CC

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 45.473/2
DU 10 DÉCEMBRE 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Affaires étrangères, le 17 novembre 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "portant assentiment à l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, fait à Washington D.C. le 25 juin 2003", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, 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 ci-après.

Observations générales

I. Nécessité de l'assentiment parlementaire à l'Instrument conclu entre la Belgique et les États-Unis (1)

1. L'article 3, paragraphe 1, de l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique (2) soumis à assentiment dispose ce qui suit :

> "L'Union européenne, conformément au traité sur l'Union européenne, et les États-Unis d'Amérique veillent à ce que les dispositions du présent accord s'appliquent, dans les conditions ci-après, aux traités bilatéraux d'entraide judiciaire qui sont en vigueur entre les États membres et les États-Unis d'Amérique (...)".

Suit le résumé des objectifs poursuivis par les articles 4 à 10 de l'Accord. Sur le plan matériel mais non formel, ce dernier - à tout le moins ses articles 4 à 10 (3) - fait donc office de protocole additionnel modifiant ou complétant la Convention entre le Royaume de Belgique et les États-Unis d'Amérique concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, signée à Washington le 28 janvier 1988. Cependant, par la force des choses, l'Accord ne se présente pas comme un texte modifiant la Convention du 28 janvier 1988, précitée.

---

(1) Instrument visé par l'article 3, § 2, de l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, signé le 25 juin 2003, concernant l'application de la Convention entre le Royaume de Belgique et les États-Unis d'Amérique concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, signé le 28 janvier 1988.

(2) Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire, fait à Washington D.C. le 25 juin 2003 (JOUE, L181, 19 juillet 2003).

(3) L'on ignore quel est le statut des autres articles de l'Accord par rapport aux traités bilatéraux.

L'article 3, § 2, a), de l'Accord dispose que

> "L'Union européenne, conformément au traité sur l'Union européenne, veille à ce que chaque État membre reconnaisse, par l'échange d'un instrument écrit entre cet État membre et les États-unis d'Amérique, que son accord bilatéral d'entraide judiciaire en vigueur avec les États-Unis d'Amérique s'applique de la manière décrite dans le présent article."

Dans le respect de cette disposition, la Belgique et les États-Unis ont conclu un traité international : il s'agit de l'Instrument précité [(4)].

2. L'avant-projet n'envisage que l'assentiment à l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis et non à l'Instrument conclu entre la Belgique et les États-Unis.

Selon l'exposé des motifs,

> "Ni les instruments bilatéraux ni les annexes à ces instruments ne revêtent une valeur juridique pour la Belgique; ils ne doivent, dès lors, pas être soumis à la procédure d'assentiment."

Or, même si l'Instrument (en ce compris son annexe à laquelle il se réfère) se présente matériellement comme le corollaire de l'Accord précité, il comprend bien des engagements bilatéraux entre la Belgique et les États-Unis et constitue donc un traité au sens de l'article 167, § 2, de la Constitution belge.

En conséquence, l'absence de ratification de l'Instrument et d'assentiment à ce dernier n'est pas conforme aux règles par lesquelles la Belgique peut s'engager sur le plan international ni aux règles relatives à l'entrée en vigueur des conventions internationales dans l'ordre juridique interne telles qu'elles résultent de l'article 167, § 2, de la Constitution.

Au demeurant, l'article 5, a), de l'Instrument conclu entre la Belgique et les États-Unis précise notamment que

> "Le présent Instrument est soumis à l'accomplissement par les États-Unis d'Amérique et par le Royaume de Belgique de leurs procédures internes applicables respectives en vue de son entrée en vigueur. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement du Royaume de Belgique échangent à cet égard des instruments indiquant l'accomplissement de ces mesures."

---

(4) Cet acte ne permet pas d'en identifier les signataires.

Enfin, on voit mal comment les États-Unis pourraient ratifier un texte qui ne lierait pas formellement la Belgique.

En conclusion, l'Instrument précité doit faire l'objet d'un assentiment parlementaire et d'une ratification par le Roi.

II. Articulation entre l'Accord conclu entre l'Union européenne et les États-Unis et l'Instrument conclu entre la Belgique et les États-Unis

1. L'articulation entre l'Accord conclu entre l'Union européenne et les États-Unis et l'Instrument conclu entre la Belgique et les États-Unis, telle qu'elle est prévue par l'Instrument, soulève des difficultés.

Ainsi par exemple, le Conseil d'État se demande pour quelle raison les paragraphes 5 et 7 de l'article 4 et le paragraphe 3 de l'article 8 de l'Accord n'ont pas été repris dans la version intégrée de la Convention du 28 janvier 1988 annexée à l'Instrument (ci-après la version intégrée de la Convention). Par ailleurs, l'on constate certaines différences dans les textes : ainsi, dans la version française, l'article 5 de l'Accord concerne les "équipes policières d'enquête commune", alors que l'adjectif "policière" ne se trouve pas dans la version française de l'article 12*ter*, paragraphe 1, de la version intégrée de la Convention. Dans la version néerlandaise, il est écrit dans les deux textes : "gemeenschappelijk onderzoeksteams".

2. En ce qui concerne le paragraphe 5 de l'article 4 de l'Accord, qui dispose que "L'assistance ne peut pas être refusée au titre du présent article pour des motifs tenant au respect du secret bancaire", il ne figure pas dans la version intégrée de la Convention. L'exposé des motifs s'en explique comme suit :

> "Comme la Belgique ne connaît pas de secret bancaire au sens strict du terme, ce paragraphe n'est pas pertinent pour les relations d'entraide judiciaire entre les États-Unis et la Belgique".

Le paragraphe 5 de l'Accord est cependant mentionné au paragraphe 1, a), (iv), de l'Instrument, ce qui contredit l'exposé des motifs.

Quant au fond de la question, l'on pourrait soutenir que le paragraphe 5 de l'Accord pourrait s'appliquer au secret bancaire au sens large. En outre, qu'adviendrait-il si, à l'avenir, un secret bancaire au sens strict était introduit dans le droit belge ?

Quant au paragraphe 7 de l'article 4 de l'Accord, sa mention dans la version intégrée de la Convention est écartée en raison du volume relativement réduit d'entraide judiciaire entre la Belgique et les États-Unis. Il s'agit cependant d'un argument d'opportunité fondé, en outre, sur une situation de fait qui pourrait évoluer.

Dès lors qu'en ratifiant l'Accord, la Belgique est liée par ses dispositions, il ne convient pas de les écarter de la version intégrée de la Convention pour des raisons de fait ou d'opportunité. Seules les dispositions dont la mention dans la version intégrée de la Convention n'aurait, en droit, aucun sens peuvent être omises.

Observations particulières

Dispositif

Article 4 de l'Accord

Il résulte du paragraphe 4 de l'article 4 de l'Accord qu'un État peut restreindre son obligation de fournir une aide en matière de recherche d'informations bancaires. En vertu de l'article 15, paragraphe 3, de l'Accord, les parties doivent se notifier ces restrictions avant l'échange de l'instrument écrit visé à l'article 3, paragraphes 2 et 3, de l'Accord, c'est-à-dire, en l'espèce, de l'Instrument conclu entre la Belgique et les États-Unis.

Il convient que les parlementaires soient informés de l'étendue exacte de l'obligation qui liera la Belgique. Si la référence faite, dans l'exposé des motifs et dans la version intégrée de la Convention, au blanchiment et aux activités terroristes est suffisante, il n'en va pas de même de la mention de "toutes autres activités criminelles dont peuvent s'informer les parties". Il y a lieu de mentionner, dans l'exposé des motifs, quelles sont ces autres activités criminelles dont la Belgique demandera ou acceptera qu'elles entrent en ligne de compte.

.../...

Article 5 de l'Accord

Contrairement à ce que mentionne l'exposé des motifs, il n'est pas question, dans l'article 5, paragraphe 4, de l'Accord de permettre à un membre de l'équipe d'enquête d'"intervenir sur le territoire de l'autre partie comme s'il intervenait dans son propre pays".

L'exposé des motifs sera adapté en conséquence.

Articles 7, 8 et 9 de l'Accord

Contrairement à ce que mentionne le point 12 des considérations générales de l'exposé des motifs, le commentaire des articles ne contient aucun commentaire sur les articles 6, 7 et 8 de l'Accord.

Cette lacune doit être comblée.

La chambre était composée de

Messieurs	Y.	KREINS,	président de chambre,
	P.	VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M.	BAGUET,	
Monsieur	H.	BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, premier auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS

CC

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.473/2
VAN 10 DECEMBER 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 17 november 2008 door de Minister van Buitenlandse Zaken verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet houdende "instemming met de Overeenkomst betreffende wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika, gedaan te Washington D.C. op 25 juni 2003", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1 , van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, 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 deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

I. Noodzakelijke parlementaire instemming met het Instrument tussen België en de Verenigde Staten [(1)]

1. Artikel 3, lid 1, van de Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika [(2)] waarmee instemming moet worden verleend, luidt als volgt :

> "De Europese Unie, krachtens het Verdrag betreffende de Europese Unie, en de Verenigde Staten van Amerika waarborgen dat deze overeenkomst in samenhang met bilaterale uitleveringsverdragen die tussen de lidstaten en de Verenigde Staten van Amerika (...) gelden, op de volgende wijze wordt toegepast (...)".

---

(1) Instrument als bedoeld in artikel 3, lid 2, van de Overeenkomst betreffende wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika, ondertekend op 25 juni 2003, met betrekking tot de toepassing van de Overeenkomst inzake uitlevering tussen het Koninkrijk België en de Verenigde Staten van Amerika aangaande de rechtshulp in strafzaken, ondertekend op 28 januari 1988.

(2) Overeenkomst betreffende wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika, gedaan te Washington D.C. op 25 juni 2003 (PbEU, L181 van 19 juli 2003).

Hierna volgen in beknopte vorm de doelstellingen die met de artikelen 4 tot 10 van de Overeenkomst worden nagestreefd. Die Overeenkomst - althans de artikelen 4 tot 10 ervan [3] - fungeert dus op materieel, maar niet op formeel vlak, als aanvullend protocol dat de Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Verenigde Staten van Amerika aangaande de rechtshulp in strafzaken, ondertekend te Washington op 28 januari 1988, wijzigt of vervolledigt. Uiteraard dient de Overeenkomst zich echter niet aan als een tekst tot wijziging van de voormelde overeenkomst van 28 januari 1988.

Artikel 3, lid 2, a), van de Overeenkomst bepaalt :

> "De Europese Unie, krachtens het Verdrag betreffende de Europese Unie, waarborgt dat iedere lidstaat in een schriftelijk instrument tussen die lidstaat en de Verenigde Staten van Amerika bevestigt dat hij zijn bilateraal uitleveringsverdrag dat geldt in de relatie met de Verenigde Staten van Amerika op de in onderhavig artikel uiteengezette wijze zal toepassen."

Met inachtneming van die bepaling hebben België en de Verenigde Staten een internationaal verdrag gesloten : het gaat om het voormelde instrument [4].

2. Het voorontwerp voorziet alleen in de instemming met de Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten; het voorziet niet in de instemming met het Instrument tussen België en de Verenigde Staten.

In de memorie van toelichting staat :

> "Zowel de bilaterale instrumenten als de bijlagen bij die instrumenten hebben voor België geen juridische waarde en dienen bijgevolg niet aan de instemmingsprocedure te worden onderworpen."

---

(3) De status van de andere artikelen van de Overeenkomst ten opzichte van de bilaterale verdragen is onbekend

(4) Uit die akte kan niet worden opgemaakt door wie ze is ondertekend.

Hoewel het Instrument (en de bijlage ervan waarnaar in het instrument wordt verwezen) zich op materieel vlak aandient als een uitvloeisel van de voormelde Overeenkomst, bevat het echter bilaterale verbintenissen tussen België en de Verenigde Staten en vormt het dus een verdrag in de zin van artikel 167, § 2, van de Belgische Grondwet.

De omstandigheid dat het Instrument niet is bekrachtigd en dat geen instemming met het Instrument is verleend, strookt bijgevolg niet met de regels waarbij België internationale verplichtingen kan aangaan, noch met de regels betreffende de inwerkingtreding van internationale overeenkomsten in de interne rechtsorde, zoals ze voortvloeien uit artikel 167, § 2, van de Grondwet.

In artikel 5, a), van het Instrument tussen België en de Verenigde Staten wordt bovendien onder meer het volgende gepreciseerd :

> "Dit instrument vereist de voltooiing door het Koninkrijk België en de Verenigde Staten van Amerika van hun respectieve interne procedures die gelden voor de inwerkingtreding. Vervolgens wisselen de Regering van het Koninkrijk België en de Regering van de Verenigde Staten van Amerika akten uit waaruit blijkt dat deze procedures zijn voltooid."

Tot slot is niet duidelijk hoe de Verenigde Staten een tekst zouden kunnen bekrachtigen die België niet uitdrukkelijk zou binden.

Het besluit is dan ook dat het parlement met het voormelde Instrument moet instemmen en dat de Koning het moet bekrachtigen.

II. Samenhang tussen de Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten en het Instrument tussen België en de Verenigde Staten

De samenhang tussen de Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten en het Instrument tussen België en de Verenigde Staten, zoals die in het Instrument wordt bepaald, doet problemen rijzen.

Zo vraagt de Raad van State zich bijvoorbeeld af waarom artikel 4, leden 5 en 7, en artikel 8, lid 3, van de Overeenkomst niet overgenomen zijn in de geïntegreerde versie van de Overeenkomst van 28 januari 1988 die bij het Instrument is gevoegd (hierna: de geïntegreerde versie van de Overeenkomst). Voorts stelt men een aantal verschillen in de tekst vast : zo heeft de Franse versie van artikel 5 van de Overeenkomst betrekking op de "équipes policières d'enquête commune", terwijl het adjectief "policière" niet terug te vinden is in de Franse tekst van artikel 12*ter*, lid 1, van de geïntegreerde versie van de Overeenkomst. In de Nederlandse versie staat in beide gevallen "gemeenschappelijke onderzoeksteams".

2. Artikel 4, lid 5, van de Overeenkomst bepaalt : "In het kader van dit artikel mag rechtshulp niet worden geweigerd op grond van het bankgeheim". Dat lid is niet overgenomen in de geïntegreerde versie van de Overeenkomst. In de memorie van toelichting staat daaromtrent de volgende uitleg :

> "Aangezien België geen bankgeheim in de enge zin van het woord kent, is deze alinea niet relevant voor de rechtshulprelatie tussen de Verenigde Staten en België."

Lid 5 van de Overeenkomst staat echter in lid 1, a), (iv), van het Instrument, wat in tegenspraak is met de memorie van toelichting.

Wat de grond van de zaak betreft, zou men kunnen stellen dat lid 5 van de Overeenkomst van toepassing zou kunnen zijn op het bankgeheim in de ruime zin van het woord. Wat zou er bovendien gebeuren als er in de toekomst wel een bankgeheim in de enge zin van het woord zou worden ingevoerd in het Belgisch recht ?

Artikel 4, lid 7, van de Overeenkomst is niet in de geïntegreerde versie van de Overeenkomst overgenomen, omdat er relatief weinig beroep wordt gedaan op wederzijdse rechtshulp tussen België en de Verenigde Staten. Dat is echter een opportuniteitsargument dat bovendien gebaseerd is op een feitelijke situatie die kan veranderen.

Als België de Overeenkomst bekrachtigt, is het gebonden door de bepalingen ervan. Bijgevolg mogen die bepalingen niet om feitelijke of opportuniteitsredenen worden weggelaten uit de geïntegreerde versie van de Overeenkomst. Alleen de bepalingen waarvan de vermelding in de geïntegreerde versie van de Overeenkomst juridisch geen enkele zin zou hebben mogen vervallen.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 4 van de Overeenkomst

Uit artikel 4, lid 4, van de Overeenkomst blijkt dat een Staat zijn plicht om bankgegevens te helpen opsporen, kan beperken. Krachtens artikel 15, lid 3, van de Overeenkomst moeten de partijen elkaar in kennis stellen van die beperkingen vóór de uitwisseling van het schriftelijk instrument zoals omschreven in artikel 3, leden 2 en 3, van de Overeenkomst, namelijk, in het onderhavige geval, het Instrument tussen België en de Verenigde Staten.

De parlementsleden moeten op de hoogte worden gebracht van de juiste draagwijdte van de verplichting die bindend zal zijn voor België. Hoewel de verwijzing naar witwaspraktijken en terroristische activiteiten in de memorie van toelichting en in de geïntegreerde versie van de Overeenkomst toereikend is, geldt dit niet voor de woorden "alle andere criminele activiteiten waarvan beide partijen elkaar in kennis kunnen stellen". In de memorie van toelichting moet worden vermeld voor welke andere criminele activiteiten België zal vragen of zal aanvaarden dat bankgegevens worden uitgewisseld.

Artikel 5 van de Overeenkomst

In tegenstelling tot wat in de memorie van toelichting wordt vermeld, is er in artikel 5, lid 4, van de Overeenkomst geen sprake van om een lid van het onderzoeksteam toestemming te geven om "op het grondgebied van de andere partij op te treden alsof het teamlid in zijn eigen staat optreedt".

De memorie van toelichting moet dienovereenkomstig worden aangepast.

Artikelen 7, 8 en 9 van de Overeenkomst

In tegenstelling tot wat in punt 12 van de algemene opmerkingen van de memorie van toelichting wordt vermeld, bevat de artikelsgewijze bespreking geen toelichting bij de artikelen 6, 7 en 8 van de Overeenkomst.

Die leemte moet worden weggewerkt.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y.	KREINS,	kamervoorzitter,
	P.	VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M.	BAGUET,	
de Heer	H.	BOSLY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS