ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 49.947/2/V
DU 27 JUILLET 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Secrétaire d'État à la Politique de migration et d'asile, adjoint à la Ministre chargée de la Politique de migration et d'asile, et en ce qui concerne la Coordination de la Politique de migration et d'asile, adjoint au Premier Ministre, le 5 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers », a donné l'avis suivant :

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si l'avant-projet de loi relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité de déposer un projet de loi devant le Parlement.

*
* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet de loi, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. Transposition de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 16 décembre 2008 'relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier'

1.1. Comme l'indiquent l'exposé des motifs et le tableau de correspondance joints au dossier transmis pour avis à la section de législation du Conseil d'État, l'avant-projet de loi à l'examen constitue une transposition partielle de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 16 décembre 2008 'relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier'(ci-après : directive 2008/115/CE). Plusieurs dispositions législatives ou réglementaires actuelles, dont il est également fait mention dans le

tableau de concordance [1], assurent déjà en effet la transposition de certaines dispositions de cette directive [2].

À l'article 2 de l'avant-projet, le mot « partiellement » sera dès lors ajouté entre les mots « transpose » et « la directive ».

1.2. Il ressort du tableau de correspondance que la transposition des articles 4, § 4, b) et 9, § 1er, a), de la directive 2008/115/CE n'est pas assurée en droit interne. En effet, en regard de ces dispositions, le tableau mentionne l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les articles 4, § 4, b), et 9, § 1er, a), de la directive précitée concernent, d'une part, le respect du principe de non-refoulement dans le traitement accordé aux ressortissants de pays tiers exclus du champ d'application de la directive et, d'autre part, l'obligation pour les États membres de reporter l'éloignement dans le cas où il se ferait en violation du principe de non-refoulement.

L'avant-projet de loi à l'examen doit contenir des dispositions spécifiques visant à transposer ces dispositions de la directive relatives à la prise en compte du principe de non-refoulement. Il ne suffit pas en effet, pour assurer la transposition correcte de la directive, de renvoyer à des normes internationales mais bien d'adopter, en droit interne, les dispositions adéquates.

1.3. Par ailleurs, aucune disposition de l'avant-projet ne transpose l'article 11, § 3, alinéa 1, de la directive 2008/115/CE selon lequel :

> « Les États membres examinent la possibilité de lever ou de suspendre une interdiction d'entrée lorsqu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet d'une telle

---

[1] Afin d'éclairer les membres des assemblées législatives sur la portée de l'avant-projet de loi, il conviendrait de joindre au projet un second tableau de transposition établissant la corrélation entre les dispositions en projet et celles de la directive 2008/115/CE. Ceci permettra notamment de mettre en évidence les dispositions de l'avant-projet qui ne constituent pas, en tant que telles, des transpositions de la directive 2008/115/CE (voir, notamment, les articles 28 et 29 de l'avant-projet).
Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations nos 191 à 193.

[2] Ces diverses dispositions sont énumérées dans la deuxième colonne du tableau de correspondance et font l'objet de commentaires dans les dispositions générales de l'exposé des motifs.
Dans le délai qui lui a été imparti et sous réserve des observations qui suivent, la section de législation n'a pas été à même de s'assurer que les dispositions de l'avant-projet combinées avec les dispositions actuellement applicables en droit interne permettent d'assurer une parfaite transposition de la directive 2008/115/CE. À titre d'exemple, la section de législation suggère que là où il est renvoyé dans la colonne médiane du tableau de correspondance, à l'article 37 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, il soit également fait mention de l'article 74/8, §§ 5 et 6, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, qui renvoie à cet article 37.

interdiction décidée conformément au paragraphe 1, deuxième aliéna, peut démontrer qu'il a quitté le territoire d'un État membre en totale conformité avec une décision de retour ».

1.4. L'avant-projet de loi à l'examen sera réexaminé à la lumière de ces observations et, le cas échéant, complété en conséquence.

2. Notions de décision d'éloignement et de décision de retour

Interrogée sur les liens entre la notion de décision d'éloignement, au sens de l'article 1er, 6°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après : loi du 15 décembre 1980), et les notions de « décision de retour », d'« éloignement » et de « décision d'éloignement », telles qu'elles figurent dans la directive 2008/115/CE, la déléguée du secrétaire d'État a fourni les explications suivantes :

« La décision de retour est l'acte administratif ou la décision judiciaire "déclarant illégal le séjour d'un ressortissant de pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour » (Articles 3, 4).

L'État-Membre est largement libre de déterminer la forme que prendra la décision de retour. Il est tenu de la matérialiser dans un écrit qui reprend les motifs de fait et de droit justifiant la décision et d'y indiquer les informations relatives aux voies de recours.

La loi belge relative aux étrangers n'emploie pas un terme univoque pour désigner la "décision de retour". Parfois, il est question d'un "ordre de quitter le territoire" (par exemple aux articles 7 et 8 de la loi relative aux étrangers), parfois on parle d'une "décision d'éloignement" (article 8*bis* de la loi relative aux étrangers). En tous les cas, ces décisions reprennent le délai pour quitter le territoire (ou encore le délai du retour volontaire) ».

Ces précisions mériteraient de figurer dans l'exposé des motifs.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est par ailleurs attirée sur ce que d'autres mesures d'éloignement du territoire que celles visées dans la réponse de la déléguée du secrétaire d'État, sont également accompagnées de plein droit d'une interdiction d'entrée pendant une durée de dix ans. L'article 26 de la loi du 15 décembre 1980 dispose en effet que les arrêtés ministériels de renvoi et les arrêtés royaux d'expulsion comportent une interdiction d'entrée dans le Royaume pendant une durée de dix ans, à moins qu'ils ne soient suspendus ou rapportés. Sans doute ces deux mesures ne sont-elles pas visées dans la réponse de la déléguée du secrétaire d'État parce qu'elles concernent, notamment, des ressortissants de

pays tiers qui ont bénéficié en Belgique d'un titre de séjour ou d'établissement valable auquel il a donc été mis fin. Ces étrangers ne seraient donc pas des « ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » au sens de l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2008/115/CE et de l'article 1er, 3° et 4°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980. Ces étrangers ne seraient donc pas non plus visés par les dispositions de l'avant-projet de loi relatives à l'interdiction d'entrée, dont le chapitre IV et l'article 69 en projet.

Si tel est bien le cas, de telles précisions devraient figurer dans l'exposé des motifs.

Si tel ne devait pas être le cas, il convient que l'auteur de l'avant-projet veille à assurer la cohérence entre les dispositions de la loi du 15 décembre 1980 visant ces autres mesures d'éloignement et les dispositions de l'avant-projet présentement examiné qui organisent le régime applicable aux interdictions d'entrée, notamment l'article 69 et les dispositions du titre III*quater* en projet.

3. Notions d'étranger et de ressortissant d'un pays tiers

3.1. Selon l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2008/115/CE, celle-ci s'applique « aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre ».

L'article 3, point 1), de la même directive définit le ressortissant d'un pays tiers comme suit :

> « (…) toute personne qui n'est ni un citoyen de l'Union au sens de l'article 17, paragraphe 1, du traité ni une personne jouissant du droit communautaire à la libre circulation, telle que définie à l'article 2, point 5), du code frontières Schengen ».

L'article 3 de l'avant-projet de loi à l'examen modifie l'article 1er de la loi du 15 décembre 1980 afin d'y insérer notamment un 3° qui contient cette définition du ressortissant d'un pays tiers.

Dans la suite de l'avant-projet de loi, cette notion de « ressortissant d'un pays tiers » n'est toutefois pas toujours utilisée ; certaines dispositions mentionnent en effet « l'étranger ». Tel est notamment le cas des dispositions en projet figurant aux articles 6 et 20 à 26 de l'avant-projet.

Or, selon l'article 1er, 1°, de la loi du 15 décembre 1980, il faut entendre par étranger « quiconque ne fournit pas la preuve qu'il possède la nationalité belge ». La notion

d'étranger est donc plus large que celle de ressortissant d'un pays tiers, telle que définie par l'article 1er, 3°, en projet de la même loi.

À cet égard, la seule circonstance que le titre III*quater*, en projet, vise les ressortissants d'un pays tiers en séjour illégal ne suffit pas, vu l'absence de valeur normative d'un intitulé, à réduire dans les dispositions précitées, la notion d'« étranger » à celle de « ressortissant d'un pays tiers ».

La question se pose de savoir si, dans ces dispositions, cette notion d'« étrangers » n'est pas trop large, étant donné que les mesures qui y sont prévues visent à transposer la directive 2008/115/CE, laquelle s'applique uniquement aux « ressortissants de pays tiers » tels qu'elle les définit.

3.2. À propos de l'article 6 de l'avant-projet (article 8/1, nouveau, en projet), qui permet d'assortir une décision d'éloignement d'une interdiction d'entrée, la déléguée du secrétaire d'État a fourni les explications suivantes :

> « C'est correct car l'alinéa 2 du paragraphe 1er mentionne « sans préjudice du titre III*quater* » qui ne vise que les ressortissants d'un pays tiers. Le paragraphe 2 vise des étrangers auxquels il est mis fin au séjour conformément aux articles 61/3, § 3 ou 61/4, § 2, lesquels ne s'appliquent qu'aux ressortissants d'un pays tiers. Le paragraphe 3 ne mentionne pas la notion d'étranger. »

S'il est vrai que le titre III*quater*, comme l'indique son intitulé, vise uniquement les ressortissants d'un pays tiers, les termes « sans préjudice du titre III*quater* » ne signifient pas que le champ d'application de l'article 8/1, en projet, est limité aux ressortissants d'un pays tiers. Bien au contraire, ces termes pourraient être interprétés comme excluant du champ d'application de cet article 8/1 les étrangers qui sont ressortissants d'un pays tiers.

La question se pose dès lors, s'il ne conviendrait pas, compte tenu de la réponse donnée par la déléguée du secrétaire d'État, de déplacer l'article 8/1 en projet dans le titre III*quater* en projet plutôt que de l'insérer dans le titre I (« Dispositions générales ») de la loi du 15 décembre 1980.

3.3. Pour ce qui concerne les articles 20 à 26 de l'avant-projet la section de législation n'aperçoit en tout état de cause pas la raison d'utiliser la notion d'« étrangers » dans les articles 74/9 à 74/15 en projet, dès lors que ces articles font partie du titre III*quater*, nouveau, de la loi du 15 décembre 1980.

3.4. Afin d'éviter toute source d'insécurité juridique, mieux vaut dès lors, lorsque le champ d'application des dispositions en projet est limité aux ressortissants de pays tiers, utiliser cette notion à la place de celle, beaucoup trop générale, d'« étrangers ».

L'avant-projet de loi sera revu en conséquence.

4. Bénéficiaires de la protection internationale

L'article 6 de l'avant-projet de loi, qui insère dans la loi du 15 décembre 1980 un article 8/1, prévoit qu'une décision d'éloignement doit ou peut être, selon les cas, assortie d'une interdiction d'entrée.

Il s'agit de la transposition de l'article 11 de la directive 2008/115/CE, qui fixe les conditions dans lesquelles l'interdiction d'entrée peut ou doit être prévue comme mesure d'accompagnement d'une décision de retour.

Selon le paragraphe 5 de cet article,

> « Les paragraphes 1 à 4 s'appliquent sans préjudice du droit à la protection internationale, telle qu'elle est définie à l'article 2, point a), de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 'concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raison, ont besoin d'une protection internationale et relatives au contenu de ces statuts dans les États membres' ».

Ce paragraphe prévoit ainsi une dérogation en faveur des personnes qui demandent à bénéficier de la protection internationale telle que définie par l'article 2, point a), de la directive 2004/83/CE, c'est-à-dire du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire tels qu'ils sont définis aux points d) et f) du même article.

L'article 8/1, § 3, alinéa 2, en projet, prévoit à cet égard que

> « L'interdiction d'entrée ne peut contrevenir au droit à la protection internationale, telle qu'elle est définie aux articles 48/3 et 48/4 de la loi ».

Les articles 48/3 et 48/4 auxquels il est ainsi fait référence visent respectivement le statut de réfugié et le statut de protection subsidiaire.

En ce qui concerne le statut de protection subsidiaire, la loi du 15 décembre 1980 prévoit toutefois deux procédures d'octroi distinctes, selon que la demande de protection contre les traitements inhumains et dégradants est motivée par l'état de santé du

demandeur (article 9*ter*) ou par une autre raison (article 48/4) [3]. Le seul fait que les procédures de traitement des demandes soient différentes [4] ne suffit pas à justifier que seules les demandes basées sur l'article 48/4 soient visées dans la disposition en projet. En effet, quelle que soit la procédure de traitement des demandes, il s'agit, tant dans le cas de l'article 9*ter* que dans celui de l'article 48/4, de la loi du 15 décembre 1980, de demandes visant à obtenir le statut de protection subsidiaire au sens de la directive 2004/83/CE.

L'article 8/1 en projet de la loi du 15 décembre 1980 sera dès lors modifié afin de viser, lorsqu'il est fait référence à la protection internationale, non seulement les articles 48/3 et 48/4, mais également l'article 9*ter* de la loi du 15 décembre 1980.

Observations particulières

Dispositif

Article 3

1. Au 10°, dans la définition du retour volontaire, il convient de remplacer les termes « d'une personne » par les termes « d'un étranger en séjour illégal ».

2. Au 11°, le risque de fuite est défini comme « le fait qu'il y ait des indices objectifs et sérieux qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures d'éloignement présente un risque actuel et réel de se soustraire aux autorités ».

Selon l'article 3, point 7, de la directive 2008/115/CE, le risque de fuite est « le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite ».

Dans la mesure où la reconnaissance d'un risque de fuite peut conduire au maintien de l'étranger ou à son assignation à résidence et donc impliquer une restriction de liberté [5], c'est au législateur qu'il appartient de définir les critères objectifs servant à déterminer s'il existe des raisons de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers peut prendre la

[3] Voir notamment l'avis du Conseil d'État 39.718/AG, donné le 21 février 2006, sur un avant-projet devenu la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2478/001, p. 187).

[4] Sur l'admissibilité, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, de cette différence de traitement, voir les arrêts de la Cour constitutionnelle n^{os} 95/2008 et 193/2009.

[5] Voir notamment l'article 7, alinéas 3 et 4 en projet, de la loi du 15 décembre 1980 (article 5 de l'avant-projet).

fuite. Or, l'article 3, 11°, en projet, ne transpose pas correctement l'article 3, point 7), de la directive 2008/115/CE, dès lors qu'il est en défaut de définir de tels critères, se contentant d'indiquer qu'il faut des « indices objectifs et sérieux ». À cet égard, l'énumération de tels indices dans le commentaire de l'article 3 de l'avant-projet ne peut suffire.

L'article 3, 11°, en projet sera revu en conséquence.

3. Au 14°, mieux vaut remplacer les termes « toute personne » par les termes « tout étranger ».

Article 5

1. Le texte appelé à former la première phrase de l'alinéa 1er de l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980 contient un membre de phrase placé entre parenthèses, ce qui rend la lecture de cette disposition incertaine. Sans doute l'auteur de l'avant-projet entend-il viser deux habilitations différentes selon que le ministre ou son délégué peut ou doit délivrer un ordre de quitter le territoire dans différentes hypothèses.

Mieux vaudrait rédiger la disposition en sorte de mieux distinguer les deux habilitations.

2. S'agissant de l'obligation de délivrer un ordre de quitter le territoire, le commentaire de l'article précise qu'une telle obligation ne vaut évidemment pas si le retour effectif d'un étranger entraine une violation des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est à cet égard renvoyé à l'observation générale 1.2.

Article 6

1. L'article 8/1, § 1er, alinéa 2, 2°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 prévoit que la décision d'éloignement est assortie d'une interdiction d'entrée de maximum trois ans lorsque l'obligation de retour n'a pas été remplie.

Le Conseil d'État n'aperçoit toutefois pas comment la décision d'éloignement pourrait être directement assortie d'une interdiction d'entrée puisque l'on ne peut constater que l'obligation de retour n'a pas été remplie qu'après avoir pris une décision d'éloignement [6].

[6] Voir F. MARTUCCI, « La directive 'retour' : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes », *R.T.D.eur.*, 45(1), janv.-mars 2009, p. 58.

Interrogée à ce propos, la déléguée du secrétaire d'État a précisé que, dans cette hypothèse, une deuxième décision d'éloignement est prise et que c'est cette deuxième décision qui est assortie d'une interdiction d'entrée. Cette précision doit figurer dans le commentaire de l'article.

2. L'article 11 de la directive 2008/115/CE impose aux États membres de prévoir une interdiction d'entrée dans deux hypothèses (pas de délai accordé pour le départ volontaire ou lorsque l'obligation de retour n'a pas été remplie) et leur laisse la possibilité de prévoir cette interdiction dans d'autres cas (paragraphe 1). Quelle que soit l'hypothèse, l'interdiction d'entrée ne peut toutefois dépasser cinq ans, sauf si le ressortissant d'un pays tiers constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale (paragraphe 2).

L'article 8/1, § 1er, en projet, qui transpose cette disposition, précise notamment qu'une interdiction d'entrée de maximum trois ans est prévue dans les deux hypothèses imposées par l'article 11 de la directive et que l'interdiction d'entrée est de maximum cinq ans « si l'étranger a recouru à la fraude ou à d'autres moyens illégaux, afin d'être admis au séjour ou de maintenir son droit de séjour ».

La question se pose de savoir si le cas de recours à la fraude ou à d'autres moyens illégaux constitue une troisième hypothèse dans laquelle est délivrée une interdiction d'entrée, dont la durée peut être plus longue que dans les deux premières hypothèses [7], ou bien s'il s'agit d'une « circonstance aggravante » qui permet, dans les deux premières hypothèses, d'allonger le délai d'interdiction à un maximum de cinq ans.

La disposition en projet sera revue afin qu'apparaisse clairement l'option choisie.

3. À l'article 8/1, § 2, alinéa 1er, en projet, il convient de mentionner le « paragraphe 1er, alinéa 2, 2° » et non le « paragraphe 1er, alinéa 1er, 2° » [8].

[7] Dans ce cas, il conviendra en outre d'indiquer, dans l'exposé des motifs, les raisons qui permettent de justifier, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, que dans cette hypothèse la durée maximale de l'interdiction d'entrée soit plus longue (cinq ans) que dans les deux autres hypothèses (trois ans).

[8] L'idée est en effet de permettre de délivrer une interdiction d'entrée lorsque, dans les cas de fin de séjour visés aux articles 61/3, § 3, ou 61/4, § 2, l'étranger n'a pas rempli son obligation de retour, hypothèse qui est visée par le paragraphe 1er, alinéa 2, 2°, de l'article 8/1, en projet.

Article 8

Dans le texte en projet, les mots « de la loi » doivent être omis [9]. La même observation vaut pour l'ensemble de l'avant-projet.

Articles 11 et 15

L'article 30 de la loi du 15 décembre 1980 relatif à l'assignation à résidence est abrogé par l'article 11 de l'avant-projet. L'article 15 de l'avant-projet supprime par ailleurs la référence à cet article dans l'article 68, alinéa 1er de la même loi. Le commentaire de l'article 11 justifie ces abrogations par la circonstance que l'assignation à résidence est dorénavant prévue par l'article 7, alinéa 4 nouveau, de la loi du 15 décembre 1980 (voir article 5, 3°, de l'avant-projet).

Afin qu'y soit visé l'ensemble des mesures de sûreté prévues par la loi du 15 décembre 1980, il convient toutefois de compléter l'article 68 de la loi par un renvoi à l'article 7, alinéa 4 nouveau, de la loi.

Une observation analogue vaut pour l'article 74/14, alinéa 4 en projet (article 25 de l'avant-projet), lequel doit également être visé à l'article 68 de la loi du 15 décembre 1980.

Article 12

Le nouveau texte en projet vise également l'article 7, alinéa 1er, 12°, de la loi du 15 décembre 1980 (inséré par l'article 5, 2°, de l'avant-projet).

La question se pose si le 12° de l'article 7, alinéa 1er, ne doit pas également être visé dans les autres dispositions de l'article 52/3 de la loi du 15 décembre 1980.

Article 13

Même si l'alinéa 4 nouveau, de l'article 62 de la loi du 15 décembre 1980 tend à transposer l'article 12, paragraphe 2, de la directive 2008/115/CE, la section de législation n'aperçoit pas comment il pourrait être admis d'établir sur ce point, au regard des articles 10, 11 et 191 de la Constitution, une différence de traitement entre « les ressortissants d'un pays

[9] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 72, a.

tiers en séjour irrégulier » et les autres étrangers, alors que les autres dispositions de l'article 62 ont vocation à s'appliquer à tous les étrangers.

Article 17

L'article 69, § 1er, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 permet au ministre ou à son délégué de lever ou suspendre une interdiction d'entrée pour des raisons humanitaires ou pour des motifs professionnels ou d'études. Il transpose ainsi l'article 11, paragraphe 3, alinéas 2 et 3, de la directive 2008/115/CE, qui permet aux États membres de prévoir le retrait ou la suspension de l'interdiction d'entrée pour des raisons humanitaires ou pour d'autres raisons.

L'article 69, § 2, en projet de la loi du 15 décembre 1980 précise que les décisions relatives à une demande de levée ou de suspension sont prises dans les quatre mois suivant l'introduction de la demande et que si aucune décision n'est prise dans ce délai, la décision est réputée négative.

Un tel régime de décision tacite constitue une différence à l'égard des autres décisions prises en application de la loi du 15 décembre 1980, lesquelles doivent être effectivement motivées en application tant de l'article 62 de cette loi que, de manière plus générale, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Il appartient à tout le moins que cette différence de traitement puisse être justifiée au regard des articles 10, 11 et 191 de la Constitution.

Article 20

1. S'agissant de la version française du 1° en projet, le mot « conformément » doit être inséré entre les mots « refus d'entrée » et les mots « à l'article 13 », les mots « être arrêté » doivent être remplacés par les mots « qui est arrêté » et les mots « ne pas avoir obtenu » doivent être remplacés pas les mots « qui n'a pas obtenu ».

2. En lien avec l'observation générale n° 3, on remarquera que l'exclusion prévue par le 2° n'est pas nécessaire si on utilise la notion de ressortissants d'un pays tiers. En effet, l'article 1er, 3°, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 définit le ressortissant d'un pays tiers en précisant qu'il ne peut s'agir d'une personne jouissant du droit communautaire à la libre circulation telle que définie à l'article 2, point 5, du Code frontières Schengen.

Article 22

1. Il va de soi que les mesures préventives qui seront fixées par le Roi en vertu de l'article 74/11, § 2, alinéa 3, en projet, de la loi du 15 décembre 1980 ne pourront pas inclure des mesures qui, telle que l'assignation à résidence, impliquent une restriction de la liberté et doivent dès lors être prévues par le législateur.

Ceci résulte d'ailleurs de diverses autres dispositions de l'avant-projet ainsi que du commentaire des articles qui leur est consacré, dont il résulte que l'assignation à résidence constitue bien une mesure attentatoire à la liberté d'aller et de venir et doit, en conséquence, être prévue par la loi.

2. Le commentaire de l'article 22 de l'avant-projet justifie l'adéquation de la disposition en projet par rapport au régime de l'accueil organisé par la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, en procédant, notamment pour ce qui concerne les délais et les modalités d'exécution du retour, à une comparaison du régime envisagé avec celui actuellement organisé par l'article 6 de la loi du 12 janvier 2007.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est toutefois attirée sur ce que la Chambre des représentants est actuellement saisie d'une proposition de loi « modifiant la législation en vue de résoudre la crise de l'asile » ainsi que de divers amendements à cette proposition sur lesquels la section de législation a donné l'avis 49.951/4 le 11 juillet 2011 [10]. Figure notamment dans ces amendements, la proposition de remplacer l'article 6 de la loi du 12 janvier 2007 et d'insérer dans cette même loi un article 6/1 nouveau en vue de mieux encadrer le retour volontaire dans le chef des demandeurs d'asile déboutés de leur demande.

Dans cet avis, la section de législation a notamment attiré l'attention sur la nécessité d'assurer la cohérence entre cette proposition et ses amendements, d'une part, et l'avant-projet de loi présentement examiné, d'autre part [11].

La même recommandation doit être réitérée en l'espèce.

[10] *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-0813/009, pp. 3 à 19.

[11] Avis 49.951/4 précité, observation 4 sous l'article 6 (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-0813/010).

Article 24

À l'article 74/13, § 2, alinéa 1er, en projet, il convient conformément à ce qui est exposé dans le commentaire de l'article et afin de transposer plus fidèlement l'article 10, paragraphe 2 de la directive 2008/115/CE, d'ajouter les mots « dans son pays d'origine ou dans le pays où il est autorisé à séjourner » entre le mot « bénéficier » et les mots « de garantie d'accueil ».

Article 27

Interrogée sur le sens de cette disposition, la déléguée du secrétaire d'État a indiqué ce qui suit :

> « Il s'agit d'une erreur. Cet article 27 doit être supprimé. Cette disposition devait se trouver dans l'exposé des motifs, dans le commentaire général et les articles 28 et 29 de l'avant-projet de loi deviennent les articles 27 et 28. L'article 21 de la directive remplace les articles 23 et 24 de la convention d'application de l'accord de Schengen afin de ne pas maintenir des dispositions multiples pour l'éloignement des ressortissants d'un pays tiers. Rappelons en effet que l'objet de la directive 2008/115 est de fixer les normes et procédures communes ».

L'article 27 sera dès lors omis.

La chambre était composée de

Messieurs	P.	LIÉNARDY,	président de chambre,
	J.	JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	D.	DÉOM,	
	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme L. VANCRAYEBECK, auditeur.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

A.-C. VAN GEERSDAELE P. LIÉNARDY

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.947/2/V
VAN 27 JULI 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede vakantiekamer, op 5 juli 2011 door de Staatssecretaris voor Migratie- en asielbeleid, toegevoegd aan de Minister belast met Migratie- en asielbeleid, en wat de Coördinatie van het Migratie- en asielbeleid betreft, toegevoegd aan de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen", heeft het volgende advies gegeven:

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of het voorontwerp van wet in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het indienen van een wetsontwerp bij het Parlement noodzakelijk is.

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp van wet, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

Algemene opmerkingen

1. Omzetting van richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2008 'over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven'.

1.1. Zoals wordt aangegeven in de memorie van toelichting en de concordantietabel die gevoegd zijn bij het dossier dat om advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State is overgezonden, vormt het voorliggende voorontwerp van wet een gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 december 2008 ‘over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven’ (hierna genoemd: richtlijn 2008/115/EG). Meerdere huidige

wetgevende of reglementaire bepalingen, waarvan eveneens gewag wordt gemaakt in de concordantietabel [1], zetten immers sommige bepalingen van deze richtlijn reeds om [2].

In artikel 2 van het voorontwerp moet derhalve het woord “gedeeltelijke” worden toegevoegd tussen de woorden “voorziet in de” en het woord “omzetting”.

1.2. Uit de concordantietabel blijkt dat de omzetting van de artikelen 4, lid 4, b), en 9, lid 1, a), van richtlijn 2008/115/EG in het interne recht niet wordt gewaarborgd. In de tabel wordt immers tegenover deze bepalingen artikel 3 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens vermeld.

De artikelen 4, lid 4, b), en 9, lid 1, a), van de voormelde richtlijn betreffen enerzijds de eerbiediging van het beginsel van non-refoulement bij de behandeling van onderdanen van derde landen die buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, en anderzijds de verplichting voor de lidstaten om de verwijdering uit te stellen in geval deze in strijd zou zijn met het beginsel van non-refoulement.

Het voorliggende voorontwerp van wet moet specifieke bepalingen bevatten die ertoe strekken deze bepalingen van de richtlijn betreffende de eerbiediging van het beginsel van non-refoulement om te zetten. Om te zorgen voor de correcte omzetting van de richtlijn volstaat het immers niet naar internationale normen te verwijzen, maar moeten in het interne recht de passende maatregelen worden genomen.

1.3. Bovendien zet geen enkele bepaling van het voorontwerp artikel 11, lid 3, eerste alinea, om van richtlijn 2008/115/EG, dat bepaalt:

> “De lidstaten overwegen de intrekking of schorsing van het inreisverbod dat overeenkomstig lid 1, tweede alinea, is uitgevaardigd tegen een onderdaan van een derde land, mits deze kan aantonen het grondgebied van een lidstaat geheel in overeenstemming met het terugkeerbesluit te hebben verlaten”.

---

[1] Om de leden van de wetgevende vergaderingen nader in te lichten over de strekking van het voorontwerp van wet, zou bij het ontwerp een tweede omzettingstabel moeten worden gevoegd die het verband legt tussen de ontworpen bepalingen en de bepalingen van richtlijn 2008/115/EG. Dit maakt het meer bepaald mogelijk duidelijk aan te geven welke bepalingen van het voorontwerp als zodanig niet voorzien in de omzetting van richtlijn 2008/115/EG (zie, inzonderheid, de artikelen 28 en 29 van het voorontwerp).
Beginselen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, www.raadvst-consetat.be, tab "Wegevingstechniek", aanbevelingen 191 tot 193.

[2] Deze verschillende bepalingen worden opgesomd in de tweede kolom van de concordantietabel en worden van commentaar voorzien in de algemene bepalingen van de memorie van toelichting.
Binnen de termijn die haar is toegemeten en onder voorbehoud van de opmerkingen die volgen, heeft de afdeling Wetgeving niet kunnen nagaan of de bepalingen van het voorontwerp, *juncto* de bepalingen die thans van toepassing zijn in het interne recht, kunnen zorgen voor een volledige omzetting van richtlijn 2008/115/EG. Bij wijze van voorbeeld stelt de afdeling Wetgeving voor, daar waar in de middelste kolom van de concordantietabel wordt verwezen naar artikel 37 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, eveneens melding te maken van artikel 74/8, §§ 5 en 6, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, dat een verwijzing bevat naar dat artikel 37.

1.4. Het voorliggende voorontwerp van wet moet in het licht van deze opmerkingen opnieuw worden onderzocht en, in voorkomend geval, dienovereenkomstig worden aangevuld.

2. De begrippen beslissing tot verwijdering en terugkeerbesluit

Als antwoord op de vraag wat het verband is tussen het begrip beslissing tot verwijdering in de zin van het ontworpen artikel 1, 6°, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna genoemd: wet van 15 december 1980) en de begrippen "terugkeerbesluit", "verwijdering" en "verwijderingsbesluit" of "besluit inzake verwijdering", zoals ze voorkomen in richtlijn 2008/115/EG, heeft de gemachtigde van de staatssecretaris de volgende uitleg verstrekt:

> "La décision de retour est l'acte administratif ou la décision judiciaire 'déclarant illégal le séjour d'un ressortissant de pays tiers et imposant ou énonçant une obligation de retour' (Articles 3, 4).
>
> L'État-Membre est largement libre de déterminer la forme que prendra la décision de retour. Il est tenu de la matérialiser dans un écrit qui reprend les motifs de fait et de droit justifiant la décision et d'y indiquer les informations relatives aux voies de recours.
>
> La loi belge relative aux étrangers n'emploie pas un terme univoque pour désigner la 'décision de retour'. Parfois, il est question d'un "ordre de quitter le territoire" (par exemple aux articles 7 et 8 de la loi relative aux étrangers), parfois on parle d'une 'décision d'éloignement' (article 8*bis* de la loi relative aux étrangers). En tous les cas, ces décisions reprennent le délai pour quitter le territoire (ou encore le délai du retour volontaire)".

Deze verduidelijkingen zouden in de memorie van toelichting moeten voorkomen.

De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt er bovendien op gevestigd dat andere maatregelen tot verwijdering van het grondgebied dan die welke worden vermeld in het antwoord van de gemachtigde van de staatssecretaris, eveneens van rechtswege gepaard gaan met een inreisverbod gedurende een termijn van tien jaar. Artikel 26 van de wet van 15 december 1980 bepaalt immers dat de ministeriële besluiten tot terugwijzing en de koninklijke besluiten tot uitzetting gedurende tien jaar het verbod opleggen het Rijk binnen te komen, tenzij ze opgeschort of ingetrokken worden. Wellicht wordt naar deze twee maatregelen niet verwezen in het antwoord van de gemachtigde van de staatssecretaris omdat

ze inzonderheid betrekking hebben op onderdanen van derde landen die in België een geldige verblijfsvergunning of vestigingsvergunning hebben gekregen die dus beëindigd is. Deze vreemdelingen zouden dus geen “onderdanen (zijn) van een derde land die illegaal op het grondgebied verblijven” in de zin van artikel 3, lid 1 en lid 2, van richtlijn 2008/115/EG en van het ontworpen artikel 1, 3° en 4°, van de wet van 15 december 1980. Deze vreemdelingen zouden dus evenmin bedoeld worden in de bepalingen van het voorontwerp van wet betreffende het inreisverbod, waaronder het ontworpen hoofdstuk IV en het ontworpen artikel 69.

Indien dit wel degelijk het geval is, zouden dergelijke verduidelijkingen in de memorie van toelichting moeten voorkomen.

Indien dit niet het geval mocht zijn, dient de steller van het voorontwerp te zorgen voor samenhang tussen de bepalingen van de wet van 15 december 1980 die op deze andere verwijderingsmaatregelen betrekking hebben, en de bepalingen van het thans onderzochte voorontwerp die voorzien in de regeling die van toepassing is op de inreisverboden, inzonderheid het ontworpen artikel 69 en de ontworpen bepalingen van titel III*quater*.

3. Begrippen vreemdeling en onderdaan van een derde land

3.1. Volgens artikel 2, lid 1, van richtlijn 2008/115/EG is deze “van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen”.

Artikel 3, punt 1, van dezelfde richtlijn omschrijft de onderdaan van een derde land als volgt:

> “eenieder die geen burger van de Unie is in de zin van artikel 17, lid 1, van het Verdrag en die geen persoon is, die onder het Gemeenschapsrecht inzake vrij verkeer valt, als bepaald in artikel 2, punt 5, van de Schengengrenscode”.

Artikel 3 van het voorliggende voorontwerp van wet wijzigt artikel 1 van de wet van 15 december 1980 aldus dat er inzonderheid een onderdeel 3° wordt ingevoegd dat deze definitie van onderdaan van een derde land bevat.

In het vervolg van het voorontwerp van wet wordt dit begrip “onderdaan van een derde land” evenwel niet altijd gebezigd; in sommige bepalingen is immers sprake van “de vreemdeling”. Dit is inzonderheid het geval met de ontworpen bepalingen in de artikelen 6 en 20 tot 26 van het voorontwerp.

Volgens artikel 1, 1°, van de wet van 15 december 1980 moet onder vreemdeling echter worden verstaan “al wie het bewijs niet levert dat hij de Belgische nationaliteit bezit”. Het begrip vreemdeling is dus ruimer dan het begrip onderdaan van een derde land, zoals omschreven in het ontworpen artikel 1, 3°, van dezelfde wet.

In dit opzicht volstaat het loutere feit dat de ontworpen titel III*quater* betrekking heeft op de onderdanen van een derde land die illegaal op het grondgebied verblijven niet, aangezien een opschrift geen normatieve waarde heeft, om in de voormelde bepalingen het begrip “vreemdeling” te herleiden tot het begrip “onderdaan van een derde land”.

De vraag is of in deze bepalingen dit begrip “vreemdelingen” niet te ruim is, aangezien de maatregelen die daarin zijn bepaald ertoe strekken richtlijn 2008/115/EG om te zetten, die uitsluitend van toepassing is op “onderdanen van een derde land”, zoals ze deze omschrijft.

3.2. In verband met artikel 6 van het voorontwerp (ontworpen nieuw artikel 8/1), dat het mogelijk maakt een beslissing tot verwijdering gepaard te laten gaan met een inreisverbod, heeft de gemachtigde van de staatssecretaris de volgende uitleg verstrekt:

> “C’est correct car l’alinéa 2 du paragraphe 1er mentionne ‘sans préjudice du titre III*quater*’ qui ne vise que les ressortissants d’un pays tiers. Le paragraphe 2 vise des étrangers auxquels il est mis fin au séjour conformément aux articles 61/3, § 3 ou 61/4, § 2, lesquels ne s’appliquent qu’aux ressortissants d’un pays tiers. Le paragraphe 3 ne mentionne pas la notion d’étranger.”

Titel III*quater*, zoals het opschrift ervan aangeeft, heeft weliswaar uitsluitend betrekking op de onderdanen van een derde land, maar de woorden “onverminderd titel III*quater*” betekenen niet dat het toepassingsgebied van het ontworpen artikel 8/1 beperkt is tot de onderdanen van een derde land. Wel integendeel, deze bewoordingen zouden kunnen worden opgevat in die zin dat de vreemdelingen die onderdaan zijn van een derde land niet onder het toepassingsgebied van dit artikel 8/1 vallen.

De vraag rijst derhalve, gelet op het door de gemachtigde van de staatssecretaris gegeven antwoord, of het ontworpen artikel 8/1 niet naar de ontworpen titel III*quater* moet worden verplaatst, veeleer dan het in te voegen in titel I (“Algemene bepalingen”) van de wet van 15 december 1980.

3.3. Wat de artikelen 20 tot 26 van het voorontwerp betreft, ziet de afdeling Wetgeving hoe dan ook niet in waarom in de ontworpen artikelen 74/9 tot 74/15 het begrip “vreemdelingen” wordt gebruikt, aangezien deze artikelen deel uitmaken van de nieuwe titel III*quater* van de wet van 15 december 1980.

3.4. Teneinde elk risico van rechtsonzekerheid te voorkomen, zou het bijgevolg beter zijn om, wanneer de werkingssfeer van de ontworpen bepalingen niet verder reikt dan de onderdanen van derde landen, dat begrip te gebruiken in plaats van het veel te algemene begrip “vreemdelingen”.

Het voorontwerp van wet behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

4. Personen die internationale bescherming genieten

In artikel 6 van het voorontwerp van wet, waarbij in de wet van 15 december 1980 een artikel 8/1 wordt ingevoegd, wordt bepaald dat een beslissing tot verwijdering naar gelang van het geval kan of moet gepaard gaan met een inreisverbod.

Daarmee wordt artikel 11 van richtlijn 2008/115/EG omgezet, waarin wordt bepaald in welke omstandigheden voorzien kan of moet worden in een inreisverbod als begeleidende maatregel bij een terugkeerbesluit.

Lid 5 van dat artikel luidt als volgt:

> “De leden 1 tot en met 4 laten in de lidstaten onverlet het recht op internationale bescherming in de zin van artikel 2, onder a), van richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 ‘inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft en de inhoud van de verleende bescherming’”.

Dat lid voorziet aldus in een afwijking ten voordele van personen die verzoeken om internationale bescherming zoals gedefinieerd in artikel 2, onder a), van richtlijn 2004/83/EG, dat wil zeggen om de vluchtelingenstatus of om de subsidiaire-beschermingsstatus zoals gedefinieerd onder d) en f) van hetzelfde artikel.

In dit verband bepaalt het ontworpen artikel 8/1, § 3, tweede lid, het volgende:

> “Het inreisverbod kan niet ingaan tegen de bepalingen betreffende het recht op internationale bescherming, zoals gedefinieerd in de artikelen 48/3 en 48/4 van de wet.”

De artikelen 48/3 en 48/4 waarnaar aldus verwezen wordt, hebben respectievelijk betrekking op de vluchtelingenstatus en op de subsidiaire-beschermingsstatus.

Wat de subsidiaire-beschermingsstatus betreft, voorziet de wet van 15 december 1980 evenwel in twee afzonderlijke procedures voor de toekenning ervan, naargelang het verzoek om bescherming tegen onmenselijke en vernederende behandeling

gemotiveerd is door de gezondheidstoestand van de aanvrager (artikel 9*ter*) of door een andere reden (artikel 48/4) [3]. Het loutere feit dat de procedures voor de behandeling van de verzoeken verschillen [4], is geen afdoende rechtvaardiging voor de omstandigheid dat alleen de verzoeken op grond van artikel 48/4 in de ontworpen bepaling worden bedoeld. Ongeacht de procedure volgens welke de verzoeken behandeld worden, gaat het immers zowel in het geval van artikel9*ter* als in dat van artikel 48/4 van de wet van 15 december 1980 om verzoeken ter verkrijging van de subsidiaire-beschermingsstatus in de zin van richtlijn 2004/83/EG.

Het ontworpen artikel 8/1 van de wet van 15 december 1980 behoort bijgevolg aldus gewijzigd te worden dat, wanneer naar internationale bescherming verwezen wordt, niet alleen melding wordt gemaakt van de artikelen 48/3 en 48/4, maar ook van artikel 9*ter* van de wet van 15 december 1980.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 3

1. In onderdeel 10° moeten in de definitie van de vrijwillige terugkeer de woorden “van een persoon” vervangen worden door de woorden “van een illegaal op het grondgebied verblijvende vreemdeling”.

2. In onderdeel 11° wordt het risico op onderduiken gedefinieerd als “het feit dat er objectieve en ernstige aanwijzingen bestaan dat een onderdaan van een derde land die voorwerp uitmaakt van een procedure tot verwijdering, een actueel en reëel risico vormt om zich te onttrekken aan de autoriteiten”.

Volgens artikel 3, punt 7, van richtlijn 2008/115/EG is het risico op onderduiken “het in een bepaald geval bestaan van redenen, gebaseerd op objectieve, in wetgeving vastgelegde criteria, om aan te nemen dat een onderdaan van een derde land jegens wie een terugkeerprocedure loopt, zich zal onttrekken aan het toezicht”.

---

[3] Zie inzonderheid advies 39.718/AV van de Raad van State, gegeven op 21 februari 2006 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (*Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2478/001, 187).

[4] Voor de vraag of deze verschillende behandeling aanvaardbaar is in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, zie de arresten nummers 95/2008 en 193/2009 van het Grondwettelijk Hof.

Doordat de erkenning van het risico op onderduiken ertoe kan leiden dat de vreemdeling vastgehouden wordt of hem een verblijfplaats aangewezen wordt [5], staat het aan de wetgever om de objectieve criteria vast te leggen aan de hand waarvan kan worden bepaald of er redenen bestaan om aan te nemen dat een onderdaan van een derde land zich zal onttrekken aan het toezicht. Het ontworpen artikel 3, onderdeel 11°, zet artikel 3, punt 7), van richtlijn 2008/115/EG evenwel niet correct om, aangezien daarin geen dergelijke criteria vastgelegd worden, maar alleen aangegeven wordt dat er “objectieve en ernstige aanwijzingen” moeten bestaan. In dit verband kan niet worden volstaan met de opsomming van zulke aanwijzingen in de commentaar bij artikel 3 van het voorontwerp.

Het ontworpen artikel 3, onderdeel 11°, behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

3. Het is beter om in onderdeel 14° de woorden “iedere persoon” te vervangen door de woorden “iedere vreemdeling”.

Artikel 5

1. De tekst die de eerste zin van het eerste lid van artikel 7 van de wet van 15 december 1980 moet worden, bevat een deel dat tussen haakjes is geplaatst, wat de bevattelijkheid van deze bepaling in het gedrang brengt. Wellicht is het de bedoeling van de steller van het voorontwerp te verwijzen naar twee verschillende machtigingen naargelang een bevel om het grondgebied te verlaten in onderscheiden gevallen kan of moet worden afgegeven door de minister of zijn gemachtigde.

Het verdient aanbeveling de bepaling aldus te redigeren dat de beide machtigingen beter onderscheiden worden.

2. Wat de verplichting betreft om een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven, wordt in de commentaar bij het artikel aangegeven dat een dergelijke verplichting uiteraard niet geldt indien de effectieve terugkeer van de vreemdeling een schending met zich mee zou brengen van de artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. In dat verband wordt verwezen naar algemene opmerking 1.2.

[5] Zie inzonderheid het ontworpen artikel 7, derde en vierde lid, van de wet van 15 december 1980 (artikel 5 van het voorontwerp).

Artikel 6

1. In het ontworpen artikel 8/1, § 1, tweede lid, 2°, van de wet van 15 december 1980 wordt bepaald dat de beslissing tot verwijdering gepaard gaat met een inreisverbod van maximaal drie jaar als niet aan de terugkeerverplichting werd voldaan.

De Raad van State ziet evenwel niet in hoe de beslissing tot verwijdering onmiddellijk gepaard kan gaan met een inreisverbod, aangezien pas kan worden vastgesteld dat niet aan de terugkeerverplichting is voldaan nadat een beslissing tot verwijdering genomen is [6].

Naar aanleiding van een vraag in dat verband heeft de gemachtigde van de staatssecretaris gepreciseerd dat in dat geval een tweede beslissing tot verwijdering wordt genomen en dat die tweede beslissing gepaard gaat met een inreisverbod. Deze precisering moet in de commentaar bij het artikel worden opgenomen.

2. Krachtens artikel 11 van richtlijn 2008/115/EG dienen de lidstaten een inreisverbod op te leggen in twee gevallen (als er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend en als niet aan de terugkeerverplichting is voldaan) en beschikken de lidstaten over de mogelijkheid om dat verbod in andere gevallen op te leggen (lid 1). Ongeacht welk geval zich ook moge voordoen, mag de geldigheidsduur van het inreisverbod evenwel niet langer zijn dan vijf jaar, tenzij de onderdaan van een derde land een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid (lid 2).

In het ontworpen artikel 8/1, § 1, waarbij die bepaling wordt omgezet, wordt inzonderheid bepaald dat een inreisverbod van maximaal drie jaar geldt in de beide gevallen waarin een inreisverbod verplicht is krachtens artikel 11 van de richtlijn en dat het inreisverbod maximaal vijf jaar geldig is “indien de vreemdeling fraude heeft gepleegd of onwettige middelen heeft gebruikt teneinde toegelaten te worden tot het verblijf of om zijn recht op verblijf te behouden”.

De vraag rijst of het geval dat de vreemdeling fraude pleegt of onwettige middelen gebruikt een derde geval is waarin een inreisverbod wordt opgelegd, waarvan de geldigheidsduur langer kan zijn dan in de beide eerste gevallen [7], dan wel of het gaat om een

[6] Zie F. MARTUCCI, “La directive ‘retour’ : la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 45(1), januari-maart 2009, 58.

[7] In dat geval zou in de memorie van toelichting moeten worden aangegeven om welke redenen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en van het non-discriminatiebeginsel verantwoord kan worden dat de maximale geldigheidsduur van het inreisverbod langer is (vijf jaar) dan in beide andere gevallen (drie jaar).

“verzwarende omstandigheid” op grond waarvan in beide eerstgenoemde gevallen de geldigheidsduur van het inreisverbod op maximaal vijf jaar mag worden gebracht.

De ontworpen bepaling behoort aldus te worden herzien dat de gekozen optie duidelijk blijkt.

3. In het ontworpen artikel 8/1, § 2, eerste lid, dient melding te worden gemaakt van “paragraaf 1, tweede lid, 2°”, en niet van “paragraaf 1, eerste lid, 2°” [8].

Artikel 8

In de ontworpen tekst moeten de woorden “van de wet” worden weggelaten [9]. Dezelfde opmerking geldt voor het hele voorontwerp.

Artikelen 11 en 15

Artikel 30 van de wet van 15 december 1980, dat verband houdt met de aanwijzing van een verblijfplaats, wordt opgeheven door artikel 11 van het voorontwerp. Artikel 15 van het voorontwerp schrapt voorts de verwijzing naar dat artikel in artikel 68, eerste lid, van dezelfde wet. In de bespreking van artikel 11 worden die opheffingen gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de aanwijzing van een verblijfplaats voortaan geregeld wordt door het nieuwe artikel 7, vierde lid, van de wet van 15 december 1980 (zie artikel 5, 3°, van het voorontwerp).

Artikel 68 van de wet zou evenwel moeten worden aangevuld met een verwijzing naar het nieuwe artikel 7, vierde lid, van de wet om daarin aldus te doelen op alle veiligheidsmaatregelen bepaald in de wet van 15 december 1980.

Een soortgelijke opmerking geldt voor het ontworpen artikel 74/14, vierde lid (artikel 25 van het voorontwerp), waarnaar eveneens verwezen dient te worden in artikel 68 van de wet van 15 december 1980.

---

[8] Het is immers de bedoeling de mogelijkheid te bieden een inreisverbod op te leggen wanneer de vreemdeling, in geval van beëindiging van het verblijf overeenkomstig artikel 61/3, § 3, of artikel 61/4, § 2, niet aan zijn terugkeerverplichting heeft voldaan, welk geval bedoeld wordt in het ontworpen artikel 8/1, paragraaf 1, tweede lid, 2°.

[9] *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling 72, a.

Artikel 12

In de ontworpen nieuwe tekst wordt eveneens verwezen naar artikel 7, eerste lid, 12°, van de wet van 15 december 1980 (ingevoegd bij artikel 5, 2°, van het voorontwerp).

De vraag rijst of in de andere bepalingen van artikel 52/3 van de wet van 15 december 1980 niet ook verwezen moet worden naar punt 12° van artikel 7, eerste lid.

Artikel 13

Hoewel het nieuwe vierde lid van artikel 62 van de wet van 15 december 1980 de omzetting beoogt van artikel 12, lid 2, van richtlijn 2008/115/EG, is het de afdeling Wetgeving niet duidelijk hoe in dat verband, in het licht van de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet, een verschil in behandeling kan worden toegestaan tussen “onderdanen van derde landen die illegaal op het grondgebied verblijven” en de andere vreemdelingen, terwijl de overige bepalingen van artikel 62 bedoeld zijn om van toepassing te zijn op alle vreemdelingen.

Artikel 17

Het ontworpen artikel 69, § 1, van de wet van 15 december 1980 biedt de minister of zijn gemachtigde de mogelijkheid om het inreisverbod op te heffen of op te schorten om humanitaire, professionele of studieredenen. Aldus wordt artikel 11, lid 3, tweede en derde alinea, van richtlijn 2008/115/EG omgezet, dat de lidstaten de mogelijkheid biedt om het inreisverbod in te trekken of te schorsen om humanitaire of andere redenen.

Het ontworpen artikel 69, § 2, van de wet van 15 december 1980 bepaalt dat beslissingen betreffende een aanvraag tot opheffing of opschorting genomen moeten worden binnen vier maanden na de indiening van de aanvraag en dat indien geen enkele beslissing wordt genomen binnen die termijn, de beslissing als negatief wordt beschouwd.

Zulk een stelsel van stilzwijgende beslissing onderscheidt zich van de andere beslissingen die genomen worden met toepassing van de wet van 15 december 1980, en die daadwerkelijk gemotiveerd moeten zijn, zowel ingevolge artikel 62 van deze wet als, meer in het algemeen, ingevolge de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Dit verschil in behandeling moet op zijn minst gerechtvaardigd kunnen worden in het licht van de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet.

Artikel 20

1. Wat de Franse versie van het ontworpen punt 1° betreft, dient het woord “conformément” ingevoegd te worden tussen de woorden “refus d'entrée” en de woorden “à l'article 13”, moeten de woorden “être arrêté” vervangen worden door de woorden “qui est arrêté”, en moeten de woorden “ne pas avoir obtenu” vervangen worden door de woorden “qui n'a pas obtenu”.

2. Aansluitend bij algemene opmerking nr. 3 dient te worden opgemerkt dat de uitzondering bepaald in punt 2° onnodig is indien het begrip “onderdanen van derde landen" wordt gebezigd. In het ontworpen artikel 1, 3°, van de wet van 15 december 1980 wordt bij de definitie van het begrip “onderdanen van derde landen” immers gepreciseerd dat het niet mag gaan om een persoon die valt onder het gemeenschapsrecht inzake vrij verkeer als bepaald in artikel 2, punt 5, van de Schengengrenscode.

Artikel 22

1. Het spreekt vanzelf dat de preventieve maatregelen die de Koning vaststelt krachtens het ontworpen artikel 74/11, § 2, derde lid, van de wet van 15 december 1980 geen maatregelen mogen zijn die, zoals de aanwijzing van een verblijfplaats, een beperking van de vrijheid inhouden en waarvoor, derhalve, alleen de wetgever bevoegd is.

Het voorgaande vloeit overigens voort uit verschillende andere bepalingen van het voorontwerp, alsook uit de bespreking van de artikelen die daaraan gewijd is, waaruit blijkt dat de aanwijzing van een verblijfplaats wel degelijk een maatregel is die een aantasting inhoudt van de vrijheid om te gaan en te staan waar men wil en die bijgevolg bij wet moet worden bepaald.

2. In de bespreking van artikel 22 van het voorontwerp wordt de overeenstemming van de ontworpen bepaling met de opvangregeling waarin voorzien wordt door de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, gerechtvaardigd door een vergelijking, inzonderheid wat betreft de termijnen en de uitvoeringsbepalingen inzake de terugkeer, tussen de beoogde regeling en de regeling waarin thans voorzien wordt door artikel 6 van de wet van 12 januari 2007.

De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt evenwel gevestigd op het feit dat thans bij de Kamer van volksvertegenwoordigers een wetsvoorstel “tot wijziging van de wetgeving met het oog op het bezweren van de asielcrisis” behandeld wordt, alsook verschillende amendementen op dit voorstel, waarover de afdeling Wetgeving op 11 juli 2011 advies 49.951/4 gegeven heeft [10]. In een van die amendementen wordt inzonderheid voorgesteld om artikel 6 van de wet van 12 januari 2007 te vervangen en om in diezelfde wet een nieuw artikel 6/1 in te voegen met het oog op een betere ondersteuning van de vrijwillige terugkeer van asielzoekers wier verzoek is afgewezen.

In dat advies heeft de afdeling Wetgeving inzonderheid de aandacht gevestigd op de noodzaak om voor samenhang te zorgen tussen dat voorstel en de amendementen daarop enerzijds, en het thans voorliggende voorontwerp van wet anderzijds [11].

Dezelfde aanbeveling behoort in dezen te worden herhaald.

Artikel 24

Overeenkomstig hetgeen uiteengezet is in de artikelsgewijze bespreking en teneinde artikel 10, lid 2, van richtlijn 2008/115/EG op meer nauwgezette wijze om te zetten, behoren in het ontworpen artikel 74/13, § 2, eerste lid, de woorden “in zijn land van herkomst of in het land waar hij tot het verblijf is toegelaten” te worden ingevoegd tussen de woorden “deze vreemdeling" en de woorden “op gepaste wijze”.

Artikel 27

Gevraagd naar het nut van deze bepaling heeft de gemachtigde van de staatssecretaris het volgende gesteld:

> “Il s’agit d’une erreur. Cet article 27 doit être supprimé. Cette disposition devait se trouver dans l’exposé des motifs, dans le commentaire général et les articles 28 et 29 de l’avant-projet de loi deviennent les articles 27 et 28. L’article 21 de la directive remplace les articles 23 et 24 de la convention d’application de l’accord de Schengen afin de ne pas maintenir des dispositions multiples pour l’éloignement des ressortissants d’un pays tiers. Rappelons en effet que l’objet de la directive 2008/115 est de fixer les normes et procédures communes”.

Artikel 27 behoort derhalve te vervallen.

---

[10] *Parl .St.*, Kamer 2010-11, nr. 53-0813/009, 3 tot 19.

[11] Voornoemd advies 49.951/4, opmerking 4 onder artikel 6 (*Parl. St.* Kamer 2010-11, nr. 53-0813/010).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P.	LIÉNARDY,	kamervoorzitter,
	J.	JAUMOTTE,	staatsraden,
de Dames	D.	DÉOM,	
	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. L. VANCRAYEBECK, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de Heer J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER	DE VOORZITTER
A.-C. VAN GEERSDAELE	P. LIÉNARDY