



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 66.650/2
du 18 novembre 2019

advies 66.650/2
van 18 november 2019

sur

over

un avant-projet de loi 'portant
assentiment au Traité entre le
Royaume de Belgique, le
Grand-Duché de Luxembourg
et le Royaume des Pays-Bas en
matière de coopération
policière, et ses annexes, faits à
Bruxelles le 23 juillet 2018'

een voorontwerp van wet
'houdende instemming met het
Verdrag tussen het Koninkrijk
België, het Groothertogdom
Luxemburg en het Koninkrijk
der Nederlanden inzake
politiesamenwerking, en zijn
bijlagen, gedaan te Brussel op
23 juli 2018'

Le 16 octobre 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères et européennes, et de la Défense, chargé de Beliris et des Institutions culturelles fédérales à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant assentiment au Traité entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas en matière de coopération policière, et ses annexes, faits à Bruxelles le 23 juillet 2018'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 18 novembre 2019. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Roger WIMMER, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 novembre 2019.

*

Op 16 oktober 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minister en Minister van Buitenlandse en Europese Zaken, en van Defensie, belast met Beliris en de Federale Culturele Instellingen verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende instemming met het Verdrag tussen het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden inzake politiesamenwerking, en zijn bijlagen, gedaan te Brussel op 23 juli 2018'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 18 november 2019. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Jacques ENGLEBERT, assessor, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Roger WIMMER, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 november 2019.

*

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.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET DE LOI

1.1. L'article 3 de l'avant-projet prévoit l'assentiment anticipé aux « accords d'exécution » et aux « arrangements d'exécution » prévus par le traité, dont les paragraphes 2 et 3 de l'article 62 rappellent respectivement la compétence des « Parties contractantes » et des « autorités et services compétents » de les conclure.

1.2. Si, compte tenu de la portée de ces « accords d'exécution » et de ces « arrangements d'exécution », pareil assentiment anticipé est admissible, il ne saurait être exclu que la Chambre des représentants soit en désaccord avec ces instruments ou avec certains d'entre eux.

1.3. Afin de lui permettre de notifier au Gouvernement qu'elle n'approuve pas l'un de ces instruments, il y aurait lieu de compléter le projet par une disposition qui prévoit l'obligation pour le Gouvernement de lui communiquer tout projet d'« accord d'exécution » et d'« arrangement d'exécution ».

2. L'article 190 de la Constitution réserve à la loi la compétence de déterminer les formes dans lesquelles doivent être publiés les lois et règlements pour être obligatoires. Selon la Cour de cassation, cette disposition constitutionnelle s'applique par analogie aux actes internationaux. Elle a en effet déclaré des traités inopposables aux particuliers tant qu'ils n'ont pas été publiés intégralement au *Moniteur belge*.

L'assentiment anticipé aux « accords d'exécution » et aux « arrangements d'exécution », qui découlerait de la loi en projet, n'emportera pas dérogation à l'obligation, qui résulte de l'article 190 de la Constitution et de l'article 8 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', de publier au *Moniteur belge* ces accords et arrangements pour qu'ils soient opposables aux particuliers.

3. Outre les « accords d'exécution » et les « arrangements d'exécution », plusieurs dispositions du traité prévoient également la conclusion par les « points de contact nationaux »¹ ou les « services compétents »² d'« arrangements pratiques » ou d'« arrangements écrits ».

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

¹ Voir l'article 6 du traité.

² Cette notion est définie par l'article 1^{er}, a), du traité.

Si les « arrangements pratiques » prévus par les articles 18, paragraphe 5, 20, paragraphe 3, 25, paragraphe 5, 46, paragraphe 3, et 53, paragraphe 7, ne sont envisageables que de manière ponctuelle, pour des opérations bien précises, qu'ils ne seront donc conclus qu'au cas par cas et qu'ils ne doivent dès lors pas faire l'objet d'un assentiment parlementaire, même anticipé, tel n'est pas le cas des « arrangements écrits » prévus par l'article 12, paragraphe 3, du traité, relatif aux aspects techniques des modalités de l'échange de données à caractère personnel et d'informations.

Cette dernière disposition est rédigée comme suit :

« 3. Les services compétents déterminent par des arrangements écrits les moyens techniques par lesquels le canal de données électronique pour l'échange d'informations doit être sécurisé et qui sont au moins en conformité avec les exigences prévues dans la Directive (UE) 2016/680, ou, le cas échéant, le règlement général sur la protection des données, ainsi qu'avec les lois de transposition respectives et les autres dispositions assurant la mise en œuvre de ces instruments dans le droit national de la Partie Contractante émettrice et de la Partie Contractante destinataire ».

Pareille disposition, destinée à fournir des garanties importantes en matière de droit au respect de la vie privée, revêt bien un caractère général et doit donc être considérée comme ayant vocation à énoncer des règles de droit de source internationale. Ces « arrangements écrits » doivent en conséquence recevoir la qualification de traités ou, à tout le moins, d'accords en forme simplifiée.

Pareils accords doivent faire l'objet d'un assentiment parlementaire en vertu de l'article 167, § 2, seconde phrase, de la Constitution, même si la conclusion de pareils « arrangements écrits » n'est pas rappelée par l'article 62 du traité.

Il est recommandé de compléter l'article 3 de l'avant-projet de loi par une référence à ces « arrangements écrits » prévus par l'article 12, paragraphe 3, du traité, à défaut de quoi leur entrée en vigueur dans l'ordre juridique belge sera subordonnée à un nouvel assentiment parlementaire à leur sujet.

EXAMEN DU TRAITÉ

Articles 10 et 11

Dans son avis n° 51/2018 donné le 13 juin 2018 sur le projet devenu le traité faisant l'objet de l'avant-projet de loi d'assentiment à l'examen, l'Autorité de protection des données (ci-après : « l'APD ») fait observer ce qui suit au sujet des articles 10 et 11 :

« 29. L'article 10.3 du Projet concerne l'échange de données à caractère personnel à titre de preuve en matière pénale. Les données à caractère personnel reçues ne peuvent être utilisées comme preuve par la partie contractante de destination qu'après accord écrit de la partie émettrice. L'APD fait remarquer que les parties contractantes du Projet sont

également soumises à la Décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006³. L'APD attire l'attention sur les articles 2.4 et 2.5 de la loi du 9 décembre 2004 *sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle* qui transpose notamment cette Décision-cadre dans le droit belge. Ainsi, l'article 2.4 de cette loi dispose que les données à caractère personnel transmises ne peuvent pas être utilisées comme preuve, sauf autorisation de l'autorité judiciaire. Par ailleurs, l'article 2.5, premier alinéa de cette loi prévoit une autonomie pour la transmission par les services de police de données à caractère personnel directement disponibles ou directement accessibles. Mais pour cette transmission de données à caractère personnel aussi, l'accord écrit de l'autorité judiciaire sera requis dans certaines circonstances. L'APD demande d'adapter l'article 10.3 en remplaçant les termes *in fine* 'donné par la Partie Contractante émettrice' par les termes 'donné par la Partie Contractante émettrice, après accord à cet effet par les autorités judiciaires propres'. On évite ainsi de se contenter d'un simple accord policier pour une utilisation à titre de preuve, ce qui serait contraire à l'article 2.4 de ladite Décision-cadre ».

La suggestion formulée à la fin de cette observation n'a pas été suivie par les signataires du traité.

L'article 11, paragraphe 2, du traité précise toutefois, visant notamment « l'accord écrit préalable » donné par la Partie contractante émettrice à « [l]'utilisation des données à caractère personnel et des informations reçues à titre de preuve en matière pénale par la Partie Contractante destinataire », que

« [l]a compétence pour donner l'accord visé aux articles 9 et 10 du présent Traité de même que les critères et conditions sur la base desquels cet accord est donné ou non sont déterminés par le droit national de la Partie Contractante émettrice »,

ce qui, ainsi que le confirme le commentaire de l'article 11, doit avoir pour effet de « réserv[er], en droit belge, au Ministère public » « [l]'accord en vue d'une utilisation des informations à titres de preuve en matière pénale ».

L'article 10, paragraphe 3, et l'article 11, paragraphe 2, du traité, lus en combinaison, paraissent donc être de nature à respecter des conditions mises en lumière par l'observation n° 29 de l'avis de l'APD quant aux compétences des autorités judiciaires pour la communication par le Royaume de Belgique au Royaume des Pays-Bas ou au Grand-Duché de Luxembourg des données à caractère personnel et des informations reçues à titre de preuve en matière pénale.

Il n'en demeure pas moins que la compatibilité du traité avec le droit européen, spécialement avec la décision-cadre n° 2006/960/JAI du 18 décembre 2006, aurait été mieux assurée, s'agissant des trois États concernés, si la suggestion formulée par l'APD avait été suivie. Le seul renvoi au droit national n'est en effet pas de nature à assurer le respect du droit européen,

³ Note de bas de page n° 11 de l'avis cité : Décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 *relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne*.

même s'il appartient bien entendu aux États membres de le transposer ou de l'exécuter dans leur législation.

Il serait utile qu'à tout le moins le commentaire de l'article 11 du traité se réfère, lorsqu'il fait état des compétences du ministère public en la matière, aux dispositions pertinentes de la décision-cadre tout en renvoyant à l'observation n° 29 de l'avis de l'APD.

Article 16

Parmi les banques de données belges que l'article 16 rend accessibles aux services de police néerlandais et luxembourgeois lors de patrouilles mixtes et de contrôles communs, telles qu'elles sont énumérées à l'annexe 6 du traité, figure « le Système informatique de Détention du Service public fédéral Justice », dont la dénomination abrégée serait « Sidis suite »⁴.

L'avis n° 51/2018 du 13 juin 2018 de l'APD fait observer ce qui suit au sujet de cette banque de données :

« 47. En ce qui concerne Sidis Suite, l'APD constate que malgré les remarques critiques qu'elle a formulées⁵, celle-ci ne bénéficie toujours pas actuellement d'un encadrement légal.⁶ On peut dès lors difficilement créer dans le Projet une base légale pour octroyer un accès à une banque de données qui n'est pas encadrée légalement et dont l'APD ne peut pas examiner la compatibilité/l'incompatibilité à la lumière des finalités du Projet ».

Il est vrai que le traité lui-même confère une base légale à la possibilité d'accès prévue par l'article 16 et que le paragraphe 5 de cette disposition prévoit en outre qu'un accord d'exécution conclu entre les parties contractantes, auquel l'avant-projet de loi à l'examen envisage de donner un assentiment anticipé⁷, déterminera si cette banque de données sera bien accessible tout en déterminant alors « les conditions, les dispositions et les modalités opérationnelles et techniques requises pour la consultation directe » de cette banque de données.

Il n'en demeure pas moins que la possibilité d'accès par des services étrangers à des informations figurant dans une banque de données postule à tout le moins que la création même de celle-ci résulte d'une intervention législative en droit interne. Le traité à l'examen n'a pas pour objet de suppléer à la lacune du droit belge en la matière.

Les intentions de l'auteur de l'avant-projet n'apparaissent au demeurant pas clairement sur ce point : dans le commentaire de l'article 16 du traité, la liste des banques de données concernées par cette disposition omet la mention du « Système informatique de

⁴ Avis n° 51/2018 du 13 juin 2018 de l'Autorité de protection des données, observation n° 41, quatrième tiret.

⁵ Note de bas de page n° 16 de l'avis cité : Courrier du 15 février 2013 et avis de la Commission n° 08/2016 du 24 février 2016, n° 10/2017 du 22 février 2017 et n° 50/2017 du 20 septembre 2017.

⁶ Note de bas de page n° 17 de l'avis cité : Doc. Parl. Chambre 2016-2017, 54-2194/1.

⁷ Article 62 du traité et article 3, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet de loi.

Détention du Service public fédéral Justice », alors que les sept autres indiquées dans l'annexe 6 sont bien renseignées.

Article 22

L'article 22 est consacré à l'observation transfrontalière.

Il autorise les fonctionnaires d'une Partie contractante qui, sur leur territoire, observent une personne, à continuer cette observation sur le territoire d'une autre Partie contractante si celle-ci a donné l'autorisation sur la base d'une demande d'entraide judiciaire présentée au préalable et motivée.

Le paragraphe 7 de cet article 22 énonce les conditions auxquelles est soumise une telle observation :

- les fonctionnaires de l'État expéditeur doivent avoir une preuve qui atteste qu'une autorisation a été accordée ;
- les autorités et services compétents de l'État expéditeur apportent leur concours à l'État d'accueil lorsque celui-ci le demande ;
- l'entrée dans les habitations et dans les lieux non accessibles au public n'est pas autorisée.

L'article 3 du traité précise la relation qui doit être établie entre ce traité et les autres conventions ou le droit national. Le paragraphe 1^{er} de l'article 3 précise que les articles 21 et 22 du traité vont au-delà de ce qui est déterminé dans les articles 40 et 41 de la Convention d'application de Schengen.

Selon le paragraphe 2 de l'article 3, dans la mesure où les modalités d'exécution de ces formes de coopération ne sont pas fixées dans ou en vertu du traité, la coopération s'effectue dans le respect du droit national de chacune des parties contractantes.

L'article 40 de la Convention d'application de Schengen précise en son paragraphe 3 les conditions générales auxquelles sont soumises les observations. La première de ces conditions, qui sont plus nombreuses que dans le traité à l'examen, est rédigée comme suit :

« Les agents observateurs doivent se conformer aux dispositions du présent article et au droit de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle ils opèrent ; ils doivent obtempérer aux injonctions des autorités localement compétentes ».

Cette précision ne figure pas à l'article 22, paragraphe 7, du traité.

Or, l'observation policière en droit belge constitue une méthode particulière de recherche entourée de garanties destinées à protéger le droit au respect de la vie privée des personnes qui font l'objet d'une telle mesure, droit qui est consacré par l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Afin de répondre à l'exigence de prévisibilité résultant de ces deux dernières dispositions et d'éviter tout problème d'interprétation, l'article 22, paragraphe 7, gagnerait à être complété par le rappel des règles énoncées à l'article 40 de la Convention d'application de Schengen selon lesquelles les agents observateurs doivent se conformer au droit de la Partie contractante sur le territoire de laquelle ils opèrent et doivent obtempérer aux injonctions des autorités localement compétentes et ce, même si l'article 3 du traité précise, de manière générale, que la coopération s'effectue dans le respect du droit national de chacune des parties contractantes.

Ce faisant, l'article 22 contiendra par ailleurs un dispositif présent dans la plupart des autres articles du traité.

Article 35

La version française du paragraphe 1 aurait été mieux rédigée si les mots « qui ne leur soient attribuées » avaient été remplacés par les mots « qui ne leur sont pas attribuées ».

Article 53

L'énumération faite par le paragraphe 10 des dispositions du traité qui s'appliquent par analogie à une intervention transfrontalière visée à l'article 53 ne comprend pas l'article 48, qui concerne la responsabilité civile.

Le commentaire de l'article 53 expose donc à tort que, selon cette disposition, l'article du titre 5 portant sur « la responsabilité civile » « s'appliqu[e] également à l'intervention transfrontalière des unités spéciales en situation de crise ».

L'applicabilité de l'article 48 aux interventions prévues par l'article 53 est réglée par l'article 60, paragraphe 1, du traité.

Le commentaire de l'article 53 sera revu à la lumière de la présente observation.

Article 64

Il serait opportun que le commentaire de l'article 64 expose pourquoi les arrangements d'exécution dont il est question à l'article 62, paragraphe 3, ne figurent pas parmi les « règles juridiques à l'égard desquelles la Cour de justice Benelux exerce les compétences visées à l'article 1, deuxième paragraphe, sous les lettres a) et c), du Traité relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux ».

La même observation vaut pour les « arrangements écrits » qui font l'objet de l'observation n° 3 formulée sur l'avant-projet de loi.

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.

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP VAN WET

1.1. Volgens artikel 3 van het voorontwerp wordt bij voorbaat ingestemd met de “uitvoeringsovereenkomsten” en de “uitvoeringsafspraken” waarin het verdrag voorziet en in verband waarmee in respectievelijk lid 2 en lid 3 van artikel 62 bepaald wordt dat ze door de “Verdragsluitende Partijen” gesloten en door de “bevoegde autoriteiten en diensten” gemaakt kunnen worden.

1.2. Hoewel een dergelijke instemming bij voorbaat, gelet op de strekking van die “uitvoeringsovereenkomsten” en die “uitvoeringsafspraken”, aanvaard kan worden, valt niet uit te sluiten dat de Kamer van volksvertegenwoordigers het niet eens zou kunnen zijn met die instrumenten of met sommige ervan.

1.3. Teneinde de Kamer in staat te stellen om de regering ter kennis te brengen dat ze niet instemt met een van die instrumenten, zou het ontwerp aangevuld moeten worden met een bepaling waarbij de regering ertoe verplicht wordt haar elk ontwerp van “uitvoeringsovereenkomst” of van “uitvoeringsafpraak” mee te delen.

2. Krachtens artikel 190 van de Grondwet is alleen de wetgever bevoegd om te bepalen in welke vorm wetten en verordeningen bekendgemaakt moeten worden opdat ze verbindend zijn. Volgens het Hof van Cassatie geldt die grondwetsbepaling bij analogie voor internationale akten. Het Hof heeft immers beschikt dat bepaalde verdragen niet aan particulieren tegengeworpen kunnen worden zolang ze niet integraal in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt zijn.

De voorafgaande instemming met de “uitvoeringsovereenkomsten” en de “uitvoeringsafspraken”, die uit de ontworpen wet zou voortvloeien, levert geen afwijking op van de verplichting die vervat is in artikel 190 van de Grondwet en artikel 8 van de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen’ om die overeenkomsten en afspraken in het *Belgisch Staatsblad* bekend te maken opdat ze aan particulieren tegengeworpen kunnen worden.

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

3. Los van die “uitvoeringsovereenkomsten” en “uitvoeringsafspraken” wordt in een aantal bepalingen van het verdrag nog bepaald dat de “nationale contactpunten”¹ of de “bevoegde diensten”² “praktische afspraken” of “schriftelijke afspraken” kunnen maken.

Terwijl men zich niet kan indenken dat de “praktische afspraken” waarvan sprake in de artikelen 18, lid 5, 20, lid 3, 25, lid 5, 46, lid 3, en 53, lid 7, gemaakt zullen worden in andere dan specifieke gevallen, voor welbepaalde acties, zodat ze alleen geval voor geval gemaakt zullen worden en daarvoor dan ook geen parlementaire instemming, laat staan een voorafgaande parlementaire instemming vereist is, is zulks niet het geval met de “schriftelijke afspraken” waarin artikel 12, lid 3, van het verdrag voorziet, dat betrekking heeft op de technische aspecten van de wijze waarop persoonsgegevens en informatie uitgewisseld kunnen worden.

Dat artikel 12, lid 3, luidt als volgt:

“3. De bevoegde diensten maken schriftelijke afspraken over de technische middelen waarmee het elektronische datakanaal voor de informatie-uitwisseling moet worden beveiligd, en die minimaal overeenstemmen met de vereisten voorzien in Richtlijn (EU) 2016/680, of, in voorkomend geval, de algemene verordening gegevensbescherming, en de respectievelijke implementatiewetten en andere bepalingen ter uitvoering van deze instrumenten in het nationale recht van de verstreckende en ontvangende Verdragsluitende Partij.”

Een dergelijke bepaling, waarvan het de bedoeling is dat ze belangrijke waarborgen biedt in verband met het recht op eerbiediging van het privéleven, is wel degelijk van algemene aard zodat ervan uitgegaan moet worden dat de bedoeling ervan erin bestaat internationaalrechtelijke regels voor te schrijven. Die “schriftelijke afspraken” dienen bijgevolg bestempeld te worden als verdragen of op zijn minst als akkoorden in vereenvoudigde vorm.

Voor dergelijke akkoorden is parlementaire instemming vereist krachtens artikel 167, § 2, tweede lid, van de Grondwet, ook al wordt het maken van dergelijke “schriftelijke afspraken” niet vermeld in artikel 62 van het verdrag.

Aanbevolen wordt artikel 3 van het voorontwerp van wet aan te vullen met een verwijzing naar die “schriftelijke afspraken” waarin artikel 12, lid 3, van het verdrag voorziet, aangezien hun inwerkingtreding in de Belgische rechtsorde in het andere geval afhankelijk zal zijn van een nieuwe parlementaire instemming met betrekking tot die afspraken.

¹ Zie artikel 6 van het verdrag.

² Dit begrip wordt gedefinieerd in artikel 1, a), van het verdrag.

ONDERZOEK VAN HET VERDRAG

Artikelen 10 en 11

In advies 51/2018 dat de Gegevensbeschermingsautoriteit (hierna “de GBA”) op 13 juni 2018 gegeven heeft over het ontwerp dat het verdrag is geworden waarmee bij het voorliggend voorontwerp van wet wordt ingestemd, heeft ze over de artikelen 10 en 11 de volgende opmerking gemaakt:

“29. Artikel 10.3 van het Ontwerp heeft betrekking op de uitwisseling van persoonsgegevens als bewijs in strafzaken. De ontvangen persoonsgegevens kunnen slechts als bewijs door de ontvangende verdragspartij worden gebruikt na schriftelijke toestemming van de verstreckende partij. De GBA merkt op dat de verdragsluitende partijen van het Ontwerp ook gebonden blijven aan het Kaderbesluit 2006/960/JBZ van de Raad van 18 december 2006.³ De GBA vestigt de aandacht op de artikelen 2.4 en 2.5 van de Wet van 9 december 2004 *betreffende de internationale politieke verstrekking van gegevens van persoonlijke aard en informatie met gerechtelijke finaliteit, de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering*, die o.m. bedoeld Kaderbesluit omzet in het Belgisch recht. Zo bepaalt art. 2.4 van deze wet dat de verstrekte persoonsgegevens niet als bewijs mogen gebruikt worden, tenzij met toestemming van de gerechtelijke overheid. Daarnaast voorziet artikel 2.5, eerste lid, van deze wet in een autonomie voor de doorgifte door politiediensten van rechtstreekse beschikbare of toegankelijk persoonsgegevens voor de doorgifte van persoonsgegevens. Maar ook voor deze verstrekking van persoonsgegevens zal onder omstandigheden de schriftelijke toestemming van de gerechtelijke overheid vereist zijn. De GBA vraagt om artikel 10.3. aan te passen door in fine ‘verleend door de verstreckende Verdragsluitende Partij’ te vervangen door ‘verleend door de verstreckende Verdragsluitende Partij, na toestemming daartoe vanwege de eigen gerechtelijke overheden’. Op die manier wordt vermeden dat zou worden volstaan met een loutere politionele toestemming voor gebruik als bewijs, wat in strijd zou zijn met artikel 2.4 van genoemd Kaderbesluit.”

De suggestie die aan het einde van die opmerking is gemaakt, is door de ondertekenaars van het verdrag niet gevolgd.

Met betrekking tot inzonderheid de “voorafgaande schriftelijke toestemming” verleend door de verstreckende verdragsluitende partij voor “[h]et gebruik van de ontvangen persoonsgegevens en informatie als bewijs in strafzaken door de ontvangende Verdragsluitende Partij” wordt in artikel 11, lid 2, van het verdrag evenwel bepaald dat

“[d]e bevoegdheid tot het verlenen van de toestemming zoals bedoeld in de artikelen 9 en 10 van dit Verdrag [alook] de criteria en voorwaarden op basis waarvan deze toestemming al dan niet verleend wordt, (...) bepaald [worden] door het nationale recht van de verstreckende Verdragsluitende Partij”,

wat, zoals bevestigd wordt in de commentaar bij artikel 11, tot gevolg moet hebben dat “[d]e toelating tot het gebruik van de informatie als bewijs in strafzaken (...) naar Belgisch recht (...) voorbehouden [wordt] aan het Openbaar Ministerie”.

³ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: Kaderbesluit 2006/960/JBZ van de Raad van 18 december 2006 *betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandavingsautoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie*.

In onderlinge samenhang gelezen lijken artikel 10, lid 3, en artikel 11, lid 2, van het verdrag dan ook van dien aard dat ze voldoen aan de voorwaarden waarop gewezen is in opmerking 29 van het advies van de GBA in verband met de bevoegdheid van de gerechtelijke overheid wat betreft de mededeling door het Koninkrijk België aan het Koninkrijk der Nederlanden of aan het Groothertogdom Luxemburg van de persoonsgegevens en informatie die als bewijs in strafzaken ontvangen worden.

Dat neemt niet weg dat de verenigbaarheid van het verdrag met het Europees recht en in het bijzonder met kaderbesluit 2006/960/JBZ van 18 december 2006, wat de drie Staten in kwestie betreft, beter gegarandeerd zou zijn indien de suggestie van de GBA gevolgd was. Met een loutere verwijzing naar het nationaal recht kan immers niet gezorgd worden voor de naleving van het Europees recht, ook al is het uiteraard de taak van de lidstaten om dat recht om te zetten of het in hun wetgeving ten uitvoer te leggen.

Het zou goed zijn om op zijn minst in de commentaar bij artikel 11 van het verdrag, waar gewag gemaakt wordt van de bevoegdheid van het openbaar ministerie ter zake, te verwijzen naar de relevante bepalingen van het kaderbesluit en daarbij eveneens te verwijzen naar opmerking 29 van het advies van de GBA.

Artikel 16

Een van de Belgische databanken die bij artikel 16 toegankelijk verklaard worden voor de Nederlandse en de Luxemburgse politiediensten tijdens gemengde patrouilles en gemeenschappelijke controles, zoals ze opgesomd worden in bijlage 6 bij het verdrag, is “het Detentie Informatie Systeem van de Federale Overheidsdienst Justitie”, dat blijkbaar afgekort wordt als “Sidis suite”.⁴

In advies 51/2018 van 13 juni 2018 van de GBA wordt over die databank de volgende opmerking gemaakt:

“47. Wat Sidis Suite betreft stelt de GBA vast dat, niettegenstaande de kritische opmerkingen van de GBA,⁵ deze tot op heden nog steeds niet wettelijk omkaderd is.⁶ Er kan dan ook moeilijk in het Ontwerp een wettelijke basis gecreëerd worden om toegang te verlenen tot een databank die niet wettelijk is omkaderd en waarvan de GBA in het licht van de doeleinden van het Ontwerp de (on)verenigbaarheid niet kan beoordelen.”

Het is weliswaar zo dat het verdrag zelf een rechtsgrond oplevert voor de mogelijke toegang waarin artikel 16 voorziet en dat in het vijfde lid van dat artikel bovendien bepaald wordt dat in een uitvoeringsovereenkomst tussen de Verdragsluitende Partijen, waarmee bij voorliggend voorontwerp van wet bij voorbaat ingestemd wordt,⁷ bepaald moet worden of die

⁴ Advies 51/2018 van 13 juni 2018 van de Gegevensbeschermingsautoriteit, opmerking 41, vierde streepje.

⁵ Voetnoot 16 van het geciteerde advies: Schrijven van 15 februari 2013 en adviezen van de Commissie nr. 08/2016 van 24 februari 2016, nr. 10/2017 van 22 februari 2017 en nr. 50/2017 van 20 september 2017.

⁶ Voetnoot 17 van het geciteerde advies: Parl. St. Kamer 2016-2017, 54-2194/1.

⁷ Artikel 62 van het verdrag en artikel 3, eerste lid, van het voorontwerp van wet.

databank wel toegankelijk is, in welk geval “de operationele en technische voorwaarden, voorzieningen en modaliteiten (...) die benodigd zijn voor de rechtstreekse raadpleging” van die databank in die uitvoeringsovereenkomst opgenomen moeten worden.

Dat neemt niet weg dat de mogelijkheid voor buitenlandse diensten om toegang te hebben tot de informatie van een databank op zijn minst vereist dat de oprichting zelf van die databank het gevolg is van een wetgevend initiatief in intern recht. Voorliggend verdrag strekt er niet toe de leemte van het Belgisch recht ter zake weg te werken.

De bedoelingen van de steller van het voorontwerp op dit punt komen overigens niet goed tot uiting: in de commentaar bij artikel 16 van het verdrag ontbreekt in de lijst van de databanken waarop die bepaling betrekking heeft de vermelding van het “Detentie Informatie Systeem van de Federale Overheidsdienst Justitie”, terwijl de overige zeven databanken die in bijlage 6 vermeld worden daarin wel voorkomen.

Artikel 22

Artikel 22 handelt over grensoverschrijdende observatie.

Krachtens dat artikel mogen ambtenaren van een verdragsluitende partij die in hun eigen land een persoon observeren, de observatie voortzetten op het grondgebied van een andere verdragsluitende partij, indien deze partij daartoe toestemming heeft gegeven op basis van een vooraf ingediend met redenen omkleed verzoek om rechtshulp.

Lid 7 van dat artikel 22 bevat de voorwaarden die voor een dergelijke observatie gelden:

- de ambtenaren van de zendstaat beschikken over een bewijs waaruit blijkt dat de toestemming verleend is;
- de bevoegde autoriteiten en diensten van de zendstaat verlenen medewerking aan de gaststaat wanneer die daarom verzoekt;
- het binnentreden van woningen en het betreden van niet voor het publiek toegankelijke plaatsen zijn niet toegestaan.

In artikel 3 van het verdrag wordt verduidelijkt hoe het verdrag zich verhoudt tot andere verdragen en het nationaal recht. Luidens lid 1 van artikel 3 gaan de artikelen 21 en 22 van het verdrag verder dan wat bepaald is in de artikelen 40 en 41 van de Schengen-Uitvoeringsovereenkomst.

Volgens lid 2 van artikel 3 geschiedt de samenwerking met inachtneming van het onderscheiden nationaal recht van de verdragsluitende partijen, voor zover de uitvoeringsmodaliteiten van deze vormen van samenwerking niet in of krachtens het verdrag bepaald zijn.

In artikel 40, lid 3, van de Schengenuitvoeringsovereenkomst wordt bepaald aan welke algemene voorwaarden observaties moeten voldoen. De eerste van die voorwaarden, die in de Schengenuitvoeringsovereenkomst talrijker zijn dan in voorliggend verdrag, luidt als volgt:

“[D]e observerende ambtenaren zijn gebonden aan het bepaalde in dit artikel en aan het recht van de Overeenkomstsluitende Partij op wier grondgebied zij optreden; zij dienen de aanwijzingen van de plaatselijk bevoegde autoriteiten op te volgen”.

Die nadere bepaling komt niet voor in artikel 22, lid 7, van dit verdrag.

Naar Belgisch recht is observatie door de politie evenwel een bijzondere opsporingsmethode waarvoor waarborgen gelden die strekken tot bescherming van het recht op eerbiediging van het privéleven van de personen jegens wie een dergelijke maatregel getroffen is, welk recht verankerd is in artikel 22 van de Grondwet, gelezen in onderlinge samenhang met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Om te voldoen aan de voorwaarde van voorzienbaarheid die vervat is in die beide laatstgenoemde bepalingen en ter voorkoming van elk interpretatieprobleem zou men er goed aan doen artikel 22, lid 7, aan te vullen door te herinneren aan de regels die vervat zijn in artikel 40 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst naar luid waarvan de observerende ambtenaren gebonden zijn aan het recht van de overeenkomstsluitende partij op het grondgebied waarvan zij optreden en de aanwijzingen van de plaatselijk bevoegde autoriteiten dienen op te volgen, ook al wordt in artikel 3 van het verdrag in algemene zin bepaald dat de samenwerking geschiedt met inachtneming van het onderscheiden nationaal recht van de verdragsluitende partijen.

Zodoende zou men artikel 22 voorzien van een dispositief dat ook voorkomt in de meeste overige bepalingen van het verdrag.

Artikel 35

De Franse tekst van lid 1 zou beter gesteld zijn indien de woorden “qui ne leur soient attribuées” vervangen waren door de woorden “qui ne leur sont pas attribuées”.

Artikel 53

In de opsomming, in lid 10, van de bepalingen van het verdrag die van overeenkomstige toepassing zijn op een grensoverschrijdend optreden als bedoeld in artikel 53 ontbreekt artikel 48, dat betrekking heeft op de burgerrechtelijke aansprakelijkheid.

In de commentaar bij artikel 53 wordt dan ook ten onrechte uiteengezet dat volgens die bepaling het artikel van titel 5 dat betrekking heeft op “de [burgerrechtelijke] aansprakelijkheid”, “ook van toepassing [is] op het grensoverschrijdend optreden van de speciale eenheden in crisissituaties”.

In hoeverre artikel 48 van toepassing is op het optreden als bedoeld in artikel 53 wordt geregeld in artikel 60, lid 1, van het verdrag.

De commentaar bij artikel 53 moet in het licht van deze opmerking herzien worden.

Artikel 64

Men zou er goed aan doen in de commentaar bij artikel 64 uiteen te zetten waarom de uitvoeringsafspraken waarvan sprake is in artikel 62, lid 3, geen deel uitmaken van de “rechtsregels ten aanzien waarvan het Benelux-Gerechtshof beschikt over de bevoegdheden bedoeld in artikel 1, tweede lid, onder a) en c), van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof”.

Deze opmerking geldt eveneens voor de “schriftelijke afspraken” waaraan opmerking 3 over het voorontwerp van wet gewijd is.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT