

SV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.649/4
DU 8 FÉVRIER 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre pour l'Entreprise et la Simplification, le 22 décembre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 15 février 2010 ^(*), sur un projet d'arrêté royal "établissant le Code d'éthique pour les télécommunications", a donné l'avis suivant :

(*) Par courriel du 22 décembre 2009.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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 du 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, le projet appelle les observations ci-après.

Formalités préalables

1. La déléguée du ministre a transmis au Conseil d'État une copie non signée d'une lettre de la Commission d'éthique, datée du 16 décembre 2009, par laquelle la Commission transmet au Ministre sa proposition de Code d'éthique. Il appartiendra à l'auteur du projet de s'assurer qu'il est bien en possession d'une lettre signée.

2. La déléguée du ministre a transmis au Conseil d'État l'avis de l'Inspecteur des Finances du 19 janvier 2010. Dans cet avis, l'Inspecteur des Finances précise qu'en tant que délégué du Ministre du Budget, il constate que le projet d'arrêté royal n'a pas d'incidence budgétaire substantielle pour l'IBPT et qu'il n'a donc pas d'objection; il ajoute que le dossier doit être transmis pour avis à l'Inspecteur des Finances accrédité auprès du Ministre compétent. On ne peut considérer que cet avis constitue la formalité préalable requise, puisque l'Inspecteur des Finances consulté se contente de rendre un avis sur l'impact budgétaire à l'égard de l'IBPT et non sur l'impact budgétaire général de l'arrêté en projet, pour lequel il invite à requérir l'avis de l'Inspecteur des Finances accrédité auprès du Ministre compétent. Il convient dès lors de solliciter cet avis pour que la formalité préalable puisse être considérée comme valablement accomplie.

3. Il conviendra également de solliciter l'accord du Secrétaire d'État au Budget.

.../...

Observations générales

1. L'arrêté en projet trouve son fondement légal dans l'article 134, § 2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, selon lequel :

"Sur la proposition de la Commission d'éthique pour les télécommunications, le Roi fixe un Code d'éthique pour les télécommunications.

Le Code d'éthique pour les télécommunications désigne les séries de numéros pour lesquelles il est autorisé de facturer, en plus du prix de la communication, également une indemnité pour le contenu et décrit les conditions auxquelles des services payants peuvent être offerts aux utilisateurs finals via des réseaux de communications électroniques. Le Code d'éthique pour les télécommunications fixe également les modalités selon lesquelles les opérateurs collaborent à l'enquête relative à une infraction présumée commise par une personne qui fournit un service payant via un réseau de communications électroniques et à l'exécution des décisions de la Commission d'éthique pour les télécommunications.

Les personnes qui offrent des services payants via des réseaux de communications électroniques et les opérateurs, pour ce qui concerne la collaboration visée à l'alinéa deux, sont tenus de respecter les dispositions du Code d'éthique pour les télécommunications.

La Commission d'éthique pour les télécommunications se prononce sur le respect du Code d'éthique pour les télécommunications suite à une plainte des intéressés, directement ou après l'intervention du service de médiation pour les télécommunications.

Les décisions de la Commission d'éthique pour les télécommunications sont motivées et publiées".

2. Le paragraphe 3 du même article précise que "les infractions au Code d'éthique sont sanctionnées d'une amende administrative d'un montant de 125 à 12.500 EUR ou d'une suspension des activités de 1 à 30 jours" et qu' "en cas d'infraction grave ou répétée, la Commission d'éthique pour les télécommunications peut ordonner la radiation des services concernés, ainsi que l'interdiction d'entamer de nouveaux services".

Les contours de l'habilitation faite au Roi de fixer un Code d'éthique sont définis par l'article 134, § 2, de la loi du 13 juin 2005 précitée : il s'agit, d'une part, de fixer les séries de numéros pour lesquels il est autorisé de facturer, en plus du prix de la communication, une indemnité pour le contenu et, relativement à ces numéros, de décrire

.../...

les conditions auxquelles des services payants peuvent être offerts aux utilisateurs finals via des réseaux de communications électroniques et, d'autre part, de prévoir les modalités de collaboration des opérateurs de communications électroniques à la recherche des infractions audit Code et à l'exécution des décisions de la Commission d'éthique.

Ainsi délimitée, l'habilitation faite au Roi de fixer le Code d'éthique ne Lui permet pas de prévoir des règles particulières qui paraphraserait des dispositions législatives existantes s'appliquant en la matière ⁽¹⁾ ou y dérogeraient.

Les conditions du Code d'éthique doivent être, par conséquent, différentes des règles prévues par les législations existantes qui s'appliquent également à la matière, et notamment les lois du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

2. L'attention de l'auteur du projet est, en outre, attirée sur les difficultés que susciterait la coexistence, dans le Code d'éthique et dans d'autres législations particulières, de dispositions fixant des conditions similaires s'appliquant aux services payants.

