



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 64.535/3
van 10 januari 2019

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en
het Vlaamse Gewest ‘betreffende de bestuurlijke handhaving’

Op 25 oktober 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Buitenlands Beleid en Onroerend Erfgoed verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘betreffende de bestuurlijke handhaving’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 4 en 13 december 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Wouter PAS en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan Velaers en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 januari 2019.

*

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.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest strekt ertoe een kaderdecreet betreffende de bestuurlijke handhaving in te voeren. De ontworpen regeling is geheel of gedeeltelijk van toepassing op Vlaamse regelgeving, voor zover dit bij decreet wordt bepaald en volgens de voorwaarden die naar aanleiding daarvan worden gesteld. Andersluidende regels in Vlaamse regelgeving hebben steeds voorrang (artikel 3 van het voorontwerp).

Hoofdstuk 1 van het voorontwerp (artikelen 1 tot 7) bevat een aantal algemene bepalingen en definities. Zo wordt onder meer de vorm van de kennisgevingen die door het aan te nemen decreet worden opgelegd, geregeld, evenals de berekening van de termijnen waarin het aan te nemen decreet voorziet (artikel 5). Tevens wordt bepaald dat het bestuurlijk opsporingsonderzoek geheim is (artikel 6) en wordt de bewaring geregeld van de persoonsgegevens die de toezichthouders, de bestuurlijke opsporingsagenten en agenten en officieren van gerechtelijke politie aangesteld op grond van het aan te nemen decreet, verwerken of die de vervolgingsinstantie en de beboetingsinstantie ontvangen (artikel 7).

In hoofdstuk 2 (artikelen 8 tot 22) wordt het bestuurlijk toezicht geregeld. Met name wordt het doel van het bestuurlijk toezicht bepaald (artikel 8) en wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om de voorwaarden te bepalen waaronder personen kunnen worden aangesteld als toezichthouder (artikel 9). Voorts worden de rechten bepaald die de toezichthouder heeft, waaronder het recht tot betreding van plaatsen en vervoermiddelen (artikel 10), het recht om de onmiddellijke voorlegging van informatie te vorderen (artikel 14), en het recht om voorwerpen, dragers van informatie en documenten in welke vorm ook, in bewaring te nemen (artikel 18). Bij de uitoefening van zijn opdrachten kan de toezichthouder de bijstand vorderen van, onder meer, de lokale en federale politie (artikel 19). De toezichthouder beëindigt het toezicht als hij redelijkerwijze kan vermoeden dat er sprake is van een misdrijf of inbreuk in de zin van de Vlaamse regelgeving waarop hij toezicht houdt (artikel 20). De toezichthouder wordt gemachtigd om, in overeenstemming met de beleidslijnen van de Vlaamse Regering voor opsporing en vervolging, een waarschuwing te richten tot de overtreder, met het verzoek zich binnen een bepaalde termijn in regel te stellen (artikel 22).

Hoofdstuk 3 (artikelen 23 tot 25) betreft het strafrechtelijk opsporingsonderzoek. De Vlaamse Regering wordt gemachtigd om de opleidings- en ervaringsvereisten en andere voorwaarden te bepalen waaronder personen kunnen worden aangesteld als agent van

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

gerechtelijke politie en om personeelsleden aan te wijzen die de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie krijgen (artikel 23). De processen-verbaal die zij opstellen gelden tot bewijs van het tegendeel (artikel 24). Ook worden de bevoegdheden geregeld van de agenten of officieren van gerechtelijke politie die op grond van het aan te nemen decreet worden aangesteld (artikel 25).

In hoofdstuk 4 (artikelen 26 tot 30) wordt het bestuurlijk opsporingsonderzoek geregeld. Zo wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om de voorwaarden te bepalen waaronder personen kunnen worden aangesteld als bestuurlijke opsporingsagent (artikel 26) en worden de bevoegdheden bepaald waarover die agenten beschikken, waaronder het recht op visitatie (artikelen 28 tot 30).

Hoofdstuk 5 (artikelen 31 tot 34) betreft de onmiddellijke inning, consignatie en inhouding. Dat hoofdstuk is alleen van toepassing op de inbreuken en misdrijven die de Vlaamse Regering aanduidt, onder de voorwaarden die ze stelt (artikel 31). De betaling van de bestuurlijke geldboete in het kader van een onmiddellijke inning doet de strafvordering vervallen en maakt een bestuurlijke vervolging onmogelijk (artikel 33).

In de hoofdstukken 6 (artikelen 35 tot 40) en 7 (artikelen 41 tot 43) wordt de bestuurlijke vervolging door de vervolgingsinstantie geregeld, evenals de protocolakkoorden die die instantie met het openbaar ministerie kan sluiten.

In hoofdstuk 8 (artikelen 44 tot 48) wordt voorzien in een bestuurlijk beslag, hetzij ter omzetting van een maatregel van bewaring (artikel 44), hetzij als er ernstige en concrete aanwijzingen bestaan dat de bestuurlijk te vervolgen persoon uit het misdrijf of de inbreuk die hij pleegde of waaraan hij deelnam een vermogensvoordeel verkreeg (artikel 45).

Hoofdstuk 9 (artikelen 49 tot 62) bevat de algemene beginselen van de bestuurlijke sanctionering, zoals het beginsel van de niet-retroactiviteit (artikel 49) en het beginsel van de evenredigheid (artikel 55).

De hoofdstukken 10 (artikelen 63 en 64), 11 (artikelen 65 en 66), 12 (artikelen 67 en 68) en 13 (artikelen 70 tot 73) betreffen de beboetingsinstantie, het voorstel tot betaling van een geldsom, de sanctieprocedure en de uitvoering van de bestuurlijke sancties.

In hoofdstuk 14 (artikel 74 tot 77) wordt voorzien in een bestuurlijk sanctieregister en in een databank waarin alle rechtspraak over de handhaving van Vlaamse regelgeving wordt opgenomen.

In hoofdstuk 15 (artikelen 78 en 79) wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om de algemene beleidslijnen voor opsporing en vervolging en voor bestuurlijke sanctionering vast te leggen en in hoofdstuk 16 (artikel 80) wordt de bijstand aan het Europees Bureau voor Fraudebestrijding (hierna: OLAF) geregeld.

De hoofdstukken 17 (artikelen 81 en 82) en 18 (artikelen 83 en 84), tenslotte, bevatten aan het aan te nemen decreet eigen strafbaarstellingen en overgangs- en slotbepalingen.

DRAAGWIJDTE VAN HET ONDERZOEK

3. De stellers van het voorontwerp hebben het voorontwerp opgevat als een “kaderregeling” die “ter beschikking [staat] van de sectorale regelgeving, die geheel of gedeeltelijk tot het kader kan toetreden. Dit toetreden vereist een uitdrukkelijke, decretale implementatiebepaling, waarin bepaald wordt of het [Kaderdecreet bestuurlijke handhaving] geheel of slechts gedeeltelijk van toepassing wordt gesteld, en hieraan zo nodig voorwaarden worden gesteld.”

Hieruit vloeit voort dat het toepassingsgebied van de ontworpen regeling thans niet precies kan worden bepaald. Het is slechts wanneer de decreetgever overeenkomstig artikel 3 van het voorontwerp het aan te nemen decreet geheel of gedeeltelijk van toepassing verklaart op een Vlaamse regelgeving dat de precieze draagwijdte van de ontworpen regeling volledig duidelijk zal worden.

Deze handelwijze heeft het onderzoek van de Raad van State, afdeling Wetgeving, ernstig bemoeilijkt. De Raad zag zich immers genoodzaakt de bepalingen van het voorontwerp *in abstracto* te toetsen, zonder de weerslag van die bepalingen op nauwkeurige wijze na te kunnen gaan.

Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar de bepalingen waarvoor een beroep moet worden gedaan op de in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ bedoelde impliciete bevoegdheden, hetgeen onder meer veronderstelt dat wordt nagegaan of de weerslag van de betrokken bepalingen op de federale aangelegenheid slechts marginaal is.² Om die weerslag te kunnen bepalen, moet evenwel mede rekening worden gehouden met het toepassingsgebied van die bepalingen, hetgeen pas zal kunnen gebeuren wanneer ze op een bepaalde Vlaamse regelgeving van toepassing worden verklaard.

Hetzelfde geldt voor de bepalingen van het voorontwerp die een inmenging inhouden in de door de Grondwet of het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (hierna: EVRM) gewaarborgde grondrechten.³ De evenredigheid van die inmenging is immers mede afhankelijk van het toepassingsgebied van de ontworpen regeling die, zoals vermeld, nog niet bekend is.

Bijgevolg zal, op het ogenblik dat de decreetgever het aan te nemen decreet geheel of gedeeltelijk van toepassing verklaart op een welbepaalde Vlaamse regelgeving, de bestaanbaarheid van de ontworpen regeling met, onder meer, de bevoegdheidverdelende regels en de grondrechten moeten worden herbeoordeeld.

Het advies dat volgt, wordt onder dat voorbehoud gegeven.

² Zie opmerking 4.3.

³ Zie dienaangaande opmerkingen 25.1 tot 25.3.

BEVOEGDHEID

4.1. De bepalingen van het voorontwerp die ertoe strekken het bestuurlijk toezicht en de bestuurlijke handhaving te regelen, vinden hun bevoegdheidsrechtelijke grondslag in de materiële bevoegdheden op grond waarvan de decreten worden aangenomen die, overeenkomstig artikel 3 van het voorontwerp, het aan te nemen decreet geheel of gedeeltelijk van toepassing verklaren op Vlaamse regelgeving.

Volgens het Grondwettelijk Hof veronderstelt de uitoefening door de gemeenschappen en de gewesten van hun door de Grondwet of de bijzondere wetten toegewezen bevoegdheden immers dat zij in die aangelegenheden de nodige handhavingsmaatregelen kunnen bepalen,⁴ met inbegrip van de modaliteiten waarmee die handhavingsmaatregelen kunnen worden afgedwongen.⁵

Op grond hiervan kunnen de gemeenschappen en de gewesten bijvoorbeeld administratieve sancties opleggen, die geen straffen zijn in de zin van artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.⁶ Zij kunnen tevens ambtenaren die onder hun bevoegdheid ressorteren met opdrachten van toezicht op de naleving van hun normen belasten, en de wijze bepalen waarop zij hun bevindingen moeten rapporteren,⁷ zonder evenwel de vorm van de strafvervolgning te mogen regelen.⁸

4.2. De bepalingen van het voorontwerp betreffende het strafrechtelijk onderzoek, en met name de artikelen 23 en 24 ervan, vinden in beginsel hun bevoegdheidsrechtelijke grondslag in artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, naar luid waarvan binnen de grenzen van de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten de decreten:

- de hoedanigheid van agent of officier van gerechtelijke politie kunnen toekennen aan de beëdigde ambtenaren van de gemeenschaps- of gewestregering of van instellingen die onder het gezag of het toezicht van de gemeenschaps- of gewestregering ressorteren;
- de bewijskracht kunnen regelen van processen-verbaal;
- de gevallen kunnen bepalen waarin een huiszoeking kan plaatshebben.

4.3. Bij de uitoefening van de voormelde bevoegdheden mag de decreetgever evenwel niet treden op de bevoegdheden van de federale overheid, behoudens indien hij een beroep zou kunnen doen op de in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 bedoelde impliciete bevoegdheden.

⁴ GwH 28 oktober 2004, nr. 168/2004, B.5.2; GwH 24 februari 2011, nr. 29/2011, B.6.2 (wat de gewestbevoegdheid inzake ruimtelijke ordening en leefmilieu betreft). Zie ook GwH 29 juni 1989, nr. 18/89, B.8.a.

⁵ GwH 17 september 2015, nr. 113/2015, B.7.1.

⁶ GwH 6 december 2000, nr. 127/2000, B.13.5.

⁷ GwH 15 juli 1999, nr. 92/99, B.6.

⁸ GwH 29 juni 1989, nr. 18/89, B.6.

Op grond van die impliciete bevoegdheden kan de bevoegdheid van een andere overheid worden betreden voor zover zulks noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid, de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.⁹

In het licht hiervan moet omtrent het voorontwerp het volgende worden opgemerkt.

5.1. In artikel 6 van het voorontwerp wordt bepaald dat wanneer de vervolgingsinstantie weigert inzage te geven in de stukken van het bestuurlijk opsporingsonderzoek of nalaat uiterlijk zestig dagen na de ontvangst van het verzoek tot inzage een beslissing te bezorgen aan de verzoeker, de verzoeker binnen de vijftien dagen met een gemotiveerd verzoekschrift een beroep kan instellen bij de politierechter. Tevens wordt bepaald dat de griffie een kopie van het verzoekschrift aan de vervolgingsinstantie zendt, dat de politierechter de partijen afzonderlijk kan horen, maar uitspraak doet zonder debat en dat de beslissing van de politierechtbank niet vatbaar is voor hoger beroep.

Op die manier wordt de bevoegdheid van de politierechtbank en de voor die rechtbank te volgen procedure geregeld.

Volgens de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof behoren de omschrijving van de bevoegdheden van de rechtscolleges en het vaststellen van procedureregels voor de rechtscolleges tot de principiële bevoegdheid van de federale wetgever.¹⁰ Er moet in de memorie van toelichting bij het voorontwerp worden aangetoond dat aan de voorwaarden is voldaan om een beroep te kunnen doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Te dien aanzien kan alvast worden opgemerkt dat het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat het niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet dat een verdachte geen beroep kan instellen tegen de ontstentenis van een beslissing of de weigering van het openbaar ministerie om toegang te verlenen tot een dossier in het strafrechtelijk opsporingsonderzoek dat op hem betrekking heeft, op grond van de overweging:

“Niettemin, aangezien de wetgever aan de verdachte het recht toekent om te verzoeken om inzage in zijn dossier en om een afschrift ervan te verkrijgen vanaf het stadium van het opsporingsonderzoek, wordt afbreuk gedaan aan de vereisten van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel en van de rechten van verdediging wanneer de weigering van het verzoek tot inzage of de ontstentenis van beslissing niet het voorwerp kan uitmaken van een controle door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. De beslissing om al dan niet inzage in het dossier te verlenen wordt immers genomen door het openbaar ministerie dat in voorkomend geval, in de verdere strafprocedure, de rol van

⁹ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bv.: GwH 12 maart 2015, nr. 29/2015, B.11; GwH 21 april 2016, nr. 53/2016, B.92.4.

¹⁰ Zie onder meer: GwH 14 juli 1997, nr. 46/97, B.3-B.5; GwH 16 december 1998, nr. 139/98, nr. 3; GwH 1 maart 2001, nr. 27/2001, B.4-B.5; GwH 28 oktober 2004, nr. 168/2004, B.3.3-B.4.2; GwH 24 februari 2011, nr. 29/2011, B.4.4-B.5.2.

vervolgende partij op zich zal nemen en dat dus niet als onpartijdig kan worden beschouwd.”¹¹

De redenering die het Grondwettelijk Hof maakt ten aanzien van een verdachte in een strafrechtelijk opsporingsonderzoek, lijkt ook op te kunnen gaan voor personen die het voorwerp vormen van het bestuurlijk opsporingsonderzoek. Het beroep bij de politierechter waarin wordt voorzien, zou dan ook aan de hand hiervan kunnen worden verantwoord, vermits het noodzakelijk lijkt te zijn opdat de ontworpen regeling in overeenstemming zou zijn met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

5.2. Ook in artikel 39 van het voorontwerp, naar luid waarvan de hoven en rechtbanken alle eindbeslissingen op strafgebied die gegrond zijn op strafbaarstellingen die worden ingesteld door de Vlaamse regelgeving, dienen te bezorgen aan de door de Vlaamse Regering aangewezen entiteit, en in artikel 48 van het voorontwerp, dat voorziet in een procedure bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg voor elke persoon die van oordeel is dat zijn rechten worden geschaad door het bestuurlijk beslag of de verlenging ervan, wordt de bevoegdheid van of de procedure voor rechtscolleges geregeld, zodat ook voor die bepalingen een beroep moet worden gedaan op de impliciete bevoegdheden.¹² In de memorie van toelichting wordt niet aangetoond dat aan de voorwaarden hiertoe is voldaan.

6. Naar luid van artikel 8, tweede lid, van het voorontwerp mogen regelmatig door het bestuurlijk toezicht verkregen bewijselementen uitsluitend worden gebruikt in het kader van een strafrechtelijke of bestuurlijke vervolging wanneer dit niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Het vierde lid van die bepaling voegt daaraan toe dat, “[m]et behoud van het tweede lid”, verklaringen die de verdachte heeft afgelegd in de fase van het bestuurlijk toezicht alleen mogen worden gebruikt in het kader van zijn strafrechtelijke of bestuurlijke vervolging als hij in de gelegenheid is gesteld die verklaringen te voorzien van opmerkingen.

In zoverre die bepalingen betrekking hebben op de strafrechtelijke vervolging, wordt het bewijs in strafzaken geregeld, hetgeen tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort,¹³ zodat een beroep moet worden gedaan op de impliciete bevoegdheden om ze aan te kunnen nemen.

Er valt evenwel te betwijfelen of aan de hiervoor vermelde voorwaarden is voldaan om een beroep te kunnen doen op de impliciete bevoegdheden. Zo vloeit de vereiste dat regelmatig door bestuurlijk toezicht verkregen bewijselementen uitsluitend mogen worden gebruikt in het kader van een strafrechtelijke vervolging wanneer dit niet in strijd is met het recht op eerlijk proces, reeds voort uit artikel 6 van het EVRM, zodat het niet nodig is om dat in artikel 8, tweede lid, van het voorontwerp te herhalen. Hetzelfde geldt voor de vereiste dat de verdachte in de gelegenheid moet zijn gesteld om verklaringen die hij heeft afgelegd in de fase

¹¹ GwH 25 januari 2017, nr. 6/2017, B.5.2.

¹² Wat de artikelen 10 en 30 betreft (bevoegdheid van de politierechter om een machtiging tot betreding of visitatie te verlenen): zie opmerkingen 12.1 tot 12.5.

¹³ Zie GwH 15 juli 1999, nr. 92/99, B.6. Zie ook adv.RvS 63.624/3 van 3 juli 2018 over een voorontwerp van ordonnantie ‘met het oog op het invoeren van een huisvestingstoelage in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’, opmerking 3.

van het bestuurlijk toezicht, te voorzien van opmerkingen: ofwel is die mogelijkheid reeds vereist om te voldoen aan de vereisten van artikel 6 van het EVRM, en dan is het niet noodzakelijk dit in artikel 8, vierde lid, van het voorontwerp te herhalen; ofwel is dat niet het geval, en dan wordt de vrijheid van de strafrechter die de bewijswaarde van die verklaringen moet beoordelen, beperkt zonder dat daartoe een reden bestaat.

Het gegeven dat, zoals de gemachtigde verklaarde, beoogd wordt om voor regelmatig verkregen bewijs in een regeling te voorzien ter aanvulling van hetgeen in artikel 32 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wordt bepaald ten aanzien van onregelmatig verkregen bewijs, doet hieraan geen afbreuk. De omstandigheid dat een bewijselement regelmatig werd verkregen, kan op zich er immers niet toe leiden dat het mag worden gebruikt in een strafproces indien dit ertoe zou leiden dat de waarborgen van artikel 6 van het EVRM niet worden nageleefd.

In zoverre artikel 8, tweede en vierde lid, van het voorontwerp betrekking heeft op de bestuurlijke vervolging, is die bepaling allicht evenzeer overbodig, omdat die bestuurlijke vervolging in het merendeel van de gevallen een vervolging zal uitmaken in de zin van artikel 6 van het EVRM en de waarborgen van die internationale verdragsbepaling, zoals het recht op een eerlijk proces, in ieder geval moeten worden nageleefd. Artikel 8, tweede en vierde lid, van het voorontwerp kan dan ook beter worden weggelaten.

7.1. In artikel 18, § 1, van het voorontwerp wordt de toezichthouder gemachtigd om voorwerpen, dragers van informatie en documenten in welke vorm ook in bewaring te nemen of op een andere wijze in zekerheid te brengen als ze voor het bewijs van een misdrijf of inbreuk van belang kunnen zijn of het voorwerp kunnen uitmaken van een strafrechtelijk of een bestuurlijk beslag. De toezichthouder kan daarvoor tot verzegeling overgaan.

7.2. In het verleden heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, omtrent gelijkaardige regelingen het volgende opgemerkt:

“De vraag rijst of het in artikel 4, 2^o, e), van het ontwerp bedoelde beslag wel kan worden gezien als een administratieve veiligheidsmaatregel die de ordonnantiegever zonder enige twijfel vermag in te voeren¹⁴.

Indien het bedoelde beslag meer is dan een administratieve veiligheidsmaatregel en ook als een opsporingshandeling moet worden beschouwd, ziet de Raad van State, afdeling wetgeving, niet welke de bevoegdheidsrechtelijke grondslag is voor het voorzien in de maatregel, nu de inbeslagneming ook krachtens het gemeenrecht binnen het raam van het opsporingsonderzoek kan worden toegepast¹⁵”¹⁶.

¹⁴ Voetnoot 19 van het aangehaalde advies: Zie o.m. Grondwettelijk Hof, nr. 44, 23 december 1987, B.7.c.

¹⁵ Voetnoot 20 van het aangehaalde advies: Art. 28bis, § 3, eerste lid, Sv.; zie hieromtrent o.m. R. VERSTRAETEN, “Beslag in strafzaken”, in Commentaar Strafrecht en Strafvordering, Antwerpen, s.d. (1999), dl. 2, (29), 33-34.

¹⁶ Adv.RvS 45.699/1 van 15 januari 2009 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 30 april 2009 ‘betreffende het toezicht op de reglementeringen inzake werkgelegenheid die tot de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest behoren en de invoering van administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op deze reglementeringen’, opmerking 4.1 bij artikel 4, *Parl.St.* Br.Parl. 2008-09, nr. A-548/1. Zie ook adv.RvS 33.832/1 van 24 april 2003 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 30 april 2004 ‘tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de

7.3. In dit geval is het evenwel kennelijk de bedoeling dat de verzegeling en de inbeslagname een bewarend karakter hebben. Er wordt immers beoogd het bewijs van een misdrijf of een inbreuk te verzekeren, *vooraleer* het strafrechtelijk of het bestuurlijk opsporingsonderzoek wordt aangevat. Dat blijkt ook uit artikel 20, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, waarin wordt bepaald dat de toezichthouder het toezicht beëindigt als hij redelijkerwijze kan vermoeden dat een misdrijf of een inbreuk is gepleegd “zo nodig na het bewijs ervan te hebben verzekerd als vermeld in artikel 18”.

7.4. Hetzelfde lijkt op te gaan voor het bestuurlijk beslag waarin de artikelen 44 tot 48 van het voorontwerp voorzien. Met die maatregel wordt immers beoogd om hetzij het bewijs van een misdrijf of een inbreuk blijvend veilig te stellen, hetzij een bestuurlijke verbeurdverklaring mogelijk te maken.

Het voorgaande gaat evenwel enkel op voor zover met de verzekerde bewaring die nog altijd noodzakelijk is “voor het bewijs van een misdrijf”, de bewijsvoering in het kader van de bestuurlijke vervolging wordt bedoeld.¹⁷ Indien de vervolgingsinstantie die maatregel daarentegen ook zou kunnen nemen binnen het raam van een strafrechtelijk opsporingsonderzoek, gaat het voorontwerp de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten te buiten.

8. Naar luid van artikel 22, § 2, eerste lid, van het voorontwerp kan een toezichthouder een waarschuwing richten tot de overtreder, met het verzoek zich binnen een bepaalde termijn in regel te stellen, de schadelijke gevolgen van het misdrijf, de inbreuk of de normschending te herstellen, en het bewijs daarvan te verschaffen. In dat geval wordt alleen een proces-verbaal of verslag van vaststelling opgesteld of aangifte gedaan als hetzij de termijn tot regularisatie, hetzij de bewijsvoering over de regularisatie wordt genegeerd.

Uit die bepaling blijkt dat ook wanneer de toezichthouder een misdrijf vaststelt, hij ervoor kan kiezen om niet onmiddellijk aangifte te doen, maar in eerste instantie een waarschuwing te geven.

In de memorie van toelichting wordt erkend dat die regeling een afwijking inhoudt van artikel 29 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”.¹⁸

sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn”, opmerking 6 bij artikel 6, *Parl.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1812/1.

¹⁷ Naar luid van artikel 35, eerste lid, van het voorontwerp beslist de vervolgingsinstantie over de bestuurlijke vervolging en ziet ze toe op de volledigheid van het sanctiedossier en *de bewijsvoering* à charge en à décharge.

¹⁸ Die bepaling zou weliswaar worden vervangen bij artikel 3 van het voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen in strafzaken’ waarover de Raad van State op 14 november 2018 advies 64.229/1-2-3-4 heeft gegeven, maar het ontworpen artikel 29, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering stemt inhoudelijk overeen met hetgeen thans wordt bepaald in artikel 29, eerste lid, van dat wetboek.

Bijgevolg wordt de strafvervolgning geregeld in andere aangelegenheden dan die bepaald in artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, hetgeen tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort.

De decreetgever moet, om de voormelde bepaling te kunnen aannemen, bijgevolg een beroep doen op de impliciete bevoegdheden. In de memorie van toelichting wordt evenwel niet uiteengezet dat aan de in opmerking 4.3 uiteengezette voorwaarden is voldaan,¹⁹ en inzonderheid waarom de ontworpen regeling noodzakelijk zou zijn voor de uitoefening van de aan de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest toegewezen bevoegdheden.

Voor zover die noodzaak kan worden aangetoond,²⁰ kan worden aanvaard dat de federale aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent. De federale wetgever heeft immers zelf ook in afwijkingen op artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering voorzien, bijvoorbeeld door in artikel 21 van het Sociaal Strafwetboek de sociaal inspecteurs de beoordelingsbevoegdheid te geven om waarschuwingen te geven (2°) of om de overtreder een termijn te verlenen om zich in regel te stellen (3°).

Er kan evenwel enkel sprake zijn van een marginale weerslag op de bevoegdheid van de federale overheid voor zover de ontworpen regeling beperkt blijft tot misdrijven die door de decreetgever strafbaar worden gesteld. Dat lijkt wel degelijk de bedoeling te zijn van de stellers van het voorontwerp. Volgens artikel 2, 9°, van het voorontwerp moet in het aan te nemen decreet onder “misdrijf” worden verstaan “feiten die *op grond van Vlaamse regelgeving* met straffen gesanctioneerd worden”.

9.1. Uit artikel 23, § 1, 2° tot 4°, van het voorontwerp vloeit voort dat personeelsleden van een gemeente, van een intergemeentelijk samenwerkingsverband of van een provincie kunnen worden aangewezen als officier van gerechtelijke politie door respectievelijk het college van burgemeester en schepenen en de gouverneur.

Krachtens artikel 11, derde lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kan de decreetgever de hoedanigheid van agent van gerechtelijke politie alleen verlenen aan de “beëdigde ambtenaren van de Gemeenschaps- of Gewestregering of van instellingen die onder het gezag of het toezicht van de Gemeenschaps- of Gewestregering ressorteren”.

De decreetgever kan derhalve de hoedanigheid van agent van gerechtelijke politie niet toekennen aan personeelsleden van een gemeente, van een intergemeentelijk samenwerkingsverband of van een provincie, laat staan dat hij het college van burgemeester en schepenen of de gouverneur mag machtigen om die personeelsleden aan te wijzen.

¹⁹ In de bijdrage van Y. LIÉGEOIS en M. BOCKSTAELE, die in de memorie van toelichting wordt aangehaald, wordt beklemtoond dat “niet alle bijzondere inspectiediensten over de keuzemogelijkheid [beschikken] om waarschuwingen te geven: dit moet in hun regelgeving omschreven zijn”: Y. LIÉGEOIS en M. BOCKSTAELE, “Over ‘toezicht’ en ‘opsporing’ door bijzondere inspectiediensten”, *NC* 2016, 410. Er moet, met andere woorden, een wettelijke regeling zijn die afwijkt van artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering.

²⁰ Dat is alvast het geval wanneer die afwijking noodzakelijk is gelet op een internationale verdragsverplichting, zie: adv.RvS 33.832/1 van 24 april 2003, opmerking 2 bij artikel 5; adv.RvS 45.699/1 van 15 januari 2009, opmerking 1 bij artikel 16.

9.2. Uit artikel 23, § 3, van het voorontwerp vloeit voort dat ook contractuele personeelsleden kunnen worden aangesteld als agent of officier van gerechtelijke politie, weliswaar voor zover ze beëdigd zijn.

Behoudens toepassing van de impliciete bevoegdheden, kan de hoedanigheid van agent of officier van gerechtelijke politie evenwel enkel worden toegekend aan beëdigde ambtenaren – statutaire personeelsleden dus –, en niet aan contractuele personeelsleden.

Een beroep op de impliciete bevoegdheden kan in dit geval slechts noodzakelijk worden geacht voor de uitoefening van de eigen bevoegdheden wanneer, op het ogenblik dat artikel 23 van het voorontwerp van toepassing wordt verklaard op een Vlaamse regelgeving, zou kunnen worden aangetoond dat het onmogelijk is om (voldoende) gekwalificeerde statutaire personeelsleden aan te wijzen die kunnen worden belast met de uitoefening van het toezicht op die regelgeving. Bovendien zal ook moeten worden aangetoond dat het voor het toezicht op de naleving van die regelgeving noodzakelijk is aan eigen contractuele personeelsleden de hoedanigheid van agent of van officier van gerechtelijke politie toe te kennen en dat het toezicht door de politiediensten niet volstaat.²¹

10.1. Naar luid van artikel 25, § 1, van het voorontwerp beschikken “[d]e agenten of officieren van gerechtelijke politie die op grond van dit decreet worden aangesteld, (...) naast de bevoegdheden die aan hen worden toegekend door dit hoofdstuk en het Wetboek van Strafvordering, ook over de rechten, vermeld in hoofdstuk 2 van dit decreet, met inbegrip van de visitatie vermeld in artikel 30, voor wat de officieren van gerechtelijke politie betreft”.

Die bepaling beperkt zich er niet toe om, overeenkomstig artikel 11, derde lid, 1^o, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, de hoedanigheid van agent of officier van gerechtelijke politie toe te kennen aan beëdigde ambtenaren,²² maar regelt de bevoegdheden waarover de aldus aangewezen ambtenaren beschikken. Die aangelegenheid behoort echter tot de bevoegdheid van de federale overheid.

10.2. In de memorie van toelichting wordt dat erkend, maar wordt een beroep gedaan op de impliciete bevoegdheden om die bepaling te verantwoorden. Zo wordt onder meer aangevoerd dat “de maatregel (...) noodzakelijk [is], niet alleen ter verzachting van de hierboven geschetste problematiek van het relatief onzekere scharniermoment, maar ook omdat in het wetboek van strafvordering tot nader order nog steeds een systematische regeling van alle onderzoekshandelingen ontbreekt”.

Wat dat “relatief onzekere scharniermoment” betreft, wordt in de memorie van toelichting ook het volgende gesteld:

“Anderzijds brengt [het onderscheid tussen bestuurlijk toezicht enerzijds en de strafrechtelijke en bestuurlijke opsporing van misdrijven en inbreuken anderzijds] voor de vaststellers een niet te onderschatten bijkomende complexiteit met zich mee, die

²¹ Zie adv.RvS 60.119/3 van 18 oktober 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 23 december 2016 ‘houdende de totstandbrenging van De Werkvennootschap nv van publiek recht’, opmerking 8, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 995/1.

²² Hetgeen in artikel 23 van het voorontwerp gebeurt. Zie dienaangaande evenwel de opmerkingen 9.1 en 9.2.

aanleiding kan geven tot procedurefouten en de aarzeling om effectief gebruik te maken van de verleende bevoegdheden (...). Het ontstaan van een redelijk vermoeden van een misdrijf of een inbreuk als scharniermoment is immers een feitenkwestie, die finaal soeverein door de feitenrechter wordt beoordeeld.²³

Om deze risico's te minimaliseren, wordt uitgegaan van de eenheid van de vaststellingsketen, waarbij de in het kader van toezicht toegekende bevoegdheden onder welbepaalde restricties ook bij die strafrechtelijke en bestuurlijke opsporing kunnen worden ingezet. Vaststellers die de hoedanigheden van toezichthouder, agent of officier van gerechtelijke politie en/of bestuurlijke opsporingsagent cumuleren, kunnen daardoor in twijfelgevallen op veilig spelen, en zich beperken tot de inzet van toezichtsrechten (...)."

10.3.1. In zoverre de noodzaak van de ontworpen regeling wordt verantwoord op grond van het onzekere karakter van het scharniermoment waarop het toezicht overgaat in de opsporing, moet worden vastgesteld dat de bevoegdheidstoekenning waarin artikel 25, § 1, van het voorontwerp voorziet een algemene draagwijdte heeft. Zo is die bepaling niet beperkt tot ambtenaren die de hoedanigheden van toezichthouder en van agent of officier van gerechtelijke politie cumuleren, laat staan dat ze enkel zou gelden voor dergelijke ambtenaren die niet zeker zijn of ze zich in de toezichtsfase, dan wel in de opsporingsfase bevinden. Integendeel, de ontworpen regeling geldt ook in het geval dat een agent of officier van gerechtelijke politie die op grond van het aan te nemen decreet wordt aangesteld, niet de hoedanigheid heeft van toezichtsambtenaar, of dat hij er niet de minste twijfel over heeft dat hij zich in de opsporingsfase bevindt.

Er kan ook niet worden aangevoerd, zoals in het citaat uit de memorie van toelichting wordt gesuggereerd, dat de bevoegdheden van de agenten of officieren van gerechtelijke politie die op grond van het aan te nemen decreet worden aangesteld, worden *beperkt* tot de toezichtsrechten waarin wordt voorzien in hoofdstuk 2 van het voorontwerp. Vermits die agenten of officieren over die toezichtsrechten beschikken *naast* de bevoegdheden die aan hen worden toegekend in hoofdstuk 3 van het voorontwerp en in het Wetboek van Strafvordering, gaat het om een bevoegdheidsuitbreiding.

10.3.2. In bijkomende orde wordt in de aangehaalde memorie van toelichting verwezen naar het gegeven dat in het Wetboek van Strafvordering de bevoegdheden van de agenten of officieren van gerechtelijke politie niet op systematische wijze worden opgesomd.

De ontworpen regeling is evenwel niet van die aard om dit te verhelpen. Ze strekt er immers niet toe om de bevoegdheden waarover de agenten of officieren van gerechtelijke politie beschikken op grond van het Wetboek van Strafvordering te expliciteren, maar, zoals reeds vermeld, om daarnaast in bijkomende bevoegdheden te voorzien.

²³ Voetmoot 99 van de aangehaalde memorie van toelichting: Zie bv. Cass. 12 december 2017, rolnr. P161104N: "Het staat aan de rechter te oordelen of rekening houdend met de concrete elementen van de zaak de aan een toezichthouder verstrekte informatie van die aard is dat zij een redelijk vermoeden van misdrijf doen ontstaan. Uit het enkele feit dat een toezichthouder een aangifte heeft ontvangen en dat hij als gevolg van die aangifte gericht zoekt, volgt niet noodzakelijk dat er een redelijk vermoeden van misdrijf is en dat de door de toezichthouder verrichte handelingen onderzoekshandelingen zijn van een opsporingsonderzoek."

10.3.3. Er wordt bijgevolg niet op overtuigende wijze aangetoond waarom het noodzakelijk zou zijn dat de agenten of officieren van gerechtelijke politie die op grond van het aan te nemen decreet worden aangesteld, ook over de bevoegdheden vermeld in hoofdstuk 2 van het voorontwerp moeten beschikken. Artikel 25 van het voorontwerp moet dan ook worden weggelaten.

Desgevallend zou, op het ogenblik dat het aan te nemen decreet op een bepaalde Vlaamse regelgeving van toepassing wordt verklaard, alsnog kunnen worden nagegaan of voor sommige van de toezichtsrechten vermeld in hoofdstuk 2 van het voorontwerp het – gelet op de aard van de materie – noodzakelijk zou zijn dat de voormelde agenten of officieren van gerechtelijke politie over die bevoegdheden beschikken naast de bevoegdheden die hen worden toegekend door hoofdstuk 3 van het voorontwerp en het Wetboek van Strafvordering.²⁴⁻²⁵

10.4. Hetzelfde geldt voor de vermelding van de agenten en officieren van gerechtelijke politie in artikel 7, eerste lid, van het voorontwerp, voor zover die bepaling ook van toepassing is op de gegevens die ze in het kader van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek verwerken.

11.1. In artikel 26, § 3, van het voorontwerp wordt bepaald dat de personeelsleden van de politiediensten, vermeld in artikel 2 van de wet van 5 augustus 1992 ‘op het politieambt’, van rechtswege bevoegd zijn voor bestuurlijke opsporing, als ze voldoen aan de opleidings- en ervaringsvereisten vermeld in de eerste paragraaf van dat artikel.

Op die wijze worden de personeelsleden van de politiediensten belast met het bestuurlijk opsporingsonderzoek, en dit zowel voor misdrijven als voor inbreuken.

11.2. In advies 50.372/AV/4 van 4 juli 2012 over een voorontwerp van ordonnantie ‘tot wijziging van de ordonnantie van 22 november 1990 betreffende de organisatie van het openbaar vervoer in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest’ heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving,

²⁴ Zo kan betwijfeld worden dat het noodzakelijk is hen de bevoegdheid toe te kennen om voorwerpen, dragers van informatie en documenten in welke vorm ook in bewaring te nemen (artikel 18 van het voorontwerp), vermits uit artikel 28*bis*, § 3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering reeds voortvloeit dat opsporingshandelingen de inbeslagname van de zaken vermeld in de artikelen 35 en 35*ter* van dat wetboek kunnen inhouden.

²⁵ Uit het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 134/2015 van 1 oktober 2015 kan niet op absolute wijze worden afgeleid dat het toezichthouders die tevens agenten of officieren van gerechtelijke politie zijn, niet is toegestaan toezichtsrechten uit te oefenen in de fase van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek. De zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest, betrof immers de bestaanbaarheid met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie van artikel 16.3.8, § 2, van het decreet van 5 april 1995 ‘houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid’ in zoverre deze bepaling toelaat dat de overtredingen worden vastgesteld door gewestelijke toezichthouders die ook de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie hebben. Het Hof stelt in dat arrest weliswaar vast dat krachtens artikel 16.4.1 van het decreet van 5 april 1995 de gewestelijke toezichthouders die officier van gerechtelijke politie zijn, hun toezichtsrechten slechts kunnen aanwenden in de fase van de bestuurlijke handhaving, en niet in de fase van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek, waardoor de rechtssituatie van de persoon die wordt vermoed een misdrijf te hebben gepleegd, niet wezenlijk verschilt, naargelang de functies van gewestelijke toezichthouder en van officier van gerechtelijke politie ten aanzien van hem worden uitgeoefend door eenzelfde persoon, dan wel door verschillende personen (B.11.1). Dit betekent echter niet dat in het omgekeerde geval, het gelijkheidsbeginsel per definitie geschonden zou zijn. De rechtssituatie van de persoon die wordt vermoed een misdrijf te hebben gepleegd zal dan wel verschillen, maar er zal moeten worden nagegaan of het verschil in behandeling dat hieruit voortvloeit alsnog kan worden verantwoord, hetgeen zal afhangen van de bevoegdheden waarover de agent of officier van gerechtelijke politie zal beschikken.

het volgende opgemerkt omtrent de bevoegdheid om aan politieambtenaren op te dragen administratieve overtredingen vast te stellen:

“14. Het ontworpen artikel 18*bis*, § 3, van de ordonnantie van 22 november 1990 bepaalt dat de overtredingen door de leden van het controlepersoneel van de Maatschappij die houder zijn van een mandaat van gerechtelijke politie of door de politieambtenaren worden vastgesteld bij wege van processen-verbaal die bewijskracht hebben tot bewijs van het tegendeel. De ontworpen bepaling precificeert echter niet of de aldus vastgestelde overtredingen administratieve dan wel strafrechtelijke overtredingen zijn.

In dit verband moet worden vermeld dat artikel 25 van de wet ‘op het politieambt’ het volgende bepaalt:

‘De leden van het operationeel kader van de politiediensten kunnen niet met andere administratieve taken worden belast dan die welke hun uitdrukkelijk worden opgedragen door of krachtens de wet.

In afwijking van het eerste lid, kunnen hen administratieve taken worden toevertrouwd ten aanzien waarvan de uitoefening van politiebevoegdheden is vereist voor het volbrengen ervan en waarvan de minister van Binnenlandse Zaken en de minister van Justitie in onderling akkoord de lijst bepalen’.

De steller van het voorontwerp kan politieambtenaren dus niet de taak opdragen administratieve overtredingen vast te stellen zonder dat hij zich begeeft op het terrein van de organisatie van de politiediensten en bijgevolg op het terrein van de restbevoegdheid inzake ordehandhaving van de federale wetgever. Door de politieambtenaren een administratieve taak op te leggen, zou de steller van het voorontwerp het de federale wetgever immers buitenmatig moeilijk, zo niet onmogelijk maken zijn eigen bevoegdheid uit te oefenen.

De steller van het voorontwerp is het trouwens kennelijk eens met deze analyse wanneer hij in de algemene uiteenzetting van de memorie van toelichting opmerkt dat enerzijds de overtredingen waarin het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 december 2007 thans voorziet ‘inderdaad allemaal administratieve overtredingen [zijn] die de politie enkel mag vaststellen wanneer een bijzondere bepaling daarin voorziet, hetgeen hier niet het geval is’, en dat anderzijds een andere oplossing die in overweging is genomen erin bestond de wet ‘op het politieambt’ te wijzigen teneinde de politieagenten in staat te stellen de administratieve overtredingen van de MIVB te controleren.

Uit de redactie van het ontworpen artikel 18*bis*, § 3, zou evenwel kunnen worden opgemaakt dat deze politieambtenaren de taak opgelegd krijgen om bij wege van een proces-verbaal niet alleen strafrechtelijke overtredingen maar ook administratieve overtredingen vast te stellen.

De ontworpen bepaling moet bijgevolg worden herzien, teneinde duidelijker te doen uitkomen dat de enige overtredingen die politieambtenaren kunnen vaststellen, strafrechtelijke overtredingen zijn.”

Hieruit vloeit voort dat de decreetgever de personeelsleden van de politiediensten niet mag belasten met de bestuurlijke opsporing die erop gericht is een bestuurlijke sanctie op te leggen, laat staan dat hij aan die personeelsleden “opleidings- en ervaringsvereisten” vermag op te leggen.

11.3. De stellers van het voorontwerp lijken zich hiervan bewust, maar volgens hen is voldaan aan de voorwaarden om een beroep te doen op de impliciete bevoegdheden, op grond van de volgende overwegingen:

“1) de maatregel is noodzakelijk voor de efficiënte uitoefening van de bestuurlijke handhaving als volle bevoegdheid van de Vlaamse deelstaat, die immers geen politieoverheid is en zonder de genomen maatregel bij de bestuurlijke handhaving niet kan rekenen op het fijnmazig netwerk en de kunde van de reguliere politie;

2) de maatregel heeft slechts een marginale weerslag op de werking van het federale niveau, nu:

- voor wat de misdrijven betreft, er slechts sprake is van een gedeeltelijke verschuiving van de noodzakelijk te vervullen onderzoekdaden van de fase van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek naar de fase van het bestuurlijk opsporingsonderzoek²⁶;

- inbreuken van oorsprong doorgaans gedepenaliseerde misdrijven betreffen: de toename van het aantal bestuurlijk op te sporen inbreuken wordt daardoor gecompenseerd door de afname van het aantal strafrechtelijk op te sporen misdrijven;

- het vorderingsrecht van de vervolgingsinstanties tot het doen uitvoeren van bestuurlijke opsporingsdaden geldt enkel voor de op grond van artikel 26, paragrafen 1 en 2 uitdrukkelijk aangestelde (gemeentelijke, provinciale en Vlaamse) toezichthouders, met uitsluiting van de op grond van de door paragraaf 3 van hetzelfde artikel van rechtswege voor bestuurlijke opsporing bevoegd gestelde personeelsleden van politiediensten.

3) tot slot blijkt uit het gegeven dat de federale overheid de reguliere politiediensten zelf bevoegd stelde voor de bestuurlijke opsporing van geregionaliseerde inbreuken op het wegverkeer, reeds afdoende dat de federale aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling.”

11.4. Zelfs al zou kunnen worden aangenomen dat de ontworpen regeling noodzakelijk is voor de bevoegdheidsuitoefening van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, valt te betwijfelen of is voldaan aan de overige voorwaarden om een beroep te kunnen doen op de impliciete bevoegdheden. Zo is de mogelijkheid voor de politiediensten om op te treden in het kader van een bestuurlijke opsporing waarin artikel 15, tweede lid, van de wet van 5 augustus 1992 ‘op het politieambt’ voorziet, beperkt tot welbepaalde administratieve overtredingen, namelijk inbreuken op “de reglementen betreffende de politie over het wegverkeer die bestraft worden met administratieve sancties”. Artikel 26, § 3, van het voorontwerp heeft daarentegen een algemene draagwijdte en kan ertoe leiden dat de personeelsleden van de politiediensten mede worden belast met de bestuurlijke opsporing van alle met een administratieve sanctie gesanctioneerde misdrijven en met de inbreuken waarin decreten van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest voorzien. Weliswaar kan de vervolginginstantie de politiediensten niet vorderen om alle voor het bestuurlijk opsporingsonderzoek noodzakelijke

²⁶ Voetnoot 104 van de aangehaalde memorie van toelichting: “Tot een bestuurlijk opsporingsonderzoek zal maar worden beslist wanneer blijkt het geseponeerde strafdossier onvoldoende opsporingsdaden werden gesteld om te kunnen oordelen over bestuurlijke vervolging dan wel bestuurlijk sepot.”

handelingen te doen volbrengen,²⁷ maar het lijkt wel degelijk de bedoeling dat de politiediensten op systematische wijze zouden worden ingeschakeld in de bestuurlijke opsporing van op grond van Vlaamse regelgeving bestuurlijk gesanctioneerde misdrijven of inbreuken. Er lijkt dan ook niet te kunnen worden voorgehouden dat de weerslag op de bevoegdheid van de federale overheid marginaal is.

Opdat dat wel het geval zou kunnen zijn, is minstens vereist dat de ontworpen regeling enkel van toepassing is voor zover de decreetgever op het ogenblik dat hij het aan te nemen decreet van toepassing verklaart op een Vlaamse regelgeving, dat uitdrukkelijk bepaalt, naar het voorbeeld van hetgeen het geval is voor hoofdstuk 5 van het aan te nemen decreet,²⁸ en dat hij bij die gelegenheid aantoont dat het voor die bepaalde aangelegenheid noodzakelijk is de politiediensten te belasten met de bestuurlijke opsporing.

12.1. In artikel 30, §§ 2 en 3, van het voorontwerp wordt bepaald dat de politierechter aan door de Vlaamse Regering aangewezen bestuurlijke opsporingsagenten een visitatie kan toestaan, die het mogelijk maakt om zich met behulp van de sterke arm en zo nodig met braak toegang te verschaffen tot elke plaats, met inbegrip van bewoonde ruimtes. De visitatie mag enkel plaatsvinden tussen 5 en 21 uur, tenzij de rechter de visitatie ook buiten deze uren heeft toegestaan. Voor zover de machtiging daarin uitdrukkelijk voorziet, met specifieke aanduiding van de bewijselementen waarnaar gezocht mag worden, is het doorzoeken van de plaats toegelaten.

12.2. Wanneer de visitatie waarin deze bepaling voorziet betrekking heeft op bewoonde plaatsen, moet ze worden gelijkgesteld met een huiszoeking. Zoals bij de huiszoeking het geval is, kan immers een beroep worden gedaan op de sterke arm van de wet en kan, mits uitdrukkelijke machtiging van de politierechter, de plaats in kwestie worden doorzocht. Bovendien kadert de visitatie in een bestuurlijke opsporing waarbij “gericht [wordt] gezocht naar bewijzen van misdrijven of inbreuken waarrond een redelijk vermoeden is ontstaan”.²⁹

12.3. Overeenkomstig artikel 11, derde lid, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, kunnen de gemeenschappen en de gewesten de gevallen bepalen waarin een huiszoeking kan plaatshebben. Onder “de gevallen” moet worden verstaan de feiten die aanleiding geven tot een huiszoeking, de motieven om ze te bevelen en de plaatsen waarin ze wordt uitgevoerd. De vorm van de huiszoeking – hoe en onder welke voorwaarden kan een huiszoeking plaatsvinden – kunnen zij evenwel niet regelen; de procedure inzake huiszoeking is een voorbehouden aangelegenheid van de federale overheid. Onder “de vorm” moet worden

²⁷ Zie artikel 36 van het voorontwerp. In de reactie op het advies van het College van procureurs-generaal wordt dienaangaande gesteld dat de vervolgingsinstantie de reguliere politie wel kan vragen om bepaalde handelingen van bestuurlijke opsporing te stellen, maar hen daartoe niet kan verplichten en dat als leden van de reguliere politie handelingen stellen in het kader van een bestuurlijk opsporingsonderzoek, zij dat noodzakelijk op basis van vrijwilligheid doen.

²⁸ Zie artikel 31 van het voorontwerp.

²⁹ Vgl. de definitie van “huiszoeking” in M.-A. BEERNAERT, H. BOSLY, en D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2017 (8^e uitgave), 725: “La perquisition constitue une mesure coercitive, par laquelle l’autorité compétente, dans les cas prévus par la loi et selon les règles qu’elle prescrit, pénètre dans un endroit bénéficiant de la protection liée à l’inviolabilité du domicile en vue d’y rechercher des preuves et d’y saisir des pièces à conviction d’un crime ou d’un délit.”

verstaan: de vormvereisten, die op verschillende aspecten betrekking kunnen hebben: een voorafgaand bevel van de rechterlijke macht, de uren tijdens dewelke de huiszoeking mag worden uitgevoerd, met of zonder de voorafgaande verwittiging van de bewoners, met of zonder hun instemming, enzovoort.³⁰

In zoverre in artikel 30, §§ 2 en 3, van het voorontwerp de machtiging van de politierechter wordt geregeld, alsook de uren tijdens welke de visitatie kan plaatsvinden en de bevoegdheden van de bestuurlijke opsporingsagenten, heeft die bepaling niet enkel betrekking op de gevallen, maar ook op de vorm van de huiszoeking. Wat dit laatste aspect betreft, vallen zij buiten de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest. In die mate dienen zij dan ook uit het voorontwerp te worden weggelaten.

12.4. Voor zover de stellers van het voorontwerp een beroep zouden wensen te doen op de impliciete bevoegdheden, moet er worden op gewezen dat het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 148/2017 van 21 december 2017 de uitbreiding van het toepassingsgebied van het zogenaamde “mini-onderzoek” zoals geregeld in artikel 28^{septies} van het Wetboek van Strafvordering heeft vernietigd op grond van de volgende overwegingen:

“Vanwege de ernst van de erdoor teweeggebrachte inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en de onschendbaarheid van de woning, kan de huiszoeking, in de huidige stand van de regelgeving inzake de strafrechtspleging, enkel worden toegelaten in het kader van een gerechtelijk onderzoek, waarbij de belanghebbenden beschikken over een georganiseerd recht om toegang tot het dossier en bijkomende onderzoekshandelingen te vragen en waarbij is voorzien in een toezicht door de kamer van inbeschuldigingstelling op de regelmatigheid van de procedure.

Door de huiszoeking, in de huidige stand van de regelgeving inzake de strafrechtspleging, onder het toepassingsgebied van het mini-onderzoek te brengen, zonder te voorzien in bijkomende waarborgen ter bescherming van de rechten van verdediging, doet de bestreden bepaling op discriminerende wijze afbreuk aan het recht op eerbiediging van het privéleven en aan het recht op de onschendbaarheid van de woning.”³¹

Het Grondwettelijk Hof stelt in hetzelfde arrest vast dat het (strafrechtelijk) opsporingsonderzoek wordt gekenmerkt door zijn uitgesproken geheim en niet-contradictoir karakter, waarbij de belanghebbenden over minder waarborgen ter bescherming van de rechten van verdediging beschikken dan tijdens het gerechtelijk onderzoek.³² Hetzelfde geldt voor de door het voorontwerp geregelde bestuurlijke opsporing. Het voorontwerp voorziet weliswaar in een aantal waarborgen, zoals de inzage in de stukken van het bestuurlijk opsporingsonderzoek (artikel 6, § 2), de evenredigheid bij de uitoefening van de bevoegdheden van de bestuurlijke opsporingsagenten (artikel 28, § 1), het non-incriminatierecht (artikel 28, § 2), en het recht op bijstand door een advocaat (artikel 29, § 2). Maar zoals het geval is in het strafrechtelijk opsporingsonderzoek, zijn de waarborgen waarover belanghebbenden beschikken tijdens het

³⁰ Adv.RvS 57.192/1 van 5 mei 2015 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 9 juli 2015 ‘houdende de eerste maatregelen ter uitvoering en toepassing van de zesde Staatshervorming met betrekking tot het toezicht en de controle op het vlak van werkgelegenheid’, opmerking 5.1, *Parl.St.* Br.Parl. 2014-15, nr. A-165/1.

³¹ GwH 21 december 2017, nr. 148/2017, B.22.4.

³² GwH 21 december 2017, nr. 148/2017, B.22.2.

gerechtelijk onderzoek, bijvoorbeeld het recht om bepaalde opsporingshandelingen te vragen en het toezicht op de regelmatigheid van de procedure door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, niet van toepassing op de bestuurlijke opsporing.³³

Als de federale overheid, die bevoegd is om de vorm van de huiszoeking te regelen, gelet op de voormelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in het kader van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek niet in een huiszoeking vermag te voorzien, valt moeilijk in te zien hoe de gemeenschappen en gewesten, op grond van hun impliciete bevoegdheden, in het kader van een bestuurlijk opsporingsonderzoek in een dergelijke huiszoeking vermogen te voorzien.

12.5. Het voorgaande gaat daarentegen niet op voor het betredingsrecht dat in artikel 10 van het voorontwerp wordt geregeld. Uit artikel 9, § 4, van het voorontwerp blijkt immers dat het betredingsrecht, net als de overige toezichtsrechten waarin hoofdstuk 2 van het voorontwerp voorziet, niet met geweld of enige andere dwang op de persoon kan worden afgedwongen.³⁴ In de memorie van toelichting wordt bovendien gepreciseerd dat het betredingsrecht nooit een recht op doorzoeken impliceert. Met het betredingsrecht wordt ook niet beoogd bewijzen van misdrijven of inbreuken op te sporen. Ook al kan het betredingsrecht betrekking hebben op bewoonde ruimtes,³⁵ het kan niet worden gelijkgesteld met een huiszoeking.

Zelfs indien dit toch het geval zou zijn, waarbij dan door te voorzien in een machtiging van de politierechter en door de uren te bepalen tijdens welke de betreding mogelijk is, ook de vorm van de huiszoeking wordt geregeld, moet worden vastgesteld dat de tussenkomst van de politierechter een essentiële waarborg uitmaakt ter bescherming van het recht op eerbiediging van de woning. Mocht het voorzien in zulke tussenkomst niet kunnen worden ingepast, als accessoire bevoegdheid, in de eigen bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten, dan vermag de decreetgever in ieder geval een bepaling waarbij in zulk een tussenkomst wordt voorzien, aan te nemen op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, aangezien zulks noodzakelijk is om de regeling conform te maken met het recht op eerbiediging van de woning, dat wordt gewaarborgd door artikel 15 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM.³⁶

³³ Vgl. GwH 21 december 2017, nr. 148/2017, B.22.2.

³⁴ In de memorie van toelichting wordt bevestigd dat dit ook het geval is wanneer de politierechter machtiging tot betreding verleent: “Als toezichtsrechten kunnen ook de betredingsrechten enkel worden afgedwongen via de strafbaarstelling van verhindering van toezicht, met uitsluiting van geweld of braak, *zelfs in het geval van machtiging tot betreding door de politierechter.*”

³⁵ Mits toestemming van de persoon die het werkelijke genot heeft van de ruimte of machtiging van de politierechter.

³⁶ Zie: adv.RvS 45.699/1 van 15 januari 2009, opmerking 2.5 bij artikel 4; adv.RvS 46.111/1 van 19 maart 2009 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 9 juli 2010 ‘tot wijziging van het decreet van 30 april 2004 tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaams Gewest bevoegd zijn’, opmerking 2 bij artikel 9, *Parl.St.* VI.Parl. 2009-10, nr. 417/1. In dat geval lijkt het aangehaalde arrest nr. 148/2017 zich niet tegen een gebruik van de impliciete bevoegdheden te verzetten, aangezien het betredingsrecht kadert in het bestuurlijk toezicht en niet in het bestuurlijk opsporingsonderzoek (onder voorbehoud van toepassing van artikel 25, § 1, van het voorontwerp; maar zie daaromtrent opmerking 10.3.3). Zie ook opmerking 25.3 over de bestaanbaarheid van de ontworpen regeling met artikel 15 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

13. In artikel 32, § 1, van het voorontwerp wordt in de mogelijkheid voorzien voor de toezichthouders of bestuurlijke opsporingagenten die daartoe gemachtigd zijn door de Vlaamse Regering om, bij de vaststelling van een misdrijf of een inbreuk, ter plaatse over te gaan tot onmiddellijke inning van een bestuurlijke geldboete. Naar luid van artikel 33 doet de betaling van de bestuurlijke geldboete in het kader van een onmiddellijke inning de strafvordering vervallen.

Traditioneel wordt het verval van de strafvordering beschouwd als een regeling die deel uitmaakt van het strafprocesrecht, zodat de vraag rijst of de gemeenschappen of gewesten bevoegd zijn om dit aspect te regelen.

Het Grondwettelijk Hof heeft aanvaard dat de decreetgever op grond van artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 de bevoegdheid heeft om te oordelen dat het niet-nakomen van bepaalde voorschriften van dermate relatieve aard is dat, ofschoon het in wezen een misdrijf betreft waarvoor correctionele straffen zijn bepaald, een dergelijke straf niet aangewezen is en een vorm van administratieve afhandeling van de strafvordering te verkiezen is, indien voldaan is aan de voorwaarden die hij bepaalt en dat door te voorzien in de mogelijkheid van een vergelijk, de decreetgever een aspect bepaalt van “de gevallen die de wet bepaalt” in de zin van artikel 12, tweede lid, van de Grondwet, waarin strafvervolgingen kunnen worden ingesteld.³⁷

Deze redenering lijkt te kunnen worden doorgetrokken naar de situatie dat bij de vaststelling van een misdrijf de toezichthouders of bestuurlijke opsporingsagenten die daartoe gemachtigd zijn, de onmiddellijke inning van een geldboete kunnen voorstellen, zodat 32, § 1, van het voorontwerp bestaanbaar lijkt te zijn met de bevoegdheidverdelende regels.

14. In artikel 37, § 1, van het voorontwerp wordt bepaald dat het openbaar ministerie, in geval van seponering als vermeld in artikel 28^{quater} van het Wetboek van Strafvordering, de informatie die het heeft verkregen over de misdrijven,³⁸ samen met de reden van de seponering, bezorgt aan de vervolgingsinstantie.

In zoverre hierdoor een taak wordt opgelegd aan het openbaar ministerie, moet de decreetgever een beroep kunnen doen op de impliciete bevoegdheden. In de memorie van toelichting wordt niet uiteengezet waarom aan de voorwaarden hiertoe is voldaan.

Vermits het evenwel de bedoeling is dat de vervolgingsinstantie optreedt na de beslissing van het openbaar ministerie om een misdrijf niet te vervolgen, kan worden aangenomen dat het noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest dat die instantie op de hoogte wordt gebracht van de beslissing van het openbaar ministerie. De verplichting om ook de informatie die het openbaar ministerie heeft verkregen te bezorgen, lijkt verantwoord door de doelstelling om dubbel opsporingswerk te vermijden.

In zoverre, zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt, artikel 28^{quater} van het Wetboek van Strafvordering de procureur des Konings reeds oplegt de reden aan te geven

³⁷ GwH 27 november 2002, nr. 170/2002, B.6.1 en B.6.3; GwH 19 september 2014, nr. 130/2014, B.12.4.

³⁸ De toevoeging dat het gaat om de misdrijven “vermeld in Vlaamse regelgeving” is overbodig, gelet op de definitie van het begrip “misdrijf” in artikel 2, 9°, van het voorontwerp.

van de beslissingen van seponering die hij neemt, lijkt de weerslag op de bevoegdheden van de federale overheid, wat dat punt betreft, marginaal.

De “informatie die het [openbaar ministerie] heeft verkregen over de misdrijven”, die naar luid van artikel 37, § 1, van het voorontwerp aan de vervolgingsinstantie moet worden bezorgd, valt in beginsel ook na de seponering onder het geheim van het onderzoek.³⁹ Er moet echter worden vastgesteld dat de federale overheid zelf in een gelijkaardige uitzondering heeft voorzien door in artikel 73 van het Sociaal Strafwetboek te bepalen dat, indien het openbaar ministerie ervan afziet een strafvervolging in te stellen, het een afschrift van de procedurestukken van het aanvullend opsporingsonderzoek bezorgt aan de bevoegde administratie, zodat ook wat dat punt betreft zou kunnen worden aangenomen dat de weerslag op bevoegdheid van de federale overheid marginaal is.

Er moet evenwel een voorbehoud worden gemaakt, vermits de verplichting voor het openbaar ministerie om in geval van seponering de informatie die het heeft verkregen over de misdrijven te bezorgen, een algemene draagwijdte heeft. Derhalve zou de ontworpen regeling van toepassing kunnen zijn op alle feiten die op grond van de Vlaamse regelgeving met straffen worden gesanctioneerd,⁴⁰ waardoor de gevolgen van de ontworpen regeling onevenredig zouden kunnen zijn. De decreetgever vermag een dergelijke verplichting dan ook niet op eenzijdige wijze op te leggen. Hiertoe is een samenwerkingsakkoord met de federale overheid vereist.

15.1. Naar luid van artikel 41 van het voorontwerp kan de vervolgingsinstantie met het openbaar ministerie een protocolakkoord sluiten, waarin wordt overeengekomen om bepaalde misdrijven in beginsel altijd bestuurlijk te vervolgen. De strafvordering vervalt als ze niet is ingesteld binnen een termijn na de kennisgeving van het misdrijf aan het openbaar ministerie die in het protocolakkoord wordt bepaald. Een protocolakkoord heeft maar uitwerking na de goedkeuring ervan door de Vlaamse Regering en het wordt bekendgemaakt op de wijze bepaald door de Vlaamse Regering.

15.2. Die bepaling houdt voor het openbaar ministerie geen verplichting, maar een loutere mogelijkheid in om dergelijke protocolakkoorden te sluiten met de vervolginginstantie. Bovendien zal het openbaar ministerie dergelijke akkoorden slechts kunnen sluiten binnen het kader van de overeenkomstig artikel 151, § 1, van de Grondwet vastgelegde bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid.⁴¹ In artikel 43, § 2, van het voorontwerp wordt weliswaar bepaald dat het protocolakkoord voorrang heeft op de beleidslijnen voor opsporing en vervolging en de beleidslijnen voor bestuurlijke sanctionering die de Vlaamse Regering overeenkomstig hoofdstuk 15 van het voorontwerp

³⁹ Artikel 28*quinquies*, § 1, van het Wetboek van Strafvordering.

⁴⁰ Naargelang deze bepaling al dan niet overeenkomstig artikel 3 van het voorontwerp bij decreet van toepassing wordt verklaard op Vlaamse regelgeving.

⁴¹ Zie artikel 143*quater* van het Gerechtelijk Wetboek, naar luid waarvan de Minister van Justitie de richtlijnen van het strafrechtelijk beleid vastlegt, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, die bindend zijn voor alle leden van het openbaar ministerie.

vastlegt, maar die beleidslijnen hebben betrekking op het opsporings- en vervolgingsbeleid van de vervolgingsinstantie, niet dat van het openbaar ministerie.⁴²

Uit artikel 41, § 1, tweede lid, van het voorontwerp vloeit tevens voort dat zelfs ten aanzien van misdrijven waarvan in een protocolakkoord wordt overeengekomen om ze in beginsel altijd bestuurlijk te vervolgen, het openbaar ministerie toch in eerste instantie de gelegenheid krijgt om een strafrechtelijke afhandeling te verkiezen. Het kan er in dat geval mee volstaan de vervolgingsinstantie binnen de in het protocolakkoord bepaalde termijn na de kennisgeving van het misdrijf hiervan op de hoogte te brengen. Zo begrepen, doet de ontworpen regeling geen afbreuk aan de prerogatieven van het openbaar ministerie. Het blijft op die manier ook mogelijk om, indien de richtlijnen van strafrechtelijk beleid zouden worden gewijzigd terwijl een protocolakkoord van kracht is en de gewijzigde richtlijnen niet langer bestaanbaar zouden zijn met de inhoud van het protocolakkoord, ook gedurende de opzegperiode waarin artikel 43, § 1, van het voorontwerp voorziet, die gewijzigde richtlijnen na te leven.

Om de in opmerking 12 uiteengezette redenen kan ook worden aanvaard dat de decreetgever op grond van artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 in het verval van de strafvordering voorziet na het verstrijken van de termijn bepaald in het door de vervolgingsinstantie en het openbaar ministerie gesloten protocolakkoord.

15.3. In het protocolakkoord kan ook worden bepaald dat de aangifte van een misdrijf door een toezichthouder die niet over de bevoegdheid beschikt om een proces-verbaal op te stellen,⁴³ voor welbepaalde misdrijven moet gebeuren bij de in het protocolakkoord aangewezen personen die bevoegd zijn voor de opsporing van de vermoede misdrijven. In dat geval bepaalt het protocol hoe en onder welke voorwaarden de voor opsporing bevoegde personen de vermoede misdrijven ter kennis brengen van het openbaar ministerie (artikel 42 van het voorontwerp). Uit de memorie van toelichting blijkt dat die afspraken betrekking hebben op het voeren van ambtshalve opsporingsonderzoeken of berichtgeving via vereenvoudigd proces-verbaal. Het is dus niet de bedoeling om de betrokken personen de bevoegdheid te geven om geen aangifte te doen bij het openbaar ministerie.

15.4. Gelet op het voorgaande kan worden aanvaard dat de ontworpen regeling van de protocolakkoorden bestaanbaar is met de bevoegdheidsverdelende regels.

16. Naar luid van artikel 50, § 3, van het voorontwerp is een onderneming burgerrechtelijk aansprakelijk voor de bestuurlijke sancties die worden opgelegd aan haar organen en aan de personen voor wie ze aansprakelijk is overeenkomstig artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek.

⁴² Zie opmerking 20.3.

⁴³ Zie artikel 20, § 6, van het voorontwerp.

Er kan worden aangenomen dat de decreetgever op grond van zijn materiële bevoegdheden in een bijzonder aansprakelijkheidsregime kan voorzien voor aangelegenheden die tot zijn bevoegdheden behoren.⁴⁴ In het reeds aangehaalde arrest nr. 127/2000 van 6 december 2000 heeft het Grondwettelijk Hof alvast geoordeeld dat een regeling van burgerlijke aansprakelijkheid geen straf uitmaakte in de zin van artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en gelet op de nauwe samenhang met bepalingen die tot de materiële bevoegdheid van het Vlaamse Gewest behoorden, bestaanbaar was met de bevoegdheidverdelende regels.⁴⁵

Op het ogenblik dat artikel 50, § 3, van het voorontwerp overeenkomstig artikel 3 ervan van toepassing wordt verklaard op een bepaalde Vlaamse regelgeving, zal er wel op moeten worden toegezien dat het aansprakelijkheidsregime waarin die bepaling voorziet, eveneens een nauwe samenhang vertoont met de materiële aangelegenheid die in die regelgeving wordt geregeld.

17.1. In artikel 51 wordt in een alternatieve bestuurlijke geldboete voorzien waarmee alle bestuurlijk gesanctioneerde misdrijven worden gesanctioneerd. Volgens de memorie van toelichting impliceren “[d]e algemene bewoordingen van het ontworpen artikel 51 (...) dat de alternatieve bestuurlijke sanctionering principieel mogelijk wordt voor alle feiten die in de Vlaamse regelgeving (waarop het [kaderdecreet bestuurlijke handhaving] volledig van toepassing is gesteld) strafbaar zijn gesteld, tenzij de betreffende inhoudelijke decreten de werking van dit artikel uitdrukkelijk uitsluiten”.

17.2. Vermits de gemeenschappen en gewesten op grond van hun materiële bevoegdheden in administratieve sancties mogen voorzien (opmerking 4.1), lijkt niets zich ertegen te verzetten dat ze op algemene wijze bepalen dat “feiten die op grond van Vlaamse regelgeving met straffen worden gesanctioneerd”⁴⁶ ook aanleiding kunnen geven tot een alternatieve bestuurlijke geldboete.

17.3. Artikel 51 van het voorontwerp leidt ertoe dat, voor zover in een decreet al niet wordt voorzien in strafrechtelijke en administratieve sancties, feiten die aanleiding kunnen geven tot een straf, ook kunnen worden gesanctioneerd met een alternatieve bestuurlijke sanctie. In

⁴⁴ J. THEUNIS en D. VAN EECKHOUTTE, “Naleving en handhaving: Strafrecht, strafvervolgung, administratieve sancties, administratieve rechtscolleges”, in B. SUETIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De transversale bevoegdheden in het federale België*, Brugge, die Keure, 2017, 455 (met verwijzing naar: adv.RvS 43.780/VR van 11 december 2007 over een voorontwerp van ordonnantie ‘houdende instemming met het Internationaal Verdrag inzake de burgerlijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door bunkerolie, gedaan te Londen op 23 maart 2001’; adv.RvS 54.816/3 van 16 januari 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 29 juni 2014 ‘tot wijziging van de wet van 22 juli 1985’ betreffende de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie’, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3431/001; adv.RvS 58.677/VR van 26 februari 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 21 januari 2018 ‘houdende instemming met het Akkoord tussen de Regering van het Koninkrijk België en de Regering van het Groothertogdom Luxemburg betreffende de wederzijdse bijstand inzake civiele veiligheid, gedaan te Brussel op 5 februari 2015’, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2759/001; adv.RvS 59.884/VR/V van 20 september 2016 over een voorontwerp van wet ‘houdende instemming met het Verdrag van Straatsburg van 2012 inzake de beperking van aansprakelijkheid in de binnenvaart (CLNI 2012), gedaan te Straatsburg op 27 september 2012’).

⁴⁵ GwH 6 december 2000, nr. 127/2000, B.10.5 en B.13.5.

⁴⁶ Zie de definitie van het begrip “misdrijf” in artikel 2, 9°, van het voorontwerp.

beide gevallen rijst de vraag naar de verhouding tussen de strafrechtelijke opsporing en vervolging door het openbaar ministerie en de bestuurlijke opsporing en vervolging waarin het voorontwerp voorziet.

17.4.1. In artikel 27, eerste lid, 1^o, van het voorontwerp wordt bepaald dat het bestuurlijk opsporingsonderzoek voor misdrijven aanvangt “zodra de vervolgingsinstantie daartoe beslist als vermeld in artikel 37, § 2, eerste lid, 1^o”. Uit de laatstvermelde bepaling vloeit voort dat de vervolgingsinstantie, op grond van de informatie die het openbaar ministerie haar bezorgt in geval het beslist te seponeren, kan beslissen om een bestuurlijk opsporingsonderzoek op te starten. Bijgevolg kan het bestuurlijk opsporingsonderzoek slechts worden opgestart nadat het openbaar ministerie tot de seponering is overgegaan.

De mogelijkheid voor de vervolgingsinstantie om het bestuurlijk opsporingsonderzoek op te starten vangt derhalve aan nadat het openbaar ministerie beslist heeft om het misdrijf, dat eveneens bestuurlijk wordt gesanctioneerd, niet te vervolgen. Bijgevolg doet de regeling van het bestuurlijk opsporingsonderzoek geen afbreuk aan de prerogatieven van het openbaar ministerie.

17.4.2. Het gegeven dat het openbaar ministerie in eerste instantie beslist of een misdrijf strafrechtelijk wordt vervolgd, blijkt ook uit artikel 37, § 4, eerste lid, van het voorontwerp, waarin wordt bepaald dat, als het openbaar ministerie een misdrijf strafrechtelijk wil afhandelen, het de vervolgingsinstantie daarvan op de hoogte brengt binnen drie maanden na de ontvangst van het proces-verbaal waarin over die misdrijven wordt bericht. Bovendien maakt de instelling van de strafvordering of het verval ervan, het onmogelijk om een bestuurlijke opsporing op te starten.⁴⁷

Weliswaar wordt in artikel 37, § 4, tweede lid, van het voorontwerp bepaald dat het uitblijven van de kennisgeving *voor de toepassing van dit artikel* gelijkgesteld wordt met een seponering en het de vervolgingsinstantie toelaat een beslissing te nemen, onder meer om tot een bestuurlijk opsporingsonderzoek over te gaan. Die termijn kan evenwel door het openbaar ministerie bij gemotiveerde beslissing worden verlengd, maximaal tot één jaar. Het openbaar ministerie beschikt derhalve over een redelijke tijdsperiode om te beslissen of het tot de strafrechtelijke vervolging wil overgaan. Bovendien blijkt uit de woorden “voor de toepassing van dit artikel” dat de decreetgever met die bepaling enkel de vervolgingsinstantie wil machtigen om bij het uitblijven van de kennisgeving van het openbaar ministerie een van de in artikel 37, § 2, eerste lid, 1^o tot 3^o, van het voorontwerp vermelde beslissingen te nemen.⁴⁸ Ze strekt er derhalve niet toe de zaak aan het openbaar ministerie te onttrekken.

17.5.1. De beslissing van de vervolgingsinstantie om over te gaan tot bestuurlijke vervolging kan er in dat geval wel toe leiden dat een strafrechtelijke vervolging niet langer mogelijk wordt. Volgens het in artikel 4 van het protocol nr. 7 bij het EVRM gewaarborgde *ne bis in idem*-beginsel mag immers niemand strafrechtelijk worden vervolgd of gestraft wegens een strafbaar feit waarvoor hij reeds is vrijgesproken of veroordeeld.

⁴⁷ Artikel 37, § 5, van het voorontwerp.

⁴⁸ In de memorie van toelichting wordt dienaangaande gesteld dat “de vervolgingsinstantie de mogelijkheid verkrijgt het bestuurlijke spoor te openen”.

Hetzelfde geldt wanneer feiten die op grond van de Vlaamse regelgeving uitsluitend met bestuurlijke sancties gesanctioneerd kunnen worden, tevens gemeenrechtelijke misdrijven uitmaken. In dat geval vangt het bestuurlijk opsporingsonderzoek aan zodra er na het ontstaan van een redelijk vermoeden van een inbreuk opsporingshandelingen worden gesteld, en wordt het afgesloten door een beslissing van de vervolgingsinstantie tot bestuurlijk sepot of tot bestuurlijke vervolging,⁴⁹ zonder dat een beslissing van het openbaar ministerie aangaande de vervolging van het federale misdrijf moet worden afgewacht.

17.5.2. In zijn nota van 7 september 2018 merkt het College van procureurs-generaal aangaande het tweede geval het volgende op:

“In het hoofdstuk 6 over de bestuurlijke vervolging is er niets bepaald over gevallen van samenhang/samenloop tussen inbreuken op de Vlaamse regelgeving met gemeenrechtelijke misdrijven waarvoor Vlaanderen geen bevoegdheid heeft en er per definitie geen bestuurlijke handhaving mogelijk is. Verduidelijking op dit punt is zeer zeker aan te bevelen. Men moet hierbij rekening houden met de rechtspraak van het EHRM (A. en B t. Noorwegen) i.v.m. ne bis in idem. Het is hierbij in bepaalde gevallen mogelijk om een dubbele bestraffing op te leggen (...).”

17.5.3. Uit de door het College van procureurs-generaal aangehaalde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁵⁰ blijkt dat enige ruimte wordt gelaten voor een parallelle en gecombineerde oplegging van administratieve sancties die als straffen te beschouwen zijn, en straffen van gemeen strafrecht via verschillende, maar complementaire procedures die een coherent geheel vormen en waarmee wordt beoogd verschillende aspecten aan te pakken van schendingen van belastingwetgeving. Een dergelijke combinatie van sancties is aanvaardbaar voor zover ze een toepassing vormt van een *geïntegreerd stelsel* dat het mogelijk maakt met verschillende aspecten van de betugelde schendingen om te gaan op een samenhangende, voorzienbare en evenredige manier.⁵¹ In het algemeen is daarvoor vereist dat de duale administratieve en strafrechtelijke sanctieprocedures een voldoende nauw verband vertonen naar inhoud en tijd.⁵² Voor de verdere invulling van die vereiste nauwe inhoudelijke en temporele binding worden in de bedoelde rechtspraak een aantal criteria aangereikt.⁵³ Toetsing aan die criteria en dus ook de vaststelling of het genoemde vereiste al dan niet is in acht genomen, vergen kennelijk een belangrijke mate van concretisering door feitelijke beoordeling.⁵⁴ Niettemin lijken ook voor de opmaak van regelgeving de volgende maatstaven als richtinggevend te kunnen

⁴⁹ Artikel 27, eerste lid, 2^o, en derde lid, van het voorontwerp.

⁵⁰ EHRM 15 november 2016, *A en B t. Noorwegen*. Zie ook EHRM 18 mei 2017, *Jóhannesson e.a. t. IJsland*. Zie in dat verband ook P. LAGASSE, “L’arrêt A et B contre Norvège: entre continuité et évolution quant au principe non bis in idem”, *J.T.* 2018, nr. 6718, p. 109-117. R. ATTARD, “The ECtHR’s Recent Tax Judgments on the Non Bis in Idem Rule”, *EC-Tax Rev.* 2017, vol. 26, 335-338.

⁵¹ Zie EHRM 15 november 2016, *A. en B. t. Noorwegen*, overw. 114 en 121-123, voor een eerste arrest waarin dat vereiste vervuld is geacht en met verwijzingen naar vroegere arresten in belastingzaken waar dat niet het geval was, maar al een vergelijkbare benadering werd gevolgd.

⁵² *Ibid.*, overw. 114 en 125-130.

⁵³ *Ibid.*, overw. 131-135.

⁵⁴ *Ibid.*, overw. 144-147 en 149-153, voor de uitvoering van de bedoelde toetsing op elk van de twee gevallen die in het desbetreffende arrest zijn beoordeeld. Dat uitgesproken feitelijke karakter heeft de beoordeling van het “biselement” (tegenwoordig) overigens gemeen met het ‘idemelement’ (zie voor dat laatste bijvoorbeeld Cass. 17 februari 2015, AR P.14.1509.N, overw. 11-13).

worden beschouwd om een geslaagd samengaan van administratieve en penale sanctiesystemen mogelijk te maken:

- procedurele complementariteit van de onderscheiden sanctiestelsels;
- voorzienbaarheid van de parallelle toepassing van de sanctieprocedures;
- onderlinge afstemming van de sanctieprocedures door afdoende interactie tussen de diverse ervoor bevoegde overheidsinstanties;
- mogelijkheid om de eerdere sanctie te betrekken bij het oordeel over de latere sanctie.⁵⁵

17.5.4. Voor zover al aan die criteria kan worden voldaan,⁵⁶ is de decreetgever niet bevoegd om op eenzijdige wijze een regeling aan te nemen waarmee wordt beoogd een parallelle en gecombineerde oplegging mogelijk te maken van de administratieve sancties waarin de ontworpen regeling voorziet, en van straffen van gemeen strafrecht. Een dergelijke regeling kan enkel bij samenwerkingsakkoord tot stand komen.

17.5.5. Bij afwezigheid van een dergelijke regeling moet worden vastgesteld dat het gegeven dat de beslissing van de vervolgingsinstantie om over te gaan tot bestuurlijke vervolging ertoe kan leiden dat een strafrechtelijke vervolging van gemeenrechtelijke misdrijven niet langer mogelijk wordt, op zich niet onbestaanbaar is met de bevoegdheidverdelende regels. Het is integendeel het logische uitvloeisel van de bevoegdheid van, enerzijds, de decreetgever om in administratieve sancties te voorzien en om de handhaving van de aldus gesanctioneerde rechtsregels te regelen en, anderzijds, de federale wetgever om het gemene strafrecht en de strafvervolging te regelen.

17.5.6. Bij de uitoefening van die bevoegdheden moet evenwel het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen. Dat beginsel houdt in dat geen enkele overheid bij het voeren van een beleid dat haar is toevertrouwd, zo verre gaande maatregelen mag nemen dat het voor een andere overheid onmogelijk of overdreven moeilijk wordt om het beleid dat haar is toevertrouwd doelmatig uit te voeren.⁵⁷ De vervolgingsinstantie zal bij haar beslissing over de bestuurlijke vervolging hiermee rekening moeten houden.

Het evenredigheidsbeginsel gaat echter niet zo ver dat elke bestuurlijke vervolging wordt uitgesloten ingeval dezelfde feiten ook straffen van gemeen recht uitmaken, want dan zou de bevoegdheid zelf van de gemeenschappen en de gewesten om in administratieve sancties te voorzien, worden uitgehold. Het zal, desgevallend, aan de rechter toekomen om aan de hand van de door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ontwikkelde criteria te oordelen of een

⁵⁵ Adv.RvS 64.229/1-2-3-4 van 14 november 2018, algemene opmerkingen betreffende *Una Via*, nr. 2.3.

⁵⁶ Zo rijst de vraag of er in alle gevallen sprake zal zijn van een voldoende nauwe band *naar inhoud*.

⁵⁷ Zie bv. GwH 21 januari 2016, nr. 8/2016, B.12.

parallele en gecombineerde oplegging van administratieve sancties die als straffen te beschouwen zijn, en straffen van gemeen strafrecht mogelijk zijn.⁵⁸

18. Naar luid van artikel 69 van het voorontwerp kan de vervolgte persoon binnen een vervaltermijn van zestig dagen vanaf de kennisgeving van de beslissing beroep aantekenen tegen de administratieve eindbeslissing over de bestuurlijke vervolging bij de Raad van State, die oordeelt met volle rechtsmacht.

Vermits met die bepaling de bevoegdheid van en de procedure voor de Raad van State wordt geregeld, moet voldaan zijn aan de voorwaarden voor de toepassing van de impliciete bevoegdheden.⁵⁹

19. Volgens artikel 73 van het voorontwerp bestaat voor de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit een als uitvoerbaar gewaarmerkte bestuurlijke sanctiebeslissing, een algemeen voorrecht op alle roerende goederen en inkomsten van de schuldenaar, dat rang neemt onmiddellijk na het voorrecht vermeld in artikel 19, 5°, van de hypotheekwet van 16 december 1851.

Het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat de decreetgever van oordeel kan zijn dat aan een schuldvordering die voortvloeit uit bepalingen die hij heeft uitgevaardigd ter regeling van een hem toegekende aangelegenheid, een voorrecht of een hypotheek moet worden verbonden. Uit het gegeven dat verschillende wetgevers bevoegd zijn om voorrechten in te stellen, die moeten kunnen worden ingepast in eenzelfde rangorde, volgt dat elke wetgever bij het vaststellen van de rang van het voorrecht dat hij instelt, het belang dat hij door het instellen van het voorrecht beoogt te beschermen, dient af te wegen ten aanzien van de andere belangen die door voorrechten ingesteld door andere wetgevers worden beschermd. Die evenredigheid is in dit bijzonder geval een element van de bevoegdheid van de handelende wetgever.⁶⁰

In de memorie van toelichting wordt de ontworpen regeling als volgt verantwoord:

“Hoger werd er reeds op gewezen dat vermogenssancties zinloos zijn wanneer de gesanctioneerde niet tot betaling wordt verplicht. De invordering van de opgelegde bedragen raakt m.a.w. belangen die het loutere financiële aspect ervan overstijgen. Bij gebreke aan daadwerkelijke invordering ontsnapt de gesanctioneerde *de facto* aan de gevolgen van de hem opgelegde sanctie, en verkrijgt de samenleving geen genoegdoening voor het *préjudice moral*, verbonden aan het plegen van het misdrijf of de inbreuk.

⁵⁸ In arrest nr. 127/2000 van 6 december 2000 heeft het Grondwettelijk Hof aanvaard dat één feit, namelijk de overschrijding van de maximaal toegelaten massa's en massa's onder de assen, tegelijk een inbreuk oplevert op federale normen, vastgesteld met het oog op de veiligheid van het wegverkeer, en op gewestelijke normen die betrekking hebben op het beschadigen van het wegdek door gewichtsoverschrijding, maar heeft het geoordeeld dat het “aan de rechter die ermee is belast te oordelen of de tenlasteleggingen zijn aangetoond, [staat] te vermijden dat de regel ‘non bis in idem’ wordt geschonden”: GwH 6 december 2000, nr. 127/2000, B.12.4.

⁵⁹ Adv.RvS 54.697/3 van 13 januari 2014 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 4 april 2014 ‘houdende de uitwisseling van informatie over een inname van het openbaar domein in het Vlaamse Gewest’, opmerking 9, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2405/1; adv.RvS 61.391/3 van 16 juni 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 19 januari 2018 ‘houdende het overheidstoezicht in het kader van het gezondheids- en welzijnsbeleid’, opmerking 27, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 1242/1.

⁶⁰ GwH 22 oktober 1986, nr. 27/86, 3.B.3.3.

In die zin is het verantwoord om de invordering met bijzondere waarborgen te faciliteren. Het KBH voorziet daarom in een algemeen voorrecht op alle roerende goederen en inkomsten van de schuldenaar, naast de mogelijkheid tot inschrijving van een wettelijke hypotheek op alle zakelijke rechten van deze laatste.

Bij de inzet van deze bijzondere waarborgen, dient de invorderende overheid uiteraard nauwlettend de evenredigheid te bewaken, in die zin dat er maar gebruik van mag worden gemaakt in de mate waarin dit noodzakelijk is om de betaling te garanderen. In geen geval mogen zij worden aangewend als (onrechtstreekse) bijkomende sanctie.”

Gelet op die verantwoording kan de evenredigheid van de ontworpen regeling worden aanvaard.

20.1. Naar luid van artikel 78, § 1, van het voorontwerp legt de Vlaamse Regering “[m]et behoud van artikel 148 van het Gerechtelijk Wetboek”, de algemene beleidslijnen voor opsporing en vervolging vast, nadat ze minstens het advies van respectievelijk het College van procureurs-generaal vermeld in artikel 143*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, en van de vervolgingsinstantie heeft ingewonnen. Die beleidslijnen worden openbaar gemaakt en zijn bindend voor de vervolgingsinstanties en de Vlaamse inspectiediensten.

In de memorie van toelichting wordt omtrent die bepaling het volgende uiteengezet:

“Op termijn zullen de Vlaamse vervolgingsinstanties een belangrijke rol spelen bij de uitvoering van het bestuurlijk opsporings- en vervolgingsbeleid m.b.t. Vlaamse regelgeving, en onrechtstreeks ook impact hebben op de uitvoering van het strafrechtelijk beleid.

Hoewel zij geen magistraten zijn, is de verhouding tussen de vervolgingsinstanties en hun hiërarchisch bevoegde minister gelijkaardig aan deze tussen het openbaar ministerie en de minister van Justitie, in die zin dat zij vanuit die hoedanigheid bij de individuele opsporing en vervolging kunnen bogen op een vergelijkbare functionele onafhankelijkheid. Het is dan ook onvermijdelijk dat, als tegengewicht voor deze functionele onafhankelijkheid, de Vlaamse Regering uitdrukkelijk de bevoegdheid krijgt toegewezen om richtlijnen van strafrechtelijk en bestuurlijk opsporings- en vervolgingsbeleid vast te leggen.

Om verwarring te vermijden met de richtlijnen bedoeld art. 143 quater Ger.W., waarvan zij strikt te onderscheiden zijn, gebruikt het KBH de term ‘beleidslijn’. Deze beleidslijnen zijn enkel bindend voor de vervolgingsinstanties en de Vlaamse inspectiediensten. Zij kunnen bovendien geen afbreuk doen aan het toezicht van het O.M. op de officieren van gerechtelijke politie (...).”

20.2. Uit artikel 151, § 1, van de Grondwet vloeit voort dat de minister bevoegd voor justitie de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, kan vastleggen. Voor de aangelegenheden die onder hun bevoegdheden vallen, nemen de regeringen van de gemeenschappen en gewesten, elk wat hen betreft, weliswaar deel aan de uitwerking van die bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, met inbegrip

van die van het opsporings- en vervolgingsbeleid,⁶¹ maar zij kunnen niet – in de plaats van of naast de minister bevoegd voor justitie – dergelijke richtlijnen vastleggen.

3. Ondanks de algemene bewoordingen van artikel 78, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, waar gewag wordt gemaakt van “algemene beleidslijnen voor opsporing en vervolging”, lijkt hiermee enkel de *bestuurlijke* opsporing en vervolging te worden bedoeld. De door de Vlaamse Regering vastgestelde beleidslijnen zijn immers bestemd voor de vervolgingsinstanties en de Vlaamse inspectiediensten,⁶² niet voor het openbaar ministerie. Bovendien is de vervolgingsinstantie belast met de bestuurlijke vervolging van misdrijven of inbreuken,⁶³ en wordt zij niet betrokken bij de strafrechtelijke opsporing en vervolging van misdrijven.

De taak van de Vlaamse inspectiediensten is ruimer, vermits zij belast zijn met het toezicht op *of de handhaving* van Vlaamse regelgeving.⁶⁴ Hiermee wordt niet alleen de bestuurlijke, maar ook de strafrechtelijke handhaving bedoeld. Wanneer zij worden aangesteld als agent of officier van gerechtelijke politie, kunnen leden van de Vlaamse inspectiediensten ook worden betrokken bij het strafrechtelijk opsporingsonderzoek.⁶⁵ Uit de in opmerking 20.1 aangehaalde parlementaire voorbereiding blijkt evenwel dat in dat geval de door de Vlaamse Regering vastgestelde beleidslijnen niet van toepassing zijn en dat de betrokken leden van de Vlaamse inspectiediensten handelen overeenkomstig de instructies van het openbaar ministerie, dat zelf handelt in overeenstemming met de door de Minister van Justitie vastgelegde bindende strafrechtelijke richtlijnen. De door de Vlaamse Regering vastgelegde beleidslijnen zijn dan ook enkel bindend voor de Vlaamse inspectiediensten wanneer die optreden als toezichthouder of in het kader van de bestuurlijke opsporing.

Dit zou in het voorontwerp beter tot uitdrukking kunnen worden gebracht door in artikel 78, § 1, eerste lid, te schrijven “de algemene beleidslijnen voor *bestuurlijke* opsporing en vervolging”.⁶⁶

20.4. Zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven moet voor het verplichte advies van het College van procureurs-generaal een beroep worden gedaan op de impliciete bevoegdheden.

Onder het voorbehoud dat aan de voorwaarden hiertoe is voldaan, kan worden aanvaard dat het ontworpen artikel 78, § 1, bestaanbaar is met de bevoegdheidverdelende regels.

⁶¹ Artikel 11*bis*, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁶² Artikel 78, § 1, tweede lid, van het voorontwerp.

⁶³ Zie de definitie in artikel 2, 17°, van het voorontwerp.

⁶⁴ Zie de definitie in artikel 2, 18°, van het voorontwerp.

⁶⁵ Zie overigens artikel 20, § 1, tweede lid, van het voorontwerp, naar luid waarvan de toezichthouder met betrekking tot vermoede misdrijven, het strafrechtelijk opsporingsonderzoek aanvat in de mate waarin hij daarvoor bevoegd is.

⁶⁶ Ook de vermelding in de memorie van toelichting van richtlijnen van *strafrechtelijk* en bestuurlijk opsporings- en vervolgingsbeleid kan tot verwarring aanleiding geven en wordt beter aangepast aan de werkelijke bedoeling van de stellers van het voorontwerp.

VORMVEREISTEN

21. Over het voorontwerp werden tal van adviezen ingewonnen. Teneinde de transparantie bij de totstandkoming van de regelgeving te bevorderen en het Vlaams Parlement toe te laten het voorontwerp met volledige kennis van zaken te beoordelen, verdient het aanbeveling al deze adviezen als bijlage bij het bij het Vlaams Parlement in te dienen ontwerp te voegen. Dit zou des te nuttiger zijn nu in de memorie van toelichting, en in de bijhorende tabel, wordt uiteengezet welke wijzigingen aan het aanvankelijke voorontwerp werden aangebracht op basis van een aantal van deze adviezen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Het toepassingsgebied van de ontworpen regeling

22.1. In artikel 3, eerste lid, van het voorontwerp wordt bepaald dat “[d]it decreet geheel of gedeeltelijk van toepassing [is] op Vlaamse regelgeving, voor zover dit bij decreet wordt bepaald en volgens de voorwaarden die naar aanleiding daarvan worden gesteld. Andersluidende regels in Vlaamse regelgeving hebben steeds voorrang”.

In de memorie van toelichting wordt hieromtrent het volgende gesteld:

“Het [kaderdecreet bestuurlijke handhaving] treedt in werking na de tiende dag van de publicatie in het Belgisch Staatsblad. Als kaderregeling staat zij vanaf dan ter beschikking van de sectorale regelgeving, die geheel of gedeeltelijk tot het kader kan toetreden. Dit toetreden vereist een uitdrukkelijke, decretale implementatiebepaling, waarin bepaald wordt of het [kaderdecreet bestuurlijke handhaving] geheel of slechts gedeeltelijk van toepassing wordt gesteld, en hieraan zo nodig voorwaarden worden gesteld.

Bij gedeeltelijke van toepassingstelling zullen deze voorwaarden doorgaans noodzakelijk zijn om de convergentie tussen de regeling van het inhoudelijke decreet en de bepalingen van het kaderdecreet die van toepassing worden gesteld, te verzekeren, en meer bepaald een brug te leggen tussen de begrippen en procedures van het inhoudelijke decreet enerzijds, en de van toepassing gestelde onderdelen van het [kaderdecreet bestuurlijke handhaving] anderzijds.

Zowel bij gehele als gedeeltelijke van toepassingstelling, kan het inhoudelijke decreet daarnaast nog steeds blijven voorzien in regelingen, die afwijken van het [kaderdecreet bestuurlijke handhaving]. Dergelijke andersluidende bepalingen hebben steeds voorrang, ook al werd het [kaderdecreet bestuurlijke handhaving] principieel van toepassing gesteld. Na de van toepassingstelling functioneert het [kaderdecreet bestuurlijke handhaving] in zijn verhouding tot het inhoudelijke decreet bijgevolg als aanvullend recht, volgens de regel ‘*lex specialis derogat legi generali*’.”

De gemachtigde voegde hier nog aan toe dat de decreetgever artikel per artikel kan bepalen welke onderdelen van het aan te nemen decreet van toepassing zijn. Wat de toepasselijkheid van de bepalingen van hoofdstuk 5 van het voorontwerp betreft, verklaarde hij:

“De onmiddellijke inning en aanhorigheden maken geen deel uit van het standaardinstrumentarium van het KBH, en worden pas van toepassing wanneer het inhoudelijk decreet zulks uitdrukkelijk bepaalt, desgevallend onder de voorwaarden die

daarbij bijkomend worden gesteld. Dit houdt in dat ook wanneer het volledige KBH zonder voorbehoud van toepassing wordt gesteld, hoofdstuk 5 toch maar toepassing zal vinden wanneer het inhoudelijk decreet hiervoor uitdrukkelijk kiest. Het is dan aan de inhoudelijke decreetgever om de concrete nood aan deze figuur te kaderen. (MvT, p. 66-67).”

22.2.1. Omtrent de voormelde regeling moet het volgende worden opgemerkt.

22.2.2. Met het voorontwerp wordt “de stroomlijning van het bestuurlijke handhavingsrecht” beoogd. De vraag rijst of die doelstelling wel kan worden bereikt nu het volgens de ontworpen regeling niet alleen mogelijk wordt om het voorontwerp geheel van toepassing te verklaren, of bepaalde hoofdstukken ervan, maar ook om artikel per artikel te bepalen of ze al dan niet van toepassing zijn op een bepaalde Vlaamse regelgeving. Op die manier wordt geen einde gemaakt aan wat in de memorie van toelichting “een ‘kaleidoscopische’ proliferatie van regelingen” wordt genoemd “op alle niveaus, in alle rechtsdomeinen, van verschillende tijdstippen en van divers allooi, die niet alleen leidde tot rechtsonzekerheid door ondoorzichtigheid, maar ook tot rechtsonzekerheid door onvolledigheid”. Integendeel, elke bepaling van het voorontwerp dreigt te verworden tot het zoveelste aanbouwsel van een juridische koterij.

In die omstandigheden kan ook moeilijk gewag worden gemaakt van een kaderdecreet, alleszins niet in de betekenis van een decreet dat zich grotendeels beperkt tot het bieden van een rechtsgrond voor het uitwerken van een beleid door de Vlaamse Regering, zonder zelf de inhoudelijke krachtlijnen van dat beleid in elk detail vast te stellen,⁶⁷ maar ook niet in een ruimere betekenis van een decreet dat de algemene beginselen bevat die op een bepaalde aangelegenheid van toepassing zijn. Integendeel, door de ontworpen regeling bestaat het risico op een erg gedifferentieerde toepasselijkheid naargelang de Vlaamse regelgeving in kwestie, en op onduidelijkheid over de verhouding tot bestaande bepalingen in die regelgeving.⁶⁸

22.2.3. De decreetgever zal, wanneer hij het aan te nemen decreet gedeeltelijk van toepassing verklaart op een bepaalde regeling, en bijgevolg bepaalde artikelen buiten toepassing laat, het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie in acht moeten nemen. Door het aan te nemen decreet immers niet geheel van toepassing te verklaren, kan een verschil in behandeling ontstaan, inzonderheid wanneer bepaalde waarborgen waarin het voorontwerp voorziet, zoals het recht op inzage in de stukken van het bestuurlijk opsporingsonderzoek,⁶⁹ niet van toepassing worden verklaard, zonder dat in de Vlaamse regelgeving in kwestie al in

⁶⁷ Adv.RvS 32.844/3 van 23 april 2002 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 21 maart 2003 ‘betreffende de armoedebestrijding’, opmerking 3, *Parl.St.* VI.Parl. 2001-02, nr. 1230/1.

⁶⁸ Zie ook opmerking 22.2.4.

⁶⁹ Artikel 6, § 2, van het voorontwerp.

gelijkaardige waarborgen wordt voorzien.⁷⁰ Indien hiervoor geen verantwoording zou bestaan, zou een dergelijke regeling niet bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.⁷¹

22.2.4. De ontworpen regeling dreigt evenzeer te leiden tot de “rechtsonzekerheid door ondoorzichtigheid” waarover in de memorie van toelichting wordt geklaagd. Dat is inzonderheid het geval nu naar luid van artikel 3, eerste lid, tweede zin, van het voorontwerp, wanneer het aan te nemen decreet geheel of gedeeltelijk van toepassing wordt verklaard op een bepaalde regelgeving, de andersluidende regels in die regelgeving steeds voorrang hebben. Bijgevolg kan er niet worden afgegaan op een bepaling in een decreet die het aan te nemen decreet van toepassing verklaart op een bepaalde regelgeving, zelfs niet wanneer het om een gehele van toepassingverklaring zou gaan: er zal vervolgens moeten worden nagegaan of er in die regelgeving geen “[a]ndersluidende regels” voorkomen.

Deze weinig transparante manier van wetgeving wordt nog problematischer gelet op de ruime omschrijving van het begrip “Vlaamse regelgeving” in artikel 2, 19°, van het voorontwerp. Naar luid van die bepaling worden hiermee de normen bedoeld “die rechtstreeks op de rechtsonderhorige van toepassing zijn en die een aangelegenheid regelen waarvoor het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap bevoegd is”. Volgens de memorie van toelichting moet “[h]et begrip ‘regelgeving’ (...) in de meest ruime zin worden begrepen, en omvat [het] niet alleen decreten, hun uitvoeringsbesluiten en daaruit afgeleide voorschriften, maar ook Europese verordeningen, internationale verdragen met rechtstreekse werking, federale regelgeving, samenwerkingsakkoorden en zelfs zogenaamde ‘geformaliseerde afspraken’, dit zijn deugdelijk bekendgemaakte regels die gelden als interpretatie van na te leven normen”. Er zal bijgevolg in alle voormelde normen moeten worden nagegaan of ze geen “[a]ndersluidende regels” bevatten om te kunnen bepalen of een artikel van het aan te nemen decreet dat op een bepaalde regelgeving van toepassing wordt verklaard, onverkort kan worden toegepast.

Bovendien lijkt dit ertoe te kunnen leiden dat, met name, besluiten van de Vlaamse Regering of ministeriële besluiten voorrang hebben op bepalingen van het aan te nemen decreet die van toepassing worden verklaard op een bepaalde regelgeving. Hieromtrent ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

“Art. 3, 1^{ste} lid *in fine* KBH verwoordt enkel de regel ‘lex specialis derogat legi generali’. Gelet op de fundamentele aard van de in het KBH opgenomen regels, kunnen daarvan afwijkende regels alleen in Vlaamse regelgeving voorkomen in de mate waarin daartoe minstens een decretale (of wettelijke: zie infra) grondslag bestaat.”

Het voorgaande neemt niet weg dat mits een duidelijke rechtsgrond, de ontworpen regeling er wel degelijk toe kan leiden dat aan een uitvoeringsbesluit voorrang wordt verleend op

⁷⁰ Omgekeerd kan het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, of andere fundamentele rechten en vrijheden, juist vereisen dat sommige artikelen van het voorontwerp niet van toepassing worden verklaard op een bepaalde regeling, bijvoorbeeld omdat ze voor de aangelegenheid in kwestie een niet te verantwoorden inmenging met een grondrecht inhouden: zie opmerking 25.3.

⁷¹ Gelet op de in opmerking 24.1 aangehaalde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zou het alvast niet bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet dat de artikelen 59 en 60 van het voorontwerp niet van toepassing worden verklaard op een Vlaamse regelgeving die ten aanzien van dezelfde feiten in een strafsancie en een administratieve sancie voorziet, zonder de rechter de mogelijkheid te geven rekening te houden met verzachtende omstandigheden of uitstel van tenuitvoerlegging te verlenen.

het aan te nemen decreet, en dit ofschoon dit decreet van toepassing wordt verklaard op de regelgeving waarvan het uitvoeringsbesluit deel uitmaakt.

Ten slotte rijst de vraag wanneer er gewag kan worden gemaakt van “andersluidende regels”. Zo bepaalt artikel 16, tweede lid, 1°, van het decreet van 3 mei 2013 ‘betreffende de bescherming van de verkeersinfrastructuur in geval van bijzonder wegtransport’ bijvoorbeeld dat de wegeninspecteurs in het kader van de uitoefening van hun opdracht bevelen kunnen geven aan de bestuurders, terwijl naar luid van artikel 11, 4°, van het voorontwerp de toezichthouder met betrekking tot vervoermiddelen de bestuurder *en de begeleider* kan bevelen *het vervoermiddel stil te houden en over te brengen naar een door hem aangewezen plaats*. Enerzijds is de eerstvermelde bepaling ruimer, vermits de bevoegdheid van de wegeninspecteurs om bevelen te geven niet inhoudelijk is beperkt; anderzijds is het personele toepassingsgebied van diezelfde bepaling enger, vermits de wegeninspecteurs enkel aan de bestuurder, en niet aan de begeleider, bevelen kunnen geven. Indien het aan te nemen decreet van toepassing wordt verklaard op het decreet van 3 mei 2013, welke van de twee bepalingen moet dan worden toegepast? Of vloeit uit artikel 3, eerste lid, tweede zin, van het voorontwerp in zo’n geval een samenlezing van de twee bepalingen voort?

22.2.5. Uit wat voorafgaat vloeit voort dat minstens in artikel 3, eerste lid, van het voorontwerp de tweede zin, naar luid waarvan andersluidende regels in Vlaamse regelgeving steeds voorrang hebben, moet worden weggelaten en dat wanneer bij decreet het aan te nemen decreet geheel of gedeeltelijk van toepassing wordt verklaard op een Vlaamse regelgeving, de bepalingen van die regelgeving hiermee in overeenstemming moeten worden gebracht. Wanneer de decreetgever voorrang wil verlenen aan bepalingen van die regelgeving die niet bestaanbaar zijn met wat in sommige artikelen van het voorontwerp wordt bepaald, zal hij ervoor moeten zorgen dat die artikelen van het aan te nemen decreet niet van toepassing worden verklaard op de regelgeving in kwestie.⁷²

B. Het onderscheid tussen bestuurlijk toezicht en strafrechtelijke en bestuurlijke opsporing

23.1. Naar luid van artikel 27, eerste lid, 2°, van het voorontwerp vangt het bestuurlijk opsporingsonderzoek wat inbreuken betreft aan van zodra er na het ontstaan van een redelijk vermoeden van inbreuk handelingen worden gesteld als vermeld in artikel 2, 3°, van het voorontwerp, zijnde het geheel van de handelingen die ertoe strekken bestuurlijk sanctioneerbare feiten, hun dader en de bewijzen ervan op te sporen, en gegevens te verzamelen die dienstig zijn voor de bestuurlijke vervolging. Uit artikel 20, § 1, eerste en derde lid, van het voorontwerp vloeit voort dat het bestuurlijk toezicht en het bestuurlijk opsporingsonderzoek in elkaar kunnen overlopen: volgens het eerste lid van die bepaling beëindigt de toezichthouder weliswaar het toezicht als hij redelijkerwijze kan vermoeden dat een misdrijf of inbreuk in de zin van de Vlaamse regelgeving waarop hij toezicht houdt is gepleegd, maar in het derde lid wordt daaraan toegevoegd dat met betrekking tot de vermoede inbreuken, de toezichthouder onmiddellijk het bestuurlijk opsporingsonderzoek aanvangt in de mate waarin hij daarvoor bevoegd is.

⁷² Voor zover dat laatste bestaanbaar is met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie: zie opmerking 22.2.3.

Het zal in dat geval evenwel niet altijd duidelijk zijn of een toezichthouder handelt in het kader van het bestuurlijk toezicht, dan wel in het kader van een bestuurlijk opsporingsonderzoek. Dat is des te meer het geval nu de bestuurlijke opsporingsagenten voor het bestuurlijk opsporingsonderzoek beschikken over de toezichtsrechten vermeld in hoofdstuk 2 van het voorontwerp.⁷³ Het onderscheid is nochtans van belang vermits in het kader van het toezicht een actieve medewerkingsplicht geldt,⁷⁴ terwijl in het kader van het bestuurlijk opsporingsonderzoek een verdachte nooit verplicht is om belastende verklaringen over zijn deelname aan het misdrijf of de inbreuk af te leggen.⁷⁵

Gevraagd om toelichting in het licht van het voorgaande, heeft de gemachtigde het volgende verklaard:

“Het onderscheid tussen toezicht en opsporing vloeit voort uit de rechtspraak van EHRM m.b.t. het in art. 6 E.V.R.M. vervatte recht op een eerlijk proces en meer in het bijzonder het nemo tenetur – beginsel. Van zodra bewijzen worden verzameld in functie van het doen opleggen van een straf of bestuurlijke sanctie, is sprake van een strafrechtelijk of bestuurlijk opsporingsonderzoek, en dienen de waarborgen van dit beginsel in acht te worden genomen.

Met het ‘redelijk vermoeden van het bestaan van een inbreuk’ wordt voor bestuurlijke opsporing eenzelfde cesuur gehanteerd als voor de strafrechtelijke opsporing. Dit is logisch, omdat het Europeesrechtelijk in beide gevallen gaat om onderzoeksdaten i.f.v. ‘a criminal charge’. (zie MvT, p. 11)

Het scharnierpunt is een feitelijk gegeven, waaraan noodzakelijk enige onzekerheid is verbonden.⁷⁶ Om de daaraan verbonden risico’s te minimaliseren, wordt uitgegaan van de eenheid van de vaststellingsketen, waarbij de in het kader van toezicht toegekende bevoegdheden onder welbepaalde restricties ook bij de strafrechtelijke en bestuurlijke opsporing kunnen worden ingezet. Vaststellers die de hoedanigheden van toezichthouder, agent of officier van gerechtelijke politie en /of bestuurlijke opsporingsagent cumuleren, kunnen daardoor in twijfelgevallen op veilig spelen, en zich beperken tot de inzet van toezichtrechten, met inachtneming van de restricties die voor de toepassing van deze rechten door het decreet zijn vastgelegd voor de fase van de strafrechtelijke en bestuurlijke opsporing. Binnen deze grenzen is het onderscheid tussen toezicht en opsporing dan niet langer relevant.

Omdat zij zijn ingegeven door hetzelfde nemo tenetur-beginsel, zijn deze restricties identiek voor zowel de strafrechtelijke als de bestuurlijke opsporing. De verdachte mag niet (onder dreiging van de sancties voor verhindering van toezicht) verplicht worden om belastende verklaringen omtrent zijn deelname aan het misdrijf af te leggen, en is geenszins verplicht om wilsafhankelijke informatie te verstrekken.”

⁷³ Zie artikel 28, § 1, van het voorontwerp.

⁷⁴ Zie artikel 16 van het voorontwerp.

⁷⁵ Zie artikel 28, § 2, van het voorontwerp.

⁷⁶ *Voetnoot van het aangehaalde antwoord*: Zie bv. Cass. 12 december 2017, rolno. P161104N: “Het staat aan de rechter te oordelen of rekening houdend met de concrete elementen van de zaak de aan een toezichthouder verstrekte informatie van die aard is dat zij een redelijk vermoeden van misdrijf doet ontstaan. Uit het enkele feit dat een toezichthouder een aangifte heeft ontvangen en dat hij als gevolg van die aangifte gericht zoekt, volgt niet noodzakelijk dat er een redelijk vermoeden van misdrijf is en dat de door de toezichthouder verrichte handelingen onderzoekshandelingen zijn van een opsporingsonderzoek.”

23.2. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft in het verleden al erkend dat vooral in de sociaal-economische wetgeving, het onderscheid tussen bestuurlijke politie en gerechtelijke politie niet altijd op een duidelijke wijze te maken valt en er tussen beiden interferenties bestaan, maar heeft eraan toegevoegd dat beide bevoegdheden het best goed worden afgelijnd ten aanzien van elkaar.⁷⁷ Hetzelfde geldt voor het onderscheid tussen bestuurlijk toezicht en bestuurlijke opsporing en vervolging.

In tegenstelling tot wat de gemachtigde aanvoert, wordt hieraan niet tegemoet gekomen door het gegeven dat bestuurlijke opsporingsagenten over de toezichtsrechten vermeld in hoofdstuk 2 beschikken. Vermits ze die rechten uitoefenen in het kader van een bestuurlijk opsporingsonderzoek, blijft het om opsporingshandelingen gaan, die ertoe strekken bestuurlijk sanctioneerbare feiten, hun daders en de bewijzen ervan op te sporen. Maar omdat de toezichthouder en de bestuurlijke opsporingsagent over dezelfde bevoegdheid beschikken, zal het voor een persoon die in eerste instantie het voorwerp uitmaakt van een bestuurlijk toezicht, en vervolgens van een bestuurlijk opsporingsonderzoek, niet vanzelfsprekend zijn te weten welke zijn rechten precies zijn, zeker niet wanneer de toezichthouder overeenkomstig artikel 20, § 1, derde lid, van het voorontwerp bevoegd is om, na het toezicht beëindigd te hebben, *onmiddellijk* het bestuurlijk opsporingsonderzoek aan te vangen.

Om dit te verhelpen lijkt alleszins vereist dat wanneer een toezichthouder zijn toezicht beëindigt omdat hij vermoedt dat een misdrijf of inbreuk is gepleegd, hij de persoon die het voorwerp uitmaakt van het toezicht hiervan verwittigt, vooraleer hij het bestuurlijk opsporingsonderzoek aanvangt.⁷⁸

23.3. Hetzelfde geldt voor het onderscheid tussen het bestuurlijk toezicht en het strafrechtelijk opsporingsonderzoek. In artikel 21, § 1, tweede lid, van het voorontwerp wordt immers bepaald dat de toezichthouder, na het toezicht te hebben geëindigd als hij redelijkerwijze kan vermoeden dat een misdrijf is gepleegd, onmiddellijk het strafrechtelijk opsporingsonderzoek aanvangt in de mate waarin hij daarvoor bevoegd is, en naar luid van artikel 25, § 1, van het voorontwerp beschikken de agenten of officieren van gerechtelijke politie die op grond van het aan te nemen decreet worden aangesteld, ook over de toezichtsrechten vermeld in hoofdstuk 2 van het voorontwerp.⁷⁹

C. De bestuurlijke opsporing en vervolging en het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie

24.1. Wanneer de decreetgever oordeelt dat sommige tekortkomingen aan wettelijke verplichtingen beteugeld moeten worden, behoort het volgens de vaste rechtspraak van het

⁷⁷ Adv.RvS 33.832/1 van 24 april 2003, algemene opmerkingen, opmerking 2; adv.RvS 45.699/1 van 15 januari 2009, algemene opmerkingen, opmerking 2; adv.RvS 48.747/1 van 28 oktober 2010, opmerking bij artikel 2.

⁷⁸ Vgl. artikel 29, § 5, van het voorontwerp, waarin wordt bepaald dat als tijdens een onderhoud blijkt dat een getuige een verdachte zou kunnen zijn, het onderhoud wordt beëindigd en de getuige onmiddellijk wordt geïnformeerd over zijn rechten als verdachte.

⁷⁹ Maar wat de bestaansbaarheid van die regeling met de bevoegdheidverdelende regels betreft: zie opmerkingen 10.1 tot 10.3.3.

Grondwettelijk Hof tot zijn beoordelingsbevoegdheid te beslissen of het opportuun is om voor strafsancities of voor administratieve sancities te opteren. De keuze van de ene of de andere categorie van sancities kan niet worden geacht op zich een discriminatie in te voeren. Van discriminatie zou slechts sprake zijn indien het verschil in behandeling dat uit die keuze voortvloeit, een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen met zich zou meebrengen.⁸⁰

Zo heeft het Hof geoordeeld dat wanneer de dader voor eenzelfde feit op een alternatieve wijze kan worden gestraft, dat wil zeggen wanneer hij, voor dezelfde feiten, ofwel naar de correctionele rechtbank kan worden verwezen, ofwel hem een administratieve geldboete kan worden opgelegd waartegen een beroep openstaat voor een rechtbank, er in beginsel een parallellisme moet bestaan tussen de maatregelen van individualisering van de straf: wanneer voor dezelfde feiten de correctionele rechtbank een boete kan opleggen die minder bedraagt dan het wettelijk minimum indien verzachtende omstandigheden aanwezig zijn⁸¹ of wanneer uitstel kan worden toegekend,⁸² moet de rechtbank, waarbij het beroep tegen de beslissing om een administratieve sanctie op te leggen aanhangig is gemaakt, in beginsel over dezelfde mogelijkheden van individualisering van de straf beschikken.⁸³ Het voorgaande gaat niet op wanneer feiten enkel met een administratieve geldboete worden bestraft, in welk geval de decreetgever vermag geen verzachtende omstandigheden toe te laten opdat de geldboete haar ontradend karakter zou behouden,⁸⁴ behoudens wanneer dat leidt tot een situatie die als dermate onsamenhangend moet worden beschouwd dat ze leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling.⁸⁵

Het Grondwettelijk Hof heeft tevens geoordeeld dat, voor zover het recht van verdediging in acht wordt genomen, niet op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de personen die worden vervolgd in het kader van een procedure van administratieve sancities door aan een administratieve overheid, de vaststelling, de vervolging en het opleggen van een administratieve sanctie toe te vertrouwen.⁸⁶

24.2. Zoals vermeld leidt artikel 51 van het voorontwerp ertoe dat feiten die aanleiding kunnen geven tot een straf, ook kunnen worden gesancioneerd met een alternatieve bestuurlijke

⁸⁰ Zie o.m.: GwH 14 juli 1997, nr. 40/97, B.2 en B.3.1; GwH 14 juli 1997, nr. 45/97, B.2 en B.3.1; GwH 7 december 1999, nr. 128/99, B.7; GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.2 en B.3.1; GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.3.5; GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.5; GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011, B.23; GwH 14 december 2016, nr. 159/2016, B.6.

⁸¹ Artikel 85 van het Strafwetboek.

⁸² Zie de wet van 29 juni 1964 ‘betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie’.

⁸³ Zie: GwH 14 juli 1997, nr. 40/97, B.7.1; GwH 14 juli 1997, nr. 45/97, B.7.1; GwH 7 december 1999, nr. 128/99, B.8; GwH 20 juni 2007, nr. 86/2007, B.8; GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011, B.32.2 (wat de verzachtende omstandigheden betreft); GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, B.7.1; GwH 20 juni 2007, nr. 86/2007, B.10.3; GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.4.1; GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.30.1; GwH 11 oktober 2018, nr. 138/2018, B.6.1 (wat het uitstel betreft).

⁸⁴ GwH 6 december 2000, nr. 127/2000, B.11.6; GwH 14 december 2016, nr. 159/2016, B.8.

⁸⁵ GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, B.20.

⁸⁶ GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011, B.26.

sanctie. Uit de voormelde rechtspraak vloeit voort dat het in dat geval mogelijk moet zijn uitstel te verlenen of rekening te houden met verzachtende omstandigheden.

De ontworpen regeling lijkt hier op voldoende wijze rekening mee te houden. In artikel 59 van het voorontwerp wordt immers bepaald dat bij verzachtende omstandigheden de beboetingsinstantie een lagere bestuurlijke geldboete kan opleggen dan het in de Vlaamse regelgeving bedoelde minimum. In artikel 60 van het voorontwerp wordt in een regeling voorzien volgens welke de bestuurlijke geldboete geheel of gedeeltelijk kan worden opgelegd met uitstel van tenuitvoerlegging.

Vermits de Raad van State met volle rechtsmacht oordeelt over de beroepen tegen de eindbeslissing over de bestuurlijke vervolging,⁸⁷ zal ook hij over dezelfde mogelijkheden van individualisering van de bestuurlijke geldboete beschikken.

24.3. Gelet op de procedurele waarborgen voor de vervolgingsinstantie en de beboetingsinstantie waarin het voorontwerp voorziet, kan ook worden aangenomen dat het recht van verdediging in acht wordt genomen, zodat niet op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de personen die door die instanties worden vervolgd of gesanctioneerd.

24.4. Om de redenen uiteengezet in opmerking 5.1, wordt in artikel 6, § 2, van het voorontwerp ook tegemoet gekomen aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof volgens dewelke de onmogelijkheid om een beroep in te stellen tegen de ontstentenis van een beslissing of de weigering van het openbaar ministerie ten aanzien van een verzoek om toegang tot een dossier in het strafrechtelijk opsporingsonderzoek, niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

24.5. Desalniettemin zal ook ten aanzien van andere aspecten van de bestuurlijke opsporing moeten worden nagegaan of de keuze voor administratieve sancties niet kan leiden tot een verschil in behandeling dat niet redelijk is verantwoord.

Zo wordt in artikel 61, 2°, van het voorontwerp weliswaar in een verjaringsregeling voorzien voor inbreuken (drie jaar vanaf de dag waarop de inbreuk is gepleegd), maar wordt er bepaald dat de verjaring wordt gestuit door daden van onderzoek of van vervolging die verricht worden binnen de voormelde termijn, waardoor de feiten in sommige gevallen slechts na zes jaar zullen verjaren. Gevraagd of hierdoor geen onredelijk verschil in behandeling kan ontstaan in vergelijking met sommige strafrechtelijke overtredingen, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“De verjaringstermijnen zijn te onderscheiden van de redelijke termijn. Verjaring leidt tot het verval van de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie (art. 61, 2°). De overschrijding van de redelijke termijn leidt tot de mogelijkheid om ofwel geen ofwel een sanctie lager dan het minimum op te leggen (art. 59).

Daarmee voorziet het KBH in voldoende waarborgen. De duur van de verjaringstermijn wordt afgesloten op een gewogen gemiddelde, dat ook rekening moet houden met het gegeven dat sommige inbreuken wel degelijk zwaarwichtig kunnen zijn. (zie ook bijlage I, randnr. 91) Wanneer de uitzonderlijke lichtheid of ernst van een

⁸⁷ Artikel 69 van het voorontwerp.

welbepaald type inbreuk dat vereist, kan het inhoudelijke decreet steeds opteren voor een afwijkende regeling, met een verkorting dan wel een verlenging van de verjaringstermijn.”

Op het ogenblik dat artikel 61, 2°, van het voorontwerp op een Vlaamse regelgeving van toepassing wordt verklaard, zal er inderdaad moeten worden op toegezien dat de feiten die in de regelgeving worden gesanctioneerd, niet van die aard zijn dat de verjaringsregeling waarin die bepaling voorziet, tot een verschil in behandeling leidt dat niet redelijk kan worden verantwoord.

D. Inmenging in grondrechten

25.1. Sommige toezichtsrechten waarin wordt voorzien in hoofdstuk 2 van het voorontwerp, evenals de bevoegdheden waarover de bestuurlijke opsporingsagenten of de vervolgingsinstantie beschikken, houden een inmenging in de door Grondwet of het EVRM.

Om bestaanbaar te zijn met de voormelde grondwets- en internationale verdragsbepalingen, is onder meer vereist dat die inmenging wordt toegestaan door een voldoende precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte in een democratische samenleving en dat zij evenredig is met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling.⁸⁸

25.2. Wat die laatste vereiste betreft, wordt in artikel 9, § 4, tweede lid, van het voorontwerp bepaald dat een toezichthouder alleen gebruik maakt van de bevoegdheden vermeld in hoofdstuk 2 van het voorontwerp als dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van zijn taak.

Hieruit blijkt dat de toezichthouders bij de uitoefening van hun bevoegdheden het evenredigheidsbeginsel in acht moeten nemen. Dat wordt bevestigd in de memorie van toelichting, waarin omtrent artikel 9 van het voorontwerp het volgende wordt gesteld:

“De toezichtrechten kunnen niet onbeperkt worden ingezet. Voor alle rechten geldt dat ze worden toegekend en slechts kunnen worden gebruikt voor een welomschreven opdracht (finaliteit) en voor zover dat redelijkerwijze nodig is voor de vervulling van de toezichtopdracht (proportionaliteit).”

Hetzelfde geldt voor het bestuurlijk opsporingsonderzoek. Artikel 26, § 5, tweede lid, van het voorontwerp bepaalt immers dat een bestuurlijk opsporingsagent alleen van zijn bevoegdheden gebruik maakt als dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van zijn taak. Ook bij de bestuurlijke sanctionering moet het evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen.⁸⁹

Op die manier wordt verzekerd dat bij de toepassing van de ontworpen regeling zowel de toezichts- als de vervolgings- en de beboetingsinstantie het evenredigheidsbeginsel zullen moeten naleven.

⁸⁸ Zie bv. GwH 19 juli 2018, nr. 104/2018, B.22.1 (wat artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM betreft).

⁸⁹ Zie artikel 55 van het voorontwerp.

Gelet op het belang van dit beginsel, strekt het evenwel tot aanbeveling om in artikel 4 van het voorontwerp te bepalen dat de bestuurlijke handhaving ook verloopt in overeenstemming met het evenredigheidbeginsel.

25.3. Het voorgaande neemt niet weg dat de decreetgever, wanneer hij overeenkomstig artikel 3 van het voorontwerp het aan te nemen decreet geheel of gedeeltelijk van toepassing verkaart op een bepaalde Vlaamse regelgeving, zal moeten nagaan of het toekennen van welbepaalde toezichts- of opsporingsrechten wel degelijk nodig is en evenredig met de door dat decreet nagestreefde doelstellingen.

Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar het betredingsrecht waarin artikel 10 van het voorontwerp voorziet. Wat bewoonde ruimtes betreft, is een betreding mits voorafgaande machtiging van de politierechter enkel mogelijk tussen 5 uur en 21 uur, tenzij de rechter op gemotiveerd verzoek de betreding ook buiten die uren heeft toegestaan, met opgave van de toezichtsrechten die daarbij mogen worden ingezet en de bijzondere redenen waarom dit enkel buiten die uren doelmatig kan. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft eerder reeds opgemerkt dat het voor sommige misdrijven niet verantwoord zou kunnen zijn om in een dergelijk betredingsrecht te voorzien buiten de uren bepaald in de wet van 7 juni 1969 ‘tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize, huiszoeking of aanhouding mag worden verricht’. Zo heeft de Raad het volgende opgemerkt:

“Alhoewel kan worden aangenomen dat het ter opsporing van bepaalde misdrijven van belang kan zijn dat er te allen tijde een recht van toegang bestaat, rijst de vraag of dat recht met betrekking tot alle sociaalrechtelijke misdrijven waarop die artikelen van toepassing zijn even ruim dient te zijn, en of er bijgevolg in bepaalde gevallen geen uren dienen te worden bepaald waarbinnen het recht van toegang kan worden uitgeoefend, zeker wanneer het gaat om bewoonde plaatsen.

Bij het bepalen van die uren zal een redelijk evenwicht in acht dienen te worden genomen tussen de rechten van de betrokken personen en de noodzaak voor de in het ontwerp bedoelde ambtenaren om hun taak op een doeltreffende wijze te kunnen uitoefenen.”⁹⁰

Bij het van toepassing verklaren van het aan te nemen decreet zal derhalve moeten worden nagegaan of het bestaanbaar is met het evenredigheidsbeginsel dat artikel 10 van het aan te nemen decreet onverkort geldt voor de regelgeving in kwestie, met inbegrip van de mogelijkheid om de betreding toe te staan tussen 21 uur en 5 uur, dan wel of die mogelijkheid moet worden uitgesloten.

Hetzelfde geldt des te meer voor het visitatierecht waarin artikel 30 van het voorontwerp voorziet, gelet op de verdergaande inmenging in het privéleven en op de principiële onschendbaarheid van de woning.⁹¹

⁹⁰ 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 het Sociaal Strafwetboek’, opmerking 2 bij de artikelen 22 en 23 OSSW, *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-3059/001. Zie ook adv.RvS 45.699/1 van 15 januari 2009, opmerking 2.2.

⁹¹ Maar wat de bestaanbaarheid van die regeling met de bevoegdheidsverdelende regels betreft: zie opmerkingen 11.1 tot 11.4.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 6

26.1. Artikel 6, § 1, van het voorontwerp bepaalt dat het bestuurlijk opsporingsonderzoek “geheim” is.⁹²

Van de principiële geheimhouding wordt afgeweken in de tweede paragraaf van dat artikel. Daarin wordt bepaald dat de vervolgingsinstantie de personen die er het voorwerp van vormen inzage “kan” verlenen in de stukken van het bestuurlijk opsporingsonderzoek (of een afschrift ervan ter beschikking stellen) op hun met redenen omkleed verzoek. Bij weigering kan beroep worden ingesteld bij de politierechter.

26.2. Artikel 32 van de Grondwet verleent eenieder⁹³ het recht om elk bestuursdocument te raadplegen en er een afschrift van te krijgen, “behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald door de wet, het decreet of de regel bedoeld in artikel 134”. Met dat artikel is het recht op openbaarheid van bestuur grondwettelijk verankerd. Uitzonderingen op het beginsel van de openbaarheid van de bestuursdocumenten zijn slechts mogelijk onder de voorwaarden vastgesteld door de wet, het decreet of de ordonnantie; zij moeten beperkend worden geïnterpreteerd en moeten kunnen worden verantwoord.⁹⁴

In dat verband merkt het Grondwettelijk Hof ook het volgende op:

“B.16.3. Door het mogelijk te maken dat een wetgever kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden kan worden afgeweken van het beginsel van de administratieve transparantie heeft de Grondwetgever niet uitgesloten dat de toegang tot bepaalde documenten aan voorwaarden wordt gekoppeld of wordt beperkt, voor zover die beperkingen redelijk verantwoord zijn en geen onevenredige gevolgen met zich meebrengen.

In dat opzicht dient te worden onderstreept dat de administratieve transparantie bijdraagt tot het daadwerkelijke karakter van de uitoefening van het recht van beroep van de bestuurden voor de Raad van State of voor de justitiële gerechten.

(...)

B.21.1. Wanneer de Grondwetgever artikel 32 van de Grondwet heeft aangenomen, is onderstreept dat de uitzonderingen op dat recht in beginsel een onderzoek geval per geval van de verschillende aanwezige belangen vereisen : ‘telkens [moet] *in concreto* het belang van de openbaarmaking [...] worden afgewogen tegen het belang beschermd door een uitzonderingsgrond’ (*Parl.St.*, Kamer, 1992-1993, nr. 839/1, p. 5).⁹⁵

26.3. De afwijking van het recht op openbaarheid van bestuur moet dus verantwoord kunnen worden. In de eerste plaats moet kunnen worden uitgelegd waarom het nodig is te werken

⁹² In lijn daarmee wordt bij artikel 81 van het voorontwerp in principe “strikte geheimhouding” opgelegd aan alle personen die informatie verkrijgen op grond van de uitoefening van de aan hen toegekende bevoegdheden.

⁹³ Een persoon die dat grondrecht wil uitoefenen, dient in beginsel geen belang aan te tonen (zie o.m. RvS 28 oktober 2010, nr. 208.563, *Vande Castele*).

⁹⁴ GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, B.14.

⁹⁵ GwH 19 december 2013, nr. 169/2013, B.16.3 en B.21.1.

met een absolute in plaats van met een relatieve uitzondering en in de tweede plaats moet kunnen worden aangetoond dat de draagwijdte van de beslotenheid het grondrecht niet onevenredig beperkt.

Zo besliste het Grondwettelijk Hof bij arrest nr. 167/2018 dat de algemene en absolute uitzondering op het recht op openbaarheid van bestuursdocumenten voor de stukken die Delcredere ontvangt of produceert in het kader van zijn activiteiten ter uitvoering van de bij de wet van 31 augustus 1939 ‘betreffende Delcredere’ opgelegde opdracht van commerciële en financiële aard, een onevenredige beperking inhield van het recht op openbaarheid van bestuursdocumenten, zodat geoordeeld werd dat de uitsluiting van de instelling uit het toepassingsgebied van de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt.

Al kan worden aanvaard dat de bestuurlijke handhaving om redenen van effectiviteit gepaard moet gaan met een hoge graad van geheimhouding, toch valt te betwijfelen of het algemene en vrij absolute geheime karakter zoals vooropgesteld in het voorontwerp in al zijn aspecten noodzakelijk is voor een goede bestuurlijke handhaving.

Zo valt het op dat alleen inzage kan worden verleend aan vervolgde personen, terwijl de geheimhouding ten aanzien van anderen absoluut is. Met name wordt het voor een burger die niet het voorwerp van vervolging is, maar wil nagaan of bij de bestuurlijke handhaving de gelijkheid wordt gerespecteerd,⁹⁶ geen inzage gegund, ook niet als het om afgesloten dossiers gaat die geanonimiseerd kunnen worden. Het is niet duidelijk waarom het nodig zou zijn om het grondrecht ook in dat opzicht te beperken.

26.4. De gemachtigde wees erop dat uit artikel 13, 4°, van het decreet van 26 maart 2004 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’⁹⁷ volgt dat een aanvraag tot openbaarmaking moet worden afgewezen “als het om bestuursdocumenten gaat die uitsluitend ten behoeve van de strafvordering of de vordering van een administratieve sanctie werden opgesteld”.⁹⁸

Deze uitzonderingsgrond is ingevoerd om “te beletten dat het goede verloop van het strafrechtelijk onderzoek terwijl het geschil hangende is, wordt verstoord of dat de rechten van de verdediging worden geschonden”.⁹⁹ Als het geschil niet meer hangende is, lijkt de noodzaak voor verdere geheimhouding dus niet meer te bestaan.

⁹⁶ En die dus onderzoek wil doen naar de gevallen waarin bestuurlijk wordt geseponeerd.

⁹⁷ Zie thans artikel II.34, 4°, van het bestuursdecreet van 7 december 2018.

⁹⁸ Gelet op het verdrag ‘betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden’, gedaan te Aarhus op 25 juni 1998 (hierna: verdrag van Aarhus), en richtlijn 2003/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 ‘inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot intrekking van richtlijn 90/313/EEG van de Raad’, geldt de betrokken bepaling niet als zodanig voor aanvragen die betrekking hebben op milieu-informatie, maar is daarvan een relatieve uitzonderingsgrond gemaakt (zie artikel II.36, § 1, tweede lid, 3°, van het bestuursdecreet van 7 december 2018). De uit het voorontwerp blijkende absolute geheimhouding staat op gespannen voet met de voor België geldende internationaalrechtelijke verplichtingen als het gaat om informatie inzake “milieuaangelegenheden” in de zin van het verdrag van Aarhus of om “milieu-informatie” in de zin van richtlijn 2003/4/EG, overigens allebei brede noties. De overeenstemming zal echter moeten worden onderzocht indien een voorontwerp van decreet wordt voorgelegd waarbij het kaderdecreet van toepassing zou worden verklaard op een dergelijke materie.

⁹⁹ *Parl.St.* VI.Parl. 2002-03, nr. 1732/1, 26-27.

Ook moet worden vastgesteld dat de bepaling waarnaar de gemachtigde verwijst alvast restrictiever is geformuleerd. Zo vallen er niet onder, de bestuursdocumenten die niet uitsluitend werden opgesteld ten behoeve van de strafvordering, maar eventueel wel in een opsporingsonderzoek gebruikt worden.

26.5. De stellers van het voorontwerp zullen dus de beperking van het grondrecht moeten terugnoeien tot wat strikt noodzakelijk is in het licht van de verantwoording die ze menen te kunnen voorstellen voor de ontworpen maatregel.

Artikel 9

27.1. In artikel 9, § 1, van het voorontwerp wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om de voorwaarden te bepalen waaronder personen kunnen worden aangesteld als toezichthouder, om te voorzien in specifieke opleidings- en ervaringsvereisten, en om de toezichtsoopdracht van categorieën van toezichthouders inhoudelijk, geografisch of temporeel te beperken.

Wanneer het toezicht evenwel betrekking heeft op een door de Grondwet aan de decreetgever voorbehouden aangelegenheid, zoals bijvoorbeeld inzake onderwijs, is vereist dat de essentiële elementen van die aangelegenheid in het decreet zelf worden geregeld. In dat geval zal er niet mee kunnen worden volstaan artikel 9, § 1, van het aan te nemen decreet van toepassing te verklaren, maar zal de decreetgever zelf de essentiële elementen moeten bepalen van de voorwaarden waaronder personen kunnen worden aangesteld als toezichthouder, van hun opleidings- en ervaringsvereisten en van de beperkingen van hun toezichtsoopdracht.

27.2. Naar luid van artikel 9, § 4, derde lid, van het voorontwerp mag “[o]nverminderd artikel 9.1 van de verordening 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)”^[100] [hierna: de algemene verordening gegevensbescherming]” het gebruik van toezichtsrechten niet gericht zijn op het inwinnen van informatie over de filosofische, religieuze, politieke, syndicale gezindheid, etnische of sociale origine, het seksuele leven of de gezondheidstoestand.

Artikel 9, lid 1, van de algemene verordening gegevensbescherming, waarnaar die bepaling verwijst, luidt:

“Verwerking van persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond blijken, en verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon, of gegevens over gezondheid, of gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid zijn verboden.”

¹⁰⁰ Vermits ook elders in het voorontwerp naar de algemene verordening gegevensbescherming wordt verwezen (zie de artikelen 74, tweede lid, en 83, derde lid, van het voorontwerp), strekt het tot aanbeveling om die verordening op te nemen in de definities in artikel 2 van het voorontwerp.

Gevraagd waarom, in tegenstelling tot wat het geval voor de geciteerde bepaling, in artikel 9, § 4, derde lid, van het voorontwerp geen gewag wordt gemaakt van genetische of biometrische gegevens, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“De verordening 2016/679 heeft ‘enkel’ betrekking op de verwerking van gegevens, terwijl artikel 9 § 4, 3^e lid van het ontwerp een veel ruimere toepassing heeft, met name het verbod om toezichtrechten te gebruiken op een manier die afbreuk doet aan de intimiteit van een persoon enz.. Het uitoefenen van toezichtrechten behelst veel meer dan enkel de verwerking van gegevens. Ook bij het uitoefenen van de toezichtrechten moeten de verboden in acht worden genomen. Aan de toepassing van de verordening 2016/679 wordt geen afbreuk gedaan zodat het verbod integraal blijft gelden voor elke vorm van gegevensverwerking opgesomd in artikel 9.1 van de verordening.”

Het voorgaande neemt niet weg dat artikel 9, § 4, derde lid, van het voorontwerp een verschil in behandeling doet ontstaan tussen, enerzijds, personen wiens gegevens in het kader van het bestuurlijk toezicht worden verwerkt en waarvan de verwerking van genetische of biometrische gegevens wordt uitgesloten en, anderzijds, personen die het voorwerp uitmaken van een bestuurlijk toezicht waarvan niet is gewaarborgd dat het gebruik van toezichtsrechten niet mag gericht zijn op het inwinnen van genetische of biometrische gegevens. De stellers van het voorontwerp zullen in staat moeten zijn dat verschil in behandeling te verantwoorden in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

27.3. Naar luid van artikel 9, § 4, vierde lid, van het voorontwerp worden de toezichtsrechten uitgeoefend met inachtneming van de Europese, federale en Vlaamse regels rond het beroepsgeheim.

Daargelaten het onprecieze karakter van de verwijzing naar de “Europese, federale en Vlaamse regels”, is die bepaling overbodig: vermits het voorontwerp niet in afwijkende regels voorziet inzake het beroepsgeheim,¹⁰¹ is het niet nodig te bevestigen dat de toezichthouders de regels inzake het beroepsgeheim in acht moeten nemen.¹⁰²

Artikel 10

28. Naar luid van artikel 10, § 5, van het voorontwerp verwittigt de toezichthouder onverwijld het openbaar ministerie indien er aanwijzingen zijn van andere misdrijven dan deze waarvoor de toezichthouder de bevoegdheid en de machtiging heeft om de bewoonde ruimtes te betreden.

Gevraagd wat wordt bedoeld met “aanwijzingen van andere misdrijven”, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“Paragraaf 5 heeft betrekking op misdrijven die niet tot de bevoegdheid van de toezichthouder behoren, maar waarvan n.a.v. de betreding in het kader van toezicht wel aanwijzingen worden aangetroffen. Deze paragraaf is in essentie een verbijzondering van de plicht tot aangifte, bedoeld in art. 29 Sv.

¹⁰¹ Voor zover de decreetgever daartoe bevoegd is.

¹⁰² Zie eerder reeds adv.RvS 61.391/3 van 16 juni 2017, opmerking 19.

De ontdekking van misdrijven die niet tot de bevoegdheid van de toezichthouder behoren, impliceert, voor wat zijn verrichtingen betreft, geenszins een overgang van toezicht naar opsporing.”

Er zou kunnen worden aangenomen dat de verplichting om het openbaar ministerie te verwittigen van “aanwijzingen van andere misdrijven” een ruimere draagwijdte heeft dan de in artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering bepaalde verplichting voor een ambtenaar die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of van een wanbedrijf, om daarvan dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings: de woorden “kennis krijgen van” wijzen op een duidelijke vaststelling, terwijl in het andere geval een loutere aanwijzing volstaat. Indien dat evenwel niet de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp, en de in artikel 10, § 5, van het voorontwerp bepaalde verplichting samenvalt met hetgeen in artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering is bepaald, dan is de eerstvermelde bepaling overbodig.

Bovendien wekken de woorden “misdrijven (...) waarvoor de toezichthouder de bevoegdheid en machtiging heeft om de bewoonde ruimtes te betreden” de indruk dat de toezichthouder specifieke misdrijven opspoorst. Het betredingsrecht kadert echter in het bestuurlijk toezicht dat als doel heeft “de naleving van Vlaamse regelgeving te controleren en die naleving te bevorderen, te beveiligen en te herstellen”¹⁰³ en dat eindigt van zodra de toezichthouder redelijkerwijze kan vermoeden dat een misdrijf of inbreuk in de zin van de Vlaamse regelgeving waarop hij toezicht houdt, is gepleegd.¹⁰⁴ Artikel 10, § 5, van het voorontwerp schept dan ook verwarring en moet worden weggelaten.

Artikel 12

29. Uit artikel 12, eerste lid, 3°, van het voorontwerp vloeit voort dat als de identiteit van een persoon niet kan worden vastgesteld door de betrokkene staande te houden en de voorlegging van identiteitsdocumenten te vorderen, de toezichthouder het recht heeft de identiteit te achterhalen “met andere middelen”.

In advies 45.699/1 van 15 januari 2009 heeft de Raad van State omtrent een gelijkaardige regeling het volgende opgemerkt:

“3.1. Krachtens artikel 4, 2°, b), *in fine*, van het ontwerp kunnen de werkgelegenheidsinspecteurs de identiteit van de in die bepaling bedoelde personen trachten te achterhalen met andere middelen, met inbegrip van het maken van foto’s, filmen video-opnamen. Krachtens artikel 4, 2°, f), van het ontwerp zijn de werkgelegenheidsinspecteurs bevoegd om vaststellingen te doen door middel van de in artikel 4, 2°, b), *in fine*, uitdrukkelijk opgesomde middelen.

3.2. Gelet op de mogelijke implicaties op het recht op privé-leven, dient op limitatieve wijze te worden bepaald welke de in het ontworpen artikel 4, 2°, b), bedoelde

¹⁰³ Artikel 8, eerste lid, van het voorontwerp.

¹⁰⁴ Artikel 20, § 1, eerste lid, van het voorontwerp.

‘andere middelen’ zijn waarmee de identiteit van de erin bedoelde personen mag worden achterhaald, en aan welke voorwaarden het gebruik van die middelen is onderworpen.”¹⁰⁵

Hetzelfde geldt voor artikel 12, eerste lid, 3°, van het voorontwerp.

Artikel 20

30.1. Naar luid van artikel 20, § 2, eerste lid, van het voorontwerp *kan* de toezichthouder van de feiten die hij in het kader van zijn toezicht heeft vastgesteld en op basis waarvan een vermoeden van misdrijf is gerezen, een proces-verbaal opmaken dat aan het openbaar ministerie wordt gericht.

Wanneer in hoofde van de toezichthouder niet louter een *vermoeden* van misdrijf is gerezen, maar hij het misdrijf heeft vastgesteld, dan moet, voor zover het misdrijf in kwestie een misdaad of wanbedrijf betreft, voorrang worden gegeven aan artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering. Artikel 20, § 2, van het voorontwerp moet dan ook worden aangepast zodat de mogelijkheid waarin die bepaling voorziet (“*kan* de toezichthouder (...) een proces-verbaal opmaken dat wordt gericht aan het Openbaar Ministerie”) beperkt wordt tot het geval dat er sprake is van een vermoeden – en niet van een vaststelling – van een misdrijf.¹⁰⁶

30.2. Artikel 20, § 4, van het voorontwerp luidt:

“Van feiten die zowel misdrijven als inbreuken of normschendingen doen vermoeden wordt altijd een proces-verbaal opgemaakt.”

De gemachtigde heeft omtrent die bepaling de volgende toelichting gegeven:

“§4 wil enkel aanduiden dat wanneer inbreuken en / of normschendingen (waarvan de vaststellingen in beginsel worden opgenomen in een verslag van vaststelling: §3, 1^{ste} en 2^{de} lid) worden vastgesteld in samenhang met de vaststelling van een misdrijf, alle vaststellingen in beginsel worden opgenomen in een proces-verbaal.

Deze paragraaf is ingegeven door de bekommernis om de verbalisant niet onnodig te verplichten meerdere akten op te stellen m.b.t. hetzelfde geheel van vaststellingen.

Zij heeft geenszins de bedoeling om in dat geval de mogelijkheid tot waarschuwing in de zin van art. 22 §2 uit te sluiten.”

Om de tekst van het voorontwerp in overeenstemming te brengen met de bedoeling van de stellers ervan, schrijve men dat van feiten die zowel misdrijven als inbreuken of normschendingen doen vermoeden, een proces-verbaal wordt opgemaakt, dat geldt als verslag van vaststelling.

¹⁰⁵ Zie ook: adv.RvS 40.352/1 van 15 juni 2006, opmerking 1 bij de artikelen 25 en 39 OSSW; adv.RvS 52.711/3 van 19 februari 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 19 maart 2014 ‘met betrekking tot de aanwijzing en de bevoegdheden van de personeelsleden van het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle, belast met de nucleaire inspecties’, opmerking 12, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2941/001.

¹⁰⁶ Onverminderd hetgeen in artikel 22, § 2, van het voorontwerp wordt bepaald.

Artikel 26

31. In artikel 26, § 1, van het voorontwerp wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om de voorwaarden te bepalen waaronder personen kunnen worden aangesteld als bestuurlijke opsporingsagenten.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat het om gemeentelijke, provinciale en gewestelijke bestuurlijke opsporingsagenten gaat. In tegenstelling tot hetgeen het geval is voor de agenten van gerechtelijke politie,¹⁰⁷ wordt evenwel niet in de tekst van artikel 26 van het voorontwerp bepaald dat personeelsleden van de gemeente of van de provincie als opsporingsagent kunnen worden aangesteld. Er wordt ook niet geregeld wie hen die hoedanigheid zal verlenen.

Artikel 26 van het voorontwerp moet worden aangevuld met de voormelde elementen.

Artikel 28

32. In artikel 28, § 1, eerste lid, eerste zin, van het voorontwerp schrijve men “de bevoegdheden” (in plaats van “de rechten”) vermeld in hoofdstuk 2, ten einde die zin in overeenstemming te brengen met hetgeen in de tweede zin van dat artikel is bepaald.

Artikel 29

33. In artikel 29, § 2, tweede lid, 4°, van het voorontwerp wordt bepaald dat in de uitnodiging aan een verdachte of getuige moet worden meegedeeld dat hij kan vragen dat een bepaalde opsporingshandeling wordt verricht of een bepaald verhoor wordt afgenomen.

In tegenstelling tot hetgeen het geval is voor het Wetboek van Strafvordering,¹⁰⁸ voorziet het voorontwerp niet in een regeling waarbij een verdachte bijkomende opsporingshandelingen kan vragen.

Ofwel moet artikel 29, § 2, tweede lid, 4°, van het voorontwerp worden weggelaten, ofwel moet er alsnog in een dergelijke regeling worden voorzien.

Artikel 30

34.1. Artikel 30 van het voorontwerp is bijzonder verwarrend opgesteld. De eerste paragraaf van die bepaling heeft betrekking op het betredingsrecht in het kader van een

¹⁰⁷ Zie artikel 23, § 1, van het voorontwerp. Maar zie over die bepaling evenwel opmerking 9.1.

¹⁰⁸ Artikel 61 *quinquies* van het Wetboek van Strafvordering.

bestuurlijke opsporing,¹⁰⁹ terwijl in de tweede en derde paragraaf het visitatierecht wordt geregeld. Paragraaf 4 van die bepaling lijkt dan opnieuw betrekking te hebben op een betreding¹¹⁰ in het kader van een bestuurlijke opsporing, terwijl de vijfde paragraaf betrekking heeft op een zoeking in een informaticasysteem, zonder dat er daarvoor sprake dient te zijn van een betreding of van een visitatie.

34.2. Naar luid van 30, § 1, van het voorontwerp kunnen de door de Vlaamse Regering aangewezen bestuurlijke opsporingsagenten na betrapping op heterdaad met betrekking tot misdrijven of inbreuken die tot hun opsporingsopdracht behoren, onmiddellijk overgaan tot de betreding vermeld in artikel 10 van het voorontwerp, zonder dat daarvoor toestemming of machtiging is vereist en zonder beperking wat het uur van de betreding betreft.

In de memorie van toelichting wordt omtrent deze regeling het volgende gesteld:

“In tegenstelling tot de visitatie, betreft het hier slechts een louter betredingsrecht. Bovendien is de verhindering ervan niet strafbaar, omdat het niet is opgenomen in de toezichtrechten van Hoofdstuk 2. (artikel 82 KBH) Dit betredingsrecht kan m.a.w. noch met geweld noch met straffen of sancties worden afgedwongen, en houdt enkel in dat bij afwezigheid van verzet regelmatig vaststellingen kunnen gebeuren in beschermde plaatsen.”

Het is minstens misleidend – of zelfs ronduit contradictorisch – te bepalen dat na betrapping op heterdaad de betreding mogelijk is zonder toestemming, terwijl in werkelijkheid een dergelijke toestemming wel degelijk vereist zal zijn of dat minstens de betrokkene zich niet verzet tegen de betreding. Vermits de betrokkene de gelegenheid moet worden geboden duidelijk te maken dat hij zich niet verzet tegen de betreding, zal (impliciet) om zijn toestemming moeten worden gevraagd. De draagwijdte van de ontworpen bepaling is dan ook onduidelijk en geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid.

34.3. In artikel 30, § 4, eerste lid, van het voorontwerp wordt bepaald dat “[m]et behoud van de voorwaarden vermeld in dit artikel”, wanneer een bestuurlijk opsporingsonderzoek betrekking heeft op onder meer lokalen aangewend voor beroepsdoeleinden of op de woonplaats van een advocaat of een geneesheer, de bevoegdheden vermeld in de artikelen 10 en 13 tot 18 van het voorontwerp enkel kunnen worden uitgeoefend met een machtiging van de politierechter, behalve wanneer de advocaat of de geneesheer in kwestie hun voorafgaande toestemming geven.

De precieze draagwijdte van de woorden “[m]et behoud van de voorwaarden vermeld in dit artikel” is niet duidelijk. Voor zover daarmee wordt verwezen naar de voorwaarden bepaald in artikel 30, §§ 2 en 3, van het voorontwerp, moet erop worden gewezen dat die voorwaarden betrekking hebben op de visitatie, terwijl artikel 30, § 4, van het voorontwerp de betreding lijkt te viseren. Voor zover het recht op betreding in geval van heterdaad wordt bedoeld (artikel 30, § 1, van het voorontwerp), moet worden herinnerd aan hetgeen hiervoor omtrent die bepaling werd opgemerkt.

¹⁰⁹ Overeenkomstig artikel 28, § 1, van het voorontwerp beschikken de bestuurlijke opsporingsagenten in het kader van de bestuurlijke opsporing over de bevoegdheden vermeld in hoofdstuk 2 van het voorontwerp, waaronder het betredingsrecht waarin artikel 10 voorziet.

¹¹⁰ In artikel 30, § 4, eerste en tweede lid, van het voorontwerp wordt telkens verwezen naar artikel 10 van het voorontwerp, dat betrekking heeft op het betredingsrecht.

Hetzelfde geldt voor artikel 30, § 5, eerste lid, van het voorontwerp.

34.4.1. Uit de memorie van toelichting blijkt dat artikel 30, § 5, van het voorontwerp de regeling van de zoeking in een informaticasysteem, zoals bepaald in artikel 39*bis* van het Wetboek van Strafvordering, overneemt voor de bestuurlijke opsporing.

Bij arrest nr. 174/2018 van 6 december 2018 heeft het Grondwettelijk Hof evenwel artikel 39*bis* van het Wetboek van Strafvordering, ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 25 december 2016,¹¹¹ vernietigd in zoverre daarin niet in een specifieke bepaling is voorzien teneinde het beroepsgeheim van de artsen en de advocaten te beschermen. Het Hof heeft eveneens artikel 39*bis*, § 3, van het Wetboek van Strafvordering vernietigd, omdat de procureur des Konings kon beslissen om een zoeking die is aangevat in een informaticasysteem dat het voorwerp uitmaakt of kan uitmaken van een inbeslagneming, uit te breiden naar een informaticasysteem of een deel ervan dat zich op een andere plaats bevindt dan daar waar de zoeking plaatsvindt en dat door een verbinding kan worden bereikt, zonder dat daartoe een machtiging van de onderzoeksrechter is vereist.

34.4.2. Vermits artikel 30, § 5, van het voorontwerp niet in een specifieke regeling voorziet ten aanzien van de informaticasystemen van artsen en advocaten, gelden de grondwettigheidsbezwaren die het Grondwettelijk Hof heeft geformuleerd ten aanzien van artikel 39*bis* van het Wetboek van Strafvordering, in dit geval evenzeer. Weliswaar is, wanneer de zoeking in een informaticasysteem gebeurt in het kader van een betreding, artikel 30, § 4, van het voorontwerp met betrekking tot de betreding van de beroepslokalen van advocaten of artsen van toepassing, en kan het beroepsgeheim worden gewaarborgd. De zoeking waarin is voorzien bij artikel 30, § 5, lijkt echter verder te gaan dan dat precieze geval en lijkt te kunnen worden uitgevoerd buiten het geval van de betreding van de voormelde beroepslokalen.¹¹²

34.4.3. In tegenstelling tot hetgeen het geval was in artikel 39*bis*, § 3, van het Wetboek van Strafvordering, vloeit uit artikel 30, § 5, van het voorontwerp voort dat een machtiging van de politierechter is vereist voor de zoeking in een informaticasysteem in het kader van een bestuurlijk opsporingsonderzoek.

De vraag rijst of dit in het licht van het voormelde arrest volstaat. Het Grondwettelijk Hof oordeelt immers het volgende:

“B.16.4. Vanwege de ernst van de erdoor teweeggebrachte inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven, kan de maatregel die erin bestaat een zoeking in een informaticasysteem of een deel ervan die is aangevat in een informaticasysteem dat in beslag is genomen of dat door de procureur des Konings in beslag kan worden genomen, uit te breiden naar een informaticasysteem of een deel ervan dat zich op een andere plaats bevindt dan daar waar de zoeking wordt verricht, enkel worden toegelaten onder dezelfde voorwaarden als diegene die gelden in verband met de onderzoekshandelingen bedoeld in B.14.2.”

¹¹¹ Wet van 25 december 2016 ‘houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van strafvordering en het Strafwetboek, met het oog op de verbetering van de bijzondere opsporingsmethoden en bepaalde onderzoeksmethoden met betrekking tot internet en elektronische en telecommunicaties en tot oprichting van een gegevensbank stemafdrukken’.

¹¹² Vgl. GwH 6 december 2018, nr. 174/2018, B.26.2.

De overweging waarnaar het Hof verwijst luidt:

“B.14.2. Krachtens de artikelen 87 en 88 van het Wetboek van strafvordering behoren de huiszoekingen tot de bevoegdheid van de onderzoeksrechter. Krachtens artikel 88*sexies* van hetzelfde Wetboek kan, buiten het geval van ontdekking op heterdaad, alleen de onderzoeksrechter kennisnemen van de inhoud van aan een postoperator toevertrouwde, onderschepte en door de procureur des Konings met toepassing van artikel 46*ter* van hetzelfde Wetboek in beslag genomen post. Krachtens artikel 90*ter* van hetzelfde Wetboek is de onderzoeksrechter bevoegd om ‘niet voor het publiek toegankelijke communicatie of gegevens van een informaticasysteem of een deel ervan met technische hulpmiddelen [te] onderscheppen, er kennis van [te] nemen, [te] doorzoeken en [op te nemen] of de zoeking in een informaticasysteem of een deel ervan [uit te breiden]’.”

De onderzoeksrechter stelt de voormelde onderzoekshandelingen in het kader van het gerechtelijk onderzoek.¹¹³

Het Hof brengt ook arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004 in herinnering waarin het heeft geoordeeld dat de methode van de observatie met gebruik van technische hulpmiddelen om zicht te verwerven in een woning en die van de inkijkoperatie in een private plaats, maatregelen zijn die, wat betreft de ernst van de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven, kunnen worden vergeleken met de huiszoeking en met het afluisteren en opnemen van privécommunicatie en -telecommunicatie, en enkel onder dezelfde voorwaarden kunnen worden toegestaan, dat wil zeggen in het kader van het gerechtelijk onderzoek.¹¹⁴

Het Grondwettelijk Hof lijkt evenwel niet uit te sluiten dat ook in andere gevallen een rechter een zoeking in een informaticasysteem kan toelaten. Zo oordeelt het Hof:

“B.15.4. Het voorafgaand optreden van een onafhankelijke en onpartijdige rechter maakt het mogelijk te waarborgen dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven evenredig is met de vereisten van artikel 22 van de Grondwet en van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

(...)

Bij zijn arrest nr. 178/2015 van 17 december 2015 heeft het Hof, in verband met de uitbreiding van de zoeking in een informaticasysteem, geoordeeld:

‘De uitbreiding van de zoeking in een informaticasysteem is onderworpen aan de voorafgaande machtiging van de strafuitvoeringsrechter, die moet nagaan of voldaan is aan de vereisten inzake wettigheid, proportionaliteit en subsidiariteit en die in het bijzonder erover dient te waken dat niet op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de fundamentele rechten van de betrokkenen.

Om een daadwerkelijke rechterlijke controle te waarborgen, moet de magistraat [die het strafrechtelijk uitvoeringsonderzoek voert], wanneer hij een machtiging vraagt aan de strafuitvoeringsrechter, ook de reikwijdte van de uitbreiding van de zoeking in een informaticasysteem aangeven, zodat wordt

¹¹³ Zie ook GwH 6 december 2018, nr. 147/2018, B.15.5, waar gewag wordt gemaakt van “het principe volgens hetwelk de tijdens het strafonderzoek uitgevoerde onderzoeksmaatregelen die een schending inhouden van individuele rechten en vrijheden, in beginsel slechts kunnen worden verricht in het kader van een gerechtelijk onderzoek”.

¹¹⁴ GwH 6 december 2018, nr. 174/2018, B.15.4.

verhinderd dat de aantasting van het privéleven potentieel onbeperkt en bijgevolg onevenredig is (EHRM, 9 december 2004, *Van Rossem t. België*, §45) en zodat een controle daarop door de strafuitvoeringsrechter mogelijk is. Een andere interpretatie van de bestreden bepalingen zou niet verzoenbaar zijn met het recht op eerbiediging van het privéleven en de woning' (B.48.4).

(...)"

In het licht hiervan lijkt te kunnen worden aanvaard dat de politierechter de machtiging tot zoeking in een informaticasysteem verleent. Dat is des te meer het geval nu uit artikel 30, § 5, derde lid, van het voorontwerp blijkt dat de uitbreiding van het onderzoek in een informaticasysteem enkel mogelijk is indien deze noodzakelijk is om de waarheid aan het licht te brengen en indien andere maatregelen disproportioneel zijn of indien er een risico bestaat dat zonder deze uitbreiding bewijselementen verloren gaan. De politierechter zal aan de hand van deze criteria kunnen nagaan dat de inmenging in het privéleven die de zoeking in het informaticasysteem inhoudt, evenredig is met het nagestreefde doel.

34.5. Om nadere toelichting gevraagd over de precieze draagwijdte van artikel 30, § 5, achtste en negende lid, van het voorontwerp, antwoordde de gemachtigde:

“De duidelijkheid kan worden verhoogd door de bepalingen te herschrijven. ‘Bij het gebruik van de bevoegdheden, bedoeld in deze paragraaf, worden steeds de passende technische middelen aangewend om de toegang tot deze gegevens in het informaticasysteem, evenals tot de kopieën daarvan die ter beschikking staan van personen die gerechtigd zijn om het informaticasysteem te gebruiken, te verhinderen en hun integriteit te waarborgen.’”

Hiermee kan worden ingestemd.

Artikel 34

35. Naar luid van artikel 34, § 1, van het voorontwerp wordt, als noch de overtreder, noch de onderneming die burgerrechtelijk aansprakelijk voor hem is, een woonplaats, vaste verblijfplaats of maatschappelijke zetel heeft in België en als ze niet instemmen met de onmiddellijke inning van de bestuurlijke geldboete, het bedrag van de bestuurlijke geldboete *verplicht* geïnd en in consignatie gegeven.

De precieze draagwijdte van die verplichting is niet duidelijk. Uit artikel 32, § 1, van het voorontwerp vloeit immers voort dat de toezichthouders of bestuurlijke opsporingsagenten tot onmiddellijke inning *kunnen* overgaan, maar daartoe niet verplicht zijn.¹¹⁵ De vraag rijst of in het in artikel 34, § 1, van het voorontwerp bedoelde geval de toezichthouders of bestuurlijke opsporingsagenten daarentegen wel verplicht zijn om de onmiddellijke inning voor te stellen en om, als de betrokkene daar niet mee instemt tot de inning en consignatie over te gaan. Of kunnen zij in dat geval alsnog oordelen om al dan niet de onmiddellijke inning voor te

¹¹⁵ In de memorie van toelichting wordt dienaangaande het volgende gesteld: “De onmiddellijke inning *laat toe* dat de bevoegde vaststeller de op heterdaad betrapte overtreder ter plaatse voorstelt een in de regelgeving vastgelegd bedrag te betalen.”

stellen, en zijn ze enkel gehouden tot de verplichte inning en consignatie wanneer er geen gunstig gevolg wordt gegeven aan dat voorstel? Dit moet worden verduidelijkt.

Artikel 39

36. In artikel 39 van het voorontwerp schrijve men “strafbaarstellingen in Vlaamse regelgeving” (in plaats van “strafbaarstellingen die worden ingesteld door Vlaamse regelgeving”).

Artikel 50

37. Naar luid van artikel 50, § 4, van het voorontwerp kan aan personen die op het ogenblik van de feiten de volle leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt, alleen een bestuurlijke sanctie worden opgelegd als de Vlaamse regelgeving waarin het misdrijf of de inbreuk wordt bepaald, daarin uitdrukkelijk voorziet.

In de memorie van toelichting wordt hieromtrent het volgende gesteld:

“Standaard is de bestuurlijke sanctionering van minderjarigen uitgesloten. Wanneer dit in een bepaald beleidsveld toch noodzakelijk wordt geacht, dient de sectorale regelgeving dit in een bijzondere regeling en omkleed met de nodige waarborgen mogelijk te maken. Deze optie werd genomen, omdat de bestuurlijke sanctioneringsmogelijkheid van minderjarigen in Vlaamse decreten een absolute lijkt, en voorlopig enkel in het Decreet betreffende toegangsverbod tot voertuigen van de VMM kan worden teruggevonden (art. 18; nog niet in werking getreden).”

In advies 64.292/3 van 8 november 2018 heeft de Raad van State omtrent het voorontwerp dat de laatstvermelde regeling bevatte, opgemerkt dat artikel 40 van het Verdrag inzake de rechten van het kind de verplichting inhoudt om een minimumleeftijd vast te stellen onder welke kinderen niet in staat worden geacht een misdrijf te begaan en dat

“[o]fschoon het verdrag zelf die leeftijd niet bepaalt, (...) er onomstotelijk uit [blijkt] dat de verdragspartijen van oordeel zijn dat er een minimumleeftijd is onder de welke minderjarigen niet kunnen worden bestraft, ook niet door middel van een administratieve geldboete. Het Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties is van oordeel dat die minimumleeftijd twaalf jaar bedraagt.¹¹⁶ Onder die leeftijd kunnen enkel bijzondere beschermingsmaatregelen worden genomen in het belang van het kind.”¹¹⁷

¹¹⁶ Voetmoot 20 van het aangehaalde advies: Comité voor de rechten van het kind, *Observation générale n° 10 (2007) Les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs*, aangenomen te Genève op 15 januari – 2 februari 2007, CRC/C/GC/10, nr. 32.

¹¹⁷ Adv.RvS 64.292/3 van 8 november 2018 over een voorontwerp van decreet houdende diverse bepalingen over het mobiliteitsbeleid, de openbare werken en het vervoer en het verkeersveiligheidsbeleid en VVM De Lijn, opmerking 8.3.

De Raad was tevens van oordeel dat in dat geval de mogelijkheid om een minderjarige onder de leeftijd van twaalf jaar een administratieve geldboete op te leggen die tot 300 euro kon oplopen, de rechten van die minderjarige op onevenredige wijze beperkte.¹¹⁸

Hiermee zal rekening moeten worden gehouden wanneer in een Vlaamse regelgeving met toepassing van artikel 50, § 4, van het voorontwerp in de mogelijkheid wordt voorzien om aan minderjarigen een bestuurlijke sanctie op te leggen.

Artikel 51

38.1. Artikel 51 van het voorontwerp leidt ertoe dat wanneer in een Vlaamse regelgeving waarop deze bepaling van toepassing wordt verklaard, wordt voorzien in een straf, de feiten in kwestie ook kunnen worden gesanctioneerd met een alternatieve bestuurlijke sanctie. Om zich ervan te kunnen vergewissen of dit het geval is, en welke de alternatieve bestuurlijke sanctie dan wel is, moeten evenwel niet minder dan drie bepalingen worden samengelezen: de decretale bepaling die in die straf voorziet, artikel 51 van het aan te nemen decreet, en de decretale bepaling die dat artikel van toepassing verklaart op de eerstvermelde strafbepaling. Een dergelijke handelwijze is niet bijzonder transparant.

38.2.1. In tegenstelling tot hetgeen het geval is voor de misdrijven waarin de decreetgever voorziet, zijn de bepalingen van Boek I van het Strafwetboek niet van toepassing op de bestuurlijke geldboeten waarin de decreetgever voorziet. Artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, naar luid waarvan de bepalingen van Boek I van het Strafwetboek in beginsel van toepassing zijn op de strafbaarstellingen en de straffen waarin de decreetgever voorziet, is immers, zoals reeds vermeld (opmerking 4.1), niet van toepassing op administratieve sancties.

Hetzelfde geldt voor de alternatieve bestuurlijke geldboete waarin artikel 51 van het voorontwerp voorziet.

38.2.2. Gelet op het voorgaande, is het minstens verwarrend te bepalen dat bij het vaststellen van de maximumgeldboete rekening wordt gehouden met artikel 69 van het Strafwetboek (artikel 51, tweede lid, van het voorontwerp). De decreetgever zou veeleer zelf in een regeling moeten voorzien voor het bepalen van de alternatieve bestuurlijke geldboete die medeplichtigen aan een in een decreet bepaald misdrijf verschuldigd zijn. Minstens zou in artikel 51, tweede lid, van het voorontwerp moeten worden geschreven dat bij het bepalen van de maximumgeldboete voor medeplichtigen, dezelfde regels gelden als die bepaald in artikel 69 van het Strafwetboek.

38.3. De bepaling dat bij de berekening van de alternatieve bestuurlijke geldboete geen toepassing wordt gemaakt van artikel 7bis, tweede lid, van het Strafwetboek (artikel 51, vierde lid, van het voorontwerp) is overbodig: vermits Boek I van het Strafwetboek niet van toepassing is op administratieve sancties, geldt dat ook voor artikel 7bis van dat wetboek, dat er deel van uitmaakt. Voor zover het de bedoeling zou zijn te verduidelijken dat ook de in artikel 7bis, tweede lid, van het Strafwetboek vermelde publieke rechtspersonen het voorwerp kunnen

¹¹⁸ *Ibidem*, opmerking 8.4.

uitmaken van een bestuurlijke sanctie, waarvan het bedrag wordt bepaald aan de hand van de regeling vervat in artikel 51, eerste lid, van het voorontwerp, volstaat het erop te wijzen dat in artikel 50, § 2, eerste lid, van het voorontwerp in algemene bewoordingen wordt bepaald dat een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan een rechtspersoon, zonder dat daarbij een uitzondering wordt gemaakt voor publieke rechtspersonen.¹¹⁹

Artikel 62

39. In artikel 62 van het voorontwerp wordt in de mogelijkheid voorzien dat een inbreuk bestuurlijk wordt vervolgd en beboet door de sanctionerende ambtenaar die bevoegd is voor het grondgebied van de gemeente waar het misdrijf of de inbreuk is gepleegd, overeenkomstig de bepalingen van de wet van 24 juni 2013 ‘betreffende de gemeentelijke administratieve sancties’.

In de memorie van toelichting wordt dienaangaande onder meer gesteld dat “de bestuurlijke geldboetes in de zin van art. 62 (...) – in lijn met de algemene regeling van het [kaderdecreet bestuurlijke handhaving]¹²⁰ – niet [kunnen] worden opgelegd aan minderjarigen, tenzij dit uitdrukkelijk in het inhoudelijk decreet zou zijn bepaald (art. 62, 1^{ste} lid *in fine*)”.

Artikel 62, eerste lid, van het voorontwerp bevat evenwel geen regeling in die zin. Er lijkt ook niet te kunnen worden volstaan met artikel 50, § 4, van het voorontwerp, vermits uit de aangehaalde memorie van toelichting lijkt voort te vloeien dat zelfs wanneer in een Vlaamse regelgeving in een bestuurlijke sanctie wordt voorzien ten aanzien van minderjarigen, de mogelijkheid dat de sanctionerend ambtenaar die inbreuk bestuurlijk vervolgt en beboet *bijkomend* moet worden bepaald.

Bijgevolg moet alsnog in een dergelijke regeling worden voorzien.

Artikel 76

40.1. De inleidende zin van artikel 76, § 2, eerste lid, van het voorontwerp valt moeilijk te verstaan. Allicht wordt bedoeld dat de Vlaamse Regering persoonsgegevens en informatie toegankelijk kan maken voor zover dat noodzakelijk is voor een van de doeleinden vermeld in artikel 74, vierde lid, van het voorontwerp. Indien dat het geval is, moet die bepaling in die zin worden aangepast.

40.2. In artikel 76, § 3, schrijve men “artikel II.38 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018”.

¹¹⁹ Desgevallend zou in die bepaling ten overvloede kunnen worden geschreven “een rechtspersoon, met inbegrip van een publieke rechtspersoon”.

¹²⁰ Voetnoot 164 van de aangehaalde memorie van toelichting: Zie de toelichting bij artikel 50, § 4.

Artikel 83

41.1. Ofschoon artikel 83 van het voorontwerp deel uitmaakt van hoofdstuk 18 (“Overgangs- en slotbepalingen”), is dat artikel niet zozeer een overgangsbepaling, maar veeleer een aanvulling op hetgeen in artikel 80 van het voorontwerp wordt geregeld. Die bepaling kan dan ook beter in hoofdstuk 16 (“Bijstand aan OLAF”) worden ondergebracht.

41.2. Artikel 83, derde lid, van het voorontwerp is bijzonder moeilijk te begrijpen. Om die bepaling bevattelijker te maken, zou ze als volgt kunnen worden gesteld:

“Wanneer personeelsleden overeenkomstig het eerste en tweede lid bijstand verlenen aan OLAF, zijn de beperkingen aan de reikwijdte van de verplichtingen en rechten bedoeld in de artikelen 5, 12 tot 22 en 34 van de algemene verordening gegevensbescherming waarin de voormelde andere Vlaamse regelgeving voorziet, eveneens van toepassing.”

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT