



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 67.903/1/V
van 5 augustus 2020

avis 67.903/1/V
du 5 août 2020

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van
15 februari 1999 houdende de
vaststelling van de
verkiezingsprocedure voor de
ledenmagistraten van de Hoge
Raad voor de Justitie'

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal du
15 février 1999 déterminant la
procédure d'élection des
membres-magistrats du Conseil
supérieur de la Justice'

Op 29 juli 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de minister van Justitie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 15 februari 1999 houdende de vaststelling van de verkiezingsprocedure voor de ledenmagistraten van de Hoge Raad voor de Justitie’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 4 augustus 2020. De kamer was samengesteld uit Jan CLEMENT, staatsraad, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Pierre BARRA, staatsraden, Jan VELAERS, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Cedric JENART, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 5 augustus 2020.

*

Le 29 juillet 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 15 février 1999 déterminant la procédure d'élection des membres-magistrats du Conseil supérieur de la Justice’.

Le projet a été examiné par la première chambre des vacations le 4 août 2020. La chambre était composée de Jan CLEMENT, conseiller d'État, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Pierre BARRA, conseillers d'État, Jan VELAERS, assesseur, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Cedric JENART, auditeur adjoint.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 5 août 2020.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd als volgt:

“Het verzoek om spoedbehandeling is gemotiveerd door de omstandigheid dat de verkiezing van de ledenmagistraten van de Hoge Raad voor de Justitie werd uitgesteld tot 25 september 2020 ingevolge de COVID-19-pandemie en dat in het licht van de huidige gezondheidssituatie, het verstandig lijkt om te voorzien in de mogelijkheid om elektronisch te stemmen op die datum.

Tot op vandaag is het niet mogelijk te weten hoe deze pandemie zich verder zal ontwikkelen en in welke mate zij de organisatie van de verkiezingen vastgesteld op 25 september 2020, in gedrang zou kunnen brengen in de enige vorm die momenteel is voorzien in het koninklijk besluit van 15 februari 1999 tot vaststelling van de procedure voor de verkiezing van de leden-magistraten van de Hoge Raad voor de Justitie;

Om het bureau van de Hoge Raad voor de Justitie in staat te stellen een beslissing te nemen over de wijze van verkiezing op een datum die het in staat stelt de nodige voorbereidingsmaatregelen te nemen voor de organisatie van ofwel de papieren ofwel de elektronische verkiezing, moet het koninklijk besluit uiterlijk op 31 augustus 2020 in werking treden.”

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot 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.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt er in hoofdzaak toe om het mogelijk te maken dat de verkiezing van de leden-magistraten van de Hoge Raad voor de Justitie gebeurt bij een elektronische stemming. Daartoe wordt een nieuw hoofdstuk VIbis ingevoegd in het koninklijk besluit van 15 februari 1999 ‘houdende de vaststelling van de verkiezingsprocedure voor de leden-magistraten van de Hoge Raad voor de Justitie’ en worden verschillende bepalingen uit dat koninklijk besluit gewijzigd om de elektronische of de papieren stemming nader te regelen.

RECHTSGROND

4. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt blijkens de aanhef gezocht in artikel 259*bis*-2 van het Gerechtelijk Wetboek. Het achtste lid van paragraaf 1 van dat artikel, dat de Koning machtigt om de verkiezingsprocedure te regelen, biedt in beginsel rechtsgrond, evenwel onder voorbehoud van wat volgt.

5. Het beginsel van de rechtstreekse verkiezing van de Hoge Raad voor de Justitie is vervat in artikel 151, § 2, tweede lid van de Grondwet. Artikel 259*bis*-2, § 1, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek schrijft voor dat de stemming verplicht en geheim is. De nadere regeling van de verkiezingsprocedure, of die nu op papier verloopt of elektronisch, moet waarborgen dat de stemming correct verloopt. Dat impliceert onder meer dat op sluitende wijze moet worden gecontroleerd dat enkel een kiezer zelf, of een andere kiezer aan wie hij een volmacht geeft, zijn stemmen¹ kan uitbrengen. Die controle moet worden uitgevoerd zonder dat de uitgebrachte stemmen in verbinding kunnen worden gebracht met die kiezer of met die volmachtdrager, gelet op het geheim van de stemming.

Het ontworpen artikel 19/6, derde lid, van het koninklijk besluit van 15 februari 1999 (artikel 6 van het ontworpen besluit) voorziet evenwel niet in enige controle van de identiteit van de volmachtdrager in het geval van een elektronische stemming. De kiezer deelt het authenticatiemiddel mee aan de volmachtdrager, die blijkbaar in naam van die kiezer kan stemmen zonder dat wordt gecontroleerd of hij zelf een kiezer is. De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“De volmachtgever geeft zijn authenticatiemiddel (staat op de oproepingsbrief) aan een vertrouwenspersoon die in zijn plaats inlogt en de stem uitbrengt. Bij stemming op afstand valt sowieso niet te controleren of de houder van het authenticatiemiddel overeenkomt met de betrokken kiezer. Dus er kan niet gecontroleerd worden of de gemachtigde een andere kiezer is. Hierdoor is gekozen voor een eenvoudige volmachtprocedure.”

De Raad van State ziet niet in waarom niet kan worden voorzien in een systeem waarbij de volmachtdrager moet worden geïdentificeerd als kiezer vooraleer hij de stemmen als volmachtdrager kan uitbrengen, of dat nu gebeurt voor of na het uitbrengen van zijn eigen stemmen als kiezer. De ontworpen bepaling moet in die zin worden aangevuld. Daarmee zal ook rekening moeten worden gehouden bij de uitwerking van het informaticasysteem bedoeld in het ontworpen artikel 19/2 van het koninklijk besluit van 15 februari 1999.

¹ Artikel 259*bis*-2, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek schrijft immers voor dat elke kiezer drie stemmen uitbrengt.

ALGEMENE OPMERKING

6. In haar advies nr. 65/2020 van 23 juli 2020 heeft de Gegevensbeschermingsautoriteit geadviseerd om de maximale bewaartermijn te bepalen van de op grond van de ontworpen regeling te verwerken persoonsgegevens, en wel in het ontworpen besluit zelf.² Volgens de Gegevensbeschermingsautoriteit moest de bewaartermijn niet in de wet worden geregeld omdat de ontworpen regeling “geen belangrijke inmenging in het privéleven van de betrokkenen impliceert”.³ Een dergelijk onderscheid tussen belangrijke en niet-belangrijke inmengingen valt evenwel niet terug te vinden in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof aangaande het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet.⁴

Gelet op de spoedeisendheid van de ontworpen regeling kan het ontworpen artikel 26/1 van het koninklijk besluit van 15 februari 1999 (artikel 7 van het ontwerp), waarbij die maximale bewaartermijn wordt geregeld, alvast doorgang vinden, maar ter wille van het voormelde legaliteitsbeginsel moet die regeling zo snel mogelijk worden opgenomen in artikel 259bis-2 van het Gerechtelijk Wetboek.

Voor de overige essentiële elementen van de regeling van de verwerking van persoonsgegevens kan worden aangenomen dat ze in voldoende mate vervat zijn of kunnen worden afgeleid uit de voormelde wetsbepaling, zodat ter zake voldaan is aan het voormelde legaliteitsbeginsel.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

7. In het ontworpen artikel 4, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 februari 1999 (artikel 3 van het ontwerp) schrijve men “Tot de dag van de definitieve afsluiting van de voorlopige kiezerslijsten” in plaats van “Tot die dag”, om te vermijden dat verwarring ontstaat met de dag van de verkiezingen, waarvan gewag wordt gemaakt in het eerste lid.

Artikel 4

8. De gemachtigde beaamde dat in het ontworpen artikel 14, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 februari 1999 (artikel 4 van het ontwerp) “elektronisch opgevraagd” moet worden geschreven in plaats van “elektronisch ontvangen”.

² Zie de opmerkingen 19 tot 23 van dat advies.

³ Zie de opmerkingen 4 tot 6 van dat advies.

⁴ Zie bv. GwH 15 maart 2018, nr. 29/2018, B.13.1.

Artikel 6

9. Het ontworpen artikel 19/1 van het koninklijk besluit van 15 februari 1999 (artikel 6 van het ontwerp) voorziet enkel in een afwijking van artikel 20, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit, zonder een alternatieve regeling. Het is raadzaam om in het ontworpen artikel 19/9, eerste lid, ook rekening te houden met de mogelijkheid dat bij een elektronische stemming de leden van het stemopnemingsbureau en de getuigen niet kunnen samenkomen op de zetel van de Hoge Raad voor de Justitie en te regelen waar de telling van de stemmen dan gebeurt.

10. In het ontworpen artikel 19/2, 6°, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 februari 1999 moeten de woorden “Behoudens de bewaring van gegevens” worden vervangen door de woorden “Bovenop het bewaren van de gegevens”, zoals de gemachtigde bevestigde.

Artikel 7

11. In het ontworpen artikel 26/1 van het koninklijk besluit van 15 februari 1999 (artikel 7 van het ontwerp) schrijve men: “De gegevens vermeld in de artikelen 2, 6, 7, 14, 19/2 en 19/5 worden bewaard voor een termijn van een jaar, *tenzij wanneer een beroepsprocedure wordt ingesteld, in welk geval de gegevens bewaard worden tot alle rechtsmiddelen voor de beroepsprocedure zijn uitgeput.*”

SLOTOPMERKING

12. Het ontwerp moet worden aangevuld met een uitvoeringsbepaling.

*

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée comme suit :

« Het verzoek om spoedbehandeling is gemotiveerd door de omstandigheid dat de verkiezing van de ledenmagistraten van de Hoge Raad voor de Justitie werd uitgesteld tot 25 september 2020 ingevolge de COVID-19-pandemie en dat in het licht van de huidige gezondheidssituatie, het verstandig lijkt om te voorzien in de mogelijkheid om elektronisch te stemmen op die datum.

Tot op vandaag is het niet mogelijk te weten hoe deze pandemie zich verder zal ontwikkelen en in welke mate zij de organisatie van de verkiezingen vastgesteld op 25 september 2020, in gedrang zou kunnen brengen in de enige vorm die momenteel is voorzien in het koninklijk besluit van 15 februari 1999 tot vaststelling van de procedure voor de verkiezing van de leden-magistraten van de Hoge Raad voor de Justitie;

Om het bureau van de Hoge Raad voor de Justitie in staat te stellen een beslissing te nemen over de wijze van verkiezing op een datum die het in staat stelt de nodige voorbereidingsmaatregelen te nemen voor de organisatie van ofwel de papieren ofwel de elektronische verkiezing, moet het koninklijk besluit uiterlijk op 31 augustus 2020 in werking treden ».

2. Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a principalement pour objet de permettre l'élection des membres-magistrats du Conseil supérieur de la Justice par un vote électronique. À cet effet, un nouveau chapitre VI^{bis} est inséré dans l'arrêté royal du 15 février 1999 'déterminant la procédure d'élection des membres-magistrats du Conseil supérieur de la Justice' et plusieurs dispositions de cet arrêté sont modifiées afin de régler les modalités du vote par voie électronique ou par bulletin papier.

FONDEMENT JURIDIQUE

4. Au vu de son préambule, le fondement juridique de l'arrêté en projet est recherché dans l'article 259^{bis}-2 du Code judiciaire. L'alinéa 8 du paragraphe 1^{er} de cet article, qui habilite le Roi à régler la procédure d'élection, procure en principe un fondement juridique, sous réserve toutefois de ce qui suit.

5. Le principe de l'élection directe du Conseil supérieur de la Justice est inscrit à l'article 151, § 2, alinéa 2, de la Constitution. L'article 259bis-2, § 1^{er}, alinéa 2, du Code judiciaire, prescrit que le vote est obligatoire et secret. Le règlement des modalités de la procédure d'élection, que celle-ci se fasse par un vote sur bulletin papier ou soit électronique, doit garantir un déroulement correct du vote. Cela implique notamment qu'il faut contrôler de manière concluante que seul un électeur, ou un autre électeur auquel il donne procuration, peut lui-même émettre ses suffrages ¹. Ce contrôle doit être réalisé sans que les suffrages exprimés puissent être mis en rapport avec cet électeur ou ce mandataire, eu égard au caractère secret du vote.

L'article 19/6, alinéa 3, en projet, de l'arrêté royal du 15 février 1999 (article 6 de l'arrêté en projet) ne prévoit toutefois aucun contrôle de l'identité du mandataire dans le cas d'un vote électronique. L'électeur communique le moyen d'authentification au mandataire, qui peut de toute évidence voter au nom de cet électeur sans qu'il soit contrôlé s'il est lui-même un électeur. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De volmachtgever geeft zijn authenticatiemiddel (staat op de oproepingsbrief) aan een vertrouwenspersoon die in zijn plaats inlogt en de stem uitbrengt. Bij stemming op afstand valt sowieso niet te controleren of de houder van het authenticatiemiddel overeenkomt met de betrokken kiezer. Dus er kan niet gecontroleerd worden of de gemachtigde een andere kiezer is. Hierdoor is gekozen voor een eenvoudige volmachtprocedure ».

Le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi il ne peut pas être prévu un système permettant d'identifier le mandataire comme électeur avant qu'il puisse émettre les suffrages comme mandataire, que cela se fasse avant ou après l'émission de ses propres suffrages comme électeur. La disposition en projet doit être complétée en ce sens. Il faudra également en tenir compte lors de la mise au point du système informatique visé à l'article 19/2, en projet, de l'arrêté royal du 15 février 1999.

OBSERVATION GÉNÉRALE

6. Dans son avis n° 65/2020 du 23 juin 2020, l'Autorité de protection des données a conseillé de fixer le délai de conservation maximal des données à caractère personnel à traiter sur la base du régime en projet, et ce dans l'arrêté en projet lui-même ². Selon l'Autorité de protection des données, le délai de conservation ne devait pas être réglé dans la loi au motif que le régime en projet « n'implique aucune ingérence importante dans la vie privée des personnes concernées » ³. Toutefois, pareille distinction entre des ingérences importantes et non importantes ne se retrouve pas dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne le principe de légalité inscrit à l'article 22 de la Constitution ⁴.

¹ En effet, l'article 259bis-2, alinéa 3, du Code judiciaire prescrit que chaque électeur émet trois suffrages.

² Voir les observations 19 à 23 de cet avis.

³ Voir les observations 4 à 6 de cet avis.

⁴ Voir, par exemple, C.C., 15 mars 2018, n° 29/2018, B.13.1.

Eu égard à l'urgence de la réglementation en projet, l'article 26/1, en projet, de l'arrêté royal du 15 février 1999 (article 7 du projet), qui règle le délai de conservation maximal, peut assurément se concrétiser, mais dans l'intérêt du principe de légalité précité, elle doit être insérée le plus rapidement possible dans l'article 259*bis*-2 du Code judiciaire.

Pour les autres éléments essentiels du régime de traitement des données à caractère personnel, il peut être admis qu'ils sont contenus d'une manière suffisante dans la disposition légale précitée ou peuvent s'en déduire à suffisance, de sorte qu'en l'espèce il est satisfait au principe de légalité précité.

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

7. À l'article 4, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 15 février 1999 (article 3 du projet), on écrira « Jusqu'au jour de la clôture définitive des listes provisoires des électeurs » au lieu de « Jusqu'à ce jour », afin d'éviter de semer la confusion avec le jour des élections, dont fait mention l'alinéa 1^{er}.

Article 4

8. Le délégué a convenu qu'à l'article 14, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 15 février 1999 (article 4 du projet), il faut écrire « demander par voie électronique » au lieu de « recevoir par voie électronique ».

Article 6

9. L'article 19/1, en projet, de l'arrêté royal du 15 février 1999 (article 6 du projet) prévoit uniquement une dérogation à l'article 20, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal précité, sans régime alternatif. Il est conseillé de tenir également compte, à l'article 19/9, alinéa 1^{er}, en projet, de la possibilité que lors d'un vote électronique, les membres du bureau de vote et les témoins ne puissent pas se réunir au siège du Conseil supérieur de la Justice et d'y régler l'endroit où le comptage des votes a alors lieu.

10. À l'article 19/2, 6°, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 15 février 1999, les mots « Sous réserve de la conservation des données » doivent être remplacés par les mots « En sus de la conservation des données », comme le délégué l'a confirmé.

Article 7

11. À l'article 26/1, en projet, de l'arrêté royal du 15 février 1999 (article 7 du projet), on écrira : « Les données mentionnées aux articles 2, 6, 7, 14, 19/2 et 19/5 sont conservées pendant une période d'un an, *sauf si une procédure de recours est introduite, auquel cas les données sont conservées jusqu'à l'épuisement de toutes les voies de recours prévues par cette procédure* ».

OBSERVATION FINALE

12. Le projet doit être complété par une disposition exécutoire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jan CLEMENT