⁽¹⁾ Cette habilitation n'est pas modifiée par l'article 24 de l'avant-projet de loi portant diverses mesures en matière de communications électroniques, sur lequel le Conseil d'État a donné, le 27 janvier 2010, son avis 47.626/4, qui a pour objet de compléter l'article 134, § 2, de la loi du 13 juin 2005 afin de préciser ce qui suit :
"Les conditions du Code d'éthique s'appliquent sans préjudice de l'application des dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur et de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information."
Le commentaire de cet article dispose d'ailleurs comme suit :
"Afin d'éviter toute discussion sur la compatibilité du Code d'éthique avec la loi sur les pratiques du commerce et la loi sur la société de l'information, il est expressément prévu que les dispositions de ces lois restent entièrement d'application. Les opérateurs concernés devront donc respecter entièrement les dispositions en matière de pratiques du commerce et de la société de l'information et observer en même temps les conditions du Code d'éthique."

D'une part, le non-respect des conditions fixées dans le Code d'éthique fait l'objet des sanctions administratives prévues par l'article 134, § 3, de la loi du 13 juin 2005 précitée, lesquelles peuvent être considérées, en fonction de leur caractère à la fois répressif et préventif, et de leurs montants relativement élevés, comme présentant un caractère pénal au sens, notamment, de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ⁽²⁾.

D'autre part, que ce soit dans la loi du 14 juillet 1991, du 8 décembre 1992 ou du 11 mars 2003 précitées, les infractions aux règles qui y sont prévues font l'objet de sanctions pénales.

Pareil cumul de sanctions administratives à caractère pénal et de sanctions pénales n'est pas compatible avec le principe "*non bis in idem*" consacré à l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés ainsi que dans l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et qui constitue, en droit interne, "une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit" ⁽³⁾. Selon ce principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné.

On observera en outre à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme, par un arrêt rendu en Grande Chambre le 10 février 2009, a précisé que "l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris, comme interdisant de poursuivre ou de

⁽²⁾ Sur le caractère pénal d'une sanction administrative, voir, notamment, Th. BOMBOIS et D. DEOM, "La définition de la sanction administrative", in R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, pp.102-128.

⁽³⁾ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 521.

juger une personne pour une seconde «infraction» pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes" ⁽⁴⁾.

De nombreuses dispositions du Code d'éthique posent des difficultés à cet égard. À titre d'exemple, on relèvera notamment les problèmes suivants :

1) L'article 6 du projet prévoit que les services payants et la publicité à cet effet doivent être "conformes à toutes les lois applicables". De manière très générale, cet article érige ainsi en condition dont le non-respect peut faire l'objet des sanctions administratives prévues par l'article 134, § 3, de la loi du 13 juin 2005 précitée, la conformité à toutes les lois applicables, celles-ci pouvant déjà prévoir de sanctionner pénalement toute infraction à ce qu'elles prévoient.

Le rapport au Roi précise à cet égard :

"Parmi les lois pertinentes dans le cadre de l'offre de services payants via des réseaux de communications électroniques figurent :

- la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information;
- la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel;
- la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur."

Or, ces trois lois, à tout le moins, prévoient effectivement de sanctionner pénalement les infractions à leur égard.

⁽⁴⁾ Cour eur. dr. h., Grande chambre, *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, §§ 81 et 82. Sur cet arrêt, voir l'avis 47.321/2, donné le 16 novembre 2009, sur un projet devenu le décret du 10 décembre 2009 modifiant le Code des taxes assimilées aux impôts sur les revenus, l'arrêté royal du 3 avril 1953 coordonnant les dispositions légales concernant les débits de boissons fermentées, la loi du 13 juillet 1987 relative aux redevances radio et télévision et le décret du 6 mai 1999 relatif à l'établissement, au recouvrement et au contentieux en matière de taxes régionales wallonnes (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2009-2010, n° 117/1, pp. 52 à 61).

2) L'article 7 du projet interdit que les services payants et la publicité à cet effet portent "préjudice à la protection de la vie privée", de même que l'article 42 du projet impose, en matière de protection de la vie privée, le respect de la loi du 8 décembre 1992 précitée.

3) L'article 11 du projet interdit les services payants ou la publicité suggérant que "des futurs événements peuvent être prévus en l'absence de preuve scientifique ou de la mention du caractère aléatoire ou non fondé des informations fournies" ou qui sont "de nature à induire en erreur suite à de l'inexactitude, de l'ambiguïté, de l'exagération, des omissions ou d'une autre manière".

Cet article est à mettre en relation avec les articles 94/5 et 94/6 de la loi du 14 juillet 1991 précitée qui interdisent toute pratique commerciale trompeuse et précisent qu'une pratique commerciale est réputée trompeuse "si elle contient des informations fausses ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur (...) même si les informations présentées sont factuellement correctes, et qu'elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement."

4) L'article 13 du projet interdit la présentation d'un service payant comme étant "gratuit", alors qu'une interdiction similaire est prévue par l'article 94/8, 19/, de la loi du 14 juillet 1991 précitée.

5) L'article 14 du projet garantit l'information de l'utilisateur final lorsque l'achat d'un service payant est soumis à des conditions générales (consultation et mise à disposition gratuite de ces conditions générales), alors que les articles 78 et 79 de la loi du 14 juillet 1991 précitée qui sont relatifs aux contrats à distance, prévoient également des garanties d'information qui sont toutefois plus complètes.

6) L'article 31 du projet doit également être mis en relation avec les articles 78 et 79 de la loi du 14 juillet 1991 précitée.

.../...

7) L'article 44 du projet prévoit que le service payant proposé doit être conforme à la publicité faite à cet effet, alors qu'une obligation similaire ressort déjà des articles 94/5 et 94/6 de la loi du 14 juillet 1991 précitée.

En conséquence, il convient que l'auteur du projet réexamine le Code d'éthique afin d'y supprimer toutes les dispositions qui auraient pour objet de fixer des conditions similaires à celles dont le non-respect serait sanctionné pénalement par d'autres législations existantes, comme par exemple la loi du 14 juillet 1991, la loi du 8 décembre 1992 et la loi du 11 mars 2003 précitées.

3. Seule une modification de l'article 134, § 3, de la loi du 13 juin 2005 précitée peut prévoir la mise en place d'un mécanisme excluant que l'auteur d'une infraction fasse l'objet de plus d'une poursuite, lorsque l'infraction qu'il a commise est passible de plusieurs sanctions pénales ou administratives.

C'est sous réserve de ces observations générales que sont formulées les observations particulières suivantes.

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

L'article 1^{er}, 9/, du projet définit le service payant destiné aux mineurs d'âge comme un service payant partiellement ou intégralement destiné à des personnes de moins de 18 ans "ou qui est particulièrement attrayant pour ces personnes".

Le chapitre 10, section 3, de l'arrêté en projet (articles 53 à 56) prévoit des conditions spécifiques s'appliquant aux services payants destinés aux mineurs d'âge.

Comme le non-respect de ces conditions peut faire l'objet des sanctions administratives prévues par l'article 134, § 3, de la loi du 13 juin 2005 précitée, il convient que la définition du service payant destiné aux mineurs d'âge soit formulée de manière suffisamment claire et précise pour assurer le caractère prévisible des sanctions qui y sont attachées. Les termes "ou qui est particulièrement attrayant pour ces personnes" seront revus ou feront l'objet d'une explication dans le rapport au Roi.

Article 3

L'article 3, alinéa 2, du projet impose à l'opérateur de transmettre à la Commission d'éthique les informations précisées à l'alinéa 1^{er} "dans un délai de deux jours suivant la demande de la Commission d'éthique ou de son secrétariat".

Selon l'article 134, § 2, de la loi du 13 juin 2005 précitée, le Roi est habilité à fixer "les modalités selon lesquelles les opérateurs collaborent à l'enquête relative à une infraction présumée commise par une personne qui fournit un service payant via un réseau de communications électroniques".

Il convient dès lors de préciser, à l'article 3, alinéa 2, du projet, que les opérateurs doivent mettre à disposition de la Commission les informations précisées à l'alinéa 1^{er} "dans l'hypothèse où il y a une enquête relative à une infraction présumée, conformément à ce que prévoit l'article 134, § 2, de la loi".

Article 5

Cet article prévoit de manière générale que les opérateurs, les personnes qui fournissent les services payants et toutes les personnes impliquées dans la fourniture du service payant doivent transmettre à la Commission d'éthique ou à son secrétariat toutes les informations utiles sur les services payants, sur demande et dans le délai fixé. En ce qui concerne les opérateurs, cette obligation pourrait éventuellement se fonder sur l'article 134, § 2, de la loi du 13 juin 2005 précitée, qui permet au Roi de fixer les modalités de collaboration des opérateurs à l'enquête relative à une infraction présumée commise par une personne offrant des services payants. Mais dans ce cas, le Conseil

.../...

d'État n'aperçoit pas comment cet article se combinerait avec l'article 3, alinéa 2, du projet, qui prévoit déjà une obligation du même type. Il n'y a en revanche aucun fondement légal pour imposer de manière générale la fourniture de toutes ces informations à "toutes les personnes impliquées dans la fourniture du service payant".

L'article 5 du projet sera revu à la lumière de cette observation.

Article 7

L'article 7, 2/, a), interdit les services payants et la publicité à cet effet qui sont de nature à susciter de la peur, de la crainte ou de l'aversion en "décrivant ou représentant de la violence, du sadisme ou de la cruauté inutiles".

Dans sa version française, le texte est source d'ambiguïtés. Entend-il permettre la description ou la représentation de la violence, du sadisme ou de la cruauté, dans certains cas, c'est-à-dire, lorsqu'on peut juger ceux-ci "utiles"? Dans cette hypothèse, comment peut-on estimer que de telles descriptions ou représentations remplissent ce critère d'utilité?

Le texte serait clair s'il était rédigé comme suit : "décrivant ou représentant de la violence gratuite, du sadisme ou de la cruauté". La même observation vaut pour le texte néerlandais où il y a lieu d'écrire : "het beschrijven of afbeelden van zinloos geweld, van sadisme of wreedheid".

Article 8

L'article 8, 2/, est rédigé de manière particulièrement vague.

Le Conseil d'État se demande si cette disposition n'est pas redondante avec celle qui figure à l'article 79 du projet.

Ces dispositions doivent être revues.

.../...

Article 15

La dernière phrase de l'article 15 du projet prévoit que "si le service clientèle n'est pas accessible en dehors des heures de bureau, l'utilisateur final a la possibilité d'enregistrer sa question sur un répondeur et celle-ci sera traitée le jour ouvrable suivant par la personne qui offre le service payant".

Ne doit-on pas prévoir la possibilité que la question soit traitée par le service clientèle plutôt que par la personne qui offre le service payant ?

Article 34

À l'alinéa 3, dans la version française, il est fait mention d'une "preuve irréfutable". Il y lieu d'assurer la concordance avec la version néerlandaise. Sans doute s'agit-il, comme l'indique le rapport au Roi, d'un renversement de la charge de la preuve de sorte que l'utilisateur final peut prouver le contraire.

La version française sera revue en conséquence.

Article 53

L'alinéa 1^{er} de cette disposition précise que les services payants destinés aux mineurs d'âge et la publicité pour ces services ne peuvent pas s'adresser aux mineurs d'âge de moins de 12 ans.

Quant à l'alinéa 2, il prévoit que la publicité pour ces services ne peut "en aucun cas être directement ou indirectement fournie aux mineurs d'âge de moins de 12 ans".

Afin d'éviter toute redondance entre les alinéas 1^{er} et 2, il y a lieu d'omettre dans l'alinéa 1^{er} les mots "et la publicité pour ces services".

Article 57

L'article 57 du projet prévoit de soustraire aux obligations prévues par les articles 58 à 71 les jeux réglementés "par un arrêté pris sur la base de l'article 3.4 de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs".

L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que l'article 3.4 de la loi du 7 mai 1999 précitée est abrogé par l'article 4 de la loi du 10 janvier 2010 portant modification de la législation relative aux jeux de hasard. Selon l'article 61 de la même loi, cette abrogation entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011 ou à une date antérieure fixée par le Roi.

Par ailleurs, l'article 26 de la loi du 10 janvier 2010 précitée prévoit d'insérer dans la loi du 7 mai 1999 précitée un chapitre IV/2 relatif aux "jeux média", qui fixent les obligations qui s'imposent à ce type de jeux, lesquels sont définis par l'article 2, 9/, de la loi du 7 mai 1999 précitée, tel qu'inséré par l'article 3 de la loi du 10 janvier 2010 précitée, comme étant les jeux de hasard exploités par les média.

L'article 57 du projet sera revu afin de viser tant les jeux réglementés sur la base actuelle de l'article 3.4. de la loi du 7 mai 1999 précitée que sur la base future du chapitre IV/2 de cette même loi.

Article 79

Il est renvoyé à l'observation faite sous l'article 8.

Article 101

Cette disposition, qui concerne les délais de paiement d'une amende administrative imposée par la Commission d'éthique, ne peut trouver son fondement légal dans l'article 134, § 2, de la loi du 13 juin 2005 précitée.

L'article 101 du projet sera donc omis.

.../...

Article 102

En tant que cette disposition impose à toute personne impliquée dans la fourniture d'un service payant de collaborer à l'exécution de la suspension ou de la radiation de ce service prononcée par la Commission d'éthique, elle va au-delà de l'habilitation faite au Roi, par l'article 134, § 2, de prévoir les conditions de collaboration des "opérateurs", et non de toute personne impliquée dans la fourniture d'un service payant.

L'article 102 sera modifié afin de ne viser que les opérateurs.

Article 103

La disposition en projet ne peut trouver son fondement légal dans l'article 134, § 2, de la loi du 13 juin 2005 précitée.

Elle sera dès lors omise.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
	G. DELANNAY,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Mme L. VANCRAYEBECK, auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

G. DELANNAY

P. LIÉNARDY

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.649/4
VAN 8 FEBRUARI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, vierde kamer, op 22 december 2009 door de Minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 15 februari 2010 ^(*), van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie", heeft het volgende advies gegeven :

(*) Bij e-mail van 22 december 2009.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is 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 ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Voorafgaande vormvereisten

1. De gemachtigde van de minister heeft de Raad van State een niet-ondertekend afschrift bezorgd van een brief van de Ethische Commissie, gedateerd 16 december 2009, waarbij de Commissie haar voorstel van Ethische Code overzendt aan de minister. De steller van het ontwerp moet zich ervan vergewissen dat hij wel degelijk in het bezit is van een ondertekende brief.

2. De gemachtigde van de minister heeft aan de Raad van State het advies d.d. 19 januari 2010 van de inspecteur van Financiën bezorgd. De inspecteur van Financiën stelt in dat advies dat hij in zijn hoedanigheid van gemachtigde van de minister van Begroting vaststelt dat het ontwerp van koninklijk besluit geen wezenlijke budgettaire weerslag vertoont voor het BIPT en dat hij dus geen bezwaar ertegen heeft; hij voegt eraan toe dat het dossier voor advies moet worden overgezonden aan de inspecteur van Financiën geaccrediteerd bij de bevoegde minister. Er kan niet worden beschouwd dat dit advies het vereiste voorafgaande vormvereiste vormt, aangezien de om een advies verzochte inspecteur van Financiën zich ermee vergenoegt van advies te dienen over de budgettaire weerslag ten aanzien van het BIPT, doch niet over de algemene budgettaire weerslag van het ontwerpbesluit, en hij voorstelt dat daarvoor het advies wordt ingewonnen van de inspecteur van Financiën geaccrediteerd bij de bevoegde minister. Bijgevolg moet dit laatste advies worden aangevraagd opdat beschouwd kan worden dat het voorafgaande vormvereiste op geldige wijze is vervuld.

3. Ook de akkoordbevinding van de staatssecretaris voor Begroting moet worden verkregen.

Algemene opmerkingen

1. Het ontwerpbesluit ontleent zijn rechtsgrond aan artikel 134, § 2, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, luidende :

"Op voorstel van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie stelt de Koning een Ethische Code voor de telecommunicatie vast.

De Ethische Code voor de telecommunicatie duidt de nummerreeksen aan waarvoor het is toegestaan om van de oproeper naast de prijs voor de communicatie ook een betaling voor de inhoud te vragen en omschrijft de voorwaarden waaronder betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken aan de eindgebruikers kunnen worden aangeboden. De Ethische Code voor de telecommunicatie stelt eveneens de nadere regels vast volgens dewelke de operatoren hun medewerking verlenen aan het onderzoek van een vermoedelijke inbreuk door een persoon die een betalende dienst via een elektronische-communicatienetwerk aanbiedt en aan de uitvoering van de beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie.

De personen die betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken aanbieden en de operatoren, wat betreft de medewerking bedoeld in het tweede lid, zijn verplicht de bepalingen van de Ethische Code voor de telecommunicatie in acht te nemen.

De Ethische Commissie voor de telecommunicatie spreekt zich uit over de naleving van de Ethische Code voor de telecommunicatie na een klacht van de belanghebbende, rechtstreeks of na de tussenkomst van de ombudsdienst voor telecommunicatie.

De beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie zijn gemotiveerd en worden openbaar gemaakt."

2. In paragraaf 3 van datzelfde artikel staat te lezen dat "de inbreuken op de Ethische Code voor de telecommunicatie worden bestraft met een administratieve geldboete ten belope van 125 tot 12.500 EUR of een schorsing van de activiteiten van 1 tot 30 dagen", en voorts dat "in geval van een zware of herhaalde inbreuk [...] de Ethische Commissie voor de telecommunicatie de schrapping van de betrokken diensten [kan] bevelen, alsmede het verbod om nieuwe diensten te beginnen".

.../...

De grenzen van de aan de Koning verleende machtiging om een Ethische Code vast te stellen, worden bepaald bij artikel 134, § 2, van de voornoemde wet van 13 juni 2005 : ze bestaan enerzijds daarin dat de nummerreeksen worden bepaald waarvoor, benevens de prijs van de communicatie, ook een vergoeding voor de inhoud kan worden aangerekend, en met betrekking tot die nummers de voorwaarden worden vastgelegd waaronder betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken aan de eindgebruikers kunnen worden aangeboden, en anderzijds dat de nadere regels worden vastgesteld volgens welke de operatoren van elektronische communicatie hun medewerking verlenen aan het onderzoek van overtredingen van die Code en aan het uitvoeren van de beslissingen van de Ethische Commissie.

De aldus afgebakende machtiging, verleend aan de Koning, om de Ethische Code vast te stellen staat hem niet toe bijzondere regels uit te vaardigen die bestaande, ter zake van toepassing zijnde wetsbepalingen ⁽¹⁾ parafraseren of ervan afwijken.

De voorwaarden van de Ethische Code moeten bijgevolg verschillen van de regels vervat in de bestaande wetgeving die eveneens van toepassing is op deze materie, inzonderheid de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens, alsook de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij.

⁽¹⁾ Deze machtiging wordt niet gewijzigd bij artikel 24 van het voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake telecommunicatie, waarover de Raad van State op 27 januari 2010 zijn advies 47.626/4 heeft verstrekt, welk artikel ertoe strekt artikel 134, § 2, van de wet van 13 juni 2005 als volgt aan te vullen : "De voorwaarden van de Ethische Code gelden onverminderd de toepassing van de bepalingen van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument en van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij." De commentaar op dit artikel luidt trouwens als volgt : "Om elke mogelijke juridische discussie over de verenigbaarheid van de Ethische Code met de wet op de handelspraktijken en met de wet op de diensten van de informatiemaatschappij te vermijden, wordt uitdrukkelijk voorzien dat de bepalingen van deze wetten onverminderd van kracht blijven. De betrokken operatoren moeten dus ten volle alle bepalingen inzake de handelspraktijken en de informatiemaatschappij naleven en terzelfder tijd de voorwaarden van de Ethische Code in acht nemen."

2. Voorts wordt de steller van het ontwerp gewezen op de problemen die zouden rijzen indien zowel in de Ethische Code als in andere bijzondere wetten bepalingen zouden voorkomen die soortgelijke voorwaarden vastleggen welke van toepassing zijn op de betalende diensten.

Enerzijds wordt het niet in acht nemen van de voorwaarden gesteld in de Ethische Code gestraft met de administratieve sancties omschreven in artikel 134, § 3, van de voornoemde wet van 13 juni 2005, die inzonderheid in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten geacht kunnen worden een strafrechtelijk aspect te vertonen, omdat ze zowel van repressieve als van preventieve aard zijn en het bedrag van de geldboete behoorlijk hoog is ⁽²⁾.

Anderzijds staan strafrechtelijke sancties op de overtredingen van de regels vervat in alle drie de voornoemde wetten van 14 juli 1991, 8 december 1992 en 11 maart 2003.

Een zodanige samenloop van administratieve sancties van strafrechtelijk aard en van strafrechtelijke sancties is niet verenigbaar met het beginsel *non bis in idem*, vastgelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en in artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, een beginsel dat in het interne recht wordt omschreven als "une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit" ⁽³⁾. Dit beginsel stelt dat niemand strafrechtelijk vervolgd of gestraft kan worden wegens een strafbaar feit waarvan hij reeds is vrijgesproken of waarvoor hij reeds is veroordeeld.

⁽²⁾ Omtrent het strafrechtelijke karakter van een administratieve sanctie, zie inzonderheid TH. BOMBOIS en D. DEOM, "La définition de la sanction administrative", in R. ANDERSEN, D. DEOM en D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, blz. 102-128.

⁽³⁾ J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Brussel, 1990, blz. 521.

Voorts valt in dit verband op te merken dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in een arrest dat op 10 februari 2009 door de Grote Kamer is gewezen, gesteld heeft dat "l'article 4 du Protocole n/ 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde «infraction» pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes" ⁽⁴⁾.

Tal van bepalingen van de Ethische Code doen problemen rijzen ter zake. Bij wijze van voorbeeld :

1) Artikel 6 van het ontwerp bepaalt dat de betalende diensten en de reclame ervoor moeten "voldoen aan alle toepasselijke wetten". Aldus verheft dit artikel in zeer algemene bewoordingen het vereiste van het voldoen aan alle toepasselijke wetten, die thans reeds kunnen voorschrijven dat iedere overtreding ervan strafrechtelijk wordt gestraft, tot een voorwaarde waarvan de niet-naleving kan worden gestraft met de administratieve sancties gesteld in artikel 134, § 3, van de voornoemde wet van 13 juni 2005.

In het verslag aan de Koning staat daaromtrent te lezen :

"Relevante wetten in het kader van het aanbod van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken zijn onder meer :

- de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij;
- de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de (ver)werking van persoonsgegevens;
- de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument."

⁽⁴⁾ EHRM, Grote Kamer, *Zolotouchin tegen Rusland*, 10 februari 2009, punten 81 en 82. Omtrent dit arrest, zie advies 47.321/2, op 16 november 2009 verstrekt over een ontwerp dat is geworden het decreet van 10 december 2009 houdende wijziging van het Wetboek van de met de inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen, het koninklijk besluit van 3 april 1953 tot samenordering van de wetbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken, de wet van 13 juli 1987 betreffende het kijk- en luistergeld en het decreet van 6 mei 1999 betreffende de vestiging, de invordering en de geschillen inzake de directe gewestelijke belastingen (*Parl. St.*, Waals Parl., 2009-2010, nr. 117/1, 52 tot 61).

Op zijn minst deze drie wetten bepalen echter effectief dat de overtredingen ervan strafrechtelijk worden gestraft.

2) Artikel 7 van het ontwerp bepaalt dat de betalende diensten en de reclame ervoor geen "afbreuk [mogen] doen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer", en artikel 42 van het ontwerp bepaalt met betrekking tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer dat de voornoemde wet van 8 december 1992 moet worden nageleefd.

3) Artikel 11 van het ontwerp verbiedt betalende diensten of reclame ervoor indien deze "suggereren dat toekomstige gebeurtenissen kunnen worden voorzien zonder wetenschappelijk bewijs of vermelding van de toevallige aard of van de ongegrondheid van de verstrekte informatie" of "van die aard zijn dat ze kunnen misleiden door onnauwkeurigheid, dubbelzinnigheid, overdrijving, weglating of op een andere manier".

Dit artikel moet in verband worden gebracht met de artikelen 94/5 en 94/6 van de voornoemde wet van 14 juli 1991, die iedere vorm van misleidende handelspraktijken verbieden en die preciseren dat "als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen [...] en de consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen."

4) Artikel 13 van het ontwerp verbiedt dat een betalende dienst als "gratis" wordt voorgesteld, terwijl artikel 94/8, 19/, van de voornoemde wet van 14 juli 1991 een soortgelijk verbod bevat.

5) Artikel 14 van het ontwerp schrijft voor dat indien het afnemen van een betalende dienst onderworpen is aan algemene voorwaarden (het consulteren en het kosteloos ter beschikking stellen van die algemene voorwaarden), de eindgebruiker daarvan in kennis moet worden gesteld, terwijl de artikelen 78 en 79 van de voornoemde

wet van 14 juli 1991, die de overeenkomsten op afstand betreffen, eveneens garanties van informatieverstrekking bieden, die evenwel vollediger zijn.

6) Artikel 31 van het ontwerp moet eveneens in verband worden gebracht met de artikelen 78 en 79 van de voornoemde wet van 14 juli 1991.

7) Artikel 44 van het ontwerp bepaalt dat de voorgestelde betalende dienst moet overeenstemmen met de reclame die ter zake wordt gevoerd, terwijl een soortgelijke verplichting reeds voortvloeit uit de artikelen 94/5 en 94/6 van de voornoemde wet van 14 juli 1991.

Derhalve moet de steller van het ontwerp de Ethische Code herzien, waarbij alle bepalingen erin worden geschrapt die ertoe strekken voorwaarden te stellen die gelijkenis vertonen met die waarvan de niet-naleving door andere reeds bestaande wetten strafrechtelijk wordt gestraft, zoals bijvoorbeeld de voornoemde wetten van 14 juli 1991, 8 december 1992 en 11 maart 2003.

3. Alleen via een wijziging van artikel 134, § 3, van de voornoemde wet van 13 juni 2005 kan worden voorzien in een regeling die uitsluit dat een overtreder meer dan één vervolging oploopt ingeval het door hem gepleegde strafbare feit aanleiding kan geven tot verscheidene strafrechtelijke of administratieve sancties.

Onder het voorbehoud van deze algemene opmerkingen worden de volgende bijzondere opmerkingen gemaakt.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 1

Artikel 1, 9/, van het ontwerp definieert de betalende dienst bestemd voor minderjarigen als een betalende dienst die, geheel of gedeeltelijk, specifiek gericht is op personen jonger dan achttien jaar "of die als bijzonder aantrekkelijk voor deze personen geldt".

Hoofdstuk 10, afdeling 3, van het ontwerpbesluit (de artikelen 53 tot 56) bevat specifieke voorwaarden toepasselijk op de betalende diensten bestemd voor minderjarigen.

Aangezien de niet-naleving van die voorwaarden aanleiding kan geven tot de administratieve sancties gesteld in artikel 134, § 3, van de voornoemde wet van 13 juni 2005, moet de definitie van een betalende dienst bestemd voor minderjarigen voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn opdat de eraan verbonden sancties voorzienbaar zouden zijn. De woorden "of die als bijzonder aantrekkelijk voor deze personen geldt" moeten worden herzien of moeten worden toegelicht in het verslag aan de Koning.

Artikel 3

Artikel 3, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat de operator aan de Ethische Commissie de gegevens genoemd in het eerste lid moet bezorgen "binnen een termijn van twee werkdagen volgend op het verzoek van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie of haar secretariaat".

Volgens artikel 134, § 2, van de voornoemde wet van 13 juni 2005 is de Koning gemachtigd om "de nadere regels vast [te stellen] volgens dewelke de operatoren hun medewerking verlenen aan het onderzoek van een vermoedelijke inbreuk door een persoon die een betalende dienst via een elektronische-communicatienetwerk aanbiedt".

Bijgevolg moet in artikel 3, tweede lid, van het ontwerp worden gepreciseerd dat de operatoren de in het eerste lid genoemde informatie ter beschikking moeten stellen van de Commissie "indien een onderzoek wordt gevoerd omtrent een vermoedelijke inbreuk, overeenkomstig het bepaalde in artikel 134, § 2, van de wet".

Artikel 5

Dit artikel bepaalt op algemene wijze dat de operatoren, de personen die de betalende diensten aanbieden en alle personen die betrokken zijn bij het aanbod van de betalende dienst, op verzoek en binnen de gestelde termijn, alle nuttige informatie in verband met de betalende diensten moeten verstrekken aan de Ethische Commissie of aan haar secretariaat. Wat de operatoren betreft, zou deze verplichting haar rechtsgrond eventueel kunnen ontleenen aan artikel 134, § 2, van de voornoemde wet van 13 juni 2005, naar luid waarvan de Koning de nadere regels kan stellen inzake de medewerking van de operatoren aan het onderzoek van een feit waarvan wordt vermoed dat het een strafbaar feit oplevert dat is gepleegd door een persoon die betalende diensten aanbiedt. In dat geval ziet de Raad van State evenwel niet in hoe dit artikel verenigbaar is met artikel 3, tweede lid, van het ontwerp, dat reeds een soortgelijke verplichting oplegt. Daarentegen is geen enkele rechtsgrond voorhanden om op algemene wijze voor te schrijven dat al die informatiegegevens moeten worden verstrekt aan "alle personen die betrokken zijn bij het aanbod van een betalende dienst".

Artikel 5 van het ontwerp moet worden herzien in het licht van deze opmerking.

Artikel 7

Artikel 7, 2/, a), verbiedt betalende diensten en de reclame ervoor die schrik, vrees of afschuw veroorzaken door "het beschrijven of afbeelden van nodeloos geweld, sadisme of wreedheid".

De Franse lezing van dit artikel ("décrivant ou représentant de la violence, du sadisme ou de la cruauté inutiles") is dubbelzinnig. Is het beschrijven of afbeelden van geweld, sadisme of wreedheid toegestaan, bepaaldelijk indien ze als "utile" kunnen worden aangezien? Hoe kan in dat geval geoordeeld worden dat zulke beschrijvingen of afbeeldingen voldoen aan het criterium dat ze "utile" zijn ?

De tekst zou aan duidelijkheid winnen indien hij als volgt zou worden geredigeerd : "décrivant ou représentant de la violence gratuite, du sadisme ou de la cruauté". Eenzelfde opmerking geldt voor de Nederlandse tekst, waarin men schrijft : "het beschrijven of afbeelden van zinloos geweld, van sadisme of wreedheid;".

Artikel 8

Artikel 8, 2/, is in bijzonder vage bewoordingen gesteld.

De Raad van State vraagt zich af of deze bepaling niet overtollig is ten opzichte van het bepaalde in artikel 79 van het ontwerp.

Deze bepalingen moeten worden herzien.

Artikel 15

De laatste zin van artikel 15 van het ontwerp luidt als volgt : "Indien de klantendienst niet bereikbaar is buiten de kantooruren, wordt er aan de eindgebruiker de mogelijkheid geboden om zijn vraag in te spreken op een antwoordapparaat en wordt die vraag de volgende werkdag behandeld door de persoon die de betalende dienst aanbiedt."

Moet niet worden voorzien in de mogelijkheid dat de vraag behandeld wordt door de klantendienst, veeleer dan door de persoon die de betalende dienst aanbiedt?

Artikel 34

In de Franse lezing van het derde lid is sprake van een "preuve irréfutable". Er moet worden gezorgd voor overeenstemming met de Nederlandse lezing. Wellicht betreft het, zoals wordt aangegeven in het verslag aan de Koning, een omkering van de bewijslast, zodat de eindgebruiker het tegendeel kan bewijzen.

De Franse lezing moet dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 53

In het eerste lid van deze bepaling staat te lezen dat betalende diensten bestemd voor minderjarigen en de reclame voor deze diensten niet mogen worden gericht aan minderjarigen jonger dan 12 jaar.

Het tweede lid bepaalt dat de reclame voor deze diensten "in geen geval [...] rechtstreeks of onrechtstreeks [mag] worden bezorgd aan minderjarigen jonger dan 12 jaar".

Teneinde iedere overlapping tussen het eerste en het tweede lid te voorkomen, moeten in het eerste lid de woorden "en reclame voor dergelijke diensten" vervallen.

Artikel 57

Artikel 57 van het ontwerp bepaalt dat de verplichtingen omschreven in de artikelen 58 tot 71 niet van toepassing zijn op "spelen gereguleerd door middel van

een besluit genomen op grond van artikel 3.4 van de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers".

De steller van het ontwerp wordt erop gewezen dat artikel 3.4 van de voornoemde wet van 7 mei 1999 opgeheven wordt bij artikel 4 van de wet van 10 januari 2010 tot wijziging van de wetgeving inzake kansspelen. Volgens artikel 61 van deze laatste wet treedt de opheffing in werking op 1 januari 2011 of op een vroegere datum vastgesteld door de Koning.

Voorts bepaalt artikel 26 van de voornoemde wet van 10 januari 2010 dat in de voornoemde wet van 7 mei 1999 een hoofdstuk IV/2 wordt ingevoegd met betrekking tot de "mediaspelen", waarin de verplichtingen worden omschreven inzake dit type van spelen, welke in artikel 2, 9/, van de voornoemde wet van 7 mei 1999, zoals het is ingevoegd bij artikel 3 van de voornoemde wet van 10 januari 2010, worden gedefinieerd als een "kansspel waarvan de exploitatie gebeurt via de media".

Artikel 57 van het ontwerp moet worden herzien, zodat het zowel verwijst naar de spelen gereguleerd op de huidige basis van artikel 3.4 van de voornoemde wet van 7 mei 1999, als naar die welke worden gereguleerd op de toekomstige basis van hoofdstuk IV/2 van dezelfde wet.

Artikel 79

Er wordt verwezen naar de opmerking gemaakt onder artikel 8.

Artikel 101

Deze bepaling, die betrekking heeft op de termijnen waarbinnen een administratieve geldboete opgelegd door de Ethische Commissie moet worden betaald, kan haar rechtsgrond niet ontleen aan artikel 134, § 2, van de voornoemde wet van 13 juni 2005.

Artikel 101 van het ontwerp moet dan ook vervallen.

.../...

Artikel 102

Deze bepaling gaat, in zoverre ze iedere persoon betrokken bij het aanbieden van een betalende dienst verplicht zijn medewerking te verlenen aan de uitvoering van de door de Ethische Commissie uitgesproken schorsing of schrapping van die dienst, de machtiging te buiten die artikel 134, § 2, aan de Koning verleent om de voorwaarden vast te leggen voor medewerking van de "operatoren", doch niet van iedere persoon betrokken bij het aanbieden van een betalende dienst.

Artikel 102 moet aldus worden gewijzigd dat het alleen slaat op de operatoren.

Artikel 103

De ontworpen bepaling kan haar rechtsgrond niet ontleenen aan artikel 134, § 2, van de voornoemde wet van 13 juni 2005.

Deze bepaling moet dan ook vervallen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LIÉNARDY,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
	L. DETROUX,	
	G. DELANNAY,	toegevoegd griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. L. VANCRAVEBECK, auditeur.

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. DELANNAY

P. LIÉNARDY