



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 58.701/1
van 1 maart 2016

avis 58.701/1
du 1^{er} mars 2016

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot uitvoering en aanvulling van de verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, houdende invoeging van titel 2 in boek XII 'Recht van de elektronische economie' van het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan titel 2 van boek XII en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan titel 2 van boek XII, in de boeken I, XV en XVII van het Wetboek van economisch recht'

un avant-projet de loi 'mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII 'Droit de l'économie électronique' du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique'

Op 17 december 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Digitale Agenda verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 1 maart 2016, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot uitvoering en aanvulling van de verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, houdende invoeging van titel 2 in boek XII 'Recht van de elektronische economie' van het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan titel 2 van boek XII en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan titel 2 van boek XII, in de boeken I, XV en XVII van het Wetboek van economisch recht’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 18 februari 2016. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Paul DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 1 maart 2016.

*

Le 17 décembre 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Agenda numérique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 1^{er} mars 2016, sur un avant-projet de loi ‘mettant en œuvre et complétant le règlement (UE) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, portant insertion du titre 2 dans le livre XII 'Droit de l'économie électronique' du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au titre 2 du livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au titre 2 du livre XII, dans les livres I, XV et XVII du Code de droit économique’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 18 février 2016. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Paul DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 1^{er} mars 2016.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

SITUERING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Aan het om advies voorgelegde voorontwerp van wet ligt in essentie een dubbel oogmerk ten grondslag.

Enerzijds bevat het ontwerp de maatregelen die noodzakelijk zijn opdat in het interne recht toepassing zou kunnen worden gemaakt van sommige bepalingen van Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 ‘betreffende de elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG’, hierna verkort “de verordening” genoemd. Dit is vooral het geval voor de bepalingen van het ontwerp die betrekking hebben op de elektronische vertrouwensdiensten.

Anderzijds strekt de ontworpen regeling ertoe om in het interne recht een eigen, nieuwe regeling tot stand te brengen met het oog op het realiseren van een coherent juridisch kader op het vlak van de elektronische archivering. Dergelijke regeling vult de verordening aan, met dien verstande dat bij het uitwerken ervan in ruime mate is rekening gehouden met de voornoemde verordening.²

3. De verordening neemt in ruime mate bepalingen over van Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 ‘betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen’. Tevens worden in de verordening een aantal nieuwe bepalingen toegevoegd met betrekking tot de wederzijdse erkenning op EU-niveau van de aangemelde stelsels voor elektronische identificatie en de aanvullende vertrouwensdiensten van de elektronische handtekening.³

Richtlijn 1999/93/EG werd in het interne recht omgezet door de wet van 9 juli 2001 ‘houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten’. Artikel 32, 1°, van het ontwerp strekt tot het opheffen van de wet van 9 juli 2001. Zoals de verordening diverse bepalingen van

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Omtrent de mogelijkheid van het uitwerken van een eigen regeling op dat vlak door de lidstaten wordt in overweging 25 van de verordening vermeld: “De lidstaten moeten de vrijheid behouden om naast de vertrouwensdiensten die deel uitmaken van de gesloten lijst waarin deze verordening voorziet, andere soorten vertrouwensdiensten te definiëren om deze op nationaal niveau als gekwalificeerde vertrouwensdienst te erkennen”.

³ Daarbij gaat het onder meer om het elektronisch zegel, de elektronische tijdstempel, de elektronisch aangetekende verzending en de authenticatie van websites. Een eerder wetsvoorstel ‘tot wijziging van de wetgeving wat de invoering van het recht van de elektronische economie betreft’ (*Parl.St.* Kamer, nr. 53 2745/001) had een vergelijkbare draagwijdte.

Richtlijn 1999/93/EG heeft overgenomen, neemt het ontwerp van wet evenzeer bepalingen van de wet van 9 juli 2001 over, aangezien deze laatste de voornoemde richtlijn in het interne recht heeft omgezet.

Met de wet van 15 mei 2007 'tot vaststelling van een juridisch kader voor sommige verleners van vertrouwensdiensten' is de Belgische wetgeving bovendien uitgebreid met een regeling voor andere vormen van vertrouwensdiensten. Artikel 33 van het ontwerp beoogt de wet van 15 mei 2007 die, bij gebrek aan uitvoeringsbesluiten⁴, niet is toegepast geworden, in te trekken. In het ontwerp worden sommige bepalingen van de in te trekken wet hernomen.

VORMVEREISTEN

4. Het ontwerp werd met toepassing van Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015⁵ bij de Europese Commissie aangemeld.⁶ Indien de tekst van het om advies voorgelegde ontwerp nog zou wijzigen als gevolg van eventuele opmerkingen vanwege de Europese Commissie of andere lidstaten, zullen de betrokken wijzigingen eveneens nog om advies aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Overeenkomstig artikel 288, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is een verordening verbindend in al haar onderdelen en is ze rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Behoudens in gevallen waarin de verordening enige marge laat voor verdere discretionaire uitvoering, betekent die rechtstreekse toepasselijkheid dat geen optreden van de lidstaten vereist is om de bepalingen ervan te integreren in hun interne rechtsorde. In tegenstelling tot wat het geval is voor de bepalingen van hoofdstuk II van de verordening betreffende de elektronische identificatie, die tot geen nadere regeling in de interne rechtsorde nopen, bevat het ontwerp diverse bepalingen waarin maatregelen zijn vervat waartoe de wetgever verplicht wordt of waartoe hij kan overgaan met toepassing van specifieke bepalingen van de verordening.

Op de vraag welke bepalingen van de verordening de wetgever ertoe nopen of hem de mogelijkheid geven om bepaalde maatregelen te nemen, antwoordde de gemachtigde:

“Vous trouvez ci-après le détail des dispositions du règlement qui obligent ou permettent le législateur national à prendre des mesures législatives :

⁴ Zie de commentaar bij artikel 33 van het ontwerp in de memorie van toelichting.

⁵ Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 'betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij'.

⁶ Het ontwerp werd aangemeld onder nr. 2015/702/B. De aanmelding werd op 15 december 2015 door de Europese Commissie ontvangen. De standstill-periode eindigt op 16 maart 2016.

1. Art. 50 du Règlement (abrogation de la directive 1999/93/CE) – Art. 32 du projet de loi (abrogation de la loi du 9 juillet 2001 qui transposait cette directive ainsi que son AR d'exécution);

2. Art. 16 du R (sanctions applicables) – Art. 27, 28 et 31 du PL (qui déterminent les pouvoirs de contrôle de l'Organe de contrôle ainsi que les sanctions, le tout dans le cadre du livre XV et XVII du Code de droit économique) ;

3. Art. 17 du R (désignation de l'organe de contrôle) – Art. 2 du PL (art. I.18.16° du CDE – un AM pris en vertu de l'art. XV.2 du CDE désignera les agents compétents au sein du SPF Economie)

4. Art. 17 du R (investir l'Organe de contrôle des pouvoirs nécessaires et ressources adéquates pour l'exercice de leurs tâches) – Art. 27 et 31 du PL (pouvoirs spécifiques reconnus à l'Organe de contrôle, qui s'ajoutent aux pouvoirs généraux déjà reconnus par les dispositions des chapitres 1 et 3 du titre 1 du livre XV du CDE ainsi que des pouvoirs reconnus par le Règlement);

5. Art. 2.2. du R (dérogation pour les systèmes fermés) – Art. 5 du PL (plus précisément XII.24, §3) ;

6. Art. 28.5. et 38.5. du R (règles relatives à la suspension temporaire d'un certificat qualifié) – Art. 18 du PL ;

7. Considérant n° 24 du R (possibilité de conserver ou instaurer des dispositions nationales ayant trait aux services de confiance non complètement harmonisés) – Art. 13 et 14 et annexe II du PL (relatifs à l'envoi recommandé hybride), art. 15 à 18 du PL (relatifs à la révocation, suspension et expiration des certificats qualifiés de signature et de cachet électroniques), art. 19 à 21 du PL (relatifs à la partie utilisatrice d'une signature électronique qualifiée ou d'un cachet électronique qualifié), art. 22 à 25 du PL (relatifs à l'arrêt des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié offrant un ou plusieurs services de confiance qualifiés) ;

8. Considérant n° 25 du R (possibilité de prévoir des dispositions nationales pour d'autres services de confiance non visés par le R) – Art. 2, 9 à 12 et annexe I du PL (règles nationales relatives à l'archivage électronique) ;

9. Considérants n° 33 et 30 du R (possibilité de prévoir des dispositions nationales pour pouvoir identifier une personne physique qui se cache derrière un pseudonyme ou un cachet électronique) – Art. 8 du PL.”

Met het oog op een meer inzichtelijke situering van de ontworpen regeling ten opzichte van het geheel van de bepalingen van de verordening, verdient het aanbeveling om de aangehaalde verduidelijking van de gemachtigde weer te geven in de memorie van toelichting.

6. Zoals het geval is in de Franse tekst dient ook in de Nederlandse tekst van sommige bepalingen van het ontwerp beter te worden aangesloten bij de begrippen zoals die in de verordening voorkomen. Zo wordt bijvoorbeeld in het ontworpen artikel XII.28, § 2, eerste lid, 5°, van het Wetboek van economisch recht melding gemaakt van een “orgaan voor de evaluatie van de conformiteit” en niet van de “conformiteitsbeoordelingsinstantie”, zoals die wordt omschreven in artikel 3.18 van de verordening. In het ontwerp worden – steeds in de Nederlandse tekst – de begrippen “gekwalficeerde certificatedienstverlener” (ontworpen artikel XII.30, eerste lid, van het Wetboek van economisch recht), “gekwalficeerde vertrouwenscertificatedienstverlener” (ontworpen artikel XII.31, eerste lid, 5°, van het Wetboek) en “gekwalficeerde vertrouwensverlener” (ontworpen artikel XII.31, tweede lid, van het

Wetboek), blijkbaar door elkaar gebruikt. Indien hierbij telkens wordt bedoeld op de “gekwalficeerde verlener van vertrouwensdiensten”, zoals omschreven in artikel 3.20 van de verordening, zou het best op een eenvormige wijze steeds voor dit laatste begrip worden geopteerd in het ontwerp.

In sommige bepalingen van het ontwerp wordt in de Franse tekst een eenvormige terminologie gehanteerd, maar niet in de Nederlandse tekst. Zo wordt in de Franse tekst van het ontwerp consequent het begrip “horodatage électronique” gebruikt, terwijl in de Nederlandse tekst de begrippen “elektronische tijdstempel” (zie onder meer de ontworpen artikelen XII.24, § 2, eerste lid, en XII.25, § 8, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht, onder de artikelen 5 en 7 van het ontwerp) en “elektronische tijdsregistratie” (ontworpen artikel XII.24, § 3, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht, onder artikel 5 van het ontwerp) door elkaar worden gebruikt. Het spreekt voor zich dat ook in de Nederlandse tekst van het ontwerp een uniforme terminologie moet worden gebruikt.

7. Aangezien de dienst van de elektronische archivering niet uitgesloten wordt van het toepassingsgebied van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (de Dienstenrichtlijn), rijst de vraag of de bepalingen die het ontwerp op het vlak van de elektronische archivering bevat geen beperkingen kunnen inhouden ten aanzien van het vrij verkeer van diensten.

De gemachtigde deelde in dat verband mee wat volgt:

“Vous noterez tout d’abord que les règles belges relatives à l’archivage électronique s’inscrivent dans les objectifs et la philosophie du règlement eIDAS. Elles reprennent par ailleurs les mêmes principes que ceux édictés par le règlement pour les autres services de confiance (signature, cachet, horodatage, recommandé électroniques).

Par ailleurs, le projet de loi ne prévoit aucune restriction ou régime d’autorisation préalable pour offrir un service d’archivage électronique. Tout prestataire européen est donc libre d’offrir ce type de service librement.

La seule chose que le projet de loi fait, à l’instar du règlement pour les autres services de confiance, est de prévoir que, si le prestataire souhaite que son service d’archivage électronique soit réputé qualifié, il soit soumis à un audit préalable et à une autorisation de l’autorité de contrôle.

S’il n’obtient pas cette autorisation, il peut quand même offrir ses services mais ceux-ci ne sont pas considérés comme qualifiés. Il n’y a donc pas de restrictions à la liberté d’établissement et à la libre circulation des services.

Pour le reste, les conditions d’octroi du statut qualifié sont conformes aux exigences de la directive 2006/123/CE, et particulièrement à celles relatives à la liberté d’établissement des prestataires et à la libre circulation des services.

Vous noterez enfin que ce texte a été soumis informellement à la COM en juillet 2015 afin de nous assurer que les règles belges étaient conformes au droit européen, suite à quoi plusieurs corrections techniques ont été apportées au texte. Par ailleurs, ce texte a été officiellement notifié à la Commission européenne en décembre 2015 conformément à la directive 2015/1535. Nous attendons la fin du délai de statu quo (16 mars 2016) afin de voir si la COM relève des difficultés particulières au regard du droit européen, ce que nous ne pensons pas vu les contacts préalables informels pris.”

Ook deze verklaring van de gemachtigde wordt het best opgenomen in de memorie van toelichting.

8. De redactie van vooral de Nederlandse tekst van zowel het ontwerp⁷ als de memorie van toelichting zou het best nog aan een bijkomend nazicht worden onderworpen.

9. In diverse bepalingen van het ontwerp wordt melding gemaakt van de toepassing “*mutatis mutandis*” (lees: van overeenkomstige toepassing) van bepalingen van de verordening.⁸ Dergelijk procedé van verwijzing moet in de mate van het mogelijke worden vermeden omdat erdoor rechtsonzekerheid dreigt te ontstaan. De rechtsonderhorige wordt erdoor immers verplicht om zelf na te gaan welke bepalingen op hem van toepassing zijn of dient zelf uit te maken in welke mate die bepalingen voor hem gelden. Om die reden worden de verwijzingen “*mutatis mutandis*” indien mogelijk het best vervangen door een meer precieze verwijzing⁹, dan wel door een al dan niet aangepaste tekst van de bepalingen waarop de verwijzing “*mutatis mutandis*” betrekking heeft.¹⁰

10. In verschillende van de ontworpen artikelen van titel 2 van boek XII van het Wetboek van economisch recht wordt gerefereerd aan de bijlagen I en II bij de betrokken titel. Het spreekt voor zich dat de betrokken bijlagen aan het einde van de ontworpen regeling vormelijk als bijlagen bij de ontworpen titel 2 van boek XII van het Wetboek zullen moeten worden gevoegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 7

11. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel XII.25, § 3, van het Wetboek van economisch recht vervange men het woord “geassimileerd” door het woord “gelijkgesteld”.

⁷ Zie bijvoorbeeld de inleidende zin van het ontworpen artikel XII.31, eerste lid, van het Wetboek van economisch recht (artikel 16 van het ontwerp), en artikel 50 van het ontwerp waarin de woorden “krachtens deze wet” naar analogie van de Franse tekst, moeten worden vervangen door de woorden “door deze wet”.

⁸ Zie het ontworpen artikel XII.27 (artikel 10 van het ontwerp), het ontworpen artikel XII.28, § 1, (artikel 11 van het ontwerp), en het ontworpen artikel XII.29 (artikel 12 van het ontwerp), van het Wetboek van economisch recht. In artikel 47 van het ontwerp gaat het over een verwijzing “*mutatis mutandis*” naar bepalingen van de verordening en bepalingen van boek XII, titel 2, van het Wetboek van economisch recht.

⁹ Dat dit mogelijk is, blijkt uit de commentaar die in de memorie van toelichting wordt gegeven bij de ontworpen artikelen XII.27 en XII.28 van het Wetboek van economisch recht (respectievelijk artikelen 10 en 11 van het ontwerp).

¹⁰ In de mate het ontwerp een autonome Belgische regeling bevat op het vlak van de elektronische archivering kunnen de beoogde bepalingen die de verordening met betrekking tot die aangelegenheid bevat, worden overgenomen in het ontwerp.

Artikel 8

12. Men late het ontworpen artikel XII.26, eerste lid, van het Wetboek van economisch recht in de Nederlandse tekst aanvangen als volgt: “Onverminderd andere wettelijke of reglementaire bepalingen is de vertrouwensdienstverlener die het certificaat van elektronische handtekening heeft afgegeven ertoe gehouden, wanneer de houder van het certificaat een pseudoniem gebruikt, de gegevens betreffende ...”.

Artikel 11

13. In het ontworpen artikel XII.28, § 1, van het Wetboek van economisch recht vervange men in de Nederlandse tekst het woord “voldoet” door het woord “voldoen”.

14. In het ontworpen artikel XII.28, § 3, van het Wetboek van economisch recht is niet duidelijk welke het nut en de draagwijdte is van de zinsnede “[o]nverminderd artikel 34.2.¹¹ van verordening 910/2014”. In artikel 34, lid 2, van de verordening wordt immers bepaald dat de Europese Commissie door middel van uitvoeringshandelingen referentienummers kan vaststellen voor normen inzake de gekwalificeerde bewaringsdienst voor gekwalificeerde elektronische handtekeningen. In het ontworpen artikel XII.28, § 3, wordt de bevoegdheid tot het vaststellen van de referentienummers evenwel aan de Koning opgedragen. Het is niet duidelijk hoe de verwijzing naar artikel 34, lid 2, van de verordening, in het licht hiervan moet worden begrepen. Afhankelijk van de bedoeling van de stellers van het ontwerp zal in voorkomend geval de tekst van de ontworpen bepaling op dat punt moeten worden verduidelijkt.

Artikel 29

15. De te vervangen zinsnede in artikel VII.78, § 1, vierde lid, eerste streepje, van het Wetboek van economisch recht wordt niet correct weergegeven in de Nederlandse versie van artikel 29 van het ontwerp. Dit dient te worden verholpen.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de Nederlandse tekst van de artikelen 30 en 45 van het ontwerp.

Artikel 30

16. In artikel 30 van het ontwerp moet melding worden gemaakt van de wet van 26 oktober 2015 die artikel XII.15, § 2, tweede streepje, van het Wetboek van economisch recht heeft gewijzigd.

¹¹ Men schrijve “artikel 34, lid 2,” van de verordening. Ook in diverse andere artikelen van het ontwerp dient de verwijzing naar onderdelen van verordeningsbepalingen in gelijkaardige zin te worden aangepast.

Artikel 33

17. In artikel 33 van het ontwerp moet melding worden gemaakt van de wet van 13 december 2010 die de in te trekken wet van 15 mei 2007 heeft gewijzigd.

Artikel 36

18. Artikel 36 van het ontwerp moet aanvangen als volgt: “In artikel 3ter, § 3, laatste lid, van dezelfde wet, ingevoegd bij ...”.

Artikel 39

19. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 39 van het ontwerp dient te worden geschreven: “die gesteld worden door boek XII, titel 2, van het Wetboek van economisch recht”.

Artikelen 47 en 48

20. In de Nederlandse tekst van de artikelen 47 en 48 van het ontwerp moet het jaartal van de verordening worden vermeld.

*

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 juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

CONTEXTE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis poursuit essentiellement un double objectif.

D'une part, le projet comporte les mesures nécessaires afin de pouvoir appliquer en droit interne certaines dispositions du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 'sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE', en abrégé ci-après « le règlement ». C'est particulièrement le cas pour les dispositions du projet qui concernent les services de confiance électroniques.

D'autre part, la réglementation en projet vise à instaurer en droit interne un dispositif propre et nouveau en vue de mettre en place un cadre juridique cohérent en matière d'archivage électronique. Pareil dispositif complète le règlement étant entendu que pour l'élaborer, il a été tenu compte, dans une large mesure, du règlement précité².

3. Le règlement reproduit, dans une large mesure, des dispositions de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 'sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques'. Par ailleurs, un certain nombre de nouvelles dispositions sont ajoutées au règlement en ce qui concerne la reconnaissance mutuelle au niveau de l'Union européenne des schémas d'identification électronique notifiés et les services de confiance complémentaires à la signature électronique³.

La directive 1999/93/CE a été transposée en droit interne par la loi du 9 juillet 2001 'fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification'. L'article 32, 1°, du projet vise à abroger la loi précitée. À l'instar du règlement qui a emprunté diverses dispositions à la directive 1999/93/CE, le projet de loi emprunte également des dispositions à la loi du 9 juillet 2001, puisque celle-ci a transposé la directive précitée en droit interne.

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² En ce qui concerne la possibilité pour les États membres d'élaborer un régime propre en cette matière, le considérant 25 du règlement mentionne : « Les États membres devraient rester libres de définir d'autres types de services de confiance, en plus de ceux qui figurent sur la liste fermée des services de confiance prévus par le présent règlement, aux fins de leur reconnaissance au niveau national comme des services de confiance qualifiés ».

³ À cet égard, il s'agit notamment du cachet électronique, de l'horodatage électronique, de l'envoi recommandé électronique et de l'authentification de sites Internet. Une proposition de loi antérieure 'modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie électronique' (*Doc. parl.*, Chambre, n° 53-2745/0001) avait une portée comparable.

La loi du 15 mai 2007 ‘fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance’ a en outre élargi la législation belge en réglementant d’autres formes de services de confiance. L’article 33 du projet vise au retrait de la loi du 15 mai 2007 qui, en l’absence d’arrêtés d’exécution⁴, n’a pas été appliquée. Le projet reproduit certaines dispositions de la loi dont le retrait est envisagé.

FORMALITÉS

4. Le projet a été notifié⁵ à la Commission européenne en application de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015⁶. Si le texte du projet soumis pour avis devait encore être modifié consécutivement à d’éventuelles observations émanant de la Commission européenne ou d’autres États membres, les modifications concernées devraient également encore être soumises pour avis à la section de législation.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. Conformément à l’article 288, deuxième alinéa, du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, un règlement est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans chaque État membre. Sauf dans les cas où le règlement laisse une certaine marge d’appréciation en ce qui concerne son exécution, cette applicabilité directe signifie qu’il n’est pas nécessaire que les États membres interviennent pour en intégrer les dispositions dans leur ordre juridique interne. Contrairement aux dispositions du chapitre II du règlement relatif à l’identification électronique, qui ne requièrent pas de règles complémentaires dans l’ordre juridique interne, le projet comporte diverses dispositions contenant des mesures que le législateur est obligé de prendre ou qu’il peut prendre en application de dispositions spécifiques du règlement.

À la question de savoir quelles dispositions du règlement imposent ou permettent au législateur national de prendre des mesures déterminées, le délégué a répondu ce qui suit :

« Vous trouvez ci-après le détail des dispositions du règlement qui obligent ou permettent le législateur national à prendre des mesures législatives :

1. Art. 50 du Règlement (abrogation de la directive 1999/93/CE) – Art. 32 du projet de loi (abrogation de la loi du 9 juillet 2001 qui transposait cette directive ainsi que son AR d’exécution) ;

⁴ Voir le commentaire de l’article 33 du projet dans l’exposé des motifs.

⁵ Le projet a été notifié sous le numéro 2015/702/B. La Commission européenne a reçu la notification le 15 décembre 2015. La période de standstill expire le 16 mars 2016.

⁶ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 ‘prévoyant une procédure d’information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l’information’.

2. Art. 16 du R (sanctions applicables) – Art. 27, 28 et 31 du PL (qui déterminent les pouvoirs de contrôle de l'Organe de contrôle ainsi que les sanctions, le tout dans le cadre du livre XV et XVII du Code de droit économique) ;

3. Art. 17 du R (désignation de l'organe de contrôle) – Art. 2 du PL (art. I.18.16° du CDE – un AM pris en vertu de l'art. XV.2 du CDE désignera les agents compétents au sein du SPF Economie) ;

4. Art. 17 du R (investir l'Organe de contrôle des pouvoirs nécessaires et ressources adéquates pour l'exercice de leurs tâches) – Art. 27 et 31 du PL (pouvoirs spécifiques reconnus à l'Organe de contrôle, qui s'ajoutent aux pouvoirs généraux déjà reconnus par les dispositions des chapitres 1 et 3 du titre 1 du livre XV du CDE ainsi que des pouvoirs reconnus par le Règlement) ;

5. Art. 2.2. du R (dérogation pour les systèmes fermés) – Art. 5 du PL (plus précisément XII.24, §3) ;

6. Art. 28.5. et 38.5. du R (règles relatives à la suspension temporaire d'un certificat qualifié) – Art. 18 du PL ;

7. Considérant n° 24 du R (possibilité de conserver ou instaurer des dispositions nationales ayant trait aux services de confiance non complètement harmonisés) – Art. 13 et 14 et annexe II du PL (relatifs à l'envoi recommandé hybride), art. 15 à 18 du PL (relatifs à la révocation, suspension et expiration des certificats qualifiés de signature et de cachet électroniques), art. 19 à 21 du PL (relatifs à la partie utilisatrice d'une signature électronique qualifiée ou d'un cachet électronique qualifié), art. 22 à 25 du PL (relatifs à l'arrêt des activités d'un prestataire de services de confiance qualifié offrant un ou plusieurs services de confiance qualifiés) ;

8. Considérant n° 25 du R (possibilité de prévoir des dispositions nationales pour d'autres services de confiance non visés par le R) – Art. 2, 9 à 12 et annexe I du PL (règles nationales relatives à l'archivage électronique) ;

9. Considérants n° 33 et 30 du R (possibilité de prévoir des dispositions nationales pour pouvoir identifier une personne physique qui se cache derrière un pseudonyme ou un cachet électronique) – Art. 8 du PL ».

Afin de mieux comprendre le cadre de la réglementation en projet par rapport à l'ensemble des dispositions du règlement, il est recommandé de reproduire dans l'exposé des motifs les précisions apportées par le délégué.

6. À l'instar du texte français, le texte néerlandais de certaines dispositions du projet doit également se rapprocher davantage des notions figurant dans le règlement. Ainsi, par exemple, l'article XII.28, § 2, alinéa 1^{er}, 5°, en projet, du Code de droit économique fait état de « orgaan voor de evaluatie van de conformiteit » et non de « conformiteitsbeoordelingsinstantie », telle qu'elle est définie à l'article 3.18 du règlement. Il apparaît que le projet – toujours dans le texte néerlandais – emploie indifféremment les notions de « gekwalificeerde certificatedienstverlener » (article XII.30, alinéa 1^{er}, en projet, du Code de droit économique), de « gekwalificeerde vertrouwenscertificatedienstverlener » (article XII 31, alinéa 1^{er}, 5°, en projet, du Code) et de « gekwalificeerde vertrouwensverlener » (article XII 31, alinéa 2, en projet, du Code). Si l'on vise à cet égard chaque fois le « gekwalificeerde verlener van vertrouwensdiensten », défini à l'article 3.20. du règlement, mieux vaudrait toujours opter, d'une manière uniforme, pour cette dernière notion dans le projet.

Dans certaines dispositions du projet, le texte français emploie une terminologie uniforme, alors que ce n'est pas le cas dans le texte néerlandais. Ainsi, le texte français du projet utilise de manière cohérente la notion de « horodatage électronique », alors que le texte néerlandais emploie indifféremment les notions de « elektronische tijdstempel » (voir notamment les articles XII.24, § 2, alinéa 1^{er}, et XII.25, § 8, alinéa 2, en projet, du Code de droit économique, aux articles 5 et 7 du projet) et de « elektronische tijdsregistratie » (article XII.24, § 3, alinéa 2, en projet, du Code de droit économique, à l'article 5 du projet). Il va de soi qu'une terminologie uniforme doit également être utilisée dans le texte néerlandais du projet.

7. Dès lors que le service d'archivage électronique n'est pas exclu du champ d'application de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur' (la directive Services), la question se pose de savoir si les dispositions que le projet comporte en matière d'archivage électronique ne pourraient pas contenir des restrictions à l'égard de la libre circulation des services.

À cet égard, le délégué a communiqué ce qui suit :

« Vous noterez tout d'abord que les règles belges relatives à l'archivage électronique s'inscrivent dans les objectifs et la philosophie du règlement eIDAS. Elles reprennent par ailleurs les mêmes principes que ceux édictés par le règlement pour les autres services de confiance (signature, cachet, horodatage, recommandé électroniques).

Par ailleurs, le projet de loi ne prévoit aucune restriction ou régime d'autorisation préalable pour offrir un service d'archivage électronique. Tout prestataire européen est donc libre d'offrir ce type de service librement.

La seule chose que le projet de loi fait, à l'instar du règlement pour les autres services de confiance, est de prévoir que, si le prestataire souhaite que son service d'archivage électronique soit réputé qualifié, il soit soumis à un audit préalable et à une autorisation de l'autorité de contrôle.

S'il n'obtient pas cette autorisation, il peut quand même offrir ses services mais ceux-ci ne sont pas considérés comme qualifiés. Il n'y a donc pas de restrictions à la liberté d'établissement et à la libre circulation des services.

Pour le reste, les conditions d'octroi du statut qualifié sont conformes aux exigences de la directive 2006/123/CE, et particulièrement à celles relatives à la liberté d'établissement des prestataires et à la libre circulation des services.

Vous noterez enfin que ce texte a été soumis informellement à la COM en juillet 2015 afin de nous assurer que les règles belges étaient conformes au droit européen, suite à quoi plusieurs corrections techniques ont été apportées au texte. Par ailleurs, ce texte a été officiellement notifié à la Commission européenne en décembre 2015 conformément à la directive 2015/1535. Nous attendons la fin du délai de statu quo (16 mars 2016) afin de voir si la COM relève des difficultés particulières au regard du droit européen, ce que nous ne pensons pas vu les contacts préalables informels pris ».

Il est également préférable de reproduire cette déclaration du délégué dans l'exposé des motifs.

8. Il vaudrait mieux réexaminer encore la rédaction, surtout du texte néerlandais, tant du projet ⁷ que de l'exposé des motifs.

9. Diverses dispositions du projet font état de l'application « *mutatis mutandis* » (lire : par analogie) de dispositions du règlement ⁸. Pareil procédé de référence doit, dans la mesure du possible, être évité, car il risque d'être source d'insécurité juridique. En effet, il oblige le justiciable à examiner lui-même quelles dispositions lui sont applicables ou à déterminer lui-même dans quelle mesure ces dispositions sont pertinentes à son égard. Pour cette raison, mieux vaudrait remplacer, si possible, les références « *mutatis mutandis* » par une référence plus précise ⁹, ou par un texte adapté ou non des dispositions que vise la référence « *mutatis mutandis* » ¹⁰.

10. Divers articles en projet du titre 2 du livre XII du Code de droit économique font référence aux annexes I et II du titre concerné. Il va sans dire que les annexes concernées devront être formellement jointes à la fin de la réglementation en projet sous la forme d'annexes du titre 2 en projet du livre XII du Code.

EXAMEN DU TEXTE

Article 7

11. Dans le texte néerlandais de l'article XII.25, § 3, en projet, du Code de droit économique, on remplacera le mot « geassimileerd » par le mot « gelijkgesteld ».

Article 8

12. On rédigera le début du texte néerlandais de l'article XII.26, alinéa 1^{er}, en projet, du Code de droit économique comme suit : « Onverminderd andere wettelijke of reglementaire bepalingen is de vertrouwensdienstverlener die het certificaat van elektronische handtekening heeft afgegeven ertoe gehouden, wanneer de houder van het certificaat een pseudoniem gebruikt, de gegevens betreffende ... ».

⁷ Voir, par exemple, la phrase introductive de l'article XII.31, alinéa 1^{er}, en projet, du Code de droit économique (article 16 du projet), et l'article 50 du projet où les mots « krachtens deze wet », par analogie avec le texte français, doivent être remplacés par les mots « door deze wet ».

⁸ Voir l'article XII.27 en projet (article 10 du projet), l'article XII.28, § 1^{er}, en projet (article 11 du projet) et l'article XII.29 en projet (article 12 du projet) du Code de droit économique. À l'article 47 du projet, il s'agit d'une référence « *mutatis mutandis* » à des dispositions du règlement et à des dispositions du livre XII, titre 2, du Code de droit économique.

⁹ C'est possible, ainsi qu'il ressort du commentaire des articles XII.27 et XII.28, en projet, du Code de droit économique (respectivement les articles 10 et 11 du projet), donné dans l'exposé des motifs.

¹⁰ Dans la mesure où le projet contient un dispositif belge autonome en matière d'archivage électronique, les dispositions visées que le règlement comporte dans cette matière peuvent être reproduites dans le projet.

Article 11

13. Dans le texte néerlandais de l'article XII.28, § 1^{er}, en projet, du Code de droit économique, on remplacera le mot « voldoet » par le mot « voldoen ».

14. À l'article XII.28, § 3, en projet, du Code de droit économique, on n'aperçoit pas clairement l'utilité et la portée du membre de phrase « [s]ans préjudice de l'article 34.2.¹¹ du règlement 910/2014 ». En effet, l'article 34, paragraphe 2, du règlement dispose que la Commission européenne peut, au moyen d'actes d'exécution, déterminer les numéros de référence des normes applicables au service de conservation qualifié des signatures électroniques qualifiées. Or, l'article XII.28, § 3, en projet, confère au Roi le pouvoir de déterminer les numéros de référence. On n'aperçoit pas clairement comment la référence à l'article 34, paragraphe 2, du règlement doit être comprise, au regard de ce qui précède. Le cas échéant, le texte de la disposition en projet devra être précisé sur ce point en fonction de l'intention des auteurs du projet.

Article 29

15. Le membre de phrase à remplacer dans l'article VII.78, § 1^{er}, alinéa 4, premier tiret, du Code de droit économique n'est pas reproduit correctement dans la version néerlandaise de l'article 29 du projet. Il convient d'y remédier.

La même observation s'applique à l'égard du texte néerlandais des articles 30 et 45 du projet.

Article 30

16. L'article 30 du projet doit mentionner la loi du 26 octobre 2015 qui a modifié l'article XII.15, § 2, deuxième tiret, du Code de droit économique.

Article 33

17. À l'article 33 du projet, il convient de mentionner la loi du 13 décembre 2010 qui a modifié la loi du 15 mai 2007 dont le retrait est envisagé.

Article 36

18. On rédigera le début de l'article 36 du projet comme suit : « Dans l'article 3^{ter}, § 3, dernier alinéa, de la même loi, inséré par... ».

¹¹ On écrira « l'article 34, paragraphe 2, » du règlement. La référence à des divisions de dispositions réglementaires doit également être adaptée de manière analogue dans divers autres articles du projet.

Article 39

19. À la fin du texte néerlandais de l'article 39 du projet, il y a lieu d'écrire : « die gesteld worden door boek XII, titel 2, van het Wetboek van economisch recht ».

Articles 47 et 48

20. Dans le texte néerlandais des articles 47 et 48 du projet, le millésime du règlement doit être mentionné.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME