



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 54.475/3
van 16 december 2013

avis 54.475/3
du 16 décembre 2013

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'betreffende het
toeristische logies'

un avant-projet d'ordonnance
'relative à l'hébergement
touristique'

Op 14 november 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Tewerkstelling, Economie en Wetenschappelijk Onderzoek verzocht binnen een termijn van dertig dagen, een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie ‘betreffende het toeristische logies’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 3 december 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Lieven DENYS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 december 2013.

*

Le 14 novembre 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Emploi, de l'Économie, et de la Recherche scientifique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de l'ordonnance ‘relative à l'hébergement touristique’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 3 décembre 2013. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Lieven DENYS et Johan PUT, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Rein THIELEMANS, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 16 décembre 2013.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.²

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt ertoe een regeling in te voeren aangaande de voorwaarden voor de exploitatie van de verschillende soorten van toeristisch logies. Luidens artikel 2 van het ontwerp zet de aan te nemen ordonnantie gedeeltelijk richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: dienstenrichtlijn) om.

Hoofdstuk 1 bevat algemene bepalingen, definities en een bepaling naar luid waarvan elke exploitatie van een toeristisch logies onderworpen wordt aan een voorafgaande aangifte in de categorie hotel, aparthotel, toerismeverblijf, logies bij de bewoner, verblijfscentrum voor sociaal toerisme, kampeerterrein of in een bijkomende categorie, vastgelegd door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering (hierna: Regering), alsmede aan de naleving van de voorwaarden bepaald door of krachtens de aan te nemen ordonnantie.

Hoofdstuk 2 bepaalt de exploitatievoorwaarden. Het gaat enerzijds om algemene voorwaarden, die gelden voor alle categorieën van toeristisch verblijf en die bestaan uit voorwaarden te vervullen door de exploitant of de persoon belast met het dagelijkse beheer van de exploiterende rechtspersoon en voorwaarden die verband houden met het toeristisch logies, en anderzijds om specifieke voorwaarden per categorie van toeristisch logies. Hoofdstuk 2 bevat ook bepalingen ter bescherming van het gebruik van de benamingen hotel, aparthotel, toerismeverblijf, stadshuisje, logies bij de bewoner, gastenkamer(s), “etablissement van gastenkamers” en gastenverblijf op de boerderij, en, behalve wat deze laatste benaming en de benaming “stadshuisje” betreft, voor gelijkgestelde benamingen, vertalingen of schrijfwijzen waardoor verwarring zou kunnen ontstaan. De exploitant dient het identificatielogo van de categorie aan te brengen.

Hoofdstuk 3 heeft betrekking op de voorafgaande aangifte, de registratie, de opschorting en de intrekking van de registratie. Het regelt de procedure voor de voorafgaande aangifte en bepaalt ook dat de aangever, eens de aanvraag volledig is, een registratienummer krijgt van de door de Regering aangewezen ambtenaar, dat hem het onmiddellijke recht toekent om het toeristisch logies te exploiteren en de benaming te gebruiken. De exploitant is ertoe gehouden om de voorwaarden na te leven. Binnen twaalf maanden na de uitreiking van het registratienummer gaat de gemachtigde ambtenaar over tot een controle ter plaatse. In dit

¹ Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

² Dat neemt niet weg dat het ontwerp nog een grondig wetgevingstechnisch en taalkundig nazicht behoeft. Zo dienen bijvoorbeeld de talloze gallicismen in de Nederlandse tekst te worden weggewerkt.

hoofdstuk worden tevens de gevallen bepaald waarin de registratie kan worden geweigerd, terwijl de Regering wordt gemachtigd om de procedure ter zake te bepalen en de gevallen waarin de registratie kan worden geschorst of ingetrokken, alsook de procedure ter zake. Ook de beroepsprocedure bij weigering van toekenning van een registratienummer of bij een beslissing tot schorsing of intrekking van het registratienummer wordt geregeld, terwijl de Regering wordt gemachtigd om de nadere regels daarvoor te bepalen. Tevens wordt de procedure voor de wijziging van de registratie geregeld.

Hoofdstuk 4 regelt de controle en de sancties. Het bepaalt dat de door de Regering gemachtigde ambtenaar een administratieve geldboete kan opleggen in de erin omschreven gevallen, en het regelt de procedure ter zake, met inbegrip van een opschortend beroep bij de daartoe door de Regering aangewezen minister³, alsook de invordering van de administratieve geldboete. Daarnaast worden de bevoegdheden bepaald van de door de Regering aangewezen ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van de te nemen ordonnantie en haar uitvoeringsbesluiten. Zij kunnen onder meer processen-verbaal opstellen die bewijswaarde hebben tot bewijs van het tegendeel, eender wie ondervragen en alle inlichtingen en documenten opvragen. Zij hebben toegang tot elke plaats die ze controleren, zonder voorafgaande toestemming, behalve indien het om bewoonde lokalen gaat, in welk geval zij moeten beschikken over ofwel een voorafgaande en schriftelijke toestemming van de bewoner, ofwel een voorafgaande en schriftelijke machtiging van de rechter in de politierechtbank. In dit laatste geval is alleen toegang mogelijk tussen vijf uur 's morgens en eenentwintig uur 's avonds. De aangewezen ambtenaren hebben de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie. Zij kunnen ter plaatse de onmiddellijke stopzetting van de exploitatie van het toeristisch logies bevelen in geval van overtreding van de bepalingen van de aan te nemen ordonnantie of haar uitvoeringsbesluiten. Ook de procedure ter zake, met inbegrip van de bevestiging van het bevel tot stopzetting door de minister daartoe aangewezen door de Regering en de mogelijkheid om de opheffing van de maatregel te vragen in een procedure in kort geding bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, worden geregeld.

Hoofdstuk 5 bevat bepalingen waarbij de Regering wordt gemachtigd om overgangsmaatregelen te bepalen en om de datum van inwerkingtreding van de aan te nemen ordonnantie vast te leggen.

BEVOEGDHEID VAN HET BRUSSELSE HOOFDSTEDELIJKE GEWEST

3. Luidens artikel 1 van het ontwerp regelt de aan te nemen ordonnantie een aangelegenheid als bedoeld bij artikel 39 van de Grondwet. In de memorie van toelichting wordt dienaangaande terecht gerefereerd aan artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen' en aan arrest nr. 45/2012 van het Grondwettelijk Hof van 15 maart 2012.

³ In het ontwerp wordt gewag gemaakt van een "regeringslid", maar omdat de gewestelijke staatssecretarissen krachtens artikel 41, § 2, eerste lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 'met betrekking tot de Brusselse instellingen' geen deel uitmaken van de Regering, kan het niet anders gaan dan om een minister.

4. Het decreet van de Franse Gemeenschapscommissie van 9 juli 2010 ‘modifiant le décret du 14 janvier 1999 relatif à l’agrément des chambres d’hôtes et à l’autorisation de faire usage de la dénomination « chambres d’hôtes »’ is vernietigd bij arrest nr. 45/2012 van het Grondwettelijk Hof, maar het bij het decreet van 9 juli 2010 gewijzigde decreet van 14 januari 1999 ‘relatif à l’agrément des chambres d’hôtes et à l’autorisation de faire usage de la dénomination « Chambres d’hôtes »’ bestaat nog steeds.

In de memorie van toelichting bij het ontwerp wordt vooropgesteld dat het gevolg van de aan te nemen ordonnantie is dat de “reglementeringen” van de Franse Gemeenschapscommissie betreffende de vestigingsvoorwaarden inzake toerisme (waaronder het decreet van 14 januari 1999) – weliswaar impliciet – “geschraapt” worden.

Het gegeven dat het Grondwettelijk Hof een norm heeft vernietigd wegens strijdigheid met de bevoegdheidverdelende regels, en dat de bevoegde wetgever nadien is opgetreden, heeft echter niet tot gevolg dat andere, gelijkaardige normen die door een andere, (per hypothese) niet-bevoegde wetgever zijn uitgevaardigd, hun geldingskracht verliezen. Die normen blijven daarentegen in de rechtsorde bestaan en hun strijdigheid met de bevoegdheidverdelende regels kan in beginsel slechts door het Grondwettelijk Hof zelf worden vastgesteld, hetzij in het raam van een prejudiciële procedure, die evenwel slechts door een rechtscollège op gang kan worden gebracht, hetzij wanneer toepassing kan worden gemaakt van artikel 4 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 ‘op het Grondwettelijk Hof’⁴, in welk geval een vernietiging mogelijk is.

Om te vermijden dat bepalingen van het decreet van 14 januari 1999 die vestigingsvoorwaarden inhouden in de rechtsorde blijven bestaan, zou de Franse Gemeenschapscommissie een initiatief dienen te nemen waardoor de betrokken artikelen van het decreet van 14 januari 1999 uitdrukkelijk worden opgeheven.⁵

5. Luidens artikel 26, § 2, tweede lid, van het ontwerp kan de “afschaffing” (lees: opheffing) van een bevel tot stopzetting van de exploitatie worden gevraagd middels een procedure zoals in kort geding bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg. In beginsel behoort het bepalen van de bevoegdheid van de rechtbanken en de procedure ervoor tot de bevoegdheid van de federale overheid,⁶ zodat dient te zijn voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (impliciete bevoegdheden) opdat het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest ter zake zou kunnen optreden. Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting uiteen te zetten hoe naar het inzicht van de stellers van het ontwerp aan deze voorwaarden is voldaan.

⁴ Dit is met name het geval wanneer het Hof bij prejudicieel arrest heeft geoordeeld dat de grondwettelijke bepalingen op de naleving waarvan het toezicht kan houden of de bevoegdheidverdelende regels zijn geschonden (zie artikel 4, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989).

⁵ De bevoegdheid tot opheffing, zelfs van een decreet dat is aangetast door bevoegdheidsoverschrijding, is inherent aan de normerende functie die de decreetgever uitoefent (adv.RvS nr. 47.722/3 van 26 januari 2010 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 11 juni 2010 ‘tot opheffing van het decreet van 10 november 1993 houdende maatregelen tot kwaliteitsverbetering van de dienstverlening door huwelijks- en relatiebemiddelaars’, *Parl.St.* VI.Parl 2009-10, nr. 436/1, 18).

⁶ Zie bijv. GwH 14 november 2012, nr. 139/2012, B.4.3; GwH 29 juli 2010, nr. 91/2010, B.3.3.

ALGEMENE OPMERKINGEN

6. Artikel 4 van het ontwerp bepaalt dat elke exploitatie van een toeristisch logies wordt onderworpen aan de voorafgaande aangifte in een bepaalde categorie en aan de naleving van de voorwaarden bepaald door of krachtens de aan te nemen ordonnantie (hierna: de voorwaarden).⁷ Het vereiste van een voorafgaande aangifte wordt herhaald in artikel 14 van het ontwerp. Uit artikel 16, § 3, van het ontwerp blijkt dat een registratienummer wordt verleend als de aanvraag (elders wordt de term “aangifte” gehanteerd) volledig is. Dit registratienummer verleent luidens die laatste bepaling “het onmiddellijke recht om het toeristische logies te exploiteren in de aangepaste [lees: betrokken] categorie en, in voorkomend geval, in de aangepaste [lees: betrokken] subcategorie alsook om de door deze ordonnantie en haar uitvoeringsbesluiten vastgestelde benaming te gebruiken”. De exploitant is ertoe gehouden om, vóór en na de registratie, de voorwaarden na te leven. Binnen⁸ twaalf maanden na de uitreiking van het registratienummer gebeurt een controle ter plaatse om na te gaan of de voorwaarden worden nageleefd. Artikel 19 van het ontwerp bepaalt dat de registratie kan worden geweigerd (onder meer wanneer de voorwaarden niet worden nageleefd). Luidens artikel 20 van het ontwerp kunnen het registratienummer en het exploitatierecht worden geschorst of ingetrokken (onder meer wanneer de voorwaarden niet of niet meer zijn vervuld).

In de memorie van toelichting wordt vooropgesteld dat de registratie niet automatisch gebeurt. Ze wordt uitgevoerd wanneer de aangifte volledig is en kan worden geweigerd, opgeschort of ingetrokken in geval van niet-naleving van de bepalingen van de aan te nemen ordonnantie of haar uitvoeringsbesluiten. Schorsing of intrekking is ook mogelijk in geval van een negatieve controle achteraf. Ook uit wat verder in de memorie van toelichting wordt geschreven, lijkt te moeten worden afgeleid dat de gegevens en de stukken die bij de voorafgaande aangifte werden meegedeeld, onderzocht worden om na te gaan of aan de voorwaarden is voldaan en dat pas als blijkt dat dit het geval is, een registratienummer wordt verleend.

De registratie is derhalve meer dan de loutere kennisgeving van het feit dat een bepaald toeristisch logies zal worden geëxploiteerd en de kennisname daarvan door de overheid. Het gaat in wezen om een vergunning, aangezien het registratienummer maar verleend wordt als blijkt dat aan de voorwaarden is voldaan. Dat dit gebeurt op basis van een beoordeling van het dossier en dat pas achteraf een controle ter plaatse gebeurt, die eventueel kan leiden tot de schorsing of de intrekking van de registratie,⁹ doet hieraan niets af. Ook het gegeven dat het

⁷ In het opschrift van hoofdstuk 2 van het ontwerp wordt gewag gemaakt van “exploitatievoorwaarden”, maar naast de aldaar bepaalde voorwaarden zijn er ook voorwaarden inzake de voorafgaande registratie, het meedelen van wijzigingen en het toelaten van controle.

⁸ Niet “Binnen de”, zoals in artikel 16, § 3, derde lid, van het ontwerp – en op tal van andere plaatsen ervan – wordt geschreven. In de Franse tekst vervange men telkens het woord “endéans” door het woord “dans”.

⁹ De gemachtigde gaf de volgende toelichting bij de vraag wat het gevolg is als uit de controle waarvan gewag wordt gemaakt in artikel 16, § 3, derde lid, van het ontwerp blijkt dat een voorwaarde niet wordt nageleefd: “Si, suite au contrôle, il apparaît qu’une condition n’est pas respectée, le fonctionnaire désigné par le Gouvernement en sera averti. À partir de ce moment-là, il prendra contact avec l’exploitant et aura la possibilité soit de lui donner un délai supplémentaire si la condition ne nécessite pas l’imposition d’une amende, soit imposer une amende à l’exploitant. Si un nouveau contrôle démontre que l’exploitant ne s’est pas mis en ordre et ne respecte pas la condition, les fonctionnaires désignés par le Gouvernement chargés du contrôle pourront mettre l’exploitant en demeure (...) de régulariser sa situation. Si l’exploitant ne se régularise toujours pas, alors ils lui offrent de présenter ses moyens de

registratienummer en op hetzelfde moment, het exploitatierecht, kan worden geschorst of ingetrokken als niet of niet meer aan de voorwaarden is voldaan, wijst erop dat het om een vergunning gaat, veeleer dan om een loutere kennisgeving. Het zou dan een juister beeld geven indien men zou gewag maken van een vergunning.

Het ontwerp dient in ieder geval te worden aangepast daar waar in artikel 16, § 3, bepaald wordt dat het registratienummer verleend wordt als de aangifte volledig is: de volledigheid van het dossier volstaat immers niet, uit het dossier – en uiteraard uit de beslissing zelf¹⁰ – moet ook blijken dat aan de voorwaarden is voldaan. Ook zou het correcter zijn in artikel 4 van het ontwerp te bepalen dat elke exploitatie wordt onderworpen aan voorafgaande aangifte en registratie in het raam van één van de categorieën en aan de naleving van de voorwaarden. Aldus blijkt dat wanneer de registratie wordt geweigerd, men niet mag overgaan tot exploitatie en dat bij schorsing of intrekking van de registratie de exploitatie tijdelijk of definitief moet worden stopgezet.

7. In de Franse tekst worden de Franse benamingen van de verschillende soorten toeristisch logies beschermd, in de Nederlandse tekst de Nederlandse benamingen. Gelet op het vereiste dat de draagwijdte van de Nederlandse en Franse tekst van een ordonnantie volledig identiek dient te zijn, moeten zowel in de Nederlandse als in de Franse tekst de benamingen in de twee taalversies worden vermeld.

8.1. Het ontwerp valt, zoals wordt bevestigd in de memorie van toelichting en zoals ook blijkt uit arrest nr. 45/2012 van het Grondwettelijk Hof, onder de toepassing van de dienstenrichtlijn. Meer nog, wat betreft de vestigingsvoorwaarden inzake toerisme is het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest verantwoordelijk voor de omzetting van die richtlijn in het interne recht van het gewest, dit laatste voor de aspecten die niet reeds geregeld zijn in de horizontale omzetting die het voorwerp uitmaakt van de ordonnantie van 19 mei 2011 ‘tot gedeeltelijke omzetting van de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

8.2. Artikel 5, lid 3, van de dienstenrichtlijn bepaalt dat wanneer aan een dienstverrichter of een afnemer wordt gevraagd om de overlegging van een certificaat, getuigschrift of enig ander document tot staving dat aan een eis in de zin van artikel 4, 7), van die richtlijn is voldaan, de betrokken lidstaat elk document uit een andere lidstaat aanvaardt dat een gelijkwaardig doel heeft of waaruit blijkt dat aan de betrokken eis is voldaan. Om hieraan te voldoen, dient in het ontwerp een bepaling ter omzetting van de eerstgenoemde richtlijn bepaling te worden opgenomen.

8.3. Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat de stellers van het ontwerp ervan uitgaan dat de erin bedoelde verplichtingen niet te beschouwen zijn als een vergunningstelsel in de zin van de dienstenrichtlijn. Er wordt vooropgesteld dat het invoeren van

défense et peuvent procéder à la cessation immédiate de l'activité. Le cas échéant, s'il ne respecte toujours pas les conditions, l'exploitant pourra se voir suspendre ou retirer son enregistrement.”

¹⁰ De beslissing waarbij een registratienummer wordt toegekend, is een bestuurshandeling in de zin van artikel 1, eerste streepje, van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, waarop derhalve de verplichting tot formele motivering bedoeld in die wet van toepassing is.

een vergunningstelsel niet zou kunnen worden gemotiveerd wat de proportionaliteit van de maatregel betreft (wel wat betreft de dwingende reden van algemeen belang, zoals de bescherming van de afnemer van de diensten).

In artikel 4, 6), van de dienstenrichtlijn wordt het begrip “vergunningstelsel” evenwel gedefinieerd als “elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit”.

Hoewel in het ontwerp formeel geen vergunning wordt opgelegd, maar enkel een voorafgaande registratie, blijkt uit hetgeen *sub* 6 is opgemerkt dat in wezen een beslissing moet worden verkregen van de overheid over de toegang tot de dienstenactiviteit, en dat het derhalve om een vergunningstelsel als bedoeld bij de dienstenrichtlijn gaat.

Er dient bijgevolg te worden getoetst aan hoofdstuk III van de dienstenrichtlijn, hetgeen overigens wordt bevestigd in de memorie van toelichting en door de gemachtigde.

8.3.1. Er kan worden aangenomen dat de invoering van de verplichting tot voorafgaande aangifte, het vereiste van registratie en het vereiste dat voldaan wordt aan bij de aan te nemen ordonnantie en haar uitvoeringsbesluiten opgelegde voorwaarden gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang, in de eerste plaats de bescherming van de afnemers van de diensten, zijnde de toeristen die in het toeristisch logies verblijven (er kunnen daarnaast nog andere redenen zijn, zoals het vrijwaren van de eerlijke concurrentie). Het ingevoerde stelsel van registratie en van controle achteraf kan als proportioneel worden beschouwd. De regeling is ook niet discriminatoir. Aan artikel 9 van de dienstenrichtlijn lijkt te zijn voldaan.

8.3.2. Wat betreft de algemene en de specifieke exploitatievoorwaarden, bepaald in hoofdstuk 2 van het ontwerp, dienen de stellers van het ontwerp na te gaan of ze de toets aan artikel 10 van de dienstenrichtlijn kunnen doorstaan. Met betrekking tot sommige voorwaarden, zoals bijvoorbeeld de voorwaarden dat een hotel gedurende het hele jaar moet worden geëxploiteerd (artikel 6, § 1, 1°, van het ontwerp), dat er in een hotel permanent (volgens de memorie van toelichting is dit vierentwintig op vierentwintig uur) een receptie toegankelijk moet zijn (artikel 6, § 1, 4°, van het ontwerp), dat Aparthotels permanent worden geëxploiteerd (artikel 7, § 1, 2°, van het ontwerp), en dat Aparthotels moeten beschikken over een receptie in het gebouw en die minstens overdag van maandag tot vrijdag toegankelijk moet zijn (artikel 7, § 1, 3°, van het ontwerp), lijkt het gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang, alsook de proportionaliteit niet evident.¹¹

8.3.3. Wat artikel 11 van de dienstenrichtlijn betreft, is er geen probleem aangezien het registratienummer voor onbepaalde duur wordt toegekend en de werkelijke duur ervan alleen afhankelijk is van het voortdurend vervuld zijn van de voorwaarden.

¹¹ In dit verband moet worden vastgesteld dat de verantwoording onvoldoende uit de memorie van toelichting blijkt: zo volstaat het met betrekking tot het vereiste dat hotels het gehele jaar geopend dienen te zijn, niet voorop te stellen dat het een essentieel en universeel gekend kenmerk is van hotels dat ze voortdurend toegankelijk zijn; die vaststelling kan overigens ook feitelijk worden betwist.

8.3.4. De procedure voor de toekenning van het registratienummer is voor hetgeen in het ontwerp wordt geregeld, in overeenstemming met artikel 13 van de dienstenrichtlijn (de bij uitvoeringsbesluit te bepalen termijnen kunnen nu nog niet worden beoordeeld).

8.3.5. Wat artikel 13, lid 5, van de dienstenrichtlijn betreft, geldt artikel 12 van de ordonnantie van 19 mei 2011. Het valt aan te bevelen dit aspect (ontvangstmelding) in artikel 16 van het ontwerp op te nemen (met toevoeging van “overeenkomstig artikel 12 van de ordonnantie van 19 mei 2011 (opschrift)”), aangezien de procedure voor de voorafgaande aangifte en voor de registratie voor het overige volledig in artikel 16 van het ontwerp is geregeld en enkel die ene bepaling van de zo-even genoemde ordonnantie nog bijkomend moet worden toegepast.

8.3.6. Het ontwerp bevat geen verboden of aan evaluatie onderworpen eisen als bedoeld bij de artikelen 14 en 15 van de dienstenrichtlijn.

9. In artikel 20, § 4, van het ontwerp is bepaald dat indien de kennisgeving van de beslissing van de door de Regering gemachtigde ambtenaar over de schorsing of de intrekking van het registratienummer niet binnen de bepaalde termijn volgt, de door de Regering gemachtigde ambtenaar wordt geacht af te zien van de schorsing of de intrekking van de registratie. In artikel 23, § 3, tweede lid, van het ontwerp is bepaald dat indien er geen beslissing (lees, vermoedelijk, “geen kennisgeving van een beslissing”) van de minister aangewezen door de Regering over het beroep tegen de oplegging van een administratieve geldboete volgt binnen de bepaalde termijn, de oplegging van de administratieve geldboete wordt bevestigd.

Deze bepalingen komen erop neer dat een beroep wordt gedaan op het procedé van de stilzwijgende beslissing.

Er dient te worden gewezen op de nadelen die aan het hanteren van dat procedé verbonden zijn. Zo is een dergelijk procedé in de eerste plaats niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijke beslissing ontbreekt, wat tot bewijsproblemen aanleiding kan geven, en de stilzwijgende beslissing in beginsel niet op dezelfde wijze zal worden meegedeeld of bekendgemaakt als uitdrukkelijk genomen beslissingen, met alle gevolgen van dien voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van dergelijke stilzwijgende beslissingen. Meer bepaald sluit het procedé van de stilzwijgende beslissing hierdoor ook grotere risico's in voor een schending van de belangen van derden die op een impliciete, doch daarom niet minder verstrekkende wijze, in het gedrang kunnen komen. In de tweede plaats kan het procedé van de stilzwijgende beslissing in strijd komen met het algemeen belang, in zoverre een dergelijk procedé tot gevolg kan hebben dat impliciet beslissingen worden genomen zonder dat daarmee een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen gepaard gaat. Ten slotte zijn die beslissingen uiteraard niet formeel gemotiveerd, wat de wettigheidscontrole erop kan bemoeilijken.

In het geval dat stilzwijgend wordt afgezien van de schorsing of de intrekking van de registratie klemmt dit des te meer, nu aan de schorsing of de intrekking van de registratie redenen van veiligheid of openbare gezondheid ten grondslag kunnen liggen (bijvoorbeeld de niet-naleving van de voorwaarden betreffende het toeristisch logies die verband houden met de goede staat van hygiëne, veiligheid en algemeen onderhoud) en de belangen van de gebruikers van het toeristisch logies in het geding kunnen zijn.

De stellers van het ontwerp doen er derhalve goed aan na te gaan of de genoemde bepalingen van het ontwerp wel gehandhaafd dienen te blijven. In ieder geval dient er naar te worden gestreefd om steeds binnen de voorgeschreven termijn uitspraak te doen in procedures tot opschorting of intrekking van de registratie of inzake het beroep tegen de administratieve geldboete.

10. In de artikelen 6, § 3, 7, § 3, 8, § 4, en 10, § 3, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van “een andere gelijkgestelde benaming”.

De gemachtigde gaf volgende toelichting bij de vraag wie de benamingen gelijkstelt en of er dienaangaande geen machtiging aan de Regering moet worden verleend:

“La notion ‘dénomination similaire’ est mise en place afin de limiter les dénominations trompeuses. Il en va également de la protection du destinataire de services de s’assurer des bonnes dénominations pour les bons établissements d’hébergement touristique. Il serait en effet inutile de protéger une dénomination si, par la manipulation de celle-ci, un prestataire de services pourrait être amené à changer la destination réelle de son établissement d’hébergement touristique.

Le fait qu’une dénomination soit similaire ou non sera décidé par le fonctionnaire désigné par le Gouvernement en fonction de l’intérêt du destinataire de services et de la volonté du législateur. Par conséquent, il ne faudra pas une habilitation donnant pouvoir au Gouvernement de le faire.”

Gelet hierop wordt beter het begrip “een andere gelijkwaardige benaming” gehanteerd of kan worden geschreven “een andere door de ambtenaar gemachtigd door de regering gelijkwaardig geachte benaming”.

11. In de artikelen 5, 2°, d), 15, 16, §§ 1 en 3, en 23, § 1, 4°, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van “subcategorieën”.

De gemachtigde verschaftte hierover volgende toelichting:

“Les sous-catégories ne sont pas définies dans le projet d’ordonnance puisqu’elles n’y apparaissent pas et que le Gouvernement a reçu la compétence de les fixer. Les sous-catégories découleront en réalité des catégories déjà visées dans l’ordonnance. Ce ne seront pas des catégories supplémentaires, mais bien des catégories qui, tout en correspondant aux conditions visées dans l’ordonnance pour la catégorie correspondante, ont des traits particuliers et nécessitent la mise en place de conditions supplémentaires.”

De machtiging aan de Regering om bijkomende categorieën te bepalen, in artikel 4 van het ontwerp, dient dan te worden uitgebreid tot het bepalen van subcategorieën.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 5

12. Artikel 5, 1°, a), van het ontwerp heeft tot gevolg dat een rechtspersoon die opgericht is krachtens het recht van een land dat geen deel uitmaakt van de Europese

Economische Ruimte, geen toeristisch logies kan exploiteren op het grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, hetgeen strijdig is met het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van handel en nijverheid indien er geen verantwoording bestaat voor de uitsluiting.

De gemachtigde verklaarde evenwel het volgende:

“En effet, les personnes morales fondées sur le droit d'un pays tiers doivent pouvoir exploiter un hébergement touristique en Belgique (liberté de commerce et de l'industrie), si les conditions de constitution de la personne morale correspondent aux nôtres ou si elles en constituent un équivalent. Nous proposons donc de modifier l'avant-projet en ce sens.

Pour exemple :

‘[...] régi par celui-ci, soit en vertu du droit d'un état autre que celui de la Belgique ou d'un membre de l'Espace Economique Européen ou régi par celui-ci, à condition que la constitution de personne morale corresponde aux exigences affirmées par le droit belge ou le droit d'un état membre de l'Espace Economique Européen;’.

De uitdrukking “corresponde aux exigences affirmées par le droit belge ou le droit d'un État membre de l'Espace Economique Européen” zou evenwel moeten worden gepreciseerd.

13. In de Nederlandse tekst van artikel 5, 1°, a), van het ontwerp dient het woord “gevormd” te worden vervangen door het woord “opgericht”.

14. In de Nederlandse tekst van artikel 5, 1°, b), van het ontwerp schrijve men “die in kracht van gewijsde is gegaan” in plaats van “geveld in kracht van gewijsde”.

15. In de Nederlandse tekst van artikel 5, 1°, b), van het ontwerp wordt eerst gewag gemaakt van “opschorting” en daarna van “uitstel”, terwijl het in de Franse tekst van die bepaling tweemaal gaat over “sursis”, wat overeenkomt met de Nederlandse term “uitstel”. Gelet op dit laatste en op het gegeven dat de opschorting slaat op de uitspraak van de veroordeling (zie artikel 1, § 1, 1°, van de wet van 29 juni 1964 ‘betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie’), en niet op de tenuitvoerlegging van de straf zoals bij uitstel het geval is, dient in de Nederlandse tekst van de genoemde bepaling wellicht ook tweemaal gewag te worden gemaakt van “uitstel”. Net omdat de opschorting slaat op de uitspraak van de veroordeling, dient er dienaangaande niets te worden bepaald.

16. Er dient in artikel 5, 1°, b), van het ontwerp te worden bepaald dat gelijkwaardige vormen van “uitstel van straf” of “krijgen van genade”, verleend in het buitenland, in aanmerking komen.

Artikel 11

17. Luidens artikel 11 van het ontwerp wordt het gebruik van de benaming “gastenverblijf op de boerderij” uitsluitend voorbehouden aan de exploitant van een logies bij de bewoner wanneer dat verblijf in een operationeel landbouwbedrijf is ingericht. Vraag is of zulks

ook niet moet gelden voor gelijkwaardige benamingen, wat dan uitdrukkelijk moet worden bepaald.

Artikel 14

18. Artikel 14 van het ontwerp overlapt met artikel 4 ervan. De inhoud van het laatst vermelde artikel hoeft niet te worden herhaald, zodat zou kunnen worden geschreven: “De voorafgaande aangifte bedoeld in artikel 4 gebeurt bij de ambtenaar gemachtigd”

Artikel 16

19. In artikel 16, § 3, van het ontwerp wordt niet bepaald dat er een stilzwijgende registratie plaatsvindt, hetgeen ook niet mogelijk zou zijn omdat een registratienummer niet stilzwijgend kan worden verleend. De gemachtigde verklaarde evenwel het volgende:

“En l’absence de livraison du numéro d’enregistrement dans le délai, le principe *lex silencio positivo* est d’application. L’exploitant obtient donc le droit d’exploiter son établissement même s’il n’a pas de numéro d’enregistrement, à charge pour les services désignés par le Gouvernement de le lui délivrer au plus vite (dans des délais raisonnables).”

Indien het effectief de bedoeling is dit rechtsgevolg te verbinden aan het verstrijken van de in artikel 16, § 3, eerste lid, van het ontwerp bedoelde termijn, zou zulks uitdrukkelijk dienen te worden bepaald. Het hanteren van het procedé van de stilzwijgende beslissing dient evenwel omwille van de *sub* 9 vermelde redenen te worden vermeden.

Artikel 17

20. Conform de Franse tekst van de eerste zin van artikel 17 van het ontwerp schrijven men in de Nederlandse tekst van die zin: “Met het oog op *het toezicht op* de naleving”

Artikel 18

21. In de memorie van toelichting wordt vooropgesteld dat artikel 18, tweede lid, van het ontwerp in verband staat met richtlijn 95/57/EG van de Raad van 23 november 1995 ‘betreffende de verzameling van statistische informatie op het gebied van het toerisme’. Deze richtlijn is evenwel ingetrokken en vervangen bij verordening (EU) nr. 692/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 2011 ‘betreffende Europese statistieken over toerisme en tot intrekking van Richtlijn 95/57/EG van de Raad’.

De memorie van toelichting dient op dit vlak te worden aangepast.

Artikelen 19 en 20

22. In de artikelen 19, eerste lid, 2°, en 20, § 1, 2°, van het ontwerp dient te worden geschreven “niet (of niet meer)¹² beantwoordt aan de voorwaarden” in plaats van “de voorwaarden ... niet (of niet meer) naleeft”.

Artikel 20

23. In artikel 20, § 1, 1°, van het ontwerp schrijve men duidelijkheidshalve “één of meerdere voorwaarden” in plaats van “de voorwaarden”.

24. In artikel 20, § 3, van het ontwerp wordt bepaald dat de exploitant beschikt over een termijn van vijftien kalenderdagen vanaf de verzendingsdatum van de ingebrekestelling via de post om zijn opmerkingen te bezorgen aan de door de Regering gemachtigde ambtenaar.

Gelet op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat bepalingen krachtens dewelke de termijn om bepaalde rechtshandelingen te stellen, ingaat op de dag van de verzending van een beslissing, in strijd bevond met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie,¹³ zou de genoemde termijn beter ingaan, conform hetgeen het Grondwettelijk Hof voorstelt, op de dag waarop de geadresseerde, naar alle waarschijnlijkheid, kennis heeft kunnen nemen van de kennisgeving, dit wil zeggen de derde werkdag na de dag van de verzending van de kennisgeving, waarbij aan de geadresseerde de mogelijkheid wordt gegeven te bewijzen dat de kennisgeving hem pas later heeft bereikt.¹⁴

Daargelaten de vraag of de zo-even in herinnering gebrachte rechtspraak van het Grondwettelijk Hof *in casu* van toepassing is of niet, zou deze werkwijze alleszins tot meer rechtszekerheid leiden.

25. In artikel 20, § 4, tweede lid, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van “omstandigheden met bijzondere redenen omkleed”, waarmee wellicht wordt bedoeld dat dient te worden gemotiveerd waarom bijzondere omstandigheden voorhanden zijn die nopen tot de onmiddellijke uitwerking van de schorsing of de intrekking van het registratienummer en het exploitatierecht.

Uit het motiveringsvereiste opgelegd bij de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ vloeit reeds voort dat zal moeten worden aangegeven dat zulke omstandigheden voorhanden zijn, waaruit ze bestaan en waarom ze moeten leiden tot de onmiddellijke uitwerking van de schorsing of de intrekking, zodat het overbodig is

¹² In artikel 20, § 1, 2°, van het ontwerp.

¹³ Zie bijv. GwH 29 maart 2006, nr. 48/2006, B.5 tot B.12 (in verband met de termijn om een jurisdictioneel beroep in te stellen); GwH 12 november 2009, nr. 178/2009, B.8.3 (in verband met de termijn om een administratief beroep in te stellen); GwH 2 juni 2010, nr. 66/2010, B.10 tot B.15 (in verband met de termijn om te reageren op een bericht van wijziging van aangifte in de inkomstenbelasting).

¹⁴ Aldus wordt de suggestie van het Grondwettelijk Hof gevolgd om de vastgestelde ongrondwettigheid te verhelpen (GwH 7 juni 2007, nr. 85/2007, B.4; GwH 26 september 2007, nr. 123/2007, B.5; GwH 19 december 2007, nr. 162/2007, B.4; GwH 2 juni 2010, nr. 66/2010, B.13).

te bepalen dat de beslissing dienaangaande “met bijzondere redenen omkleed” moet zijn. Zulks is tevens misleidend omdat eruit ten onrechte zou kunnen worden afgeleid dat andere bestuurshandelingen met individuele strekking of onderdelen ervan niet formeel gemotiveerd hoeven te zijn wanneer dit niet uitdrukkelijk is bepaald.

De woorden “met bijzondere redenen omkleed” dienen derhalve te worden weggelaten uit artikel 20, § 4, tweede lid, van het ontwerp. Bovendien zou in die bepaling moeten worden gespecificeerd welke omstandigheden aanleiding kunnen geven tot de onmiddellijke uitwerking van de beslissing tot schorsing of intrekking.

Artikel 22

26. In de Nederlandse tekst van artikel 22, § 1, derde lid, van het ontwerp dient, conform de Franse tekst van die bepaling, te worden geschreven “alle gevraagde bewijsstukken aan de door de regering gemachtigde ambtenaar heeft medegedeeld” in plaats van “alle gevraagde bewijsstukken gevraagd door de regering aan de gemachtigde ambtenaar heeft ingediend”.

Artikel 23

27. In artikel 23, § 4, tweede lid, van het ontwerp dient te worden aangegeven welke regels inzake stuiting van de verjaringstermijn van toepassing zijn in plaats van te verwijzen naar “de artikelen 2244 en volgende van het Burgerlijk Wetboek”.

28. In artikel 23, § 4, derde lid, van het ontwerp schrijve men: “De regering wijst de personen of instanties aan die worden belast met” Het is immers niet aan ordonnantiegever om zich te mengen in de interne organisatie van de uitvoerende macht.

Artikel 24

29. Aan de processen-verbaal die de in artikel 24, § 1, van het ontwerp bedoelde opsporingsambtenaren opstellen, wordt “rechtskracht [lees: bewijswaarde] tot het bewijs van het tegendeel” toegekend.

Het Grondwettelijk Hof heeft erop gewezen (weliswaar betreffende strafzaken, maar het principe kan worden doorgetrokken naar het domein van de administratieve sancties) dat zulk een regel een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting, en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, op grond waarvan de rechter (of een andere persoon die beslist over het opleggen van sancties) naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element, zodat het verschil in

behandeling dat eruit voortvloeit op een redelijke verantwoording dient te berusten en het de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze mag beperken.¹⁵

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of er in dit geval wel degelijk een afdoende verantwoording voorhanden is voor het verlenen van een bijzondere bewijswaarde aan de genoemde processen-verbaal. Indien dat het geval is, verdient het aanbeveling die verantwoording in de memorie van toelichting weer te geven.

30. Er dient, zo de bijzondere bewijswaarde van de processen-verbaal behouden blijft, in artikel 24, § 2, laatste zin, van het ontwerp te worden aangegeven welk het gevolg is van een niet-tijdige verzending van het proces-verbaal aan de overtreder (normalerwijze het verlies van de bijzondere bewijswaarde).

Artikel 25

31. De zinsnede “zonder afbreuk te doen aan artikel 8 van de Europese Overeenkomst voor de rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden [lees: het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden] en de wet van 8 december 1992 betreffende de bescherming van het privé-leven en gezien de behandeling van persoonlijke gegevens [lees: wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens] en haar uitvoeringsbesluiten” biedt geen meerwaarde. De regeling die in het ontwerp is opgenomen, moet zelf beantwoorden aan de vereisten gesteld bij artikel 8 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, terwijl de wet van 8 december 1992, die van toepassing is op elke geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede op elke niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen,¹⁶ geen verband houdt met de toegang tot te controleren plaatsen.

De genoemde zinsnede wordt derhalve beter weggelaten.

32. Enkel ten aanzien van de bewoonde lokalen wordt in artikel 25, § 1, 2°, b), van het ontwerp voorzien in de bijzondere waarborg van een voorafgaande machtiging door de rechter in de politierechtbank. In dat verband dient te worden herinnerd aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waaruit blijkt dat het begrip “woning” in de zin van artikel 8 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ruim moet worden opgevat en dat het onder bepaalde omstandigheden mede kan slaan op beroeps- en bedrijfslokalen,¹⁷ zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen.¹⁸

¹⁵ Bijv. GwH 6 april 2000, nr. 40/2000, B.14; GwH 14 februari 2001, nr. 16/2001, B.12.1. Zie ook GwH 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.12.3.

¹⁶ Zie artikel 3, § 1, van de wet.

¹⁷ Zie o.m. EHRM 16 december 1992, *Niemietz v. Duitsland*, Publ.Cour, reeks A, vol. 251-B; EHRM 25 februari 1993, *Funke, Crémieux en Mialhe v. Frankrijk*, Publ.Cour, reeks A, Vol. 256-A, -B en -C; EHRM 9 december 2004, *Van Rossem v. België*, nr. 41872/98; EHRM 28 april 2005, *Buck v. Duitsland*, CEDH, 2005-IV,

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

33. Gevraagd of met “toestemming (...) van de bewoner” ook de toestemming wordt bedoeld van de toerist die op het ogenblik dat men het lokaal wil betreden in het toeristisch logies verblijft, verklaarde de gemachtigde:

“Quant au consentement de l’occupant, il est obligatoire dans les lieux qui ont un caractère privé. Une chambre d’hôtel non occupée n’est pas privée, un hall d’hôtel peut être considéré comme public puisque tout le monde peut y entrer. Par contre, une maison dans laquelle il y a des chambres d’hôtes ou une chambre d’hôtel occupée sont des lieux privés. Il convient donc de demander l’autorisation d’entrer à la personne occupant lesdits lieux, en ce compris le touriste.”

Deze toelichting zou het best in de memorie van toelichting worden opgenomen. Ook zou uitdrukkelijk in artikel 25, § 1, van het ontwerp kunnen worden opgenomen dat de gast in het toeristisch logies zijn toestemming dient te verlenen tot het betreden van zijn verblijf.

34. Luidens artikel 25, § 1, 2°, c), van het ontwerp hebben de door de Regering aangestelde ambtenaren, wanneer ze een machtiging van de rechter in de politierechtbank hebben, toegang tot bewoonde lokalen tussen vijf uur ’s morgens en eenentwintig uur ’s avonds. Hoewel die uren in tal van bijzondere wetten voorkomen, alsook in de wet van 7 juni 1969 ‘tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize of huiszoeking mag worden verricht’, kan toch de vraag rijzen of geen uurregeling moet worden ingevoerd waardoor een beter evenwicht tussen de betrokken rechten of belangen wordt gewaarborgd. Zulks zou dan, gelet op het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, wel op een meer algemene wijze in de regelgeving van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest dienen te gebeuren.

35. In artikel 25, § 2, van het ontwerp wordt delegatie verleend aan de door de Regering aangewezen ambtenaar om de inhoud en de vorm van de legitimatiekaart te bepalen. Een delegatie van verordenende bevoegdheid aan een ambtenaar is normaal gezien niet mogelijk.

De gemachtigde is het ermee eens dat de delegatie moet worden verleend aan de Regering in plaats van aan de ambtenaar.

Artikel 26

36. Met betrekking tot de in artikel 26 van het ontwerp bedoelde mogelijkheid om de onmiddellijke stopzetting te bevelen van de exploitatie, met inbegrip van de mogelijkheid tot

§ 32. Zie ook D. YERNAULT, “Les pouvoirs d’investigation de l’administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l’article 8 de la Convention européenne”, *Rev.Trim.Dr.H.* 1994, 117-135.

¹⁸ EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est e.a. v. Frankrijk*, nr. 37971/97, CEDH, 2002-III; EHRM 11 oktober 2005, *Kent Pharmaceuticals Limited e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, nr. 9355/03; EHRM 21 december 2010, *Société Canal Plus e.a. v. Frankrijk*, nr. 29408/08, § 52.

verzegeling en inbeslagname “om het bevel tot stopzetting te kunnen toepassen”, dient de ordonnantiegever te oordelen of de rechterlijke toetsing *a posteriori* afdoende is, dan wel of een voorafgaand rechterlijk optreden noodzakelijk is. Het beginsel is immers dat ook de overheid zich vooraf tot de rechter moet wenden om dwang uit te oefenen; het is slechts wanneer er zwaarwichtige redenen zijn dat kan worden afgeweken van dit beginsel.

Artikel 27

37. In artikel 27 van het ontwerp dienen de woorden “die de harmonieuze inwerkingtreding van deze ordonnantie moeten garanderen” te vervallen en dient te worden aangegeven waarop de overgangsmaatregelen betrekking kunnen hebben.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites ².

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet de régler les conditions d'exploitation des différents types d'hébergement touristique. Selon l'article 2 du projet, l'ordonnance à adopter transpose partiellement la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 ‘relative aux services dans le marché intérieur’ (ci-après : directive services).

Le chapitre 1^{er} comporte des dispositions générales, des définitions et une disposition qui énonce que toute exploitation d'un hébergement touristique est soumise à une déclaration préalable dans la catégorie hôtel, appart-hôtel, résidence de tourisme, hébergement chez l'habitant, centre d'hébergement de tourisme social, terrain de camping ou dans une catégorie complémentaire arrêtée par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale (ci-après : le Gouvernement) ainsi qu'au respect des conditions fixées par ou en vertu de l'ordonnance à adopter.

Le chapitre 2 fixe les conditions d'exploitation. Il s'agit, d'une part, de conditions générales qui s'appliquent à toutes les catégories d'hébergement touristique et qui comportent des

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² Il n'en reste pas moins que le projet doit encore être soumis à un examen approfondi sur le plan de la légistique et de la correction de la langue. Ainsi, les nombreux gallicismes, par exemple, doivent être éliminés dans le texte néerlandais.

conditions à remplir par l'exploitant ou la personne chargée de la gestion journalière de la personne morale exploitante et de conditions liées à l'hébergement touristique, et, d'autre part, de conditions spécifiques par catégorie d'hébergement touristique. Le chapitre 2 contient également des dispositions visant la protection de l'usage des dénominations hôtel, appart-hôtel, résidence de tourisme, gîte urbain, hébergement chez l'habitant, chambre(s) d'hôtes, « établissement de chambres d'hôtes » et « établissement de chambres d'hôtes à la ferme », et, sauf en ce qui concerne cette dernière dénomination et celle de « gîte urbain », l'usage de dénominations assimilées, traductions ou graphies susceptibles de créer une confusion. L'exploitant est tenu d'afficher le logo d'identification de la catégorie.

Le chapitre 3 concerne la déclaration préalable, l'enregistrement, la suspension et le retrait de l'enregistrement. Il règle la procédure de déclaration préalable et prévoit également que, dès que la demande est complète, le déclarant reçoit du fonctionnaire délégué par le Gouvernement un numéro d'enregistrement qui lui confère le droit immédiat d'exploiter l'hébergement touristique et d'utiliser la dénomination. L'exploitant est tenu de respecter les conditions. Dans les douze mois de la délivrance du numéro d'enregistrement, le fonctionnaire délégué procède à un contrôle *in situ*. Par ailleurs, ce chapitre prévoit les cas dans lesquels l'enregistrement peut être refusé, tandis que le Gouvernement est habilité à déterminer la procédure en la matière et les cas dans lesquels l'enregistrement peut être suspendu ou retiré, ainsi que la procédure en la matière. Il règle également la procédure de recours en cas de refus d'octroi d'un numéro d'enregistrement ou de décision de suspension ou de retrait du numéro d'enregistrement, tandis que le Gouvernement est habilité à fixer les modalités à cet effet. La procédure de modification de l'enregistrement est en outre réglée.

Le chapitre 4 règle le contrôle et les sanctions. Il dispose que le fonctionnaire délégué par le Gouvernement peut imposer une amende administrative dans les cas qui y sont définis et règle la procédure en la matière, y compris un recours suspensif devant le ministre³ désigné par le Gouvernement à cet effet, ainsi que le recouvrement de l'amende administrative. Par ailleurs, il détermine les compétences des fonctionnaires désignés par le Gouvernement, chargés de surveiller le respect de l'ordonnance à adopter et de ses arrêtés d'exécution. Ils peuvent, notamment, dresser des procès-verbaux qui ont une valeur probante jusqu'à preuve du contraire, interroger toute personne et se faire produire tous renseignements et documents. Ils ont accès à tout endroit soumis à leur contrôle, sans autorisation préalable, sauf lorsqu'il s'agit de locaux habités, auquel cas ils doivent disposer soit d'une autorisation préalable et écrite de l'habitant, soit d'une autorisation préalable et écrite du juge au tribunal de police. Dans ce dernier cas, l'accès n'est possible qu'entre cinq heures du matin et neuf heures du soir. Les fonctionnaires désignés sont revêtus de la qualité d'officier de police judiciaire. Ils peuvent ordonner sur place la cessation immédiate de l'exploitation de l'hébergement touristique en cas d'infraction aux dispositions de l'ordonnance à adopter ou de ses arrêtés d'exécution. Ce chapitre règle également la procédure en la matière, y compris la confirmation de l'ordre de cessation par le ministre désigné à cet effet par le Gouvernement, et la possibilité de demander la suppression de la mesure dans une procédure en référé devant le président du tribunal de première instance.

³ Le projet fait état d'un « membre du gouvernement », mais dès lors que les secrétaires d'État régionaux ne font pas partie du Gouvernement en vertu de l'article 41, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux institutions bruxelloises', il ne peut s'agir que d'un ministre.

Le chapitre 5 contient des dispositions habilitant le Gouvernement à fixer des mesures transitoires et à arrêter la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance à adopter.

COMPÉTENCE DE LA RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE

3. Selon l'article 1^{er} du projet, l'ordonnance à adopter règle une matière visée à l'article 39 de la Constitution. À cet égard, l'exposé des motifs fait référence, à juste titre, à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de reformes institutionnelles' et à l'arrêt n° 45/2012 de la Cour constitutionnelle du 15 mars 2012.

4. L'arrêt n° 45/2012 de la Cour constitutionnelle a annulé le décret de la Commission communautaire française du 9 juillet 2010 'modifiant le décret du 14 janvier 1999 relatif à l'agrément des chambres d'hôtes et à l'autorisation de faire usage de la dénomination « chambres d'hôtes »', mais le décret du 14 janvier 1999 'relatif à l'agrément des chambres d'hôtes et à l'autorisation de faire usage de la dénomination « Chambres d'hôtes »', modifié par le décret du 9 juillet 2010, existe toujours.

L'exposé des motifs du projet souligne que l'ordonnance à adopter a pour effet que les « réglementations » de la Commission communautaire française relatives aux conditions d'accès à la profession en matière de tourisme (dont le décret du 14 janvier 1999) sont – certes implicitement – « supprimées ».

Toutefois, le fait que la Cour constitutionnelle a annulé une norme au motif qu'elle est contraire aux règles répartitrices de compétences et que le législateur compétent est intervenu par la suite, n'emportent pas que d'autres normes similaires, qui sont édictées par un autre législateur (par hypothèse) non compétent, perdent leur force obligatoire. Au contraire, ces normes subsistent dans l'ordre juridique et leur contrariété aux règles répartitrices de compétences ne peut en principe être constatée que par la Cour constitutionnelle même, soit dans le cadre d'une procédure préjudicielle, qui ne peut toutefois être engagée que par une juridiction, soit lorsqu'il peut être fait application de l'article 4 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 'sur la Cour constitutionnelle' ⁴, auquel cas une annulation est possible.

Afin d'éviter que des dispositions du décret du 14 janvier 1999 contenant des conditions d'accès à la profession subsistent dans l'ordre juridique, la Commission communautaire française devrait prendre une initiative abrogeant de manière expresse les articles concernés du décret du 14 janvier 1999 ⁵.

⁴ Tel est notamment le cas lorsque la Cour, dans un arrêt préjudiciel, a jugé que les dispositions constitutionnelles dont elle peut contrôler le respect ou que les règles répartitrices de compétences sont violées (voir l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989).

⁵ Le pouvoir d'abrogation, même d'un décret qui est entaché d'excès de pouvoir, est inhérent à la fonction normative qu'exerce le législateur décréteur (avis C.E. n° 47.722/3 du 26 janvier 2010 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 11 juin 2010 « tot opheffing van het decreet van 10 november 1993 houdende maatregelen tot kwaliteitsverbetering van de dienstverlening door huwelijks- en relatiebemiddelaars », *Doc. parl.*, Parl. fl., 2009-10, n° 436/1, 18).

5. Selon l'article 26, § 2, alinéa 2, du projet, la suppression d'un ordre de cessation de l'exploitation peut être demandée au moyen d'une procédure, comme en référé, devant le président du tribunal de première instance. En principe, le pouvoir de définir la compétence des tribunaux et la procédure applicable devant ceux-ci relève de la compétence de l'autorité fédérale⁶, de sorte que les conditions d'application de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 (compétences implicites) doivent être remplies pour que la Région de Bruxelles-Capitale puisse intervenir en l'espèce. Il est recommandé de préciser dans l'exposé des motifs comment, dans l'esprit des auteurs du projet, ces conditions sont remplies.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

6. L'article 4 du projet dispose que toute exploitation d'un hébergement touristique est soumise à la déclaration préalable dans une catégorie déterminée et au respect des conditions fixées par ou en vertu de l'ordonnance à adopter (ci-après : les conditions)⁷. L'exigence d'une déclaration préalable est réitérée à l'article 14 du projet. Il résulte de l'article 16, § 3, du projet, qu'un numéro d'enregistrement est attribué lorsque la demande (dans d'autres dispositions du projet, c'est le terme « déclaration » qui est utilisé) est complète. Selon cette dernière disposition, ce numéro d'enregistrement confère « le droit immédiat d'exploiter l'hébergement touristique dans la catégorie adaptée [lire : concernée] et, le cas échéant, dans la sous-catégorie adaptée [lire : concernée] ainsi que d'utiliser la dénomination (...) fixée par la présente ordonnance et ses arrêtés d'exécution ». L'exploitant est tenu, avant et après l'enregistrement, de respecter les conditions. Dans⁸ les douze mois de la délivrance du numéro d'enregistrement, un contrôle *in situ* est effectué pour vérifier si les conditions sont respectées. L'article 19 du projet énonce que l'enregistrement peut être refusé (notamment lorsque les conditions ne sont pas respectées). Selon l'article 20 du projet, le numéro d'enregistrement et le droit d'exploitation peuvent être suspendus ou retirés (notamment lorsque les conditions ne sont pas ou plus remplies).

L'exposé des motifs précise que l'enregistrement n'est pas automatique. Il est effectué lorsque la déclaration est complète et peut être refusé, suspendu ou retiré en cas de non-respect des dispositions de l'ordonnance à adopter ou de ses arrêtés d'exécution. La suspension ou le retrait sont également possibles en cas de contrôle *ex post* défavorable. Il peut également se déduire, semble-t-il, de ce qui est écrit dans la suite de l'exposé des motifs que les données et les pièces qui ont été communiquées lors de la déclaration préalable sont examinées en vue de vérifier si les conditions sont remplies et qu'un numéro d'enregistrement n'est attribué que s'il s'avère que tel est le cas.

Par conséquent, l'enregistrement est plus que la simple notification qu'un hébergement touristique déterminé sera exploité et sa prise de connaissance par l'autorité. Il

⁶ Voir par exemple C.C., 14 novembre 2012, n° 139/2012, B.4.3; C.C., 29 juillet 2010, n° 91/2010, B.3.3.

⁷ L'intitulé du chapitre 2 du projet fait état de « conditions d'exploitation », mais outre les conditions qui y sont définies, il existe également des conditions en matière d'enregistrement préalable, de communication de modifications et d'autorisation de contrôle.

⁸ Et non « Endéans », tel qu'il est écrit à l'article 16, § 3, alinéa 3, du projet – et dans de nombreux autres dispositions de celui-ci. Dans le texte néerlandais, on remplacera chaque fois les mots « binnen de » par le mot « binnen ».

s'agit en substance d'une autorisation, étant donné que le numéro d'enregistrement n'est attribué que s'il s'avère que les conditions sont remplies. Le fait que cette attribution se fasse sur la base d'une appréciation du dossier et qu'un contrôle sur place, susceptible d'entraîner, le cas échéant, la suspension ou le retrait de l'enregistrement⁹, n'est effectué qu'*ex post*, n'y change rien. Le fait également que le numéro d'enregistrement et, au même moment, le droit d'exploitation, peut être suspendu ou retiré lorsque les conditions ne sont pas ou ne sont plus remplies, indique qu'il s'agit d'une autorisation plutôt que d'une simple notification. Il serait dès lors plus exact de faire état d'une autorisation.

Le projet doit de toute façon être adapté dans la mesure où l'article 16, § 3, énonce que le numéro d'enregistrement est attribué si la demande est complète : en effet, le fait que le dossier soit complet ne suffit pas, il doit également ressortir de celui-ci – et évidemment de la décision même¹⁰ – que les conditions sont remplies. Il serait également plus correct de prévoir à l'article 4 du projet que toute exploitation est soumise à une déclaration préalable et à un enregistrement dans le cadre de l'une des catégories et au respect des conditions. Ainsi, il apparaîtrait qu'en cas de refus de l'enregistrement, on ne peut pas procéder à l'exploitation et qu'en cas de suspension ou de retrait de celui-ci, l'exploitation doit être arrêtée temporairement ou définitivement.

7. Les dénominations françaises des différents types d'hébergement touristique sont protégées dans le texte français et les dénominations néerlandaises dans le texte néerlandais. Eu égard à l'exigence selon laquelle la portée des versions française et néerlandaise d'une ordonnance doit être en tous points identique, les dénominations doivent être mentionnées dans les deux versions linguistiques, tant dans le texte français que dans le texte néerlandais.

8.1. Comme le confirme l'exposé des motifs et ainsi qu'il résulte également de l'arrêt n° 45/2012 de la Cour constitutionnelle, le projet entre dans le champ d'application de la directive services. De surcroît, en ce qui concerne les conditions d'accès à la profession en matière de tourisme, la Région de Bruxelles-Capitale est responsable de la transposition de cette directive dans le droit interne de la région, cette dernière pour les aspects qui ne sont pas déjà réglés dans la transposition horizontale qui fait l'objet de l'ordonnance du 19 mai 2011 'visant à transposer, partiellement, la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services en Région de Bruxelles-Capitale'.

⁹ À la question de savoir quels sont les effets s'il résulte du contrôle mentionné à l'article 16, § 3, alinéa 3, du projet qu'une condition n'est pas respectée, le délégué a donné l'explication suivante : « Si, suite au contrôle, il apparaît qu'une condition n'est pas respectée, le fonctionnaire désigné par le Gouvernement en sera averti. À partir de ce moment-là, il prendra contact avec l'exploitant et aura la possibilité soit de lui donner un délai supplémentaire si la condition ne nécessite pas l'imposition d'une amende, soit imposer une amende à l'exploitant. Si un nouveau contrôle démontre que l'exploitant ne s'est pas mis en ordre et ne respecte pas la condition, les fonctionnaires désignés par le Gouvernement chargés du contrôle pourront mettre l'exploitant en demeure (...) de régulariser sa situation. Si l'exploitant ne se régularise toujours pas, alors ils lui offrent de présenter ses moyens de défense et peuvent procéder à la cessation immédiate de l'activité. Le cas échéant, s'il ne respecte toujours pas les conditions, l'exploitant pourra se voir suspendre ou retirer son enregistrement ».

¹⁰ La décision octroyant un numéro d'enregistrement est un acte administratif au sens de l'article 1^{er}, premier tiret, de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs', auquel s'applique dès lors l'obligation de motivation formelle visée dans cette loi.

8.2. L'article 5, paragraphe 3, de la directive services dispose que lorsqu'il est demandé à un prestataire ou à un destinataire de fournir un certificat, une attestation ou tout autre document prouvant qu'une exigence a été satisfaite au sens de l'article 4, 7), de cette directive, l'État membre concerné accepte tout document d'un autre État membre qui a une fonction équivalente ou duquel il résulte que l'exigence concernée est satisfaite. Pour y satisfaire, il convient d'insérer dans le projet une disposition transposant la disposition de la directive citée en premier lieu.

8.3. Il peut se déduire de l'exposé des motifs que les auteurs du projet considèrent que les obligations qui y sont visées ne doivent pas être considérées comme un régime d'autorisation au sens de la directive services. Il y est indiqué que l'introduction d'un régime d'autorisation ne pourrait pas être motivée du point de vue de la proportionnalité de la mesure (mais bien en ce qui concerne la raison impérieuse d'intérêt général, telle que la protection du destinataire des services).

L'article 4, 6), de la directive services définit toutefois la notion de « régime d'autorisation » comme étant « toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice ».

Bien que le projet n'impose pas formellement d'autorisation, mais seulement un enregistrement préalable, il ressort de l'observation formulée au point 6 qu'il faut essentiellement obtenir une décision de l'autorité sur l'accès à l'activité de service et qu'il s'agit dès lors d'un régime d'autorisation, au sens de la directive services.

Ce point doit donc être examiné au regard du chapitre III de la directive services, ce que confirment d'ailleurs l'exposé des motifs et le délégué.

8.3.1. Il peut être admis que l'instauration de l'obligation de déclaration préalable, l'exigence d'enregistrement ainsi que celle de satisfaire aux conditions imposées par l'ordonnance à adopter et ses arrêtés d'exécution sont justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général, principalement la protection des destinataires des services, à savoir les touristes qui résident en hébergement touristique (il peut en outre y avoir d'autres motifs, tels que la préservation de la concurrence loyale). Le régime d'enregistrement et de contrôle *ex post* instauré peut être considéré comme proportionnel. Le régime n'est pas non plus discriminatoire. Il paraît se conformer à l'article 9 de la directive services.

8.3.2. En ce qui concerne les conditions générales et spécifiques d'exploitation, prévues au chapitre 2 du projet, les auteurs du projet doivent examiner si elles sont conciliables avec l'article 10 de la directive services. En ce qui concerne certaines conditions, telles que par exemple celles qui prévoient qu'un hôtel doit être exploité tout au long de l'année (article 6, § 1^{er}, 1^o, du projet), que dans un hôtel, une réception doit être accessible en permanence (vingt-quatre heures sur vingt-quatre selon l'exposé des motifs) (article 6, § 1^{er}, 4^o, du projet), que les appart-hôtels sont exploités en permanence (article 7, § 1^{er}, 2^o, du projet), et que les appart-hôtels doivent disposer d'une réception située dans le bâtiment, qui doit être accessible au moins en

journée du lundi au vendredi (article 7, § 1^{er}, 3^o, du projet), la justification par une raison impérieuse d'intérêt général ainsi que la proportionnalité ne paraissent pas évidentes ¹¹.

8.3.3. En ce qui concerne l'article 11 de la directive services, aucun problème ne se pose dès lors que le numéro d'enregistrement est attribué pour une durée indéterminée et que sa durée effective ne dépend que de l'accomplissement permanent des conditions.

8.3.4. La procédure d'attribution du numéro d'enregistrement est, en ce qui concerne la matière réglée dans le projet, conforme à l'article 13 de la directive services (les délais à fixer par l'arrêté d'exécution ne peuvent pas encore être appréciés).

8.3.5. En ce qui concerne l'article 13, paragraphe 5, de la directive services, c'est l'article 12 de l'ordonnance du 19 mai 2011 qui s'applique. Il est recommandé de faire figurer cet aspect (accusé de réception) dans l'article 16 du projet (en ajoutant « conformément à l'article 12 de l'ordonnance du 19 mai 2011 (intitulé) »), dès lors que la procédure de déclaration préalable et d'enregistrement est pour le surplus entièrement réglée à l'article 16 du projet et que cette seule disposition de l'ordonnance précitée doit encore être appliquée à titre complémentaire.

8.3.6. Le projet ne contient pas d'exigences interdites ou à évaluer, visées aux articles 14 et 15 de la directive services.

9. L'article 20, § 4, du projet prévoit que si la notification de la décision du fonctionnaire délégué par le Gouvernement concernant la suspension ou le retrait du numéro d'enregistrement ne suit pas dans le délai fixé, le fonctionnaire délégué par le Gouvernement est censé renoncer à la suspension ou au retrait de l'enregistrement. L'article 23, § 3, alinéa 2, du projet dispose qu'à défaut de décision (sans doute faut-il lire « de notification d'une décision »), dans le délai fixé, du ministre désigné par le Gouvernement concernant le recours contre l'imposition d'une amende administrative, l'imposition de l'amende administrative est confirmée.

Ces dispositions consistent à recourir au procédé de la décision tacite.

Il convient de relever les inconvénients liés à l'utilisation de ce procédé. Ainsi, tout d'abord, un tel procédé ne contribue pas à la sécurité juridique, ne fût-ce qu'en raison de l'absence d'une décision écrite, ce qui pourrait donner lieu à des problèmes quant à l'administration de la preuve, et parce qu'en principe une décision tacite ne sera pas notifiée ni publiée dans les mêmes formes que les décisions expresses, avec toutes les conséquences qui en découlent en termes d'accessibilité et contestation de telles décisions tacites. Plus particulièrement, le procédé de la décision tacite risque de ce fait d'entraîner davantage une violation des intérêts de tiers, lesquels sont susceptibles d'être affectés d'une manière certes implicite, mais non moins importante. Par ailleurs, le procédé de la décision tacite est susceptible de se heurter à l'intérêt général dans la mesure où un tel procédé peut emporter que certaines décisions soient prises de manière implicite sans s'accompagner d'une préparation minutieuse ni

¹¹ À cet égard, il faut constater que la justification ne ressort pas suffisamment de l'exposé des motifs : ainsi, il ne suffit pas d'indiquer en ce qui concerne l'exigence selon laquelle les hôtels doivent être ouverts tout au long de l'année, que l'accès permanent aux hôtels constitue une caractéristique essentielle et universellement connue; cette constatation peut du reste aussi être contestée dans les faits.

d'une mise en balance de tous les intérêts en présence. Enfin, ces décisions sont forcément dépourvues de motivation formelle, ce qui risque d'entraver le contrôle de légalité.

C'est d'autant plus vrai, dans le cas où il est renoncé tacitement à suspendre ou à retirer l'enregistrement, que des raisons de sécurité ou de santé publique peuvent être à la base de la suspension ou du retrait de l'enregistrement (par exemple, le non-respect des conditions concernant l'hébergement touristique, qui sont relatives au bon état d'hygiène, de sécurité et d'entretien général) et que les intérêts des utilisateurs de l'hébergement touristique peuvent être en cause.

Les auteurs du projet seront bien avisés dès lors de vérifier si les dispositions précitées du projet doivent effectivement être maintenues. Dans tous les cas, on s'efforcera toujours de se prononcer dans le délai prescrit, dans des procédures de suspension ou de retrait de l'enregistrement ou en matière de recours contre l'amende administrative.

10. Les articles 6, § 3, 7, § 3, 8, § 4, et 10, § 3, du projet font mention d' « une autre [dénomination] assimilée ».

À la question de savoir qui assimile les dénominations et s'il ne faut pas accorder à cet égard une habilitation au Gouvernement, le délégué a donné l'explication suivante :

« La notion 'dénomination similaire' est mise en place afin de limiter les dénominations trompeuses. Il en va également de la protection du destinataire de services de s'assurer des bonnes dénominations pour les bons établissements d'hébergement touristique. Il serait en effet inutile de protéger une dénomination si, par la manipulation de celle-ci, un prestataire de services pourrait être amené à changer la destination réelle de son établissement d'hébergement touristique.

Le fait qu'une dénomination soit similaire ou non sera décidé par le fonctionnaire désigné par le Gouvernement en fonction de l'intérêt du destinataire de services et de la volonté du législateur. Par conséquent, il ne faudra pas une habilitation donnant pouvoir au Gouvernement de le faire ».

En conséquence, mieux vaudrait utiliser la notion « une autre dénomination équivalente » ou l'on pourrait écrire « une autre dénomination jugée équivalente par le fonctionnaire délégué par le gouvernement ».

11. Dans les articles 5, 2°, d), 15, 16, §§ 1^{er} et 3, et 23, § 1, 4°, du projet, il est fait mention de « sous-catégories ».

Le délégué a fourni à ce sujet l'explication suivante :

« Les sous-catégories ne sont pas définies dans le projet d'ordonnance puisqu'elles n'y apparaissent pas et que le Gouvernement a reçu la compétence de les fixer. Les sous-catégories découleront en réalité des catégories déjà visées dans l'ordonnance. Ce ne seront pas des catégories supplémentaires, mais bien des catégories qui, tout en correspondant aux conditions visées dans l'ordonnance pour la catégorie correspondante, ont des traits particuliers et nécessitent la mise en place de conditions supplémentaires ».

L'habilitation donnée au Gouvernement de fixer les catégories complémentaires, prévue à l'article 4 du projet, doit donc être étendue à la fixation des sous-catégories.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 5

12. L'article 5, 1°, a), du projet a pour effet de ne pas permettre à une personne morale constituée en vertu du droit d'un pays qui ne fait pas partie de l'Espace économique européen, d'exploiter un hébergement touristique sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, ce qui est contraire au principe d'égalité et à la liberté du commerce et de l'industrie si cette exclusion ne fait l'objet d'aucune justification.

Le délégué a toutefois déclaré ce qui suit :

« En effet, les personnes morales fondées sur le droit d'un pays tiers doivent pouvoir exploiter un hébergement touristique en Belgique (liberté de commerce et de l'industrie), si les conditions de constitution de la personne morale correspondent aux nôtres ou si elles en constituent un équivalent. Nous proposons donc de modifier l'avant-projet en ce sens.

Pour exemple :

'[...] régi par celui-ci, soit en vertu du droit d'un état autre que celui de la Belgique ou d'un membre de l'Espace Economique Européen ou régi par celui-ci, à condition que la constitution de personne morale corresponde aux exigences affirmées par le droit belge ou le droit d'un état membre de l'Espace Economique Européen;' ».

Il conviendrait toutefois de préciser l'expression « corresponde aux exigences affirmées par le droit belge ou le droit d'un État membre de l'Espace Economique Européen ».

13. Dans le texte néerlandais de l'article 5, 1°, a), du projet, il y a lieu de remplacer le terme « gevormd » par le terme « opgericht ».

14. Dans le texte néerlandais de l'article 5, 1°, b), du projet, on écrira « die in kracht van gewijsde is gegaan » au lieu de « geveld in kracht van gewijsde ».

15. Dans le texte néerlandais de l'article 5, 1°, b), du projet, il est d'abord fait mention de « opschorting » et ensuite de « uitstel », alors que le texte français de cette disposition fait deux fois état du terme « sursis », lequel correspond au terme néerlandais « uitstel ». En conséquence et étant donné que la suspension porte sur le prononcé de la condamnation (voir l'article 1^{er}, § 1^{er}, 1°, de la loi du 29 juin 1964 'concernant la suspension, le sursis et la probation'), et non sur l'application de la peine comme c'est le cas pour le sursis, il faut sans doute mentionner également deux fois le terme « uitstel » dans le texte néerlandais de la disposition précitée. C'est précisément parce que la suspension porte sur le prononcé de la condamnation qu'il ne faut rien prévoir à ce sujet.

16. Il y a lieu d'indiquer dans l'article 5, 1°, b), du projet que des formes équivalentes du « sursis à l'exécution de la peine » ou de « l'obtention de la grâce », attribuées à l'étranger, sont également prises en considération.

Article 11

17. En vertu de l'article 11 du projet, l'usage de la dénomination « établissement de chambres d'hôtes à la ferme » est exclusivement réservé à l'exploitant d'un hébergement chez l'habitant lorsque cet établissement est aménagé dans une exploitation agricole en activité. La question se pose de savoir s'il ne faut pas aussi appliquer cette disposition aux dénominations équivalentes, auquel cas il convient de le préciser expressément.

Article 14

18. L'article 14 du projet fait double emploi avec son article 4. Il n'y a pas lieu de répéter le contenu de ce dernier article, si bien qu'on pourrait écrire : « La déclaration préalable visée à l'article 4 se fait auprès du fonctionnaire délégué ... ».

Article 16

19. L'article 16, § 3, du projet ne prévoit pas qu'un enregistrement tacite a lieu, ce qui ne serait pas non plus possible dès lors qu'un numéro d'enregistrement ne peut pas être délivré tacitement. Le délégué a cependant déclaré ce qui suit :

« En l'absence de livraison du numéro d'enregistrement dans le délai, le principe *lex silencio positivo* est d'application. L'exploitant obtient donc le droit d'exploiter son établissement même s'il n'a pas de numéro d'enregistrement, à charge pour les services désignés par le Gouvernement de le lui délivrer au plus vite (dans des délais raisonnables) ».

Si l'intention est effectivement de reconnaître un effet juridique à l'expiration du délai visé à l'article 16, § 3, alinéa 1^{er}, du projet, il convient de le préciser expressément. Pour les motifs formulés au point 9, on évitera toutefois de recourir au procédé de la décision tacite.

Article 17

20. Conformément au texte français de la première phrase de l'article 17 du projet, on écrira dans le texte néerlandais de cette phrase : « Met het oog op *het toezicht op de naleving* ... ».

Article 18

21. L'exposé des motifs indique que l'article 18, alinéa 2, du projet est lié à la directive 95/57/CE du Conseil du 23 novembre 1995 'concernant la collecte d'informations

statistiques dans le domaine du tourisme'. Or, cette directive a été abrogée et remplacée par le règlement (UE) n° 692/2011 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2011 'concernant les statistiques européennes sur le tourisme et abrogeant la directive 95/57/CE du Conseil'.

Il y a lieu d'adapter l'exposé des motifs à cet égard.

Articles 19 et 20

22. Aux articles 19, alinéa 1^{er}, 2°, et 20, § 1^{er}, 2°, du projet, on écrira « ne répond pas (ou plus) ¹² aux conditions » au lieu de « ne respecte pas (ou plus) les conditions ».

Article 20

23. Par souci de clarté, on écrira à l'article 20, § 1^{er}, 1°, du projet « une ou plusieurs conditions » au lieu de « les conditions ».

24. L'article 20, § 3, du projet dispose que l'exploitant dispose d'un délai de quinze jours calendrier à partir de la date d'envoi par la poste de la mise en demeure pour transmettre ses remarques au fonctionnaire délégué par le Gouvernement.

Eu égard à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui a jugé contraires au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination des dispositions en vertu desquelles le délai pour accomplir certains actes prend cours le jour de l'envoi d'une décision ¹³, il serait préférable que le délai précité commence à courir, conformément à ce que propose la Cour constitutionnelle, le jour où le destinataire a pu, en toute vraisemblance, avoir connaissance de la notification, c'est-à-dire le troisième jour ouvrable qui suit la date de l'envoi de la notification, tout en permettant au destinataire de prouver que la notification ne lui est parvenue que plus tard ¹⁴.

Sans examiner si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle rappelée ci-dessus s'applique ou non en l'occurrence, cette méthode renforcerait de toute façon la sécurité juridique.

25. L'article 20, § 4, alinéa 2, du projet fait état des termes « circonstance spécialement motivée », par lesquels on entend sans doute qu'il faut motiver pourquoi il existe des circonstances particulières qui entraînent nécessairement l'effet immédiat de la suspension ou du retrait du numéro d'enregistrement et du droit d'exploitation.

¹² À l'article 20, § 1^{er}, 2°, du projet.

¹³ Voir par ex. C.C., 29 mars 2006, n° 48/2006, B.5 à B.12 (concernant le délai pour introduire un recours juridictionnel); C.C., 12 novembre 2009, n° 178/2009, B.8.3 (concernant le délai pour introduire un recours administratif); C.C., 2 juin 2010, n° 66/2010, B.10 à B.15 (concernant le délai pour réagir à un avis de rectification d'une déclaration à l'impôt sur le revenu).

¹⁴ Ainsi, la suggestion de la Cour constitutionnelle visant à remédier à l'inconstitutionnalité constatée est suivie (C.C., 7 juin 2007, n° 85/2007, B.4; C.C., 26 septembre 2007, n° 123/2007, B.5; C.C., 19 décembre 2007, n° 162/2007, B.4; C.C., 2 juin 2010, n° 66/2010, B.13).

Il découle déjà de l'exigence de motivation imposée par la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' qu'il faudra indiquer qu'il existe de telles circonstances, en quoi elles consistent et pourquoi elles doivent entraîner l'effet immédiat de la suspension ou du retrait, de sorte qu'il est superflu de prévoir que la décision à cet égard doit être « spécialement motivée ». Ce procédé pourrait en outre induire en erreur dès lors que l'on pourrait à tort en déduire que d'autres actes administratifs de portée individuelle ou des éléments de ceux-ci ne doivent pas être formellement motivés lorsque cela n'est pas expressément prévu.

On distraira par conséquent les mots « spécialement motivée » de l'article 20, § 4, alinéa 2, du projet. En outre, il conviendrait de préciser dans cette disposition les circonstances susceptibles d'entraîner un effet immédiat de la décision de suspension ou de retrait.

Article 22

26. Dans le texte néerlandais de l'article 22, § 1^{er}, alinéa 3, du projet, on écrira, conformément au texte français de cette disposition, « alle gevraagde bewijsstukken aan de door de regering gemachtigde ambtenaar heeft medegedeeld » au lieu de « alle gevraagde bewijsstukken gevraagd door de regering aan de gemachtigde ambtenaar heeft ingediend ».

Article 23

27. L'article 23, § 4, alinéa 2, du projet doit indiquer quelles règles en matière de l'interruption du délai de prescription sont applicables au lieu de renvoyer aux « articles 2244 et suivants du Code civil ».

28. À l'article 23, § 4, alinéa 3, du projet, on écrira : « Le gouvernement désigne les personnes ou instances qui sont chargées du ... ». En effet, il ne revient pas au législateur ordonnantiel de s'immiscer dans l'organisation interne du pouvoir exécutif.

Article 24

29. Les procès-verbaux établis par les fonctionnaires de recherche visés à l'article 24, § 1^{er}, du projet, « font foi [lire : ont une valeur probante] jusqu'à preuve du contraire ».

La Cour constitutionnelle a souligné (certes concernant des affaires pénales, mais le principe peut être transposé en matière de sanctions administratives) qu'une telle règle constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement et dès lors également au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge (ou une autre personne qui statue sur l'application des sanctions) apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément

déterminé, de sorte que la différence de traitement qui en résulte doit être raisonnablement justifiée et ne peut restreindre de manière disproportionnée les droits du prévenu ¹⁵.

Les auteurs du projet doivent vérifier si, en l'occurrence, l'attribution d'une valeur probante particulière aux procès-verbaux visés est en effet adéquatement justifiée. Si tel est le cas, il est recommandé de reproduire cette justification dans l'exposé des motifs.

30. Si la valeur probante particulière des procès-verbaux est maintenue, la dernière phrase de l'article 24, § 2, du projet devra préciser quelle est la conséquence d'un envoi tardif du procès-verbal au contrevenant (normalement la perte de la valeur probante particulière).

Article 25

31. Le segment de phrase « sans préjudice de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales [lire : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] et de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée et à l'égard des traitements des données à caractère personnel [lire : loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel] et ses arrêtés d'exécution » n'apporte aucune valeur ajoutée. La réglementation faisant l'objet du projet doit elle-même répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, alors que la loi du 8 décembre 1992, qui s'applique à tout traitement de données à caractère personnel automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'à tout traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier ¹⁶, est sans rapport avec l'accès à des lieux à contrôler.

Mieux vaudrait par conséquent omettre le segment de phrase précité.

32. Seuls les locaux habités bénéficient, à l'article 25, § 1^{er}, 2^o, b), du projet, de la garantie particulière d'une habilitation préalable délivrée par le juge au tribunal de police. À cet égard, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dont il ressort que la notion de « domicile » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être interprétée au sens large et que, dans

¹⁵ Par exemple C.C., 6 avril 2000, n° 40/2000, B.14; C.C., 14 février 2001, n° 16/2001, B.12.1. Voir également C.C., 14 octobre 2010, n° 111/2010, B.12.3.

¹⁶ Voir article 3, § 1^{er}, de la loi.

certaines circonstances, elle porte également sur les locaux professionnels et commerciaux¹⁷, même lorsqu'il s'agit de personnes morales¹⁸.

Il résulte de ce qui précède qu'il serait souhaitable que les auteurs du projet envisagent de prévoir des garanties particulières pour la visite de lieux qui, bien que ne correspondant pas à un « domicile » au sens classique, bénéficient néanmoins des garanties visées dans la disposition de la convention précitée.

33. Interrogé sur la question de savoir si par « autorisation (...) de l'habitant », on entend également l'autorisation du touriste qui, au moment où l'on veut pénétrer dans le local, séjourne dans l'hébergement touristique, le délégué a déclaré :

« Quant au consentement de l'occupant, il est obligatoire dans les lieux qui ont un caractère privé. Une chambre d'hôtel non occupée n'est pas privée, un hall d'hôtel peut être considéré comme public puisque tout le monde peut y entrer. Par contre, une maison dans laquelle il y a des chambres d'hôtes ou une chambre d'hôtel occupée sont des lieux privés. Il convient donc de demander l'autorisation d'entrer à la personne occupant lesdits lieux, en ce compris le touriste ».

Mieux vaudrait inscrire cette précision dans l'exposé des motifs. L'article 25, § 1^{er}, du projet pourrait également prévoir expressément que l'hôte d'un hébergement touristique doit donner son autorisation pour que l'on puisse entrer dans sa résidence.

34. L'article 25, § 1^{er}, 2°, c), du projet, prévoit que lorsqu'ils ont reçu une habilitation du juge au tribunal de police, les fonctionnaires désignés par le Gouvernement ont accès aux locaux habités entre cinq heures du matin et neuf heures du soir. Bien que ces heures apparaissent dans de nombreuses lois spéciales, ainsi que dans la loi du 7 juin 1969 'fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires', on peut néanmoins se demander s'il ne faut pas instaurer un horaire garantissant un meilleur équilibre entre les droits ou les intérêts concernés. Eu égard au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, il conviendrait de le faire d'une manière plus générale dans la législation de la Région de Bruxelles-Capitale.

35. L'article 25, § 2, du projet accorde une délégation au fonctionnaire désigné par le Gouvernement afin d'arrêter le contenu et la forme de la carte de légitimation. Il n'est en principe pas possible d'accorder une délégation de pouvoir réglementaire à un fonctionnaire.

De l'accord du délégué, la délégation doit être accordée au Gouvernement et non au fonctionnaire.

¹⁷ Voir notamment Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Publ. Cour, série A, vol. 251-B; Cour eur. D.H., 25 février 1993, *Funke, Crémieux et Mialhe c. France*, Publ. Cour, série A, Vol. 256-A, -B et -C; Cour eur. D.H., 9 décembre 2004, *Van Rossem c. Belgique*, n° 41872/98; Cour eur. D.H., 28 avril 2005, *Buck c. Allemagne*, CEDH, 2005-IV, § 32. Voir également D. YERNAULT, « Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne », *Rev. trim. dr. H.*, 1994, pp. 117-135.

¹⁸ Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Société Colas Est et al. c. France*, n° 37971/97, CEDH, 2002-III; Cour eur. D.H., 11 octobre 2005, *Kent Pharmaceuticals Limited et al. c. Royaume-Uni*, n° 9355/03; Cour eur. D.H., 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et al. c. France*, n° 29408/08, § 52.

Article 26

36. S'agissant de la possibilité, visée à l'article 26 du projet, d'ordonner la cessation immédiate de l'exploitation, en ce compris la possibilité d'apposer des scellés et d'effectuer des saisies « afin de pouvoir exécuter l'ordre de cessation », le législateur ordonnancier doit apprécier si le contrôle judiciaire *a posteriori* est suffisant ou si une intervention judiciaire préalable est nécessaire. Le principe veut en effet que l'autorité doit, elle aussi, saisir le juge au préalable pour recourir à la contrainte; il ne peut être dérogé à ce principe que lorsqu'il existe des motifs graves.

Article 27

37. À l'article 27 du projet, on supprimera les mots « chargées d'assurer l'entrée en vigueur harmonieuse de la présente ordonnance » et on précisera sur quoi peuvent porter les mesures transitoires.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT