



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 52.323/3
van 20 november 2012

avis 52.323/3
du 20 novembre 2012

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot uitvoering van de
wet van 7 november 2011
houdende wijziging van het
Wetboek van strafvordering en
van de wet van 22 maart 1999
betreffende de
identificatieprocedure via
DNA-onderzoek in strafzaken'

un projet d'arrêté royal 'en
exécution de la loi du
7 novembre 2011 modifiant le
Code d'instruction criminelle
et la loi du 22 mars 1999
relative à la procédure
d'identification par analyse
ADN en matière pénale'

Op 31 oktober 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot uitvoering van de wet van 7 november 2011 houdende wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 20 november 2012. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

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

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 november 2012.

*

Le 31 octobre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'en exécution de la loi du 7 novembre 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 20 novembre 2012. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Bruno SEUTIN, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

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

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 novembre 2012.

*

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

*

STREKKING EN RECHTSGROND² VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe uitvoering te geven aan de bij de wet van 7 november 2011 ‘houdende wijziging van het Wetboek van Strafvordering en van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken’ gewijzigde wettelijke regeling inzake DNA-onderzoek in strafzaken.

Het ontwerp bevat de volgende onderdelen:

- een artikel met een aantal definities (hoofdstuk I);
- bepalingen betreffende de oprichting, de samenstelling en de bevoegdheid van een adviserend orgaan inzake DNA-onderzoek, de evaluatiecommissie (hoofdstuk II);
- bepalingen in verband met het beheer van de plaats van de feiten en de behandeling van de overtuigingsstukken en de aangetroffen sporen (hoofdstuk III);
- bepalingen over de afname van een referentiestaal van een persoon (hoofdstuk IV);
- de regeling van de samenstelling, het statuut van het personeel en de organisatie van de nationale cel bedoeld in artikel 3bis van de wet van 22 maart 1999 (hoofdstuk V);
- bepalingen inzake het onderzoek van de aangetroffen sporen en van de referentiestalen, het opstellen en het vergelijken van DNA-profielen, en de kennisgeving van de uitslag van het DNA-onderzoek, het tegenonderzoek en het vergelijkend onderzoek (hoofdstuk VI);
- bepalingen betreffende de vernietiging van de aangetroffen sporen en van de referentiestalen (hoofdstuk VII);
- de regeling van de erkenning van DNA-onderzoekslaboratoria (hoofdstuk VIII);
- bepalingen inzake de controle van de DNA-gegevens en het beheer van de nationale DNA-gegevensbanken (hoofdstuk IX);
- een artikel over de eventuele sluiting van een overheidsopdracht (hoofdstuk X);
- bepalingen betreffende de inwerkingtreding van de wet van 7 november 2011 en van het te nemen besluit zelf, en een bepaling tot opheffing van het koninklijk besluit van 4 februari 2002 ‘ter uitvoering van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken’ (hoofdstuk XI).

¹ Gelet op de toegemeten termijn en de hoge zaaklast van de betrokken kamer, heeft de Raad van State onvoldoende tijd aan het onderzoek van het ontworpen besluit kunnen besteden. Uit de vaststelling dat in dit advies over een bepaling niets wordt opgemerkt, mag bijgevolg niet zonder meer worden afgeleid dat er niets over kan worden gezegd. Evenmin betekent het gegeven dat over een bepaling wel iets wordt opgemerkt, dat er niets méér over kan worden opgemerkt.

² Bij het onderzoek van de rechtsgrond gaat de Raad van State uit van de wetteksten zoals die zullen luiden na de inwerkingstelling van de wet van 7 november 2011 (artikel 35, eerste lid, van het ontwerp).

3.1. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit is hoofdzakelijk te vinden in artikel 7 van de wet van 22 maart 1999 'betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken'.

3.2. Voor de artikelen 2 en 3 van het ontwerp, die strekken tot de oprichting en de organisatie van een evaluatiecommissie voor het DNA-onderzoek, dient een beroep te worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning, bedoeld in artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de gehele wet van 22 maart 1999.

3.3. Artikel 16 van het ontwerp, dat betrekking heeft op de kennisgeving van de uitslag van het DNA-onderzoek of van het tegenonderzoek, kan bijkomend rechtsgrond vinden in artikel 44*quinquies*, § 6, eerste en vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering, gelet op de in die leden vervatte delegatie aan de Koning om voor die kennisgeving de nadere regels te bepalen, alsook, voor zover daarin naar die wetsbepalingen wordt verwezen, in de artikelen 44*sexies*, § 2, eerste lid, 90*undecies*, § 8, en 90*duodecies*, § 3, eerste lid, van hetzelfde wetboek.

3.4. Artikel 30, § 2, van het ontwerp bepaalt de voorwaarden voor de aanwijzing van de beheerder van de nationale DNA-gegevensbanken en van zijn gemachtigde. Aangezien het gaat om een functie bij het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie, dat een federale wetenschappelijke instelling is, dient deze bepaling te worden gesteund op de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet, op grond waarvan de Koning het centrale bestuur kan organiseren en benoemingsvoorwaarden voor ambtenaren kan vaststellen.

Hetzelfde geldt ten aanzien van artikel 32, § 4, van het ontwerp, waarin gewag wordt gemaakt van de medewerkers van de beheerder van de nationale DNA-gegevensbanken. Artikel 33, §§ 1, 2 en 6, van het ontwerp, waarin de benoemingsvoorwaarden en het statuut van de aangestelde voor de gegevensbescherming, die wordt benoemd binnen het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie, worden bepaald, kan dan weer grotendeels bogen op een uitdrukkelijke rechtsgrond (artikel 7, tweede lid, van de wet van 22 maart 1999), al betreft het ook aangelegenheden waarvan de regeling kan worden gesteund op de genoemde grondwetsartikelen.

3.5. Artikel 32, § 3, van het ontwerp bepaalt dat de verslagen van vergelijking van DNA-profielen zowel in het Nederlands als in het Frans moeten kunnen worden opgesteld.

Op grond van artikel 30 van de Grondwet kan het gebruik der talen voor handelingen van het openbaar gezag en voor gerechtszaken enkel worden geregeld door de wetgever. Het staat bijgevolg niet aan de uitvoerende macht om voornoemd artikel 32, § 3, uit te vaardigen. Die bepaling moet derhalve uit het ontworpen besluit worden weggelaten, bij gebrek aan rechtsgrond.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van artikel 33, § 1, tweede lid, 1°, van het ontwerp, in de mate erbij taalkennisvereisten worden opgelegd.

3.6. Op grond van artikel 33, § 4, tweede lid, van het ontwerp heeft de aangestelde voor de gegevensbescherming bij de uitvoering van zijn controleopdracht ten opzichte van

DNA-onderzoekslaboratoria en van de dienst die DNA-gegevensbanken beheert, “onbeperkt toegang (...) tot alle lokalen” van die laboratoria en die dienst.

Gelet op het voorwerp van het toezicht, heeft dat betreden van lokalen wellicht geen betrekking op klassieke woningen. Er dient evenwel te worden opgemerkt dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip “woning” in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag ‘tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’ ruim moet worden opgevat en dat het onder bepaalde omstandigheden mede kan slaan op beroeps- en bedrijfslokalen,³ zelfs wanneer het gaat om rechtspersonen.⁴

Bovendien heeft het Grondwettelijk Hof erop gewezen dat “het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, een essentiële waarborg [lijkt] te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”. Uit deze vaststelling leidt het Hof af dat afwijkingen op deze waarborg slechts uitzonderlijk kunnen zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben.⁵

Er dienen dan ook bijzondere waarborgen te bestaan met betrekking tot het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen “woning” in de klassieke zin, toch de waarborgen bedoeld in de voornoemde verdragsbepaling genieten.

Zeker gelet op wat voorafgaat dient het betreden van de in artikel 33, § 4, tweede lid, van het ontwerp bedoelde lokalen in de wet van 22 maart 1999 te worden geregeld, en bestaat er bijgevolg voor die bepaling onvoldoende rechtsgrond.⁶

3.7. Voor artikel 35, eerste lid, van het ontwerp, dat de inwerkingtreding regelt van de wet van 7 november 2011, wordt rechtsgrond geboden door artikel 24 van die wet.

³ Zie onder meer: EHRM 16 december 1992, *Niemietz v. Duitsland*, *Publ.Cour*, reeks A. vol. 251-B; EHRM 25 februari 1993, *Funke, Crémieux en Mialhe v. Frankrijk*, *Publ.Cour*, reeks A. vol. 256-A, -B en -C; EHRM 9 december 2004, *Van Rossem v. België*, nr. 41.872/98; EHRM 28 april 2005, *Buck v. Duitsland*, *CEDH*, 2005-IV, § 32. Zie ook D. YERNAULT, “Les pouvoirs d’investigation de l’administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l’article 8 de la Convention européenne”, *Rev.Trim.Dr.H.* 1994, 117-135.

⁴ EHRM 16 april 2002, *Société Colas Est. e.a. v. Frankrijk*, nr. 37.971/97, *CEDH*, 2002-III; EHRM 11 oktober 2005, *Kent Pharmaceuticals Limited e.a. v. Verenigd Koninkrijk*, nr. 9355/03; EHRM 21 december 2010, *Société Canal Plus e.a. v. Frankrijk*, nr. 29.408/08.

⁵ GwH 16 december 1998, nr. 140/98, B.1 en B.2.

⁶ Zelfs al zou men artikel 33, § 4, tweede lid, van het ontwerp beschouwen als een element van de omschrijving van de taken van de aangestelde voor de gegevensbescherming in de zin van artikel 7, tweede lid, 2°, van de wet van 22 maart 1999, kan deze bepaling toch niet volstaan als rechtsgrond.

VORMVEREISTEN

4. In het bij het ontwerp gevoegde verslag aan de Koning wordt vooropgesteld dat met het ontwerp mede een “kostenbesparend effect” wordt nagestreefd. Het ontwerp zou derhalve een budgettaire weerslag hebben. Op grond van artikel 5, 2°, van het koninklijk besluit van 16 november 1994 ‘betreffende de administratieve en begrotingscontrole’ diende het ontwerp derhalve te worden voorgelegd aan de akkoordbevinding van de Minister van Begroting. Het gegeven dat het gaat om een positieve budgettaire weerslag doet hieraan niets af, nu het genoemde artikel 5, 2°, zowel bij een positieve als bij een negatieve budgettaire weerslag van toepassing is.

Het ontwerp zal derhalve nog om akkoordbevinding dienen te worden voorgelegd aan de Minister van Begroting.

5. Een aantal bepalingen van het ontwerp betreffen het statuut van administratief of wetenschappelijk personeel (artikelen 11, §§ 3 tot 5, 30, § 2, 32, § 4, en 33, §§1, 2 en 6, van het ontwerp).

Over dergelijke bepalingen dient met de representatieve vakorganisaties te worden onderhandeld, op grond van artikel 2, § 1, eerste lid, 1°, a) en b), van de wet van 19 december 1974 ‘tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel’ en van de artikelen 3 en 4 van het koninklijk besluit van 29 augustus 1985 ‘tot aanwijzing van de grondregelingen in de zin van artikel 2, § 1, 1°, van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel’.

Uit de aan de Raad van State meegedeelde documenten valt niet af te leiden dat de genoemde vakbondsonderhandeling heeft plaatsgevonden.

6. Bovendien dient, wat de artikelen 30, § 2, 32, § 4, en 33, §§ 1, 2 en 6, van het ontwerp betreft, rekening te worden gehouden met artikel 5 van het koninklijk besluit van 20 april 1965 ‘tot vaststelling van het organiek statuut van de federale wetenschappelijke instellingen’, dat, al naargelang de in paragraaf 1 bepaalde personeelscategorieën, voorziet in de vastlegging van de statuten van het personeel “op voorstel van de Minister die bevoegd is voor Wetenschapsbeleid, bij besluiten vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na advies van de Federale interministeriële commissie voor wetenschapsbeleid” (paragraaf 2, eerste lid), dan wel “op voorstel van de Minister die bevoegd is voor Ambtenarenzaken, bij besluiten vastgesteld na overleg in de Ministerraad” (paragraaf 3).

De twee laatstvermelde reglementaire bepalingen hebben gemeen dat daarin overleg in de Ministerraad is voorgeschreven, waarvan *in casu* niet blijkt dat het heeft plaatsgevonden.

7. Mochten ten gevolge van het vervullen van de *sub* 4 tot 6 genoemde vereisten nog wijzigingen worden aangebracht aan het ontwerp, dan dienen deze wijzigingen nog om advies te worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

OPSCHRIFT

8. In het opschrift van het ontworpen koninklijk besluit wordt beter geen melding gemaakt van de uitvoering van de wijzigende wet van 7 november 2011, maar wel, zoals in het op te heffen koninklijk besluit van 4 februari 2002, van de uitvoering van de oorspronkelijke en op zichzelf staande wet van 22 maart 1999, alsook van de bepaling van de datum van inwerkingtreding van de eerstbedoelde wijzigingswet.

Gelet hierop kan het opschrift luiden:

“Koninklijk besluit tot uitvoering van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 7 november 2011 houdende wijziging van het Wetboek van Strafvordering en van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken”.

AANHEF

9. Gelet op hetgeen werd opgemerkt betreffende de rechtsgrond voor het ontworpen besluit:

- voege men aan de aanhef een lid toe (dat het eerste lid wordt) waarin wordt verwezen naar de artikelen 37, 107, tweede lid, en 108 van de Grondwet;

- verwijze men in het huidige eerste lid van de aanhef (dat het tweede lid wordt) naar de artikelen 44 *quinquies*, § 6, eerste en vierde lid, 44*sexies*, § 2, eerste lid, 90*undecies*, § 8, en 90*duodecies*, § 3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering (met vermelding van de correcte wetshistoriek van die bepalingen).

10. Het in het huidige vierde lid van de aanhef vermelde koninklijk besluit van 5 november 1971 dient met zijn correcte opschrift te worden vermeld (“tot instelling van een Nationaal Instituut voor criminalistiek, met het statuut van wetenschappelijke inrichting van de Staat”).

11. Aan de aanhef dient een lid te worden toegevoegd waarin gewag wordt gemaakt van het koninklijk besluit van 4 februari 2002 ‘ter uitvoering van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken’, tot opheffing waarvan artikel 36 van het ontwerp strekt.

12. Aan de aanhef dienen leden te worden toegevoegd waarin gewag wordt gemaakt van de vormvereisten vermeld *sub* 4 tot 6, die nog zijn te vervullen.

13. Aangezien om advies is gevraagd met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten op de Raad van State, verwijze men in de Nederlandse tekst van het huidige

zevende lid van de aanhef naar “1°” in plaats van naar “2°” van artikel 84, § 1, eerste lid, van die wetten.

14. Gelet op hetgeen werd opgemerkt *sub* 6, verwijze men in de voordrachtformule naar het (nog te voeren) overleg in de Ministerraad.

DISPOSITIEF

Algemene opmerking

15. Enkele bepalingen van het ontwerp zijn een parafrasering van wettelijke bepalingen. Zo wordt in artikel 7, tweede lid, van het ontwerp artikel 3*bis*, § 3, van de wet van 22 maart 1999, gelezen in samenhang met artikel 2, 8°, ervan, geparafraseerd, bepaalt artikel 27, tweede lid, van het ontwerp een verbod dat reeds vervat ligt in de strafbepaling die is opgenomen in artikel 6, § 2, van die wet, en bevat artikel 29, eerste lid, een overbodige verwijzing naar het beroepsgeheim, waarvan de schending reeds wordt bestraft bij artikel 458 van het Strafwetboek.

Het overnemen, het parafraseren of het bevestigen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze er inzonderheid aanleiding toe zijn dat later uit het oog wordt verloren dat alleen de hogere regelgever dat voorschrift kan wijzigen. Ook kan die werkwijze verwarring doen ontstaan over het ogenblik van inwerkingtreding van het betreffende voorschrift.

Het overnemen van wettelijke bepalingen in een besluit kan alleen maar worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid of een goed begrip ervan, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betreffende wetsbepaling in beginsel het geëigende middel zal zijn om de aard van die bepaling herkenbaar te houden (“overeenkomstig artikel ...”). De redactie van de desbetreffende ontworpen bepalingen dient dan dienovereenkomstig te worden aangepast.

Artikel 1

16. Opdat in artikel 1, 1°, van het ontwerp op een dynamische in plaats van op een statische wijze zou worden verwezen naar de wet van 22 maart 1999, dient in die bepaling de zinsnede “, gewijzigd bij de wet van 7 november 2011” te vervallen.

17. In artikel 1, 2°, van het ontwerp kan worden gespecificeerd dat erin de nationale gegevensbanken zoals gedefinieerd in artikel 2, 5°, van de wet⁷ worden bedoeld.

⁷ In artikel 1, 1°, van het ontwerp wordt “wet” gedefinieerd als verwijzende naar de wet van 22 maart 1999 ‘betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken’.

Artikelen 2 en 3

18. De artikelen 2 en 3 van het ontwerp, inzake de evaluatiecommissie, zijn al te summier, waardoor de regeling van die adviesverlenende instantie leemten vertoont.

Zo worden geen regels bepaald betreffende de werking van dat orgaan en in het bijzonder betreffende de voorwaarden voor een geldige beraadslaging. Er is ook niet bepaald of er onverenigbaarheden bestaan en of de leden van de commissie kunnen worden geschorst of afgezet. De mogelijkheid om overleg te plegen met “BELAC” alvorens advies uit te brengen, wordt best niet enkel in het verslag aan de Koning, maar ook in de tekst zelf van artikel 3 van het ontwerp vermeld.

19. In artikel 2, § 1, tweede lid, van het ontwerp voege men de woorden “bedoeld in artikel 11” toe na de woorden “de nationale cel”.

Artikel 5

20. De vermelding “, of zijn medewerkers,” in de inleidende zin van artikel 5, § 1, van het ontwerp kan de indruk wekken dat de medewerkers van de officier van gerechtelijke politie die verantwoordelijk is voor de technische en wetenschappelijke politie, bevoegd zijn om alle in die bepaling opgesomde handelingen te stellen, wat uiteraard niet het geval is. De redactie van die inleidende zin dient gelet hierop te worden aangepast.

Artikel 6

21. Bij de verwijzingen naar wetbepalingen ter aanduiding van de in artikel 6 van het ontwerp bedoelde personen, verdient het aanbeveling melding te maken van “de artikelen 44*quinquies*, § 1, eerste lid, en 90*undecies*, § 1, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering” en van “artikel 5, § 1, tweede en vierde lid, van de wet”.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 12, “1” (lees: 1°), van het ontwerp.

22. Er dient bovendien in artikel 6 van het ontwerp zelf, en niet slechts in een circulaire die in het verslag aan de Koning in het vooruitzicht wordt gesteld, te worden gepreciseerd door wie en op welke wijze de grondige controle van de identiteit van de bedoelde personen is uit te voeren.

Artikel 7

23. Luidens artikel 7, eerste lid, van het ontwerp gebeurt de afname van een referentiestaal op een persoon met behulp van het door het Instituut “voorgeschreven” steriel materiaal, terwijl in het verslag aan de Koning gewag wordt gemaakt van het door het Instituut “aanbevolen” materiaal. Die discrepantie dient te worden weggewerkt.

Artikel 9

24. In artikel 9 van het ontwerp is er een discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst, waar de in de Nederlandse tekst voorkomende woorden “in voorkomend geval” niet zijn weergegeven in de Franse tekst. Die discordantie dient te worden verholpen.

Artikel 11

25. Conform de in artikel 143^{ter} van het Gerechtelijk Wetboek gehanteerde terminologie, schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 11, § 1, van het ontwerp “gemeenschappelijke steundienst” in plaats van “gemeenschappelijke ondersteuningsdienst”.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 37 van het ontwerp.

26. In artikel 11, § 5, van het ontwerp wordt best gepreciseerd op welke wijze het in het tweede lid van de bepaling bedoelde verslag van de magistraat en de definitieve ministeriële beslissing over de beëindiging van de aanwijzing van het personeelslid, aan laatstgenoemde ter kennis worden gebracht. Gezien het belang van dat verslag en die beslissing strekt het ter wille van de rechtszekerheid tot aanbeveling om te voorzien in de toezending ervan, bijvoorbeeld door middel van aangetekende brieven.

27. In artikel 11, § 5, laatste lid, van het ontwerp wordt onder meer bepaald dat de definitieve beslissing van de minister bevoegd voor Justitie over de beëindiging van de aanwijzing als personeelslid van de nationale cel “met redenen [wordt] omkleed”.

In zoverre daarmee wordt bedoeld op de verplichting tot formele motivering van de beslissing, is een zodanige vermelding tegelijk overbodig en misleidend. Zij is overbodig omdat dergelijke beslissingen onder de toepassing vallen van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de verplichting tot formele motivering van de beslissingen reeds uit die wet voortvloeit. Zij is misleidend omdat ermee de indruk wordt gewekt dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zulks uitdrukkelijk in het ontwerp wordt voorgeschreven, en derhalve niet zou gelden voor andere in het ontwerp bedoelde administratieve beslissingen.

Tenzij een bijzondere motiveringsverplichting zou worden beoogd die verder reikt dan hetgeen wordt vereist krachtens de wet van 29 juli 1991, in welk geval de inhoud van die plicht dient te worden gepreciseerd, dient de referentie aan de motiveringsverplichting te worden weggelaten.

Artikel 12

28. In de inleidende zin van artikel 12 van het ontwerp kan, duidelijkshalve, meer nauwkeurig worden verwezen naar “artikel 3bis, § 2, van de wet”.

Artikel 14

29. Luidens artikel 14 van het ontwerp wordt het DNA-onderzoek uitgevoerd volgens de “in deze materie aanbevolen internationale normen omschreven in de bijlage bij dit besluit”. De bij het ontwerp gevoegde bijlage bevat evenwel geen omschrijving van internationale normen, maar enkel een aantal genetische merkers die moeten worden geanalyseerd. Deze lacune dient te worden weggewerkt.

Artikel 15

30. Het verdient aanbeveling te bepalen wat het in artikel 15, § 5, van het ontwerp gehanteerde begrip “werkdagen” juist inhoudt.

Artikel 19

31. Bij de bespreking van artikel 19 van het ontwerp in het verslag aan de Koning wordt beklemtoond “dat dit artikel van toepassing is op alle vormen van archivering, in het NICC of in gelijk welk DNA-onderzoekscentrum”. In de tekst van artikel 19, § 1, van het ontwerp wordt evenwel enkel gewag gemaakt van “[h]et elektronisch archief van de gegevens van DNA-onderzoeken bedoeld in artikel 8bis, tweede lid, van de wet”. Die laatste bepaling van de wet van 22 maart 1999, gelezen in samenhang met artikel 2, 4°, van die wet, lijkt evenwel eerder te verwijzen naar erkende DNA-onderzoekslaboratoria. Het komt dan ook raadzaam voor om de bedoeling van de stellers van het ontwerp duidelijker tot uiting te laten komen in de tekst van artikel 19 van het ontwerp.

Artikel 24

32. In artikel 24, “1” (lees: 1°), van het ontwerp wordt verwezen naar “de criteria van de norm NBN EN ISO/IEC 17025” en naar “de procedures uitgevaardigd door de norm NBN EN ISO/IEC 17011”. De genoemde normen zijn niet conform artikel 190 van de Grondwet bekendgemaakt.

Daargelaten de vaststelling van de noodzaak tot aanpassing van het Belgische recht teneinde de kenbaarheid en de tegenstelbaarheid van zulke normen te verzekeren,⁸ zou in artikel 24 van het ontwerp toch minstens de vindplaats van de genoemde normen dienen te worden aangegeven.

33. Nog in artikel 24, 1, van het ontwerp wordt verwezen naar “het multilaterale akkoord genaamd ‘European co-operation for Accreditation of Laboratories’”. De gemachtigde verschaft de volgende toelichting bij deze verwijzing:

“Alle info in verband met het multilaterale akkoord Accreditation of Laboratories kan gevonden worden op de website <http://www.european->

⁸ Zie: Raad van State Jaarverslag 2005-2006, www.raadvst-consetat.be, p. 15-17, nrs. 20 en 21.

[accreditation.org/content/home/home.htm](http://www accreditation.org/content/home/home.htm). Het gaat om een akkoord ondertekend door de leden van de European Accreditation om de gelijkwaardigheid en betrouwbaarheid te erkennen van geaccrediteerde instellingen in Europa. Voor België heeft BELAC dit akkoord ondertekend. Bedoeling is dus dat een buitenlands laboratorium geaccrediteerd werd door de instelling in het buitenland die dit akkoord ondertekend heeft en dus als gelijkwaardig te beschouwen valt als het Belgische BELAC. De Europese verordeningen waarvan sprake in het Verslag aan de Koning zeggen uitdrukkelijk dat zij rechtstreeks toepasselijk zijn in elke Lidstaat.”

Ook hier zou op zijn minst de vindplaats van het genoemde akkoord moeten worden aangegeven.

34. In artikel 24, “5” (lees: 5°), van het ontwerp dient ook gewag te worden gemaakt van landen die behoren tot de Europese Economische Ruimte of ermee gelijk te stellen landen.

35. In verband met de in artikel 24, “6” (lees: 6°), van het ontwerp opgenomen voorwaarde dat de directieleden van het DNA-onderzoekslaboratorium een uittreksel uit hun strafregister dienen voor te leggen, verklaarde de gemachtigde dat directieleden van buitenlandse laboratoria een document zullen moeten voorleggen dat equivalent is aan het uittreksel uit het strafregister. Zulks dient evenwel in de genoemde bepaling zelf te worden opgenomen.

Artikel 26

36. In artikel 26 van het ontwerp worden de gevallen bepaald waarin de erkenning als DNA-onderzoekslaboratorium kan worden ingetrokken of opgeschort.

Aangezien deze intrekking of opschorting een ernstige maatregel is die wordt genomen ten nadele van het betrokken laboratorium, dient in principe krachtens het algemene beginsel van de hoorplicht aan de vertegenwoordiger van het betrokken laboratorium de gelegenheid te worden geboden om zijn standpunt omtrent de intrekking of de opschorting van de erkenning op een nuttige wijze te doen kennen. Al is de hoorplicht ook van toepassing zonder uitdrukkelijke tekst, toch verdient het omwille van de rechtszekerheid aanbeveling om de verplichting tot horen uitdrukkelijk in artikel 26 van het ontwerp in te schrijven.

Artikel 28

37. In artikel 28, tweede lid, van het ontwerp wordt verwezen naar artikel “4, § 2, 3°,” van de wet van 8 december 1992 ‘tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens’. Dergelijke wetsbepaling bestaat evenwel niet. Wellicht wordt beoogd te verwijzen naar artikel 4, § 2, of, gelet op de erin voorkomende verwijzing, naar het gehele artikel 4 van die wet.

Artikel 29

38. In artikel 29, tweede lid, van het ontwerp dient eveneens te worden verwezen naar artikel 5ter van de wet van 22 maart 1999, nu ook dat artikel betrekking heeft op de uitvoering van DNA-onderzoeken.

Artikel 30

39. Artikel 30, § 4, van het ontwerp strekt ertoe aan de minister bevoegd voor Justitie machtiging te verlenen tot bepaling, op advies van de evaluatiecommissie en van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, van “de taken van de beheerder, de regels voor de duurzaamheid van de gegevens, de nadere regels voor de toegang voor elke gebruiker van de nationale DNA-gegevensbanken op grond van de verantwoordelijkheden en de categorieën van personen die toegang hebben tot deze gegevensbanken, evenals de bijzondere beveiligingsmaatregelen ter bescherming van deze gegevensbanken, de nadere regels voor de werking en de bijzondere beveiligingsmaatregelen van deze verwerkingen”.

Die machtiging slaat op meer dan aangelegenheden van detailmatige aard of van bijkomstig belang, waartoe de delegaties aan een minister beperkt dienen te blijven. De in artikel 30, § 4, van het ontwerp bedoelde aangelegenheden dienen bijgevolg ofwel in het ontwerp zelf te worden geregeld, ofwel dient de delegatie aan de genoemde minister nader te worden afgebakend.

40. Luidens artikel 30, § 6, van het ontwerp bepaalt de beheerder van de nationale gegevensbanken de structuur van de informatie en de registratiecriteria met betrekking tot de DNA-profielen opgesteld door de DNA-onderzoekslaboratoria die moeten worden overgebracht naar de nationale DNA-gegevensbanken.

In beginsel kan geen delegatie van reglementaire bevoegdheid aan een ambtenaar worden gegeven, zodat het bepalen van alvast de genoemde registratiecriteria in het ontwerp zelf dient te gebeuren ofwel daartoe een delegatie aan de minister bevoegd voor Justitie dient te worden verleend.

41. In artikel 30, § 7, van het ontwerp lijkt mede te moeten worden verwezen naar het eerste lid van de artikelen 4, § 2, en 5, § 2, van de wet van 22 maart 1999, aangezien daarin ook is voorzien in een optreden van een bevoegde magistraat in de zin van de eerstgenoemde bepaling.

Artikel 31

42. In de inleidende zin van artikel 31, § 1 van het ontwerp wordt bepaald welke categorieën gegevens de nationale DNA-gegevensbanken “minstens” dienen te bevatten. Zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in haar advies bij het ontwerp heeft opgemerkt, zouden ook de andere dan de uitdrukkelijk in die bepaling vermelde gegevens die kunnen worden geregistreerd, moeten worden bepaald.

Artikel 32

43. Er dient in artikel 32, § 1 (beter: eerste lid), van het ontwerp te worden gespecificeerd om welke prestatie- en kwaliteitseisen het gaat.

Artikel 33

44. Gevraagd naar de verhouding tussen artikel 33, § 2, eerste lid, en artikel 33, § 3, tweede lid, van het ontwerp, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“Volgens mij bestaat er geen tegenstelling tussen de door u aangehaalde bepalingen in artikel 33 (§ 2, eerste lid, en § 3, tweede lid). De oorsprong van deze regeling ligt in een onduidelijkheid in het KB van 2002. Het ontbrak de selectieprocedure immers aan klaarheid in de originele tekst van 2002, waarin niet duidelijk was of de kandidaat geselecteerd werd onder het personeel van het NICC, of lid werd van dit personeel na zijn aanstelling (zie verslag aan de Koning). In het ontwerp van nieuw KB wordt deze onduidelijkheid weggenomen.

Dit neemt volgens mij niet weg dat de aangestelde, na zijn benoeming, in volle onafhankelijkheid kan werken. Het is zeker niet de bedoeling dat het functionele gezag van de directeur-generaal de onafhankelijkheid van de aangestelde in de weg staat. Zo nodig kan dit aangevuld worden in het Verslag aan de Koning.”

Desondanks doet het hanteren van het begrip “rechtstreekse functionele gezag” hieromtrent onduidelijkheid ontstaan. De formulering van artikel 33, § 2, eerste lid, van het ontwerp wordt dan ook best herzien.

45. Er dient te worden verduidelijkt wat in artikel 33, § 6, van het ontwerp wordt bedoeld met het nemen van “de passende beslissingen”.

Artikel 34

46. Zoals blijkt uit de bespreking ervan in het verslag aan de Koning, wordt in artikel 34 van het ontwerp in wezen verwezen naar twee alternatieve manieren om onderzoek naar DNA-profielen van veroordeelden te organiseren,⁹ die reeds op basis van andere regelgeving kunnen worden toegepast. Als dusdanig biedt het artikel geen juridische meerwaarde en wordt het beter weggelaten.

Wordt het artikel niettemin behouden, dan dienen toch minstens de specifieke categorie van DNA-onderzoeken waarvoor het is bedoeld te worden gepreciseerd, alsmede het gegeven dat de opdracht, indien hij wordt uitbesteed, is te sluiten met een erkend DNA-onderzoekslaboratorium.

⁹ Wat overigens niet tot uiting komt in het opschrift van hoofdstuk X van het ontwerp.

Artikel 35

47. Luidens artikel 35, tweede lid, van het ontwerp treedt het te nemen besluit in werking op de datum van bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad. Daaraan gekoppeld treedt ook de wet van 7 november 2011 op die datum in werking, met uitzondering van artikel 20 ervan (artikel 35, eerste lid, van het ontwerp).

Tenzij er een specifieke reden bestaat om af te wijken van de gangbare termijn van inwerkingtreding van reglementaire besluiten, bepaald bij artikel 6, eerste lid, van de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen’, dient in beginsel te worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding teneinde elkeen een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe regels.¹⁰

48. In de Nederlandse tekst van artikel 35, eerste lid, van het ontwerp voege men “1999” toe na “22 maart”.

BIJLAGE

49. De bij het ontwerp gevoegde bijlage moet worden voorzien van een opschrift. In de eindformule van de bijlage dient het opschrift van het ontworpen besluit te worden aangepast zo opmerking 8 wordt gevolgd.

*

¹⁰ Zo wordt geopteerd voor een uitgestelde inwerkingtreding van het te nemen besluit, dan dient daarop ook de regel betreffende de inwerkingtreding van de wet van 7 november 2011, opgenomen in artikel 35, eerste lid, van het ontwerp, te worden afgestemd.

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

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE ² DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis vise à pourvoir à l'exécution du régime légal de l'analyse ADN en matière pénale, modifié par la loi du 7 novembre 2011 'modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale'.

Le projet comprend les éléments suivants :

- un article énonçant un certain nombre de définitions (chapitre I) ;
- des dispositions concernant la création, la composition et les attributions d'un organe consultatif en matière d'analyses ADN, la commission d'évaluation (chapitre II) ;
- des dispositions concernant la gestion des lieux des faits et le traitement des pièces à conviction et des traces découvertes (chapitre III) ;
- des dispositions concernant le prélèvement d'un échantillon de référence sur une personne (chapitre IV) ;
- les règles concernant la composition, le statut du personnel et l'organisation de la cellule nationale visée à l'article 3bis de la loi du 22 mars 1999 (chapitre V) ;
- des dispositions concernant l'analyse des traces découvertes et des échantillons de référence, l'établissement et la comparaison des profils ADN ainsi que la notification du résultat de l'analyse ADN, de la contre-expertise et de l'analyse de comparaison (chapitre VI) ;
- des dispositions concernant la destruction des traces découvertes et des échantillons de référence (chapitre VII) ;
- les règles d'agrément des laboratoires d'analyse ADN (chapitre VIII) ;
- des dispositions concernant le contrôle des données ADN et la gestion des banques nationales de données ADN (chapitre IX) ;
- un article concernant la conclusion éventuelle d'un marché public (chapitre X) ;
- des dispositions concernant l'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 2011 et de l'arrêté envisagé même ainsi qu'une disposition abrogeant de l'arrêté royal du 4 février 2002 'pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale' (chapitre XI).

¹ Eu égard au délai imparti et à l'importante charge de travail dévolue à la chambre concernée, le Conseil d'État n'a pas pu consacrer suffisamment de temps à l'examen de l'arrêté en projet. Dès lors, la circonstance qu'une disposition ne fasse l'objet d'aucune observation dans le présent avis ne peut nullement signifier qu'il n'y a rien à en dire. De même, l'observation qui est néanmoins formulée n'implique pas pour autant qu'elle est exhaustive.

² Pour l'examen du fondement juridique, le Conseil d'État se base sur les textes légaux tels qu'ils s'énonceront après la mise en vigueur de la loi du 7 novembre 2011 (article 35, alinéa 1^{er}, du projet).

3.1. L'arrêté en projet trouve essentiellement son fondement juridique à l'article 7 de la loi du 22 mars 1999 'relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale'.

3.2. Pour les articles 2 et 3 du projet, qui ont pour objet la création et l'organisation d'une commission d'évaluation d'analyse ADN, il faut recourir au pouvoir général d'exécution du Roi, visé à l'article 108 de la Constitution, combiné avec la loi du 22 mars 1999 dans son entier.

3.3. L'article 16 du projet, qui concerne la notification du résultat de l'analyse ADN ou de la contre-expertise, peut trouver un fondement juridique complémentaire dans l'article 44quinquies, § 6, alinéas 1^{er} et 4, du Code d'instruction criminelle, ces alinéas habilitant le Roi à fixer les modalités de cette notification, ainsi que dans les articles 44sexies, § 2, alinéa 1^{er}, 90undecies, § 8, et 90duodecies, § 3, alinéa 1^{er}, du même code, dans la mesure où ils font référence à ces dispositions légales.

3.4. L'article 30, § 2, du projet fixe les conditions de désignation du gestionnaire des banques nationales de données ADN et de son délégué. Dès lors qu'il s'agit d'une fonction à l'Institut national de criminalistique et de criminologie, qui est un établissement scientifique fédéral, cette disposition doit s'appuyer sur les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution, en vertu desquels le Roi peut organiser l'administration centrale et fixer les conditions de nomination des fonctionnaires.

Il en va de même pour l'article 32, § 4, du projet qui fait mention des collaborateurs du gestionnaire des banques nationales de données ADN. L'article 33, §§ 1^{er}, 2 et 6, du projet qui fixe les conditions de nomination et le statut du préposé chargé de la protection des données, qui est nommé auprès de l'Institut national de criminalistique et de criminologie, peut à son tour s'appuyer dans une large mesure sur un fondement juridique explicite (article 7, alinéa 2, de la loi du 22 mars 1999), même s'il concerne également des matières qui peuvent être réglées en vertu des articles précités de la Constitution.

3.5. L'article 32, § 3, du projet dispose que les rapports de comparaison de profils ADN doivent pouvoir être établis tant en français qu'en néerlandais.

En vertu de l'article 30 de la Constitution, l'emploi des langues pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires peut uniquement être réglé par le législateur. Il n'appartient dès lors pas au pouvoir exécutif d'édicter l'article 32, § 3, précité. Par conséquent, cette disposition doit être distraite de l'arrêté en projet, faute de fondement juridique.

Une observation analogue peut être formulée à l'égard de l'article 33, § 1^{er}, alinéa 2, 1^o, du projet, dans la mesure où il impose des exigences en matière de connaissances linguistiques.

3.6. En vertu de l'article 33, § 4, alinéa 2, du projet, le préposé chargé de la protection des données a « accès sans restriction à tous les locaux » des laboratoires d'analyse ADN et du service gérant les banques de données ADN dans le cadre de sa mission de contrôle à l'égard de ces laboratoires et de ce service.

Compte tenu de l'objet du contrôle, la visite de locaux n'a sans doute pas trait au domicile au sens classique du terme. Il est à noter toutefois qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la notion de « domicile » au sens de l'article 8 de la Convention européenne 'de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales' doit être interprétée au sens large et que, dans certaines circonstances, elle peut porter également sur les locaux professionnels et commerciaux³, même s'il s'agit de personnes morales⁴.

En outre, la Cour constitutionnelle a souligné que « l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant, apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ». La Cour déduit de cette constatation que les dérogations à cette règle ne peuvent être qu'exceptionnelles et doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent⁵.

Il faut dès lors qu'il y ait des garanties particulières pour la visite de lieux qui, bien que ne correspondant pas à un « domicile » au sens classique, bénéficient néanmoins des garanties visées dans les dispositions de la convention précitées.

Compte tenu de ce qui précède, la visite des locaux visés à l'article 33, § 4, alinéa 2, du projet doit assurément être régie par la loi du 22 mars 1999, et cette disposition ne dispose dès lors pas d'un fondement juridique suffisant⁶.

3.7. L'article 35, alinéa 1^{er}, du projet, qui règle l'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 2011, trouve un fondement juridique à l'article 24 de cette loi.

³ Voir notamment Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Publ. Cour, série A, vol. 251-B ; Cour eur. D.H., 25 février 1993, *Funke, Crémieux et Mialhe c. France*, Publ. Cour, série A, vol. 256-A, -B et -C ; Cour eur. D.H., 9 décembre 2004, *Van Rossem c. Belgique*, n° 41.872/98 ; Cour eur. D.H., 28 avril 2005, *Buck c. Allemagne*, CEDH, 2005-IV, § 32. Voir aussi D. YERNAULT « Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne », *Rev. Trim. Dr. H.*, 1994, 117-135.

⁴ Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, n° 37.971/97, CEDH, 2002-III ; Cour eur. D.H., 11 octobre 2005, *Kent Pharmaceuticals Limited et autres c. Royaume-Uni*, n° 9355/03 ; Cour eur. D.H., 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 29.408/08.

⁵ C.C., 16 décembre 1998, n° 140/98, B.1 et B.2.

⁶ Même si l'on considère l'article 33, § 4, alinéa 2, du projet comme un élément de la définition des tâches du préposé chargé de la protection des données au sens de l'article 7, alinéa 2, 2°, de la loi du 22 mars 1999, cette disposition ne peut néanmoins pas procurer un fondement juridique suffisant.

FORMALITÉS

4. Le rapport au Roi joint au projet considère que ce dernier « aura [notamment] pour effet de réduire les coûts ». Il aurait dès lors une incidence budgétaire. En vertu de l'article 5, 2°, de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 'relatif au contrôle administratif et budgétaire', le projet devait par conséquent être soumis à l'accord du Ministre du Budget. Le fait qu'il s'agit d'une incidence budgétaire positive n'y change rien, dès lors que l'article 5, 2°, précité, est applicable, que l'incidence budgétaire soit positive ou négative.

Le projet devra dès lors encore être soumis à l'accord du Ministre du Budget.

5. Un certain nombre de dispositions du projet concernent le statut du personnel administratif ou scientifique (articles 11, §§ 3 à 5, 30, § 2, 32, § 4, et 33, §§ 1^{er}, 2 et 6, du projet).

Pareilles dispositions doivent faire l'objet d'une négociation avec les organisations syndicales représentatives, conformément à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, a) et b), de la loi du 19 décembre 1974 'organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités' et aux articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 29 août 1985 'déterminant les réglementations de base au sens de l'article 2, § 1^{er}, 1°, de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités'.

Les documents transmis au Conseil d'État ne permettent pas de déterminer si la négociation syndicale précitée a eu lieu.

6. En ce qui concerne les articles 30, § 2, 32, § 4, et 33, §§ 1^{er}, 2 et 6, du projet, il faut également tenir compte de l'article 5 de l'arrêté royal du 20 avril 1965 'fixant le statut organique des établissements scientifiques fédéraux' qui, en fonction des catégories de personnel visées au paragraphe 1^{er}, prévoit de fixer le statut du personnel « sur proposition du ministre qui a la Politique scientifique dans ses attributions, par arrêtés délibérés en Conseil des ministres, après avis de la Commission interministérielle de la Politique scientifique fédérale » (paragraphe 2, alinéa 1^{er}), ou bien « sur proposition du ministre qui a la Fonction publique dans ses attributions, par arrêtés délibérés en Conseil des ministres » (paragraphe 3).

Ces deux dernières dispositions réglementaires ont en commun le fait qu'elles prescrivent une concertation en Conseil des ministres, laquelle ne paraît pas avoir eu lieu en l'espèce.

7. Si des modifications devaient encore être apportées au projet consécutivement à l'accomplissement des formalités citées aux points 4 à 6, il y aurait lieu de soumettre également ces modifications à l'avis du Conseil d'État, section de législation.

EXAMEN DU TEXTE

INTITULÉ

8. Dans l'intitulé de l'arrêté royal, en projet, il serait préférable de ne pas faire mention de l'exécution de la loi modificative du 7 novembre 2011, mais bien, comme tel est le cas dans l'arrêté royal du 4 février 2002 dont l'abrogation est envisagée, de l'exécution de la loi initiale et autonome du 22 mars 1999, ainsi que de la fixation de la date d'entrée en vigueur de la loi modificative visée en premier.

L'intitulé pourrait dès lors être formulé en ces termes :

« Arrêté royal portant exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale ».

PRÉAMBULE

9. Compte tenu des observations formulées à l'égard du fondement juridique de l'arrêté en projet :

- on insérera au premier alinéa du préambule un alinéa (qui deviendra le premier alinéa) faisant référence aux articles 37, 107, alinéa 2, et 108 de la Constitution ;

- on visera, au premier alinéa actuel du préambule (qui deviendra le deuxième alinéa), les articles 44*quinqies*, § 6, alinéas 1^{er} et 4, 44*sexies*, § 2, alinéa 1^{er}, 90*undecies*, § 8, et 90*duodecies*, § 3, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle (en mentionnant l'historique exact de ces dispositions).

10. L'arrêté royal du 5 novembre 1971, mentionné dans le quatrième alinéa actuel du préambule, doit être désigné par son intitulé exact (« portant création et érection en établissement scientifique de l'État de l'Institut national de criminalistique »).

11. On complétera le préambule par un alinéa mentionnant l'arrêté royal du 4 février 2002 'pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale', que l'article 36 du projet vise à abroger.

12. On complétera le préambule par des alinéas mentionnant les formalités restant à accomplir, visées aux points 4 à 6.

13. L'avis ayant été demandé en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois sur le Conseil d'État, on fera référence, dans le texte néerlandais du septième alinéa actuel du préambule, au « 1^o » au lieu du « 2^o » de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de ces lois.

14. Compte tenu de l'observation formulée au point 6, on fera référence, dans la formule de proposition, à la concertation en Conseil des ministres (qui doit encore avoir lieu).

DISPOSITIF

Observation générale

15. Quelques dispositions du projet paraphrasent des dispositions législatives. C'est ainsi que l'article 7, alinéa 2, du projet, paraphrase l'article 3bis, § 3, de la loi du 22 mars 1999, combiné avec son article 2, 8°, que l'article 27, alinéa 2, du projet contient une interdiction qui était déjà prévue dans la disposition pénale figurant à l'article 6, § 2, de cette loi, et que l'article 29, alinéa 1^{er}, contient une référence superflue au secret professionnel dont la violation est déjà sanctionnée par l'article 458 du Code pénal.

Il faut éviter de reproduire, de paraphraser ou de confirmer des dispositions extraites d'un texte de valeur supérieure dans un texte de valeur inférieure. Un tel procédé est non seulement superflu d'un point de vue normatif, dès lors qu'il ne crée aucune nouvelle norme, mais il est également susceptible de semer la confusion quant à la nature exacte de la prescription énoncée dans le texte de valeur inférieure, et il risque notamment de faire oublier par la suite que seul le législateur supérieur est en droit de modifier la prescription concernée. L'utilisation de ce procédé peut également semer la confusion au sujet du moment de l'entrée en vigueur de la prescription concernée.

La reproduction de dispositions législatives dans un arrêté ne peut être tolérée que pour autant que sa lisibilité ou sa bonne compréhension le requière, auquel cas il sera en principe judicieux de prévoir une référence expresse à la disposition législative concernée (« conformément à l'article ... »), afin que la nature de cette disposition demeure identifiable. Dans ce cas, on adaptera en conséquence les dispositions en projet concernées.

Article 1^{er}

16. Afin que l'article 1^{er}, 1°, du projet contienne une référence dynamique plutôt que statique à la loi du 22 mars 1999, on omettra le segment de phrase « , modifiée par la loi du 7 novembre 2011 » dans cette disposition.

17. On pourrait préciser à l'article 1^{er}, 2°, du projet qu'il vise les banques nationales de données telles qu'elles sont définies à l'article 2, 5°, de la loi ⁷.

⁷ L'article 1^{er}, 1°, du projet définit la « loi » par une référence à la loi du 22 mars 1999 'relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale'.

Articles 2 et 3

18. Les articles 2 et 3 du projet, qui concernent la commission d'évaluation, sont trop sommaires et le dispositif concernant cet organe consultatif présente dès lors des lacunes.

Ainsi, il n'est pas fixé de règles concernant le fonctionnement de cet organe et, notamment, concernant les conditions d'une délibération valable. Il n'est pas non plus précisé s'il existe des incompatibilités et si les membres de la commission peuvent être suspendus ou révoqués. La possibilité d'une concertation avec « BELAC » avant d'émettre un avis ne devrait pas être uniquement mentionnée dans le rapport au Roi, mais aussi dans le texte même de l'article 3 du projet.

19. À l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, du projet, on insérera les mots « visée à l'article 11 » après les mots « Cellule nationale ».

Article 5

20. La mention « , ou ses collaborateurs, » dans la phrase introductive de l'article 5, § 1^{er}, du projet, peut donner l'impression que les collaborateurs de l'officier de police judiciaire responsable de la police technique et scientifique sont compétents pour accomplir l'ensemble des actes énumérés dans cette disposition, ce qui n'est évidemment pas le cas. On adaptera la rédaction de la phrase introductive en conséquence.

Article 6

21. Dans les références aux dispositions législatives tendant à désigner les personnes visées à l'article 6 du projet, il est recommandé de mentionner les « articles 44*quinq*ies, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 90*undecies*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle » ainsi que l'« article 5, § 1^{er}, alinéas 2 et 4, de la loi ».

La même observation peut être formulée à l'égard de l'article 12, « 1 » (lire : 1°), du projet.

22. Il faut en outre préciser à l'article 6 du projet proprement dit, et pas seulement dans une circulaire annoncée dans le rapport au Roi, par qui et de quelle manière sera effectuée la vérification approfondie de l'identité des personnes visées.

Article 7

23. Selon l'article 7, alinéa 1^{er}, du projet, le prélèvement d'un échantillon de référence sur une personne s'effectue à l'aide de matériel stérile « prescrit » par l'Institut, alors que le rapport au Roi fait état du matériel « recommandé » par l'Institut. Il s'impose de supprimer cette discordance.

Article 9

24. À l'article 9 du projet, il y a une discordance entre le texte français et le texte néerlandais, les mots « in voorkomend geval » figurant dans le texte néerlandais n'ayant pas d'équivalent dans le texte français. Il y a lieu de remédier à cette discordance.

Article 11

25. Conformément à la terminologie utilisée à l'article 143^{ter} du Code judiciaire, on écrira dans le texte néerlandais de l'article 11, § 1^{er}, du projet « gemeenschappelijke steundienst » au lieu de « gemeenschappelijke ondersteuningsdienst ».

L'article 37 du projet appelle une observation analogue.

26. Mieux vaudrait préciser à l'article 11, § 5, du projet de quelle manière le rapport du magistrat visé à l'alinéa 2 de cette disposition et la décision ministérielle définitive par laquelle il est mis fin à la désignation de l'agent, sont notifiés à ce dernier. Vu l'importance de ce rapport et de cette décision, il est recommandé, dans l'intérêt de la sécurité juridique, d'en prévoir l'expédition sous pli recommandé, par exemple.

27. L'article 11, § 5, dernier alinéa, du projet dispose entre autres que la décision définitive du ministre ayant la Justice dans ses attributions concernant la résiliation de la désignation en tant que membre de la cellule nationale est « motivée ».

Dans la mesure où elle vise l'obligation de motivation formelle de la décision, pareille mention est à la fois superflue et ambiguë. Elle est superflue parce que de telles décisions tombent dans le champ d'application de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' et que l'obligation de motivation formelle des décisions découle déjà de cette loi. Elle est ambiguë parce qu'elle donne l'impression que l'obligation de motivation formelle n'existe pas si elle n'est pas expressément prescrite dans le projet et qu'elle ne trouverait dès lors pas à s'appliquer à d'autres décisions administratives qui y sont visées.

À moins que l'intention ne soit de prévoir une obligation de motivation particulière plus étendue que celle qui découle de la loi du 29 juillet 1991, auquel cas il faudra en préciser la portée, on omettra la référence à l'obligation de motivation.

Article 12

28. Pour plus de clarté, la phrase liminaire de l'article 12 du projet peut faire plus précisément référence à « l'article 3bis, § 2, de la loi ».

Article 14

29. Selon l'article 14 du projet, l'analyse ADN est effectuée « selon les standards internationaux préconisés en cette matière et décrits en annexe du présent arrêté ». L'annexe jointe au projet ne décrit cependant pas de standards internationaux, mais se borne à mentionner un certain nombre de marqueurs génétiques qui doivent être analysés. Il y a lieu de combler cette lacune.

Article 15

30. Il est recommandé de préciser quelle est la portée exacte de la notion de « jours ouvrables » utilisée à l'article 15, § 5, du projet.

Article 19

31. Le commentaire de l'article 19 du projet dans le rapport au Roi souligne que « cet article s'applique à toutes formes d'archivage, à l'INCC ou dans n'importe quel laboratoire d'analyse ADN ». Le texte de l'article 19, § 1^{er}, du projet se borne cependant à faire état de « l'archivage électronique des données relatives aux analyses ADN [visé à l'article 8bis, alinéa 2, de la loi] ». Cette dernière disposition de la loi du 22 mars 1999, combinée à l'article 2, 4^o, de cette loi, semble toutefois faire plutôt référence à des laboratoires d'analyse ADN agréés. Il paraît dès lors indiqué de traduire plus précisément l'intention des auteurs du projet dans le texte de l'article 19 de celui-ci.

Article 24

32. L'article 24, « 1 » (lire : 1^o), du projet fait référence aux « critères de la norme NBN EN ISO/IEC 17025 » et aux « procédures édictées par la norme NBN EN ISO/CEI 17011 ». Ces normes n'ont pas été publiées conformément à l'article 190 de la Constitution.

Outre le fait qu'il y a lieu d'adapter le droit belge pour assurer l'accessibilité et l'opposabilité de pareilles normes⁸, l'article 24 du projet devrait en tout cas mentionner les références de ces normes.

33. L'article 24, 1, du projet fait aussi mention de « l'accord multilatéral dénommé 'European Co-operation for Accreditation of Laboratories' ». À cet égard, le délégué a précisé ce qui suit :

« Alle info in verband met het multilaterale akkoord Accreditation of Laboratories kan gevonden worden op de website <http://www.european-accreditation.org/content/home/home.htm>. Het gaat om een akkoord ondertekend door de leden van de European Accreditation om de gelijkwaardigheid en betrouwbaarheid te erkennen van geaccrediteerde instellingen in Europa. Voor België heeft BELAC dit

⁸ Voir : Conseil d'État, Rapport annuel 2005-2006, www.raadvst-consetat.be, pp. 15-17, n^{os} 20 et 21.

akkoord ondertekend. Bedoeling is dus dat een buitenlands laboratorium geaccrediteerd werd door de instelling in het buitenland die dit akkoord ondertekend heeft en dus als gelijkwaardig te beschouwen valt als het Belgische BELAC. De Europese verordeningen waarvan sprake in het Verslag aan de Koning zeggen uitdrukkelijk dat zij rechtstreeks toepasselijk zijn in elke Lidstaat ».

Ici aussi, il faudrait à tout le moins faire état des références de cet accord.

34. L'article 24, « 5 » (lire : 5°), du projet doit également faire mention des pays qui font partie de l'Espace économique européen ou des pays qui peuvent y être assimilés.

35. À propos de la condition visée à l'article 24, « 6 » (lire : 6°), du projet, selon laquelle les membres de la direction du laboratoire d'analyse ADN doivent produire un extrait de leur casier judiciaire, le délégué a déclaré que les membres de la direction des laboratoires étrangers devront produire un document équivalent à l'extrait du casier judiciaire. La disposition concernée doit toutefois le prévoir elle-même.

Article 26

36. L'article 26 du projet détermine les cas dans lesquels l'agrément du laboratoire d'analyse ADN peut être retiré ou suspendu.

Ce retrait ou cette suspension étant une mesure grave qui porte préjudice au laboratoire concerné, la règle générale de l'obligation d'entendre les personnes concernées impose en principe de permettre au représentant du laboratoire concerné de faire utilement valoir son point de vue au sujet du retrait ou de la suspension de l'agrément. Bien que le droit d'être entendu s'applique également en l'absence de texte formel, la sécurité juridique commande malgré tout d'inscrire expressément l'obligation d'entendre les parties concernées dans l'article 26 du projet.

Article 28

37. L'article 28, alinéa 2, du projet fait référence à l'article « 4, § 2, 3°, » de la loi du 8 décembre 1992 'relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à caractère personnel'. Une telle disposition législative n'existe cependant pas. Il s'agit sans doute de faire référence à l'article 4, § 2, ou, compte tenu de la référence qu'il comporte, à l'ensemble de l'article 4 de cette loi.

Article 29

38. L'article 5^{ter} de la loi du 22 mars 1999 concernant aussi l'exécution d'analyses ADN, l'article 29, alinéa 2, du projet doit également y faire référence.

Article 30

39. L'article 30, § 4, du projet vise à habiliter le ministre ayant la Justice dans ses attributions à déterminer, après avis de la Commission d'évaluation et de la Commission de la protection de la vie privée, « les tâches du gestionnaire, les règles de pérennité des données, les modalités d'accès pour chaque utilisateur des banques nationales de données ADN en fonction des responsabilités et les catégories de personnes ayant accès à ces banques de données, ainsi que les mesures de sécurité particulières protégeant ces banques de données, les modalités de fonctionnement et les mesures de sécurité particulières de ces traitements ».

Cette habilitation concerne plus que des matières portant sur des points de détail ou de nature subsidiaire, auxquelles les délégations à un ministre doivent rester limitées. Par conséquent, il faudra, soit régler dans le projet même les matières visées à l'article 30, § 4, de celui-ci, soit mieux délimiter la délégation au ministre concerné.

40. L'article 30, § 6, du projet dispose que le gestionnaire des banques nationales de données ADN détermine la structure de l'information et les critères d'enregistrement relatifs aux profils ADN établis par les laboratoires d'analyse ADN à transférer aux banques de données.

En principe, un pouvoir réglementaire ne peut pas faire l'objet d'une délégation à un fonctionnaire, de sorte que le projet doit lui-même déjà fixer les critères d'enregistrement susvisés ou habiliter le ministre ayant la Justice dans ses attributions à le faire.

41. L'article 30, § 7, du projet semble devoir faire également référence au premier alinéa des articles 4, § 2, et 5, § 2, de la loi du 22 mars 1999, dès lors qu'il prévoit aussi l'intervention d'un magistrat compétent au sens de la première disposition citée.

Article 31

42. La phrase introductive de l'article 31, § 1^{er}, du projet précise les catégories de données que les banques nationales de données ADN doivent « au moins » contenir. Comme l'a observé la Commission pour la protection de la vie privée dans son avis sur le projet, il y aurait lieu d'également déterminer les données autres que celles qui sont expressément mentionnées dans cette disposition et qui peuvent être enregistrées.

Article 32

43. L'article 32, § 1^{er} (mieux : alinéa 1^{er}), du projet doit spécifier de quelles exigences de prestation et de qualité il s'agit.

Article 33

44. Interrogé au sujet de la manière dont l'article 33, § 2, alinéa 1^{er}, et l'article 33, § 3, alinéa 2, du projet s'articulent, le délégué a répondu ce qui suit :

« Volgens mij bestaat er geen tegenstelling tussen de door u aangehaalde bepalingen in article 33 (§ 2, eerste lid, en § 3, tweede lid). De oorsprong van deze regeling ligt in een onduidelijkheid in het KB van 2002. Het ontbrak de selectieprocedure immers aan klaarheid in de originele tekst van 2002, waarin niet duidelijk was of de kandidaat geselecteerd werd onder het personeel van het NICC, of lid werd van dit personeel na zijn aanstelling (zie verslag aan de Koning). In het projet van nieuw KB wordt deze onduidelijkheid weggenomen.

Dit neemt volgens mij niet weg dat de aangestelde, na zijn benoeming, in volle onafhankelijkheid kan werken. Het is zeker niet de bedoeling dat het functionele gezag van de directeur-generaal de onafhankelijkheid van de aangestelde in de weg staat. Zo nodig kan dit aangevuld worden in het Verslag aan de Koning ».

Le recours à la notion d'« autorité fonctionnelle directe » constitue néanmoins une source d'incertitude à cet égard. Il vaut dès lors mieux revoir la formulation de l'article 33, § 2, alinéa 1^{er}.

45. Il faut préciser ce que l'article 33, § 6, du projet entend par prendre « les décisions appropriées ».

Article 34

46. Comme cela ressort de son commentaire dans le rapport au Roi, l'article 34 du projet évoque principalement deux autres manières d'organiser l'analyse des profils ADN des condamnés⁹, ce qu'une autre réglementation permet déjà de faire. Il ne procure en soi aucune plus-value juridique et il vaut mieux l'omettre.

Si l'article est néanmoins conservé, il faudra alors au moins préciser la catégorie spécifique d'analyse ADN qu'il vise, ainsi que le fait que si le marché est sous-traité, il y a lieu de faire appel à un laboratoire d'analyse ADN agréé.

Article 35

47. L'article 35, alinéa 2, du projet, dispose que l'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge. Corrélativement, la loi du 7 novembre 2011 entre également en vigueur à cette date, à l'exception de son article 20 (article 35, alinéa 1^{er}, du projet).

À moins d'une raison spécifique justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur des arrêtés réglementaires, fixé par l'article 6, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires', il faut renoncer, en principe, à l'entrée en

⁹ Ce qui n'apparaît d'ailleurs pas dans l'intitulé du chapitre X du projet.

vigueur immédiate afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles ¹⁰.

48. Dans le texte néerlandais de l'article 35, alinéa 1^{er}, du projet, on ajoutera « 1999 » après « 22 maart ».

ANNEXE

49. L'annexe jointe au projet doit être pourvue d'un intitulé. Si l'observation 8 est suivie, on adaptera l'intitulé de l'arrêté en projet dans la formule finale.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jo BAERT

¹⁰ Si l'on opte pour une entrée en vigueur différée de l'arrêté envisagé, il faudra alors également y corrélérer la règle relative à l'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 2011, prévue à l'article 35, alinéa 1^{er}, du projet.