



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 69.998/VR/V
du 23 septembre 2021

sur

un avant-projet d'ordonnance
de la Région de
Bruxelles-Capitale 'portant
assentiment au Protocole
d'amendements modernisant la
Convention du Conseil de
l'Europe pour la protection des
personnes à l'égard du
traitement automatisé des
données à caractère personnel
du 28 janvier 1981, fait à
Strasbourg le 29 octobre 2018'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 69.998/VR/V
van 23 september 2021

over

een voorontwerp van
ordonnantie van het Brussels
Hoofdstedelijk Gewest
'houdende instemming met Het
Wijzigingsprotocol ter
modernisering van het Verdrag
van de Raad van Europa tot
bescherming van personen met
betrekking tot de
geautomatiseerde verwerking
van persoonsgegevens van
28 januari 1981, gedaan te
Straatsburg op
29 oktober 2018'

Le 22 juillet 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé des Finances, du Budget, de la Fonction publique, de la Promotion du Multilinguisme et de l'Image de Bruxelles à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé de plein droit * jusqu'au 22 septembre 2021, sur un avant-projet d'ordonnance 'portant assentiment au Protocole d'amendements modernisant la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, fait à Strasbourg le 29 octobre 1981'.

L'avant-projet a été examiné par les chambres réunies des vacations le 31 août 2021. Les chambres réunies étaient composées de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Peter SOURBRON, Bernard BLERO, Patricia DE SOMERE et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Michel TISON et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseurs, et Annemie GOOSSENS et Béatrice DRAPIER, greffiers.

Les rapports ont été présentés par Pauline LAGASSE et Cedric JENART, auditeurs.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 23 septembre 2021.

*

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

Op 22 juli 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Financiën, Begroting, Openbaar Ambt, de Promotie van Meertaligheid en van het Imago van Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen van rechtswege* verlengd tot 22 september 2021 een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie 'houdende instemming met Het Wijzigingsprotocol ter modernisering van het Verdrag van de Raad van Europa tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van 28 januari 1981, gedaan te Straatsburg op 29 oktober 2018'.

Het voorontwerp is door de verenigde vakantiekamer onderzocht op 31 augustus 2021. De verenigde kamers waren samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Peter SOURBRON, Bernard BLERO, Patricia DE SOMERE en Christine HOREVOETS, staatsraden, Michel TISON en Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessoren, en Annemie GOOSSENS en Béatrice DRAPIER, griffiers.

De verslagen zijn uitgebracht door Pauline LAGASSE en Cedric JENART, auditeurs.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 september 2021.

*

* 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.

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.

FORMALITÉS PRÉALABLES

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

Selon le délégué du ministre, la raison pour laquelle l'avis de l'Autorité de protection des données n'a pas été sollicité est la suivante :

« Het Protocol zelf verwerkt geen persoonsgegevens. Enkel de uitvoeringsmaatregelen zullen eventueel voorgelegd moeten worden aan de Gegevensbeschermingsautoriteit ».

Étant donné que l'avant-projet se rapporte au (« betrekking hebben op ») traitement des données, il convient de veiller au respect de l'accomplissement de cette formalité.

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

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET D'ORDONNANCE

2. Seules les versions authentiques en français et en anglais du Protocole d'amendements 'modernisant la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981', fait à Strasbourg le 29 octobre 2018 (ci-après : « le Protocole »), ont été soumises à la section de législation du Conseil d'État. Lors du dépôt de l'avant-projet d'ordonnance au Parlement, lesdites versions authentiques du Protocole seront en outre accompagnées d'un texte en langue néerlandaise précédé de la mention « traduction »¹.

EXAMEN DU PROTOCOLE D'AMENDEMENT

OBSERVATION PRÉALABLE

3. D'après l'exposé des motifs, le but du Protocole d'amendement sur lequel porte l'assentiment en projet est de

« moderniser la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et son Protocole additionnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données et de renforcer leur application. Dès son entrée en vigueur, le Protocole additionnel sera considéré comme faisant partie intégrante de la Convention telle qu'amendée ».

L'article 11 de la Convention précitée (devenant l'article 13 par l'effet de l'article 13 du Protocole d'amendement) prévoit qu'aucune des dispositions du chapitre II de la Convention, consacré aux principes de base pour la protection des données, ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte à la faculté pour chaque Partie d'accorder aux personnes concernées une protection plus étendue que celle prévue par la présente Convention.

Compte tenu de l'applicabilité directe du RGPD² et du principe consacré par l'article 11 (devenant l'article 13) de la Convention, il y aura lieu de faire primer les dispositions du RGPD lorsque les dispositions du Protocole d'amendement consacrent une protection moins étendue du traitement des données à caractère personnel que celle qui est prévue par le RGPD.

¹ Avis 57.435/4 donné le 18 mai 2015 sur un avant-projet devenu l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 20 novembre 2015 'portant assentiment à l'Accord européen sur les grandes voies navigables d'importance internationale (AGN), fait à Genève le 19 janvier 1996' (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2014-2015, n° A-182/1, p. 11 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/57435.pdf>). Voir également *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 209.

² Voir l'avis 63.192/2 donné le 19 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel' (*Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3126/1, pp. 402 à 456 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63192.pdf>).

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 8

4. L'article 6, § 1^{er}, quatrième tiret, de la Convention, tel qu'il est remplacé par l'article 8 du Protocole, ne vise pas le traitement de données à caractère personnel portant sur « l'orientation sexuelle ». Seul le traitement de données relatives à la « vie sexuelle » est visé.

Le commentaire donné par le rapport explicatif au Protocole à l'article 6 de la Convention, tel qu'ainsi remplacé, énonce ce qui suit :

« Le traitement de certaines catégories de données ou le traitement de certaines données pour les informations sensibles qu'elles révèlent, peut conduire à empiéter sur certains intérêts, droits et libertés. Tel est le cas par exemple lorsqu'il existe un risque potentiel de discrimination ou d'atteinte à la dignité ou à l'intégrité physique d'une personne, lorsque la sphère la plus intime de la personne concernée, par exemple sa vie sexuelle ou son orientation sexuelle, est visée, ou encore lorsque le traitement des données risque de porter atteinte à la présomption d'innocence »³.

