



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 74.166/2/V
du 7 septembre 2023

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 en
ce qui concerne l'octroi de la
qualité d'officier de police
judiciaire à des fonctionnaires
de l'Office des étrangers’

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 74.166/2/V
van 7 september 2023

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 wat betreft
de toekenning van
hoedanigheid van officier van
gerechtelijke politie aan
ambtenaren van de Dienst
Vreemdelingenzaken’

Le 17 juillet 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et de la Mer du Nord à communiquer un avis dans un délai de trente jours prorogé de plein droit * jusqu'au 31 août 2023, 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 en ce qui concerne l'octroi de la qualité d'officier de police judiciaire à des fonctionnaires de l'Office des étrangers'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 7 septembre 2023. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Christine HOREVOETS et Géraldine ROSOUX, conseillers d'État, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier MINY, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Bernard BLERO.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 7 septembre 2023.

*

Op 17 juli 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Justitie en Noordzee verzocht binnen een termijn van dertig dagen van rechtswege* verlengd tot 31 augustus 2023 een advies te verstrekken 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 wat betreft de toekenning van hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie aan ambtenaren van de Dienst Vreemdelingenzaken'.

Het voorontwerp is door de tweede vakantiekamer onderzocht op 7 september 2023. De kamer was samengesteld uit Bernard BLERO, kamervoorzitter, Christine HOREVOETS en Géraldine ROSOUX, staatsraden, en Charles-Henri VAN HOVE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier MINY, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Bernard BLERO.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 september 2023.

*

* Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2^o, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], 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, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉ PRÉALABLE

L'avant-projet comporte une disposition qui implique le traitement de données à caractère personnel.

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement, ainsi qu'avec l'article 2 de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', impose de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

Il ressort du dossier transmis par l'auteur de l'avant-projet que l'avis de l'Autorité de protection des données n'a pas encore été demandé. Il y a donc lieu de veiller à l'accomplissement de cette formalité.

Si l'accomplissement de cette formalité devait encore donner lieu à des modifications autres que de forme ou ne résultant pas également des suites réservées au présent avis, ces modifications devraient être soumises à nouveau à l'avis de la section de législation conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

Article 3

1. L'article 81/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet de la loi du 15 décembre 1980 'sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers', prévoit que le résultat de la recherche et les éléments de preuve recueillis par l'officier de police judiciaire de l'Office des étrangers sont transmis par le biais d'un rapport d'analyse au procureur du Roi qui a ordonné la recherche.

Le commentaire de l'article précise qu'« [à] cette fin, l'officier de police judiciaire [de l'Office des étrangers] tiendra un registre dans lequel tous les rapports d'analyse seront consignés et dans lequel seules seront jointes et conservées les informations pertinentes (par exemple, la photo d'un document d'identité) éventuellement trouvées par le biais d'une recherche dans le système informatique ».

Le dispositif ne mentionne toutefois pas la mise en place d'un tel registre. Or celui-ci implique le traitement et la conservation de données à caractère personnel. Ainsi que l'a rappelé l'Assemblée générale de la section de législation dans son avis n° 68.936/AG du 7 avril 2021,

« [c]onformément à l'article 22 de la Constitution, tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, toute atteinte au droit à la vie privée, sont soumis au respect d'un principe de légalité formelle ¹.

En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les 'éléments essentiels' sont fixés préalablement par le législateur ².

Par conséquent, les 'éléments essentiels' des traitements de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même. À cet égard, la section de législation considère que, quelle que soit la matière concernée, constituent, en principe, des 'éléments essentiels' les éléments suivants : 1°) les catégories de données traitées ; 2°) les catégories de personnes concernées ; 3°) la finalité poursuivie par le traitement ; 4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées ; et 5°) le délai maximal de conservation des données » ³.

¹ Note de bas de page n° 174 de l'avis cité : Déjà invoqué plus avant, numéros 70 et s.

² Note de bas de page n° 175 de l'avis cité : Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir notamment C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B.16.1 ; C.C., 20 février 2020, n° 27/2020, B.17.

³ Avis n° 68.936/AG donné le 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1951/001, p. 119, observation n° 101. Voir aussi C.C., 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.1 ; C.C., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.11.2 ; C.C., 1^{er} juin 2023, n° 84/2023, B.16.9.

Si l'intention est de créer ce registre, le dispositif sera complété afin d'en consacrer l'existence et de prévoir les éléments essentiels du traitement de données à caractère personnel qu'il implique.

2. L'article 81/1, § 2, alinéa 1^{er}, en projet de la loi du 15 décembre 1980, confie au Roi le pouvoir de désigner des fonctionnaires « [s]ur la proposition du directeur général [de l'Office des étrangers] ».

Il n'appartient pas au législateur de prévoir qu'une désignation par le Roi intervient sur la proposition d'un service qui relève du pouvoir hiérarchique du ministre compétent. Les mots « Sur la proposition du directeur général » seront omis, ce qui n'empêchera pas le ministre de l'Intérieur d'organiser ses services en manière telle que le directeur général de l'Office des étrangers soit chargé de proposer des fonctionnaires en vue de la désignation envisagée.

3. Selon l'article 81/1, § 2, alinéa 2, 2^o, en projet de la loi du 15 décembre 1980, pour être revêtus de la qualité d'officier de police judiciaire, auxiliaire du procureur du Roi, les fonctionnaires de l'Office des étrangers doivent « pouvoir justifier d'une expérience d'au moins cinq ans ». La notion d'« expérience » requise dans le chef des personnes susceptibles d'être désignées n'est pas davantage précisée quant à son contenu.

Certes, en vertu de l'article 81/1, § 2, alinéa 3, en projet, le Roi est habilité à « déterminer les conditions relatives à l'expérience et à la formation de ces fonctionnaires de l'Office des étrangers » mais il ne s'agit que d'une faculté.

Si la volonté est de consacrer la condition minimale selon laquelle les intéressés doivent pouvoir faire valoir cinq années d'expérience professionnelle au sein de l'Office des étrangers en qualité d'attaché ou dans un grade supérieur, il convient de rédiger la disposition en ce sens.

Si telle n'est pas l'intention, il s'indiquerait de compléter le dispositif, par exemple en indiquant qu'il doit s'agir d'une expérience « utile ».

4. À l'article 81/1, § 3, alinéa 2, en projet de la loi du 15 décembre 1980, dans l'intérêt de la sécurité juridique, le dispositif gagnerait à être complété par les mots « conformément à l'article 367 du Code d'instruction criminelle ».

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAAND VORMVEREISTE

Het voorontwerp bevat een bepaling die impliceert dat persoonsgegevens worden verwerkt.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening en met artikel 2 van de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, schrijft voor dat de toezichthoudende autoriteit, *in casu* de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, moet worden geraadpleegd bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel, in verband met verwerking.

Uit het dossier dat de steller van het voorontwerp heeft bezorgd, blijkt dat de Gegevensbeschermingsautoriteit nog niet om advies is gevraagd. Er dient dan ook op toegezien te worden dat dat vormvereiste wordt vervuld.

Indien de vervulling van dat vormvereiste nog wijzigingen zou meebrengen die niet louter vormelijk zijn of die niet ook voortvloeien uit het gevolg dat aan dit advies wordt gegeven, zouden die wijzigingen opnieuw voor advies aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd, overeenkomstig artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’.

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP

Artikel 3

1. In het ontworpen artikel 81/1, § 1, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 ‘betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen’ wordt bepaald dat het resultaat van de zoeking en de bewijselementen die door de officier van gerechtelijke politie van de Dienst Vreemdelingenzaken worden verzameld, via een analyserapport worden overgemaakt aan de procureur des Konings die de zoeking heeft bevolen.

De bespreking van het artikel bepaalt nader dat “de officier van gerechtelijke politie van DVZ [hiertoe] een register [zal] bijhouden waarin alle analyserapporten worden geregistreerd en waar enkel de eventuele gevonden relevante informatie (bv. Foto van een identiteitsdocument) via een zoeking van het informaticasysteem aan gekoppeld en bewaard wordt”.

In het dispositief wordt evenwel niet vermeld dat een dergelijk register wordt ingevoerd. Dat register impliceert echter de verwerking en bewaring van persoonsgegevens. De algemene vergadering van de afdeling Wetgeving heeft in haar advies 68.936/AV van 7 april 2021 het volgende opgemerkt:

“Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke schending van het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd.¹

Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de ‘essentiële elementen’ voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.²

Bijgevolg moeten de ‘essentiële elementen’ van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband is de afdeling Wetgeving van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel ‘essentiële elementen’ uitmaken: 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens”.³

¹ Voetnoot 174 van het geciteerde advies: Wat dit beginsel betreft, zie supra randnummers 70 en v.

² Voetnoot 175 van het geciteerde advies: Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

³ Advies 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119, opmerking 101. Zie ook GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2; GwH 1 juni 2023, nr. 84/2023, B.16.9.

Indien het de bedoeling is dat register op te richten, moet het dispositief zo worden aangevuld dat het bestaan van het register wordt verankerd en dat de essentiële elementen van de verwerking van persoonsgegevens waarmee het register gepaard gaat, worden bepaald.

2. Het ontworpen artikel 81/1, § 2, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 verleent de Koning de bevoegdheid om “[o]p voorstel van de Directeur-generaal [van de Dienst Vreemdelingenzaken]” ambtenaren aan te wijzen.

Het staat niet aan de wetgever te bepalen dat een aanwijzing door de Koning plaatsvindt op voorstel van een dienst die onder het hiërarchische gezag van de bevoegde minister staat. De woorden “Op voorstel van de Directeur-generaal” moeten worden weggelaten, wat de minister van Binnenlandse Zaken er niet van hoeft te weerhouden zijn diensten zo te organiseren dat de directeur-generaal van de Dienst Vreemdelingenzaken ermee wordt belast ambtenaren voor de aanwijzing in kwestie voor te dragen.

3. Volgens het ontworpen artikel 81/1, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 15 december 1980 moeten de ambtenaren van de Dienst Vreemdelingenzaken “ten minste vijf jaar ervaring kunnen aantonen” om te worden bekleed met de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de procureur des Konings. De “ervaring” die vereist is voor de personen die voor aanwijzing in aanmerking komen, wordt inhoudelijk niet nader gepreciseerd.

Krachtens het ontworpen artikel 81/1, § 2, derde lid, kan de Koning weliswaar “de voorwaarden betreffende de ervaring en de opleiding van deze ambtenaren van de Dienst Vreemdelingenzaken bepalen”, maar het gaat slechts om een mogelijkheid.

Indien het de bedoeling is de minimumvoorwaarde dat de betrokkenen een beroepservaring van vijf jaar als attaché of in een hogere graad bij de Dienst Vreemdelingenzaken kunnen aantonen, tot regel te verheffen, dient de bepaling in die zin te worden gesteld.

Als dat niet de bedoeling is, is het aangewezen het dispositief aan te vullen, bijvoorbeeld met de vermelding dat het om “nuttige” ervaring moet gaan.

4. Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling het dispositief van het ontworpen artikel 81/1, § 3, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 aan te vullen met de woorden “overeenkomstig artikel 367 van het Wetboek van Strafvordering”.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE

Bernard BLERO