



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 52.800/1
van 6 maart 2013

avis 52.800/1
du 6 mars 2013

over

sur

een voorontwerp van wet
'houdende invoeging van
boek XV, 'Rechtshandhaving'
in het Wetboek van
economisch recht'

un avant-projet de loi 'portant
insertion du livre XV,
'Application de la loi' dans le
Code de droit économique'

Op 24 januari 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 5 maart 2013, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende invoeging van boek XV, 'Rechtshandhaving' in het Wetboek van economisch recht'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 21 februari 2013. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pierrot T'KINDT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 maart 2013.

*

Le 24 janvier 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 5 mars 2013, sur un avant-projet de loi 'portant insertion du livre XV, 'Application de la loi' dans le Code de droit économique'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 14 février 2013. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Pierrot T'KINDT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 mars 2013.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

1.1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt er hoofdzakelijk toe in het Wetboek van economisch recht (hierna: “het Wetboek”) een aantal onderdelen¹ van een nieuw boek XV (“Rechtshandhaving”) in te voegen (artikel 2 van het ontwerp).

Wat betreft titel 1 (“Opsporing en vaststelling”) van het nieuwe boek XV, bevat het ontwerp een hoofdstuk 1 (“Algemene bevoegdheden”).² Van hoofdstuk 2 (“Bijzondere bevoegdheden”) zijn thans enkel de afdelingen 3 (“De bijzondere bevoegdheden inzake opsporing en vaststelling van inbreuken op boek IX”)³ en 8 (“De bijzondere bevoegdheid van het openbaar ministerie”)⁴ in de ontwerptekst opgenomen. Titel 1 omvat voorts nog een hoofdstuk 3 (“Waarschuings- en openbaarmakingsprocedure”)⁵ en een afdeling 1 (“Algemeen”)⁶ van hoofdstuk 4 (“Coördinatie en opvolging tussen verschillende overheidsdiensten”).

Van titel 2 (“De bestuurlijke handhaving”) is in het ontwerp enkel een hoofdstuk 1 (“De transactie”)⁷ opgenomen.

Wat betreft titel 3 (“De strafrechtelijke handhaving”) bevat het ontwerp een hoofdstuk 1 (“Algemene bepalingen”)⁸, alsook de afdelingen 2⁹, 3¹⁰, 6¹¹ en 7¹² van hoofdstuk 2 (“De strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuken”). Die vier afdelingen betreffen de sancties voor de inbreuken op de boeken IV, V, VIII en IX, waarover de Raad van State reeds de adviezen 51.810/1 (boek IV en V) van 20 september 2012, 51.886/1 (boek VIII) van 20 september 2012 en 52.128/1 (boek IX) van 25 oktober 2012 heeft gegeven. Van hetzelfde hoofdstuk 2 is ook afdeling 12 (“Belemmering van toezicht”)¹³ opgenomen. Titel 3 omvat tevens een hoofdstuk 3 (“Bijkomende straffen”), waarvan de afdelingen 2 (“Verbeurdverklaring”)¹⁴ en 3 (“De aanplakking van het vonnis of arrest”)¹⁵ zijn opgenomen.

¹ Blijkens de inhoudstafel die in de memorie van toelichting wordt weergegeven, zal het nieuwe boek XV nog verscheidene andere onderdelen bevatten, die thans evenwel niet om advies zijn voorgelegd. Om die reden loopt de artikelnummering van de thans ontworpen tekst ook niet door, maar zijn openingen gelaten die in een latere fase zullen worden ingevuld.

² Ontworpen artikelen XV.1 tot XV.10.

³ Ontworpen artikelen XV.19 en XV.20.

⁴ Ontworpen artikel XV.30.

⁵ Ontworpen artikel XV.31.

⁶ Ontworpen artikelen XV.32 tot XV.34.

⁷ Ontworpen artikel XV.61.

⁸ Ontworpen artikelen XV.69 tot XV.74.

⁹ Ontworpen artikel XV.80.

¹⁰ Ontworpen artikelen XV.81 en XV.82.

¹¹ Ontworpen artikelen XV.99 tot XV.101.

¹² Ontworpen artikel XV.102.

¹³ Ontworpen artikel XV.126.

¹⁴ Ontworpen artikel XV.130.

¹⁵ Ontworpen artikel XV.131.

1.2. Vervolgens wordt voorzien in de opheffing van een aantal handhavingsbepalingen van die economische wetgeving die inhoudelijk samenhangen met de ontworpen regeling in het Wetboek (artikelen 3 tot 9 van het ontwerp).

Voorts wordt nog bepaald dat verwijzingen in bestaande regelgeving naar de voormelde opgeheven bepalingen opgevat moeten worden als verwijzingen naar de overeenkomstige bepalingen in het Wetboek (artikel 10) en wordt de Koning gemachtigd om de verwijzingen in bestaande regelgeving in die zin te vervangen (artikel 11).

Er wordt ook voorzien in een machtiging tot coördinatie aan de Koning voor de bepalingen van het Wetboek en de later aangebrachte uitdrukkelijke of stilzwijgende wijzigingen ervan (artikel 12).

De Koning wordt er tevens mee belast om te bepalen wanneer de ontworpen wet in werking treedt (artikel 13).

ALGEMENE OPMERKINGEN

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van wet heeft enkel betrekking op onderdelen van één boek van het Wetboek, namelijk boek XV (“Rechtshandhaving”). In vorige adviesaanvragen over andere onderdelen van dit Wetboek heeft de Raad van State reeds gewezen op de nadelen die samengaan met deze fragmentarische beoordeling van de verscheidene onderdelen van dit Wetboek. Meer in het algemeen ontstaat nu eerst duidelijkheid over de wijze van toezicht, opsporing en vaststelling van inbreuken, alsook over de verscheidene mechanismen inzake sancties en handhaving van de materiële regels die reeds voordien om advies werden voorgelegd.

Dat bepaalde onderdelen van boek XV thans nog niet voor advies kunnen worden voorgelegd, kan worden gebillijkt wanneer het bijvoorbeeld gaat om bijzondere strafbepalingen die samenhangen met onderdelen van het Wetboek die zelf nog niet voor advies werden voorgelegd. De Raad van State drukt wel de hoop uit dat voor de toekomstige onderdelen van het Wetboek telkens ook de ermee samenhangende bijzondere strafbepalingen in boek XV worden voorgelegd.

Het onderzoek van het voorliggende ontwerp en van het Wetboek als geheel wordt door dergelijke werkwijze bemoeilijkt.

3. De Raad van State verleent, behoudens in geval van wijziging van de juridische context, in de regel geen nieuw advies over bepalingen die reeds eerder werden onderzocht of die zijn gewijzigd ten gevolge van in eerdere adviezen gemaakte opmerkingen. Met betrekking tot die bepalingen wordt verwezen naar de desbetreffende adviezen. Enkel bepalingen die volledig nieuw zijn en, in de mate van het mogelijke, die wijzigingen hebben ondergaan die niet het gevolg zijn van eerdere adviezen van de Raad van State moeten derhalve het voorwerp uitmaken van het te geven advies. Het verdient evenwel aanbeveling dat, naast de door de gemachtigde bezorgde, in twee richtingen uitgewerkte concordantietabellen, aan de memorie van toelichting tevens een tabel zou worden gehecht waarin de vindplaats wordt vermeld van de eerdere adviezen die de Raad van State heeft gegeven over de in het ontwerp opgenomen bepalingen.

4. Naar luid van het ontworpen artikel XV.2, § 1, zijn de door de minister aangestelde ambtenaren uitsluitend bevoegd voor de “opsporing en vaststelling van inbreuken op de bepalingen van dit Wetboek en zijn uitvoeringsbesluiten, met uitzondering van deze opgenomen in het boek IV”. Aangezien met die laatste uitzondering wellicht ook de uitvoeringsbesluiten van boek IV worden bedoeld, schrijve men *in fine* van het ontworpen artikel XV.2, § 1: “, met uitzondering van de bepalingen opgenomen in boek IV en de uitvoeringsbesluiten ervan”.

In sommige van de andere bepalingen van de ontworpen titel 1 wordt dan weer op uiteenlopende wijze gewag gemaakt van dergelijke inbreuken,¹⁶ terwijl nochtans kan worden aangenomen dat dezelfde inbreuken worden bedoeld als in het ontworpen artikel XV.2, § 1. Er kan in die bepalingen dan ook best op eenvormige wijze worden gerefereerd aan “de inbreuken bedoeld in artikel XV.2, § 1”.

Allicht wordt voor titel 3 van het ontworpen boek XV met de verwijzing naar inbreuken¹⁷ een andere inhoudelijke invulling van deze inbreuken beoogd dan in het ontworpen artikel XV.2, § 1, en is het namelijk niet de bedoeling om de inbreuken op boek IV en de uitvoeringsbesluiten ervan uit te sluiten.¹⁸ In die titel moet dan een aangepaste, maar eveneens voldoende nauwkeurige en consequente formulering worden gehanteerd.¹⁹

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

Opschrift van titel 1 van het ontworpen boek XV

5. Alhoewel in het opschrift van titel 1 van het ontworpen boek XV van het Wetboek enkel gewag wordt gemaakt van opsporing en vaststelling, heeft die titel een ruimere draagwijdte, aangezien hij onder meer ook betrekking heeft op de toezichtsbevoegdheden van de in het ontworpen artikel XV.2 bedoelde ambtenaren, alsmede op de maatregelen van bestuurlijke politie die deze ambtenaren in dat verband kunnen nemen. Dit komt het duidelijkst naar voor in verscheidene bepalingen van hoofdstuk 3 van titel 1, waarbij aan die ambtenaren de bevoegdheid wordt verleend om maatregelen van waarschuwing en openbaarmaking te nemen.²⁰ Daarenboven vertonen ook bepaalde van de aan deze ambtenaren uitdrukkelijk toegekende bevoegdheden een verband met de uitoefening van hun toezichtstaken.²¹ Een aantal ontworpen bepalingen betreffen

¹⁶ Zie de ontworpen artikelen XV.1, XV.3, inleidende zin, 2° en 4°, XV.4, § 1, vijfde lid, XV.8, en XV.31, § 1, eerste lid en derde lid, 1°. Zie ook, maar dan wat titel 2 betreft, het ontworpen artikel XV.61, § 1, eerste lid.

¹⁷ Zo bijvoorbeeld het ontworpen artikel XV.69.

¹⁸ Zo bevat de ontworpen titel 3 een afdeling met straffen voor inbreuken op boek IV.

¹⁹ Zo wordt in het ontworpen artikel XV.70 gewag gemaakt van “inbreuken op de bepalingen van dit Wetboek”, terwijl uit de erop volgende ontworpen bepalingen kan worden opgemaakt dat ook inbreuken op (bepalingen van) bepaalde uitvoeringsbesluiten van bepalingen van het Wetboek worden beoogd.

²⁰ Uit de bespreking van hoofdstuk 2 van dezelfde titel op p. 26 van de memorie van toelichting kan worden opgemaakt dat de toekomstige invulling van dat hoofdstuk ook maatregelen van bestuurlijke politie zal omvatten, nu er onder meer wordt gerefereerd aan “bepaalde maatregelen inzake veiligheid”.

²¹ Zie de ontworpen artikelen XV.6 en XV.19, 2°, XV.32, eerste lid, en XV.33, eerste lid.

zelfs het optreden van ambtenaren belast met het toezicht op andere dan economische wetgeving.²²

Al is het onderscheid tussen toezicht, enerzijds, en opsporing en vaststelling van misdrijven, anderzijds, in de economische wetgeving niet steeds op een duidelijke manier te maken, en bestaan er tussen de beide bevoegdheden interferenties, toch verdient het vanuit rechtszekerheidsoverwegingen aanbeveling om die bevoegdheden op een meer duidelijke wijze te omschrijven en ten aanzien van elkaar af te lijnen. Op zijn minst dient het opschrift van titel 1 zo te worden aangepast dat de draagwijdte van de inhoud ervan op meer accurate wijze wordt weergegeven, zoals bijvoorbeeld door het te formuleren als volgt: “De uitoefening van toezicht en de opsporing en vaststelling van inbreuken”.

Ontworpen artikel XV.2

6. Het verdient aanbeveling om, hetzij in het ontworpen artikel XV.2, § 1, hetzij in het nog in te voeren boek I, titel 1, van het Wetboek, een definitie op te nemen teneinde onder meer te verduidelijken welke ministers bevoegd zijn voor de aanstelling van de met de opsporing en vaststelling van inbreuken bevoegde ambtenaren.

Deze opmerking geldt eveneens voor de ontworpen artikelen XV.33, eerste lid, en XV.74, eerste lid, waar eveneens wordt verwezen naar “de minister”, zonder nadere precisering.

7. Overeenkomstig het ontworpen artikel XV.2, § 2, eerste lid, hebben de processen-verbaal die door de in paragraaf 1 bedoelde ambtenaren worden opgesteld, bewijskracht tot bewijs van het tegendeel.

Het Grondwettelijk Hof heeft er reeds op gewezen dat een dergelijk voorschrift een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element. Het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit moet dan ook op een redelijke verantwoording berusten en de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze beperken.²³ Het Hof heeft evenwel ook reeds geoordeeld dat het in het licht van het zeer technische karakter van bepaalde regelgeving en de daarmee samenhangende moeilijkheid om de inbreuken op die regelgeving vast te stellen, niet kennelijk onredelijk is om aan processen-verbaal die door de aangestelde ambtenaren worden opgesteld, een bijzondere wettelijke bewijswaarde toe te kennen.²⁴

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de stellers van het ontwerp zich bewust zijn van de uitzonderlijke aard van de toekenning van bijzondere bewijswaarde aan processen-verbaal, maar dat zij een dergelijke maatregel te dezen “verantwoord en noodzakelijk” achten

²² Zie de ontworpen artikelen XV.20, XV.32, tweede en derde lid, en XV.33, tweede lid.

²³ Zie bijvoorbeeld GwH 6 april 2000, nr. 40/2000, B.14.1; GwH 14 februari 2001, nr. 16/2001, B.12.1.

²⁴ GwH 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.12.3.

“door het specifieke karakter van de opgespoorde inbreuken” en ter vrijwaring van de mogelijkheid “om de opdracht tot vaststelling van inbreuken efficiënt uit te voeren”.

De vraag rijst evenwel of die verantwoording wel opgaat voor de opsporing en de vaststelling van alle betrokken inbreuken, gelet op het zeer ruime toepassingsgebied van de ontworpen bepaling. In elk geval moet worden vastgesteld dat in de memorie van toelichting niet concreet wordt uiteengezet waarom de toekenning van bijzondere bewijswaarde aan processen-verbaal voor elk van de categorieën van inbreuken verantwoord is. Desgevallend zal een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de categorieën van inbreuken waarvoor de processen-verbaal overeenkomstig de algemene regel als een loutere inlichting gelden en de categorieën van inbreuken waarvoor de processen-verbaal bijzondere bewijskracht hebben.

8. Naar luid van het ontworpen artikel XV.2, § 2, tweede lid, wordt aan de vermoedelijke overtreder een afschrift bezorgd van het proces-verbaal binnen dertig dagen na “de dagtekening van het proces-verbaal”. Uit de memorie van toelichting kan evenwel worden opgemaakt dat het de bedoeling is om de vermoedelijke overtreder binnen een redelijke termijn na de vaststelling van de inbreuk op de hoogte te stellen van het proces-verbaal.²⁵ In zoverre de termijn van dertig dagen eerst aanvangt op de datum van dagtekening van het proces-verbaal, kan een verbalisant de ondertekening en dagtekening van het proces-verbaal uitstellen en daardoor de beoogde redelijke termijn in het gedrang brengen. Het verdient dan ook aanbeveling om de datum van de vaststelling van de inbreuk als aanvangsdatum te nemen of te voorzien in een redelijke uiterste termijn voor de ondertekening en dagtekening van het proces-verbaal.

Overigens moet ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de vermoedelijke overtreder niet bekend is op het tijdstip van de vaststelling van de inbreuk. Er kan worden overwogen een afzonderlijke bepaling te wijden aan deze hypothese.²⁶

Ten slotte zou het ook aanbeveling verdienen om in het ontworpen artikel XV.2, § 2, tweede lid, te regelen wanneer de termijn van dertig dagen begint te lopen indien de vermoedelijke overtreder geen gevolg geeft aan adviezen of inlichtingen die door de betrokken ambtenaren werden verschaft overeenkomstig het ontworpen artikel XV.6, indien de vermoedelijke overtreder geen gevolg geeft aan een waarschuwing bedoeld in het ontworpen artikel XV.31, of indien de vermoedelijke overtreder de transactiesom bedoeld in het ontworpen artikel XV.61 niet tijdig betaalt.

9. Uit de memorie van toelichting kan worden opgemaakt dat de steller van het ontwerp het niet wenselijk achtte om te regelen op welke wijze het afschrift van het proces-

²⁵ Zie overigens ook reeds in die zin artikel 9, § 1, tweede zin, van de wet van 20 juli 1990 ‘betreffende de accreditatie van instellingen voor de conformiteitsbeoordeling’, artikel 19, § 2, tweede lid, van de wet van 9 februari 1994 ‘betreffende de veiligheid van producten en diensten’, artikel 18, tweede lid, tweede zin, van de wet van 15 mei 2007 ‘betreffende de bestrafing van namaak en piraterij van intellectuele eigendomsrechten’ en artikel 52, § 1, derde zin, van de Dienstenwet van 26 maart 2010.

²⁶ Zie adv.RvS 40.352/1 van 15 juni 2006 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 6 juni 2010 ‘tot invoering van een Sociaal Strafwetboek’, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nrs. 52-1666/1 en 1667/1, 511, alsook het gevolg dat aan die opmerking is gegeven in artikel 66, tweede lid, van het Sociaal Strafwetboek.

In de rechtspraak wordt alleszins aangenomen dat de verbalisant in een dergelijk geval beschikt over een redelijke termijn om de identiteit van de betrokkene te achterhalen en dat de termijn pas begint te lopen van zodra die identiteit bekend is: zie Cass. 18 september 1973, *R.W.* 1973-74, 1204, *Pas.* 1974, 50, *Arr. Cass.* 1974, 59.

verbaal aan de vermoedelijke overtreder wordt bezorgd, teneinde een zekere flexibiliteit mogelijk te maken. Aangezien de datum van die bezorging naderhand wel moet kunnen worden bewezen, kan toch wel ter overweging worden gegeven om de wijze van kennisgeving van het proces-verbaal alsnog in het ontworpen artikel XV.2, § 2, tweede lid, te regelen.

10. De Nederlandse tekst van de tweede zin van het ontworpen artikel XV.2, § 2, tweede lid, wordt beter geredigeerd als volgt:

“Bij gebreke daarvan kan de vermoedelijke overtreder te allen tijde een afschrift verkrijgen bij de bevoegde administratie.”

Ontworpen artikel XV.3

11. Gelet op de omvang van het ontworpen artikel XV.3, zouden de erin vervatte bepalingen beter worden verspreid over verscheidene artikelen. Zo zouden wetgevingstechnische onvolkomenheden als door tussenzinnen onderbroken opsommingen en het gebruik van liggende streepjes als een derde niveau in die opsommingen, eenvoudiger kunnen worden voorkomen dan thans het geval is.

12. Op grond van het ontworpen artikel XV.3, 1°, kunnen de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren “zich te allen tijde toegang verschaffen of (...) laten verkrijgen [lees: verschaffen] tot alle plaatsen waarvan zij op redelijke gronden van oordeel zijn dat de betreding ervan voor het vervullen van hun taak noodzakelijk is, tenzij het bewoonde lokalen betreft”. Het betreden van “bewoonde lokalen” is daarentegen slechts toegestaan na de voorafgaande en schriftelijke toestemming van de bewoner, op basis van een machtiging van de onderzoeksrechter of in geval van heterdaad.

In dat verband moet erop worden gewezen dat het recht op eerbiediging van de woning wordt gewaarborgd, niet alleen door artikel 15 van de Grondwet, maar ook door artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en door artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip “woning” in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag ruim moet worden opgevat en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen,²⁷ zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen.²⁸

Bovendien heeft het Grondwettelijk Hof erop gewezen dat “het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, een essentiële waarborg [lijkt] te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8[, lid 1,] van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”. Uit die vaststelling leidt het Hof af dat

²⁷ Zie, onder meer, EHRM 16 december 1992, Niemietz v. Duitsland; EHRM 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe v. Frankrijk; EHRM 9 december 2004, Van Rossem v. België; EHRM 28 april 2005, Buck v. Duitsland. Zie ook D. YERNAULT, “Les pouvoirs d’investigation de l’administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l’article 8 de la Convention européenne”, *RTDH* 1994, 117-135.

²⁸ EHRM 16 april 2002, Société Colas Est e.a. v. Frankrijk; EHRM 11 oktober 2005, Kent Pharmaceuticals Limited e.a. v. Verenigd Koninkrijk; EHRM 21 december 2010, Société Canal Plus e.a. v. Frankrijk.

afwijkingen op die regel slechts uitzonderlijk kunnen zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben.²⁹

Uit wat voorafgaat volgt dat de stellers van het ontwerp er goed aan doen te overwegen om eveneens te voorzien in bijzondere waarborgen met betrekking tot het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen “woning” in de zin van artikel 15 van de Grondwet, toch de waarborgen bedoeld in de voornoemde verdragsbepalingen genieten.³⁰

13. In het ontworpen artikel XV.3, 1°, worden, behoudens voor het betreden van bewoonde lokalen met machtiging van de onderzoeksrechter, geen uren bepaald waarbinnen de erin bedoelde plaatsen kunnen worden betreden. Alhoewel kan worden aangenomen dat het ter opsporing van bepaalde inbreuken van belang kan zijn dat er te allen tijde een recht van toegang bestaat, rijst de vraag of dat recht met betrekking tot alle inbreuken waarop die bepaling van toepassing is even ruim dient te zijn, en of er bijgevolg in bepaalde gevallen geen uren moeten worden bepaald waarbinnen het recht van toegang kan worden uitgeoefend. Bij het bepalen van die uren dient dan een redelijk evenwicht in acht te worden genomen tussen de rechten van de betrokken personen en de noodzaak voor de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren om hun taak op een doeltreffende wijze te kunnen uitoefenen.³¹

14. In het ontworpen artikel XV.3, 1°, derde lid, wordt gewag gemaakt van een gemotiveerde aanvraag en een gemotiveerde machtiging voor het binnentreden van bewoonde (en, gelet op opmerking 12, wellicht ook andere) lokalen. In het belang van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om te verduidelijken op welke elementen die motivering in beide gevallen betrekking moet hebben.

15. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel XV.3, 1°, derde lid, schrijven men “op gemotiveerd verzoek” in plaats van “mits gemotiveerd verzoek”. Tevens schrijven men “de bedoelde machtiging” in plaats van “de bedoelde toestemming”, teneinde geen verwarring te laten ontstaan met de toestemming die overeenkomstig het ontworpen tweede lid door de bewoner kan worden verleend. In de Franse tekst van het ontworpen artikel XV.3, 1°, tweede lid, schrijven men om dezelfde reden “le consentement préalable” in plaats van “l’autorisation préalable”.

16. In de tweede zin van het ontworpen artikel XV.3, 1°, derde lid, wordt gewag gemaakt van de mogelijkheid om de machtiging van de onderzoeksrechter “in om het even welke schriftelijke vorm” te verkrijgen in het geval van “behoorlijk gemotiveerde hoogdringendheid”. Dat doet de vraag rijzen in welke bijzondere schriftelijke vorm de machtiging buiten dat geval dan wel moet worden verleend. Dit kan beter worden verduidelijkt.

²⁹ GwH 16 december 1998, nr. 140/98, B.1-B.2.

³⁰ Zie in dezelfde zin adv. RvS 50.585/3 van 6 december 2011 over een ontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 6 juli 2012 ‘betreffende het vervoer van gevaarlijke goederen over de binnenwateren’, *Parl.St.* VI. Parl. 2011-12, nr. 1600/1, 38-39.

³¹ Zie in dezelfde zin adv. RvS 40.352/1 van 15 juni 2006 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 6 juni 2010 ‘tot invoering van een Sociaal Strafwetboek’, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nrs. 52-1666/1 en 1667/1, 500.

17. Duidelijkheidshalve schrijve men in het ontworpen artikel XV.3, 5°, eerste lid, beter: “zich op eerste vordering, zonder verplaatsing of na zich naar de in de bepaling onder 1° [en dus niet: paragraaf 1] bedoelde plaatsen te hebben begeven, (...)”.

18. Overeenkomstig het eerste lid van het ontworpen artikel XV.3, 5°, hebben de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren de bevoegdheid om gratis afschrift te nemen van de in dat lid opgesomde onderscheiden informatiedragers. Naar luid van het tweede lid van dezelfde ontworpen bepaling hebben zij het recht om zich de op de in dat lid bedoelde geïnformatiseerde dragers geplaatste gegevens in een leesbare en verstaanbare vorm te doen voorleggen, in de door hen gewenste vorm, tegen afgifte van een ontvangstbewijs.

Er moet daarbij evenwel worden gewaarborgd dat de toepassing van die bepalingen geen onevenredige gevolgen heeft voor de bezitters van die informatiedragers. Daartoe zouden in het ontwerp grenzen en beperkingen moeten worden opgenomen met betrekking tot de genoemde bevoegdheden van de ambtenaren.³²

19. Overeenkomstig het ontworpen artikel XV.3, 9°, eerste lid, zijn de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren bevoegd om vaststellingen te doen door middel van beeldmateriaal, ongeacht de drager ervan. Die bepaling is geïnspireerd op artikel 39, § 1, eerste lid, van het Sociaal Strafwetboek. Over het voorontwerp van wet dat tot die wetbepaling heeft geleid, heeft de Raad van State het volgende opgemerkt:

“Het inschakelen van die middelen doet een tweevoudig probleem rijzen.

Enerzijds wordt het gebruik van foto's, films en video's als bewijsmateriaal in het strafprocesrecht zelf, behoudens in het raam van de bijzondere opsporingsmethodes, niet door de wetgever geregeld. Dat leidt tot onzekerheid omtrent de bewijskracht die aan die middelen zal worden toegekend, zelfs als ze onder bepaalde voorwaarden in sommige gerechtelijke beslissingen worden aanvaard, in naam van de vrijheid van het bewijs in het strafrecht.³³

Anderzijds valt het verzamelen van beeldmateriaal niet alleen onder de werkingssfeer van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens,³⁴ waarnaar men zich

³² Zie in dezelfde zin adv. RvS 40.352/1 van 15 juni 2006 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 6 juni 2010 tot invoering van een Sociaal Strafwetboek, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nrs. 52-1666/1 en 1667/1, 503.

³³ Voetnoot 25 van het geciteerde advies: Zie bijvoorbeeld Corr. Brussel, 18 december 1990, *J.T.*, 1991, 819; Gent, 6 februari 1992, *R.W.*, 1992-1993, 570. In burgerrechtelijke zaken, zie Rb. Namen (kortgeding), 31 oktober 1995, *J.T.*, 1996, 192.

³⁴ Voetnoot 26 van het geciteerde advies: M.-H. BOULANGER, C. DE TERWAGNE en TH. LÉONARD, “La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992”, *J.T.*, 1993, 371; O. DE SCHUTTER, “La vidéosurveillance et le droit au respect de la vie privée”, *Journ. proc.*, 1996, afl. 296, 14; P. DE HERT, O. DE SCHUTTER en S. GUTWIRTH, “Pour une réglementation de la vidéosurveillance”, *J.T.*, 1996, 569-570. Zie ook advies 25.093/9 - 25.094/9 van 6 mei 1996 over een voorontwerp van wet “tot wijziging van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, gecoördineerd op 16 maart 1968”, *Parl.St.*, Kamer, 1995-1996, nr. 577/1, 12-14.

bij gebrek aan afwijkende bepalingen moet gedragen,³⁵ maar dient ook rekening te worden gehouden met de artikelen 12, tweede lid, en 22, eerste lid, van de Grondwet.³⁶

Vraag is derhalve of het aanwenden van de genoemde middelen geen nadere regeling behoeft.”³⁷

In vergelijking met de ontworpen tekst ervan, werd artikel 39 van het Sociaal Strafwetboek ingevolge deze opmerking aangepast door niet enkel te specificeren dat ook door derden rechtmatig gemaakt of verkregen beeldmateriaal kan worden gebruikt, maar ook door het maken van beeldmateriaal in bewoonde ruimten te onderwerpen aan een op gemotiveerd verzoek te verlenen machtiging van een onderzoeksrechter en door de bijzondere bewijswaarde van de met het beeldmateriaal gedane vaststellingen afhankelijk te maken van de voorwaarden van, enerzijds, de opmaak van een proces-verbaal met welbepaalde verplichte vermeldingen en van, anderzijds, de bewaring van de originele drager van het beeldmateriaal gedurende een welbepaalde periode. Het ontworpen artikel XV.3, 9°, tweede lid en volgende, weerspiegelt de aldus aangepaste tekst van artikel 39 van het Sociaal Strafwetboek.

Uit de bespreking van het laatstgenoemd artikel in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat heeft geleid tot de wet van 6 juni 2010 ‘tot invoering van een Sociaal Strafwetboek’, blijkt dat met de toevoeging van een regeling van de bijzondere bewijswaarde van op beeldmateriaal gesteunde vaststellingen werd beoogd “tegemoot te komen aan de opmerking van de Raad van State inzake de ‘onzekerheid omtrent de bewijskracht die aan die middelen zal worden toegekend’ door het feit dat het gebruik van beeldmateriaal niet door de wetgever is geregeld”. Bij die bespreking zijn ook beschouwingen gewijd aan de niet-toepasselijkheid van verscheidene uit de voornoemde wet van 8 december 1992 voortvloeiende verplichtingen wegens de gelding van uitzonderingsregels zoals die vervat in artikel 3, § 5, van diezelfde wet.³⁸ Met die aanpassingen lijkt in ruime mate te zijn tegemoetgekomen aan de opmerkingen van de Raad van State.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Raad van State werd in artikel 19 van het Sociaal Strafwetboek evenwel ook een proportionaliteitsbeginsel³⁹ opgenomen, dat in de genoemde memorie van toelichting uitdrukkelijk wordt ingeroepen om de noodzaak van een verdere regeling van de omgang met beeldmateriaal in het artikel over de

³⁵ Voetnoot 27 van het geciteerde advies: Zie in die zin het advies 25.969/2 van 26 mei 1997 over een voorontwerp van decreet van het Waalse Gewest ‘relatif à la surveillance et au contrôle des législations relatives à la politique de l’emploi ainsi qu’à la reconversion et au recyclage professionnels’, *Parl.St.*, W. Parl., 1997-98, nrs 319/1 en 320/1.

³⁶ Voetnoot 28 van het geciteerde advies: Zie Arbitragehof, nr. 202/2004, 21 december 2004.

³⁷ Zie adv.RvS 40.352/1 van 15 juni 2006 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 6 juni 2010 ‘tot invoering van een Sociaal Strafwetboek’, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nrs. 52-1666/1 en 1667/1, 502-503. Zie in dezelfde zin adv.RvS 45.682/3 van 20 januari 2009 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 30 april 2009 ‘tot wijziging van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid en tot wijziging aan diverse bepalingen inzake de milieuhandhaving’, *Parl.St.* Vl. Parl. 2008-09, nr. 2132/1, 136-137.

³⁸ Zie *Parl.St.* Kamer 2008-09, nrs. 52-1666/1 en 1667/1, 139-141.

³⁹ Artikel 19 van het Sociaal Strafwetboek luidt als volgt: “Bij de uitoefening van de in dit hoofdstuk bedoelde bevoegdheden dienen de sociaal inspecteurs er voor te zorgen dat de middelen die zij aanwenden passend en noodzakelijk zijn voor het toezicht op de naleving van de bepalingen van dit Wetboek, van de wetten bedoeld in Boek 2 van dit Wetboek en van de andere wetten waarvoor zij belast zijn met het toezicht op de naleving ervan, alsmede voor het toezicht op de naleving van de bepalingen van de uitvoeringsbesluiten van dit Wetboek en van voormelde wetten.”

vaststellingsbevoegdheid op basis van dat materiaal te relativeren.⁴⁰ Het verdient aanbeveling om ook in de ontworpen regeling te voorzien in een dergelijk beginsel, dat alsdan niet alleen zou gelden voor vaststellingen door middel van beeldmateriaal, maar voor alle vaststellingen door de betrokken ambtenaren.

20. Enkel in het tweede lid van het ontworpen artikel XV.3, 9°, wordt gewag gemaakt van geluidsmateriaal, maar niet in de overige bepalingen ervan. Hierdoor is niet duidelijk in welke mate de bepalingen die uitdrukkelijk handelen over beeldmateriaal, ook toepasselijk zijn op geluidsmateriaal. Deze onduidelijkheid moet worden weggenomen, mede gelet op het ontworpen artikel XV.3, 10°, dat specifiek over geluidsmateriaal handelt. Zie in dat verband ook opmerking 23 over de laatstgenoemde ontworpen bepaling.

21. In de inleidende zin van het ontworpen artikel XV.3, 9°, vijfde lid, dienen de overbodige woorden “als bewijs” te worden weggelaten.

22. In het ontworpen artikel XV.3, 9°, vijfde lid, b), wordt de zinsnede “totdat een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest is uitgesproken” beter vervangen door de zinsnede “tot een rechterlijke beslissing die een einde maakt aan de vervolging van de inbreuk in kracht van gewijsde gaat”⁴¹, zodat enerzijds ook een beschikking tot buitenvervolginstelling daarin is begrepen, maar anderzijds een vonnis of een arrest over een vordering die geen betrekking heeft op een sanctie wegens een inbreuk, wordt uitgesloten.

Voorts zou in de ontworpen bepaling ook rekening moeten worden gehouden met buitengerechterlijke uitkomsten waartoe de met het beeldmateriaal te bewijzen inbreuk aanleiding kan geven. Daaronder valt in elk geval de beslissing tot seponering door de procureur des Konings overeenkomstig artikel 28*quater* van het Wetboek van Strafvordering. Er dient ook rekening te worden gehouden met de, bij gebrek aan andersluidende bepaling, mogelijke toepassing van de artikelen 216*bis* en 216*ter* van het Wetboek van Strafvordering.

Het “voorstel van minnelijke schikking (...) door de bevoegde administratie” waarvan gewag wordt gemaakt, komt als dusdanig niet voor in de ontworpen regeling. Allicht wordt gealludeerd op het “voorstel tot transactie” bedoeld in het ontworpen artikel XV.61, maar daarbij werd allicht geen rekening gehouden met het gegeven dat het mogelijk is dat de overtreder niet ingaat op het voorstel tot transactie of dat hij de voorgestelde geldsom niet tijdig betaalt, in welk geval het proces-verbaal aan de procureur des Konings wordt bezorgd. Het zal allicht niet in de bedoeling liggen van de steller van het ontwerp dat de oorspronkelijke drager van het beeldmateriaal (en eventueel geluidsmateriaal) reeds wordt terugbezorgd zolang er hieromtrent geen uitsluitel bestaat.

Het is evenmin duidelijk waarmee de “seponering van de inbreuk door de bevoegde administratie”, waarvan eveneens gewag wordt gemaakt in het ontworpen artikel XV.3, 9°, vijfde lid, b), overeenstemt. Mogelijks wordt hiermee gerefereerd aan de mogelijkheid voor de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren om inlichtingen en adviezen te verschaffen (zie het ontworpen artikel XV.6) en/of aan de mogelijkheid om een

⁴⁰ *Ibid.*, 139.

⁴¹ Vgl. met het ontworpen artikel XV.4, § 3, alsook opmerking 31.

waarschuwing te richten tot de overtreder (zie het ontworpen artikel XV.31). In elk geval moet in de tekst van de ontworpen bepaling worden verduidelijkt welke hypothesen precies worden bedoeld.

23. De bijzondere waarborgen die in het ontworpen artikel XV.3, 9°, worden bepaald voor vaststellingen door middel van beeldmateriaal, zijn relevant voor vaststellingen met audiovisuele middelen in hun geheel en dus ook voor vaststellingen door middel van geluidsmateriaal bedoeld in het ontworpen artikel XV.3, 10°.

Indien de steller van het ontwerp vasthoudt aan het voornemen om de twee soorten van audiovisueel materiaal afzonderlijk te regelen, zouden op zijn minst de waarborgen bedoeld in het ontworpen artikel XV.3, 9°, middels een verwijzing van toepassing moeten worden gemaakt op de vaststellingen door middel van geluidsmateriaal bedoeld in het ontworpen artikel XV.3, 10°.

Ontworpen artikel XV.4

24. Naar luid van het ontworpen artikel XV.4, § 1, eerste en tweede lid, kunnen de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren bij de vaststelling van een inbreuk ingevolge (lees: “overeenkomstig”) de hun toegekende bevoegdheden, tegen afgifte van een ontvangstbewijs, beslag leggen op een aantal goederen. De omschrijving van deze goederen moet evenwel worden verduidelijkt, onder meer door de twee ontworpen leden uit te splitsen in verscheidene onderdelen voor elk van de geviseerde situaties. Zo wordt bijvoorbeeld het gegeven dat het goederen kan betreffen waarvan een derde eigenaar is, duidelijkshalve best vermeld in een afzonderlijke zin. Er moet ook consequent gewag worden gemaakt van “de inbreuk” waarmee het beslag verband houdt en niet van “de inbreuk of het misdrijf”. Op het einde van het ontworpen eerste lid schrijve men: “middelen die nodig zijn om diensten te verrichten die een inbreuk uitmaken”.

25. Het ontworpen artikel XV.4, § 1, derde lid, voorziet onder meer in de bevestiging van het beslag door het openbaar ministerie binnen een termijn van ten hoogste vijftien dagen (lees: “een termijn van vijftien dagen”), bij gebreke waarvan het beslag van rechtswege is opgeheven. Minstens in de memorie van toelichting zou moeten worden aangegeven hoe die bepaling zich verhoudt tot de toepassing van artikel 28sexies van het Wetboek van Strafvordering. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat een systeem van rechterlijke toetsing, gelet op de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, een voorwaarde is voor de rechtsgeldigheid van de opgezette beslagregeling, mede gelet op het risico van het gebruik ervan als een drukkingsmiddel. Het is de Raad van State evenwel niet duidelijk of de rechterlijke toetsing waarin bij artikel 28sexies van het Wetboek van Strafvordering wordt voorzien, onverkort van toepassing is op beslagmaatregelen bedoeld in het ontworpen artikel XV.4.

26. Aan de steller van het ontwerp wordt ter overweging gegeven een bijzondere regeling in te voeren voor het geval dat bederfbare waren in beslag worden genomen.

27. Aangezien in het ontworpen artikel XV.4, § 1, derde lid, enkel melding wordt gemaakt van de bevoegdheid van het openbaar ministerie inzake de bevestiging van het beslag, dient het daaropvolgende lid, over de mogelijkheid om de in beslag genomen voorwerpen te verzegelen, aan te vangen met de woorden “De ambtenaren bedoeld in artikel XV.2” (en niet: “Zij”).

28. Bij het ontworpen artikel XV.4, § 1, vijfde lid, wordt aan de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren de bevoegdheid toegekend om lokalen te verzegelen voor zover dat noodzakelijk is om het bewijs te leveren van een inbreuk of als het gevaar bestaat dat met de erin aanwezige goederen inbreuken worden gepleegd of voortgezet.

Vooreerst kan worden aanbevolen om de tussenkomst van het openbaar ministerie met betrekking tot de bevestiging van een beslagmaatregel (zie het ontworpen artikel XV.4, § 1, derde lid) uit te breiden naar het geval van verzegeling van lokalen.

Bovendien kan in dit verband tevens worden verwezen naar opmerking 25 over de verhouding van de ontworpen bepaling tot artikel 28sexies van het Wetboek van Strafvordering en de erin vervatte waarborgen inzake rechterlijke toetsing.

29. Hetgeen in het ontworpen artikel XV.4, §§ 2 en 3, is bepaald omtrent de mogelijkheid tot latere opheffing door het openbaar ministerie en de opheffing van rechtswege, zou niet enkel voor het beslag, maar ook voor de verzegeling van lokalen moeten gelden.

30. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel XV.4, § 2, laatste zinsdeel schrijven men “deze afstand houdt generlei” in plaats van “dat houdt generlei”.

31. Wat betreft de opheffing van rechtswege van het beslag (en eventueel ook van de verzegeling van lokalen) in de gevallen bedoeld in het ontworpen artikel XV.4, § 3, kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar opmerking 22. Naar analogie van het ontworpen artikel XV.3, 9°, vijfde lid, b), zou immers ook verwezen moeten worden naar beslissingen van het bestuur die een opheffing tot gevolg kunnen hebben, maar moet worden nagegaan en verduidelijkt welke beslissingen daarvoor precies in aanmerking komen.

32. Zowel in het geval van beslag als in het geval van verzegeling van lokalen verdient het aanbeveling om voor te schrijven dat zij schriftelijk moeten worden vastgesteld en op welke wijze ervan kennis wordt gegeven aan diegenen aan wie enige ermee verband houdende inbreuk wordt ten laste gelegd, alsook, als het een onderscheiden persoon betreft, aan de houder van het eigendomsrecht en, in het geval van onroerend goed, van een ander zakelijk recht op het goed dat het voorwerp is van het beslag of de verzegeling. In een dergelijke schriftelijke vaststelling zouden dan alleszins de volgende gegevens moeten worden opgenomen: de aard, de locatie en het tijdstip en de duur van de maatregel, de feitelijke en juridische grondslag ervoor, alsook de identiteit en de hoedanigheid van de optredende ambtenaar. In het geval van verzegeling van lokalen zou ook de opgave kunnen worden voorgeschreven van de gegevens waaruit het bestaan is afgeleid van de bijzondere omstandigheden waarvan de uitoefening van die bevoegdheid in het ontworpen artikel XV.4, § 1, vijfde lid, afhankelijk wordt gesteld.

Er zou zelfs kunnen worden overwogen om, naar analogie van artikel 53 van het Sociaal Strafwetboek, een dergelijke regeling op veralgemeende wijze in te voeren voor elke handeling van opsporing en vaststelling die de betrokken ambtenaren kunnen stellen.

Ontworpen artikel XV.5

33. In het ontworpen artikel XV.5 zou moeten worden verduidelijkt dat het toezicht van de procureur-generaal of van de federale procureur betrekking heeft op de taken inzake opsporing en vaststelling van economische misdrijven, en niet op de bevoegdheden op het vlak van de bestuurlijke politie.

Ontworpen artikel XV.6

34. Uit het ontworpen artikel XV.6 vloeit voort dat de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren bij de uitvoering van hun taak over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikken, en bij de vaststelling van een misdrijf niet onmiddellijk een proces-verbaal moeten opstellen en aan het openbaar ministerie toezenden, maar zich in eerste instantie kunnen beperken tot wat in de memorie van toelichting “guidance” wordt genoemd en in de ontworpen bepaling zelf wordt omschreven als “de mogelijkheid om inlichtingen en adviezen te verschaffen, met name met betrekking tot de meest doeltreffende middelen voor de naleving van de bepalingen van dit Wetboek en zijn uitvoeringsbesluiten”.

Aldus wordt afgeweken van artikel 29, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, naar luid waarvan “[i]edere gestelde overheid, ieder openbaar officier of ambtenaar die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of van een wanbedrijf, verplicht [is] daarvan dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings bij de rechtbank binnen wier rechtsgebied die misdaad of dat wanbedrijf is gepleegd of de verdachte zou kunnen worden gevonden, en aan die magistraat alle desbetreffende inlichtingen, processen-verbaal en akten te doen toekomen”. In de memorie van toelichting wordt die afwijking verantwoord als volgt: “Zowel guidance als waarschuwingen zijn sleutelbegrippen in dit Wetboek. Immers, bestraffing is niet het finale doel, wel het maximaal respect van de economische wetgeving door rechtsonderhorigen die zich met inzicht en kennis van zaken kunnen conformeren aan de gestelde rechtsregels.” Er wordt evenwel nog aan toegevoegd dat “het voor zich [spreekt] dat deze bevoegdheden van de controleambtenaren geen afbreuk mogen doen aan het vorderingsrecht van het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter en de soevereine appreciatiebevoegdheid van de hoven en rechtbanken niet in het gedrang mogen brengen”.

Dat ervoor wordt gekozen om in bepaalde gevallen in eerste instantie af te zien van een sanctionering ten voordele van een sensibilisering van de betrokken rechtsonderhorigen, roept op zich geen bezwaren op. Wel moet worden aangestipt dat de rol die de bevoegde ambtenaren op dat vlak spelen, in die mate verschilt van een sanctionerende rol, dat er een functionele scheiding moet zijn tussen de ambtenaren die belast zijn met de opsporing en vaststelling van inbreuken en met het geven van “guidance” en van waarschuwingen, enerzijds, en de ambtenaren die een beslissende rol spelen in de bestuurlijke handhaving, zoals de transacties (zie het ontworpen artikel XV.61) en de bestuurlijke sancties, anderzijds.

Ontworpen artikel XV.7

35. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel XV.7 schrijve men: “De Koning wijst de ambtenaren bedoeld in artikel XV.2 aan ...”.

Ontworpen artikel XV.10

36. Het ontworpen artikel XV.10 kan beter worden geredigeerd als volgt:

“De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, aan de in artikel XV.2 bedoelde ambtenaren bijkomende specifieke bevoegdheden toekennen om inbreuken op te sporen en vast te stellen, naast de bevoegdheden waarover zij op grond van de bepalingen van dit hoofdstuk en van hoofdstuk 2 beschikken.”

37. De machtiging die aldus aan de Koning wordt toegekend, is evenwel te ruim, onder meer gelet op de verdere toename van de gevallen waarin een bijzondere bewijswaarde wordt toegekend aan de op grond van die nieuwe bevoegdheden opgestelde processen-verbaal (zie in dat verband reeds opmerking 7). De gevallen waarin aldus door de Koning nieuwe bevoegdheden zouden worden toegekend aan de betrokken ambtenaren, moeten op een meer nauwkeurige wijze worden omschreven. De uitleg die op dat punt thans in de memorie van toelichting voorkomt, is niet voldoende precies. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat het toepassingsgebied van het Wetboek veel ruimer is dan dat van de bestaande wetsbepaling⁴² die in de memorie van toelichting als precedent wordt aangehaald.

Opschrift van afdeling 3 van titel 1, hoofdstuk 2, van het ontworpen boek XV

38. De inhoud van afdeling 3 van titel 1, hoofdstuk 2, van het ontworpen boek XV lijkt betrekking te hebben op maatregelen ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid van consumenten en op de uitoefening van een ruimer toezicht binnen en buiten het kader van de toepassing van boek IX van het Wetboek. Het opschrift “bijzondere bevoegdheden inzake opsporing en vaststelling van inbreuken op boek IX” lijkt niet erg goed overeen te stemmen met deze inhoud, en kan dan ook beter worden aangepast door de woorden “inzake opsporing en vaststelling van inbreuken op” te vervangen door de woorden “voor de toepassing van”.

Ontworpen artikel XV.19

39. In de inleidende zin van artikel XV.19 schrijve men “Onverminderd hoofdstuk 1 zijn (...)” in plaats van “Onverminderd titel 1, hoofdstuk 1, van dit boek zijn (...)”.

Om dezelfde redenen als in opmerking 38 werd uiteengezet, schrijve men in de inleidende zin van artikel XV.19 bovendien “voor de toepassing van” in plaats van “voor de opsporing en vaststelling van inbreuken op”.

⁴² Artikel 23, derde lid, van de wet van 11 maart 2003 ‘betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij’.

Opschrift van afdeling 8 van titel 1, hoofdstuk 2, van het ontworpen boek XV

40. Aangezien de bijzondere bevoegdheid vermeld in het ontworpen artikel XV.30 niet enkel aan het openbaar ministerie, maar ook aan de onderzoeksrechter wordt toegewezen, dient in het opschrift van afdeling 8 eveneens van die onderzoeksrechter melding te worden gemaakt.

Ontworpen artikel XV.30

41. Bij het ontworpen artikel XV.30 wordt aan het openbaar ministerie of, in geval van gerechtelijk onderzoek, aan de onderzoeksrechter, de bevoegdheid verleend om de voorlopige sluiting van de “instelling” (lees: “inrichting” of “vestiging”) van de overtreder te bevelen. De beslissing daartoe wordt van kracht achtenveertig uur na de kennisgeving ervan aan de overtreder en de duur ervan mag de datum waarop over de definitieve inbreuk uitspraak zal zijn gedaan (lees: “waarop over de inbreuk definitief uitspraak wordt gedaan”), niet overschrijden.

Hetgeen hiervoor in de opmerkingen 25 en 28 is uiteengezet met betrekking tot de verhouding van de ontworpen bepaling tot artikel 28sexies van het Wetboek van Strafvordering en de erin vervatte waarborgen inzake rechterlijke toetsing, geldt *a fortiori* voor de ontworpen bepaling, die immers een meer verregaande inmenging vormt in het beschikkingsrecht van de overtreder over zijn goederen. Indien het bevel tot voorlopige sluiting wordt opgelegd in het kader van een gerechtelijk onderzoek moet daarenboven ook de verhouding tot artikel 61quater van het Wetboek van Strafvordering worden verduidelijkt.

Indien de steller van het ontwerp de voorkeur zou geven aan een alternatieve vorm van rechtsbescherming, zal die alleszins op omstandige wijze moeten worden uitgewerkt. De toepasselijkheid van een systeem van rechtsbescherming, hetzij het bestaande strafprocesrechtelijke systeem, hetzij een door de steller van het ontwerp nog uit te werken systeem, moet immers waarborgen dat het bevel tot sluiting niet wordt misbruikt als een drukkmiddel ten aanzien van de overtreder en dat het op een proportionele wijze wordt toegepast.

42. Ook indien het bepalen van de omstandigheden waarin de beslissing tot voorlopige sluiting kan worden genomen, aan het openbaar ministerie of aan de onderzoeksrechter wordt overgelaten, moet in de ontworpen bepaling ten minste de wijze worden geregeld waarop van die beslissing kennis wordt gegeven aan de overtreder. In dat verband kan *mutatis mutandis* verwezen worden naar opmerking 32.

Ontworpen artikel XV.31

43. Het ontworpen artikel XV.31, § 1, tweede lid, bevat een regeling van de kennisgeving van de waarschuwing door de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren. Die waarschuwing moet ter kennis worden gebracht van de overtreder binnen een termijn van dertig dagen volgend op de vaststelling van de feiten. Indien de overtreder evenwel niet bekend is op het tijdstip van de vaststelling van de inbreuk en pas geruime tijd later

bekend raakt, is deze bepaling onwerkzaam. Er kan dan ook beter een afzonderlijke bepaling aan die hypothese worden gewijd.

44. In het ontworpen artikel XV.31, § 1, derde lid, 1°, schrijve men “de geschonden wettelijke of reglementaire bepaling of bepalingen” in plaats van: “wetsbepaling of -bepalingen”.

45. In het ontworpen artikel XV.31, § 1, derde lid, 3°, wordt verkeerdelijk verwezen naar “de ambtenaren bedoeld in artikel XV.2”, aangezien het niet de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren zijn die de transactieprocedure bedoeld in het ontworpen artikel XV.61 kunnen toepassen (zie in dat verband opmerking 53).

46. Desgevallend zal het ontworpen artikel XV.31, § 1, derde lid, 3°, moeten worden aangevuld met een verwijzing naar bestuurlijke sancties die nog zullen worden opgenomen in boek XV, titel 2, hoofdstuk 2.

47. Overeenkomstig het ontworpen artikel XV.31, § 2, wordt het in artikel XV.2 bedoelde proces-verbaal pas overgemaakt (lees: “toegezonden”) aan de procureur des Konings, wanneer geen gevolg is gegeven aan een waarschuwing binnen de erin bedoelde termijn en er geen toepassing wordt gemaakt van de “transactie zoals bedoeld in titel 2, hoofdstuk 1” (lees: “de transactieprocedure bedoeld in artikel XV.61”). In de ontworpen bepaling moet worden verwezen naar de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde termijn.

Er wordt in dit verband verwezen naar opmerking 34 met betrekking tot de functionele scheiding die er moet zijn tussen de ambtenaren die belast zijn met de opsporing en vaststelling van inbreuken en met het geven van “guidance” en van waarschuwingen, enerzijds, en de ambtenaren die een beslissende rol spelen in de bestuurlijke handhaving, zoals de transacties (zie het ontworpen artikel XV.61) en de bestuurlijke sancties, anderzijds.

Ontworpen artikel XV.32

48. In het ontworpen artikel XV.32 kunnen het tweede en derde lid beter worden samengevoegd tot één lid door de zin die thans het tweede lid vormt, in de plaats te stellen van het zinsdeel “De diensten en overheden bedoeld in het eerste lid delen deze informatie en documenten mee” in het huidige derde lid.

49. Het laatste zinsdeel van het huidige derde lid (dat het tweede lid wordt) van het ontworpen artikel XV.32, in verband met de beperking van de mededeling van informatie en documenten met betrekking tot een opsporingsonderzoek en gerechtelijk onderzoek, kan beter worden afgestemd op de inhoud van artikel 96, eerste lid, van het koninklijk besluit van 27 april 2007 ‘houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken’. Het is immers niet denkbeeldig dat om mededeling van inlichtingen of stukken kan worden verzocht waarvoor de machtigingsbevoegdheid op grond van die laatste bepaling berust bij een andere parketmagistraat dan de procureur-generaal of federale procureur.

Ontworpen artikel XV.33

50. In het ontworpen artikel XV.33, eerste lid, spoort de Nederlandse tekst niet met de Franse tekst. Wellicht is de draagwijdte van de Franse tekst correct; de Nederlandse tekst moet daarop worden afgestemd.

Ontworpen artikel XV.34

51. In het ontworpen artikel XV.34 kunnen de woorden “en overheidsdiensten” en de woorden “en vervolgingen” beter vervallen, daar zij niets wezenlijks toevoegen aan de eraan voorafgaande woorden “bevoegde overheden” en “de procedures”. Ingevolge deze opmerking moet in de Franse tekst gewag worden gemaakt van “Les autorités compétentes ...”.

Ontworpen artikel XV.61

52. Overeenkomstig het ontworpen artikel XV.61, § 1, eerste lid, kunnen bij vaststelling van inbreuken op de bepalingen van het Wetboek en van de uitvoeringsbesluiten ervan, met uitzondering van de bepalingen van boek IV, en wellicht ook van de uitvoeringsbesluiten van dat boek (zie opmerking 4), de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren aan de overtreder een geldsom voorstellen waarvan de betaling de strafvordering doet vervallen. In het ontworpen artikel XV.61, § 2, wordt dat voorstel een “voorstel tot transactie” genoemd.

In tegenstelling tot wat het geval is voor de waarschuwingsprocedure van het ontworpen artikel XV.31, die de eventuele uitoefening van de strafvordering in beginsel onverlet laat, kunnen de betrokken ambtenaren, behalve, zoals wordt bepaald in het ontworpen artikel XV.61, § 3, in geval van een van tevoren aan de procureur des Konings gerichte klacht, een door de onderzoeksrechter ingesteld onderzoek of indien de zaak reeds bij de rechtbank aanhangig werd gemaakt, beschikken over de strafvordering, aangezien de aanvaarding door de overtreder van de transactie de strafvordering doet vervallen.

De Raad van State heeft over een dergelijke regeling, die in de economische wetgeving, zij het onder de benaming “minnelijke schikking”, een ruime verspreiding kent, reeds veelvuldig (minstens wezenlijk) de volgende opmerking gemaakt:

“Aldus wordt het openbaar ministerie ‘de pas afgesneden’⁴³ doordat he[t] zijn bevoegdheid om te oordelen over het al dan niet instellen van de strafvordering wordt ontnomen en [die bevoegdheid] zonder enige vorm van controle van zijnentwege⁴⁴ in handen wordt gelegd van ambtenaren.⁴⁵

⁴³ Voetnoot 19 van het geciteerde advies: J. MATTHIJS, “Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht”, *RW* 1975-76, 340; zie ook R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Mechelen, 2007, p. 92, nr. 153 en J. LECLERCQ, “Variations sur le thème pénalisation – dépenalisation”, *RDP* 1978, (807) 833-837.

⁴⁴ Voetnoot 20 van het geciteerde advies: H. BOSLY, “Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique”, *RDP* 1983, (27) 47.

⁴⁵ Voetnoot 21 van het geciteerde advies: De ambtenaren bedoeld in artikel 48 van het ontwerp zijn niet onder het toezicht van het openbaar ministerie geplaatst.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, is zich er van bewust dat de wetgever in het verleden nog bepalingen met een gelijke strekking heeft ingevoerd.⁴⁶ Niettemin meent hij opnieuw te moeten opmerken dat zulke bepalingen moeilijk in overeenstemming te brengen zijn met de algemene beginselen die het optreden van het openbaar ministerie beheersen. Reeds in haar advies 11.461/1 heeft de afdeling Wetgeving erop gewezen dat ambtenaren, in tegenstelling tot de magistraten van het openbaar ministerie, niet als onafhankelijk van het hiërarchische gezag van de minister kunnen worden beschouwd.⁴⁷

In onder meer advies 24.896/8⁴⁸ merkte de afdeling Wetgeving het volgende op:

‘Zoals de Raad van State het in zijn (...) advies L. 16.350/1 van 16 januari 1985 heeft laten verstaan, ‘valt het op’ (en is het dus ongewoon) dat een ambtenaar van het actief bestuur de bevoegdheid krijgt een minnelijke schikking voor te stellen waardoor de strafvordering vervalt. In vroegere adviezen, onder meer de adviezen L. 13.883/1 en L. 13.934/1 (...), had de Raad van State erop gewezen dat, naar luid van artikel 138 van het Gerechtelijk Wetboek, de vordering van de toepassing van de strafwet aan het openbaar ministerie toekomt. Indien een bestuursambtenaar bij middel van een minnelijke schikking de strafvordering kan verhinderen of doen vervallen, dan wordt die bevoegdheid van het openbaar ministerie, wat de betrokken strafbare feiten betreft, beknót. Het bestuur treedt dan in de plaats van de rechterlijke macht en dan worden, meer algemeen gesteld, de opdrachten van het bestuur en die van de parketten, andermaal wat de betrokken feiten betreft, gelijkgeschakeld. Dit stemt niet overeen met de bevoegdheidsverdeling die kenmerkend is voor een staatsysteem zoals het onze, waar aanvaard wordt dat de leden van de parketten bij de rechtbanken en hoven optreden als leden van de rechterlijke macht en niet als ambtenaren van het bestuur’.⁴⁹

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

Gelet op de zo-even uiteengezette bezwaren, wordt ter overweging gegeven een systeem in te voeren waarbij de bevoegde ambtenaren een minnelijke schikking kunnen voorstellen, doch enkel nadat het openbaar ministerie de kans heeft gekregen om binnen een bepaalde termijn te beslissen dat er, de ernst van het misdrijf of de omstandigheden waarin het is gepleegd in acht genomen, geen aanleiding is om de betrokkene strafrechtelijk te vervolgen.^{50,51}

In de memorie van toelichting wordt op vrij omstandige wijze uiteengezet waarom een dergelijk systeem “niet realistisch” is “gezien de massale instroom van zaken op de parketten” en “niet zinvol in het licht van de generaal (lees: algemene) preventieve werking van

⁴⁶ Voetnoot 22 van het geciteerde advies: Zie, onder meer, artikel 84 van de wet van 12 juni 1991 ‘op het consumentenkrediet’, artikel 116 van de wet van 14 juli 1991 ‘betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument’ en artikel 13, § 3, van de wet van 25 juni 1993 ‘betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten’.

⁴⁷ Voetnoot 23 van het geciteerde advies: Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, 1994.

⁴⁸ Voetnoot 24 van het geciteerde advies: Advies 24.896/8 van 21 mei 1996 over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen betreffende de veterinaire keuring’ (*Parl.St.* Kamer, 1996-97, nr. 782/1, 23).

⁴⁹ Voetnoot 25 van het geciteerde advies: Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *o.c.*, 53 en 55.

⁵⁰ Voetnoot 26 van het geciteerde advies: Vgl. met het systeem dat in het sociaal strafrecht geldt inzake administratieve geldboeten (artikelen 5 en 7 van de wet van 30 juni 1971 ‘betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten’).

⁵¹ Zie adv.RvS 47.084/1/V van 8 september 2009 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de Dienstenwet van 26 maart 2010, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2338/1, 125-127, nr. 44.

handhavingsbepalingen”. De Raad van State kan begrip opbrengen voor deze praktische overwegingen, maar wenst niettemin aan te stippen dat het door hem voorgestelde systeem niet inhoudt dat het openbaar ministerie alle voorstellen tot transactie dient te onderzoeken en te beoordelen, maar dat het louter de gelegenheid wordt geboden om in bepaalde gevallen alsnog over te gaan tot strafrechtelijke vervolging. Het komt de Raad van State dan ook voor dat op grond van de aangevoerde argumenten inzake efficiëntie en praktische toepasbaarheid wel degelijk op onevenredige wijze het strafrechtelijk beleid van het openbaar ministerie wordt doorkruist, terwijl het door hem voorgestelde alternatief (namelijk het vrijwaren van de mogelijkheid van het openbaar ministerie om binnen een bepaalde termijn over te gaan tot strafrechtelijke vervolging), de efficiëntie en praktische toepasbaarheid van de beoogde regeling zeker niet op onevenredige wijze zou beknotten.

53. Overeenkomstig het ontworpen artikel XV.61, § 1, eerste lid, kunnen de met de opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren aan de overtreder een voorstel tot transactie doen, terwijl volgens de memorie van toelichting wordt gesteld dat dit voorstel moet worden gedaan door “speciaal daartoe aangestelde ambtenaren, met uitzondering van de vaststellers zelf”. Mede gelet op hetgeen reeds in opmerking 45 werd uiteengezet, moet de ontworpen bepaling worden aangepast om in overeenstemming te zijn met hetgeen in de memorie van toelichting wordt betoogd.⁵²

54. Men redigere het ontworpen artikel XV.61, § 1, tweede lid, als volgt:

“De overtreder krijgt in dat geval de mogelijkheid om elk proces-verbaal tot vaststelling van een inbreuk waarop het voorstel betrekking heeft vooraf in te zien en zich daarvan een afschrift te doen afgeven.”

55. De redactie van het ontworpen artikel XV.61, § 1, vierde lid, van het Wetboek kan worden verbeterd als volgt:

“De geldsom bedoeld in het eerste lid mag niet hoger zijn dan het maximumbedrag van de geldboete die wegens de vastgestelde inbreuk kan worden opgelegd, verhoogd met de opdecimen.”

Indien het in de bedoeling ligt van de steller van het ontwerp om onder de bestuurlijke sancties die nog moeten worden ingevoerd in hoofdstuk 2 van titel 2 van het ontworpen boek XV, ook te voorzien in bestuurlijke geldboeten, dient in de ontworpen bepaling ook nog de strafrechtelijke of bestuurlijke aard van de geldboete te worden gespecificeerd.

56. Het ontworpen artikel XV.61, § 2, kan beter als volgt worden gesteld:

⁵² Zie in dat verband overigens reeds artikel 17, § 1, eerste lid, van de wet van 15 mei 2007 ‘betreffende de bestraffing van namaak en piraterij van intellectuele eigendomsrechten’, artikel 53, eerste lid, van de Dienstenwet van 26 maart 2010, artikel 136, eerste lid, van de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’ en artikel 15, eerste lid, van de wet van 4 maart 2012 ‘betreffende de Centrale voor Kredieten aan Ondernemingen’.

“In geval van toepassing van paragraaf 1 wordt het proces-verbaal pas toegezonden aan de procureur des Konings als de overtreder niet is ingegaan op het voorstel tot transactie of de voorgestelde geldsom niet heeft betaald binnen de daarvoor bepaalde termijn.”

Ontworpen artikel XV.72

57. Overeenkomstig het ontworpen artikel XV.72 wordt het maximum van de geldboeten en de gevangenisstraffen verdubbeld in geval van herhaling binnen een termijn van vijf jaar, te rekenen van een in kracht van gewijsde gegane veroordeling wegens dezelfde inbreuk. In tegenstelling tot hetgeen bepaald wordt in de bestaande wetsbepalingen die bij de bespreking van dat ontworpen artikel in de memorie van toelichting als voorbeelden worden aangehaald, wordt niet uitdrukkelijk vermeld dat die ontworpen bepaling geldt onverminderd de toepassing van de gewone regels inzake herhaling, en dat ze ten opzichte van die regels bijgevolg een aanvullende werking heeft. Ter wille van de rechtszekerheid wordt minstens in de memorie van toelichting best aangegeven of die wijze van uitwerking nog steeds wordt beoogd, want thans is niet geheel duidelijk of met de ontworpen bepaling enkel afstand wordt genomen van onderscheiden specifieke herhalingsregels in andere vigerende economische wetgeving of ook van hetgeen is bepaald in de artikelen 54 tot 57 van het Strafwetboek.

Ontworpen artikel XV.74

58. Aangezien het ontworpen artikel XV.74 niet enkel van toepassing is op vonnissen en arresten met betrekking tot strafrechtelijke inbreuken en zelfs van toepassing is op de scheidsgerichten, is het niet op zijn plaats in titel 3 van het ontworpen boek XV.

Titel 3, hoofdstuk 2, van het ontworpen boek XV

59. In een aantal artikelen van titel 3, hoofdstuk 2, van het ontworpen boek XV worden niet enkel inbreuken op bepalingen van het Wetboek zelf, maar ook inbreuken op bepalingen van de uitvoeringsbesluiten ervan op algemene wijze strafbaar gesteld.⁵³

In dat verband moet worden herinnerd aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over de toelaatbaarheid, in het licht van het legaliteitsbeginsel in strafzaken (artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet), van de strafbaarstelling bij wet van bepalingen die in een uitvoeringsbesluit zijn opgenomen. Het Hof heeft geoordeeld dat het legaliteitsbeginsel in strafzaken niet zo ver reikt dat het de wetgever ertoe verplicht elk aspect van de strafbaarstelling zelf te regelen. Wanneer de wetgever de niet-naleving van een bepaling van een uitvoeringsbesluit strafbaar stelt, vereist het legaliteitsbeginsel in strafzaken wel dat de machtiging aan de uitvoerende macht voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgelegd.⁵⁴ De vraag rijst dan ook of de strafbaarstelling op algemene wijze

⁵³ Zie de ontworpen artikelen XV.81, XV.99, 2° en 3°, XV.100, 1°, XV.101 en XV.102, § 2, 3°.

⁵⁴ GwH nr. 114/98, 18 november 1998, B.2 tot B.5; GwH nr. 137/2005, 19 juli 2005, B.4 en B.7; GwH nr. 37/2010, 22 april 2010, B.4, B.5 en B.9.

van inbreuken op uitvoeringsbesluiten, zoals bijvoorbeeld het geval is voor het ontworpen artikel XV.100, 1°, beantwoordt aan de door het Grondwettelijk Hof gestelde vereisten.

De steller van het ontwerp dient na te gaan of niet veeleer kan worden verwezen naar bepaalde aspecten van de betrokken uitvoeringsbesluiten, derwijze dat op voldoende nauwkeurige wijze wordt bepaald voor welke gedragingen een strafbaarstelling gewenst is.

Ontworpen artikel XV.82

60. In artikel V.8 van het Wetboek⁵⁵ wordt enkel gewag gemaakt van de verplichting voor producenten en verdelers om “naar best vermogen en onder voorwaarden conform de handelsgebruiken aan de vraag van de verdelers of verbruikers naar producten of dienstverstrekkingen te beantwoorden, als die vraag niet abnormaal voorkomt”. Die bepaling betreft geen beslissing die overeenkomstig het ontworpen artikel XV.82 strafbaar kan worden gesteld. In de laatstgenoemde bepaling moet wellicht dan ook worden verwezen naar de verplichting bedoeld in artikel V.8, veeleer dan naar de “beslissing genomen in toepassing van” de betrokken bepaling.

Ontworpen artikel XV.102

61. De verwijzingen in het ontworpen artikel XV.102, § 2, 3°, naar de artikelen IX.4 en IX.5 moeten worden gepreciseerd, aangezien in die artikelen verschillende onderdelen voorkomen waarin kennelijk geen strafbaar te stellen verplichtingen zijn opgenomen.

Ontworpen artikel XV.126

62. In de Franse tekst van het ontworpen artikel XV.126, eerste lid, schrijve men “des agents visés à l’article XV.2” in plaats van “des fonctionnaires cités dans le présent Code”.

Ontworpen artikel XV.130

63. In het ontworpen artikel XV.130, eerste lid, dient nauwkeuriger te worden bepaald waarop de verbeurdverklaring uitgesproken op basis van die bepaling betrekking kan hebben. Thans wekt de tekst van de ontworpen bepaling immers de indruk dat het slechts kan gaan om goederen die het voorwerp vormen van de inbreuk, terwijl uit de memorie van toelichting kan worden opgemaakt dat een ruimer toepassingsgebied wordt beoogd. Er wordt in het eerste lid immers niet, zoals in het tweede lid, vermeld dat die bepaling geldt “[o]nverminderd de toepassing van de artikelen 42 tot en met 43^{quater} van het Strafwetboek”. Indien het de

⁵⁵ Zoals het is opgenomen in het wetsontwerp “houdende invoeging van Boek IV ‘Bescherming van de mededinging’ en van Boek V ‘De mededinging en de prijsevoluties’ in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht” en wetsontwerp “houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, in boek IV ‘Bescherming van de mededinging’ en boek V ‘De mededinging en de prijsevoluties’ van het Wetboek van economisch recht”, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nrs. 53-2591/1 en 53-2592/1.

bedoeling is om daarmee uit te sluiten dat daardoor overeenkomstig artikel 43bis, eerste lid, van het Strafwetboek, de schriftelijke vordering van de procureur des Konings vereist is voor de bijzondere verbeurdverklaring van de goederen bedoeld in artikel 42, 3°, van het Strafwetboek, zou dit uitdrukkelijk moeten worden bepaald.

64. Het derde lid van het ontworpen artikel XV.130 wordt beter geredigeerd als volgt, teneinde het belang van de eerbiediging van het rechtmatig eigendomsrecht van derden beter tot uitdrukking te brengen:

“Als het voorwerp van de vordering tot verbeurdverklaring eigendom is van een derde, wordt de derde in het geding betrokken en de verbeurdverklaring wordt niet uitgesproken of wordt ongedaan gemaakt als geen bewijs wordt geleverd van diens kwade trouw.”

Ontworpen artikel XV.131

65. In het ontworpen artikel XV.131 dienen na het woord “vonnis” telkens de woorden “of arrest” te worden ingevoegd.

66. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel XV.131 moet bovendien de tweede vermelding van het werkwoord “kunnen” worden weggelaten.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

1.1. L'avant-projet de loi soumis pour avis vise essentiellement à insérer, dans le Code de droit économique (ci-après : « le Code »), un certain nombre de divisions¹ d'un nouveau livre XV (« Application de la loi ») (article 2 du projet).

En ce qui concerne le titre 1^{er} (« Recherche et constatation ») du nouveau livre XV, le projet contient un chapitre 1^{er} (« Compétences générales »)². Seules figurent actuellement dans le projet de texte les sections 3 (« Les compétences particulières en matière de recherche et de constatation d'infractions au livre IX »)³ et 8 (« La compétence particulière du ministère public »)⁴ du chapitre 2 (« Compétences particulières »). En outre, le titre 1^{er} comporte

¹ Selon la table des matières figurant dans l'exposé des motifs, le nouveau livre XV comportera encore diverses autres divisions qui, pour l'heure, n'ont toutefois pas été soumises pour avis. C'est pourquoi la numérotation des articles du texte à l'examen n'est pas continue et comporte des blancs qui seront complétés ultérieurement.

² Articles XV.1 à XV.10, en projet.

³ Articles XV.19 et XV.20, en projet.

⁴ Article XV.30, en projet.

encore un chapitre 3 (« De la procédure d'avertissement et de publicité »)⁵ et une section 1^{ère} (« Généralités »)⁶ du chapitre 4 (« Coordination et suivi entre différentes autorités publiques »).

Seul un chapitre 1^{er} (« La transaction ») du titre 2 (« L'application administrative ») figure dans le projet⁷.

En ce qui concerne le titre 3 (« L'application pénale »), le projet contient un chapitre 1^{er} (« Dispositions générales »)⁸, ainsi que les sections 2⁹, 3¹⁰, 6¹¹ et 7¹² du chapitre 2 (« Les infractions sanctionnées pénalement »). Ces quatre sections concernent les sanctions pour les infractions aux livres IV, V, VIII et IX, sur lesquels le Conseil d'État a déjà donné les avis 51.810/1 (livres IV et V) du 20 septembre 2012, 51.886/1 (livre VIII) du 20 septembre 2012 et 52.128/1 (livre IX) du 25 octobre 2012. Le même chapitre 2 contient également la section 12 (« Entrave au contrôle »)¹³. Le titre 3 comporte également un chapitre 3 (« Les peines complémentaires »), contenant les sections 2 (« Confiscation »)¹⁴ et 3 (« L'affichage du jugement ou de l'arrêt »)¹⁵.

1.2. Il est ensuite prévu d'abroger un certain nombre de dispositions d'application de cette législation économique qui, sur le fond, sont connexes à la réglementation du Code en projet (articles 3 à 9 du projet).

Par ailleurs, il est prévu que les références aux dispositions abrogées précitées, faites dans la réglementation existante, doivent se concevoir comme des références aux dispositions équivalentes du Code (article 10) et le Roi est habilité à remplacer en ce sens les références qui figurent dans la réglementation existante (article 11).

Le Roi est également habilité à coordonner les dispositions du Code avec les modifications expresses ou implicites qui lui seront apportées ultérieurement (article 12).

Le Roi est en outre chargé de déterminer l'entrée en vigueur de la loi en projet (article 13).

⁵ Article XV.31, en projet.

⁶ Articles XV.32 à XV.34, en projet.

⁷ Article XV.61, en projet.

⁸ Articles XV.69 à XV.74, en projet.

⁹ Article XV.80, en projet.

¹⁰ Articles XV.81 et XV.82, en projet.

¹¹ Articles XV.99 à XV.101, en projet.

¹² Article XV.102, en projet.

¹³ Article XV.126, en projet.

¹⁴ Article XV.130, en projet.

¹⁵ Article XV.131, en projet.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

2. Le projet de loi soumis pour avis concerne uniquement des divisions d'un seul livre du Code, à savoir le livre XV (« Application de la loi »). Dans des demandes d'avis précédentes concernant d'autres divisions de ce Code, le Conseil d'État a déjà souligné les inconvénients résultant de l'examen fragmentaire de ses différentes divisions. D'une manière plus générale, c'est la première fois que sont précisées les modalités de contrôle, de recherche et de constatation d'infractions, ainsi que les divers mécanismes en matière de sanctions et d'application des règles matérielles qui avaient déjà été soumises précédemment pour avis.

Il peut se justifier que certaines divisions du livre XV ne puissent pas encore être soumises actuellement pour avis lorsqu'il s'agit par exemple de dispositions pénales particulières liées aux divisions du Code qui, elles-mêmes, n'ont pas encore été soumises pour avis. Le Conseil d'État exprime toutefois le vœu que les divisions futures du Code soient chaque fois soumises en même temps que les dispositions pénales particulières connexes du livre XV.

Ce procédé complique l'examen du projet soumis pour avis et du Code dans son ensemble.

3. Sauf en cas de modification du contexte juridique, le Conseil d'État ne donne en principe pas de nouvel avis sur des dispositions qui ont déjà été examinées précédemment ou qui ont été modifiées à la suite d'observations formulées dans des avis précédents. En ce qui concerne ces dispositions, on se reportera aux avis en question. Seules les dispositions qui sont tout à fait nouvelles et, dans la mesure du possible, qui ont subi des modifications ne résultant pas d'avis antérieurs du Conseil d'État, font dès lors l'objet de l'avis qui sera donné. Il est toutefois recommandé d'annexer à l'exposé des motifs un tableau mentionnant la référence des avis antérieurs donnés par le Conseil d'État sur des dispositions inscrites dans le projet, en plus des tableaux de concordance présentés dans les deux sens transmis par le délégué.

4. Selon l'article XV.2, § 1^{er}, en projet, les agents commissionnés par le ministre sont uniquement compétents afin de « rechercher et constater les infractions aux dispositions du présent Code et de ses arrêtés d'exécution, à l'exception de celles reprises dans le livre IV ». Cette dernière exception visant sans doute également les arrêtés d'exécution du livre IV, on écrira à la fin de l'article XV.2, § 1^{er}, en projet : «, à l'exception des dispositions figurant dans le livre IV et ses arrêtés d'exécution ».

Certaines autres dispositions du titre 1^{er}, en projet, quant à elles, font état de telles infractions de manière divergente¹⁶, alors qu'on peut néanmoins considérer qu'il s'agit des mêmes infractions que celles visées à l'article XV.2, § 1^{er}, en projet. Il serait dès lors préférable de faire uniformément référence, dans ces dispositions, aux « infractions visées à l'article XV.2, § 1^{er} ».

Sans doute la référence aux infractions¹⁷, faite au titre 3 du livre XV, en projet, vise-t-elle à leur donner un autre contenu que celui qu'ont ces infractions à l'article XV.2, § 1^{er},

¹⁶ Voir les articles XV.1, XV.3, phrase introductive, 2^o et 4^o, XV.4, § 1^{er}, alinéa 5, XV.8, et XV.31, § 1, alinéas 1^{er} et 3, 1^o, en projet. Voir également, mais en ce qui concerne le titre 2, l'article XV.61, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet.

¹⁷ Voir par exemple l'article XV.69, en projet.

en projet, et il ne s'agit pas, en effet, d'exclure les infractions au livre IV et à ses arrêtés d'exécution¹⁸. Dans ce cas, il faudra utiliser une formulation adéquate, mais également suffisamment précise et cohérente dans ce titre¹⁹.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

Intitulé du titre 1^{er} du livre XV, en projet

5. Bien que dans l'intitulé du titre 1^{er} du livre XV, en projet, du Code, il soit uniquement question de recherche et constatation, ce titre a une portée plus large dès lors qu'il concerne également, entre autres, les compétences de contrôle des agents visés à l'article XV.2, en projet, ainsi que les mesures de police administrative qu'ils peuvent prendre en la matière, ce qui ressort le plus clairement de diverses dispositions du chapitre 3 du titre 1^{er}, qui attribuent à ces agents le pouvoir de prendre des mesures d'avertissement et de publication²⁰. En outre, certaines des compétences expressément attribuées à ces agents sont liées à l'exercice de leurs missions de contrôle²¹. Un certain nombre de dispositions en projet concernent même l'intervention d'agents chargés du contrôle de la législation autre qu'économique²².

Même s'il n'est pas toujours aisé de faire clairement la distinction dans la législation économique entre le contrôle, d'une part, et la recherche et la constatation d'infractions, d'autre part, et s'il y a des interférences entre les deux compétences, il est néanmoins recommandé, dans l'intérêt de la sécurité juridique, de définir plus clairement ces compétences et de mieux les circonscrire les unes par rapport aux autres. On adaptera à tout le moins l'intitulé du titre 1^{er} de manière à en définir plus précisément la portée du contenu, par exemple en le formulant en ces termes : « Exercice du contrôle et recherche et constatation des infractions ».

Article XV.2, en projet

6. Il est recommandé, soit à l'article XV.2, § 1^{er}, en projet, soit dans le livre I^{er}, titre 1^{er}, du Code, qui doit encore être inséré, de prévoir une définition afin de préciser, entre autres, quels sont les ministres compétents pour désigner les agents chargés de rechercher et de constater des infractions.

¹⁸ C'est ainsi que le titre 3, en projet, comporte une section fixant des sanctions pour les infractions au livre IV.

¹⁹ C'est ainsi que l'article XV.70, en projet, fait mention des « infractions aux dispositions du présent Code », alors qu'il peut se déduire des dispositions suivantes, en projet, que sont également visées les infractions à (aux dispositions de) certains arrêtés pris en exécution de dispositions du Code.

²⁰ Il peut se déduire du commentaire du chapitre 2 du même titre à la page 26 de l'exposé des motifs que la mise en œuvre future de ce chapitre impliquera également des mesures de police administrative, dès lors qu'il est notamment fait référence à « certaines mesures en matière de sécurité ».

²¹ Voir les articles XV.6 et XV.19, 2°, XV.32, alinéa 1^{er}, et XV.33, alinéa 1^{er}, en projet.

²² Voir les articles XV.20, XV.32, alinéas 2 et 3, et XV.33, alinéa 2, en projet.

Cette observation vaut également pour les articles XV.33, alinéa 1^{er}, et XV.74, alinéa 1^{er}, en projet, qui font également mention du « ministre », sans autre précision.

7. Conformément à l'article XV.2, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, les procès-verbaux établis par les agents visés au paragraphe 1^{er} font foi jusqu'à preuve du contraire.

La Cour constitutionnelle a déjà souligné qu'une telle règle constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut comme simple renseignement et, par conséquent, également au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé. La différence de traitement qui en résulte doit dès lors être raisonnablement justifiée et ne peut restreindre les droits du prévenu d'une manière disproportionnée²³. Toutefois, la Cour a déjà également jugé que compte tenu du caractère très technique d'une certaine réglementation et de la difficulté corrélative de constater les infractions à celle-ci, il n'est pas manifestement déraisonnable d'attribuer aux procès-verbaux rédigés par les agents commissionnés une force probante particulière²⁴.

Il ressort de l'exposé des motifs que les auteurs du projet sont conscients de la nature exceptionnelle de l'attribution d'une force probante particulière aux procès-verbaux, mais qu'en l'espèce ils jugent qu'une telle mesure est « justifiée et rendue nécessaire par le caractère spécifique des infractions recherchées » et afin de préserver la possibilité « d'exécuter efficacement la mission de constatation des infractions ».

La question se pose toutefois de savoir si cette justification est effectivement pertinente pour la recherche et la constatation de toutes les infractions concernées, compte tenu du champ d'application très étendu de la disposition en projet. En tout état de cause, force est de constater que l'exposé des motifs n'explique pas concrètement pourquoi l'attribution d'une valeur probante particulière aux procès-verbaux se justifie pour chacune des catégories d'infractions. Le cas échéant, il faudra faire la distinction entre les catégories d'infractions pour lesquelles les procès-verbaux, conformément à la règle générale, valent comme simple renseignement et les catégories d'infractions pour lesquelles les procès-verbaux ont une force probante particulière.

8. Selon l'article XV.2, § 2, alinéa 2, en projet, une copie du procès-verbal est communiquée au contrevenant présumé dans les trente jours « à dater du procès-verbal ». Il peut toutefois se déduire de l'exposé des motifs qu'il s'agit de porter le procès-verbal à la connaissance du contrevenant présumé dans un délai raisonnable à dater de la constatation de l'infraction²⁵. Dans la mesure où le délai de trente jours ne prend cours que le jour de la datation du procès-verbal, un verbalisant peut en postposer la signature et la datation et ainsi porter atteinte au délai raisonnable visé. Il est dès lors recommandé de prendre la date de la constatation

²³ Voir par exemple C.C., 6 avril 2000, n° 40/2000, B.14.1; C.C., 14 février 2001, n° 16/2001, B.12.1.

²⁴ C.C., 14 octobre 2010, n° 111/2010, B.12.3.

²⁵ Voir, au demeurant, déjà dans ce sens l'article 9, § 1^{er}, deuxième phrase, de la loi du 20 juillet 1990 'concernant l'accréditation des organismes d'évaluation de la conformité', l'article 19, § 2, alinéa 2, de la loi du 9 février 1994 'relative à la sécurité des produits et des services', l'article 18, alinéa 2, deuxième phrase, de la loi du 15 mai 2007 'relative à la répression de la contrefaçon et de la piraterie de droits de propriété intellectuelle' et l'article 52, § 1^{er}, troisième phrase, de la loi du 26 mars 2010 sur les services.

de l'infraction comme point de départ ou de prévoir un délai de rigueur raisonnable pour la signature et la datation du procès-verbal.

Par ailleurs, il faut également tenir compte de la possibilité que le contrevenant présumé ne soit pas connu au moment de la constatation de l'infraction. On peut envisager de consacrer une disposition distincte à cette hypothèse ²⁶.

Enfin, il serait également recommandé que l'article XV.2, § 2, alinéa 2, en projet, détermine le moment où le délai de trente jours commence à courir si le contrevenant présumé ne donne pas suite aux conseils ou renseignements fournis par les agents concernés conformément à l'article XV.6, en projet, si le contrevenant présumé laisse sans suite l'avertissement visé à l'article XV.31, en projet, ou s'il ne paie pas dans les délais la somme de la transaction visée à l'article XV.61, en projet.

9. Il peut se déduire de l'exposé des motifs que l'auteur du projet n'a pas jugé opportun de régler la manière dont la copie du procès-verbal est communiquée au contrevenant présumé, afin de permettre une certaine flexibilité. Étant donné qu'il faut toutefois pouvoir prouver ultérieurement la date de cette communication, on peut néanmoins suggérer de fixer les modalités de la notification du procès-verbal à l'article XV.2, § 2, alinéa 2, en projet.

10. Il serait préférable de formuler le texte néerlandais de la deuxième phrase de l'article XV.2, § 2, alinéa 2, en projet, comme suit :

« Bij gebreke daarvan kan de vermoedelijke overtreder te allen tijde een afschrift verkrijgen bij de bevoegde administratie ».

Article XV.3, en projet

11. Vu l'ampleur de l'article XV.3, en projet, il serait préférable d'en répartir les dispositions sur plusieurs articles. Il serait ainsi plus simple que ce n'est actuellement le cas d'éviter les imperfections légistiques, telles que l'interruption d'énumérations par des phrases incidentes et l'utilisation de tirets pour y indiquer un troisième niveau.

12. L'article XV.3, 1°, en projet, permet aux agents chargés de rechercher et de constater des infractions de « pénétrer ou [d']accéder à toute heure à des lieux dans lesquels, sur base de motifs raisonnables, ils estiment nécessaire de pénétrer pour l'accomplissement de leur tâche, sauf si cela concerne des locaux habités ». L'accès à des « locaux habités » n'est par contre permis qu'avec l'autorisation préalable et écrite de l'habitant, que moyennant une autorisation du juge d'instruction ou en cas de flagrant délit.

²⁶ Voir l'avis C.E. 40.352/1 du 15 juin 2006 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 6 juin 2010 'introduisant le Code pénal social', *Doc. Parl.*, Chambre 2008-09, n^{os} 52-1666/1 et 1667/1, 511, ainsi que la suite qui a été réservée à cette observation dans l'article 66, alinéa 2, du Code pénal social.

La jurisprudence admet en tout état de cause que, dans ce cas, le verbalisant dispose d'un délai raisonnable pour rechercher l'identité de l'intéressé et que le délai ne commence à courir qu'à partir du moment où cette identité est connue : voir Cass. 18 septembre 1973, *R.W.* 1973-74, 1204, *Pas.* 1974, 50, *Arr. Cass.* 1974, 59.

Il est à noter à cet égard que le droit au respect du domicile est garanti non seulement par l'article 15 de la Constitution, mais aussi par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la notion de « domicile » au sens de l'article 8 de la Convention européenne doit être interprétée au sens large et qu'elle porte également sur les locaux professionnels et commerciaux ²⁷, même lorsqu'il s'agit de personnes morales ²⁸.

En outre, la Cour constitutionnelle a souligné que « l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant, apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8 [paragraphe 1.] de la Convention européenne des droits de l'homme ». La Cour infère de cette constatation que des dérogations à cette règle ne peuvent qu'être exceptionnelles et qu'elles doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent ²⁹.

Il résulte de ce qui précède qu'il serait bon que les auteurs du projet envisagent de prévoir également des garanties particulières pour la visite de lieux qui, bien que ne correspondant pas à un « domicile » au sens de l'article 15 de la Constitution, bénéficient néanmoins des garanties visées dans les dispositions de la convention précitées ³⁰.

13. Sauf en ce qui concerne la visite de locaux habités autorisée par le juge d'instruction, l'article XV.3, 1°, en projet, ne fixe pas les heures durant lesquelles il est permis de pénétrer dans les lieux qui y sont visés. Bien qu'on puisse concevoir que la recherche de certaines infractions puisse nécessiter un droit d'accès permanent, faut-il que ce droit soit aussi étendu pour toutes les infractions visées par cette disposition, et ne faut-il pas, par conséquent, fixer dans certaines hypothèses des heures durant lesquelles le droit d'accès peut être exercé. Pour déterminer ces heures, il faudra veiller à conserver un équilibre raisonnable entre les droits des personnes concernées et la nécessité de permettre aux agents chargés de la recherche et de la constatation d'infractions d'accomplir efficacement leur mission ³¹.

14. L'article XV.3, 1°, alinéa 3, en projet, fait état d'une demande et d'une autorisation motivées pour pénétrer dans des locaux habités (et, eu égard à l'observation 12, peut-être aussi d'autres locaux). Au regard de la sécurité juridique, il est recommandé de préciser sur quels éléments cette motivation doit porter dans les deux cas.

²⁷ Voir notamment Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, Niemietz c. Allemagne; Cour eur. D.H., 25 février 1993, Funke, Crémieux et Miaillhe c. France; Cour eur. D.H., 9 décembre 2004, Van Rossem c. Belgique; Cour eur. D.H., 28 avril 2005, Buck c. Allemagne. Voir également D. YERNAULT, « Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne », Rev. Trim. Dr. H. 1994, 117-135.

²⁸ Cour eur. D.H., 16 avril 2002, Société Colas Est e.a. c. France; Cour eur. D.H., 11 octobre 2005, Kent Pharmaceuticals Limited e.a. c. Royaume-Uni; Cour eur. D.H., 21 décembre 2010, Société Canal Plus e.a. c. France.

²⁹ C. C., 16 décembre 1998, n° 140/98, B.1-B.2.

³⁰ Voir dans le même sens avis C.E. 50.585/3 du 6 décembre 2011 sur un projet devenu le décret du 6 juillet 2012 'betreffende het vervoer van gevaarlijke goederen over de binnenwateren', *Parl. fl.*, 2011-12, n° 1600/1, 38-39.

³¹ Voir dans le même sens avis C.E., 40.352/1 du 15 juin 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 6 juin 2010 'introduisant le Code pénal social', *Doc. parl.*, Chambre 2008-09, n° 52-1666/1 et 1667/1, 500.

15. Dans le texte néerlandais de l'article XV.3, 1°, alinéa 3, en projet, on écrira « op gemotiveerd verzoek » au lieu de « mits gemotiveerd verzoek ». On écrira aussi « de bedoelde machtiging » au lieu de « de bedoelde toestemming », afin de ne pas créer de confusion avec l'autorisation qui, conformément à l'alinéa 2 en projet, peut être accordée par l'habitant. Dans le texte français de l'article XV.3, 1°, alinéa 2, en projet, on écrira pour le même motif « le consentement préalable » au lieu de « l'autorisation préalable ».

16. La deuxième phrase de l'article XV.3, 1°, alinéa 3, en projet, mentionne que l'autorisation du juge d'instruction peut être obtenue « par tout moyen écrit » en cas d'« urgence dûment motivée ». La question se pose alors de savoir sous quelle forme écrite particulière l'autorisation doit être accordée en dehors de ce cas. Mieux vaut le préciser.

17. Dans un souci de clarté, mieux vaut écrire à l'article XV.3, 5°, alinéa 1^{er}, en projet, « sur première réquisition, sans déplacement, ou après s'être rendus aux endroits visés dans la disposition sous 1° [et donc pas : paragraphe 1^{er}], (...) ».

18. L'alinéa 1^{er}, de l'article XV.3, 5°, en projet, confère aux agents chargés de rechercher et de constater des infractions le pouvoir de prendre gratuitement copie des divers supports d'information que cet alinéa énumère. L'alinéa 2 de la même disposition en projet leur ouvre le droit de se faire soumettre les données enregistrées sur les supports informatisés visés dans cet alinéa d'une manière lisible et claire, dans la forme désirée par eux, contre remise d'un accusé de réception.

À cet égard, il faut toutefois garantir que l'application de ces dispositions n'ait pas d'effets disproportionnés pour les détenteurs de ces supports d'information. À cette fin, le projet devrait prévoir des limites et des restrictions aux compétences précitées des agents ³².

19. Conformément à l'article XV.3, 9°, alinéa 1^{er}, en projet, les agents chargés de rechercher et de constater des infractions sont habilités à faire des constatations en réalisant des images, quel qu'en soit le support. Cette disposition est inspirée par l'article 39, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code pénal social. Sur de l'avant-projet de loi devenu à cette disposition législative, le Conseil d'État a observé ce qui suit :

« Le recours à de tels moyens pose un double problème.

D'une part, le recours aux photos, films et vidéos comme moyen de preuve en droit pénal n'est pas organisé par le législateur, sauf dans le cadre de méthodes particulières de recherche. Il en résulte une incertitude quant à la force probante qui sera reconnue à ces moyens, même si certaines décisions judiciaires les acceptent, moyennant certaines conditions, au nom de la liberté de la preuve en droit pénal ³³.

D'autre part, la collecte d'images tombe non seulement dans le champ d'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à

³² Voir dans le même sens C.E. 40.352/1 du 15 juin 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 6 juin 2010 'introduisant le Code pénal social', *Doc. parl.*, Chambre 2008-09, n^{os} 52-1666/1 et 1667/1, 503.

³³ *Note 25 de l'avis cité* : Voir par exemple Corr. Bruxelles, 18 décembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 819; Gand, 6 février 1992, *R.W.*, 1992- 1993, p. 570. En matière civile, voir Civ. Namur (rf.), 31 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 192.

l'égard des traitements de données à caractère personnel ³⁴, à laquelle il conviendrait de se conformer en l'absence de dispositions dérogatoires ³⁵, mais il faut également tenir compte des articles 12, alinéa 2, et 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution ³⁶.

La question se pose dès lors de savoir si le recours aux moyens précités ne nécessite pas d'être réglé avec davantage de précision ³⁷».

À la suite de cette observation, le texte en projet de l'article 39 du Code pénal social a été adapté, non seulement en spécifiant qu'il peut également être fait usage d'images faites ou obtenues légitimement par des tiers, mais aussi en soumettant la réalisation d'images dans des espaces habités à une autorisation à délivrer par un juge d'instruction sur demande motivée et en subordonnant la force probante particulière des constatations faites au moyen des images aux conditions, d'une part, de l'établissement d'un procès-verbal comportant des mentions obligatoires bien définies et, d'autre part, de la conservation du support originel des images pendant une période déterminée. L'article XV.3., 9°, alinéa 2 et suivants, en projet, reflète le texte ainsi adapté de l'article 39 du Code pénal social.

Il ressort du commentaire de ce dernier article dans l'exposé des motifs du projet de loi devenu la loi du 6 juin 2010 'introduisant le Code pénal social', que l'ajout d'un dispositif relatif à la force probante particulière des constatations faites au moyen d'images visait à « rencontrer la remarque du Conseil d'État sur 'l'incertitude quant à la force probante qui sera accordée à ces moyens' en raison du fait que l'utilisation d'images n'est pas réglementée par le législateur ». Ce commentaire comporte également des considérations portant sur la non-applicabilité de diverses obligations découlant de la loi du 8 décembre 1992 précitée, en raison de l'application d'exceptions, telles que celles figurant à l'article 3, § 5, de cette même loi ³⁸. Il semble que ces adaptations aient répondu dans une large mesure aux observations du Conseil d'État.

³⁴ Note 26 de l'avis cité : M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, et Th. LEONARD, « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992 », *J.T.*, 1993, p. 371; O. DE SCHUTTER, « La vidéosurveillance et le droit au respect de la vie privée », *Journ. proc.*, 1996, n° 296, p. 14; P. DE HERT, O. DE SCHUTTER et S. GUTWIRTH, « Pour une réglementation de la vidéosurveillance », *J.T.*, 1996, pp. 569-570. Voir également l'avis 25.093/9-25.094/9 du 6 mai 1996 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi relative à la police de la circulation routière, coordonnée le 16 mars 1968 », *Doc. parl.*, Chambre, 1995-1996, n° 577/1, pp. 12-14.

³⁵ Note 27 de l'avis cité : Voir en ce sens l'avis n° 25.969/2 du 26 mai 1997 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « relatif à la surveillance et au contrôle des législations relatives à la politique de l'emploi ainsi qu'à la reconversion et au recyclage professionnels », donné le 26 mai 1997, *Doc. parl.*, Parl. W., 1997-1998, n°s 319/1 et 320/1.

³⁶ Note 28 de l'avis cité : Voir Cour d'arbitrage, n° 202/2004, 21 décembre 2004.

³⁷ Voir avis C.E. 40.352/1 du 15 juin 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 6 juin 2010 'introduisant le Code pénal social', *Doc. parl.*, Chambre 2008-09, n°s 52-1666/1 et 1667/1, 502-503. Voyez dans le même sens, avis C.E. 45.682/3 du 20 janvier 2009 sur un avant-projet devenu le décret du 30 avril 2009 'tot wijziging van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid en tot wijziging aan diverse bepalingen inzake de milieuhandhaving', *Doc. parl.*, Parl. fl., 2008-09, n° 2132/1, 136 -137.

³⁸ Voir *Doc. parl.*, Chambre 2008-09, n°s 52-1666/1 et 1667/1, 139-141.

À la suite des observations du Conseil d'État, un principe de proportionnalité a toutefois également été inscrit à l'article 19 du Code pénal social³⁹, principe qui est expressément invoqué dans l'exposé des motifs précité pour relativiser la nécessité d'un nouveau dispositif relatif à l'utilisation d'images dans l'article consacré au pouvoir de constatation sur la base de ce moyen⁴⁰. Il est recommandé de prévoir également un tel principe dans les dispositions en projet qui, alors, ne s'appliquerait pas seulement aux constatations faites au moyen d'images, mais à toutes les constatations faites par les agents concernés.

20. Seul le deuxième alinéa de l'article XV.3, 9°, en projet, fait état d'enregistrements sonores, mais pas ses autres dispositions. On n'aperçoit pas, dès lors, dans quelle mesure les dispositions qui traitent expressément des images s'appliquent également aux enregistrements sonores. Cette imprécision doit être éliminée, eu égard notamment à l'article XV.3, 10°, en projet, qui porte spécifiquement sur les enregistrements sonores. Voir également à ce sujet l'observation 23 relative à la dernière disposition en projet.

21. Dans la phrase introductive de l'article XV.3, 9°, alinéa 5, en projet, les mots « de preuve » sont superflus et doivent être omis.

22. Dans l'article XV.3, 9°, alinéa 5, b), en projet, mieux vaut remplacer le membre de phrase « jusqu'à ce qu'un jugement ou un arrêt ayant acquis force de chose jugée ait été prononcé » par le membre de phrase « jusqu'à ce qu'une décision judiciaire mettant fin à la poursuite de l'infraction soit passée en force de chose jugée »⁴¹, de sorte, d'une part, qu'une ordonnance de non-lieu y soit également incluse mais, d'autre part, qu'un jugement ou un arrêt rendu sur une demande qui ne concerne pas la sanction d'une infraction soit exclu.

En outre, la disposition en projet devrait également tenir compte des résultats extrajudiciaires auxquelles l'infraction à établir au moyen d'images peut donner lieu. Parmi ceux-ci figure en tout cas la décision de classement sans suite prise par le procureur du Roi, conformément à l'article 28*quater* du Code d'instruction criminelle. Il faut également tenir compte de l'application possible, à défaut de disposition contraire, des articles 216*bis* et 216*ter* du Code d'instruction criminelle.

La « proposition de transaction administrative (...) par l'administration compétente » dont il est fait état ne figure pas en tant que telle dans la réglementation en projet. Il est sans doute fait allusion à la « proposition de transaction » visée à l'article XV.61, en projet, mais à cet égard, il n'a probablement pas été tenu compte du fait qu'il est possible que le contrevenant n'accepte pas la proposition de transaction ou ne paie pas à temps la somme d'argent proposée, auquel cas le procès-verbal est transmis au procureur du Roi. L'auteur du projet n'envisage sans doute pas que le support originel des images (et le cas échéant des

³⁹ L'article 19 du Code pénal social s'énonce comme suit : « Lors de l'exécution des pouvoirs visés au présent chapitre, les inspecteurs sociaux veillent à ce que les moyens qu'ils utilisent soient appropriés et nécessaires pour la surveillance du respect des dispositions du présent Code, des lois visées au Livre 2 du présent Code et des autres lois dont ils sont chargés de surveiller le respect ainsi que pour la surveillance du respect des dispositions des arrêtés d'exécution du présent Code et des lois précitées ».

⁴⁰ *Ibid.*, 139.

⁴¹ Comp. avec l'article XV.4, § 3, en projet, également l'observation 31.

enregistrements sonores) soit déjà restitué tant qu'il n'aura pas été statué définitivement à ce sujet.

On n'aperçoit pas davantage à quoi correspond le « classement sans suite de l'infraction par l'administration compétente », dont l'article XV.3, 9°, alinéa 5, b), en projet, fait également état. Peut-être vise-t-on ainsi la possibilité qu'ont les agents chargés de rechercher et de constater des infractions de fournir des renseignements et des conseils (voir l'article XV.6, en projet) et/ou à la possibilité d'adresser un avertissement au contrevenant (voir l'article XV.31, en projet). Le texte de la disposition en projet doit en tout cas indiquer quelles hypothèses sont précisément visées.

23. Les garanties particulières que l'article XV.3, 9°, en projet, prévoit pour les constatations faites au moyen d'images sont pertinentes pour des constatations faites avec l'ensemble des moyens audiovisuels et donc également pour celle faites au moyen d'enregistrements sonores visés à l'article XV.3, 10°, en projet.

Si l'auteur du projet envisage néanmoins de régler séparément les deux sortes de matériel audiovisuel, il faudrait à tout le moins que, au moyen d'une référence, les garanties visées à l'article XV.3, 9°, en projet, soient rendues applicables aux constatations faites à l'aide d'enregistrements sonores visés à l'article XV.3, 10°, en projet.

Article XV.4, en projet

24. Selon l'article XV.4, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, en projet, les agents chargés de rechercher et de constater des infractions, qui constatent une infraction conformément aux compétences qui leur sont accordées, peuvent procéder, contre remise d'un accusé de réception, à la saisie d'un certain nombre de biens. Toutefois, il convient de préciser la désignation de ces biens, notamment en scindant les deux alinéas en projet en plusieurs subdivisions pour chacune des situations visées. Ainsi, dans un souci de clarté, il est recommandé de mentionner dans une phrase distincte, par exemple, qu'il peut s'agir de biens dont un tiers est propriétaire. De même, la cohérence impose de faire état de « l'infraction » à laquelle la saisie est liée et non pas « de l'infraction ou du délit ». À la fin de l'alinéa 1^{er} en projet, on écrira: « outils nécessaires à la prestation des services qui constituent une infraction ».

25. L'article XV.4, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, prévoit notamment la confirmation de la saisie par le ministère public dans un délai qui ne peut excéder quinze jours (lire: « dans un délai de quinze jours »), sans quoi la saisie est levée de plein droit. Il devrait être indiqué, à tout le moins dans l'exposé des motifs, comment cette disposition s'articule avec l'application de l'article 28sexies du Code d'instruction criminelle. À cet égard, il faut garder à l'esprit qu'un système de contrôle judiciaire, vu les articles 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est une condition de la validité du régime de saisie envisagé, compte tenu également du risque de son utilisation comme moyen de pression. Toutefois, le Conseil d'État n'aperçoit pas si le contrôle judiciaire prévu à l'article 28sexies du Code d'instruction criminelle s'applique pleinement aux mesures de saisie visées à l'article XV.4 en projet.

26. Il est suggéré à l'auteur du projet d'instaurer un régime spécial au cas où des denrées périssables seraient saisies.

27. Dès lors que l'article XV.4, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, ne fait état que de la compétence du ministère public en matière de confirmation de la saisie, il y a lieu de rédiger le début de l'alinéa subséquent, relatif à la possibilité de la mise sous scellés des objets saisis, comme suit : « Les agents visés à l'article XV.2 » (et non pas: « Ils »).

28. L'article XV.4, § 1^{er}, alinéa 5, en projet, attribue aux agents chargés de rechercher et de constater des infractions le pouvoir de mettre sous scellés des locaux pour autant que cela soit nécessaire à l'établissement de la preuve d'une infraction ou lorsque le danger existe que des infractions soient commises ou persistent avec les biens qui y sont présents.

Dans un premier temps, on peut recommander d'étendre l'intervention du ministère public, en ce qui concerne la confirmation d'une mesure de saisie (voir l'article XV.4, § 1^{er}, alinéa 3, en projet), au cas de la mise sous scellés de locaux.

En outre, on peut se référer à cet égard à l'observation 25 relative au rapport entre la disposition en projet et l'article 28sexies du Code d'instruction criminelle et les garanties de contrôle judiciaire qui y sont énoncées.

29. En ce concerne la possibilité de mainlevée ultérieure de la saisie par le ministère public et la levée de plein droit, les dispositions de l'article XV.4, §§ 2 et 3, en projet, devraient s'appliquer non seulement à la saisie, mais également à la mise sous scellés de locaux.

30. Dans le texte néerlandais de l'article XV.4, § 2, dernier membre de phrase, en projet, on, écrira « deze afstand houdt generlei » au lieu de « dat houdt generlei ».

31. En ce qui concerne la levée de plein droit de la saisie (et éventuellement aussi de la mise sous scellés de locaux) dans les cas prévus à l'article XV 4, § 3, en projet, on peut se référer *mutatis mutandis* à l'observation 22. En effet, si, par analogie avec l'article XV.3, 9°, alinéa 5, b), en projet, on devrait également se référer aux décisions de l'administration pouvant donner lieu à une levée, il y aurait lieu de vérifier et de préciser quelles décisions entrent précisément en ligne de compte à cet effet.

32. Tant dans le cas de la saisie que celui de la mise sous scellés de locaux, il est recommandé de prescrire qu'elles doivent être constatées par écrit et de quelle manière elles doivent être portées à la connaissance de ceux à qui une quelconque infraction y relative est imputée, ainsi qu'au titulaire du droit de propriété, lorsqu'il s'agit d'une personne distincte, et, dans le cas d'un bien immobilier, au titulaire d'un autre droit réel sur le bien qui fait l'objet de la saisie ou de la mise sous scellés. Pareille constatation écrite devrait en tout cas comporter les données suivantes: la nature, la localisation et le moment ainsi que la durée de la mesure, le fondement en fait et en droit de celle-ci de même que l'identité et la qualité de l'agent instrumentant. Dans le cas de la mise sous scellés de locaux, on pourrait également prescrire de relever les données qui permettent de déduire l'existence des circonstances particulières auxquelles l'article XV.4, § 1^{er}, alinéa 5, en projet subordonne l'exercice de cette compétence.

Il pourrait même être envisagé, par analogie avec l'article 53 du Code pénal social, d'instaurer un tel dispositif de manière générale pour chaque acte de recherche et de constatation que les agents concernés peuvent poser.

Article XV.5, en projet

33. À l'article XV.5, en projet, il conviendrait de préciser que la surveillance du procureur général ou du procureur fédéral compétent porte sur les tâches de recherche et de constatation d'infractions économiques, et non pas sur les compétences de police administrative.

Article XV.6, en projet

34. Il résulte de l'article XV.6 en projet que les agents chargés de rechercher et de constater des infractions disposent d'un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice de leur mission et qu'ils ne sont pas tenus, lorsqu'ils constatent une infraction, de rédiger immédiatement un procès-verbal et de le transmettre sans délai au ministère public, mais peuvent, dans un premier temps, se limiter à ce que l'exposé des motifs appelle « la guidance » et qui est définie dans la disposition en projet même comme « la possibilité de fournir des renseignements et des conseils, notamment sur les moyens les plus efficaces pour respecter les dispositions du présent Code et ses arrêtés d'exécution ».

Par conséquent, il est dérogé à l'article 29, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, selon lequel « [t]oute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit, sera tenu d'en donner avis sur-le-champ au procureur du Roi près le tribunal dans le ressort duquel ce crime ou délit aura été commis ou dans lequel l'inculpé pourrait être trouvé, et [de] transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». L'exposé des motifs justifie cette dérogation comme suit: « La guidance et les avertissements sont des concepts clés dans ce code. En effet, le but final n'est pas la sanction mais le respect maximal de la législation économique par les justiciables qui peuvent en toute connaissance de cause se conformer aux règles de droit imposées ». Toutefois, il ajoute encore qu'« il va de soi que ces compétences des agents de contrôle ne peuvent pas porter atteinte au droit de réquisition du ministère public ou du juge d'instruction ni au droit souverain d'appréciation des cours et tribunaux ».

Le fait que l'on choisit, dans certains cas, de renoncer dans un premier temps à appliquer des sanctions au profit de la sensibilisation des justiciables concernés ne soulève en soi aucune objection. Toutefois, il convient de souligner que le rôle que jouent à ce niveau les agents compétents diffère à ce point d'un rôle sanctionnateur qu'il doit exister une séparation fonctionnelle entre les agents chargés, d'une part, de la recherche et de la constatation d'infractions ainsi que de la guidance et des avertissements, et, d'autre part, les agents appelés à jouer un rôle déterminant dans l'application administrative, comme les transactions (voir l'article XV.61 en projet) et les sanctions administratives.

Article XV.7, en projet

35. Dans le texte néerlandais de l'article XV.7, en projet, on écrira : « De Koning wijst de ambtenaren bedoeld in artikel XV.2 aan ... ».

Article XV.10, en projet

36. Mieux vaudrait rédiger l'article XV.10, en projet, comme suit :

« Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, attribuer des compétences spécifiques supplémentaires aux agents visés à l'article XV.2. pour rechercher et constater les infractions, en plus de celles dont ils disposent en vertu des dispositions du présent chapitre et du chapitre 2 ».

37. L'habilitation ainsi attribuée au Roi est toutefois trop large, eu égard notamment à la multiplication des cas dans lesquels une force probante particulière est conférée aux procès-verbaux dressés en vertu de ces nouveaux pouvoirs (voir à ce sujet l'observation 7). Les cas dans lesquels de nouveaux pouvoirs seraient ainsi accordés par le Roi aux agents concernés doivent être mieux définis. L'explication que donne actuellement, sur ce point, l'exposé des motifs manque de précision. Par ailleurs, on ne perdra pas de vue que le champ d'application du Code est beaucoup plus étendu que celui de la disposition législative actuelle⁴² que l'exposé des motifs cite comme précédent.

Intitulé de la section 3 du titre 1^{er}, chapitre 2, du livre XV, en projet

38. Le contenu de la section 3 du titre 1^{er}, chapitre 2, du livre XV en projet, semble porter sur des mesures de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs ainsi que sur l'exercice d'une surveillance accrue dans le cadre et en dehors du cadre de l'application du livre IX du Code. L'intitulé « Les compétences particulières en matière de recherche et de constatation d'infractions au livre IX » ne semble pas correspondre à ce contenu et mieux vaudrait dès lors l'adapter en remplaçant les mots « en matière de recherche et de constatation d'infractions au » par les mots « pour l'application du ».

Article XV.19, en projet

39. Dans la phrase introductive de l'article XV.19, on écrira « Sans préjudice du chapitre 1^{er}, (...) » au lieu de « Sans préjudice du titre 1^{er}, chapitre 1^{er}, du présent livre (...) ».

Pour les mêmes motifs que ceux exposés sous l'observation 38, on écrira en outre dans la phrase introductive de l'article XV.19 « pour l'application du » au lieu de « pour la recherche et la constatation des infractions au ».

⁴² Article 23, alinéa 3, de la loi du 11 mars 2003 'sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information'.

Intitulé de la section 8 du titre 1^{er}, chapitre 2, du livre XV, en projet

40. La compétence particulière mentionnée dans l'article XV.30, en projet, n'étant pas seulement attribuée au ministère public mais également au juge d'instruction, l'intitulé de la section 8 fera également mention de ce juge d'instruction.

Article XV.30, en projet

41. L'article XV.30, en projet, confère au ministère public ou, dans le cas d'une instruction judiciaire, au juge d'instruction, le pouvoir d'ordonner la fermeture provisoire de l'établissement du contrevenant. La décision de fermeture produit ses effets quarante-huit heures suivant sa notification au contrevenant et sa durée ne peut excéder la date à laquelle il aura été statué sur l'infraction définitive (lire : « à laquelle il aura été définitivement statué sur l'infraction »).

Les observations formulées aux points 25 et 28 en ce qui concerne l'articulation de la disposition en projet avec l'article 28^{sexies} du Code d'instruction criminelle et les garanties qui y sont inscrites en matière de contrôle juridictionnel, s'appliquent *a fortiori* à la disposition en projet, qui constitue en effet une ingérence plus poussée dans le droit du contrevenant de disposer de ses biens. Si l'ordre de fermeture provisoire est donné dans le cadre d'une instruction judiciaire, il conviendra en outre d'apporter des éclaircissements quant à l'articulation avec l'article 61^{quater} du Code d'instruction criminelle.

Si l'auteur du projet devait accorder la préférence à une forme alternative de protection juridique, il y aura lieu en tout cas de la développer de manière circonstanciée. L'applicabilité d'un système de protection juridique, le système de procédure pénale existant ou un système devant encore être élaboré par l'auteur du projet, doit en effet garantir que l'ordre de fermeture n'est pas utilisé de manière abusive comme moyen de pression à l'égard du contrevenant et qu'il est appliqué de manière proportionnée.

42. Même si le soin de déterminer les conditions dans lesquelles la fermeture provisoire peut être prise est laissé au ministère public ou au juge d'instruction, la disposition en projet doit à tout le moins régler les modalités de la notification de cette décision au contrevenant. À cet égard, on peut se référer, moyennant les adaptations nécessaires, à l'observation 32.

Article XV.31, en projet

43. L'article XV.31, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, règle la notification de l'avertissement par les agents chargés de rechercher et de constater les infractions. Cet avertissement doit être porté à la connaissance du contrevenant dans un délai de trente jours suivant la constatation des faits. Si le contrevenant n'est cependant pas connu au moment de la constatation de l'infraction et n'est connu que longtemps après, cette disposition est inopérante. Mieux vaudrait dès lors prévoir une disposition distincte pour régler cette hypothèse.

44. Dans l'article XV.31, § 1^{er}, alinéa 3, 1^o, en projet, on écrira « les dispositions légales ou réglementaires enfreintes » au lieu de : « dispositions légales enfreintes ».

45. Dans l'article XV.31, § 1^{er}, alinéa 3, 3°, en projet, il est erronément fait référence aux « agents visés à l'article XV.2 », puisque ce ne sont pas les agents chargés de la recherche et de la constatation des infractions qui peuvent appliquer la procédure de transaction visée à l'article XV.61 en projet (voir à ce sujet l'observation 53).

46. Le cas échéant, l'article XV.31, § 1^{er}, alinéa 3, 3°, en projet, devra être complété par une référence aux sanctions administratives qui devront encore être insérées dans le livre XV, titre 2, chapitre 2.

47. Conformément à l'article XV.31, § 2, en projet, le procès-verbal visé à l'article XV.2 n'est transmis au procureur du Roi que lorsqu'il n'a pas été donné suite à un avertissement dans le délai qui y est visé et qu'il n'a pas été fait application de la « transaction telle que visée au titre 2, chapitre 1^{er} » (lire : « la procédure de transaction visée à l'article XV.61 »). La disposition en projet doit faire mention du délai visé au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.

À ce sujet, on se reporte à l'observation 34 concernant la séparation fonctionnelle qui doit exister entre, d'une part, les agents chargés de la recherche et de la constatation d'infractions ainsi que de la « guidance » et des avertissements, et, d'autre part, les agents appelés à jouer un rôle déterminant dans l'application administrative, comme les transactions (voir l'article XV.61 en projet) et les sanctions administratives.

Article XV.32, en projet

48. À l'article XV.32, en projet, mieux vaudrait fusionner les alinéas 2 et 3 en un seul alinéa en remplaçant le segment de phrase « Les services et autorités visés à l'alinéa 1^{er} transmettent ces informations et documents » de l'actuel alinéa 3 par la phrase qui constitue actuellement le deuxième alinéa.

49. Le dernier segment de phrase de l'actuel alinéa 3 (qui devient l'alinéa 2) de l'article XV.32, en projet, qui concerne la restriction de la communication d'informations et de documents relatifs à une information ou à une instruction judiciaire devrait, de préférence, être aligné sur le contenu de l'article 96, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 27 avril 2007 'portant règlement général des frais de justice en matière répressive'. Il n'est en effet pas inconcevable que l'on puisse solliciter la communication de renseignements ou de pièces pour lesquels la compétence d'autorisation incombe, conformément à cette dernière disposition, à un autre magistrat du parquet que le procureur général ou procureur fédéral.

Article XV.33, en projet

50. À l'article XV.33, alinéa 1^{er}, en projet, le texte néerlandais ne correspond pas au texte français. La portée du texte français est probablement correcte ; le texte néerlandais doit être aligné sur celui-ci.

Article XV.34, en projet

51. À l'article XV.34, en projet, mieux vaudrait omettre les mots « et services publics » et les mots « et des poursuites », étant donné qu'ils n'ajoutent rien d'essentiel aux mots « autorités » et « des procédures », qui les précèdent. À la suite de cette modification, le texte français devra faire état de « Les autorités compétentes ... ».

Article XV.61, en projet

52. L'article XV.61, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, prévoit qu'en cas d'infractions constatées aux dispositions du Code et à ses arrêtés d'exécution, à l'exception des dispositions du livre IV, et sans doute aussi des arrêtés d'exécution de ce livre (voir observation 4), les agents chargés de rechercher et de constater des infractions peuvent proposer au contrevenant une somme dont le paiement éteint l'action publique. À l'article XV.61, § 2, en projet, cette proposition est qualifiée de « proposition de transaction ».

Contrairement à la procédure d'avertissement visée à l'article XV.31, en projet, qui n'affecte pas, en principe, l'exercice éventuel de l'action publique, les agents concernés ont le pouvoir, sauf, comme le prévoit l'article XV.61, § 3, en projet, en cas de plainte adressée précédemment au procureur du Roi, en cas d'instruction ouverte par le juge d'instruction ou si le tribunal a déjà été saisi de l'affaire, de statuer sur l'action publique, dès lors que l'acceptation de la transaction par le contrevenant éteint celle-ci.

Le Conseil d'État a déjà observé à maintes reprises (au moins en substance) à propos d'un tel dispositif, qui est longuement répandu dans la législation économique, certes sous l'appellation « transaction (administrative) », ce qui suit :

« De la sorte, le ministère public se voit 'couper la route' ⁴³, dès lors qu'il est privé de son pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer l'action publique, lequel est conféré à des fonctionnaires ⁴⁴ sans aucune forme de contrôle du ministère public ⁴⁵.

⁴³ Note 19 de l'avis cité : J. MATTHIJS, « Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht », *RW* 1975-76, 340 ; voir aussi R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Mechelen, 2007, p. 92, n° 153 et J. LECLERCQ, « Variations sur le thème pénalisation – dépenalisation », *RDP* 1978, (807) 833-837.

⁴⁴ Note 20 de l'avis cité : H. BOSLY, « Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique », *RDP* 1983, (27) 47.

⁴⁵ Note 21 de l'avis cité : Les fonctionnaires visés à l'article 48 du projet ne sont pas placés sous le contrôle du ministère public.

Le Conseil d'État, section de législation, est conscient de ce que, dans le passé, le législateur a déjà introduit des dispositions de portée identique⁴⁶. Il estime néanmoins devoir rappeler que ces dispositions ne sont guère conciliables avec les principes généraux qui régissent l'intervention du ministère public. Dans son avis 11.461/1, la section de législation a déjà souligné que, contrairement aux magistrats du ministère public, les fonctionnaires ne peuvent pas être considérés comme étant indépendants de l'autorité hiérarchique du ministre⁴⁷.

Notamment dans l'avis 24.896/8⁴⁸, la section de législation a observé ce qui suit :

‘Ainsi que le Conseil d'État l'a laissé entendre dans son avis L. 16.350/1 (...) le 16 janvier 1985, « il est à remarquer » (donc inhabituel) qu'un fonctionnaire de l'administration active reçoive la faculté de proposer une transaction éteignant l'action publique. Dans des avis antérieurs, entre autres les avis L. 13.883/1 et L. 13.934/1 (...), le Conseil d'État a rappelé qu'aux termes de l'article 138 du Code judiciaire, il appartient au ministère public d'exercer l'action publique. Si un fonctionnaire de l'administration peut empêcher ou faire s'éteindre l'action publique au moyen d'une transaction, cette faculté du ministère public s'en trouve amputée, en ce qui concerne les faits punissables en question. Dans ce cas, l'administration se substitue au pouvoir judiciaire et, plus généralement, les missions de l'administration et celles des parquets sont, toujours en ce qui concerne les faits en question, mises sur le même plan. Cette situation irait à l'encontre de la répartition des compétences qui caractérise un système étatique tel que le nôtre, qui admet que les membres des parquets agissent auprès des cours et tribunaux en qualité de membres du pouvoir judiciaire et non en qualité de fonctionnaires de l'administration’⁴⁹.

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

Eu égard aux objections qui viennent d'être exposées, il est suggéré d'instaurer un système permettant aux fonctionnaires compétents de proposer une transaction, mais uniquement après que le ministère public a eu la possibilité de décider, dans un délai déterminé, qu'il n'y a pas lieu, compte tenu de la gravité du délit ou des circonstances dans lesquelles il a été commis, de poursuivre l'intéressé pénalement⁵⁰ »⁵¹.

L'exposé des motifs explique de manière relativement détaillée pourquoi un tel système est « irréaliste » « en raison de l'afflux massif d'affaires aux parquets » et pourquoi il n'est « pas davantage judicieux à la lumière du fonctionnement préventif des dispositions d'application ». Le Conseil d'État peut comprendre ces considérations d'ordre pratique, mais

⁴⁶ Note 22 de l'avis cité : Voir, notamment, l'article 84 de la loi du 12 juin 1991 'relative au crédit à la consommation, l'article 116 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur' et l'article 13, § 3, de la loi du 25 juin 1993 'sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines'.

⁴⁷ Note 23 de l'avis cité : Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise, Gand, 1994.

⁴⁸ Note 24 de l'avis cité : Avis 24.896/8 du 21 mai 1996 sur un avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses relatives à l'expertise vétérinaire' (Doc. parl. Chambre, 1996-97, n° 782/1, 23).

⁴⁹ Note 25 de l'avis cité : Voir également à cet égard, A. DE NAUW, *o.c.*, 53 et 55.

⁵⁰ Note 26 de l'avis cité : Comparer avec le système qui s'applique, en droit pénal social, en ce qui concerne les amendes administratives (articles 5 et 7 de la loi du 30 juin 1971 'concernant les amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales').

⁵¹ Voir avis C.E. 47.084/1/V du 8 septembre 2009 sur un avant-projet devenu la loi 'sur les services' du 26 mars 2010, Doc. parl., Chambre, 2009-10, n° 52-2338/1, 125-127, n° 44.

souhaite néanmoins souligner que le système qu'il propose n'implique pas que le ministère public doive examiner et apprécier toutes les propositions de transaction, mais simplement que la possibilité lui est offerte de pouvoir encore engager des poursuites pénales dans certains cas. Il apparaît dès lors au Conseil d'État que, compte tenu des arguments avancés en matières d'efficacité et d'applicabilité pratique, la politique pénale du ministère public est effectivement entravée de manière disproportionnée, tandis que l'alternative qu'il propose (à savoir garantir au ministère public la possibilité d'engager des poursuites pénales dans un délai déterminé) ne diminuerait certainement pas de manière disproportionnée l'efficacité et l'applicabilité pratique du dispositif visé.

53. Conformément à l'article XV.61, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, les agents chargés de rechercher et de constater des infractions peuvent faire une proposition de transaction au contrevenant, tandis que selon l'exposé des motifs, cette proposition doit être faite par « des agents spécialement désignés à cette fin, à l'exception des verbalisants eux-mêmes ». Compte tenu notamment de ce qui a été exposé sous l'observation 45, la disposition en projet doit être adaptée afin de se conformer à ce que souligne l'exposé des mémoires⁵².

54. On rédigera l'article XV.61, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, comme suit :

« Dans ce cas, le contrevenant reçoit la possibilité de consulter au préalable tout procès-verbal constatant une infraction sur laquelle porte la proposition et de s'en faire délivrer une copie ».

55. On pourrait améliorer la rédaction de l'article XV.61, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, du Code comme suit :

« La somme visée à l'alinéa 1^{er} ne peut être supérieure au plafond de l'amende qui peut être imposée en raison de l'infraction constatée, augmentée des décimes additionnels ».

Si l'intention de l'auteur du projet est de prévoir également des amendes administratives parmi les sanctions administratives qui doivent encore être insérées dans le chapitre 2 du titre 2 du livre XV, en projet, la nature pénale ou administrative de l'amende doit également être précisée dans la disposition en projet.

56. Mieux vaudrait formuler l'article XV.61, § 2, en projet, comme suit :

« En cas d'application du paragraphe 1^{er}, le procès-verbal n'est transmis au procureur du Roi que si le contrevenant n'a pas accepté la proposition de transaction ou n'a pas payé la somme d'argent proposée dans le délai fixé à cet effet. »

⁵² Voir à cet égard l'article 17, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 mai 2007 'relative à la répression de la contrefaçon et de la piraterie de droits de propriété intellectuelle', l'article 53, alinéa 1^{er}, de la loi services du 26 mars 2010, l'article 136, alinéa 1^{er}, de la loi du 6 avril 2010 'relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur' et l'article 15, alinéa 1^{er}, de la loi du 4 mars 2012 'relative à la Centrale des Crédits aux Entreprises'.

Article XV.72, en projet

57. Conformément à l'article XV.72, en projet, le maximum des amendes et des peines d'emprisonnement encourues est doublé en cas de récidive dans les cinq ans, à dater d'une condamnation passée en force de chose jugée du chef de la même infraction. Contrairement à ce que prévoient les dispositions légales existantes citées à titre d'exemples dans le commentaire de cet article en projet dans l'exposé des mémoires, il n'est pas mentionné expressément que cette disposition en projet s'applique sans préjudice de l'application des règles habituelles en matière de récidive et qu'elle a donc un effet supplétif par rapport à ces règles. Par souci de sécurité juridique, il est recommandé d'indiquer au moins dans l'exposé des motifs si ces modalités d'élaboration sont toujours visées, car, actuellement, on n'aperçoit pas précisément si la disposition en projet déroge uniquement aux différentes règles de récidive spécifiques prévues dans d'autres réglementations économiques en vigueur ou si elle s'écarte également des articles 54 à 57 du Code pénal.

Article XV.74, en projet

58. Dès lors que l'article XV.74, en projet, s'applique non seulement aux jugements et arrêts relatifs à des infractions pénales, mais aussi aux tribunaux arbitraux, il n'est pas à sa place dans le titre 3 du livre XV, en projet.

Titre 3, chapitre 2, du livre XV, en projet

59. Un certain nombre d'articles du titre 3, chapitre 2, du livre XV, en projet, incriminent, d'une manière générale, non seulement des infractions aux dispositions du Code lui-même, mais également des infractions aux dispositions de ses arrêtés d'exécution⁵³.

À cet égard, il y a lieu de rappeler la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur l'admissibilité, à la lumière du principe de légalité en matière pénale (articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution), de l'incrimination par la loi de dispositions figurant dans un arrêté d'exécution. La Cour a estimé que le principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination. Lorsque le législateur incrimine le non-respect d'une disposition d'un arrêté d'exécution, le principe de légalité en matière pénale requiert que la délégation conférée au pouvoir exécutif soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur⁵⁴. La question se pose dès lors de savoir si l'incrimination de manière générale d'infractions à des arrêtés d'exécution, comme c'est par exemple le cas à l'article XV.100, 1°, en projet, satisfait aux exigences de la Cour constitutionnelle.

Il incombe à l'auteur du projet de vérifier s'il n'est pas préférable de faire référence à certains aspects des arrêtés d'exécution concernés, de façon à définir, de manière suffisamment précise, les comportements pour lesquels une incrimination est indiquée.

⁵³ Voir les articles XV.81, XV.99, 2° et 3°, XV.100, 1°, XV.101 et XV.102, § 2, 3°, en projet.

⁵⁴ C.C., n° 114/98, 18 novembre 1998, B.2 à B.5; C.C., n° 137/2005, 19 juillet 2005, B.4 et B.7; C.C., n° 37/2010, 22 avril 2010, B.4, B.5 et B.9.

Article XV.82, en projet

60. L'article V.8 du Code⁵⁵ ne mentionne que l'obligation pour les producteurs et distributeurs de « de satisfaire, dans la mesure de leurs possibilités et dans des conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes de produits, de prestations de services faites par les distributeurs ou les consommateurs lorsqu'elles ne présentent aucun caractère anormal ». Cette disposition ne concerne pas une décision pouvant être incriminée conformément à l'article XV.82, en projet. Par conséquent, cette dernière disposition doit sans doute faire référence à l'obligation visée à l'article V.8, plutôt qu'à la « décision prise en application » de la disposition concernée.

Article XV.102, en projet

61. À l'article XV.102, § 2, 3°, en projet, il y a lieu de préciser les références aux articles IX.4 et IX.5, étant donné que ces articles contiennent différentes décisions qui ne comportent manifestement aucune obligation à incriminer.

Article XV.126, en projet

62. Dans le texte français de l'article XV.126, alinéa 1^{er}, en projet, on écrira « des agents visés à l'article XV.2 » au lieu de « des fonctionnaires cités dans le présent Code ».

Article XV.130, en projet

63. À l'article XV.130, alinéa 1^{er}, en projet, il convient de définir plus précisément sur quoi peut porter la confiscation prononcée sur la base de cette disposition. Actuellement, le texte de la disposition en projet donne en effet l'impression qu'il ne peut s'agir que de biens qui font l'objet de l'infraction, alors qu'il peut se déduire de l'exposé des motifs qu'un champ d'application plus large est visé. En effet, l'alinéa 1^{er} ne mentionne pas, contrairement à l'alinéa 2, que cette disposition s'applique « [s]ous réserve de l'application des articles 42 à 43^{quater} du Code pénal ». Si l'intention est ainsi d'exclure que, conformément à l'article 43^{bis}, alinéa 1^{er}, du Code pénal, la demande écrite du procureur du Roi soit requise pour la confiscation spéciale s'appliquant aux biens visés à l'article 42, 3°, du Code pénal, il conviendrait de l'indiquer expressément.

64. Mieux vaudrait rédiger l'alinéa 3 de l'article XV.130, en projet, comme suit, afin de mieux traduire l'importance du respect du droit de propriété légitime de tiers :

⁵⁵ Tel qu'il figure dans le projet de loi « portant insertion du Livre IV 'Protection de la concurrence' et du Livre V 'La concurrence et les évolutions de prix' dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans les livres I et XV du Code de droit économique » et le projet de loi « portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution, dans le livre IV 'Protection de la concurrence' et le livre V 'la concurrence et les évolutions de prix' du Code de droit économique », *Doc. parl.*, 2012-2013, n^{os} 53-2591/1 et 53-2592/1.

« Si l'objet de la demande de confiscation est la propriété d'un tiers, ce tiers sera appelé au procès et la confiscation ne sera pas prononcée ou sera annulée si aucune preuve de sa mauvaise foi n'est apportée ».

Article XV.131, en projet

65. À l'article XV.131, en projet, on insérera chaque fois le mot « arrêt » après le mot « jugement ».

66. Dans le texte néerlandais de l'article XV.131, en projet, on omettra en outre la deuxième mention du verbe « kunnen ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME