereguleerde beroepen in overeenstemming is met de beroepsregels, overeenkomstig het Gemeenschapsrecht, welke in het bijzonder betreffen de onafhankelijkheid, waardigheid en integriteit van het beroep evenals het beroepsgeheim, op een wijze die

²⁰ http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf, p. 12

²¹ Restrictief te interpreteren begrip, zoals gesteld in het voornoemde advies nr. 45.609/AV.

strookt met de specifieke aard van elk beroep. Beroepsregels inzake commerciële communicatie zijn niet-discriminatoir, om dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd en evenredig.”²²

In het Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn wordt de strekking van de verplichting die aldus aan de lidstaten wordt opgelegd als volgt gepreciseerd:

“Het begrip ‘commerciële communicatie’ zoals omschreven in artikel 4, punt 12, van de richtlijn omvat alle communicatie waarin reclame wordt gemaakt voor diensten of het imago van een dienstverrichter. Het gaat hierbij dus om reclame en andere vormen van commerciële communicatie, zoals visitekaartjes waarop titel en specialisatie van de dienstverrichter worden vermeld”²³.

Lidstaten moeten onnodige beperkingen aan commerciële communicatie opheffen maar tegelijkertijd de onafhankelijkheid en integriteit van de gereguleerde beroepen beschermen.

Artikel 24 is van toepassing op al deze beperkingen, ongeacht of zij deel uitmaken van nationale wetgeving of van regels van beroepsorden of andere beroepsorganisaties. Dit betekent dat lidstaten hun wetgeving moeten onderzoeken, indien nodig moeten aanpassen en ook passende maatregelen moeten nemen om te waarborgen dat relevante regels van beroepsorden en -organisaties waar nodig worden aangepast.

In de eerste plaats moeten lidstaten alle totale verboden op commerciële communicatie door de gereguleerde beroepen opheffen. Het gaat hier bijvoorbeeld om verboden om via enig communicatiemiddel informatie te verstrekken over de dienstverrichter of zijn activiteiten.

Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer beroepsregels voor een bepaald gereguleerd beroep in geen enkel medium (waaronder pers, televisie, radio, internet enz.) commerciële communicatie toestaan. Regels over de inhoud van, en de voorwaarden voor reclame en andere vormen van commerciële communicatie kunnen echter vanuit een oogpunt van beroepsethiek gerechtvaardigd zijn in het geval van specifieke gereguleerde beroepen en specifieke soorten commerciële communicatie.

In de tweede plaats moeten lidstaten waarborgen dat commerciële communicatie door de gereguleerde beroepen voldoet aan beroepsregels die, in overeenstemming met de wetgeving van de Gemeenschap, hoofdzakelijk bedoeld zijn om de onafhankelijkheid, waardigheid en integriteit van het gereguleerde beroep alsmede het beroepsgeheim te beschermen. Zo zullen dienstverrichters vanwege het beroepsgeheim hun cliënten in commerciële communicatie doorgaans nooit zonder hun uitdrukkelijke toestemming noemen.

Aangezien de Dienstenrichtlijn bepaalde beperkingen aan de inhoud van commerciële communicatie uitdrukkelijk erkent en ook kan vereisen, mogen dergelijke regels geen discriminerende werking hebben, moeten zij worden gerechtvaardigd door een

²² In overweging 100 wordt het doel dat deze bepaling beoogt als volgt omschreven:

“Het is noodzakelijk om het algehele verbod op commerciële communicatie van gereguleerde beroepen te laten vervallen; daarbij gaat het niet om verboden betreffende de inhoud van commerciële communicatie, maar wel om bepalingen die algemeen en voor een bepaald beroep een of meer vormen van commerciële communicatie verbieden, bijvoorbeeld een verbod op alle reclame in een of meer media. Wat de inhoud en wijze van commerciële communicatie betreft, moeten beroepsbeoefenaren worden aangespoord om, met inachtneming van het Gemeenschapsrecht, op communautair niveau gedragscodes op te stellen”.

²³ Voetnoot 153 van het Handboek: “In artikel 7, lid 3, en de artikelen 52 en 54 van Richtlijn 2005/36/EEG zijn voorschriften opgenomen voor het gebruik van beroeps- en/of academische titels voor het geval een dienstverrichter zijn diensten verricht in een andere lidstaat dan die waar hij zijn beroepskwalificaties heeft behaald”.

dwingende reden van algemeen belang en ook evenredig zijn. Een nationale wet die bijvoorbeeld elke vorm van vergelijkende commerciële communicatie door gereguleerde beroepen verbiedt, kan met het oog op de bescherming van de waardigheid en beroepsethiek alleen als gerechtvaardigd en evenredig worden beschouwd als er geen andere en minder beperkende middelen zijn om hetzelfde doel te bereiken.”²⁴

Een bijna absoluut reclameverbod²⁵ voor ingrepen van tandheeldkundige esthetiek, zoals opgelegd bij het wetsvoorstel kan, aangezien het voor sommige van die ingrepen om een totaalverbod gaat, worden uitgelegd als zijnde in strijd met²⁶ artikel 24 van de Dienstenrichtlijn, zoals toegelicht in het Handboek, aangezien niet voldaan zou zijn aan de uitzonderingsvoorwaarden genoemd in lid 2 van datzelfde artikel. Niets in de toelichting bij het ontwerp wijst erop dat dat wel zo zou zijn.

19. Ofwel is het de bedoeling van de indieners van het voorstel ook niet-tandartsen te verbieden reclame te maken voor ingrepen van tandheeldkundige esthetiek, ongeacht of ze een handelsvennootschap vormen of niet: wat de niet-tandartsen betreft, lijkt het bijna absolute verbod, los van de vraag zelfs of het al dan niet als een totaalverbod moet worden beschouwd, kennelijk in strijd te zijn met de beginselen van vrijheid van vestiging en vrij verkeer die ten grondslag liggen aan de Dienstenrichtlijn. Deze richtlijn staat immers geen afwijkingen toe, zeker niet voor diensten die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen, wat het geval is voor niet-tandartsen, die, in tegenstelling tot tandartsen, niet in aanmerking komen voor de uitzondering gemaakt in artikel 2, lid 2, p), van de richtlijn.

D. Onderzoek van het reclameverbod als beperking van de vrijheid van meningsuiting en van de persvrijheid

20. Handelsreclame valt onder de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid, beide gewaarborgd door de artikelen 19 en 25 van de Grondwet, door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en door artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, ook al worden op dat vlak beperkingen meer algemeen aanvaard.²⁷

Zelfs indien verbod op reclame aanvaardbaar is op grond van de hierboven uiteengezette overwegingen in verband met het Europese recht, dan nog moet de wetgever, voor zover het verbod aldus aanvaardbaar is, ook aandacht hebben voor de voorwaarden waaronder

²⁴ Punt 8.3, p. 52.

²⁵ Behoudens persoonlijke informatie die onder strikte voorwaarden is toegestaan.

²⁶ Vergelijk met het arrest gewezen door het HvJEU, in de Grote Kamer, op 5 april 2011, in de zaak *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable t. Frankrijk* (c-119/09). Maar het betrof weliswaar een andere aangelegenheid aangezien het ging om de vraag of het verbod op het actief werven van cliënten opgelegd door de gedragscode voor accountants verenigbaar was met artikel 24.1 van de Dienstenrichtlijn.

²⁷ GwH 30 september 1999, nr. 102/1999, B.24; opmerking nr. 46.2 van het advies nr. 39.192/3, op 4 november 2005 gegeven over een voorontwerp dat de wet van 1 mei 2006 'houdende herziening van de farmaceutische wetgeving' is geworden (*Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2189/1); Fr. TULKENS, "La liberté d'expression en général", in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (red.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2011, boek I, pp. 821 tot 844, inz. pp. 839, 840 en 843.

een zodanige beperking van de vrijheid van meningsuiting en van de persvrijheid de toetsing aan de genoemde grondwets- en verdragsbepalingen kan doorstaan.

Wat dat betreft, moet, indien, zoals het Grondwettelijk Hof heeft vastgesteld,

“[d]e bescherming van de gezondheid (...), luidens artikel 10, lid 2, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, uitdrukkelijk tot de belangen (behoort) die van dien aard zijn dat ze een beperking van de vrijheid van meningsuiting verantwoorden”²⁸

en de bescherming van de rechten van anderen, in de context van handelsreclame, ook een beperking van de vrijheid om zulke boodschappen uit te zenden, kan rechtvaardigen,²⁹ worden onderzocht of het verbod dat het voorliggende voorstel wil opleggen, door zijn algemene en absolute aard beschouwd kan worden als zijnde “[nodig] in een democratische samenleving”, in de zin van het voormelde artikel 10, lid 2, en dus op basis van de laatstgenoemde bepaling aanvaardbaar is.

De vraag rijst vooral in de context van schriftelijke en audiovisuele perscommunicatie.

In algemene zin heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het volgende gesteld:

“[L]a presse joue un rôle essentiel dans une société démocratique; si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et idées sur toutes les questions d'intérêt général”.³⁰

Het Hof heeft die beginselen toegepast in een arrest *Stambuk t. Duitsland* van 17 oktober 2002, dat betrekking had op een tuchtstraf opgelegd aan een oogarts wegens de publicatie van een artikel in de krant na een interview met de oogarts over een medische techniek die hij toepaste. Volgens dat arrest moet, wanneer via de pers informatie wordt meegedeeld aan het publiek, bij de beoordeling van de proportionaliteit van een restrictieve maatregel die op zich gerechtvaardigd zou zijn doordat daarmee een gewettigd doel wordt nagestreefd, bijvoorbeeld de volksgezondheid of de bescherming van de rechten van derden, rekening worden gehouden met de “essential function fulfilled by the press in a democratic society”³¹, en kan een beoefenaar van een gezondheidszorgberoep niet verweten worden mee te werken aan informatieverstrekking aan het publiek, ook al heeft dit een publicitair effect, dat evenwel secundair is ten opzichte van het hoofddoel.

Los van de bijzondere omstandigheden van deze zaak³² kan niet worden uitgesloten dat hier en daar in de praktijk andere conflicten rijzen tussen de in het wetsvoorstel gestelde regel inzake verbod op reclame en de vereisten inzake de vrijheid van meningsuiting en informatieverstrekking zoals die gewaarborgd zijn in de artikelen 19 en 25 van de Grondwet, in

²⁸ GwH 30 september 1999, nr. 102/1999, B.24.4.

²⁹ EHRM 17 oktober 2002, § 39, *Stambuk t. Duitsland*.

³⁰ EHRM 19 juni 2012, § 33, *Tănăsoaica t. Roemenië* (naast talrijke andere arresten).

³¹ *Ibid.*, § 42.

³² Die omstandigheden worden nader omschreven in de §§ 43 tot 52 van het voornoemde arrest *Stambuk t. Duitsland*.

artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en in artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Bij zijn beoordeling van de eventuele schending van het evenredigheidsbeginsel in die aangelegenheid, houdt het Hof tevens rekening met het feit dat een geldboete kan worden opgelegd, die de beperking minder gemakkelijk aanvaardbaar maakt;³³ dat geldt nog meer wanneer, zoals in het voorstel in het vooruitzicht wordt gesteld, een vrijheidsberovende straf wordt uitgesproken, die enkel te rijmen valt met artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens “dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d’autres droits fondamentaux ont été gravement atteints”.³⁴

De wetgever moet oog hebben voor die kwesties, in het bijzonder gelet op de algemene en absolute aard van het reclameverbod dat het voorstel wil invoeren, met als enig voorbehoud de mogelijkheid van “persoonlijke informatie” in de beperkte betekenis die aan dat begrip is gegeven in de voorgestelde artikelen 1, 2°, en 1/1, tweede en derde lid.

E. Invoering van een regeling voor administratieve geldboetes

21. Krachtens het voorgestelde artikel 3, derde lid, kan de ambtenaar die daartoe is aangewezen een “administratieve geldboete” opleggen wanneer het voorgestelde artikel 1/1 wordt overtreden. Noch die bepaling, noch enige andere bepaling van het voorstel bevat enige nadere informatie aangaande het bedrag van de boete die aldus kan worden opgelegd, al was het maar door met een minimum- en een maximumbedrag een marge op te geven. Daaruit volgt dat de betrokken ambtenaar het bedrag van de opgelegde geldboete eigenmachtig zal moeten vaststellen.

Aangezien het gaat om een boete die potentieel als “strafrechtelijk” kan worden bestempeld in de zin van de artikelen 6 en 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zijn zulk een vaagheid en de volstrekt discretionaire bevoegdheid die daaruit voortvloeit voor de ambtenaar die door de Koning is aangewezen, onaanvaardbaar. Zoals de afdeling Wetgeving van de Raad van State reeds heeft gesteld, moeten bepalingen met zulk een “strafrechtelijk” karakter voldoen aan bijzondere voorwaarden inzake duidelijkheid en voorzienbaarheid.³⁵ De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en van de afdeling

³³ EHRM 17 oktober 2002, *Stambuk t. Duitsland*, § 51.

³⁴ EHRM (Grote Kamer) 10 juni 2003, *Cumpana en Mazaré t. Roemenië*, § 115; EHRM 2 april 2009, *Kydonis t. Griekenland*, § 35; *Bingol t. Turkije*, 22 juni 2010, § 41 (naast talrijke andere arresten).

³⁵ Advies nr. 43.850/1/2/3/4, op 27 november, 3 december en 4 december 2007 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 21 december 2007 ‘houdende diverse bepalingen (I)’, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 51-517/1, 80; advies 45.923/3, op 24 februari 2009 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 8 mei 2009 ‘betreffende toegangsverbod tot voertuigen van de VVM’, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2178/1, 61: “Onder meer uit het in de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet opgenomen legaliteitsbeginsel vloeit voort dat strafwetten in nauwkeurige, duidelijke en voldoende rechtszekerheid biedende bewoordingen te (*sic*) zijn geformuleerd, zodat het strafrecht een voorspelbaar karakter bezit [...]. Dat beginsel geldt ook ten aanzien van administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter [...]”

Bestuursrechtspraak van de Raad van State sluit daarbij aan³⁶. Volgens de eerstgenoemde rechtspraak behoren

“de vaststelling van de ernst van een tekortkoming en de zwaarwichtigheid waarmee die tekortkoming kan worden bestraft, (...) tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever. Hij mag bijzonder zware straffen opleggen in aangelegenheden waar de inbreuken de grondrechten van de burgers en de belangen van de gemeenschap ernstig kunnen aantasten.

Het staat derhalve aan de wetgever om de perken en de bedragen vast te stellen waarbinnen de beoordelingsbevoegdheid van de administratie, en bijgevolg die van de rechtbank, moet worden uitgeoefend.”³⁷

Het voorstel moet dienovereenkomstig worden herzien.

22. De regeling die bij het voorstel wordt ingevoerd laat gedrag dat met een strafrechtelijke sanctie bestraft wordt, samenvallen met gedrag dat met een administratiefrechtelijke sanctie bestraft wordt. Er wordt immers in bepaald:

“Onverminderd de in dit artikel bepaalde strafbepalingen kan de ambtenaar daartoe aangesteld door de Koning binnen de FOD Volksgezondheid, veiligheid van de voedselketen en leefmilieu een administratieve geldboete opleggen aan wie artikel 1/1 van deze wet overtreedt”.

De aldus in het vooruitzicht gestelde administratieve geldboetes hebben bijgevolg duidelijk een strafrechtelijk karakter in de zin van de artikelen 6 en 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

De opmerking gemaakt door de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 50.372/AG/4, op 4 juli 2012 gegeven over een voorontwerp van ordonnantie ‘tot wijziging van de ordonnantie van 22 november 1990 betreffende de organisatie van het openbaar vervoer in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest’ blijft hier, *mutatis mutandis*, onverkort gelden:

“De mogelijkheid dat eenzelfde strafbaar gedrag zowel administratiefrechtelijk als strafrechtelijk vervolgd wordt, doet een probleem rijzen in het licht van het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem*, zoals dat vastgelegd is in artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

De vaste adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State luidt thans als volgt:

‘Volgens dat beginsel, dat ook gewaarborgd wordt bij artikel 4 van het 7^{de} Protocol bij het EVRM³⁸, is het verboden om iemand wegens hetzelfde gedrag voor inbreuken met dezelfde essentiële bestanddelen een tweede maal 'strafrechtelijk' te vervolgen, nadat een

³⁶ Zie de referenties genoemd door E. WILLEMART, “Les sanctions administratives pénales. Chronique 2007-2010”, Actualités en droit administratif, Brussel, Bruylant, 2012, coll. UB3, 133 e.v.

³⁷ GwH 31 mei 2011, 100/2011, B.6.

³⁸ Voetnoot 58 van het geciteerde advies: Voetnoot 22 van het geciteerde advies: België is geen partij bij het 7^{de} Protocol. De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met artikel 4 van het 7^{de} Protocol is evenwel dienstig voor de interpretatie van het algemeen rechtsbeginsel en zelfs van artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten.

eerste 'strafrechtelijke' procedure al met een definitieve beslissing is afgesloten³⁹. Uit rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat de enkele mogelijkheid dat de betrokkene tweemaal 'strafrechtelijk' vervolgd kan worden voor hetzelfde feit, op zichzelf een strijdigheid met het beginsel '*non bis in idem*' oplevert. De omstandigheid dat de instantie die als tweede uitspraak moet doen, desgevallend verplicht is om rekening te houden met hetgeen de eerste instantie reeds beslist heeft⁴⁰, doet hieraan geen afbreuk⁴¹, „⁴².

Het staat dus aan de wetgever het voorstel aan te vullen met een regeling inzake strafrechtelijke en administratiefrechtelijke vervolging die in overeenstemming is met het hierboven genoemde beginsel *non bis in idem*.⁴³

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Yves KREINS

³⁹ Voetnoot 59 van het geciteerde advies: Voetnoot 23 van het geciteerde advies: EHRM, 23 oktober 1995, *Gradinger t. Oostenrijk*, Publ. Cour, reeks A, vol. 328-C, p. 65, § 53.

⁴⁰ Voetnoot 60 van het geciteerde advies: Voetnoot 24 van het geciteerde advies: Cass., 5 februari 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 67, met conclusie van advocaat-generaal GOEMINNE; Cass., 5 februari 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 68, eveneens met conclusie van advocaat-generaal GOEMINNE; Cass., 24 januari 2002, nr. C.00.0442.N; zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 127/2000, 6 december 2000, B.12.4.

⁴¹ Voetnoot 61 van het geciteerde advies: Voetnoot 25 van het geciteerde advies: EHRM, 29 mei 2001, *Fischer t. Oostenrijk*, nr. 37950/97, §§ 29-30. Zie ook EHRM, 30 mei 2002, *W.F. t. Oostenrijk*, nr. 38275/97, § 28; EHRM, 6 juni 2002, *Sailer t. Oostenrijk*, nr. 38237/97, § 28; EHRM, 7 december 2006, *Hauser-Sporn t. Oostenrijk*, nr. 37301/03, §§ 42-46; Grondwettelijk Hof, nr. 67/2007, 26 april 2007, B.8 tot B.12; advies 33.182/2 van 29 april 2002 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, *Parl.St.*, Kamer, DOC 50 1842/001, (244), 252.

⁴² Voetnoot 62 van het geciteerde advies: Advies 45.923/3, op 24 februari 2009 uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 8 mei 2009 'betreffende toegangsverbod tot voertuigen van de VVM' (*Parl.St.* Vl.Parl. 2008-09, nr. 2178/1, 39-65), punt 14.2. Zie, in dezelfde zin, advies 46.870/2, op 8 juli 2009 uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 21 december 2009 'betreffende het statuut van de betalingsinstellingen, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en de toegang tot betalingssystemen' (*Parl.St.* Kamer. 2008-09, nr. 2182/1, 75-91), de opmerking over de artikelen 50 en 51; advies 48.122/3, gegeven op 4 mei 2010 over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 12 juli 1973 op het natuurbewoud' (*Parl.St.* Kamer. 2011-12, nr. 1894/1, 12-15); advies 49.415/3, op 5 april 2011 uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 18 november 2011 'houdende wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid' (*Parl.St.* Vl.Parl. 2010-11, nr. 1144/1, 111-124); advies 50.141/2, op 21 september 2011 uitgebracht over een voorontwerp van wet 'betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles' (*Parl.St.* Kamer. 2011-12, nr. 2218/1, 261-296), de opmerking over artikel 115.

⁴³ Zie wat dat betreft E. WILLEMART, *op. cit.*