



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 58.750/4
du 18 janvier 2016

advies 58.750/4
van 18 januari 2016

sur

over

un avant-projet de loi 'portant
modification de la loi [du]
13 juin 2005 relative aux
communications électroniques'

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van de wet [van]
13 juni 2005 betreffende de
elektronische communicatie'

Le 22 décembre 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Agenda numérique, des Télécommunications et de la Poste à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant modification de la loi [du] 13 juin 2005 relative aux communications électroniques'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 18 janvier 2016. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 janvier 2016.

*

Op 22 december 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minister en Minister van Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet [van] 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 18 januari 2016. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, en Colette GIGOT, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne VAGMAN, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 januari 2016.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'article 9 de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone 'relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision', dispose comme suit :

« Un Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision est institué.

Ce comité est composé :

- 1° du (des) Ministre(s) désigné(s) par le Gouvernement fédéral ;
- 2° du (des) Ministre(s) désigné(s) par la Communauté flamande ;
- 3° du (des) Ministre(s) désigné(s) par la Communauté française ;
- 4° du (des) Ministre(s) désigné(s) par la Communauté germanophone.

Le Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision a pour mission d'organiser de manière concertée, dans le respect des compétences de chacun et selon les modalités et procédures fixées en Comité de concertation, la consultation mutuelle relative aux initiatives respectives concernant la rédaction d'un projet de législation sur la radiodiffusion et les télécommunications ».

Il ne ressort pas du dossier communiqué au Conseil d'État que la formalité requise a été accomplie ¹.

Interrogé à ce propos, le délégué du ministre a exposé ce qui suit :

« We hebben het voorontwerp niet aan de gemeenschappen voorgelegd.

Redenering daarvoor is dat we het KB waarvan sprake in de geschrapte paragraaf 3 gaan publiceren op dezelfde dag als voorontwerp. Door publicatie van KB met uitvoeringsmodaliteiten van de identificatie van prepaidkaarten valt ook de uitzondering voor prepaidkaarten weg en wordt paragraaf 3 nutteloos. De regering heeft voor duidelijkheid in de wet gekozen door meteen ook paragraaf 3 te schrappen.

¹ Sur la portée large de l'article 9 de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006, voir l'avis 57.673/4 donné le 6 juillet 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 18 décembre 2015 'portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques' (*Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 54-1355/001, pp. 24-27).

Het ontwerp van KB zal na eerste lezing in de ministerraad aan de gemeenschappen voorgelegd worden alvorens het advies van de Raad van State te vragen ».

Cette justification repose, en substance, sur la circonstance que l'abrogation de l'article 127, § 3, serait en réalité purement formelle, dès lors que d'une part, cette disposition prévoit une dérogation en matière de cartes prépayées aussi longtemps que les mesures visées au paragraphe 1^{er} de l'article 127, et dont l'adoption est confiée au Roi, ne seront pas entrées en vigueur, et que, d'autre part, il est précisément envisagé d'adopter ces mesures incessamment, en fixant une date commune d'entrée en vigueur pour l'avant-projet de loi et l'arrêté royal à venir.

Même à suivre éventuellement cette logique, ce qui paraît toutefois en principe exclu par les termes de l'accord de coopération reproduits ci-avant, encore devrait-elle être, en tout état de cause, limitée à l'hypothèse où l'arrêté royal concerné aurait été adopté et serait déjà entré en vigueur, ce qui n'est pas le cas en l'état des textes publiés au *Moniteur belge*.

L'auteur de l'avant-projet veillera par conséquent à l'accomplissement de la formalité requise.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

L'arrêté de présentation sera rédigé comme suit :

« Philippe, Roi des Belges,

À tous, présents et à venir, Salut.

Sur la proposition du Ministre de l'Agenda numérique, des Télécommunications et de la Poste,

NOUS AVONS ARRÊTÉ ET ARRÊTONS :

Le Ministre de l'Agenda numérique, des Télécommunications et de la Poste est chargé de présenter en notre nom à la Chambre des représentants le projet de loi dont la teneur suit : »².

DISPOSITIF

Article 1^{er}

À l'article 1^{er}, il y a lieu de mentionner l'article 74 de la Constitution, et non son article 78.

² *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 226 et 227 et formule F 5.

L'article 1^{er} sera revu en conséquence.

Article 2

1. La disposition à l'examen entend abroger le paragraphe 3 de l'article 127 de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' (ci-après, la loi du 13 juin 2005).

Cet article 127, tel qu'en vigueur, dispose comme suit :

« Art. 127. § 1^{er}. Le Roi fixe, après avis de la Commission pour la protection de la vie privée et de l'Institut, les mesures techniques et administratives qui sont imposées aux opérateurs ou aux utilisateurs finals, en vue de permettre :

1° l'identification de la ligne appelante dans le cadre d'un appel d'urgence ;

2° l'identification de l'utilisateur final, 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 et par la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité.

Le Roi fixe, après l'avis de l'Institut, les tarifs rétribuant la collaboration des opérateurs aux opérations visées à l'alinéa 1^{er}, 2° ainsi que le délai dans lequel les opérateurs ou les abonnés doivent donner suite aux mesures imposées.

§ 2. Sont interdites : la fourniture ou l'utilisation d'un service ou d'un équipement qui rend difficile ou impossible l'exécution des opérations visées au § 1^{er}, à l'exception de systèmes d'encryptage qui peuvent être utilisés pour garantir la confidentialité des communications et la sécurité des paiements.

§ 3. Jusqu'à ce que les mesures visées au § 1^{er} entrent en vigueur, l'interdiction visée au § 2 ne s'applique pas aux services de communications électroniques publics mobiles fournis sur la base d'une carte prépayée.

§ 4. Si un opérateur ne respecte pas les mesures techniques et administratives qui lui sont imposées dans le délai fixé par le Roi, il lui est interdit de fournir le service pour lequel les mesures en question n'ont pas été prises.

§ 5. Les opérateurs déconnectent les utilisateurs finals qui ne respectent pas les mesures techniques et administratives qui leur sont imposées dans le délai fixé par le Roi, des réseaux et services auxquels les mesures imposées s'appliquent. Ces utilisateurs finals ne sont en aucune manière indemnisés pour la déconnexion.

Si un opérateur ne déconnecte pas les utilisateurs finals qui ne respectent pas les mesures techniques et administratives qui leur sont imposées dans le délai fixé par le Roi, il lui est interdit de fournir le service pour lequel l'utilisateur final n'a pas respecté les mesures qui lui étaient imposées, jusqu'à ce que l'identification de l'appelant ait été rendue possible.

§ 6. Chaque opérateur établit, sur la base du paragraphe 1^{er}, une procédure interne permettant de répondre aux demandes d'accès aux données à caractère personnel concernant les utilisateurs. Il met, sur demande, à la disposition de l'Institut des informations sur ces procédures, sur le nombre de demandes reçues, sur la base juridique invoquée et sur sa réponse ».

Le commentaire de cet article, dans les travaux préparatoires de la loi du 13 juin 2005, justifiait celui-ci en ces termes :

« L'article 136 [devenu 127] reprend dans d'autres termes, les dispositions des paragraphes 5 à 8 de l'article 190^{ter} E de la loi du 21 mars 1991, insérées par l'article 150, 2°, de la loi-programme du 30 décembre 2001 (*M.B.* 31 décembre 2001).

L'élément central de l'article 136 se situe au § 2. Ce paragraphe interdit la fourniture ou l'utilisation d'un service ou d'équipements entravant ou rendant impossible l'identification de la ligne appelante dans le cadre d'un appel d'urgence ou l'identification, le repérage, la localisation, les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des communications privées. Cette disposition a entre autres pour but d'interdire ce que l'on appelle des « scramblers » ou « spoofers ».

Comme auparavant, il n'existait pas d'obligation d'identification des utilisateurs de cartes de GSM prépayées, l'interdiction du § 2 risque cependant également de rendre illégale, du jour au lendemain, la fourniture de services de téléphonie mobile sur la base de cartes prépayées.

En raison de l'absence d'une obligation d'identification, ces services rendent également difficile, voire impossible, l'identification des utilisateurs finals. C'est pourquoi le § 1^{er} prévoit la compétence pour le Roi de fixer des mesures techniques et administratives imposées aux opérateurs et aux utilisateurs finals pour permettre l'identification de la ligne appelante dans le cadre d'un appel d'urgence ou l'identification de l'appelant, le repérage, la localisation, les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement des communications privées. Par mesures administratives, on entend entre autres l'imposition de l'obligation d'identification aux utilisateurs finals de cartes prépayées. Les mesures techniques comprennent des règles que les opérateurs doivent surtout prendre en considération pour permettre aux services d'urgence et aux services judiciaires d'obtenir facilement les identifications souhaitées.

Le tout s'accompagnera des mesures transitoires nécessaires devant permettre aux opérateurs et aux utilisateurs finals de s'adapter à la nouvelle situation. Jusqu'à ce que les mesures visées au § 1^{er} entrent en vigueur, l'interdiction visée au § 2 ne s'applique pas aux services de communications électroniques mobiles fournis sur la base d'une carte prépayée.

Les paragraphes 3 et 4 fixent les mesures qui doivent être appliquées vis-à-vis des opérateurs et des utilisateurs finals qui ne se sont pas conformés aux mesures techniques et administratives qui leur sont imposées dans le délai fixé par le Roi. Ainsi, un opérateur ne pourra plus fournir le service pour lequel il n'a pas pris les mesures adéquates et un utilisateur final qui ne prend pas les mesures adéquates devra être déconnecté du réseau. Si l'opérateur ne le fait pas dans un délai fixé par le Roi, il sera interdit à l'opérateur même de fournir le service à l'utilisateur final en question »³.

2. L'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, et alinéa 2, de la loi du 13 juin 2005 a déjà fait l'objet de certaines mesures d'exécution, résidant dans les dispositions 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', modifié par les arrêtés royaux du 8 février 2011 et du 31 janvier 2013.

³ *Doc. parl.*, Chambre, n° 51-1425/001, pp. 78-79.

Toutefois, cet arrêté ne comporte aucune mesure d'exécution relative aux cartes prépayées.

Comme le commentaire de la disposition à l'examen le mentionne, et comme confirmé par le délégué du ministre, l'intention est d'adopter prochainement un arrêté royal, sur la base de l'article 127, § 1^{er}, qui fixera les modalités de la procédure d'identification des utilisateurs finals de cartes prépayées.

À ce stade, il convient de souligner que compte tenu des termes actuels de l'article 127, § 3, en vigueur, l'adoption de cet arrêté et son entrée en vigueur aurait pour effet, sans qu'il soit besoin d'abroger l'article 127, § 3, que la dérogation consentie par cette disposition en matière de cartes prépayées disparaîtrait *ipso facto*.

Toutefois, l'auteur de l'avant-projet a choisi une solution allant au-delà de la simple adoption de cet arrêté royal : il entend abroger l'article 127, § 3.

À cet égard, la section de législation observe que, si cette disposition était abrogée avant l'entrée en vigueur de l'arrêté royal dont l'adoption est envisagée, se réaliserait alors une hypothèse que le législateur a précisément voulu éviter en adoptant l'article 127, § 3, à savoir une situation dans laquelle, à défaut de modalités précises réglant la manière dont l'identification de l'utilisateur final sera garantie, la vente de cartes prépayées se trouverait interdite par l'article 127, § 2, de la loi.

Il est donc essentiel que l'auteur de l'avant-projet veille à ce que l'abrogation de l'article 127, § 3, et l'arrêté royal dont l'adoption est envisagée, entrent en vigueur à la même date.

À cet effet, il conviendrait d'insérer un article 3 nouveau dans l'avant-projet à l'examen garantissant cette concomitance des dates d'entrée en vigueur.

3. L'exposé des motifs joint au texte en projet justifie l'abrogation de l'article 127, § 3, comme suit :

« Le projet de loi met fin à l'anonymat pour les services de communications électroniques publics mobiles souscri[t] à l'aide de cartes prépayées. Ces cartes prépayées peuvent donc toujours être achetées mais plus de manière anonyme.

Comme le prévoit déjà le paragraphe 1^{er} de l'article 127, les modalités de la procédure d'identification seront définies dans un arrêté royal.

Les données que l'opérateur doit collecter sont les données d'identification directe que les opérateurs doivent conserver en vertu de l'article 126.

L'article 127 est applicable à la vente en Belgique de toutes cartes prépayées permettant d'utiliser des services de communications électroniques mobiles.

Cette suppression de l'anonymat pour les cartes prépayées est justifiée comme suit :

1) En 2005, le législateur a introduit dans l'article 127, § 3, une dérogation pour les cartes prépayées par rapport à l'interdiction pour un opérateur d'offrir des services qui rendent difficile ou impossible l'identification de l'appelant. Il avait également prévu dans

l'article 127, § 1^{er}, une délégation au Roi pour que ce dernier fixe les modalités de l'identification des utilisateurs de cartes prépayées.

L'intention du législateur était de mettre à terme fin à l'anonymat pour les cartes prépayées.

2) Le législateur, en ne mettant pas directement fin à l'anonymat pour les cartes prépayées, avait pour but de favoriser la pénétration de la téléphonie mobile. Ce but est entièrement réalisé à l'heure actuelle.

3) La suppression de l'anonymat pour les cartes prépayées est une revendication déjà ancienne des autorités judiciaires (1999), des services de renseignement et de sécurité et des services d'urgence offrant de l'aide sur place. Pour ce qui concerne ces derniers, lors d'un appel d'urgence, ils sont en droit de demander à l'opérateur concerné par l'appel l'identité de la personne qui les appelle (voir article 107).

4) Les cartes prépayées sont très répandues dans les milieux criminels.

5) L'identification de l'utilisateur d'un service de communications électronique est la première étape à franchir par la Justice ou les services de renseignement ou de sécurité, avant de procéder, le cas échéant, d'autres mesures. Sans identification, ces autres mesures perdent une grande partie de leur utilité.

6) Actuellement, lorsque la Justice ou les services de renseignement ou de sécurité ne sont pas en mesure d'obtenir l'identification de l'utilisateur final dès lors que la carte prépayée a été achetée de manière anonyme, ils sont amenés à recourir à d'autres techniques pour tout de même identifier la personne recherchée. Ces autres techniques indirectes ont un coût plus important et sont plus intrusives dans la vie privée qu'une simple identification lors de l'achat d'une carte prépayée. Rendre plus efficace l'identification de l'utilisateur final en supprimant l'anonymat pour les cartes prépayées a donc pour effet de diminuer les coûts pour la Justice et les services de renseignement et de sécurité (et le nombre de requêtes adressées aux opérateurs) et d'éviter une atteinte inutile à la vie privée de la personne en question et des personnes qui ont des liens avec cette dernière ».

Dans son avis n° 54/2015 donné le 16 décembre 2015, la Commission pour la protection de la vie privée a examiné l'avant-projet soumis pour avis à la section de législation ⁴.

Il ressort toutefois de cet avis que le texte soumis à la Commission prévoyait d'apporter des modifications plus nombreuses à l'article 127 de la loi du 13 juin 2005.

De ces modifications, seule subsiste l'abrogation envisagée du paragraphe 3 de l'article 127.

Cette abrogation appelle les observations suivantes.

3.1. La Commission pour la protection de la vie privée est d'avis que le terme mis au régime d'anonymat des cartes prépayées, s'il constitue une forme d'ingérence dans le droit au respect de la vie privée, tel qu'il est garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 22 de la Constitution,

⁴ Voir l'avis n° 54/2015 du 16 décembre 2015 de la Commission pour la protection de la vie privée, § 6. Voir également la consultation organisée par le Conseil de l'IBPT du 7 décembre 2015 à la demande du Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Agenda numérique, des Télécommunications et de la Poste concernant le projet de loi portant modification de l'article 127 de la loi du 13 juin 2005.

trouve, dans l'abrogation envisagée, un fondement légal, de sorte que cette ingérence sera « prévue par la loi », conformément aux articles 8 et 22 précités.

Par ailleurs, comme le reconnaît également la Commission, les motifs de cette suppression – essentiellement des motifs de sûreté et de sécurité publiques – donnés dans l'exposé des motifs, sont de nature à justifier la mesure envisagée.

Comme la section de législation l'a rappelé récemment ⁵, il échet de prendre en considération la circonstance que le droit au respect de la vie privée ne peut être absolu, et doit parfois s'effacer devant d'autres impératifs légitimes tels que la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui. Ainsi, il s'impose de concilier au mieux les impératifs contradictoires du droit au respect de la vie privée des personnes faisant usage des moyens de communications électroniques, d'un côté, et de la protection due aux droits des personnes menacées par les agissements criminels d'autrui, d'un autre côté. La section de législation a, dans ce cadre, rappelé que l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme met à charge des autorités l'obligation de protéger la vie des personnes contre de tels agissements ⁶, notamment lorsqu'ils prennent la forme du terrorisme ⁷. Quant à l'article 8 du même instrument, il impose entre autres que l'intégrité sexuelle des enfants soit adéquatement protégée dans les rapports entre particuliers et que les atteintes portées à cette intégrité donnent lieu à une répression pénale effective, sans que l'anonymat garanti aux utilisateurs de l'internet ne puisse y faire obstacle ⁸.

Par ailleurs, en l'espèce, il convient de relever d'une part, que seuls les acheteurs de cartes prépayées bénéficiaient, à ce jour, de l'anonymat, contrairement aux titulaires d'abonnement, et d'autre part que, dès l'adoption de la loi du 13 juin 2005, ce régime d'anonymat a été conçu comme destiné à recevoir un caractère temporaire. Dans ce contexte, la disposition à l'examen a donc pour conséquence, en droit et en fait, de rétablir un traitement non différencié entre les utilisateurs des services de communications électroniques concernés, et ainsi, de mettre fin à un traitement différencié temporaire plus favorable aux utilisateurs de cartes prépayées.

Ces éléments sont de nature à renforcer, si besoin est, le caractère admissible de la mesure envisagée.

3.2. Il reste toutefois que, comme le souligne la Commission pour la protection de la vie privée, les mesures techniques et administratives qui seront imposées aux opérateurs ou aux utilisateurs finals aux fins de permettre l'identification des utilisateurs finals ne sont pas prévues par le texte en projet, fût-ce dans leurs éléments essentiels.

La section de législation ne peut donc se prononcer sur le caractère admissible et proportionné de ces mesures.

⁵ Avis 58.449/4 donné le 7 décembre 2015 sur un avant-projet de loi 'relative à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques', pp. 22 à 24 de l'avis et références citées.

⁶ Voir Cour eur. D.H., arrêt Van Colle c. Royaume-Uni, 13 novembre 2012, req. n° 7678/09.

⁷ Voir Cour eur. D.H., arrêt Finogenov et autres c. Russie, 18 mars 2010, req. n° 18299/03 et n° 27311/03.

⁸ Voir Cour eur. D.H., arrêt K.U. c. Finlande, 2 décembre 2008, req. n° 2872/02.

Si l'intention est d'imposer des obligations à d'autres personnes que les opérateurs et les utilisateurs finals, il conviendra en tout cas de modifier plus avant l'article 127 de la loi du 13 juin 2005 puisque son paragraphe 1^{er} ne permet au Roi d'imposer des mesures techniques et administratives qu'aux seuls opérateurs et utilisateurs finals.

La loi gagnerait à être revue dans les hypothèses où les obligations à prévoir dans les textes réglementaires qui constitueraient des modalités ou des restrictions aux libertés fondamentales, doivent, dans leurs éléments essentiels être prévues par le législateur lui-même ⁹.

3.4. L'avant-projet de loi sera réexaminé à la lumière de ces observations.

*

⁹ Par hypothèse, la section de législation ne peut envisager quelles obligations, modalités ou restrictions – à ce stade, indéterminées – devraient ou non être adoptées par le législateur.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Artikel 9 van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap ‘betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie’ luidt als volgt:

“Er wordt een Interministerieel Comité voor Telecommunicatie en Radio-omroep en Televisie opgericht.

Dit Comité bestaat uit:

- 1° de minister(s) aangeduid door de federale regering;
- 2° de minister(s) aangeduid door de Vlaamse Gemeenschap;
- 3° de minister(s) aangeduid door de Franstalige Gemeenschap;
- 4° de minister(s) aangeduid door de Duitstalige Gemeenschap.

Het Interministerieel Comité voor Telecommunicatie en Radio-omroep en Televisie heeft tot taak om in onderling overleg en met respect voor ieders bevoegdheid, volgens de modaliteiten en procedures zoals vastgelegd binnen het Overlegcomité, de wederzijdse consultatie te organiseren omtrent mekaars initiatieven inzake het opstellen van ontwerpregelgeving met betrekking tot omroep en telecommunicatie.”

Uit het dossier dat aan de Raad van State toegezonden is, blijkt niet of voldaan is aan het voorgeschreven vormvereiste.¹

Daarover om uitleg gevraagd, heeft de gemachtigde van de minister de volgende toelichting gegeven:

“We hebben het voorontwerp niet aan de gemeenschappen voorgelegd.

Redenering daarvoor is dat we het KB waarvan sprake in de geschrapte paragraaf 3 gaan publiceren op dezelfde dag als voorontwerp. Door publicatie van KB met uitvoeringsmodaliteiten van de identificatie van prepaidkaarten valt ook de

¹ Wat de ruime strekking betreft van artikel 9 van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006, zie advies 57.673/4 gegeven op 6 juli 2015 over een voorontwerp dat ontstaan gegeven heeft aan de wet van 18 december 2015 ‘houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie’ (*Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1355/001, 24-27).

uitzondering voor prepaidkaarten weg en wordt paragraaf 3 nutteloos. De regering heeft voor duidelijkheid in de wet gekozen door meteen ook paragraaf 3 te schrappen.

Het ontwerp van KB zal na eerste lezing in de ministerraad aan de gemeenschappen voorgelegd worden alvorens het advies van de Raad van State te vragen”.

Die verantwoording steunt in hoofdzaak op de omstandigheid dat de opheffing van artikel 127, § 3, in werkelijkheid een louter formele opheffing is, aangezien enerzijds deze bepaling in een afwijking voorziet voor voorafbetaalde kaarten zolang de maatregelen waarvan sprake in paragraaf 1 van artikel 127, die door de Koning moeten worden uitgevaardigd, niet in werking getreden zijn, en anderzijds het juist de bedoeling is dat deze maatregelen eerstdaags worden uitgevaardigd, waarbij een gemeenschappelijke datum van inwerkingtreding zal worden vastgesteld voor het voorontwerp van wet en het vast te stellen koninklijk besluit.

Zelfs indien deze logica gevolgd zou worden, hetgeen evenwel in principe uitgesloten lijkt gelet op de bewoordingen van het samenwerkingsakkoord die hiervoor zijn geciteerd, dan nog zou deze redenering hoe dan ook beperkt moeten worden tot het geval waarin het betreffende koninklijk besluit reeds vastgesteld en in werking getreden zou zijn, wat niet het geval is bij de huidige stand van de teksten die bekendgemaakt zijn in het Belgisch Staatsblad.

De steller van het voorontwerp dient er bijgevolg op toe te zien dat dat vormvereiste wordt vervuld.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

INDIENINGSBESLUIT

Het indieningsbesluit dient te worden gesteld als volgt:

“FILIP, Koning der Belgen,

Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groet.

Op de voordracht van de Minister van Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post,

HEBBEN WIJ BESLOTEN EN BESLUITEN WIJ:

De Minister van Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post is ermee belast in onze naam bij de Kamer van volksvertegenwoordigers het ontwerp van wet in te dienen waarvan de tekst hierna volgt.”²

² *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 226 en 227 en formule F 5.

DISPOSITIEF

Artikel 1

In artikel 1 moet worden verwezen naar artikel 74 van de Grondwet in plaats van naar artikel 78.

Artikel 1 moet dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 2

1. De voorliggende bepaling strekt tot opheffing van paragraaf 3 van artikel 127 van de wet van 13 juni 2005 “betreffende de elektronische communicatie” (hierna : de wet van 13 juni 2005).

Het thans geldende artikel 127 luidt als volgt:

“Art. 127. § 1. De Koning bepaalt, na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van het Instituut, de technische en administratieve maatregelen die aan de operatoren of aan de eindgebruikers worden opgelegd om:

1° in het kader van een noodoproep de oproeplijn te kunnen identificeren;

2° de eindgebruiker te kunnen identificeren en het opsporen, lokaliseren, af luisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie mogelijk te maken onder de voorwaarden bepaald door de artikelen 46*bis*, 88*bis* en 90*ter* tot 90*decies* van het Wetboek van strafvordering en door de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

De Koning bepaalt, na advies van het Instituut, de tarieven voor de vergoeding van de medewerking van de operatoren aan de in het eerste lid, 2°, bedoelde verrichtingen alsook de termijn waarbinnen de operatoren of de abonnees moeten voldoen aan de opgelegde maatregelen.

§ 2. De levering of het gebruik van een dienst of van apparatuur die de uitvoering bemoeilijkt of verhindert van de in § 1 bedoelde verrichtingen, zijn verboden, met uitzondering van encryptiesystemen die kunnen worden gebruikt om de vertrouwelijkheid van de communicatie en de veiligheid van betalingen te garanderen.

§ 3. Totdat de maatregelen, bedoeld in § 1, in werking treden, is het verbod bedoeld in § 2 niet van toepassing op de mobiele openbare elektronische communicatiediensten die worden geleverd op basis van een voorafbetaalde kaart.

§ 4. Indien een operator binnen de door de Koning vastgestelde termijn niet voldoet aan de hem opgelegde technische en administratieve maatregelen, is het hem verboden de dienst, waarvoor de betrokken maatregelen niet genomen zijn, aan te bieden.

§ 5. De operatoren sluiten de eindgebruikers die binnen de door de Koning vastgestelde termijn niet voldoen aan de hen opgelegde technische en administratieve maatregelen af van de netwerken en diensten waarop de opgelegde maatregelen van toepassing zijn. Die eindgebruikers worden op geen enkele wijze vergoed voor de afsluiting.

Indien een operator binnen de door de Koning vastgestelde termijn niet overgaat tot de afsluiting van de eindgebruikers die niet voldoen aan de hen opgelegde technische en administratieve maatregelen, is het hem verboden de dienst, waarvoor de eindgebruiker niet heeft voldaan aan de hem opgelegde maatregelen, te verstrekken totdat de identificatie van de oproeper mogelijk is gemaakt.

§ 6. Elke operator zet een interne procedure op voor de afhandeling van verzoeken om toegang tot persoonsgegevens van gebruikers op grond van paragraaf 1. Hij verstrekt op verzoek aan het Instituut gegevens over deze procedures, het aantal ontvangen verzoeken, de aangevoerde wettelijke motivering en zijn antwoord”.

In de bespreking van dat artikel in de parlementaire voorbereiding van de wet van 13 juni 2005, werd het artikel als volgt verantwoord:

“Artikel 136 (dat artikel 127 geworden is) neemt in andere bewoordingen de bepalingen over van de paragrafen 5 t.e.m. 8 van artikel 109^{ter}E van de wet van 21 maart 1991, ingevoegd door artikel 150, 2° van de programmawet van 30 december 2001 (B.S. 31 december 2001).

Het zwaartepunt van artikel 136 is gelegen in § 2. Die paragraaf verbiedt de levering of het gebruik van een dienst of van apparatuur waarmee de identificatie van de oproeplijn in het kader van een noodoproep of het identificeren, het opsporen, lokaliseren, af luisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie bemoeilijkt of onmogelijk gemaakt wordt. Deze bepaling heeft onder meer tot doel om zogenaamde scramblers of spoofers te verbieden.

Omdat er in het verleden geen identificatieplicht bestond voor de gebruikers van voorafbetaalde gsm-telefoonkaarten riskeert het verbod van § 2 echter ook de aanbieder van mobiele telefoniediensten op basis van voorafbetaalde kaarten van de ene dag op de andere onwettelijk te maken.

Door het ontbreken van een identificatieplicht maken ook deze diensten immers de identificatie van de eindgebruikers moeilijk of zelfs onmogelijk. Daarom werd er in § 1 voorzien in de bevoegdheid van de Koning om technische en administratieve maatregelen vast te stellen die aan de operatoren en aan de eindgebruikers worden opgelegd om de identificatie van de oproeplijn in het kader van een noodoproep of het identificeren, het opsporen, lokaliseren, af luisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie mogelijk te maken. Met de administratieve maatregelen wordt onder meer bedoeld het opleggen van de identificatieplicht aan de eindgebruikers van de voorafbetaalde kaarten. De technische maatregelen omvatten de regels die voornamelijk de operatoren in acht moeten nemen om het de nooddiensten en gerechtelijke diensten mogelijk te maken de gewenste identificaties op een vlotte manier te verkrijgen.

Eén en ander zal gepaard gaan met de nodige overgangsmaatregelen, die de operatoren en de eindgebruikers in staat moeten stellen om zich aan te passen aan de nieuwe situatie. Totdat de maatregelen waarvan sprake in § 1 in werking getreden zijn, is het verbod van § 2 niet van toepassing op de mobiele elektronische communicatiediensten die geleverd worden op basis van een voorafbetaalde kaart.

De paragrafen 3 en 4 bepalen de maatregelen die toegepast moeten worden ten aanzien van de operatoren en de eindgebruikers die zich binnen de door de Koning vastgestelde termijn niet geconformeerd hebben aan de opgelegde technische en administratieve maatregelen. Zo zal een operator de dienst waarvoor hij geen gepaste maatregelen heeft genomen niet meer mogen aanbieden en zal een eindgebruiker die in gebreke blijft door de operator van het netwerk afgesloten moeten worden. Indien de operator zulks niet doet binnen een door de Koning vastgestelde termijn, is het de operator zelf verboden om de dienst nog aan de betrokken eindgebruiker aan te bieden.”³

2. Met betrekking tot artikel 127, § 1, eerste lid, 2°, en tweede lid, van de wet van 13 juni 2005 zijn reeds een aantal uitvoeringsmaatregelen genomen die vervat liggen in de bepalingen van het koninklijk besluit van 9 januari 2003 ‘houdende modaliteiten voor de wettelijke medewerkingsplicht bij gerechtelijke vorderingen met betrekking tot elektronische communicatie’, welk besluit gewijzigd is bij de koninklijke besluiten van 8 februari 2011 en 31 januari 2013.

Dat besluit bevat evenwel geen enkele uitvoeringsmaatregel met betrekking tot de voorafbetaalde kaarten.

Zoals reeds gesteld wordt in de bespreking van de voorliggende bepaling, en zoals bevestigd is door de gemachtigde van de minister, is het de bedoeling om binnenkort een koninklijk besluit uit te vaardigen op grond van artikel 127, § 1, waarin de procedure voor de identificatie van de eindgebruikers van voorafbetaalde kaarten nader wordt geregeld.

Er behoort te worden benadrukt dat, bij de huidige stand van zaken, gelet op de huidige bewoordingen van het van kracht zijnde artikel 127, § 3, de uitvaardiging van dat besluit en de inwerkingtreding ervan ertoe zou leiden dat de afwijking die bij deze bepaling met betrekking tot de voorafbetaalde kaarten wordt toegestaan, *ipso facto* zou verdwijnen, zonder dat daarom artikel 127, § 3, zou moeten worden opgeheven.

De steller van het voorontwerp heeft evenwel voor een oplossing gekozen die verder reikt dan het louter uitvaardigen van dat koninklijk besluit: hij wil artikel 127, § 3, opheffen.

In dat verband merkt de afdeling Wetgeving op dat indien deze bepaling zou worden opgeheven nog voor het geplande koninklijk besluit in werking getreden is, daardoor een situatie zou ontstaan die de wetgever juist heeft willen vermijden met het vaststellen van artikel 127, § 3, namelijk een situatie waarbij de verkoop van voorafbetaalde kaarten verboden zou zijn op grond van artikel 127, § 2, van de wet, bij gebrek aan een nauwkeurige regeling van de wijze waarop de identificatie van de eindgebruiker gewaarborgd kan worden.

Het is dus van essentieel belang dat de steller van het voorontwerp erop toeziet dat de opheffing van artikel 127, § 3, en het geplande koninklijk besluit op dezelfde datum in werking treden.

³ Parl.St. Kamer, nr. 51-1425/001, 78-79.

Daartoe zou in het voorliggende voorontwerp een nieuw artikel 3 moeten worden ingevoegd, dat waarborgt dat die data van inwerkingtreding samenvallen.

3. In de memorie van toelichting die gaat bij de tekst van het ontwerp wordt de opheffing van artikel 127, § 3, als volgt gerechtvaardigd:

“Het wetsontwerp maakt een einde aan de anonimiteit voor de mobiele openbare elektronische-communicatiediensten waarop wordt ingetekend met prepaidkaarten. Deze prepaidkaarten kunnen dus nog steeds worden gekocht maar niet langer anoniem.

Zoals reeds voorzien in paragraaf 1 van artikel 127 zal de procedure voor identificatie via een Koninklijk Besluit vastgelegd worden.

De gegevens die de operator moet verzamelen zijn de gegevens voor directe identificatie die de operatoren moeten bewaren krachtens artikel 126.

Artikel 127 is van toepassing op de verkoop in België van alle prepaidkaarten op basis waarvan mobiele elektronische-communicatiediensten kunnen worden gebruikt.

Dit wegnemen van de anonimiteit voor de prepaidkaarten wordt als volgt gerechtvaardigd:

1) In 2005 heeft de wetgever in artikel 127, § 3, een afwijking opgenomen voor de prepaidkaarten ten opzichte van het verbod voor een operator om diensten aan te bieden die het moeilijk of onmogelijk maken om de beller te identificeren. Hij heeft in artikel 127, § 1, eveneens bepaald dat een delegatie kan worden gegeven aan de Koning opdat deze laatste de nadere bepalingen voor de identificatie van de gebruikers van prepaidkaarten zou vastleggen.

De bedoeling van de wetgever bestond erin om een einde te maken aan de anonimiteit voor de prepaidkaarten.

2) De wetgever, die niet rechtstreeks een einde maakte aan de anonimiteit voor de prepaidkaarten, had tot doel de penetratie van de mobiele telefonie te bevorderen. Dat doel is helemaal verwezenlijkt vandaag.

3) Het schrappen van de anonimiteit voor de prepaidkaarten is iets wat de gerechtelijke overheden (1999), de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de nooddiensten die ter plaatse hulp bieden reeds lang vragen. Deze laatste hebben, bij een noodoproep, het recht om de bij de oproep betrokken operator te vragen naar de identiteit van de persoon die hen belt (zie artikel 107).

4) De prepaidkaarten zijn wijd verspreid in criminele kringen.

5) De identificatie van de gebruiker van een elektronische-communicatiedienst is het eerste obstakel dat Justitie of de inlichtingen- of veiligheidsdiensten moeten overwinnen alvorens, desgevallend, andere maatregelen te treffen. Zonder identificatie verliezen deze andere maatregelen een groot deel van hun nut.

6) Wanneer Justitie of de inlichtingen- of veiligheidsdiensten vandaag niet in staat zijn om de identificatie van de eindgebruiker te krijgen omdat de prepaidkaart op anonieme wijze werd gekocht, worden ze genoopt om een beroep te doen op andere technieken om toch de gezochte persoon te identificeren. Die indirecte andere technieken houden grotere kosten in en zijn indringender voor de persoonlijke levenssfeer dan een eenvoudige identificatie bij de aankoop van een prepaidkaart. De identificatie van de eindgebruiker efficiënter maken door de anonimiteit voor de prepaidkaarten weg te nemen heeft dus tot gevolg dat de kosten voor Justitie en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (alseek het aantal verzoeken gericht aan de operatoren) dalen en dat een onnodige inbreuk

op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken persoon en de personen die een band hebben met deze laatste, wordt vermeden.”

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft in haar advies nr. 54/2015 van 16 december 2015 het voorontwerp onderzocht dat *ter fine* van advies is voorgelegd aan de afdeling Wetgeving.⁴

Uit dat advies blijkt evenwel dat de tekst die aan de Commissie is voorgelegd ertoe strekte meerdere wijzigingen aan te brengen in artikel 127 van de wet van 13 juni 2005.

Van die wijzigingen blijft enkel nog de voorgenomen opheffing van paragraaf 3 van artikel 127 over.

Bij die opheffing behoren de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

3.1. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is van oordeel dat hoewel de beëindiging van de anonimiteit van voorafbetaalde kaarten, een vorm van inmenging is in het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zoals dat gewaarborgd wordt bij artikel 8 van het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en bij artikel 22 van de Grondwet, deze evenwel een rechtsgrond ontleent aan de geplande opheffing, zodat die inmenging “bij wet zal zijn vastgesteld”, overeenkomstig de voornoemde artikelen 8 en 22.

De redenen voor die opheffing die vermeld worden in de memorie van toelichting –in hoofdzaak de openbare veiligheid – rechtvaardigen overigens, de beoogde maatregel, zoals eveneens door de Commissie wordt erkend.

De afdeling Wetgeving heeft onlangs gesteld⁵ dat er rekening mee moet worden gehouden dat het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer geen absoluut recht is en dat dit recht soms moet wijken voor andere dwingende vereisten, zoals de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Bijgevolg moeten de tegenstrijdige vereisten van het recht op eerbiediging van het privéleven van personen die gebruikmaken van elektronische communicatiemiddelen enerzijds en van de bescherming van personen die worden bedreigd door criminele praktijken van een ander anderzijds zo goed mogelijk met elkaar verzoend worden. De afdeling Wetgeving heeft er in dit verband op gewezen dat bij artikel 2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens aan de overheden de verplichting wordt opgelegd het leven van personen te beschermen tegen dergelijke praktijken⁶, inzonderheid wanneer die de vorm aannemen van terrorisme.⁷ Artikel 8 van hetzelfde verdrag legt zijnerzijds onder meer de verplichting op om de

⁴ Zie advies nr. 54/2015 van 16 december 2015 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, § 6. Zie eveneens de raadpleging door de Raad van het BIPT van 7 december 2015 op verzoek van de vice-eersteminister en minister van Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post betreffende het ontwerp van wet houdende wijziging van artikel 127 van de wet van 13 juni 2005.

⁵ Advies 58.449/4 gegeven op 7 december 2015 over een voorontwerp van wet ‘betreffende de bewaring van gegevens in de elektronische-communicatiesector’, blz. 62 en 63 van het advies en geciteerde referenties.

⁶ Zie EHRM, *Van Colle v. United Kingdom*, 13 november 2012, verzoekschrift nr. 7678/09.

⁷ Zie EHRM, *Finogenov and Others v. Russia*, 18 maart 2010, verzoekschriften 18299/03 en 27311/03.

seksuele integriteit van kinderen in relaties tussen individuen naar behoren te beschermen en om te voorzien in een effectieve strafbaarstelling als die integriteit wordt aangetast, waarbij de anonimiteit die de internetgebruikers gegarandeerd wordt daaraan niet in de weg mag staan.⁸

Overigens behoort er *in casu* enerzijds aan herinnerd te worden dat alleen de kopers van voorafbetaalde kaarten tot op heden anoniem konden blijven, in tegenstelling tot de houders van een abonnement, en anderzijds dat die anonimiteit sedert de goedkeuring van de wet van 13 juni 2005 nog slechts als tijdelijke toestand werd opgevat. De voorliggende bepaling heeft dus als gevolg dat deze zowel in rechte als in feite zou zorgen voor een niet gedifferentieerde behandeling van de gebruikers van de betrokken elektronische-communicatiediensten, en aldus een einde zou maken aan een tijdelijke gedifferentieerde regeling die gunstiger was voor de gebruikers van voorafbetaalde kaarten.

Ook dat kan, voor zover nodig, dienen tot staving van het toelaatbaar karakter van de geplande maatregel.

3.2. Dat neemt niet weg dat, zoals de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft onderstreept, de ontworpen tekst niet bepaalt welke technische en administratieve maatregelen opgelegd zullen worden aan de operatoren of aan de eindgebruikers met het oog op de identificatie van de eindgebruikers en zelfs niet de essentiële elementen ervan vastlegt.

De afdeling Wetgeving kan zich dus niet uitspreken over de toelaatbaarheid en de evenredigheid van die maatregelen.

Indien het de bedoeling is om ook verplichtingen op te leggen aan andere personen dan enkel aan de operatoren en de eindgebruikers, behoren hoe dan ook meer wijzigingen te worden aangebracht in artikel 127 van de wet van 13 juni 2005, aangezien in paragraaf 1 ervan de Koning enkel gemachtigd wordt om aan de operatoren en de eindgebruikers technische en administratieve maatregelen op te leggen.

Het verdient aanbeveling om de wet te herzien wat betreft de gevallen waarin de essentiële elementen van de verplichtingen die opgenomen zullen worden in de regelgevende teksten en die de fundamentele vrijheden nader zouden regelen of zouden beperken, door de wetgever zelf moeten worden geregeld.⁹

⁸ Zie EHRM, *K.U. v. Finland*, 2 december 2008, verzoekschrift nr. 2872/02.

⁹ De afdeling Wetgeving kan per definitie niet weten welke verplichtingen, nadere regels of beperkingen – die tot op heden nog niet zijn bepaald – al dan niet door de wetgever zullen worden vastgesteld.

3.4. Het voorontwerp van wet behoort opnieuw onderzocht te worden in het licht van deze opmerkingen.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY