



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 53.841/2/V
du 26 août 2013

advies 53.841/2/V
van 26 augustus 2013

sur

over

un projet d'arrêté royal 'portant
exécution de l'article 126 de la
loi du 13 juin 2005 relative aux
communications électroniques'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot uitvoering van
artikel 126 van de wet van
13 juni 2005 betreffende de
elektronische communicatie'

Le 23 juillet 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Économie, des Consommateurs et de la Mer du Nord à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 29 août 2013 ^(*), sur un projet d'arrêté royal 'portant exécution de l'article 126 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 26 août 2013. La chambre était composée de Robert ANDERSEN, premier président du Conseil d'État, Pierre VANDERNOOT et Michel PÂQUES, conseillers d'État, Yves DE CORDT, assesseur et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Laurence VANCRAVEBECK, auditrice.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre LIÉNARDY, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 26 août 2013.

(*) Par courriel du 25 juillet 2013.

*

Op 23 juli 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minister en Minister van Economie, Consumenten en Noordzee verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 29 augustus 2013 ^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot uitvoering van artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie'.

Het ontwerp is door de tweede vakantiekamer onderzocht op 26 augustus 2013. De kamer was samengesteld uit Robert ANDERSEN, eerste voorzitter van de Raad van State, Pierre VANDERNOOT en Michel PÂQUES, staatsraden, Yves DE CORDT, assessor, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Laurence VANCRAVEBECK, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 augustus 2013.

(*) Bij e-mail van 25 juli 2013.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, 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 suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Il ne ressort d'aucune des pièces communiquées au Conseil d'État que l'examen préalable de la nécessité de procéder à une évaluation d'incidence au sens de l'article 19/1 de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' a bien été réalisé.

Si ce n'est chose faite, cet examen préalable devra donc encore être accompli, ainsi que, s'il y a lieu, l'évaluation d'incidence subséquente.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'arrêté en projet vise à exécuter l'article 126 de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques', tel que remplacé par l'article 5 de la loi 'portant modification des articles 2, 126 et 145 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et de l'article 90^{decies} du Code d'instruction criminelle'¹, afin de transposer partiellement la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 'sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications électroniques, et modifiant la directive 2002/58/CE' (ci-après, la directive 2006/24/CE).

Plusieurs dispositions de l'arrêté en projet prévoient la conservation de données qui ne figurent pas dans la liste des données à conserver prévue par l'article 5 de la directive 2006/24/CE. Il convient à cet égard de renvoyer à l'avis 53.272/4 donné le 27 mai 2013 sur l'avant-projet devenu la loi précitée, dans lequel le Conseil d'État s'est interrogé sur la question de savoir si le législateur pouvait prévoir la conservation de certaines données dans des buts qui dépassent les finalités prévues par la directive 2006/24/CE. À ce propos, la section de législation a notamment observé ce qui suit :

« 4. Il résulte des considérations qui précèdent que les États membres peuvent prévoir, sur la base de la directive 2002/58/CE, des systèmes imposant aux opérateurs de conserver des données dans des buts qui dépassent celui prévu par la directive 2006/24/CE, tout en respectant toutefois certaines conditions, étant celles fixées par l'article 15 de la directive 2002/58/CE.

¹ Cette loi a été adoptée par le Parlement en date du 18 juillet 2013 (*Doc. parl.*, Sénat., 2012-2013, n° 2222/4 et *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2921/6). Selon les informations transmises par le délégué du ministre, elle devrait bientôt être transmise au Roi pour sanction et promulgation.

C'est le système retenu par l'article 126 en projet : cette disposition non seulement transpose certes la directive 2006/24/CE, mais en outre, en tant qu'elle dépasse l'objectif lié aux 'infractions graves' assigné par cette directive, elle fait écho et trouve appui sur l'article 15 de la directive 2002/58/CE.

Il reste que, vu la complexité du droit européen et, pour reprendre les termes de la Commission européenne, vu 'la relation juridique compliquée' entre la directive 2006/24/CE et la directive 2002/58/CE, il est permis de se demander si la solution qui serait la plus de nature à garantir le respect du droit européen ne consisterait pas à mettre en place deux systèmes parallèles, l'un transposant la directive 2006/24/CE, l'autre s'appuyant sur la directive 2002/58/CE. À cet égard, la section de législation observe par ailleurs que les considérants 15 et 16 du préambule de la directive 2006/24/CE mentionnent que '[l]a directive 95/46/CE et la directive 2002/58/CE sont pleinement applicables aux données conservées conformément à la [directive 2006/24/CE]'

Quoi qu'il en soit, dès lors que l'auteur de l'avant-projet a opté pour un système qui s'appuie sur les deux directives précitées, il est tenu de respecter le double cadre juridique européen auquel il est fait écho ».

Selon l'article 15 de la directive 2002/58/CE, les États membres peuvent prévoir la conservation de données pendant une durée limitée pour autant qu'il s'agisse d'une mesure « nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale – c'est-à-dire la sûreté de l'État – la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques ».

À cet égard, le rapport au Roi contient de nombreux développements qui semblent pouvoir justifier que certaines données, bien que non mentionnées à l'article 5 de la directive 2006/24/CE, soient conservées dans l'un des buts énumérés à l'article 126, § 2, de la loi précitée du 13 juin 2005.

2. À plusieurs reprises, l'arrêté en projet reproduit ou paraphrase des dispositions de l'article 126 de la loi précitée du 13 juin 2005.

Tel est notamment le cas de l'article 3 du projet – qui reproduit l'article 126, § 1^{er}, alinéa 6, de la loi – et des articles 4, § 3, 5, § 3, 6, § 3 et 7, § 3, du projet – qui paraphrasent l'article 126, § 3, alinéas 1^{er} et 2, de la loi. Ces dispositions seront dès lors omises.

Il n'appartient en effet pas au Roi de reproduire, dans un arrêté réglementaire, une règle déjà inscrite dans une disposition législative. Pareil procédé peut induire en erreur sur la nature de la règle en question. Il laisse par ailleurs à penser qu'il est au pouvoir du Roi de modifier cette règle alors que ce pouvoir appartient au seul législateur.

3. L'article 126, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 13 juin 2005 impose aux fournisseurs de services ou de réseaux de communications électroniques qui y sont cités de conserver, notamment, des données « d'identification d'utilisateurs finals ». L'alinéa 4 de la même disposition habilite en outre le Roi à déterminer plus précisément les données qui entrent dans cette catégorie.

L'arrêté en projet ne se réfère pas à l'identification « d'utilisateurs finals », mais bien à l'identification « de l'abonné ou de l'utilisateur »². Ces trois notions – utilisateur, utilisateur final et abonné – sont respectivement définies par l'article 2, 12°, 13° et 15°, de la loi précitée du 13 juin 2005. Il ressort de ces définitions que la notion d'utilisateur est plus large que celle d'utilisateur final. Il n'est pas admissible qu'en ce qui concerne la conservation de données d'identification, l'arrêté en projet ait un champ d'application plus large que celui prévu par l'article 126 de la loi précitée du 13 juin 2005.

Il n'est pas certain que telle soit l'intention de l'auteur du projet. En effet, à plusieurs reprises, s'agissant d'énumérer les données qui permettent d'identifier « l'abonné ou l'utilisateur », l'arrêté en projet fait référence à l'utilisateur « enregistré », c'est-à-dire l'utilisateur qui s'est enregistré auprès d'un opérateur, par opposition à l'utilisateur qui lui aurait souscrit un abonnement. Si l'intention est donc uniquement de distinguer, parmi les utilisateurs finals, ceux qui sont abonnés et ceux qui sont enregistrés, l'arrêté en projet devrait être rédigé en ce sens.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

À l'alinéa 1^{er}, même si la directive mentionnée contribue à déterminer le cadre juridique du projet, elle n'en constitue pas le fondement légal.

L'alinéa 1^{er} sera omis.

DISPOSITIF

Article 2

L'article 2, 5°, de l'arrêté en projet, définit l'« identifiant d'un utilisateur » comme étant « l'identifiant exclusif attribué aux personnes qui s'abonnent ou s'inscrivent à un service d'accès à l'Internet ou à un service de communication par l'Internet ».

Or, dans les articles 6 et 7 de l'arrêté en projet, qui ont trait aux services d'accès à l'internet et aux services de communication par internet, il n'est pas fait référence à l'identifiant d'un utilisateur, mais bien à l'identifiant « de l'abonné ou de l'utilisateur ».

Selon le rapport au Roi, la définition de l'identifiant d'un utilisateur est une transposition d'un concept défini à l'article 2 de la directive 2006/24/CE. Or, dans cet article, la notion utilisée est celle de « numéro d'identifiant », défini comme étant « le numéro d'identification exclusif attribué aux personnes qui s'abonnent ou s'inscrivent à un service d'accès à l'internet ou à un service de communication par l'internet ».

² Voir les articles 4, § 1^{er}, 5, § 1^{er}, 6, § 1^{er}, et 7, § 1^{er}, du projet.

Mieux vaut dès lors utiliser cette notion de numéro d'identifiant tant à l'article 2, 5°, qu'aux articles 6 et 7 du projet.

*

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 vervangen is bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voormelde 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

Uit geen van de stukken die aan de Raad van State bezorgd zijn, blijkt dat het voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling uit te voeren in de zin van artikel 19/1 van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’, heeft plaatsgevonden.

Mocht dit nog niet gebeurd zijn, dan moeten dat voorafgaand onderzoek, en, zo nodig, de daaropvolgende effectbeoordeling dus nog uitgevoerd worden.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het ontworpen besluit strekt ertoe artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’, zoals vervangen bij artikel 5 van de wet ‘houdende wijziging van de artikelen 2, 126 en 145 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en van artikel 90*decies* van het Wetboek van strafvordering’¹, uit te voeren om richtlijn 2006/24/EG van 15 maart 2006 van het Europees Parlement en de Raad ‘betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG’ (hierna “richtlijn 2006/24/EG” genoemd) gedeeltelijk om te zetten.

Diverse bepalingen van het ontworpen besluit voorzien in de bewaring van gegevens die niet voorkomen in de lijst van de te bewaren gegevens bedoeld in artikel 5 van richtlijn 2006/24/EG. Wat dat betreft, dient verwezen te worden naar advies 53.272/4 van 27 mei 2013 over het voorontwerp van wet dat de voormelde wet geworden is, waarin de Raad van State zich heeft afgevraagd of de wetgever mocht voorzien in de bewaring van bepaalde gegevens met oogmerken die verder reiken dan de oogmerken bepaald door richtlijn 2006/24/EG. De afdeling Wetgeving heeft hieromtrent onder meer het volgende opgemerkt:

“4. Uit de voorgaande overwegingen blijkt dat de lidstaten op basis van richtlijn 2002/58/EG regelingen kunnen opzetten die de operatoren verplichten gegevens te bewaren met oogmerken die verder reiken dan het oogmerk bepaald door

¹ Deze wet is op 18 juli 2013 door het Parlement goedgekeurd (*Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2222/4 en *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2921/6). Volgens de door de gemachtigde van de Minister verstrekte informatie zou ze binnenkort naar de Koning overgezonden worden voor bekrachtiging en afkondiging.

richtlijn 2006/24/EG, met naleving evenwel van bepaalde voorwaarden die zijn vastgesteld door artikel 15 van richtlijn 2002/58/EG.

Dat is de regeling die door het ontworpen artikel 126 in aanmerking wordt genomen: deze bepaling zet niet alleen richtlijn 2006/24/EG om, maar beantwoordt bovendien aan en vindt steun in artikel 15 van richtlijn 2002/58/EG in zoverre ze verder reikt dan de doelstelling in verband met de 'ernstige criminaliteit' die door deze richtlijn wordt aangegeven.

Desalniettemin, gelet op de complexiteit van het Europees recht en, om de bewoordingen van de Europese Commissie aan te halen, gelet op 'dit ingewikkelde juridische verband' tussen richtlijn 2006/24/EG en richtlijn 2002/58/EG, kan men zich afvragen of de beste oplossing om te garanderen dat het Europees recht wordt nageleefd er niet in bestaat twee naast elkaar bestaande regelingen op te zetten: een regeling die richtlijn 2006/24/EG omzet en een andere regeling die op richtlijn 2002/58/EG steunt. In dit verband merkt de afdeling Wetgeving voorts op dat in overwegingen 15 en 16 van de aanhef van richtlijn 2006/24/EG wordt vermeld dat 'de Richtlijnen 95/46/EG en 2002/58/EG integraal van toepassing zijn op de overeenkomstig (...) richtlijn [2006/24/EG] bewaarde gegevens'.

Hoe het ook zij, daar de steller van het voorontwerp heeft gekozen voor een regeling die op de twee voornoemde richtlijnen steunt, moet hij het tweeledige juridisch kader naleven waarop hij zich beroept".

Volgens artikel 15 van richtlijn 2002/58/EG mogen de lidstaten bepalen dat gegevens gedurende een beperkte periode bewaard worden, voor zover het gaat om een maatregel die "in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is ter waarborging van de nationale, d.w.z. de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronische-communicatiesysteem".

Het verslag aan de Koning bevat in dat verband talloze toelichtingen die lijken te kunnen rechtvaardigen dat bepaalde gegevens, hoewel niet opgenomen in artikel 5 van richtlijn 2006/24/EG, bewaard worden met een van de oogmerken opgesomd in artikel 126, § 2, van de voormelde wet van 13 juni 2005.

2. In het ontworpen besluit worden meermaals bepalingen van artikel 126 van de voormelde wet van 13 juni 2005 overgenomen of geparafraseerd.

Dat is met name het geval in artikel 3 van het ontwerp – dat artikel 126, § 1, zesde lid, van de wet overneemt – en in de artikelen 4, § 3, 5, § 3, 6, § 3 en 7, § 3, van het ontwerp – die artikel 126, § 3, eerste en tweede lid, van de wet parafraseren. Deze bepalingen moeten dus vervallen.

Het komt de Koning immers niet toe in een verordeningsbesluit een regel over te nemen die reeds besloten ligt in een bepaling van wetgevende aard. Een dergelijke werkwijze kan verwarring doen ontstaan over de aard van de betreffende regel. Ze wekt bovendien de indruk dat de Koning bevoegd is om deze regel te wijzigen terwijl deze bevoegdheid alleen aan de wetgever toekomt.

3. Artikel 126, § 1, eerste lid, van de voormelde wet van 13 juni 2005 legt de erin genoemde aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten of – netwerken op om onder meer gegevens voor de “identificatie van de eindgebruikers” te bewaren. Bovendien verleent het vierde lid van dezelfde bepaling de Koning de bevoegdheid om de onder deze categorie vallende gegevens nader te bepalen.

Het ontworpen besluit verwijst niet naar de identificatie “van eindgebruikers”, maar naar de identificatie “van de abonnee of de gebruiker”.² Deze drie begrippen – gebruiker, eindgebruiker en abonnee – zijn respectievelijk gedefinieerd in artikel 2, 12°, 13° en 15° van de voormelde wet van 13 juni 2005. Uit deze definities volgt dat het begrip ‘gebruiker’ ruimer is dan dat van ‘eindgebruiker’. Het is onaanvaardbaar dat, met betrekking tot de bewaring van identificatiegegevens, het ontworpen besluit een ruimer toepassingsgebied heeft dan dat waarin artikel 126 van de voormelde wet van 13 juni 2005 voorziet.

Het is niet zeker dat dat de bedoeling van de steller van het ontwerp is. Bij het opnoemen van de gegevens die het mogelijk maken “de abonnee of de gebruiker” te identificeren, verwijst het ontworpen besluit immers meermaals naar de “geregistreerde” gebruiker, met andere woorden de gebruiker die zich bij een operator geregistreerd heeft, in tegenstelling tot de gebruiker die een abonnement heeft genomen. Als het dus alleen de bedoeling is om de eindgebruikers onder te verdelen in geabonneerde en geregistreerde gebruikers, dan zou het ontworpen besluit in die zin moeten worden geredigeerd.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

De in het eerste lid aangehaalde richtlijn vormt geen rechtsgrond van het ontwerp, ook al draagt ze bij tot het bepalen van het juridische kader ervan.

Het eerste lid moet bijgevolg vervallen.

DISPOSITIEF

Artikel 2

Artikel 2, 5°, van het ontworpen besluit definieert “gebruikersidentificatie” als “een unieke identificatie die aan een persoon wordt toegewezen wanneer deze zich abonneert op of registreert bij een internettoegangsdiens of een internetcommunicatiedienst”.

In de artikelen 6 en 7 van het ontworpen besluit, die betrekking hebben op de internettoegangsdiens en de internetcommunicatiediensten, wordt evenwel niet naar de “gebruikersidentificatie”, maar naar de “abonnee- of gebruikersidentificatie” verwezen.

² Zie de artikelen 4, § 1, 5, § 1, 6, § 1, en 7, § 1, van het ontwerp.

Volgens de Franse versie van het verslag aan de Koning vormt de definitie van de “identifiant d’un utilisateur” een omzetting van een begrip dat gedefinieerd is in artikel 2 van richtlijn 2006/24/EG. In dit artikel is het gebruikte begrip echter “numéro d’identifiant”, gedefinieerd als “le numéro d’identification exclusif attribué aux personnes qui s’abonnent ou s’inscrivent à un service d’accès à l’internet ou à un service de communication par l’internet”.

Het zou dan ook beter zijn om, zowel in artikel 2, 5°, als in de artikelen 6 en 7 van het ontwerp, in de Nederlandse tekst het begrip “gebruikersidentificatie” en in de Franse tekst het begrip “numéro d’identifiant” te gebruiken.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT –
DE EERSTE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Robert ANDERSEN