



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 52.260/3
van 30 oktober 2012

avis 52.260/3
du 30 octobre 2012

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot vervanging van de
bijlage bij het koninklijk
besluit van 9 januari 2003
houdende modaliteiten voor de
wettelijke medewerkingsplicht
bij gerechtelijke vorderingen
met betrekking tot
elektronische communicatie'

un projet d'arrêté royal
'remplaçant l'annexe reprise à
l'arrêté royal du 9 janvier 2003
déterminant les modalités de
l'obligation de collaboration
légale en cas de demandes
judiciaires concernant les
communications électroniques'

Op 17 oktober 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot vervanging van de bijlage bij het koninklijk besluit van 9 januari 2003 houdende modaliteiten voor de wettelijke medewerkingsplicht bij gerechtelijke vorderingen met betrekking tot elektronische communicatie'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 30 oktober 2012. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Bruno SEUTIN en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pierrot T'KINDT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 30 oktober 2012.

*

Le 17 octobre 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'remplaçant l'annexe reprise à l'arrêté royal du 9 janvier 2003 déterminant les modalités de l'obligation de collaboration légale en cas de demandes judiciaires concernant les communications électroniques'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 30 octobre 2012. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d'État, président, Bruno SEUTIN et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Pierrot T'KINDT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 30 octobre 2012.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot de vervanging van de bijlage bij het koninklijk besluit van 9 januari 2003 'houdende modaliteiten voor de wettelijke medewerkingsplicht bij gerechtelijke vorderingen met betrekking tot elektronische communicatie'.

In die bijlage worden de tegemoetkomingen vastgesteld die de operatoren van elektronische communicatienetwerken en de verstrekkers van elektronische communicatiediensten ontvangen voor hun medewerking bij gerechtelijke vorderingen met betrekking tot elektronische communicatie. In de nieuwe bijlage worden alle daarin vermelde tegemoetkomingen in vergelijking met die van de bestaande bijlage gehalveerd, met uitzondering van de tegemoetkomingen die reeds zijn gehalveerd als gevolg van de vervanging van de genoemde bijlage bij het koninklijk besluit van 8 februari 2011¹, en met dien verstande dat de bedragen, als daartoe aanleiding bestaat, naar boven worden afgerond.

3.1. Voor het ontworpen besluit wordt mede rechtsgrond gezocht in artikel 127, § 1, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005 'betreffende de elektronische communicatie'. In die bepaling wordt aan de Koning onder meer opgedragen om, na advies van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, de methode uit te werken voor de bepaling van de bijdrage ten laste van de operatoren van elektronische communicatienetwerken en -diensten in de kosten voor investering, exploitatie en onderhoud van bepaalde in het eerste lid van artikel 127, § 1, van die wet nader genoemde technische en administratieve maatregelen, onder meer degene die het mogelijk maken de oproeper te identificeren en over te gaan tot het opsporen, het lokaliseren, het af luisteren, het kennisnemen en het opnemen van privé-communicatie onder de voorwaarden bepaald door de artikelen 46*bis*, 88*bis* en 90*ter* tot 90*decies* van het Wetboek van Strafvordering.

In de ontworpen bijlage worden concrete tegemoetkomingen bepaald, maar niet de methode om het bedrag van die tegemoetkomingen te bepalen. De vraag kan dan ook rijzen of die bijlage wel in te passen valt in het genoemde artikel 127, § 1, tweede lid, van de wet van

¹ Koninklijk besluit van 8 februari 2011 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 januari 2003 tot uitvoering van de artikelen 46*bis*, § 2, eerste lid, 88*bis*, § 2, eerste en derde lid, en 90*quater*, § 2, derde lid, van het Wetboek van strafvordering en van artikel 109*ter*, E, § 2, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven'.

13 juni 2005,² zeker nu helemaal nog geen methode is uitgewerkt om de bijdrage van de betrokken operatoren vast te stellen.³

3.2. In ieder geval bieden de artikelen 46*bis*, 88*bis* en 90*quater* van het Wetboek van Strafvordering geen rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

ALGEMENE OPMERKING

4. Krachtens artikel 6, lid 1, van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’ (hierna: Machtigingsrichtlijn) dienen de voorwaarden waaraan de algemene machtiging voor het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de gebruiksrechten voor radiofrequenties en voor nummers is verbonden, objectief gerechtvaardigd te zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst, en bovendien niet-discriminerend, proportioneel en transparant te zijn.

Artikel 14, lid 1, van de Machtigingsrichtlijn bepaalt bovendien het volgende:

“De lidstaten zien erop toe dat de rechten, voorwaarden en procedures die van toepassing zijn bij algemene machtigingen en gebruiksrechten of rechten om faciliteiten te installeren, slechts in objectief gerechtvaardigde gevallen en op proportionele wijze kunnen worden gewijzigd. Het voornemen om dergelijke wijzigingen aan te brengen, zal op passende wijze worden bekendgemaakt en de belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zullen over een adequate termijn kunnen beschikken om hun standpunt met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen kenbaar te maken; deze termijn bedraagt behoudens uitzonderlijke gevallen ten minste vier weken.”

Of de ontworpen regeling voldoet aan het vereiste dat de machtigingsvoorwaarden objectief verantwoord, niet-discriminerend, evenredig en transparant zijn, en dus spoort met artikel 6, lid 1, van de Machtigingsrichtlijn, is moeilijk uit te maken nu de methode voor de bepaling van de bijdrage bedoeld in artikel 127, § 1, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005, in weerwil van wat bij die bepaling is vereist, niet is vastgesteld.

Tevens rijst de vraag of is voldaan aan de bij artikel 14, lid 1, van de Machtigingsrichtlijn opgelegde vereisten van motivering en evenredigheid. Ook hier wordt die toets bemoeilijkt door het niet-voorhanden zijn van een methode ter bepaling van de bijdrage in de kosten.

Of aan de zo-even in herinnering gebrachte vereisten is voldaan, kan des te meer in vraag worden gesteld nu in het verslag aan de Koning in essentie slechts louter budgettaire overwegingen worden aangehaald ter verantwoording van de gewijzigde tegemoetkomingen.

² Ook wordt geen bijdrage bepaald, maar wel een tegemoetkoming. Voor zover evenwel de tegemoetkoming lager is dan de kost van de door de betrokken operator verrichte prestatie, wordt evenwel op een indirecte wijze een bijdrage vastgesteld.

³ In het verslag aan de Koning wordt gewag gemaakt van een consultant die werd geselecteerd en die als opdracht heeft de tarieven zo objectief mogelijk te berekenen op basis van een kostenmodel. Deze opdracht is evenwel nog niet afgerond.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

5. Gelet op hetgeen werd opgemerkt omtrent de rechtsgrond voor het ontworpen besluit en onverminderd opmerking 3.1, tweede alinea, schrappe men in ieder geval het eerste lid van de aanhef en verwijze men in het huidige tweede lid van de aanhef (dat het eerste lid wordt) naar artikel 127, § 1, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005.

6. Het in het huidige derde lid van de aanhef (dat het tweede lid wordt) voorkomende onderdeel “, zoals gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 8 februari 2011, artikel 10, derde lid, en de bijlage bij dit besluit” dient te vervallen.

7. Aan de aanhef dient een lid te worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar de openbare raadpleging die door het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie is gehouden teneinde te voldoen aan artikel 14, lid 1, tweede zin, van de Machtigingsrichtlijn.

BIJLAGE

8. Onderdeel 6° van de ontworpen bijlage is niet meer dan een herhaling van hetgeen is bepaald in artikel 10, vierde lid, van het koninklijk besluit van 9 januari 2003. Dat onderdeel dient dan ook te worden weggelaten.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet de remplacer l'annexe de l'arrêté royal du 9 janvier 2003 'déterminant les modalités de l'obligation de collaboration légale en cas de demandes judiciaires concernant les communications électroniques'.

Cette annexe fixe les indemnités que reçoivent les opérateurs de réseaux de communications électroniques et les fournisseurs de services de communications électroniques pour leur collaboration en cas de demandes judiciaires concernant les communications électroniques. Dans la nouvelle annexe, toutes les indemnités qui y figurent sont réduites de moitié, par rapport à celles mentionnées dans l'annexe existante, à l'exception de celles qui ont déjà été réduites de moitié à la suite du remplacement de l'annexe précitée par l'arrêté royal du 8 février 2011 ¹ et étant entendu que les montants sont arrondis à l'unité supérieure s'il y a lieu.

3.1. L'arrêté en projet recherche également un fondement juridique dans l'article 127, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques'. Cette disposition habilite notamment le Roi à fixer, après l'avis de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, la méthode de détermination de la contribution à la charge des opérateurs de réseaux et services de communications électroniques dans les frais d'investissement, d'exploitation et d'entretien de certaines mesures techniques et administratives énoncées dans l'alinéa 1^{er} de l'article 127, § 1^{er}, de cette loi, notamment celles permettant l'identification de l'appelant, le repérage, la localisation, les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des communications privées aux conditions prévues par les articles 46*bis*, 88*bis* et 90*ter* à 90*decies* du Code d'instruction criminelle.

L'annexe en projet fixe des indemnités concrètes, mais pas la méthode pour en déterminer le montant. La question est dès lors de savoir si cette annexe s'intègre effectivement dans l'article 127, § 1^{er}, alinéa 2, précité de la loi du 13 juin 2005 ² d'autant qu'aucune méthode n'a encore été élaborée pour fixer la contribution des opérateurs concernés ³.

3.2. En tout cas, les articles 46*bis*, 88*bis* et 90*quater* du Code d'instruction criminelle ne confèrent aucun fondement juridique à l'arrêté en projet.

¹ Arrêté royal du 8 février 2011 'modifiant l'arrêté royal du 9 janvier 2003 portant exécution des articles 46*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, 88*bis*, § 2, alinéas 1^{er} et 3, et 90*quater*, § 2, alinéa 3 du Code d'instruction criminelle ainsi que de l'article 109*ter*, E, § 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques'.

² Le projet ne fixe pas non plus de contribution mais bien une indemnité. Toutefois, dès lors que cette dernière est inférieure au coût de la prestation effectuée par l'opérateur concerné, une contribution est fixée, fût-ce de manière indirecte.

³ Selon le rapport au Roi, un consultant a été sélectionné et chargé de calculer le plus objectivement possible les tarifs sur la base d'un modèle de coûts. Cette mission n'est toutefois pas encore arrivée à son terme.

OBSERVATION GÉNÉRALE

4. En vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques' (ci-après : directive « autorisation »), les conditions dont sont assortis l'autorisation générale s'appliquant à la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques et les droits d'utilisation des radiofréquences et des numéros, doivent se justifier objectivement par rapport au réseau ou au service en question; elles doivent par ailleurs être non discriminatoires, proportionnées et transparentes.

En outre, l'article 14, paragraphe 1, de la directive « autorisation » dispose ce qui suit :

« Les États membres veillent à ce que les droits, les conditions et les procédures applicables aux autorisations générales, aux droits d'utilisation ou aux droits de mettre en place des ressources ne puissent être modifiés que dans des cas objectivement justifiés et dans des proportions raisonnables. Il est fait part en bonne et due forme de l'intention de procéder à de telles modifications et les parties intéressées, dont les utilisateurs et les consommateurs, se voient accorder un délai suffisant pour exprimer leur point de vue sur les modifications proposées, délai qui sera d'au moins quatre semaines, sauf circonstances exceptionnelles ».

Il est difficile de déterminer si la réglementation en projet satisfait à l'exigence que les conditions d'autorisation se justifient objectivement, qu'elles soient non discriminatoires, proportionnées et transparentes, et si, par voie de conséquence, cette réglementation est conforme à l'article 6, paragraphe 1, de la directive « autorisation », dès lors que la méthode de détermination de la contribution au sens de l'article 127, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 3 juin 2005, n'est pas fixée, et ce, en dépit de ce que requiert cette disposition.

La question se pose aussi de savoir si les exigences de motivation et de proportionnalité, inscrites à l'article 14, paragraphe 1, de la directive « autorisation » sont remplies. Ici aussi, l'absence d'une méthode déterminant la contribution dans les frais rend cet examen difficile.

On peut d'autant plus douter qu'il soit satisfait aux exigences qui viennent d'être rappelées, dès lors que le rapport au Roi se limite essentiellement à des considérations purement budgétaires pour justifier la modification des indemnités.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

5. Compte tenu de l'observation relative au fondement juridique de l'arrêté en projet, et sans préjudice de l'observation 3.1, alinéa 2, on supprimera en tout cas le premier alinéa du préambule et on se référera dans le deuxième alinéa (qui deviendra le premier alinéa) à l'article 127, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 juin 2005.

6. Dans le troisième alinéa actuel du préambule (qui deviendra le deuxième alinéa), le membre de phrase «, modifié par l'arrêté royal du 8 février 2011, article 10, troisième alinéa, et l'annexe à cet arrêté » doit être supprimé.

7. Le préambule sera complété par un alinéa faisant référence à la consultation publique tenue par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications afin de satisfaire à l'article 14, paragraphe 1, deuxième phrase, de la directive « autorisation ».

ANNEXE

8. Le point 6° de l'annexe en projet n'est qu'un rappel de la disposition énoncée à l'article 10, alinéa 4, de l'arrêté royal du 9 janvier 2003. Il sera par conséquent supprimé.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jan SMETS