

DOSSIER BEHANDELD DOOR
Steundienst van het Openbaar Ministerie
T 02/5557 42 00
Waterloolaan, 76
1000 Brussel
sdaomp@just.fgov.be

verz.: College OM – Waterloolaan 76 – 1000 Brussel

Aan de Heer Geert BOURGEOIS
Minister-president van de Vlaamse Regering
Martelaarsplein 19
1000 Brussel

DATUM
07/09/18

MIJN REFERTE
A.I.0/189

UW REFERTE

BIJLAGE
1

KOPIE AAN
COMP/MJ

BETREFT Advies van het College betreffende het decreet houdende "Kaderdecreet bestuurlijke handhaving" (KBH)

Mijnheer de Minister-President,

Het College van procureurs-generaal ontving in goede orde uw verzoek van 02 juli 2018 om een advies uit te brengen over het decreet houdende "Kaderdecreet bestuurlijke handhaving" (KBH).

Ik maak u hierbij het advies over van het College van procureurs-generaal.

Met de meeste hoogachting,

De procureur-generaal,



C. De Valkeneer
Voorzitter van het College van het openbaar ministerie



Advies betreffende het ontwerp van Vlaamse Codex Bestuurlijke Handhaving

INLEIDEND

Het College van procureurs-generaal heeft op 25 juni 2018 reeds ambtshalve advies uitgebracht aan de minister van Justitie betreffende een eerste ontwerp van Vlaamse Codex Bestuurlijke Handhaving. Dit advies werd besproken tijdens de vergadering van het College met de deelstaten onder voorzitterschap van de minister van Justitie op 28 juni 2018.

Inmiddels werden wijzigingen aangebracht aan het ontwerp die in zekere mate tegemoet komen aan bepaalde bemerkingen die werden gemaakt bij het eerder vermeld advies. Er wordt bijgevolg vertrokken van de bij de formele vraag om advies vanwege de Minister-president van de Vlaamse Regering aan het College overgemaakte (laatste) tekst van het ontwerp van decreet houdende "Kaderdecreet bestuurlijke handhaving" (KBH).

1. Eenvormigheid nastreven door codificatie **a. Algemeen**

Het feit dat een volledige Codex wordt opgesteld waarin de bestuurlijke handhaving volledig zou worden gecodificeerd is toe te juichen en draagt bij tot de rechtszekerheid.

Het Vlaamse milieurecht kan als voorbeeld dienen van zo'n succesvol eengemaakt systeem. Met de toevoeging van een uniform handhavingssluik in het decreet algemene bepalingen milieubeleid van 5 april 1995 (inwerkingtreding in 2008) werd immers de panoplie van verschillende handhavingssystemen in de onderscheiden sectorale milieuwetgevingen opgeheven, wat elke handhavingsector op termijn een duidelijk en eenvoudiger werkkader verschaft. Het is trouwens dit systeem dat op meerdere plaatsen in de teksten van het ontwerp Codex bestuurlijke handhaving doorschemert.

Het willen uitwerken van de rechten van de rechtsonderhorigen tijdens de diverse stadia van de procedure met aandacht voor het wankelmoment waarop het bestuurlijke luik eindigt en de strafrechtelijke opsporing begint, is eveneens een belangrijke stap vooruit voor zover de decreetgever binnen zijn bevoegdheid blijft en geen regels toevoegt aan het strafprocesrecht, iets waartegen soms gezondigd wordt (zie verdere uiteenzetting).

Het voorliggend ontwerpdecreet brengt echter geen sluitende oplossing voor de overgang en het wankelmoment tussen toezicht en opsporing. De uitwerking van de tweedeling of scheiding tussen toezicht en opsporing en de beperking van de bevoegdheid van de toezichthouder op het vlak van het verhoor blijft een belangrijk struikelblok en is zeker niet van aard om alle mogelijke problemen op te lossen. Er wordt hierbij onder meer verwezen naar het punt betreffende de tweedeling van toezicht en opsporing.

Verder is op te merken dat bij vele materies afwijkende regelingen mogelijk blijven in het raam van materie-gebonden decreten waardoor er de facto geen einde komt aan het gebrek aan uniformiteit dat vandaag de dag kan verweten worden aan de Vlaamse regelgeving en dat in de toelichting terecht wordt onderstreept¹. Wat de verhouding tot bestaande regelingen betreft, bepaalt de nota aan de Vlaamse regering immers dat inhoudelijke decreten nog steeds kunnen blijven voorzien in regelingen die afwijken van het KBH en die zelfs voorrang genieten volgens de regel "lex specialis derogat legi generali"².

Vanuit het oogpunt van het openbaar ministerie is het nastreven van uniformiteit over de basisregels van de procedure wenselijk vermits de regelmatigheid van daden gesteld tijdens bestuurlijk toezicht of opsporing ongetwijfeld van essentieel belang is voor de verdere strafrechtelijke behandeling.

Het reeds vermeld uitgangspunt met betrekking tot de inhoudelijke decreten blijft bovendien aanleiding geven tot moeilijk leesbare teksten en zal bij de burger nog lange tijd voor verwarring zorgen. In feite kan de vraag gesteld worden of de Vlaamse regelgeving daardoor nog beantwoordt aan een criterium van behoorlijk bestuur of wetgeving. Het ontwerpdecreet wil het basisdecreet zijn voor de bestuurlijke handhaving van alle Vlaamse regelgeving. Het is dus per definitie abstract omdat men niets zegt over de basisregelgeving (vb. stedenbouw, milieu, dierenwelzijn, enz.). Het gaat om een "aanbouw-decreet". Men gebruikt dus wel algemene bewoordingen zoals vervolgingsinstantie en beboetingsinstantie (zie bijvoorbeeld art. 2, 4°), maar in de praktijk blijft het terrein versnipperd.

Hoewel men het in de memorie heeft over de Vlaamse vervolgingsinstantie blijkt dat er in werkelijkheid meerdere vervolgingsinstanties en beboetingsinstanties zullen zijn vermits men geconfronteerd zal worden met verschillende vervolgings- en beboetingsinstanties naar gelang het betrokken decreet waarvan de handhaving benaastigd wordt. (zie bijvoorbeeld punt 8 van de memorie van toelichting betreffende de organisatie-neutrale functiescheiding tussen toezicht, opsporing, vervolging en beboeting). Combineer dat men een mogelijke klassieke (federale) vervolging voor samenhangende misdrijven (al dan niet via een burgerlijke partijstelling) en de verwarring voor de burger wordt er niet minder groot om.

¹ De nota van de minister-president aan de Vlaamse regering verwijst in de rubriek 3 "Beschrijving van het veld" naar ca. 130 decreten en stelt: "Ook de combinatie van bestuurlijke met strafrechtelijke handhaving neemt zeer diverse vormen aan: er werden niet minder dan 13 varianten in de combinatie gedetecteerd. Het is voor veel beleidsdomeinen moeilijk om zicht te krijgen op de processen-verbaal en de strafrechtelijke vervolging van de misdrijven die in de decreten zijn opgenomen". Zie eveneens de memorie van toelichting p. 9, punt "Aanbouwdecreet": (cit) "In Vlaanderen is de proliferatie aan regelingen het grootst langs de kant van de bestuurlijke maatregelen. Het is dan ook logisch dat in een eerste beweging de codificatie van de bestuurlijke sanctiëring wordt aangevat".

² De nota van de minister-president aan de Vlaamse regering verwijst in de rubriek 5 "Verhouding tot bestaande regelingen"

b. Over onverenigbaarheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid

Op pagina 17 van de memorie wordt expliciet gesteld dat het aanhouden van de onverenigbaarheid tussen de hoedanigheden van vervolgingsinstantie en beboetingsinstantie enerzijds, en de hoedanigheid van toezichthouder, bestuurlijk opsporingsagent en agent of officier van gerechtelijke politie anderzijds slechts een aanbeveling is. Verder wordt gesteld dat "in de mate waarin de organisatiestructuur dit toelaat" de vervolgingsinstantie in meer ernstige zaken beter niet als beboetingsinstantie optreedt in de zaak waarin zij tot vervolging heeft beslist³.

Wat de onafhankelijkheid van de beboetingsinstantie betreft, stelt artikel 64 dat deze instantie bij de concrete uitoefening van haar taken van bestuurlijke sanctionering geen instructies kan (mag) ontvangen van de minister onder wiens gezag ze ressorteert, onverminderd de bevoegdheid van de Vlaamse Regering om algemene richtlijnen van bestuurlijk beboetingsbeleid vast te stellen. Het tweede lid van artikel 64 stelt "*Vervolgingen kunnen maar worden beoordeeld door een beboetingsinstantie die met betrekking tot dezelfde feiten ook is opgetreden vanuit een hoedanigheid van toezichthouder, bestuurlijk opsporingsagent of agent of officier van gerechtelijke politie, wanneer tegen haar beslissing een georganiseerd administratief beroep openstaat bij een beroepsorgaan dat niet beschikt over bevoegdheden op het vlak van toezicht of opsporing*".

Het feit dat de opbouw van een dossier in de fases van toezicht, opsporing, en zelfs vervolging en beboeting door dezelfde handen wordt behandeld levert ongetwijfeld minstens een schijn van gebrek aan onpartijdigheid. Dat het Grondwettelijk Hof oordeelde dat de vaststelling, vervolging en het opleggen van een administratieve sanctie bij dezelfde gespecialiseerde administratieve overheid wordt gelegd niet tot een onevenredige beperking van rechten leidt voor zover het recht van verdediging in acht wordt genomen, lijkt gezien vanuit de evolutie van het recht weinig soelaas te bieden. Immers onderstreept de toelichting terecht dat de bestuurlijke sancties qua zwaarte de klassieke straffen steeds meer zijn gaan benaderen. Bovendien bouwt het ontwerp KBH een volledig parallel systeem van (bestuurlijke) vervolging wat eigenlijk en de facto neerkomt op een parallelle strafvordering. De lege ferenda is de vraag te stellen hoe lang de principes die het Grondwettelijk Hof aanvaardt nog houdbaar zullen zijn.

Het valt dus des te meer te betreuren dat de doelstelling van het ontwerp zich eigenlijk beperkt tot het mogelijk maken van een afbakening van de onderscheiden functies en bijgevolg slechts wil bijdragen tot de bewustwording rond dit thema zonder in te grijpen in de uiteenlopende basisdecreten. De rechtszekerheid is hier zeker niet bij gebaat en de redenen die aangehaald worden om vrede te nemen met

³ Terecht verwijst de memorie van toelichting in voetnoot naar: I. Opdebeek en S. De Somer wijzen in dit verband op rechtspraak van de Franse Conseil Constitutionnel m.b.t. regulatoren in netwerksectoren, waarin wordt nagegaan "*of de fases van vervolging en sanctionering institutioneelwel voldoende van elkaar gescheiden verlopen. Zo niet, wordt het onpartijdigheidsbeginsel, zoals o.a. gewaarborgd door art. 6 E.V.R.M. en / of het beginsel van de scheiding der machten of functies geschonden geacht*". : I. Opdebeek en S. De Somer, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Intersentia, 691.

die toestand die reeds heel lang aansleept overtuigen allerminst⁴. Daardoor lijkt het project meer op een compromis tussen meerdere, niet op elkaar afgestemde administraties.

Indien de eerbiediging van het recht van verdediging uiteindelijk gewaarborgd dient te worden door de beroepsinstantie, die als onbevangen rechter met volle rechtsmacht wordt geacht kennis te nemen van beroepen tegen Vlaamse bestuurlijke sancties, betekent dit een zeer aanzienlijke werklast.

2. Toepassingsgebied

De huidige ontwerptekst van KBH viseert in tegenstelling tot de eerdere versie voornamelijk het "bestuurlijk toezicht" en de "bestuurlijke handhaving". Toch wordt de bestuurlijke handhaving en strafrechtelijke handhaving verweven. In artikel 3 - dat het toepassingsgebied omschrijft - wordt in vergelijking met de eerdere versie van het ontwerp KBH "de opsporing van misdrijven" weggelaten en de toepassing ogenschijnlijk beperkt tot de Vlaamse regelgeving. De memorie van toelichting (p. 21) verwijst in dit verband evenwel naar de definitie van het begrip "Vlaamse regelgeving" dat in de meest ruime zin moet begrepen worden waarbij ook naar de federale wetgeving wordt verwezen.

De toelichting herneemt de volgende ongewijzigde passus uit een vroegere versie (p. 22): *"De beperking van het toepassingsgebied tot de bestuurlijke handhaving, m.i.v. de strafrechtelijke opsporing van misdrijven, neemt bovendien niet weg dat de vaststellingen, gedaan in het kader van bestuurlijk toezicht of bestuurlijke of strafrechtelijke opsporing, zonder onderscheid kunnen worden gebruikt als grondslag voor het vorderen van gerechtelijke maatregelen, het opleggen van bestuurlijke maatregelen, of het nemen van andere beslissingen van burgerlijke of administratieve aard"*.

Dit alles onderstreept nogmaals de moeilijke leesbaarheid van de wettekst. De verdere uitwerking van het ontwerp KBH bevat inderdaad een aantal bepalingen die specifiek betrekking hebben op de strafrechtelijke opsporing van misdrijven, waarmee o.a. verwezen wordt naar hoofdstuk 3 (artikelen 23 - 25). Niet alle bepalingen van dit hoofdstuk behoren echter tot de bevoegdheid van de Decreetgever. Wat dit aspect betreft wordt verwezen naar de verdere uiteenzetting.

Eventueel kan de definitie van "misdrijf" (artikel 2, 9°) verduidelijkt worden door te stellen dat een misdrijf "feiten die op grond van de Vlaamse regelgeving strafrechtelijk gesanctioneerd worden" betreft.

⁴ De memorie van toelichting stelt daarover op p. 17 "Door de onderscheiden functies af te bakenen in bevoegdheidspakketten, maakt de codex een functiescheiding mogelijk en draagt zij bij tot de bewustwording rond dit thema, dat de rechtszekerheid van de burger rechtstreeks aanbelangt. In die zin richt de Codex het blikveld op de toekomst, zonder meteen de revolutie te prediken. De burger is er immers evenmin bij gebaat dat de bestuurlijke handhaving door een plotse verstrenging van het reglementair kader in diverse beleidsvelden tot een feitelijke stilstand zou komen".

3. De terugtrek van het strafrecht als uitgangspunt

In de memorie van toelichting (punt 1.2) vertrekt men van het uitgangspunt dat het strafrecht almaar meer zou terugtrekken als maatschappelijke tendens:

“Zowel op het federale als op het Vlaamse niveau bestaat er een tendens om steeds meer verboden gedragingen uit de strafwet te halen, en af te handelen binnen een bestuurlijk sanctiestelsel”. En verder: “Deze evolutie wordt toegejuicht door het openbaar ministerie als een belangrijk middel tot reductie van de werklust”.

Het Openbaar Ministerie merkt op dat het deze evolutie hoegenaamd niet toejuicht. De werkelijke reden van deze evolutie ligt immers elders.

De verschillende wetgevers lijken immers hoe langer hoe meer elk onderdeel van het maatschappelijk leven te willen regelen, waarbij het aantal strafrechtelijk verboden gedragingen exponentieel toeneemt zonder dat er ooit in bijkomende personeelsmiddelen voor openbaar ministerie en zetel wordt voorzien. Als antwoord op de schijnbaar hoge seponeringsgraad bij de parketten worden dan meerdere administratieve sanctiestelsels in het leven geroepen. Het is maar de vraag of deze systemen op termijn ook niet zullen verzanden ingevolge ontoereikend personeelsbestand als dat al niet het geval is. In dit verband is de vermenigvuldiging binnen de bestuurlijke handhaving van opdrachten aan reguliere politiediensten (bijvoorbeeld opdrachten tot verhoor) een teken aan de wand waarover vooral de lokale politie, die voor 1/3 wordt gesubsidieerd door de federale overheid, regelmatig klaagt.

4. Wat betreft de verwerking van persoonsgegevens

Met betrekking tot de artikelen 12 tot en met 22 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) vermeldt artikel 5 § 2 dat ze niet van toepassing zijn op de verwerking van persoonsgegevens door toezichthouders, in het kader van het opstellen van een proces-verbaal of verslag van vaststelling op grond van artikel 20, of door bestuurlijke opsporingsagenten in het kader van een bestuurlijk opsporingsonderzoek, tijdens de duur van dit toezicht of dit opsporingsonderzoek. Artikel 5, § 3 stelt dan verder dat de periode, vermeld in paragraaf 2, voor wat het bestuurlijk toezicht betreft wordt verlengd met de periode van het strafrechtelijk of bestuurlijk opsporingsonderzoek.

De Raad van State en de Gegevensbeschermingsautoriteit opperden kritiek met betrekking tot een gelijkaardige bepaling in het ontwerp van de federale GBW omdat het op te algemene en ongedifferentieerde wijze de rechten van betrokkenen buiten werking stelt. De vraag is in dat verband te stellen wanneer het toezicht, de bestuurlijke opsporing of het opsporingsonderzoek precies begint en eindigt. Verder en zelfs in de eerste plaats is op te merken dat de decreetgever niet bevoegd is om regels uit te vaardigen met betrekking tot het strafrechtelijk onderzoek.

Artikel 6 stelt dat de toezichthouders, de bestuurlijke opsporingsagenten en de agenten en officieren van gerechtelijke politie, aangesteld op grond van dit decreet, de persoonsgegevens die ze bij de uitoefening van hun opdracht verwerken, niet langer dan nodig is bewaren voor de uitoefening van die opdracht, met een maximum van tien jaar vanaf de datum van de verwerking.

Deze termijn strookt niet met de termijnen die op federaal vlak gelden en kunnen niet aangehouden worden indien deze gegevens worden gebruikt in een strafrechtelijk opsporingsonderzoek. Bovendien bestaan er reeds bewaringstermijnen in de WPA voor wat de leden van de politie betreft. Het lijkt eerder aangewezen om de bewaringstermijn vast te leggen overeenkomstig artikel 44/10 van de wet op het politieambt (dertig jaar). Verder is op te merken dat artikel 6, lid 3 van het voorontwerp onduidelijk is.

5. De terechte weglating van de positieve injunctie als beleidsinstrument in het ontwerp KBH

De eerste ontwerpteksten van het KBH voorzagen de positieve injunctie als algemeen beleidsinstrument. In het advies dat op 25 juni 2018 aan de minister van Justitie werd overgemaakt, en dat besproken werd tijdens de vergadering van het College van procureurs-generaal onder voorzitterschap van de minister van Justitie op 29 juni 2018, werd onderstreept dat de mogelijkheid van systematische en/of beleidsmatige aanwending van de positieve injunctie de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie aantast wat de opsporing en vervolging betreft van een individuele zaak en een schending zou uitmaken van artikel 151 van de Grondwet..

Het College van procureurs-generaal vroeg om die reden de weglating van de desbetreffende bepaling en stelt vast dat in de huidige tekst van het ontwerp KBH die piste inderdaad in artikel 39 werd verlaten. Op artikel 39 tweede (thans enige) lid van het KBH wordt verder ingegaan. Vanuit rechtstatelijk oogpunt blijven de redenen waarom de door artikel 151 van de Grondwet voorziene positieve injunctie een hoogst uitzonderlijke maatregel is die niet kan veralgemeend worden als beleidsinstrument essentieel. Er wordt volledigheidshalve verwezen naar het advies van 25 juni 2018 waarin deze redenen grondig werden uiteengezet.

In het algemeen blijft eveneens op te merken dat het beheer van de capaciteit van de parketten, de hoven en rechtbanken en griffies een aangelegenheid van de federale staat is die tot de verantwoordelijkheid van de federale regering en de minister van Justitie behoort. Er wordt naar de verdere uiteenzetting verwezen inzake het inschakelen van organen/instellingen behorend tot de rechterlijke macht, inzonderheid de politierechter en de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in de ontworpen procedures, en naar artikel 39 tweede lid.

6. Richtlijnen van strafrechtelijk en bestuurlijk opsporings- en vervolgingsbeleid (hoofdstuk 15 – art. 78 e.v.)

Zoals reeds uiteengezet, ontstaat met de creatie van bestuurlijke opsporing en vervolging in werkelijkheid een volledig eigen parallel (bestuurlijk) handhavingssysteem. Wat het strafrechtelijk luik betreft is te verwijzen naar het samenwerkingsakkoord dat op 7 januari 2014 werd ondertekend. In dat samenwerkingsakkoord werden vanuit de bestaande werking van het openbaar ministerie en de cyclische opbouw van het strafrechtelijk beleid bottom-up en top-down samenwerkingsregels gesteld die in de memorie van toelichting worden geciteerd⁵. In tegenstelling tot wat verder in de memorie wordt gesteld is de impact van de deelstaten niet zo beperkt. Een degelijke invulling van dit model van samenwerking verzekert de kwalitatieve opbouw van de noodzakelijk richtlijnen van strafrechtelijk beleid, en dus van opsporing en vervolging.

Het openbaar ministerie betreurt dat het slechts betrokken werd in de eindfase/beslissingsfase van de uitwerking van dit uitermate belangrijk kaderbesluit bestuurlijke handhaving. Belangrijke knelpunten die in dit advies worden opgenomen hadden kunnen besproken worden zoals was overeengekomen in het bovenvermeld samenwerkingsakkoord dat voorziet in een gezamenlijke opbouw van het strafrechtelijk beleid voor de materies die de gemeenschappen en gewesten aanbelangen.

Artikel 78 ontwerp KBH bepaalt dat de Vlaamse regering de algemene richtlijnen van het strafrechtelijk en bestuurlijk opsporings- en vervolgingsbeleid vaststelt nadat ze het advies van het College van procureurs-generaal heeft ingewonnen, verwijzend naar artikel 143 bis van het Gerechtelijk Wetboek. Deze richtlijnen zijn bindend voor de vervolgingsambtenaren en de Vlaamse inspectiediensten.

Volgens artikel 151 van de Grondwet en artikel 11bis van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen mag de Vlaamse regering deelnemen aan de uitwerking van bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid. Evenwel mag de Vlaamse regering niet zelf het strafrechtelijk beleid "vastleggen". Dit moet nog steeds overeenkomstig artikel 143quater Ger.W. door de minister van Justitie gebeuren.

Er is aan te herinneren dat binnen het raam van het bovenvermeld samenwerkingsakkoord de deelname van ambtenaren aan de expertisenetwerken is voorzien en dat dit het geschikte forum is om tijdig en kwaliteitsvol advies te kunnen uitbrengen en daar waar nodig te kunnen bijsturen.

⁵ Memorie van toelichting p. 3: De deelname aan de vergaderingen van het College van procureurs-generaal, in de mate waarin er bindende richtlijnen van strafrechtelijk beleid worden besproken of dergelijke richtlijnen op verzoek van de minister van Justitie verder worden uitgewerkt, en er een verband is met de bevoegdheden van de deelstaten;

De deelname aan de vergaderingen van het College wanneer die betrekking hebben op de vaststelling van de prioriteiten binnen de richtlijnen van strafrechtelijk beleid in het algemeen, met dien verstande dat ze zich enkel uitspreken met betrekking tot hun eigen bevoegdheden;

Een agenderingsrecht m.b.t. de punten 1 en 2;

De deelname aan de expertisenetwerken van ambtenaren en deskundigen, aangeduid door de deelstaten, waarin het voorbereidend werk van de punten 1) en 2) wordt verricht.

7. Inschakelen van organen behorend tot de rechterlijke macht en afhankelijk van federale Staat / Justitie

Artikel 5, § 4 geeft vorm aan een procedure waarbij personen die het voorwerp zijn van een bestuurlijk opsporingsonderzoek inzage / afschrift kunnen vragen van de stukken van het dossier. Uiterlijk zestig dagen na de ontvangst van het verzoek bezorgt de vervolgingsinstantie haar beslissing met een beveiligde zending aan de verzoeker. Bij overschrijding van de termijn van beslissing, of bij gehele of gedeeltelijke weigering van de gevraagde inzage, kan het verzoek binnen vijftien dagen na het verstrijken van de termijn of na de ontvangst van de weigering worden voorgelegd aan de politierechter. De politierechter – waarop reeds beroep wordt gedaan voor de machtigingen inzake visitatie - wordt dus de rechter in hoger beroep tegen beslissingen van de ‘vervolgingsinstantie’. De codex voegt bij deze een soort “rechter van het bestuurlijk onderzoek” in.

* * * * *

Artikel 48 bepaalt dat elke persoon die van oordeel is dat zijn rechten geschaad worden door het bestuurlijk beslag of de verlenging ervan, een beroep kan instellen bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg. De vordering wordt ingesteld en behandeld zoals in kortgeding. Deel IV, boek II, titel VI, van het Gerechtelijk Wetboek is van toepassing op de inleiding en de behandeling van de vordering. De voorzitter controleert de wettelijkheid van het bestuurlijk beslag, alsook de opportuniteit van de verlenging ervan. Hij kan de volledige of gedeeltelijke opheffing van de maatregel bevelen, eventueel onder bepaalde voorwaarden.

Er wordt bijgevolg een “bestuurlijk kortgeding” – naar voorbeeld van artikel 28sexies Sv. – ingevoerd. Vermits de decreetgever niet verantwoordelijk is voor het beheer van het budget van de federale Staat en de capaciteit van de rechtbanken mag aangenomen worden dat het college van de zetel om advies wordt gevraagd. Er worden immers procedures ingesteld die betrekking hebben op een groot aantal zaken en capaciteit van de hoven en rechtbanken zullen opslokken. Afgezien van de problematiek van de capaciteit van de federale justitie is de vraag te stellen naar de bevoegdheid van de decreetgever om procedurevoorschriften op te leggen aan de federale rechterlijke orde.

Er wordt doorheen het decreet gretig gebruik gemaakt van de theorie van de impliciete bevoegdheden om regelgevend op te treden in de federale materie van het strafprocesrecht en het gerechtelijk recht (met zijn overigens onvermijdelijke budgettaire consequenties).

* * * * *

In het aanvankelijk ontwerp KBH werd in art. 39 tweede lid aan de griffies van hoven en rechtbanken opdracht gegeven alle beslissingen i.v.m. Vlaamse regelgeving binnen de beroepstermijn te bezorgen aan de vervolgingsinstelling teneinde “de adviserende rol” van de “vervolgingsinstantie” op het vlak van het “strafrechtelijk injunctierecht” sluitend te maken en artikel 151 Grondwet daadwerkelijk uit te

oefenen (p. 62 vorige versie MVT). Zoals reeds gezegd werd de piste van het (ongrondwettelijk beleidsmatig) injunctierecht terecht verlaten in het huidig ontwerp van KBH. In de huidige versie van het ontwerp KBH wordt artikel 39 tweede lid (dat het enige lid werd) behouden om andere redenen.

De memorie vermeldt daarover (p.63-64): "Aan de griffies van de hoven en rechtbanken wordt de verplichting opgelegd om alle eindbeslissingen op strafgebied, gegrond op strafbaarstellingen ingesteld door Vlaamse regelgeving, te bezorgen aan de door de Vlaamse regering aangewezen entiteit die zal instaan voor de onmiddellijke dispatching naar de bevoegde vervolgingsinstantie. Aangezien de griffies reeds verplicht zijn om dergelijke afschriften af te leveren aan andere instanties, waaronder het openbaar ministerie, is de impact van deze maatregel op de bevoegdheid en de werking van het federale niveau marginaal te noemen. De bezorgde rechtspraak zal bovendien na anonymisering worden opgenomen in de databank, bedoeld in artikel 77, en zo in het kader van de transparantie worden ontsloten voor het grote publiek".

Met de bijzonder uitgebreide lijst van de Vlaamse regelgeving voor ogen⁶ komt deze bepaling neer op het creëren van een nieuw omvangrijk takenpakket dat aan federale instanties (griffies van hoven en rechtbanken) wordt opgelegd zonder dat het Vlaams Gewest hierin qua middelen in het minste moet bijdragen. De vraag is te stellen of de decretale wetgever bevoegd is om dergelijke verplichting op te leggen aan de griffies van hoven en rechtbanken. Bovendien wordt onomwonden gesteld dat de bijkomende werklust marginaal is te noemen, terwijl bij het eerder en in een ander verband overmaken van de lijst Vlaamse strafbaarstellingen aan het openbaar ministerie bleek dat het opvolgen ervan door de parketten onbegonnen werk was en evenmin ICT-matig kon geïmplementeerd worden.

De doelstelling op zich moet afgewogen worden aan de haalbaarheid op het terrein. Dergelijke maatregel dient bij voorkeur het voorwerp uit te maken van onderling af te spreken richtlijnen en zo nodig gradueel ingevoerd te worden. De opname in een decreet als verplichting lijkt een stap te ver en zou minstens vooraf moeten gegaan worden door een overleg met het federale niveau en met de geïmplementeerde bevoegde instanties.

⁶ De nota van de minister-president aan de Vlaamse regering maakt gewag van ca. 130 decreten met handhabingsbepalingen die betrekking hebben op strafrechtelijke dan wel bestuurlijke handhaving en door een projectteam werden geïnventariseerd.

8. Inschakelen reguliere politie

Artikel 19 betreft het vorderen van bijstand van de lokale en federale politie. Gelet op de impact op gebied van capaciteit moet die bijstand op beperkende wijze worden omschreven. Zo zou het gebruik van dwang of geweld de enige redenen moeten (mogen) zijn om bijstand te kunnen vragen.

* * * * *

Volgens de memorie (p. 29) is de reguliere politie bevoegd tot bestuurlijk toezicht op de naleving van Vlaamse regelgeving op grond van artikel 14 wet op het politieambt.

Art. 14 wet politieambt bepaalt:

“Bij het vervullen van hun opdrachten van bestuurlijke politie, zien de politiediensten toe op de handhaving van de openbare orde met inbegrip van de naleving van de politiewetten en -verordeningen, de voorkoming van misdrijven en de bescherming van personen en goederen.

Zij verlenen tevens bijstand aan eenieder die in gevaar verkeert.

Daartoe zorgen zij voor een algemeen toezicht en voor controles op de plaatsen waartoe zij wettelijk toegang hebben, bezorgen zij het verslag van hun opdrachten en de inlichtingen die zij naar aanleiding van die opdrachten hebben ingewonnen aan de bevoegde overheden, voeren zij maatregelen van bestuurlijke politie uit, treffen zij materiële maatregelen van bestuurlijke politie waarvoor zij bevoegd zijn en onderhouden zij contact met elkaar, alsmede met de bevoegde overheidsdiensten”.

Het valt sterk te betwijfelen of artikel 14 WPA wel volstaat om alle politiediensten bevoegd te maken voor het bestuurlijk toezicht op de naleving van de (volledige) Vlaamse regelgeving. Artikel 14 betreft immers de algemene bestuurlijke politiebevoegdheden terwijl de bijzondere bestuurlijke politie en de bevoegdheden van die bijzondere bestuurlijke politieoverheden (kunnen) worden geregeld in sectoriële regelgeving⁷.

In het raam van het bestuurlijke opsporingsonderzoek stelt de memorie van toelichting (p. 54) m.b.t. artikel 26 dat de WPA de reguliere politie enkel uitdrukkelijk bevoegd stelt voor de bestuurlijke opsporing van inbreuken op geregionaliseerde politieregels voor het wegverkeer,⁸ maar dat de Vlaamse Codex Bestuurlijke Handhaving deze bevoegdheid verruimt tot de bestuurlijke opsporing i.v.m. schendingen van de volledige (door de Codex gevatte) Vlaamse regelgeving, door alle personeelsleden van de reguliere politie die voldoen aan de door de Vlaamse Regering bepaalde opleidings- en ervaringsvereisten, van rechtswege⁹ bevoegd te maken voor de bestuurlijke opsporing in de zin van de codex¹⁰. Artikel 26, § 3 bleef ongewijzigd in de laatste versie van het ontwerp KBH

⁷ Zie E. DE RAEDT, A. LINERS, P. ROSSEEL en B. VANN THIENEN, *De Wet op het politieambt*, 20^e ed, handboek van de politiefunctie en politieorganisatie, Brussel, Politeia, 2017, p. 239-240.

⁸ Art. 15 in fine wet politieambt; *Parl. St. Kamer*, 2012-2013, 5-2234/1, 3.

⁹ Artikel 26, § 3 van de ontwerpcodex.

¹⁰ Memorie van toelichting p. 50: (cit) : “Aan de voorwaarden, verbonden aan het daartoe vereiste beroep op artikel 10 BWHL, is om volgende redenen voldaan:

De impact van deze bepaling werd door de memorie sterk gerelativeerd omdat inbreuken volgens deze toelichting van oorsprong doorgaans gedepenaliseerde misdrijven betreffen: de toename van het aantal bestuurlijk op te sporen inbreuken zou daardoor gecompenseerd worden door de afname van het aantal strafrechtelijk op te sporen misdrijven. Bovendien zou het vorderingsrecht van de vervolgingsinstantie tot het doen uitvoeren van bestuurlijke opsporingsdaden enkel gelden 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.

Er is hierbij te verwijzen naar artikel 36 (vordering van bestuurlijke onderzoeksdaden) dat bepaalt dat om het bestuurlijk sanctiedossier te vervolledigen, de vervolgingsinstantie het recht heeft om bevoegde personen, met uitzondering van de politiediensten, vermeld in artikel 2 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, te vorderen om alle voor het bestuurlijk opsporingsonderzoek noodzakelijke handelingen te doen volbrengen. De memorie van toelichting (p. 61) preciseert verder *"Dit verhindert uiteraard niet dat de vervolgingsinstantie bij deze politiediensten informatie of nadere toelichting m.b.t. eerdere toezichts- of opsporingshandelingen kan vragen. Een dergelijke informatievraag is echter niet dwingend, en de politiediensten zijn dan ook niet verplicht om er gevolg aan te geven"*¹¹.

Het bevoegd maken van alle politiediensten (voor zover de ambtenaar beantwoordt aan de opleidings- en ervaringsvereisten) voor het bestuurlijk opsporingsonderzoek, namelijk: het onderzoek

- 1. m.b.t. een misdrijf dat volgt nadat de vervolgingsinstantie, na sepot door het OM, daartoe de opdracht geeft
- 2. m.b.t. een inbreuk van zodra dat er een redelijk vermoeden van een dergelijk inbreuk ontstaat

lijkt een overschrijding te zijn van de bevoegdheid van het Vlaams Gewest. De motivering op pagina 54 e.v. van de memorie kan moeilijk overtuigen. De politie wordt op deze manier direct onder het toezicht van de Vlaamse vervolgingsinstanties geplaatst. Het betekent daarnaast een gigantische bevoegdheidsuitbreiding voor de reguliere politiediensten met alle gevolgen van dien op de capaciteit (en dus ook het federaal te behandelen gemeen en bijzonder strafrecht). De politiediensten dreigen veel meer opdrachten te krijgen vanuit Vlaanderen. Alles wat zij voor hen doen, kunnen zij niet meer voor het OM doen. De vraag is of de decreetgever de bevoegdheid heeft om deze regel uit te vaardigen. Immers voorziet artikel 184 van de Grondwet dat de organisatie en bevoegdheid van de geïntegreerde politie, gestructureerd op twee niveaus bij wet dient geregeld te worden. Over de bevoegdheid van de federale overheid ter zake kan verwezen worden naar het arrest

- 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 onderzoeksdaden van de fase van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek naar de fase van het bestuurlijk opsporingsonderzoek.....

¹¹ Memorie van toelichting p. 57.

van het toenmalig Arbitragehof nr. 12/2004 van 21 januari 2004 (B.S. 24 februari 2004)

Ondanks het niet kunnen toepassen van een vorderingsrecht blijven deze bepalingen immers een aandachtspunt gelet op het feit dat vooral de lokale politie vandaag de dag reeds klaagt meer en meer opdrachten te krijgen kaderend in louter bestuurlijke handhaving, waarbij bijvoorbeeld naar het verhoor van personen wordt verwezen (onder meer in milieuzaken opgestart door een Vlaamse inspectiedienst).

In de nota van de Minister-president aan de Vlaamse Regering wordt een lijst gehecht van de organen/instellingen waaraan advies wordt gevraagd inzake het ontwerp KBH. De politiediensten zijn daar niet in opgenomen. Het is in elk geval aangewezen dat de politiediensten om advies worden gevraagd met betrekking tot het hen "van rechtswege bevoegd maken voor bestuurlijke opsporing" onder weliswaar voorwaarden van opleiding.

9. Opdrachten aan het OM

Artikel 37 van het ontwerp verplicht het OM elk sepot met de redenen mee te delen aan "de vervolgingsinstantie". De decreetgever lijkt niet bevoegd om verplichtingen op te leggen aan het OM zodat de bepaling als ongrondwettelijk voorkomt. Op die manier komt het OM trouwens niet enkel onder toezicht van die diverse Vlaamse vervolgingsinstanties, het creëert ook een belangrijke werklust die opnieuw federaal te dragen is. Gaat het trouwens ook om de "technische sepot"? Bovendien is binnen het openbaar ministerie een denkoefening lopende om het concept "sepot" te herdenken.

Dergelijke mededelingsverplichting bestaat zelfs niet ten aanzien van enige andere federale instantie of minister zodat een ongelijkheid zou worden gecreëerd en/of ook alle voormelde federale instanties (en ook de andere deelstaten) dergelijke communicatie zouden kunnen eisen. Dit is onwerkbaar voor het OM.

* * * * *

Wat het verval van de strafvordering betreft stelt artikel 37 dat op grond van de informatie komende van het openbaar ministerie – namelijk onder meer de reden voor seponering – de vervolgingsinstantie kan beslissen om (onder meer) over te gaan tot een bestuurlijk sepot. Deze beslissing leidt tot het verval van de strafvordering (art. 39, § 3). Hierbij is op te merken dat een beslissing tot sepot van het openbaar ministerie een voorlopig karakter heeft en de zaak steeds kan heropend worden, bijvoorbeeld omdat er nieuwe feiten gepleegd werden of nieuwe gegevens voorhanden zijn die het verderzetten van het opsporingsonderzoek noodzakelijk maken.

Het verval van de strafvordering laten afhangen van de beslissing van de bestuurlijke vervolgingsinstantie staat dus haaks op het strafprocesrecht. Ze is niet enkel op het vlak van opsporing en vervolging doch eveneens beleidsmatig volkomen af te raden. Deze bepaling dient grondig herwerkt te worden.

* * * * *

Het college van procureurs-generaal stelt vast dat de bepalingen betreffende het verzoek tot heroverweging en de sommatie aan het openbaar ministerie terecht werden weggelaten in het huidig ontwerp KBH. Ter zake kan volledigheidshalve verwezen worden naar het advies dat op 25 juni 2018 werd overgemaakt aan de minister van Justitie en dat besproken werd op de vergadering van 28 juni 2018 waarnaar verwezen werd in de aanhef van onderhavig advies.

10. Tweedeling toezicht en opsporing

De uitgebreide bevoegdheden tijdens het toezicht (artikelen 8 tot 22) kunnen bezwaarlijk worden ingevuld zonder het stellen van gerichte vragen. Met de ontworpen regeling beoogt men kennelijk het gebruik van eventueel tijdens de fase van toezicht afgelegde verklaringen (art. 29, § 4) enkel uit te sluiten binnen het raam van een strafrechtelijke vervolging, terwijl een wisselclausule zoals voorzien onder art. 29, § 5 zeker wenselijk zou zijn indien het wankelmoment tijdens het afleggen van dergelijke verklaring zou plaats vinden. De opbouw van het dossier kan immers gegrond zijn op elementen die op dat ogenblik werden vergaard en gediend hebben bij het opstellen van een proces-verbaal, dat in alle transparantie daarnaar zou moeten kunnen verwijzen. In die zin lost de codificatie niet alle problemen op, integendeel.

Het blijft mogelijk dat het toezicht elementen heeft opgeleverd die dienstig zijn voor de strafrechtelijke vervolging maar daardoor aan het zicht onttrokken worden waarbij het recht van verdediging onder spanning komt te staan. De gegeven toelichting maakt dus een zeer theoretische doch juridisch en praktisch onhoudbare scheiding tussen toezicht en opsporing (bestuurlijk of strafrechtelijk) wat betreft het afleggen van een verklaring (toezicht) en een verhoor (opsporing)¹².

Het feit dat de rechten van de betrokken personen afgestemd worden op deze van het strafprocesrecht, inzonderheid wat een eventueel verhoor betreft in de opsporingsfase, is een belangrijke stap voorwaarts in het scheppen van rechtszekerheid. Op de problematiek van het afleggen van "een verklaring" tijdens het toezicht versus "een verhoor" tijdens een opsporingsonderzoek dient echter

¹² Memorie van toelichting, p. 12: (Cit) "De onzekerheden, verbonden aan de overgang tussen toezicht en opsporing, worden daardoor sterk gereduceerd. Bij twijfel rond dit "kantelmoment" in een concreet dossier, volstaat het dat de vaststeller die de hoedanigheden van toezichthouder, agent of officier van gerechtelijke politie en / of bestuurlijk opsporingsagent cumuleert, voormelde beperkingen veiligheidshalve in acht neemt.

Voor controle en onderzoek buiten de context van een "criminal charge", meer bepaald in het kader van maatregelen of andere beslissingen van burgerlijke of administratieve aard die geen straf uitmaken in de zin van art. 6 en 7 EVRM, is het onderscheid tussen toezicht en opsporing bovendien niet relevant, wat uitdrukkelijk bevestigd wordt in art. 21 van het ontwerp.

Het onderscheid tussen toezicht en (strafrechtelijke en bestuurlijke) opsporing wordt door de codex m.a.w. niet alleen beter afgelijnd, met dit onderscheid wordt ook pragmatisch omgesprongen. Zowel de rechtsbescherming van de verdachte als de operationele werking van de inspectiediensten worden hierdoor versterkt".

verder gewerkt te worden teneinde een sluitend systeem te hebben dat het recht van verdediging volledig garandeert. De codificatie is wat dat betreft dus onvolledig en zelfs tegenstrijdig. Immers volgt uit artikel art. 29, § 4 dat er wel degelijk verklaringen kunnen afgelegd worden tijdens de toezichtfase – wat zonder enige twijfel correct is – terwijl deze belangrijke opdracht niet werd opgenomen in de omstandige opgave van de bevoegdheden van de toezichthouder (zie de artikelen 8 tot en met 22). Dit betekent dat de aanstellingsbesluiten van toezichthouders genomen overeenkomstig artikel 9, § 2 deze opdracht wel kunnen bevatten waardoor de unificatiebeweging van de codex onderuit wordt gehaald en andermaal verschillende regimes mogelijk blijven met tot gevolg exact dezelfde juridische complicaties die vandaag de dag bestaan en waarop gewezen werd¹³. Dat toezichthouders kunnen verhoren volgt uit het feit dat personen tijdens de controle / het toezicht verklaringen kunnen afleggen. De bevoegdheid te verhoren moet dus opgenomen worden bij de opdrachten van de toezichthouders. De praktijk toont aan dat de problematiek van het al dan niet kunnen verhoren voornamelijk een capaciteitsprobleem is en aangewend werd / wordt om dossiers door te schuiven naar de politie.

Binnen het raam van het opbouwen van een degelijk strafrechtelijk beleid is het essentieel dat de visie die vertolkt wordt in het ontwerp KBH met betrekking tot de mogelijkheid voor een toezichthouder om een verhoor af te nemen – dat bij redelijk vermoeden van een misdrijf uiteraard moet beantwoorden aan de regels van het strafprocesrecht – herzien zou worden. De huidige visie is van aard om mogelijke strafrechtelijke vervolgingen te hypothekeren (kwaliteitsbewaking / waarborgen van rechten) en de samenwerking tussen Federale Staat en Gewest op het vlak van strafrechtelijke opsporingen en vervolging te vertroebelen.

Het college van procureurs-generaal adviseert bijgevolg het afnemen van een verhoor op te nemen in de lijst van de toezichtbevoegdheden en de te waarborgen rechten te definiëren in functie van de bestuurlijke dan wel strafrechtelijke finaliteit van het verhoor. Bovendien dient een wisselclausule ingevoegd te worden ingeval gedurende het verhoor dat wordt afgenomen tijdens de toezichtfase de hoedanigheid van de verhoorde persoon wijzigt omdat een redelijk vermoeden van misdrijf in zijn hoofde is ontstaan. Dit doet niets af aan de mogelijkheid voor de toezichthouder om een waarschuwing te geven gepaard gaande met een termijn van uitvoering.

Wat het afnemen van een verhoor betreft is bovendien op te merken dat een hele procedure ter zake wordt uitgewerkt binnen het raam van hoofdstuk 4 betreffende het “bestuurlijk opsporingsonderzoek”. Deze procedure is in grote mate een kopie van artikel 47 bis Sv. De term “verdachte” is echter verwarrend vermits de procedure kadert in het bestuurlijk opsporingsonderzoek en vervolging en geen strafrechtelijke finaliteit heeft. De term overtreder lijkt dan beter te passen in de gegeven context.

¹³ Zie onder andere de omzendbrief van het College van procureurs-generaal COL 15/2014 met bijlagen.

11. Einde van het bestuurlijk toezicht

Dit punt sluit ook nauw aan bij het vorige dat de tweedeling van toezicht en opsporing behandelt. Indien er een redelijk vermoeden bestaat van het plegen van een misdrijf en de toezichthouder geen gebruik maakt van de mogelijkheid een waarschuwing aan te bieden lijkt het aangewezen dat de toezichthouder – die een gespecialiseerd ambtenaar is – een proces-verbaal opstelt. Op die regel wordt een algemene uitzondering ingeschreven in artikel 20, § 6 dat bepaalt dat: *“Behalve voor de misdrijven, vermeld in artikel 82¹⁴, kan de bevoegdheid tot het opstellen van een proces-verbaal of een verslag van vaststelling met betrekking tot misdrijven en inbreuken worden uitgesloten in de toezichtopdracht van de toezichthouder. In dat geval doet de toezichthouder die tijdens de uitoefening van zijn toezichtopdracht een vermoedelijk misdrijf of een vermoedelijke inbreuk vaststelt, daarvan aangifte bij respectievelijk het Openbaar Ministerie of de vervolgingsinstantie. Bij de aangifte voegt de toezichthouder een administratief verslag van zijn bevindingen”.*

Deze bepaling staat haaks op de gedachte van codificatie en eenvormigheid en zou best weggelaten worden. Het is immers ten zeerste aangewezen in het belang van de kwaliteit van de strafprocedure (of bestuurlijke procedure) die erop zou gegrond zijn dat de toezichthouder een proces-verbaal opmaakt indien hij een misdrijf vaststelt (vanaf het bestaan van een redelijk vermoeden van het plegen van een misdrijf). Hetzelfde geldt ingeval de toezichthouder overeenkomstig artikel 22 een waarschuwing heeft gericht 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, en de termijn tot regularisatie, hetzij de bewijsvoering over de regularisatie wordt genegeerd.

De in het ontwerp KBH opgenomen mogelijkheid de bevoegdheid tot het opstellen van een proces-verbaal uit te sluiten in de toezichtopdracht is niet anders dan de bevestiging van de thans in de inhoudelijke decreten opgenomen uiteenlopende systemen en de rechtsonzekerheid die daardoor heerst. Bovendien botst deze mogelijkheid met de ruime toezichtrechten en de bijzondere kennis en ervaring van de toezichthouders die bij vaststelling van een redelijk vermoeden van een misdrijf de best geplaatste persoon zijn om dit vast te stellen bij proces-verbaal en om een verhoor te organiseren. Essentieel blijft dat de rechten van de betrokken personen correct gewaarborgd worden omdat vanaf dit moment van vaststelling de regels van het strafprocesrecht gelden¹⁵.

In plaats van die strafprocesrechtelijke regels te dupliceren is het in het algemeen aangewezen er expliciet naar te verwijzen. Op dit aspect wordt verder terug gekomen onder het punt betreffende de inmenging in het strafprocesrecht dat tot de federale bevoegdheid behoort (artikel 23 e.v.) .

¹⁴ Dit betreft verhindering van toezicht.

¹⁵ Zie onder andere de omzendbrief van het College van procureurs-generaal COL 15/2014 met bijlagen

* * * * *

Artikel 20, §1, tweede lid van het ontwerp KBH stelt dat met betrekking tot vermoede misdrijven, en met behoud van de toepassing van artikel 22 (betreft de bevoegdheid om een waarschuwing te geven) de toezichthouder onmiddellijk het strafrechtelijk opsporingsonderzoek aanvat "in de mate waarin hij daarvoor bevoegd is". In het licht van hetgeen hierboven reeds werd uiteengezet - onder meer met betrekking tot de tweedeling van toezicht en opsporing - en in het belang van een werkelijke unificatie of codificatie, is het ten sterkste aan te bevelen de bevoegdheid het strafrechtelijk opsporingsonderzoek aan te vatten in hoofde van de toezichthouders als een algemene regel op te nemen in het KBH.

12. Visitatie bij dag en nacht / Informatica-"visitatie"/heterdaad

Artikel 10 heeft betrekking op de "visitatie". Er kan een vraag gesteld worden over de juiste draagwijdte van een visitatie. Mogen documenten worden ingezien, mag een informatica-zoeking gebeuren, mogen vragen gesteld worden en dus een verhoor gebeuren of is het enkel "zoekend rondkijken". Wat is het verschil met een huiszoeking (cf. hieronder). Alleszins blijkt uit de bepaling dat een toezichthouder ook aan opsporing doet, wat dan weer de vraag stelt wanneer het toezicht ophoudt en de "bestuurlijke opsporing" begint.

Artikel 10, § 2, 2° van het ontwerpdecreet regelt de toegang tot bewoonde ruimtes. De politierechter dient daartoe een voorafgaande machtiging te verlenen. Behoudens het geval van schriftelijke toestemming door de persoon die het werkelijk genot heeft van de ruimte, dient de politierechter de visitatie van een bewoonde ruimte vooraf te machtigen. Die machtiging verleent overeenkomstig de bepalingen inzake huiszoeking toegang tussen 5 uur en 21 uur. Artikel 10, § 2, 2° stelt echter verder dat de politierechter op gemotiveerd verzoek een visitatie buiten die uren (dus zelfs bij nacht) kan machtigen in bewoonde ruimten.

Deze bepaling is buitengewoon ruim in vergelijking met de streng gereguleerde gerechtelijke huiszoeking. Art. 1 van de wet van 7 juni 1969 bepaalt dat geen opsporing of huiszoeking in een voor het publiek niet toegankelijke plaats mag worden verricht vóór vijf uur 's morgens en na negen uur 's avonds. Dit verbod vindt geen toepassing:

- 1° wanneer een bijzondere wetsbepaling de opsporing of de huiszoeking 's nachts toelaat;
- 2° wanneer een magistraat of een officier van gerechtelijke politie zich tot vaststelling op heterdaad van een misdaad of wanbedrijf ter plaatse begeeft;
- 3° in geval van verzoek of toestemming van de persoon die het werkelijk genot heeft van de plaats of de persoon bedoeld in artikel 46, 2° van het Wetboek van Strafvordering;
- 4° in geval van oproep vanuit die plaats;
- 5° in geval van brand of overstroming;
- 6° wanneer de opsporing ten huize of huiszoeking betrekking heeft op een misdrijf bedoeld in:

- boek II, titel Iter, van het Strafwetboek, of;
- boek II, titel VI, Hoofdstuk I, van hetzelfde Wetboek, wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat er vuurwapens, explosieven, kernwapens, biologische of chemische wapens, of schadelijke of gevaarlijke stoffen waardoor bij ontsnapping mensenlevens in gevaar kunnen worden gebracht, kunnen worden aangetroffen.

De memorie van toelichting verwijst terecht naar het feit dat zelfs voor andere ruimtes dan woonruimtes er desondanks rekening is te houden met de rechtspraak van het EHRM, die de bescherming van artikel 8 van het EVRM onder bepaalde omstandigheden uitbreidt tot beroeps- en bedrijfslokalen¹⁶. Om die reden bepaalt artikel 10, § 2, laatste lid dat bedrijfsruimten waarin activiteiten met een privé-karakter worden ontwikkeld of waarin vertrouwelijke briefwisseling wordt bewaard, gelijkgesteld worden met bewoonde ruimtes.

De visitatie zal wat de schending van de privacy betreft echter nog een veel ingrijpender karakter vertonen indien ze wordt verricht buiten de gewone uren, 't is te zeggen tussen 21 uur 's avonds en 5 uur 's morgens.

De machtiging van een nachtelijke visitatie wordt in het ontwerpdecreet – behoudens de voorwaarde dat ze het voorwerp moet zijn van een “gemotiveerd verzoek” – aan geen enkel wettelijk criteria / beperking / of voorwaarde onderworpen. De grondwettelijkheid van deze bepaling staat dan ook ter discussie. De inhoud van het gemotiveerd verzoek is immers niet nader bepaald zodat sprake kan zijn van willekeur. Het onderscheid met een huiszoeking wordt flinterdun vermits niet enkel de materie die de grondslag moet vormen van het gemotiveerd verzoek niet nader wordt gepreciseerd, doch evenmin de dringende reden waarom dit tijdens nachtelijke uren moet worden uitgevoerd. Wat de materie betreft verwijst de memorie naar artikel 9, §4 dat bepaalt dat een toezichthouder maar over betredingsrecht en zijn andere bevoegdheden beschikt binnen de perken van zijn toezichtsoverdrachten en daarvan gebruik kan maken “voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is”. Reden te meer om in het Decreet precies te bepalen welke punten moeten opgenomen worden in het gemotiveerd verzoek. Verder kan de vraag gesteld worden of deze maatregel proportioneel kan verantwoord worden voor elke inhoudelijke materie.

Artikel 10, § 4 stelde in een eerste versie dat de toezichthouder altijd toegang heeft tot bewoonde ruimtes als dat noodzakelijk is om dringende redenen ter bescherming van de volksgezondheid of de veiligheid. In de thans voorgelegde versie is dit beperkt tot “dringende redenen bij nakend onheil of ramp”.

De onderlinge speling van de tekst van deze bepalingen leidt wel nog steeds tot de conclusie dat de decreetgever ervan uitgaat dat de machtiging van de politierechter om een nachtelijke visitatie uit te voeren niet eens zou moeten geboden en gemotiveerd zijn op grond van dergelijke redenen die op zich reeds buitengewoon ruim en in zekere zin ook vaag zijn.

¹⁶ Memorie van toelichting p. 35.

Krachtens artikel 11, 3° BWHI kan een decreet de gevallen bepalen waarin een huiszoeking kan plaats hebben. Dit betekent echter niet dat een algemene vrijbrief kan gegeven worden om nachtelijke visitaties uit te voeren op grond van een niet nader omschreven "gemotiveerd verzoek". Deze bepaling lijkt niet te beantwoorden aan de beginselen van proportionaliteit of subsidiariteit die ter zake zouden moeten gelden. Nadere explicitering van de voorwaarden is noodzakelijk. Bovendien voorziet het ontwerp KBH dat alleen het verzoek gemotiveerd moet worden, terwijl de machtiging eveneens met redenen omkleed moet worden. De memorie van toelichting stelt in dat verband wel dat de politierechter in alle gevallen verplicht is om de machtiging tot visitatie en de daaraan verbonden modaliteiten uitdrukkelijk te motiveren (p.39) doch dit dient expliciet in de wettekst te worden omgezet en gepreciseerd.

* * * * *

Artikel 30 bepaalt anderzijds dat de door de Vlaamse Regering aangewezen bestuurlijke opsporingsagenten bij betrapting op heterdaad onmiddellijk kunnen overgaan tot de visitatie, vermeld in artikel 10, zonder dat daarvoor toestemming of machtiging is vereist en zonder beperking voor het uur van de visitatie. Ook daar kan de vraag gesteld worden naar de algemene overzetting uit het strafprocesrecht van het concept heterdaad waarbij op het vlak van het bestuurlijk optreden ongeacht de aard van het misdrijf/inbreuk de meest ingrijpende maatregelen zonder machtiging kunnen aangewend worden.

* * * * *

Artikel 14, § 2 stelt dat de toezichthouder het recht heeft om (zonder voorafgaande waarschuwing de onmiddellijke voorlegging te vorderen en) inzage te nemen in de informatie, gegevens, documenten en informatiedragers, vermeld in paragraaf 1, namelijk alle informatie, documenten en informatiedragers in geschreven, digitale of analoge vorm. Indien dit de toegang tot eender welk ICT-systeem omvat lijkt deze bepaling niet houdbaar in het licht van de rechtspraak van het EHRM. Er kan verwezen worden naar de gedetailleerde regels opgenomen in artikel 39bis Sv.

Artikel 14, § 3 van het ontwerpdecreet voorziet dan weer geen maximumtermijn voor het bij zich houden of meenemen van informatiedragers en documenten om ze te onderzoeken of te kopiëren, wat bijvoorbeeld in zekere mate¹⁷ wel het geval is bij de onderzoeksmaatregelen vermeld in het tweede tot en met vierde lid van art. 15, § 1.

¹⁷ In dat geval geldt een termijn van twee weken waarvan echter om bijzondere redenen kan afgeweken worden.

13. Regels betreffende de anonimiteit

De anonimiteit van indieners van klachten of aangiften omschreven in artikel 7 is te vergaand en te algemeen geformuleerd en lijkt strijdig met de rechtspraak van het EHRM. Deze bepaling stelt dat de identiteit van de aangever of klager alleen mag worden bekend gemaakt wanneer die daar in toestemt, behalve als het gaat om een klachtmisdrijf.

Dit artikel betekent de garantie op misbruik door de malafide aangever/klager zonder gevaar op sanctionering. Bovendien maakt deze bepaling het strafrechtelijk onderzoek naar lasterlijke aangifte onmogelijk, wat buiten de bevoegdheid lijkt te vallen van de decretale wetgever.

14. Sanctioneerbare personen

Artikel 50 bepaalt dat de bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan diegene die het misdrijf of de inbreuk heeft uitgevoerd, er opdracht toe heeft gegeven of er zijn medewerking aan heeft verleend. De memorie (p. 68) stelt dat in het strafrecht de personen die wegens hun deelname aan het misdrijf gestraft kunnen worden, onderverdeeld worden in gedetailleerd omschreven categorieën van daders, mededaders en medeplichtigen. Er wordt opgemerkt dat deze indeling niet strookt met de krachtlijnen van het ontwerp van nieuw Strafwetboek.

Wat de rechtspersonen betreft stelt artikel 50 dat een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan een rechtspersoon voor misdrijven en inbreuken die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, naar blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd. Als de rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan alleen degene die de zwaarste fout heeft begaan, worden veroordeeld. Als de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd, kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden gesanctioneerd.

De tekst van artikel 50 van het ontwerp KBH is voorbijgestreefd en dient aangepast te worden. Er dient verwezen te worden naar de wet van 11 juli 2018 tot wijziging van het Strafwetboek en de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 20 juli 2018.

Artikel 2 van deze wet bepaalt dat (vervanging van artikel 5 Strafwetboek) :

“Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor de misdrijven die hetzij een intrinsiek verband hebben met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, zoals blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd.

Met rechtspersonen worden gelijkgesteld:

- 1° tijdelijke handelsvennootschappen en stille handelsvennootschappen;*
- 2° vennootschappen bedoeld in artikel 2, § 4, tweede lid, van het Wetboek van*

Vennootschappen, alsook handelsvennootschappen in oprichting; 3° burgerlijke vennootschappen die niet de vorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen.

De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersonen sluit die van de natuurlijke personen, die daders zijn van dezelfde feiten of eraan hebben deelgenomen, niet uit.

De wet van 11 juli 2018 schaft met andere woorden de “decumulregel” af. Deze regeling werd in de rechtsleer en de rechtspraak als complex omschreven en was in vergelijking met de buurlanden vrijwel uniek te noemen. Voor het overige wordt naar de volledige tekst van de wet van 11 juli 2018 verwezen.

Artikel 3 van de wet van 11 juli 2018 voegt met betrekking tot publieke rechtspersonen een tweede lid in artikel 7 bis Sw, nl: “Ten aanzien van de Federale Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn kan enkel, met uitsluiting van elke andere straf, de eenvoudige schuldigverklaring worden uitgesproken.”

* * * * *

Wat de bestuurlijke vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen betreft, is verder te verwijzen naar artikel 37 van het voorontwerp. Artikel 37, § 6 van het voorontwerp stelt nogal laconiek dat de vervolgingsinstantie zonder te wachten op het seponeringsbericht van het parket kan beslissen om een bestuurlijk opsporingsonderzoek in te stellen, om over te gaan tot bestuurlijk sepot of om bestuurlijke vervolging in te stellen ten aanzien van rechtspersonen die uitgesloten zijn van strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Deze bepaling is eveneens aan te passen gelet op hetgeen vooraf gaat.

Volgens de memorie heeft het bovendien geen zin om te wachten omdat deze rechtspersonen toch nooit strafrechtelijk kunnen vervolgd worden, stelling die in het licht van bovenvermelde wet van 11 juli 2018 dient herbekeken te worden. In de memorie kan men ook lezen dat men eigenlijk individuele politici wil beschermen tegen bestuurlijke en/of strafrechtelijke vervolging. An sich is dit juist maar deze regeling zal ongetwijfeld tot problemen leiden in de praktijk aangezien er tegelijkertijd een bestuurlijk opsporingsonderzoek en een onderzoek door parket of onderzoeksrechter kan gevoerd worden in die gevallen. Dit is allerminst wenselijk. Er is een groot gevaar op tegenstrijdige opdrachten en op procedurele moeilijkheden in het strafrechtelijk onderzoek¹⁸.

¹⁸ Artikel 37, §8 van het voorontwerp zou bijvoorbeeld als volgt kunnen aangepast worden: “Ten aanzien van rechtspersonen die misdrijven hebben gepleegd en waartegen met uitsluiting van elke andere straf enkel de eenvoudige schuldigverklaring kan worden uitgesproken, kan de vervolgingsinstantie overgaan tot bestuurlijk sepot of bestuurlijke vervolging zonder het seponeringsbericht van het Openbaar Ministerie af te wachten. De vervolgingsinstantie kan slechts beslissen om een bestuurlijk opsporingsonderzoek op te starten wanneer het Openbaar Ministerie de vervolgingsinstantie heeft laten weten dat de noodwendigheden van het onderzoek ten laste van de natuurlijke personen die verdacht worden van de misdrijven gepleegd in de schoot van voormelde rechtspersonen, zich daar niet tegen verzetten”.

Meer in het algemeen rijst de vraag of het aanvaardbaar is (nog los van de vraag of dit überhaupt grondwettelijk mogelijk zou zijn) dat een Vlaamse vervolgingsinstantie en beboetingsinstantie vervolging instelt tegen bijvoorbeeld de federale staat en de federale staat veroordeelt tot bestuurlijke sancties.

15. Inmenging in het strafprocesrecht dat tot de federale bevoegdheid behoort

Hoofdstuk 3 van het ontwerp KBH behandelt het strafrechtelijk opsporingsonderzoek (art. 23 e.v.) .

Artikel 25 § 2 stelt:

“De verdachte is in het kader van een strafrechtelijk opsporingsonderzoek evenwel nooit verplicht om belastende verklaringen af te leggen over zijn deelname aan het misdrijf.

De verdachte is alleen verplicht om informatiedragers en documenten met betrekking tot het misdrijf of de inbreuk voor te leggen of er inzage in te geven, als er geen onzekerheid bestaat over het bestaan van die informatiedragers en documenten”.

De decreetgever is niet bevoegd om bepalingen in te voeren die betrekking hebben op de strafrechtspleging. Zoals de memorie van toelichting stelt (p. 4) is ook na de zesde staatshervorming de *vorm van de vervolging*, bedoeld in art. 12, 2^{de} lid G.W., tot de principiële bevoegdheid van de federale wetgever blijven behoren, ook voor wat betreft de schendingen van decretale regels. De bevoegdheid van de deelstaat blijft beperkt tot de drie uitzonderingen, vermeld in artikel 11, 3^{de} lid BWHI. Op grond van deze bepaling kan het decreet:

- 1) de hoedanigheid van agent of officier van gerechtelijke politie 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;
- 2) de bewijskracht regelen van processen-verbaal;
- 3) de gevallen bepalen waarin een huiszoeking kan plaatshebben.

Bovendien kan in het raam van een strafrechtelijk opsporingsonderzoek krachtens artikel 35 Sv alles in beslag worden genomen dat kan dienen om de waarheid aan de dag te brengen zodat bovenvermelde bepaling (tweede lid) strijdig is met de basisregels van het strafprocesrecht. Bovenvermelde bepalingen dienen bijgevolg weggelaten te worden. Er wordt in herinnering gebracht dat het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 1 oktober 2015 heeft gesteld dat toezichthouders, zodra zij redelijkerwijze kunnen vermoeden dat er een misdrijf werd gepleegd, enkel opsporingshandelingen kunnen stellen. Het spreekt voor zichzelf dat op die opsporingshandelingen de bepalingen van het strafprocesrecht van toepassing zijn.

* * * * *

Artikel 25, § 1 bepaalt “§1. De agenten of officieren van gerechtelijke politie die op grond van dit decreet worden aangesteld, beschikken 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. Ze maken van hun bevoegdheden alleen gebruik als dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van hun taak”.

Hoofdstuk 2 van het KBH heeft precies betrekking op het bestuurlijk toezicht. Deze bepaling lijkt bijgevolg op gespannen voet te staan met de redengeving van het bovenvermeld arrest van het Grondwettelijk Hof van 1 oktober 2015 . Dit Hof stelde uitdrukkelijk dat toezichthouders hun toezichtrechten slechts kunnen aanwenden in de fase van de bestuurlijke handhaving, en niet in de fase van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek dat een aanvang neemt zodra er een redelijk vermoeden van misdrijf bestaat. Daaruit werd afgeleid dat de toezichthouders vanaf dat ogenblik enkel opsporingshandelingen kunnen stellen in hun hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie. De betrokken persoon kan nog uitsluitend het voorwerp uitmaken van opsporingsdaden en niet van toezichtdaden. Dit doet niets af aan het feit dat het toezicht op bestuurlijk vlak verder kan gezet worden doch niet met betrekking tot de reeds vastgestelde misdrijven.

Artikel 25, §1 is bijgevolg te herzien. Bovendien volgt uit deze problematiek de vraag of het niet aangewezen is toezichthouders de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie toe te kennen, waarbij kan verwezen worden naar artikel 23 van het ontwerp KBH.

16. Samenloop/samenhang tussen inbreuken op de Vlaamse regelgeving en federale wetgeving

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 voor 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 (zie arrest hof van beroep Gent, 4^{de} kamer).

Het valt aan te bevelen dat wanneer er samenhang/samenloop is tussen inbreuken op de Vlaamse regelgeving en de federale wetgeving, dat

1. ofwel bestuurlijke vervolging wordt uitgesloten;
2. ofwel in een duidelijke communicatie wordt voorzien tussen het OM en de vervolgingsinstantie waarbij er per regelgeving zou moeten worden nagegaan of het niet aangewezen is om een dubbele bestraffing mogelijk te maken.

17. Protocolakkoorden tussen vervolgingsinstantie en het openbaar ministerie

Artikel 41 van het voorontwerp van KBH bepaalt een mogelijkheid om protocolakkoorden tussen de vervolgingsinstantie en het openbaar ministerie af te sluiten waarbij afspraken worden gemaakt om bepaalde misdrijven in beginsel altijd bestuurlijk te vervolgen. Deze protocolakkoorden hebben voorrang op het door de Vlaamse regering bepaalde opsporings- en vervolgingsbeleid.

Het OM kan wel altijd nog vervolging instellen. Dit moet het dan laten weten binnen de termijn die in het protocolakkoord wordt vastgelegd. Doet het OM dit niet binnen die termijn, dan vervalt de strafvordering (te vergelijken met de GAS2-procedure). Een protocolakkoord is 5 jaar geldig na de goedkeuring ervan door de Vlaamse Regering. Het kan worden opgezegd met in achtneming van een termijn van drie maanden. Deze opzegtermijn is veel te lang. Als het openbaar ministerie van oordeel is dat het een bepaalde soort inbreuken wenst te vervolgen, dan moet het dit onverwijld kunnen doen zonder dat het verplicht is om in iedere zaak een bericht te sturen dat het vervolging wenst in te stellen.

Het verdient ook de aanbeveling om in artikel 41 van het voorontwerp in te schrijven dat, wanneer de strafvordering reeds op gang werd gebracht door een klacht met burgerlijke partijstelling, rechtstreekse dagvaarding of een vordering tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek, er enkel strafrechtelijk kan worden vervolgd door bijvoorbeeld in artikel 41, §1 van het voorontwerp een derde lid toe te voegen dat luidt als volgt: *“De misdrijven, vermeld in het eerste lid, kunnen niet bestuurlijk worden vervolgd wanneer binnen de termijn zoals bedoeld in het vorig lid, de strafvordering reeds werd ingesteld door een klacht met burgerlijke partijstelling, een rechtstreekse dagvaarding of een vordering tot het instellen van een gerechtelijk onderzoek.”*

Wil men het voorontwerp niet aanpassen dan zal het openbaar ministerie er best op toezien dat een gelijkaardige passage in de protocolakkoorden wordt opgenomen.

18. Uitbreiding van het toepassingsgebied van de GAS-wetgeving

De memorie van toelichting stelt met betrekking tot de afdoening van lichte inbreuken met een GAS-boete dat het kaderdecreet ervoor kiest om de sanctionering van inbreuken die slechts met een kleine geldboete kunnen worden gesanctioneerd en alleszins de in de GAS-wet opgenomen bedragen van 350 resp. 175 EURO niet kunnen overstijgen, op te dragen aan de in deze wet bedoelde sanctionerende ambtenaren (p 17). Artikel 62 bepaalt dat als de sanctie die op de inbreuk is gesteld, alleen een bestuurlijke geldboete omvat en de maxima, vermeld in artikel 4, §1, 1° van de wet van 24 juni 2013 betreffende de gemeentelijke administratieve sancties niet overstijgt, de inbreuk bestuurlijk wordt vervolgd door de sanctionerende ambtenaar die bevoegd is voor het grondgebied van de gemeente waar het misdrijf of de inbreuk is gepleegd. Verder stelt artikel 62 dat bestuurlijke toezichthouders bevoegd zijn om die inbreuken vast te stellen en op te sporen, en dat zij daarbij

gebruikmaken van de bevoegdheden voorzien in het hoofdstuk betreffende het bestuurlijk toezicht

De Vlaamse Regering wenst het toepassingsgebied van de GAS-wetgeving bijgevolg uit te breiden. Voor alle inbreuken in de Vlaamse regelgeving waarop er enkel een bestuurlijke geldboete staat die de maxima bepaalt in de GAS-wet niet overstijgt (nl. 175 euro voor minderjarige overtreders en 350 euro voor meerderjarige overtreders) kunnen de sanctionerende ambtenaren GAS-boetes opleggen. Dit worden dus allemaal GAS1-inbreuken. Alle bestuurlijke toezichthouders kunnen deze inbreuken vaststellen en opsporen en kunnen daarbij gebruik maken van alle toezichtrechten die zij hebben volgens hoofdstuk 2 van het voorontwerp.

Toezichthouders hebben het recht om

1. Plaatsen te betreden
2. Vervoermiddelen te onderzoeken (technische karakteristieken, lading, vervoersdocumenten, bestuurders bevelen het voertuig stil te houden en naar een bepaalde plaats te rijden)
3. De identiteit op te nemen, vorderen voorleggen identiteitsdocumenten
4. Inlichtingen te vorderen
5. Onmiddellijke voorlegging vorderen van informatie en daarvan kosteloos een kopie te nemen
6. De aard en omvang goederen te controleren en verifiëren (met inbegrip van verpakking, verzending en productie), monsternamen en proeven en analyse, uitvoering werkzaamheden controleren, financiële en technische uitvoering van projecten te controleren en te verifiëren, verpakkingen te openen
7. Vaststellingen doen met audiovisuele middelen
8. Recht om voorwerpen in bewaring te nemen
9. De politie te vorderen en deskundigen
10. PV's op te stellen

Dergelijke bevoegdheden waarvan er vele klassieke opsporingsbevoegdheden zijn, gaan veel verder dan wat de GAS-wetgeving toelaat. De vraag rijst dan ook of deze regeling wel grondwettelijk zal/kan bevonden worden. Bij de laatste staatshervorming was het uitdrukkelijk de bedoeling dat de GAS-wetgeving federaal zou blijven (zie advies RvSt. Nr. 53.932/AV van 27 augustus 2013 bij voorstel van bijzondere wet met betrekking tot de zesde staatshervorming, Parl. St. Senaat 2012-2013, 5-2232/3, pagina 25). Men mag immers niet vergeten dat er ook hier andermaal een weerslag zal zijn op de federale justitie vermits alle beroepsprocedures inzake GAS hetzij door de politierechter, hetzij de jeugdrechter dienen behandeld te worden. Een stijging van het contentieux voor deze rechters, gezien de +/- 130 Vlaamse decreten waarvan sprake, ligt dus voor de hand.

19. Rechtsbescherming minderjarigen

In het advies van 25 juni 2018 werd erop gewezen dat er vragen rijzen met betrekking tot de rechtsbescherming voor minderjarigen en de onduidelijkheid in welke mate het ontwerp KBH van toepassing zou zijn op minderjarigen.

Aanvankelijk bepaalde artikel 9, §5 van het voorontwerp: *“Als de toestemming van een minderjarige of handelingsonbekwame vereist is voor de uitoefening van de toezichtsbevoegdheden, kan hij die toestemming zelfstandig geven op voorwaarde dat hij tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat is. In het andere geval worden ze uitgeoefend door zijn wettelijke vertegenwoordiger of, in voorkomend geval, zijn opvoedingsverantwoordelijke.”*

Artikel 50, §4 van het voorontwerp: *“Aan personen die op het ogenblik van de feiten de volle leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt, kan alleen een bestuurlijke sanctie worden opgelegd als de Vlaamse regelgeving, waarin het misdrijf of de inbreuk wordt bepaald, daarin uitdrukkelijk voorziet.”*

In het laatste ontwerp KBH werd artikel 9, § 5 weggelaten, artikel 50, § 4 bleef ongewijzigd. De memorie van toelichting stelt daarover thans: *“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 uitzondering lijkt, en voorlopig enkel in het Decreet betreffende toegangsverbod tot voertuigen van de VVM kon worden teruggevonden (art. 18; nog niet in werking getreden)”*

De vraag is inderdaad welke Vlaamse regelgeving op dit ogenblik bepaalt of een minderjarige het voorwerp kan uitmaken van een bestuurlijke sanctie wegens een misdrijf of inbreuk opgenomen in een Vlaamse regelgeving (dit is bijvoorbeeld voorzien in het antidopingdecreet en in de wetgeving van De Lijn).

Het enerzijds volledig weglaten van een algemene regeling en anderzijds doorschuiven naar een of ander inhoudelijk decreet kan sterk bekritiseerd worden. Zelfs indien de Vlaamse regering ervan uitgaat dat het om een absolute uitzondering gaat mag verwacht worden dat in een kaderdecreet dat tot doelstelling heeft een codificatie uit te werken dit delicaat onderwerp zou opgenomen worden. Thans is op geen enkele wijze uitgewerkt hoe de personen die verantwoordelijk zijn voor de minderjarige bij de vervolgings- en de sanctieprocedure zouden worden betrokken en hoe de boete ten laste van de minderjarigen zou kunnen worden geïnd.

Artikel 69 van het voorontwerp KBH verleent een algemeen recht om hoger beroep aan te tekenen bij de Raad van State tegen administratieve eindbeslissingen inzake bestuurlijke vervolging. Bij bestuurlijke geldboetes die niet via de GAS-wet worden afgehandeld, moeten ook de minderjarigen naar de Raad van State gaan om een rechtsmiddel aan te wenden (zie artikel 69 van het voorontwerp). Volgens de rechtspraak van de Raad van State kan een minderjarige echter niet zelf een rechtsmiddel aanwenden. Dit moet door beide ouders worden ingediend (zie arrest

nr. 228.841 van 21 oktober 2014 van de Raad van State). Dergelijke procedureregels dienen bij voorkeur algemeen geregeld te worden in een kaderdecreet.

20. Omzettingsmechanisme voor bestuurlijke geldboetes

Artikel 51 van het voorontwerp bepaalt het omzettingsmechanisme voor de berekening van de bestuurlijke alternatieve geldboete (bestuurlijke geldboete voor misdrijven die niet strafrechtelijk vervolgd worden). Deze regeling staat niet op punt. Voorbeeld: een minimumboete van 500 euro moet vermenigvuldigd worden met het getal van de minimumgevangenisstraf. Er zijn echter heel wat bepalingen in de Vlaamse regelgeving die de minimumgevangenisstraf op 8 dagen zet waardoor er geen minimumboete kan berekend worden.