Le commentaire fait donc également la distinction entre les concepts de « vie sexuelle », d'une part, et d'« orientation sexuelle », d'autre part. Cette dernière notion n'est cependant pas explicitement mentionnée au sein de l'article 6 de la Convention tel qu'amendé par le Protocole.

Ce faisant, la Convention n° 108 présenterait un champ d'application plus restreint concernant le traitement des données dites « sensibles ».

En tout état de cause, il y a lieu d'observer que le RGPD, en son article 9, paragraphe 1, vise le traitement de données à caractère personnel portant également sur l'orientation sexuelle. Cette disposition est rédigée comme suit :

« Le traitement des données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique sont interdits ».

Compte tenu de ce qu'il consacrerait ainsi une protection plus étendue, il y a lieu de faire primer le champ d'application consacré par le RGPD de sorte que la protection du traitement des données à caractère personnel relatives à l'orientation sexuelle, telle que l'organise le RGPD, trouve en tout état de cause à s'appliquer⁴.

³ Rapport explicatif au Protocole, joint à la décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 18 mai 2018 adoptant le Protocole, § 55 (<https://rm.coe.int/convention-108-convention-pour-la-protection-des-personnes-a-l-egard-d/16808b3726>).

⁴ Voir l'observation n° 3.

Article 17

5. L'article 14, paragraphe 4, en projet, de la Convention dispose comme suit :

« Nonobstant les modalités prévues aux paragraphes précédents [*quand le destinataire relève de la juridiction d'un État ou d'une organisation internationale qui n'est pas Partie à la présente Convention*], chaque Partie peut prévoir que le transfert de données à caractère personnel peut avoir lieu :

a si la personne concernée a donné son consentement explicite, spécifique et libre, après avoir été informée des risques induits par l'absence de garanties appropriées ; ou

b si des intérêts spécifiques de la personne concernée le nécessitent dans un cas particulier ; ou

c si des intérêts légitimes prépondérants, notamment des intérêts publics importants, sont prévus par la loi et si ce transfert constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique ; ou

d si ce transfert constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour la liberté d'expression ».

Dans son arrêt *Schrems II*, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que l'article 2, paragraphes 1 et 2, du RGPD est interprété en ce sens que relève du champ d'application de ce règlement un transfert de données à caractère personnel effectué à des fins commerciales par un opérateur économique établi dans un État membre vers un autre opérateur économique établi dans un pays tiers, nonobstant le fait que, au cours ou à la suite de ce transfert, ces données sont susceptibles d'être traitées par les autorités du pays tiers concerné à des fins de sécurité publique, de défense et de sûreté de l'État. De plus, l'article 46, paragraphes 1 et 2, c), du RGPD doit être interprété en ce sens que les garanties appropriées, les droits opposables et les voies de droit effectives requis par ces dispositions doivent assurer que les droits des personnes dont les données à caractère personnel sont transférées vers un pays tiers sur le fondement de clauses types de protection des données bénéficient d'un niveau de protection substantiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union européenne par ce règlement, lu à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ⁵.

À ce sujet, le délégué du ministre a déclaré ce qui suit :

« [D]ans l'arrêt *Schrems II*, la Cour de justice de l'Union Européenne a examiné la validité de la décision 2010/87/CE de la Commission européenne relative aux clauses contractuelles types et l'a jugée valide. La CJUE a également examiné la validité de la décision relative au Privacy Shield, étant donné que les transferts en cause dans le cadre du litige national ayant conduit à la demande de décision préjudicielle ont eu lieu entre l'UE et les États-Unis. La CJUE a estimé que les exigences du droit américain, et en particulier certains programmes permettant l'accès des autorités publiques américaines aux données personnelles transférées de l'UE vers les États-Unis à des fins de sécurité nationale, entraînent des limitations de la protection des données personnelles qui ne sont

⁵ C.J.U.E., 16 juillet 2020, n° C-311/18, *Facebook Ireland Ltd et Schrems*, ECLI:EU:C:2020:559, points 89 et 105.

pas circonscrites de manière à satisfaire à des exigences essentiellement équivalentes à celles requises par le droit de l'UE, et que cette législation n'accorde pas aux personnes concernées des droits de recours devant les juridictions contre les autorités américaines. Du fait de l'ampleur de l'atteinte portée aux droits fondamentaux des personnes dont les données sont transférées vers ce pays tiers, la CJUE a déclaré la décision d'adéquation du Privacy Shield invalide.

L'exigence posée par la Cour dans l'arrêt *Schrems II* est donc un rappel de l'obligation de conserver un niveau de protection essentiellement équivalent vis-à-vis des données transférées de l'UE vers les États-Unis, ce que l'article 14 de la Convention 108+ prévoit également.

L'article 17 du protocole d'amendement concerne les exceptions à l'exigence d'un niveau de protection équivalent dans l'État-tiers vers lequel seraient transférées des données à caractère personnel et en ce sens, est plutôt à mettre en lien avec l'article 6 du RGPD, qui est consacré aux bases de licéité des traitements de données à caractère personnel ».

Comme il a déjà été observé dans l'observation n° 3 plus haut, la primauté peut et doit être accordée, dans le cadre du champ d'application du RGPD, à la protection plus étendue offerte par les dispositions du RGPD, conformément à l'article 13 (anciennement l'article 11) de la Convention. En effet, cette obligation de faire primer les dispositions du RGPD, telles qu'elles sont interprétées par la Cour de justice le cas échéant, en l'occurrence en ce qui concerne l'admissibilité du traitement des données à caractère personnel dans un pays tiers, découle de la priorité du droit de l'Union sur l'ordre juridique interne et donc aussi de la « faculté pour chaque Partie d'accorder aux personnes concernées une protection plus étendue que celle prévue par la présente Convention » dont il est fait état à l'article 13 précité.

Article 19

6. L'article 15, paragraphe 3, en projet, de la Convention s'énonce comme suit :

« Les autorités de contrôle compétentes sont consultées sur toute proposition législative ou *administrative impliquant* des traitements de données à caractère personnel » (italiques ajoutés).

En dépit de l'objectif poursuivi par le Protocole qui est d'aligner davantage la Convention sur les règles européennes en vigueur, cette disposition ne concorde pas en tous points avec l'article 36, paragraphe 4, du RGPD, aux termes duquel

« [L]es États membres consultent l'autorité de contrôle dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure *réglementaire* fondée sur une telle mesure législative, *qui se rapporte* au traitement » (italiques ajoutés).

Même si les notions de « proposition administrative » et de « proposition de mesure réglementaire » semblent avoir une portée différente, les commentaires relatifs au Protocole précisent toutefois que la première notion ne signifie pas que l'obligation consultative s'étend aux décisions individuelles de l'autorité ⁶.

Même s'il devait y avoir une différence de signification entre les expressions « impliquant » et « qui se rapporte [à] », il y a lieu de considérer que la portée de l'article 15, paragraphe 3, en projet de la Convention est la même que celle de l'article 36, paragraphe 4, du RGPD sur ce point, eu égard notamment à l'expression « which provide for » inscrite dans le texte anglais du Protocole, qui fait tout autant autorité que sa version française.

Comme il a déjà été explicité dans l'observation n° 3 formulée plus haut, la primauté peut et doit en tout état de cause être accordée, dans le cadre du champ d'application du RGPD, à la protection plus étendue offerte par les dispositions de celui-ci, conformément à l'article 13 (anciennement l'article 11) de la Convention.

Article 31

7. L'article 31 du Protocole renumérote l'article 21 de la Convention n° 108 en un article 25. Les paragraphes 4 à 7 de cet article 25, tels qu'ils résultent du remplacement de ses paragraphes 4 et 7 par l'article 31 du Protocole, semblent organiser une procédure simplifiée d'adoption et d'entrée en vigueur des amendements à la Convention n° 108 en ces termes :

« 4. Le Comité des Ministres examine l'amendement proposé et tout avis soumis par le comité conventionnel, et peut approuver l'amendement.

5. Le texte de tout amendement approuvé par le Comité des Ministres conformément au paragraphe 4 du présent article est transmis aux Parties pour acceptation.

6. Tout amendement approuvé conformément au paragraphe 4 du présent article entrera en vigueur le trentième jour après que toutes les Parties auront informé le Secrétaire Général qu'elles l'ont accepté.

7. Par ailleurs, le Comité des Ministres peut, après consultation du comité conventionnel, décider à l'unanimité qu'un amendement en particulier entrera en vigueur à l'expiration d'une période de trois ans à compter de la date à laquelle il aura été ouvert à l'acceptation, sauf si une Partie a notifié au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe une objection à son entrée en vigueur. Lorsqu'une telle objection a été notifiée, l'amendement entrera en vigueur le premier jour du mois suivant la date à laquelle la Partie à la présente Convention qui a notifié l'objection aura déposé son instrument d'acceptation auprès du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ».

⁶ Rapport explicatif précité, § 126.

« Comme prévu au paragraphe 3, les autorités de contrôle peuvent, conformément au droit applicable, formuler des avis sur toute mesure législative ou administrative prévoyant le traitement de données à caractère personnel. Seules les mesures générales sont visées par ce pouvoir consultatif et non les mesures individuelles ».

D'après le rapport explicatif du Protocole,

« [c]ette procédure, destinée à accélérer l'entrée en vigueur d'amendements tout en préservant le principe du consentement de toutes les Parties, vise des amendements mineurs et de nature technique » ⁷.

Il résulte de l'article 167, § 3, de la Constitution que le Parlement compétent doit également donner son assentiment aux modifications apportées à un traité. Ceci étant, rien ne s'oppose par principe à ce que, sous certaines conditions, cet assentiment soit donné anticipativement. En effet, en ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale, les Conventions et leurs amendements n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Parlement en vertu de l'article 16, §§ 1^{er} et 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', combiné avec l'article 4, alinéa ³, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'.

Dans son avis 37.954-37.970-37.977-37.978/AG ⁸, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a formulé, à propos de la problématique de l'assentiment anticipé aux traités et à leurs amendements, l'observation suivante :

« Tant la Cour de cassation ⁹ que la section de législation du Conseil d'État ¹⁰ admettent que, dans certaines conditions, les Chambres législatives peuvent donner leur assentiment préalable à un traité ou à une modification à celui-ci. Pour qu'un tel assentiment préalable soit compatible avec l'article 167, §§ 2 à 4, de la Constitution et

⁷ Rapport explicatif précité, § 169.

⁸ Donné le 15 février 2005 sur :

- un avant-projet devenu le décret du 9 juin 2006 'houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa en de Slotakte, ondertekend in Rome op 29 oktober 2004' (37.954/AG) (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2004-2005, n° 358/1, p. 64) ;
- un avant-projet devenu l'ordonnance du 23 juin 2005 'portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004' (37.970/AG) (*Doc. parl.*, Ass. réun. Comm. comm., 2004-2005, n° B-30/1, p. 25) ;
- un avant-projet devenu l'ordonnance du 23 juin 2005 'portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004' (37.977/AG) (*Doc. parl.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2004-2005, n° A-128/1, p. 25) ;
- un avant-projet de loi 'portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004' (37.978/AG) (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1091/1, p. 539).

⁹ *Note de bas de page n° 35 de l'avis cité* : Cass., 19 mars 1981, *Pas.*, 1981, I, n° 417; *J.T.*, 1982, 565, et la note de J. VERHOEVEN ; Cass., 2 mai 2002, n° C.99.0518.N.

¹⁰ *Note de bas de page n° 36 de l'avis cité* : Voir notamment C.E., section de législation, avis 33.510/3 du 28 mai 2002 sur l'avant-projet devenu la loi du 17 décembre 2002 'portant assentiment à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, et aux annexes, faites à Aarhus le 25 juin 1998' (*Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-1235/1, p. 48) ; avis 35.792/2/V du 20 août 2003 sur l'avant-projet devenu le décret du 27 novembre 2003 'portant assentiment à la Convention sur les polluants organiques persistants, faite à Stockholm, le 22 mai 2001, ainsi qu'à ses annexes' (*Doc.*, C.R.W., 2003/2004, n° 575/1, p. 10) ; avis 36.170/1 du 11 décembre 2003 sur l'avant-projet de loi 'portant assentiment à la Convention sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et la République de Croatie, signée à Bruxelles le 31 octobre 2001' (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 957/1).

avec l'article 16 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, deux conditions doivent être réunies : il faut notamment que les Chambres législatives et, le cas échéant, les parlements des communautés et des régions connaissent les limites des futurs amendements¹¹ et qu'ils indiquent expressément qu'ils donnent leur assentiment à ces amendements ».

Compte tenu des principes qui viennent d'être rappelés, il y a lieu de souligner qu'en l'espèce, le paragraphe 7 nouvellement inséré à l'article 25 de la Convention (ancien article 21) requiert l'unanimité du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour que l'amendement proposé puisse entrer en vigueur. En l'occurrence, cette entrée en vigueur n'est pas immédiate puisqu'il est laissé un délai de trois ans à compter de la date à laquelle l'amendement aura été ouvert à l'acceptation pour que les Parties puissent, le cas échéant, notifier au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe une objection à cette entrée en vigueur. Il ressort par ailleurs du texte proposé que chacune des Parties dispose d'un droit de veto dès lors que, lorsqu'une objection est notifiée, l'amendement ne pourra entrer en vigueur que le premier jour du mois suivant la date à laquelle la Partie à la Convention qui a notifié son objection aura déposé son instrument d'acceptation auprès du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

Ainsi prévue, la procédure prescrite par le paragraphe 7 nouveau de l'article 25 de la Convention offre les garanties suffisantes aux parlements concernés pour qu'ils puissent porter leur assentiment aux amendements proposés ou s'y opposer de sorte qu'il n'y a pas lieu d'avoir recours à la procédure d'assentiment anticipé dans les conditions qui ont été rappelées ci-dessus. Toutefois, l'avant-projet d'ordonnance d'assentiment doit alors organiser une procédure par laquelle le Gouvernement informe le Parlement de ce qu'une procédure d'entrée en vigueur d'un amendement à la Convention n° 108 est engagée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la base de l'article 25, § 7, de cette Convention, amendement qui pourrait entrer en vigueur trois ans après son ouverture à l'acceptation par les Parties à celle-ci à défaut pour l'une d'elle de notifier au Secrétaire général au Conseil de l'Europe son objection à cette entrée en vigueur, cette procédure étant destinée à permettre au Parlement de faire part, dans ce délai de trois ans, de sa décision de ne pas pouvoir donner son assentiment à l'amendement en question.

Il faut rappeler, pour le surplus, que la procédure prescrite par le paragraphe 7 nouveau de l'article 25 de la Convention n'emporte pas de 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 matières législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires' de publier au *Moniteur belge* les modifications envisagées afin qu'elles entrent en vigueur dans l'ordre juridique interne.

L'article 190 de la Constitution dispose que seul le législateur est compétent pour déterminer la forme dans laquelle les lois et règlements doivent être publiés pour acquérir un caractère obligatoire. Selon la Cour de cassation, cette disposition constitutionnelle s'applique par analogie aux actes internationaux. Elle a en effet jugé que les traités sont inopposables aux particuliers tant qu'ils n'ont pas été publiés intégralement au *Moniteur belge*¹².

¹¹ Note de bas de page n° 37 de l'avis cité : Voir notamment les avis cités à la note précédente.

¹² Cass., 11 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 298 ; Cass., 19 mars 1981, *J.T.*, 1982, p. 565, note J. VERHOEVEN.

Ce n'est que si la convention avait elle-même déterminé le mode de publication de ces amendements que l'absence de publication au *Moniteur belge* ne susciterait pas d'objection.

Les modifications futures de la Convention devront par conséquent être publiées au *Moniteur belge*.

Article 37

8. L'article 37, paragraphe 3, du Protocole dispose comme suit :

« En attendant l'entrée en vigueur du présent Protocole, et sans préjudice des dispositions relatives à l'entrée en vigueur et à l'adhésion d'États non membres ou d'organisations internationales, une Partie à la Convention peut, au moment de la signature du présent Protocole, ou à tout moment ultérieur, déclarer que les dispositions du présent Protocole lui seront applicables à titre provisoire. Dans ce cas, les dispositions du présent Protocole ne s'appliqueront qu'aux Parties à la Convention ayant fait une déclaration similaire à cet effet. Cette déclaration prendra effet le premier jour du troisième mois qui suit la date de sa réception par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ».

À la question de savoir si la Belgique envisage une telle application provisoire ¹³, le délégué a déclaré ce qui suit :

« België heeft geen verklaring 'voorlopige toepassing' neergelegd bij de ondertekening. België kan pas een verklaring 'voorlopige toepassing' neerleggen op het ogenblik van de neerlegging van het ratificatie-instrument bij de depositaris. Op dat ogenblik is er immers voldaan aan de vereisten van artikel 167, § 3 van de Grondwet ».

Le Conseil d'État prend acte de cette précision qui implique qu'il ne sera pas fait usage de la faculté qu'offre la disposition conventionnelle précitée.

*

¹³ Selon une jurisprudence constante, une telle application provisoire est à éviter dans la mesure du possible et il ne peut en être fait usage que s'il existe déjà dans le cadre juridique existant un fondement juridique suffisant pour une application conforme au traité dans la pratique (avis C.E. 65.244/VR du 19 mars 2019 sur un avant-projet devenu le décret de la Région flamande du 3 juillet 2020 'houdende instemming met de investeringsbeschermingsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Singapore, anderzijds, ondertekend te Brussel op 19 oktober 2018', *Doc. parl.*, Parl. fl., 2019-2020, n° 347/1, pp. 34 et 35).

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.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

1. Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, (hierna “de AVG”), *junctis* artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening en artikel 2 van de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een wetsvoorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

De gemachtigde van de minister verklaart als volgt waarom geen advies aan de Gegevensbeschermingsautoriteit gevraagd werd:

“Het Protocol zelf verwerkt geen persoonsgegevens. Enkel de uitvoeringsmaatregelen zullen eventueel voorgelegd moeten worden aan de Gegevensbeschermingsautoriteit.”

Aangezien het voorontwerp betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens, dient erop toegezien te worden dat dit vormvereiste vervuld wordt.

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

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP VAN ORDONNANTIE

2. Aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State werden enkel de authentieke Franse en Engelse versies voorgelegd van het Wijzigingsprotocol ‘ter modernisering van het Verdrag van de Raad van Europa tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van 28 januari 1981’, gedaan te Straatsburg op 29 oktober 2018 (hierna: “het Protocol”). Wanneer het voorontwerp van ordonnantie in het Parlement wordt ingediend, moet als bijlage naast die authentieke versies van het Protocol tevens een versie in het Nederlands worden gevoegd, voorafgegaan door de vermelding “vertaling”.¹

ONDERZOEK VAN HET WIJZIGINGSPROTOCOL

VOORAFGAANDE OPMERKING

3. Luidens de memorie van toelichting strekt het Wijzigingsprotocol waarmee instemming wordt verleend, ertoe

“het Verdrag tot bescherming van personen ten overstaan van de geautomatiseerde verwerking van persoonlijke gegevens en het Aanvullend Protocol betreffende toezichthoudende autoriteiten en grensoverschrijdende gegevensstromen te moderniseren en de toepassing ervan te versterken. Bij zijn inwerkingtreding zal het Aanvullend Protocol worden beschouwd als een integraal onderdeel van het gewijzigde Verdrag”.

Artikel 11 van het voormelde Verdrag (dat ingevolge artikel 13 van het Wijzigingsprotocol artikel 13 wordt) bepaalt dat geen der bepalingen van hoofdstuk II, dat gewijd is aan de grondbeginselen van gegevensbescherming, mag worden uitgelegd in de zin van een beperking of aantasting van de bevoegdheid van iedere Partij om aan betrokkenen een verdergaande bescherming te bieden dan bij dit Verdrag is bepaald.

Gelet op de rechtstreekse toepasselijkheid van de AVG² en het in artikel 11 (dat artikel 13 wordt) van het Verdrag neergelegde beginsel, dienen de bepalingen van de AVG voorrang te krijgen wanneer de bepalingen van het Wijzigingsprotocol voorzien in een minder ruime bescherming van de verwerking van persoonsgegevens dan die waarin de AVG voorziet.

¹ Adv.RvS 57.435/4 van 18 mei 2015 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van 20 november 2015 ‘houdende instemming met: het Europees Verdrag inzake hoofdwaterwegen die van internationaal belang zijn (AGN), opgemaakt in Genève op 19 januari 1996’, *Parl.St. Br.Hoofdst.Parl.* 2014-15, nr. A-182/1, 11. Zie ook *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling 209, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

² Zie advies 63.192/2, van 19 april 2018 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, (*Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 3126/1, 402 tot 456, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/63192.pdf>).

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 8

4. Artikel 6, § 1, vierde streepje, van het Verdrag, zoals dat vervangen is bij artikel 8 van het Protocol, heeft geen betrekking op de verwerking van persoonsgegevens in verband met de “seksuele gerichtheid”. Alleen de verwerking van gegevens die betrekking hebben op “seksueel gedrag” wordt beoogd.

De in het toelichtend verslag bij het Protocol vervatte bespreking van artikel 6 van het Verdrag, zoals dat vervangen wordt, luidt als volgt:

« Le traitement de certaines catégories de données ou le traitement de certaines données pour les informations sensibles qu'elles révèlent, peut conduire à empiéter sur certains intérêts, droits et libertés. Tel est le cas par exemple lorsqu'il existe un risque potentiel de discrimination ou d'atteinte à la dignité ou à l'intégrité physique d'une personne, lorsque la sphère la plus intime de la personne concernée, par exemple sa vie sexuelle ou son orientation sexuelle, est visée, ou encore lorsque le traitement des données risque de porter atteinte à la présomption d'innocence »³.

De bespreking maakt dus eveneens het onderscheid tussen enerzijds het begrip “seksueel gedrag” en anderzijds het begrip “seksuele gerichtheid”. Dit laatste begrip wordt echter niet uitdrukkelijk vermeld in artikel 6 van het Verdrag zoals gewijzigd bij het Protocol.

Aldus zou het Verdrag nr. 108 een beperkter toepassingsgebied hebben wat betreft de verwerking van zogenaamde “gevoelige” gegevens.

Er dient hoe dan ook opgemerkt te worden dat in artikel 9, lid 1, van de AVG ook de verwerking van persoonsgegevens met betrekking tot de seksuele gerichtheid wordt beoogd. Die bepaling luidt als volgt:

“Verwerking van persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond blijken, en verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon, of gegevens over gezondheid, of gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid zijn verboden”.

Gelet op het feit dat dit lid zodoende een verdergaande bescherming zou bieden, dient de werkingssfeer van de AVG voorrang te krijgen zodat de bescherming van de verwerking van persoonsgegevens met betrekking tot seksuele gerichtheid, zoals geregeld in de AVG, hoe dan ook van toepassing is⁴.

³ Toelichtend verslag bij het Protocol gevoegd bij de beslissing van het Comité van ministers van de Raad van Europa van 18 mei 2018 waarbij het protocol is aangenomen, § 55 (<https://rm.coe.int/convention-108-convention-pour-la-protection-des-personnes-a-l-egard-d/16808b3726>).

⁴ Zie opmerking 3.

Artikel 17

5. Het ontworpen artikel 14, vierde lid, van het Verdrag luidt als volgt:

« Nonobstant les modalités prévues aux paragraphes précédents [*quand le destinataire relève de la juridiction d'un État ou d'une organisation internationale qui n'est pas Partie à la présente Convention*], chaque Partie peut prévoir que le transfert de données à caractère personnel peut avoir lieu :

a si la personne concernée a donné son consentement explicite, spécifique et libre, après avoir été informée des risques induits par l'absence de garanties appropriées ; ou

b si des intérêts spécifiques de la personne concernée le nécessitent dans un cas particulier ; ou

c si des intérêts légitimes prépondérants, notamment des intérêts publics importants, sont prévus par la loi et si ce transfert constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique ; ou

d si ce transfert constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour la liberté d'expression ».

In het arrest *Schrems II* oordeelde het Europese Hof van Justitie dat artikel 2, leden 1 en 2, van de AVG aldus worden uitgelegd dat de doorgifte van persoonsgegevens voor commerciële doeleinden door een in een lidstaat gevestigde marktdeelnemer aan een andere, in een derde land gevestigde marktdeelnemer binnen de werkingssfeer van deze verordening valt, ook al kunnen deze gegevens tijdens of na die doorgifte door de autoriteiten van het betrokken derde land worden verwerkt ten behoeve van de openbare veiligheid, defensie en de veiligheid van de staat. Daarenboven moet artikel 46, lid 1 en lid 2, c), van de AVG zo worden uitgelegd dat de door deze bepaling vereiste passende waarborgen, afdwingbare rechten en doeltreffende rechtsmiddelen moeten verzekeren dat de rechten van personen wier persoonsgegevens op basis van standaardbepalingen inzake gegevensbescherming naar een derde land worden doorgegeven, in grote lijnen overeenkomen met het beschermingsniveau dat binnen de Unie wordt gewaarborgd door die verordening, gelezen in het licht van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁵

De gemachtigde van de minister verklaarde daarover het volgende:

“[D]ans l'arrêt *Schrems II*, la Cour de justice de l'Union Européenne a examiné la validité de la décision 2010/87/CE de la Commission européenne relative aux clauses contractuelles types et l'a jugée valide. La CJUE a également examiné la validité de la décision relative au Privacy Shield, étant donné que les transferts en cause dans le cadre du litige national ayant conduit à la demande de décision préjudicielle ont eu lieu entre l'UE et les États-Unis. La CJUE a estimé que les exigences du droit américain, et en particulier certains programmes permettant l'accès des autorités publiques américaines aux données personnelles transférées de l'UE vers les États-Unis à des fins de sécurité nationale, entraînent des limitations de la protection des données personnelles qui ne sont

⁵ HvJ 16 juli 2020, nr. C-311/18, *Facebook Ireland Ltd en Schrems*, ECLI:EU:C:2020:559, punten 89 en 105.

pas circonscrites de manière à satisfaire à des exigences essentiellement équivalentes à celles requises par le droit de l'UE, et que cette législation n'accorde pas aux personnes concernées des droits de recours devant les juridictions contre les autorités américaines. Du fait de l'ampleur de l'atteinte portée aux droits fondamentaux des personnes dont les données sont transférées vers ce pays tiers, la CJUE a déclaré la décision d'adéquation du Privacy Shield invalide.

L'exigence posée par la Cour dans l'arrêt *Schrems II* est donc un rappel de l'obligation de conserver un niveau de protection essentiellement équivalent vis-à-vis des données transférées de l'UE vers les États-Unis, ce que l'article 14 de la Convention 108+ prévoit également.

L'article 17 du protocole d'amendement concerne les exceptions à l'exigence d'un niveau de protection équivalent dans l'État-tiers vers lequel seraient transférées des données à caractère personnel et en ce sens, est plutôt à mettre en lien avec l'article 6 du RGPD, qui est consacré aux bases de licéité des traitements de données à caractère personnel."

Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 3, kan en moet binnen het toepassingsgebied van de AVG voorrang worden gegeven aan de verdergaande bescherming die door de bepalingen van de AVG wordt geboden, overeenkomstig artikel 13 (vroeger artikel 11) van de Overeenkomst. Die verplichting om voorrang te geven aan de bepalingen van de AVG, zoals desgevallend geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, in dit geval wat betreft de toelaatbaarheid van de verwerking van persoonsgegevens in een derde land, vloeit immers voort uit de voorrang van het Unierecht op de internrechtelijke rechtsorde en dus ook uit de "bevoegdheid van iedere Partij om aan betrokkenen een verdergaande bescherming te bieden dan bij dit Verdrag is bepaald" waarvan gewag wordt gemaakt in het voormelde artikel 13.

Artikel 19

6. Het ontworpen artikel 15, derde lid van het Verdrag luidt :

"Les autorités de contrôle compétentes sont consultées sur toute proposition législative ou *administrative impliquant* des traitements de données à caractère personnel" (eigen cursivering).

Ondanks het doel van het Protocol om het Verdrag meer in overeenstemming te brengen met de geldende EU-regels, strookt deze bepaling niet volledig met artikel 36, lid 4, van de AVG, dat luidt:

"De lidstaten raadplegen de toezichthoudende autoriteit bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde *regelgevingsmaatregel in verband met verwerking*" (eigen cursivering).

Ook al lijken de noties “proposition administrative” en “proposition de mesure réglementaire” een verschillende draagwijdte te hebben, in de toelichting bij het Protocol wordt evenwel verduidelijkt dat de eerstgenoemde notie niet betekent dat de adviesverplichting zich uitstrekt tot individuele beslissingen van de overheid.⁶

In zoverre er al een betekenisverschil zou bestaan tussen de noties “implicquant” en “qui se rapporte [à]”, moet ervan worden uitgegaan dat dezelfde draagwijdte wordt beoogd als in artikel 36, lid 4, van de AVG op dat punt, mede gelet op de notie “which provide for” in de Engelse tekst van het Protocol, die gelijkelijk gezaghebbend is aan de Franse tekst.

Zoals reeds is uiteengezet in opmerking 3, kan en moet binnen het toepassingsgebied van de AVG hoe dan ook voorrang worden gegeven aan de verdergaande bescherming die door de bepalingen van de AVG wordt geboden, overeenkomstig artikel 13 (vroeger artikel 11) van de Overeenkomst.

Artikel 31

7. Artikel 31 van het Protocol vernummert artikel 21 van Verdrag nr. 108 tot artikel 25. De leden 4 tot 7 van dat artikel 25, zoals die voortvloeien uit de vervanging van de leden 4 en 7 door artikel 31 van het Protocol, lijken te voorzien in een vereenvoudigde procedure voor de aanneming en inwerkingtreding van de wijzigingen van Verdrag 108, en luiden als volgt:

“4. Le Comité des Ministres examine l’amendement proposé et tout avis soumis par le comité conventionnel, et peut approuver l’amendement.

5. Le texte de tout amendement approuvé par le Comité des Ministres conformément au paragraphe 4 du présent article est transmis aux Parties pour acceptation.

6. Tout amendement approuvé conformément au paragraphe 4 du présent article entrera en vigueur le trentième jour après que toutes les Parties auront informé le Secrétaire Général qu’elles l’ont accepté.

7. Par ailleurs, le Comité des Ministres peut, après consultation du comité conventionnel, décider à l’unanimité qu’un amendement en particulier entrera en vigueur à l’expiration d’une période de trois ans à compter de la date à laquelle il aura été ouvert à l’acceptation, sauf si une Partie a notifié au Secrétaire Général du Conseil de l’Europe une objection à son entrée en vigueur. Lorsqu’une telle objection a été notifiée, l’amendement entrera en vigueur le premier jour du mois suivant la date à laquelle la Partie à la présente Convention qui a notifié l’objection aura déposé son instrument d’acceptation auprès du Secrétaire Général du Conseil de l’Europe.”

⁶ Voormelde toelichtend verslag, § 126:

« Comme prévu au paragraphe 3, les autorités de contrôle peuvent, conformément au droit applicable, formuler des avis sur toute mesure législative ou administrative prévoyant le traitement de données à caractère personnel. Seules les mesures générales sont visées par ce pouvoir consultatif et non les mesures individuelles ».

In het toelichtend verslag van het Protocol wordt het volgende gesteld:

“[c]ette procédure, destinée à accélérer l'entrée en vigueur d'amendements tout en préservant le principe du consentement de toutes les Parties, vise des amendements mineurs et de nature technique.”⁷

Al dient krachtens artikel 167, § 3, van de Grondwet ook met wijzigingen van een verdrag te worden ingestemd door het bevoegde Parlement, toch bestaat er geen principieel bezwaar tegen dat deze instemming onder bepaalde voorwaarden vooraf zou worden gegeven. Voor het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest hebben verdragen en wijzigingen ervan immers eerst gevolg nadat ze de instemming van de Verenigde Vergadering hebben gekregen krachtens artikel 16, §§ 1 en 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, in samenhang gelezen met artikel 4, derde lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse instellingen’.

In haar advies 37.954-37.970-37.977-37.978/AV⁸ heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State met betrekking tot de problematiek van de voorafgaande instemming met verdragen en amendementen daarvan, het volgende opgemerkt:

“Zowel het Hof van Cassatie⁹ als de afdeling Wetgeving van de Raad van State¹⁰ aanvaarden dat onder bepaalde voorwaarden de wetgevende vergaderingen vooraf kunnen instemmen met een verdrag of met een wijziging van een verdrag. Opdat zulke voorafgaande instemming verenigbaar zou zijn met artikel 167, §§ 2 tot 4, van de Grondwet en met artikel 16 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der

⁷ Voormeld toelichtend verslag, § 169.

⁸ Op 15 februari 2005 verstrekt over:

- een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 9 juni 2006 ‘houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa en de Slotakte, ondertekend in Rome op 29 oktober 2004’ (37.954/AV) (*Parl.St.* VI.Parl. 2004-05, nr. 358/1, 64);
- een voorontwerp dat geleid heeft tot de ordonnantie van 23 juni 2005 ‘houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, en met de Slotakte, gedaan te Rome op 29 oktober 2004’ (37.970/AV) (*Parl.St.* Ver.Verg.Gem.Gem.Comm. 2004-05, nr. B-30/1, 25);
- een voorontwerp dat geleid heeft tot de ordonnantie van 23 juni 2005 ‘houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, en met de Slotakte, gedaan te Rome op 29 oktober 2004’ (37.977/AV) (*Parl.St.* Br.Parl. 2004-05, nr. A-128/1, 25);
- een voorontwerp van wet ‘houdende instemming met het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, en met de Slotakte, gedaan te Rome op 29 oktober 2004’ (37.978/AV) (*Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-1091/1, 539).

⁹ Voetnoot 35 van het genoemde advies: Cass. 19 maart 1981, *Arr. Cass.* 1980-1981, 808; *JT* 1982, 565, en noot J. VERHOEVEN; Cass. 2 mei 2002, nr. C.99.0518.N.

¹⁰ Voetnoot 36 van het genoemde advies: Zie o.m. advies nr. 33.510/3 van 28 mei 2002 over een voorontwerp dat ontstaan gegeven heeft aan de wet van 17 december 2002 ‘houdende instemming met het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, en met de Bijlagen I en II, gedaan te Aarhus op 25 juni 1998’ (*Parl.St.* Senaat 2001-2002, nr. 2-1235/1, blz. 48); advies 35.792/2/V van 20 augustus 2003 over het voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van 27 november 2003 ‘houdende instemming met het Verdrag inzake persistente organische verontreinigende stoffen, gesloten te Stockholm op 22 mei 2001, alsmede met de Bijlagen erbij’ (*Parl.St.* W.Gew.R. 2003/2004, nr. 575/1, blz. 10); advies 36.170/1 van 11 december 2003 over het voorontwerp van wet ‘houdende instemming met de Overeenkomst betreffende de sociale zekerheid tussen het Koninkrijk België en de Republiek Kroatië, ondertekend te Brussel op 31 oktober 2001’ (*Parl.St.* Senaat 2004-2005, nr. 957/1).

instellingen, moet aan twee voorwaarden worden voldaan: met name is vereist dat de Wetgevende Kamers en desgevallend de Gemeenschaps- en Gewestparlementen de grenzen van de toekomstige wijzigingen kennen¹¹ en dat ze uitdrukkelijk aangeven dat ze met die wijzigingen instemmen.”

In het licht van de beginselen waaraan zonet herinnerd is, moet er in dit geval op gewezen worden dat het in artikel 25 van het Verdrag nieuw ingevoegde zevende lid (het voormalige artikel 21) de unanimité van het Comité van Ministers van de Raad van Europa vereist om het voorgestelde amendement in werking te laten treden. In dat geval is die inwerkingtreding niet onmiddellijk, aangezien er voorzien wordt in een termijn van drie jaar te rekenen vanaf de datum waarop het amendement opengesteld is voor aanvaarding opdat de Partijen, in voorkomend geval, de secretaris-generaal van de Raad van Europa in kennis kunnen stellen van een bezwaar tegen die inwerkingtreding. Uit de voorgestelde tekst blijkt voorts dat elke partij beschikt over een vetorecht, zodat, wanneer een bezwaar ter kennis is gebracht, het amendement pas in werking kan treden op de eerste dag van de maand die volgt op de datum waarop de partij bij het Verdrag die haar bezwaar ter kennis heeft gebracht, haar akte van aanvaarding zal hebben neergelegd bij de secretaris-generaal van de Raad van Europa.

De procedure die aldus bij het nieuwe zevende lid van artikel 25 van het Verdrag wordt voorgeschreven, biedt de betrokken parlementen voldoende waarborgen opdat zij de voorgestelde amendementen kunnen goedkeuren of afkeuren, zodat onder de hierboven genoemde voorwaarden geen gebruik hoeft te worden gemaakt van de procedure van voorafgaande instemming. In het voorontwerp van instemmingsordonnantie moet dan echter een procedure worden opgenomen waarbij de Regering het Parlement ervan in kennis stelt dat het Comité van ministers van de Raad van Europa op grond van artikel 25, § 7, van Verdrag 108 een procedure voor de inwerkingtreding van een amendement van dat verdrag inleidt. Dat amendement zou in werking kunnen treden drie jaar nadat het opengesteld is voor aanvaarding door de partijen bij het Verdrag, tenzij een van hen de secretaris-generaal van de Raad van Europa in kennis stelt van haar bezwaar tegen die inwerkingtreding, aangezien die procedure bedoeld is om het Parlement in staat te stellen binnen die termijn van drie jaar kennis te geven van zijn beslissing dat ze niet instemmen met het amendement in kwestie.

Er dient overigens aan te worden herinnerd dat de procedure die wordt voorgeschreven bij het nieuwe lid 7 van artikel 25 van het Verdrag niets afdoet aan de 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’ vervatte verplichting om de voorgenomen wijzigingen in het *Belgisch Staatsblad* bekend te maken opdat ze in de interne rechtsorde in werking treden.

¹¹ Voetnoot 37 van het genoemde advies: Zie inzonderheid de adviezen waarnaar in de vorige voetnoot wordt verwezen.

Artikel 190 van de Grondwet bepaalt dat alleen de wetgever bevoegd is om de vorm te bepalen waarin de wetten en verordeningen moeten worden bekendgemaakt opdat ze verbindend worden. Volgens het Hof van Cassatie geldt die grondwetsbepaling naar analogie voor internationale akten. Het Hof heeft immers geoordeeld dat verdragen niet aan particulieren kunnen worden tegengeworpen zolang ze niet integraal zijn bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*.¹²

Dat geen bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* plaatsvindt, zou enkel geen bezwaar opleveren indien het Verdrag zelf de vorm had bepaald waarin die wijzigingen moeten worden bekendgemaakt.

Bijgevolg moeten latere wijzigingen van het Verdrag in het *Belgisch Staatsblad* worden bekendgemaakt.

Artikel 37

8. Artikel 37, lid 3, van het Protocol luidt:

“En attendant l’entrée en vigueur du présent Protocole, et sans préjudice des dispositions relatives à l’entrée en vigueur et à l’adhésion d’États non membres ou d’organisations internationales, une Partie à la Convention peut, au moment de la signature du présent Protocole, ou à tout moment ultérieur, déclarer que les dispositions du présent Protocole lui seront applicables à titre provisoire. Dans ce cas, les dispositions du présent Protocole ne s’appliqueront qu’aux Parties à la Convention ayant fait une déclaration similaire à cet effet. Cette déclaration prendra effet le premier jour du troisième mois qui suit la date de sa réception par le Secrétaire Général du Conseil de l’Europe.”

Op de vraag of een dergelijke voorlopige toepassing¹³ door België wordt beoogd, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“België heeft geen verklaring ‘voorlopige toepassing’ neergelegd bij de ondertekening. België kan pas een verklaring ‘voorlopige toepassing’ neerleggen op het ogenblik van de neerlegging van het ratificatie-instrument bij de depositaris. Op dat ogenblik is er immers voldaan aan de vereisten van artikel 167, § 3 van de Grondwet.”

¹² Cass. 11 december 1953, *Arr.Verbr.* 1954, 252; Cass. 19 maart 1981, *JT* 1982, 565, noot J. VERHOEVEN.

¹³ Volgens vaste adviespraktijk moet een dergelijke voorlopige toepassing zoveel mogelijk worden vermeden en is ze enkel mogelijk wanneer er voor een verdragsconforme toepassing in de praktijk reeds binnen het bestaande juridische kader een voldoende grondslag voorhanden is (adv.RvS 65.244/VR van 19 maart 2019 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Vlaamse Gewest van 3 juli 2020 ‘houdende instemming met de investeringsbeschermingsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Singapore, anderzijds, ondertekend te Brussel op 19 oktober 2018’, *Parl.St.* VI.Parl. 2019-20, nr. 347/1, 34-35).

De Raad van State neemt akte van deze verklaring, die inhoudt dat geen gebruik zal worden gemaakt van de mogelijkheid die de voormelde verdragsbepaling biedt.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT