



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 67.896/VR
du 29 septembre 2020

advies 67.896/VR
van 29 september 2020

sur

over

un avant-projet de loi 'portant
assentiment au Protocole n° 16
à la Convention de sauvegarde
des droits de l'homme et des
libertés fondamentales, fait à
Strasbourg le 2 octobre 2013'

een voorontwerp van wet
'houdende instemming met het
Protocol nr. 16 bij het Verdrag
ter bescherming van de rechten
van de mens en de
fundamentele vrijheden,
gedaan te Straatsburg op
2 oktober 2013'

Le 27 juillet 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Affaires étrangères et de la Défense à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé de plein droit[†] et prorogé à quarante-cinq jours jusqu'au 25 septembre 2020^{*}, sur un avant-projet de loi 'portant assentiment au Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 2 octobre 2013'.

L'avant-projet a été examiné par les chambres réunies le 29 septembre 2020. Les chambres réunies étaient composées de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH, Chantal BAMPS, Wouter PAS, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Johan PUT et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseurs, et Wim GEURTS et Béatrice DRAPIER, greffiers.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section, Frédéric VANNESTE, premier auditeur, et Cedric JENART, auditeur adjoint.

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 29 septembre 2020.

*

[†] Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *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.

^{*} Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par les chambres réunies en application de l'article 85bis.

Op 27 juli 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Buitenlandse Zaken en van Defensie verzocht binnen een termijn van dertig dagen van rechtswege[†] verlengd en verlengd tot vijfenveertig dagen tot 25 september 2020 * een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende instemming met het Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 2 oktober 2013'.

Het voorontwerp van wet is door de verenigde kamers onderzocht op 29 september 2020. De verenigde kamers waren samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH, Chantal BAMPs, Wouter PAS, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Johan PUT en Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessoren, en Wim GEURTS en Béatrice DRAPIER, griffiers.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd, Frédéric VANNESTE, eerste auditeur, en Cedric JENART, adjunct-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 29 september 2020.

*

[†] Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *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.

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de verenigde kamers met toepassing van artikel 85*bis*.

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.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE

1. L'avant-projet de loi tend à porter assentiment au Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Aux termes de l'article 1 du Protocole n° 16, les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées par ce dernier conformément à l'article 10 du même Protocole, peuvent adresser à la Cour européenne des droits de l'homme des demandes d'avis consultatifs sur des « questions de principe » relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles. La juridiction qui procède à la demande ne peut le faire que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle.

2. Ce Protocole est déjà entré en vigueur le 1^{er} août 2018 pour certains États membres et la Cour européenne des droits de l'homme a déjà rendu deux avis dans le cadre de celui-ci¹. La Belgique a signé le Protocole le 8 novembre 2018.

COMPÉTENCE

3. Il ressort du dossier soumis à la section de législation que, lors de sa réunion du 12 septembre 2018, le Groupe de Travail Traités Mixtes a rallié l'idée selon laquelle le Protocole n° 16 ne doit pas être considéré comme un traité mixte car il ne présente qu'un caractère exclusivement fédéral. Les motifs mis en avant sont les suivants :

« Le Protocole couvre un domaine (organisation judiciaire) qui relève de la compétence de l'État fédéral lequel est également compétent pour la coopération internationale en la matière. [...] [C]et aspect prime sur le fait que la demande d'avis pourrait également porter sur des matières relevant de la compétence des entités fédérées [...] ».

La section de législation ne peut cependant partager cette analyse.

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

¹ Voir Cour eur. D.H. (Gde Ch.), avis consultatif 'relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention', 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001 ; Cour eur. D.H. (Gde Ch.), avis consultatif 'relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée', demandé par la Cour constitutionnelle arménienne, 29 mai 2020, demande n° P16-2019-001.

4. Dans l'avis n° 60.816/VR donné le 24 février 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 4 mars 2018 'portant assentiment au Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 24 juin 2013', les chambres réunies de la section de législation du Conseil d'État ont conclu au caractère mixte du Protocole n° 15 'portant amendement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales' en se fondant plus particulièrement sur les éléments suivants :

« 2.2. Le Protocole n° 15 vise à modifier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : CEDH). Premièrement, une référence au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation est ajoutée au préambule de la Convention (article 1^{er}); deuxièmement, la limite d'âge des juges près la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : la Cour eur. D.H.) est remplacée par la condition que les candidats juges n'aient pas encore atteint l'âge de 65 ans à la date à laquelle la liste de candidats est soumise à l'Assemblée parlementaire (article 2)²; troisièmement, le droit des parties de s'opposer au renvoi d'une affaire par une chambre devant la Grande chambre est supprimé (article 3)³; quatrièmement, le délai dans lequel la Cour européenne peut être saisie d'une requête individuelle est réduit de six à quatre mois (article 4)⁴; enfin, la possibilité de déclarer irrecevables des requêtes individuelles faute d'absence de préjudice important est étendu aux cas qui n'ont pourtant pas été dûment examinés par le tribunal interne (article 5)⁵.

[...]

3.5.2. Il convient de souligner tout d'abord que l'article 1 du Protocole vise à intégrer pour la première fois, dans le texte du préambule de la Convention, le principe de subsidiarité et la doctrine de la marge d'appréciation développée par la Cour eur. D.H. Ce faisant, la marge d'appréciation que la CEDH confère aux différentes autorités fédérales et entités fédérées belges dans l'exercice de leurs compétences respectives est plus amplement définie, de manière horizontale, ce qui requiert par conséquent l'assentiment de chacune de ces autorités. À elle seule, cette disposition donne déjà au Protocole n° 15 un caractère mixte.

3.5.3. Ensuite, les autres modifications comportent un certain nombre de modifications procédurales concernant la procédure à suivre devant la Cour eur. D.H. et le fonctionnement de celle-ci. Comme la section de législation du Conseil d'État l'a déjà observé dans son avis 58.676/VR du 28 juin 2016, les mécanismes de respect et d'exécution d'obligations internationales constituent toutefois les accessoires des compétences matérielles exercées dans le cadre du régime international concerné, de sorte que les communautés et les régions doivent elles aussi porter assentiment à des adaptations du fonctionnement de mécanismes internationaux de respect et d'exécution, en ce compris les juridictions internationales, qui peuvent aussi statuer sur des matières relevant de leurs compétences matérielles⁶.

² Note de bas de page n° 2 de l'avis cité : Modifications des articles 21 et 23 de la CEDH.

³ Note de bas de page n° 3 de l'avis cité : Modification de l'article 30 de la CEDH.

⁴ Note de bas de page n° 4 de l'avis cité : Modification de l'article 35, paragraphe 1, de la CEDH.

⁵ Note de bas de page n° 5 de l'avis cité : Modification de l'article 35, paragraphe 3, alinéa b, de la CEDH.

⁶ Note de bas de page n° 15 de l'avis cité : Avis 58.676/VR du 28 janvier 2016 sur un avant-projet de loi 'portant assentiment au Protocole modifiant le Traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux, fait à Luxembourg le 15 octobre 2012' (5.2.1-5.2.2) : « Bien que l'organisation et le fonctionnement des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et des tribunaux en général relèvent de la compétence interne de l'autorité

3.6. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que le protocole actuellement examiné est un traité mixte relevant des compétences de l'autorité fédérale, des régions et des communautés, y compris la Commission communautaire française et la Commission communautaire commune »⁷.

L'avis n° 58.676/VR du 28 juin 2016, auquel il est ainsi fait référence, avait quant à lui conclu au caractère mixte du Protocole 'modifiant le Traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux, fait à Luxembourg le 15 octobre 2012', en se fondant sur les motifs suivants :

« 5.1. Selon l'exposé des motifs du projet, '[l]e Protocole porte sur l'organisation judiciaire et le déroulement de procédures devant un tribunal, en l'occurrence un tribunal international. Comme il s'inscrit dans le domaine de la justice, il relève de la compétence de l'État fédéral. L'instrument a donc un caractère exclusivement fédéral'.

5.2. Ce point de vue ne peut être partagé.

5.2.1. Bien que l'organisation et le fonctionnement des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et des tribunaux en général relèvent de la compétence interne de l'autorité fédérale et que cette autorité soit dès lors compétente pour la coopération internationale dans ce domaine (par exemple la coopération internationale en matière d'assistance en justice, d'extradition dans le cadre de procédures judiciaires, de coopération concernant l'application des peines et autres), il ne saurait être admis sur cette base que l'autorité fédérale serait exclusivement compétente pour l'organisation et le fonctionnement des tribunaux internationaux.

5.2.2. La Cour de Justice Benelux est une des institutions de l'Union Benelux instaurée par l'article 5 du Traité du 17 juin 2008 'portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux signé le 3 février 1958'. Ce traité est un traité mixte, puisque la coopération que l'Union Benelux entend approfondir concerne tant les compétences de l'autorité fédérale que les compétences des communautés et des régions⁸. Il en va ainsi du programme de travail commun pluriannuel qu'établit périodiquement l'Union Benelux et qui définit les priorités de la coopération, entre autres 'l'achèvement du marché intérieur Benelux et la réalisation de l'Union économique Benelux, incluant la poursuite de l'harmonisation de la politique sociale, de la politique en matière d'énergie et de climat, ainsi que de la coopération en matière de transport et de communication', 'la coopération en matière d'environnement, de nature, d'agriculture et d'espaces naturels' et 'la politique en matière de visas et d'immigration, la coopération policière, la coopération en matière de gestion des crises et de lutte contre les catastrophes ainsi qu'en matière de

fédérale et que cette autorité soit dès lors compétente pour la coopération internationale dans ce domaine (par exemple la coopération internationale en matière d'assistance en justice, d'extradition dans le cadre de procédures judiciaires, de coopération concernant l'application des peines et autres), il ne saurait être admis sur cette base que l'autorité fédérale serait exclusivement compétente pour l'organisation et le fonctionnement des tribunaux internationaux [...]. La compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale dans les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci, y compris la conclusion de traités [...], inclut la compétence de fixer les mécanismes de respect des obligations prévus dans le cadre de cette coopération internationale ».

⁷ *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2835/1, pp. 11 à 17, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60816.pdf>.

⁸ *Note de bas de page n° 3 de l'avis cité* : Voir l'avis C.E. 57.083/VR du 24 mars 2015 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté flamande du 17 juillet 2015 'houdende instemming met het Verdrag over de Benelux Interparlementaire Assemblee, ondertekend te Brussel op 20 januari 2015'.

lutte contre le terrorisme et contre la fraude, notamment fiscale⁹. L'autorité fédérale¹⁰, la Région flamande et la Communauté flamande¹¹, la Région wallonne¹², la Région de Bruxelles-Capitale¹³, la Communauté française¹⁴ et la Communauté germanophone¹⁵ ont par ailleurs porté assentiment au traité.

Le traité du 31 mars 1965 et, par extension, le Protocole auquel le projet actuellement examiné vise à porter assentiment et qui modifie le traité précité, est directement lié au traité 'instituant l'Union économique Benelux' (ci-après : le traité Benelux)¹⁶. Eu égard aux compétences qui lui sont conférées, la Cour de Justice Benelux fait dès lors partie des mécanismes de respect des obligations prévus dans le traité Benelux, qui règlent la mise en œuvre et le respect des obligations matérielles résultant de ce traité.

La compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale dans les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci, y compris la conclusion de traités¹⁷, inclut la compétence de fixer les mécanismes de respect des obligations prévus dans le cadre de cette coopération internationale.

Les matières qui relèvent du champ d'application du traité Benelux et qui, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du traité du 31 mars 1965, que l'article I du Protocole remplace, peuvent faire l'objet d'une procédure devant la Cour de Justice Benelux pour interpréter une règle juridique dans le cadre d'une procédure en cours, pour

⁹ *Note de bas de page n° 4 de l'avis cité* : Article 3, paragraphe 2, du Traité du 17 juin 2008 'portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux signé le 3 février 1958' ».

¹⁰ *Note de bas de page n° 5 de l'avis cité* : Loi du 15 décembre 2010 'portant assentiment aux Actes internationaux suivants :

1° Traité portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux signé le 3 février 1958, et Déclaration, faits à La Haye le 17 juin 2008 ;

2° Protocole relatif aux privilèges et immunités de l'Union Benelux, fait à La Haye le 17 juin 2008'.

¹¹ *Note de bas de page n° 6 de l'avis cité* : Décret du 2 juillet 2010 'houdende instemming met het Verdrag tot herziening van het op 3 februari 1958 gesloten Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie, het Protocol inzake de voorrechten en immuniteiten van de Benelux Unie, en de Verklaring, ondertekend in 's-Gravenhage op 17 juni 2008'.

¹² *Note de bas de page n° 7 de l'avis cité* : Décret du 5 mai 2011 'portant assentiment au Traité portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux signé le 3 février 1958, au Protocole relatif aux Privilèges et Immunités de l'Union Benelux et à la Déclaration, signés à La Haye, le 17 juin 2008' et décret du 5 mai 2011 'portant assentiment, pour les matières dont l'exercice a été transféré par la Communauté française à la Région wallonne, au Traité portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux signé le 3 février 1958, au Protocole relatif aux privilèges et immunités de l'Union Benelux et à la Déclaration, signés à La Haye le 17 juin 2008'.

¹³ *Note de bas de page n° 8 de l'avis cité* : Ordonnance du 9 décembre 2010 'portant assentiment : au Traité portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux signé le 3 février 1958, au Protocole relatif aux privilèges et immunités de l'Union Benelux et à la Déclaration, signés à La Haye le 17 juin 2008'.

¹⁴ *Note de bas de page n° 9 de l'avis cité* : Décret du 28 avril 2011 'portant assentiment au Traité portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux, signé le 3 février 1958, au Protocole relatif aux Privilèges et Immunités de l'Union Benelux et à la Déclaration, signés à La Haye le 17 juin 2008'.

¹⁵ *Note de bas de page n° 10 de l'avis cité* : Décret du 25 mai 2009 'zur Zustimmung zum Vertrag zur Neufassung des am 3. Februar 1958 unterzeichneten Vertrags zur Einrichtung der Benelux-Wirtschaftsunion sowie zum Protokoll über die Vorrechte und Immunitäten der Benelux-Union, unterzeichnet in Den Haag am 17. Juni 2008.

¹⁶ *Note de bas de page n° 11 de l'avis cité* : Selon l'article 17 du traité du 17 juin 2008, « [l]e Traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux règle la composition, la compétence et le fonctionnement de la Cour de Justice Benelux ».

¹⁷ *Note de bas de page n° 12 de l'avis cité* : Article 167, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

régler un litige ou pour rendre un avis quant à l'interprétation d'une règle de droit, ont trait tant aux compétences de l'autorité fédérale qu'à celles des communautés et des régions.

Par conséquent, le protocole ne concerne pas seulement des matières relevant de la compétence de l'autorité fédérale ¹⁸ » ¹⁹.

5. Il ressort de ces avis, et d'autres intervenus à propos de problématiques identiques ²⁰, que la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale dans les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci, y compris la conclusion de traités, inclut la compétence de fixer les mécanismes de respect des obligations prévus dans le cadre de cette coopération internationale, et, par la suite, de consentir à la modification du fonctionnement de ces mécanismes. La circonstance que l'organisation et le fonctionnement des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et des tribunaux en général relèvent de la compétence interne de l'autorité fédérale n'emporte pas que seule l'autorité fédérale serait exclusivement compétente pour la matière de l'organisation et du fonctionnement des tribunaux internationaux affectés à la surveillance d'obligations internationales qui, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme, couvrent des matières relevant tout autant des compétences fédérales que communautaires et régionales.

¹⁸ Note de bas de page n° 13 de l'avis cité : Voir, dans le même sens, l'avis. C.E. 27.898/4 du 6 juillet 1998 sur un avant-projet devenu le décret du Conseil régional wallon du 25 février 1999 'portant assentiment au Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, fait à Strasbourg le 9 novembre 1995'; l'avis C.E. 39.457/2 du 28 novembre 2005 sur un avant-projet devenu la loi du 22 août 2006 'portant assentiment au Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, fait à Strasbourg le 13 mai 2004'.

¹⁹ Avis n° 58.676/VR donné le 28 janvier 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 11 septembre 2016 'portant assentiment au Protocole modifiant le Traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux, fait à Luxembourg le 15 octobre 2012' (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1904/1, pp. 12 à 20, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/58676.pdf>).

²⁰ Voir, outre les avis cités à la note de bas de page n° 13 de l'avis n° 58.676/VR, les avis suivants :

– n° 53.493/1 donné le 27 juin 2013 sur un avant-projet devenu l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 27 février 2014 'portant assentiment : - à l'amendement à la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; - à l'amendement à la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; et - aux amendements à la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants' (*Doc. parl.*, Ass. réun. comm. comm. comm., 2012-2013, n° B-76/1, pp. 7 et 8, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53493.pdf>) ;

– n° 54.183/2 donné le 23 octobre 2013 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 13 mars 2014 'portant assentiment, pour ce qui concerne les matières dont l'exercice a été transféré par la Communauté française à la Région wallonne, à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1984, ainsi que son Protocole facultatif adopté par l'assemblée générale de l'ONU le 18 décembre 2002' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2013-2014, n° 949/1, p. 5, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/54183.pdf>) ;

– n° 58.053/2 donné le 31 août 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 8 octobre 2016 'portant assentiment : - à l'Amendement à l'article 8, paragraphe 6, de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; - à l'Amendement de l'article 20, paragraphe 1 de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; et - aux Amendements à l'article 17, paragraphe 7 et article 18, paragraphe 5 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants' (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1863/1, pp. 11 et 12, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/58053.pdf>) (solutions implicites).

Cons. également J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, Deel III, Brugge, Die Keure, 2019, p. 427.

6. Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme ouvre une nouvelle voie d'exercice, par la Cour européenne des droits de l'homme, des missions qui lui sont dévolues par les articles 19 et 32 de la Convention en termes d'interprétation et d'application de cet instrument²¹. Les demandes d'avis consultatifs qui seront adressées à la Cour sur sa base, par les juridictions belges y habilitées, pourront indifféremment porter sur l'interprétation et l'application de la Convention dans les matières fédérales, communautaires et régionales. Il s'ensuit que ce Protocole n° 16 participe de la conception même d'un mécanisme international visant à faire assurer le respect, également par les communautés et régions, de leurs obligations internationales et doit pour cette raison, dans la ligne des principes rappelés par la section de législation dans ses avis n°s 60.816/VR et 58.676/VR précités, être qualifié de traité « mixte ».

7. En conséquence, le Protocole n° 16 ne pourra être ratifié par la Belgique que moyennant l'assentiment préalable de la Chambre des représentants et de l'ensemble des Parlements des communautés et régions, y inclus les assemblées respectives de la Commission communautaire française et de la Commission communautaire commune.

MODIFICATIONS ET CLARIFICATIONS DE LA LÉGISLATION EXISTANTE

8.1. La ratification du Protocole n° 16 rendra nécessaire ou souhaitable la modification, par le législateur fédéral, d'une série de législations existantes aux fins d'insertion harmonieuse du nouveau dispositif au sein de celles-ci.

8.2. Compte tenu du principe de la légalité en matière juridictionnelle, il convient tout d'abord de prévoir, dans les législations respectives qui les instituent et en régissent le fonctionnement, la possibilité même pour les juridictions visées – il s'agit en l'occurrence, selon l'exposé des motifs, de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation – de saisir la Cour européenne d'une demande d'avis consultatif et les éventuelles modalités de cette saisine²². Les modifications à intervenir doivent être adoptées à la majorité ordinaire ou, le cas échéant, s'agissant de la Cour constitutionnelle (article 142, alinéa 6, de la Constitution) ainsi que des modifications apportées aux règles visées à l'article 160, alinéa 3, de la Constitution²³, à la majorité spéciale.

²¹ Cour eur. D.H., avis consultatif 'relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée', demandé par la Cour constitutionnelle arménienne, 29 mai 2020, demande n° P16-2019-001, § 42 :

« La Cour rappelle que, comme l'indique le Préambule du Protocole n° 16, l'objectif de la procédure d'avis consultatif est de renforcer le dialogue entre la Cour et les autorités nationales et d'améliorer ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité. L'objectif de la procédure n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction dont émane la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance ».

²² À ce niveau, il s'indique que le législateur observe les obligations qui découlent du Protocole n° 16 lui-même et, bien qu'elles ne soient pas obligatoires, s'inspire des *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol N°. 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017)* (https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf).

²³ L'article 160, alinéa 3, de la Constitution dispose comme suit :

8.3. Il importe par ailleurs de clarifier comment la possibilité nouvellement offerte à la Cour de cassation et au Conseil d'État de solliciter un avis consultatif de la part de la Cour européenne des droits de l'homme s'articule avec le mécanisme de priorité mis en place par l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 'sur la Cour constitutionnelle' en cas de « concours de droits fondamentaux ». L'article 26, § 4, alinéa 1^{er}, énonce en effet, en règle, ce qui suit :

« Lorsqu'est invoquée devant une juridiction la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. Lorsqu'est uniquement invoquée devant la juridiction la violation de la disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de vérifier, même d'office, si le titre II de la Constitution contient une disposition totalement ou partiellement analogue. Ces obligations ne portent pas atteinte à la possibilité, pour la juridiction, de poser aussi, simultanément ou ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ».

Se pose notamment la question de savoir si, dans le cadre de l'équilibre que cette disposition s'efforce de mettre en place, il y a lieu de considérer que :

– la réserve faite par la dernière phrase de la disposition précitée à propos des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne doit nécessairement être interprétée *a contrario* comme excluant que la Cour de cassation et le Conseil d'État formulent une demande d'avis consultatif auprès de la Cour européenne des droits de l'homme en parallèle à la question préjudicielle qu'ils doivent prioritairement soumettre à la Cour constitutionnelle – ce qui impliquerait donc d'attendre que cette dernière y ait répondu avant de pouvoir formuler une demande d'avis consultatif – ; ou si

– l'article 26, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 n'exclut pas nécessairement que la Cour de cassation et le Conseil d'État formulent une demande d'avis consultatif auprès de la Cour européenne des droits de l'homme en parallèle de la question préjudicielle qu'ils doivent soumettre à la Cour constitutionnelle.

Afin d'éviter toute insécurité juridique, il s'imposerait que le législateur spécial apporte, à l'article 26, § 4, de la loi spéciale, les modifications nécessaires pour traduire explicitement l'articulation qu'il a en vue, que ce soit dans l'un des deux sens ici indiqués, ou encore dans le sens d'une solution tierce qu'il estimerait devoir s'imposer.

Dans une optique de clarification, il se recommanderait également que le législateur spécial indique si la « jurisprudence » européenne ou internationale visée à l'article 26, § 4, alinéa 2, 3°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, ne peut, s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, résulter que d'« arrêts » de la Cour européenne

« Une modification des règles sur l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État qui entrent en vigueur le même jour que cet alinéa, ne peut être apportée que par une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa ».

des droits de l'homme ou peut également être constitué d'avis consultatifs de cette Cour, intervenant sur la base du Protocole n° 16.

8.4. Enfin, il appartient au législateur fédéral – statuant à la majorité ordinaire ou spéciale, selon le cas (voir l'observation n° 8.2) – de régler, en tenant compte de la nécessité d'observer la garantie du délai raisonnable, la question de savoir si ²⁴, et dans quelle mesure, la procédure juridictionnelle dans le cadre de laquelle la demande d'avis consultatif est formée est en tout ou partie suspendue – de manière automatique ou non – jusqu'à ce que la Cour européenne des droits de l'homme se soit prononcée et si, et à quelle condition, la juridiction *a quo* peut décider de mettre un terme anticipé à la suspension intervenue.

OBSERVATIONS RELATIVES À LA LOI D'ASSENTIMENT

9. Le texte authentique français et la traduction néerlandaise du Protocole doivent être joints au projet de loi d'assentiment.

10. Afin d'assurer une parfaite information du Parlement, il est recommandé de joindre à l'exposé des motifs du projet de loi le « Rapport explicatif » du Protocole n° 16 ²⁵.

*

²⁴ Le Protocole n° 16 n'impose en effet pas lui-même une telle suspension : voir en effet *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol N° 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017)*, § 21 : « It will be for the requesting court or tribunal to decide whether the domestic proceedings are to be suspended pending the delivery of the Court's advisory opinion » https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf.

²⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_FRA.pdf.

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.

STREKKING EN RECHTSGROND

1. Het voorontwerp van wet strekt ertoe in te stemmen met Protocol nr. 16 bij het Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Overeenkomstig artikel 1 van Protocol nr. 16 kunnen de hoogste hoven en rechtbanken van een Hoge Contractspartij, zoals door deze bepaald overeenkomstig artikel 10 van datzelfde protocol, het Europees Hof voor de rechten van de mens verzoeken om een advies te geven over principiële vragen (“questions of principle”) met betrekking tot de interpretatie of toepassing van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de daarbij horende protocollen. Dit kan enkel in het kader van een voor dat hof of die rechtbank hangende zaak.

2. Dit protocol is voor sommige lidstaten reeds in werking getreden op 1 augustus 2018 en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft reeds twee adviezen in het kader van dat protocol uitgebracht¹. België heeft het protocol op 8 november 2018 ondertekend.

BEVOEGDHEID

3. Uit het dossier dat aan de afdeling Wetgeving is voorgelegd, blijkt dat de werkgroep Gemengde Verdragen zich tijdens haar vergadering van 12 september 2018 achter de opvatting heeft geschaard dat Protocol nr. 16 niet als een gemengd verdrag moet worden beschouwd daar het slechts een exclusief federaal karakter draagt. Daar worden de volgende redenen voor aangedragen:

“Het protocol bestrijkt een domein (juridische organisatie) dat tot de bevoegdheid behoort van de federale staat die ook bevoegd is voor de internationale samenwerking ter

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

¹ Zie EHRM (Grote Kamer), advies ‘relatif à la reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention’, 10 april 2019, verzoek P16-2018-001; EHRM (Grote Kamer), advies ‘relatif à l’utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d’une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu’elle était en vigueur au moment de la commission de l’infraction et la loi pénale telle que modifiée’, gevraagd door het Grondwettelijk Hof van Armenië, 29 mei 2020, verzoek P16-2019-001.

zake. (...) [D]it aspect [primeert] op het feit dat de adviesaanvraag ook zou kunnen slaan op materies die tot de bevoegdheid van de gefedereerde entiteiten behoren (...).”

De afdeling Wetgeving kan die analyse echter niet delen.

4. In advies 60.816/VR, op 24 februari 2017 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 4 maart 2018 ‘houdende instemming met het Protocol nr. 15 tot wijziging van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gedaan te Straatsburg op 24 juni 2013’, hebben de verenigde kamers van de afdeling Wetgeving van de Raad van State geconcludeerd dat Protocol nr. 15 ‘tot wijziging van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’ een gemengd karakter heeft. Ze hebben zich daarvoor met name op de volgende elementen gebaseerd:

“2.2. Het Protocol nr. 15 strekt tot wijziging van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM). Ten eerste wordt een verwijzing naar het beginsel van subsidiariteit en de doctrine van de *margin of appreciation* aan de preambule van het Verdrag toegevoegd (artikel 1); ten tweede wordt de leeftijdsgrens voor rechters bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) vervangen door het vereiste dat de kandidaat-rechters nog geen 65 jaar oud zijn op het ogenblik dat de kandidatenlijst wordt voorgelegd aan de Parlementaire Assemblee (artikel 2)²; ten derde wordt het recht van de partijen om bezwaar te maken tegen de verwijzing van een zaak door een kamer naar de Grote Kamer geschrapt (artikel 3)³; ten vierde wordt de termijn waarbinnen een individueel verzoekschrift moet worden ingediend bij het Hof ingekort van zes tot vier maanden (artikel 4)⁴; ten slotte wordt de mogelijkheid om individuele verzoekschriften onontvankelijk te verklaren wegens gebrek aan wezenlijk nadeel uitgebreid tot gevallen waarin nochtans geen behoorlijke behandeling heeft plaatsgevonden voor het nationale gerecht (artikel 5).⁵

(...)

3.5.2. In de eerste plaats moet worden benadrukt dat artikel 1 van het Protocol er toe strekt om het subsidiariteitsbeginsel en de door het EHRM ontwikkelde doctrine van de *margin of appreciation* voor het eerst te integreren in de tekst van de preambule van het verdrag. Op die manier wordt op horizontale wijze de beleidsruimte die de verschillende Belgische federale en deelstatelijke overheden hebben onder het EVRM bij de uitoefening van hun respectievelijke bevoegdheden verder omschreven, wat bijgevolg de instemming van elk van die overheden vereist. Die bepaling alleen al maakt het Protocol nr. 15 tot een gemengd verdrag.

3.5.3. In de tweede plaats houden de overige wijzigingen een aantal procedurele wijzigingen in met betrekking tot de procesvoering voor en de werking van het EHRM. Zoals de afdeling Wetgeving van de Raad van State er reeds op heeft gewezen in haar advies 58.676/VR van 28 juni 2016 vormen de nalevings- en afdwingingsmechanismen van internationale verplichtingen evenwel de accessoria van de materiële bevoegdheden die in het kader van het betrokken internationale regime worden uitgeoefend, zodat de

² Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Wijzigingen van artikel 21 en 23 van het EVRM.

³ Voetnoot 3 van het geciteerde advies: Wijziging van artikel 30 van het EVRM.

⁴ Voetnoot 4 van het geciteerde advies: Wijziging van artikel 35, eerste lid, van het EVRM.

⁵ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Wijziging van artikel 35, derde lid, onderdeel b), van het EVRM.

gemeenschappen en de gewesten mee moeten instemmen met aanpassingen van de werking van internationale nalevings- en afdwingingsmechanismes, waaronder internationale rechtscolleges, die ook over aangelegenheden die tot hun materiële bevoegdheden behoren uitspraak kunnen doen.⁶

3.6. Gelet op wat voorafgaat dient te worden besloten dat het thans voorliggende Protocol een gemengd verdrag is dat tot de bevoegdheden behoort van de federale overheid, de gewesten en de gemeenschappen, inclusief de Franse Gemeenschapscommissie en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie.”⁷

Advies 58.676/VR van 28 juni 2016, waarnaar aldus wordt verwezen, stelt op zijn beurt dat het protocol ‘tot wijziging van het Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, gedaan te Luxemburg op 15 oktober 2012’ een gemengd karakter draagt. Daar worden de volgende redenen voor aangedragen:

“5.1. Luidens de memorie van toelichting bij het ontwerp ‘betreft [het Protocol] de rechterlijke organisatie en de procedure voor een rechtbank, *in casu* een internationale rechtbank, en behoort [het] als onderdeel van justitie tot de bevoegdheid van de federale Staat. Dit wijzigingsprotocol is dan ook een exclusief federaal verdrag’.

5.2. Hiermee kan niet worden ingestemd.

5.2.1. Hoewel de organisatie en de werking van de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde en van rechtbanken in het algemeen tot de interne bevoegdheid van de federale overheid behoort en die overheid dan ook bevoegd is voor de internationale samenwerking op dat vlak (bijvoorbeeld de internationale samenwerking inzake rechtshulp, uitlevering in het kader van gerechtelijke procedures, samenwerking inzake strafuitvoering en dergelijke meer), kan op grond hiervan niet worden aangenomen dat de federale overheid exclusief bevoegd zou zijn voor de organisatie en de werking van internationale rechtbanken.

5.2.2. Het Benelux-Gerechtshof is één van de instellingen van de Benelux Unie waarin wordt voorzien bij artikel 5 van het verdrag van 17 juni 2008 ‘tot herziening van het op 3 februari 1958 gesloten verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie’. Dat verdrag is een gemengd verdrag, vermits de samenwerking die de Benelux Unie beoogt te verdiepen zowel betrekking heeft op de bevoegdheden van de federale overheid als op de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten.⁸ Zo betreft het meerjarige Gemeenschappelijk Werkprogramma dat de Benelux Unie periodiek opstelt, en waarin de prioriteiten van de samenwerking worden vastgesteld, onder meer ‘de

⁶ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: Adv.RvS 58.676/VR van 28 januari 2016 over een voorontwerp van wet ‘houdende instemming met het Protocol tot wijziging van het Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, gedaan te Luxemburg op 15 oktober 2012’ (5.2.1–5.2.2): “Hoewel de organisatie en de werking van de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde en van rechtbanken in het algemeen tot de interne bevoegdheid van de federale overheid behoort en die overheid dan ook bevoegd is voor de internationale samenwerking op dat vlak (bijvoorbeeld de internationale samenwerking inzake rechtshulp, uitlevering in het kader van gerechtelijke procedures, samenwerking inzake strafuitvoering en dergelijke meer), kan op grond hiervan niet worden aangenomen dat de federale overheid exclusief bevoegd zou zijn voor de organisatie en de werking van internationale rechtbanken [...]. De bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten om voor de aangelegenheden waarvoor zij door of krachtens de Grondwet bevoegd zijn, de internationale samenwerking te regelen, met inbegrip van het sluiten van verdragen, [...] omvat de bevoegdheid om in het kader van die internationale samenwerking, de nalevingsmechanismen vast te stellen.”

⁷ Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 2835/001, 11-17, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/60816.pdf>.

⁸ Voetnoot 3 van het geciteerde advies: Zie adv.RvS 57.083/VR van 24 maart 2015 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 17 juli 2015 ‘houdende instemming met het Verdrag over de Benelux Interparlementaire Assemblée, ondertekend te Brussel op 20 januari 2015’.

vervolmaking van de interne Benelux-markt en de verwezenlijking van de Benelux Economische Unie met inbegrip van de verdere afstemming van het sociaal beleid, van het beleid op het gebied van de energie en het klimaat, alsmede van de samenwerking op het gebied van transport en communicatie', 'de samenwerking op het gebied van het milieu, de natuur, de landbouw en de natuurlijke ruimten' en 'het beleid op het gebied van visa en immigratie, de politieke samenwerking, de samenwerking met betrekking tot het beheer van crises en de bestrijding van rampen, alsmede met betrekking tot de strijd tegen het terrorisme en tegen fraude, onder meer op het gebied van belastingen'.⁹ Aan het verdrag werd overigens instemming verleend door de federale overheid,¹⁰ het Vlaamse Gewest en de Vlaamse Gemeenschap,¹¹ het Waalse Gewest,¹² het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest,¹³ de Franse Gemeenschap¹⁴ en de Duitstalige Gemeenschap.¹⁵

Het verdrag van 31 maart 1965, en bij uitbreiding het protocol tot instemming waarmee het thans voorliggende ontwerp strekt, dat het voormelde verdrag wijzigt, is rechtstreeks verbonden met het verdrag 'tot instelling van de Benelux Economische Unie' (hierna het Benelux-verdrag).¹⁶ Het Benelux-Gerechtshof maakt, gelet op de hem toegekende bevoegdheden, bijgevolg deel uit van de nalevingsmechanismen waarin het Benelux-verdrag voorziet en waarmee de implementatie en de naleving van de in dat verdrag bepaalde materiële verdragsverplichtingen worden geregeld.

De bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten om voor de aangelegenheden waarvoor zij door of krachtens de Grondwet bevoegd zijn, de

⁹ Voetnoot 4 van het geciteerde advies: Artikel 3, lid 2, van het verdrag van 17 juni 2008 'tot herziening van het op 3 februari 1958 gesloten verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie'.

¹⁰ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Wet van 15 december 2010 'houdende instemming met volgende Internationale akten:

1° Verdrag tot herziening van het op 3 februari 1958 gesloten Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie, en Verklaring, gedaan te 's-Gravenhage op 17 juni 2008;

2° Protocol inzake de voorrechten en immuniteiten van de Benelux Unie, gedaan te 's-Gravenhage op 17 juni 2008'.

¹¹ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Decreet van 2 juli 2010 'houdende instemming met het Verdrag tot herziening van het op 3 februari 1958 gesloten Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie, het Protocol inzake de voorrechten en immuniteiten van de Benelux Unie, en de Verklaring, ondertekend in 's-Gravenhage op 17 juni 2008'.

¹² Voetnoot 7 van het geciteerde advies: Decreet van 5 mei 2011 'portant assentiment au Traité portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux signé le 3 février 1958, au Protocole relatif aux Privilèges et Immunités de l'Union Benelux et à la Déclaration, signés à La Haye, le 17 juin 2008' en décret van 5 mei 2011 'portant assentiment, pour les matières dont l'exercice a été transféré par la Communauté française à la Région wallonne, au Traité portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux signé le 3 février 1958, au Protocole relatif aux privilèges et immunités de l'Union Benelux et à la Déclaration, signés à La Haye le 17 juin 2008'.

¹³ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: Ordonnantie van 9 december 2010 'houdende instemming met: het Verdrag tot herziening van het op 3 februari 1958 gesloten Verdrag tot instelling van de Benelux Economische Unie, het Protocol inzake de voorrechten en immuniteiten van de Benelux Unie en de Verklaring, ondertekend te Den Haag op 17 juni 2008'.

¹⁴ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Decreet van 28 april 2011 'portant assentiment au Traité portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux, signé le 3 février 1958, au Protocole relatif aux Privilèges et Immunités de l'Union Benelux et à la Déclaration, signés à La Haye le 17 juin 2008'.

¹⁵ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: Decreet van 25 mei 2009 'zur Zustimmung zum Vertrag zur Neufassung des am 3. Februar 1958 unterzeichneten Vertrags zur Einrichtung der Benelux-Wirtschaftsunion sowie zum Protokoll über die Vorrechte und Immunitäten der Benelux-Union, unterzeichnet in Den Haag am 17. Juni 2008'.

¹⁶ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: Luidens artikel 17 van het verdrag van 17 juni 2008 regelt "[h]et verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof (...) de samenstelling, de bevoegdheid en de werkwijze van het Benelux-Gerechtshof".

internationale samenwerking te regelen, met inbegrip van het sluiten van verdragen,¹⁷ omvat de bevoegdheid om in het kader van die internationale samenwerking, de nalevingsmechanismen vast te stellen.

De aangelegenheden die binnen het toepassingsgebied van het Benelux-verdrag vallen, en die, overeenkomstig het bij artikel I van het protocol te vervangen artikel 1, lid 2, van het verdrag van 31 maart 1965, het voorwerp kunnen uitmaken van een procedure voor het Benelux-Gerechtshof om een rechtsregel te interpreteren in het kader van een hangend rechtsgeding, om een geschil te beslechten of om een advies te verlenen over de interpretatie van een rechtsregel, hebben zowel betrekking op de bevoegdheden van de federale overheid als op de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten.

Bijgevolg heeft het protocol niet alleen betrekking op aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren.^{18,19}

5. Uit dat advies, en ook uit andere adviezen die over gelijksoortige kwesties zijn gegeven,²⁰ volgt dat de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten om de internationale samenwerking te regelen in aangelegenheden die bij of krachtens de Grondwet tot hun bevoegdheden behoren, met inbegrip van het sluiten van verdragen, ook de bevoegdheid omvat om regelingen vast te stellen betreffende de naleving van de verplichtingen die in het

¹⁷ Voetnoot 12 van het geciteerde advies: Artikel 167, § 1, eerste lid, van de Grondwet.

¹⁸ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: In dezelfde zin zie adv.RvS 27.898/4 van 6 juli 1998 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Waalse Gewestraad van 25 februari 1999 'portant assentiment au Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, fait à Strasbourg le 9 novembre 1995'; adv.RvS 39.457/2 van 28 november 2005 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 22 augustus 2006 'houdende instemming met het Protocol nr. 14 bij het Verdrag inzake de bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, tot wijziging van het controlesysteem van het Verdrag, gedaan te Straatsburg op 13 mei 2004'.

¹⁹ Advies 58.676/VR, op 28 januari 2016 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 11 september 2016 'houdende instemming met het Protocol tot wijziging van het Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, gedaan te Luxemburg op 15 oktober 2012' (Parl.St. Kamer 2015-16, nr. 1904/001, 12-20, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/58676.pdf>).

²⁰ Zie, naast de adviezen die in voetnoot 13 van advies 58.676/VR zijn aangehaald, de volgende adviezen:

- advies 53.493/1, op 27 juni 2013 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van 27 februari 2014 'houdende instemming met: - de wijziging aan het Internationaal Verdrag van 7 maart 1966 inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie; - de wijziging aan het Internationaal Verdrag van 18 december 1979 inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie tegen vrouwen; en

- de wijzigingen aan het Internationaal Verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandelingen' (Parl.St. Gem.Gem.Comm. 2012-13, nr. B-76/1, 7-8, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/53493.pdf>);

- advies 54.183/2, op 23 oktober 2013 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Waals Gewest van 13 maart 2014 'houdende instemming, wat betreft de materies waarvan de uitoefening door de Franse Gemeenschap naar het Waalse Gewest is overgedragen, met het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing, aangenomen door de algemene vergadering van de VN op 10 december 1984, alsook met het Facultatief Protocol aangenomen door de algemene vergadering van de VN op 18 december 2002' (Parl.St. W.Parl. 2013-14, nr. 949/1, 5, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/54183.pdf>);

- advies 58.053/2, op 31 augustus 2015 gegeven over ene voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 8 oktober 2016 'houdende instemming met: - de Wijziging aan artikel 8, lid 6 van het Internationaal Verdrag van 7 maart 1966 inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie; - de Wijziging aan artikel 20, lid 1 van het Verdrag van 18 december 1979 inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie tegen vrouwen; en - de Wijzigingen aan artikel 17, lid 7 en artikel 18, lid 5 van het Verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling' (Parl.St. Kamer 2015-16, nr. 1863/001, 11-12, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/58053.pdf>) (impliciete oplossingen).

Zie ook J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, Deel III, Brugge, Die Keure, 2019, 427.

kader van die internationale samenwerking zijn bepaald, en, diensgevolge, om instemming te verlenen aan de wijziging van de werkwijze van die regelingen. De omstandigheid dat de organisatie en de werkwijze van de gewone hoven en rechtbanken en van de rechtbanken in het algemeen onder de interne bevoegdheid van de federale overheid vallen, wil niet zeggen dat die federale overheid alleen en exclusief bevoegd zou zijn voor de organisatie en de werkwijze van de internationale rechtscolleges die moeten toezien op de naleving van internationale verplichtingen die, zoals in het geval van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, aangelegenheden omvatten die zowel onder federale als onder gemeenschaps- en gewestbevoegdheden vallen.

6. Protocol nr. 16 bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens reikt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een nieuwe manier aan om de opdrachten uit te oefenen die aan dat Hof bij de artikelen 19 en 32 van het Verdrag zijn toegekend qua interpretatie en toepassing van dat Verdrag.²¹ Voortaan kunnen de verzoeken om advies die de daartoe gemachtigde Belgische rechtscolleges op basis van dat protocol aan het Hof zullen richten, zonder onderscheid betrekking hebben op de interpretatie en de toepassing van het Verdrag in federale, gemeenschaps- en gewestelijke aangelegenheden. Daaruit volgt dat dat Protocol nr. 16 is geconcipieerd als een internationaal mechanisme dat erop moet toezien dat ook de gemeenschappen en gewesten hun internationale verplichtingen nakomen; het protocol moet daarom ook, geheel in de lijn van de beginselen die de afdeling Wetgeving in haar voornoemde adviezen 60.816/VR en 58.676/VR heeft aangehaald, als een “gemengd” verdrag worden aangemerkt.

7. Dienovereenkomstig kan België Protocol nr. 16 alleen bekrachtigen indien er voorafgaandelijk mee is ingestemd door de Kamer van volksvertegenwoordigers en alle parlementen van de gemeenschappen en gewesten, met inbegrip van de respectieve assemblees van de Franse Gemeenschapscommissie en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie.

WIJZIGINGEN EN VERDUIDELIJKINGEN VAN DE BESTAANDE WETGEVING

8.1. Om Protocol nr. 16 te kunnen bekrachtigen, is het nodig of wenselijk dat de federale wetgever een reeks bestaande wetgevingen wijzigt zodat het nieuwe dispositief daar op harmonische wijze kan worden ingevoegd.

²¹ EHRM, advies ‘relatif à l’utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d’une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu’elle était en vigueur au moment de la commission de l’infraction et la loi pénale telle que modifiée’, gevraagd door het Grondwettelijk Hof van Armenië, 29 mei 2020, verzoek P16-2019-001, § 42:

“La Cour rappelle que, comme l’indique le Préambule du Protocole n° 16, l’objectif de la procédure d’avis consultatif est de renforcer le dialogue entre la Cour et les autorités nationales et d’améliorer ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité. L’objectif de la procédure n’est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction dont émane la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu’elle jugera le litige en instance”.

8.2. Gelet op het legaliteitsbeginsel in rechtsaangelegenheden dienen de respectieve wetgevingen waarbij de bedoelde rechtscolleges worden opgericht en hun werkwijze wordt geregeld, allereerst te voorzien in de mogelijkheid dat die rechtscolleges - volgens de memorie van toelichting gaat het *in casu* om het Grondwettelijk Hof, de Raad van State en het Hof van Cassatie - bij het Europees Hof een verzoek om advies indienen, en moeten ze ook de eventuele regels voor het indienen van dat verzoek vaststellen.²² De noodzakelijke wijzigingen moeten worden goedgekeurd met een gewone meerderheid of, met betrekking tot het Grondwettelijk Hof (artikel 142, zesde lid, van de Grondwet) en de wijzigingen aangebracht in de regels vervat in artikel 160, derde lid, van de Grondwet,²³ in voorkomend geval met een bijzondere meerderheid.

8.3. Voorts is het belangrijk duidelijk te maken hoe de nieuwe mogelijkheid die het Hof van Cassatie en de Raad van State wordt geboden om een advies van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te vragen, zich verhoudt tot de voorrangsregeling die artikel 26, § 4, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 ‘op het Grondwettelijk Hof’ invoert in geval van “samenloop van grondrechten”. Artikel 26, § 4, eerste lid, schrijft, in beginsel, het volgende voor:

“Wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, dient het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Indien voor het rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het rechtscollege, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. Deze verplichtingen doen geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen.”

Met name rijst, in het kader van het evenwicht dat die bepaling tot stand wil brengen, de vraag of moet worden geoordeeld:

– dat het voorbehoud dat in de laatste zin van de voornoemde bepaling wordt geformuleerd over de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, noodzakelijkerwijs *a contrario* zo moet worden geïnterpreteerd dat het uitsluit dat het Hof van Cassatie en de Raad van State een adviesaanvraag kunnen doen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, naast de prejudiciële vraag die ze prioritair moeten voorleggen aan het Grondwettelijk Hof - wat dus zou impliceren dat ze op een antwoord van dat laatste moeten wachten voordat ze een adviesaanvraag kunnen doen -, dan wel

²² Op dit niveau verdient het aanbeveling dat de wetgever rekening houdt met de verplichtingen die voortvloeien uit Protocol nr. 16 zelf, en dat hij zich baseert op de - weliswaar niet verplichte - *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol N°. 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017)* (https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf).

²³ In artikel 160, derde lid, van de Grondwet wordt het volgende bepaald:

“Aan de bepalingen betreffende de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State die op dezelfde dag als dit lid in werking treden, kan geen verandering worden aangebracht dan bij een wet aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid.”

– dat artikel 26, § 4, eerste lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 niet noodzakelijkerwijs uitsluit dat het Hof van Cassatie en de Raad van State een adviesaanvraag doen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, naast de prejudiciële vraag die ze aan het Grondwettelijk Hof moeten voorleggen.

Om alle rechtsonzekerheid te voorkomen zou de bijzondere wetgever in artikel 26, § 4, van de bijzondere wet de nodige wijzigingen moeten aanbrengen om de samenhang die hij op het oog heeft, expliciet weer te geven, hetzij via een van de hier aangegeven oplossingen, hetzij via een andere oplossing die hij nodig acht.

Omwille van de duidelijkheid zou de bijzondere wetgever ook moeten aangeven of de Europese of internationale “rechtspraak” die in artikel 26, § 4, tweede lid, 3°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 wordt bedoeld, in verband met het Europees Verdrag voor de rechten van de mens enkel kan voortvloeien uit “arresten” van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dan wel of die ook tot stand kan komen op basis van adviezen die dat Hof op grond van Protocol nr. 16 verstrekt.

8.4. Ten slotte staat het aan de federale wetgever om, naargelang het geval bij een gewone dan wel een bijzondere meerderheid (zie opmerking 8.2) en rekening houdend met de nodige waarborgen betreffende de redelijke termijn, te regelen of²⁴ en in hoeverre de rechtsprocedure in het kader waarvan de adviesaanvraag is gedaan, geheel of gedeeltelijk en al dan niet automatisch wordt geschorst totdat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich heeft uitgesproken, alsook of en onder welke voorwaarde het rechtscollege *a quo* kan besluiten die schorsing vervroegd te beëindigen.

²⁴ In Protocol nr. 16 zelf wordt een dergelijke schorsing namelijk niet voorgeschreven: zie *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol N° 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017)*, § 21 : “It will be for the requesting court or tribunal to decide whether the domestic proceedings are to be suspended pending the delivery of the Court’s advisory opinion” https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf.

OPMERKINGEN OVER DE INSTEMMINGSWET

9. De authentieke Franse tekst en de Nederlandse vertaling van het protocol moeten bij het ontwerp van instemmingswet worden gevoegd.

10. Met het oog op het verstrekken van volledige informatie aan het Parlement zou het toelichtend verslag van Protocol nr. 16 bij de memorie van toelichting van het wetsontwerp moeten worden gevoegd.²⁵

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT

²⁵ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383e>.