



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 59.423/4
du 15 juin 2016

sur

un avant-projet de loi 'portant
modification de l'article 127 de
la loi du 13 juin 2005 relative
aux communications
électroniques et de
l'article 16/2 de la loi du
30 novembre 1998 organique
des services de renseignement
et de sécurité'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 59.423/4
van 15 juni 2016

over

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van artikel 127 van
de wet van 13 juni 2005
betreffende de elektronische
communicatie en van
artikel 16/2 van de wet van
30 november 1998 houdende
regeling van de inlichtingen-
en veiligheidsdienst'

Le 18 mai 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Coopération au développement, de l'Agenda numérique, des Télécommunications et de la Poste à communiquer un avis, dans un délai trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant modification de l'article 127 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et de l'article 16/2 de la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 15 juin 2016. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, 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 15 juin 2016.

*

Op 18 mei 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minister en Minister van Ontwikkelingssamenwerking, Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van artikel 127 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en van artikel 16/2 van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 15 juni 2016. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Marianne DONY, assessor, 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 15 juni 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

Il ressort de la notification de la délibération en Conseil des ministres du 13 mai 2016 qui adopte l'avant-projet à l'examen et décide de le soumettre pour avis à la section de législation, que dans le même temps, le Conseil des ministres a décidé de soumettre cet avant-projet à la Commission pour la protection de la vie privée ainsi qu'au Comité interministériel des télécommunications et de la radiodiffusion et la télévision et au Comité de concertation.

Sur ce point, il est rappelé à l'auteur de l'avant-projet que si, à l'issue de ces différentes consultations, des modifications étaient apportées au texte en projet, qui ne feraient pas suite à l'avis de la section de législation et ne pourraient être qualifiées de pure forme ou de détail, ces modifications devraient alors être soumises pour avis à la section de législation ¹.

OBSERVATIONS PRÉALABLES

HISTORIQUE ET PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

1. L'avant-projet de loi à l'examen s'inscrit dans le cadre d'une réforme initiée dans le courant de l'année 2015, qui a pour objet notamment de modifier l'article 127 de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' (ci-après « la loi du 13 juin 2005 ») en vue de régler, par voie législative ainsi que par voie réglementaire, la situation des personnes qui acquièrent des cartes prépayées ; l'intention est ainsi de mettre un terme à l'anonymat dont bénéficient actuellement ces personnes lorsqu'elles acquièrent ce type de carte, en imposant des obligations tant aux opérateurs qu'à ces personnes en vue de leur identification.

2. Un premier avant-projet de loi « portant modification de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques » a déjà, dans ce cadre, été soumis à la Commission pour la protection de la vie privée laquelle a donné, à ce propos, le 16 décembre 2015, un avis 54/215 ; cet avant-projet a également été soumis à la section de législation, qui a elle-même donné le 18 janvier 2016 un avis 58.750/4 sur un avant-projet de loi ².

¹ C'est pourquoi, il se recommande, de manière générale, de ne consulter la section de législation qu'une fois les autres instances d'avis consultées et qu'après que le texte ainsi soumis à la consultation de ces instances aura le cas échéant été amendé et aura été approuvé par le Conseil des ministres.

² La section de législation relèvera toutefois que l'avant-projet transmis à la Commission pour la protection de la vie privée et celui qui a fait l'objet de l'avis 58.750/4 de la section de législation n'étaient pas identiques, comme le relève l'avis 58.750/4.

Cet avant-projet avait, en substance, pour objet d'abroger le paragraphe 3 de l'article 127 dont les paragraphes 1^{er} à 3, en vigueur, disposent comme suit :

« 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 ».

3. À la suite des avis de la Commission pour la protection de la vie privée et de la section de législation, l'avant-projet concerné a été fondamentalement modifié. Ainsi, l'intention n'est plus, désormais, d'abroger le paragraphe 3 de l'article 127 de la loi du 13 juin 2005, mais de compléter le paragraphe 1^{er} du même article, afin de déterminer, dans la loi, certaines règles relatives à l'identification des utilisateurs finals, et de conférer différentes habilitations au Roi, ce, en vue, notamment, de faire suite à l'avis donné par la Commission pour la protection de la vie privée³.

Si ces habilitations, telles qu'elles sont rédigées, ont une portée générale et concernent l'identification de tous les utilisateurs finals – et pas seulement ceux qui acquièrent une carte prépayée –, il n'en reste pas moins que le texte en projet continue à s'inscrire dans le processus engagé ayant pour but de mettre un terme à l'anonymat des acquéreurs de cartes prépayées.

Les modifications que le texte en projet entend par ailleurs apporter à la loi du 30 novembre 1998 'organique des services de renseignement et de sécurité' se limitent au demeurant à la situation des cartes prépayées.

³ Sur la question de savoir si tel est effectivement le cas, il est renvoyé aux observations particulières formulées ci-après.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

1.1. Dans son avis 58.750/4, la section de législation a fait l'observation suivante :

« 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.

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-même⁴ ».

Par ailleurs, dans le même ordre d'idées, il convient de rappeler que dans son avis 54/2015, la Commission pour la protection de la vie privée, a souligné que le texte qui lui était soumis omettait « d'intégrer plusieurs éléments essentiels dans le texte légal ».

De l'avis de la Commission, il se déduit que parmi ces éléments essentiels, figuraient, entre autres, non seulement « la désignation du responsable du traitement », mais aussi « l'indication de qui a accès aux données » et « la définition du délai de conservation ».

1.2. Au regard des principes ainsi rappelés, spécialement le principe de légalité qui prévaut lorsqu'il est envisagé de porter atteinte au respect de la vie privée, le texte en projet appelle les observations suivantes.

1.2.1. À l'article 127, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, la section de législation n'aperçoit pas quelle est la portée concrète de la règle en projet, à savoir celle qui prévoit que la personne physique ou morale identifiée est « responsable » de l'utilisation du service de communications électroniques qui lui est fourni : quelle est la responsabilité ainsi visée ? S'agit-il de la responsabilité contractuelle à l'égard de l'opérateur, d'une responsabilité aquilienne à l'égard de tiers, ou encore d'une responsabilité pénale ?

Le texte en projet sera revu afin de préciser expressément quelle est la teneur et la portée de la responsabilité envisagée, spécialement si une quelconque responsabilité pénale est ainsi couverte.

⁴ Note de bas de page 9 de l'avis cité : 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.

1.2.2. L'article 127, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, prévoit que les données à collecter pour identifier l'utilisateur final « font partie des données à conserver en vertu de l'article 126 »⁵.

Le commentaire de l'article mentionne à ce propos que :

« Cet ajout est nécessaire pour répondre au point 14 de l'avis n° 54/2015 du 16 décembre 2015 de la CPVP. Dans cet avis, la Commission précise qu'il est nécessaire de préciser dans l'avant-projet de loi 'la nature des données, à savoir les données d'identification devant être conservées en vertu de l'article 126 [...]'. Les données à collecter pour identifier l'utilisateur final ne constituent qu'une partie des données à conserver par les opérateurs pour les autorités en vertu de l'article 126 ».

Force est de constater, toutefois, que le dispositif en projet est en défaut de préciser la nature exacte des données d'identification : à cet égard, se borner à mentionner que les données d'identification « font partie » des données à conserver en vertu de l'article 126 s'avère insuffisant : s'agit-il de toutes les données d'identification à conserver en vertu de l'article 126 concerné, ou d'une partie d'entre elles ? Dans ce dernier cas, quelles sont-elles précisément ?

Le texte en projet sera revu et complété aux fins de combler cette lacune.

1.2.3. L'article 127, § 1^{er}, alinéa 5, en projet, prévoit qu'afin d'identifier l'utilisateur final, le numéro de registre national « peut être collecté par l'opérateur ou un tiers » et que « seul l'opérateur peut conserver ce numéro ».

Il en résulte que la collecte du numéro de registre national est laissée au choix de l'opérateur, ce qui, au regard de la protection de la vie privée et du principe d'égalité n'est pas admissible : c'est au législateur qu'il appartient, sur la base de critères objectifs, de déterminer les cas dans lesquels ce numéro sera collecté.

Par ailleurs, le texte en projet mentionnera la ou les catégories de « tiers » qui collecteront le cas échéant le numéro de registre national : le terme « tiers » est en effet imprécis.

1.2.4. Les habilitations consenties au Roi par l'article 127, § 1^{er}, alinéas 6 et 7 en projet sont excessivement larges : c'est au législateur qu'il appartient de déterminer les cas dans lesquels l'opérateur pourra ou devra faire une copie du document permettant d'établir l'identité de l'utilisateur final, de même que c'est à lui qu'il appartient de déterminer quel est ce document.

Par ailleurs, il convient que le législateur fixe les critères à mettre en œuvre par le Roi pour établir des méthodes d'identification différenciées, assorties de dates d'entrée en vigueur différenciées, selon que les cartes prépayées sont activées avant ou après une date fixée par le Roi. À cet égard, les explications figurant dans le commentaire de l'article gagneraient à être, pour l'essentiel, intégrées dans le dispositif en projet lui-même, sous la forme de critères à mettre en œuvre par le Roi, et pour le surplus, à être étoffées, dans le commentaire de l'article.

⁵ Dans l'intention de l'auteur de l'avant-projet, il s'agit de l'article 126 de la loi du 13 juin 2005 tel que remplacé par le projet de loi 'relatif à la collecte et à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques', projet adopté en séance plénière par la Chambre des représentants le 4 mai 2016, mais qui, à ce stade, n'a pas fait l'objet d'une publication au *Moniteur belge*, et dont il n'apparaît pas qu'il aurait déjà fait l'objet de la sanction et de la promulgation requises, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1567/015.

1.2.5. Si l'auteur de l'avant-projet a l'intention d'imposer la conservation non seulement des données d'identification – par définition, pendant le délai prévu à l'article 126 de la loi du 13 juin 2005 – mais également des documents ayant permis de recueillir ces données, c'est au législateur lui-même qu'il appartient d'imposer cette obligation et d'en déterminer le délai – lequel ne saurait évidemment être supérieur à celui prévu par l'article 126.

2. Compte tenu des modifications apportées à l'article 127 de la loi du 13 juin 2005 par le projet de loi « relatif à la collecte et à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques », voté en séance plénière de la Chambre des représentants le 4 mai 2016⁶, la question se pose de savoir s'il n'y a pas lieu, de mentionner, dans le texte en projet, non seulement l'« opérateur » mais également le « fournisseur visé à l'article 126, § 1^{er}, alinéa 1^{er} ».

3. Dans la phrase liminaire, il y a lieu de remplacer le chiffre « sept » par « six ».

Article 3

1. L'article 3 de l'avant-projet entend modifier et compléter l'article 16/2 de la loi du 30 novembre 1998 'organique des services de renseignement et de sécurité', de sorte que celui-ci dispose désormais comme suit :

« Art. 16/2. § 1^{er}. Les services de renseignement et de sécurité peuvent, dans l'intérêt de l'exercice de leurs missions, requérir le concours d'un opérateur de réseaux de communications électroniques ou d'un fournisseur de services de communications électroniques pour procéder à :

1° l'identification de l'abonné ou de l'utilisateur habituel d'un service de communication électronique ou du moyen de communication électronique utilisé ;

2° l'identification des services et des moyens de communications électroniques auxquels une personne déterminée est abonnée ou qui sont habituellement utilisés par une personne déterminée.

La réquisition est effectuée par écrit par le chef de service ou son délégué. En cas d'urgence, le chef de service ou son délégué peut requérir ces données verbalement. Cette réquisition verbale est confirmée dans un délai de vingt-quatre heures par une réquisition écrite.

Tout opérateur d'un réseau de communications électroniques et tout fournisseur d'un service de communications électroniques qui est requis donne au chef de service ou à son délégué les données qui ont été demandées dans un délai et selon les modalités à fixer par un arrêté royal pris sur la proposition du ministre de la Justice, du ministre de la Défense et du ministre qui a les communications électroniques dans ses attributions.

Le chef de service ou son délégué peut, dans le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité, et moyennant l'enregistrement de la consultation, également obtenir les données visées au moyen d'un accès aux fichiers des clients de l'opérateur ou du fournisseur du service. Le Roi fixe, sur la proposition du ministre de la

⁶ Voir note de bas de page 5, *supra*.

Justice, du ministre de la Défense et du ministre qui a les communications électroniques dans ses attributions, les conditions techniques auxquelles cet accès est possible.

§ 2. Les services de renseignement et de sécurité peuvent, dans l'intérêt de l'exercice de leurs missions, requérir le concours d'une banque ou d'une institution financière pour procéder à l'identification de l'utilisateur final d'une carte prépayée visé dans la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, sur la base de la référence de la transaction bancaire électronique qui est liée à la carte prépayée et qui a préalablement été communiquée aux services de renseignement et de sécurité concernés.

La réquisition est effectuée par écrit par le chef de service ou son délégué. En cas d'urgence, le chef de service ou son délégué peut requérir ces données verbalement. Cette réquisition verbale est confirmée dans un délai de vingt-quatre heures par une réquisition écrite.

Toute banque et toute institution financière qui est requise donne sans délai au chef de service ou à son délégué les données qui ont été demandées.

Les données d'identification que les services de renseignement et de sécurité reçoivent dans le cadre de l'exercice de la méthode visée au présent paragraphe, se limitent aux données d'identification qu'ils reçoivent dans le cadre de l'exercice de la méthode visée au paragraphe 1^{er} ⁷.

§ 3. Toute personne qui refuse de communiquer les données ainsi demandées ou de fournir l'accès requis est punie d'une amende de vingt-six euros à dix mille euros.

Les services de renseignement et de sécurité tiennent un registre de toutes les identifications requises et de toutes les identifications obtenues par accès direct. Le Comité permanent R reçoit chaque mois du service de renseignement concerné une liste des identifications requises et de tout accès ⁸ ».

Il serait donc ainsi permis aux services de renseignement et de sécurité, en s'adressant à une banque ou une institution financière, d'avoir accès aux données d'identification de l'acquéreur d'une carte prépayée, via la référence de la transaction bancaire « qui a été préalablement communiquée aux services de renseignement et de sécurité concernés ».

2. Pour les raisons invoquées dans l'exposé des motifs et le commentaire de l'article 3, l'atteinte ainsi portée au respect de la vie privée n'apparaît pas, à priori, comme étant disproportionnée.

Il reste que l'on s'interroge sur la portée des mots « la transaction bancaire qui a été préalablement communiquée aux services de renseignement et de sécurité concernés ».

Le commentaire de l'article explique, en ces termes, ce dernier membre de phrase :

« L'identification de l'utilisateur final d'une carte prépayée se fait via l'exercice de deux réquisitions :

⁷ Le paragraphe 2 est un paragraphe nouveau inséré par l'avant-projet à l'examen.

⁸ Concernant l'actuel alinéa 6 de l'article 16/2, en vigueur, l'article 3 de l'avant-projet à l'examen n'en fait pas mention : il prévoit seulement, en son 3^o, que « l'actuel alinéa 5 formera le paragraphe 3 ». La section de législation suppose que sont ainsi visés non pas uniquement l'actuel alinéa 5, mais également l'actuel alinéa 6, qui, ensemble, devraient logiquement former un paragraphe 3 nouveau.

1° une réquisition d'un opérateur d'un réseau de communications électroniques, pour l'obtention d'une référence de la transaction bancaire, et

2° une réquisition d'une banque ou institution financière pour l'obtention de l'identité de la personne qui se cache derrière cette transaction bancaire ».

Il s'ensuit que la mise en place du système en projet va de pair, d'une part, avec le fait que, parmi les méthodes d'identification auxquelles pourraient recourir l'opérateur, figure l'identification sur la base d'une opération de paiement électronique et que, d'autre part, la réquisition émanant des services de renseignement et de sécurité et adressée à l'opérateur puisse porter sur une telle forme d'identification.

Au regard du droit à la protection de la vie privée et du principe de légalité qui y est attaché, il convient que ces méthode d'identification et forme de réquisition soient autorisées par le législateur lui-même, qui en règlera les éléments essentiels.

L'avant-projet sera complété en conséquence.

*

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

Uit de notificatie van het besluit van de Ministerraad van 13 mei 2016 waarbij het voorliggende voorontwerp goedgekeurd wordt en beslist wordt om het voor advies aan de afdeling Wetgeving voor te leggen, blijkt dat de Ministerraad tegelijkertijd heeft besloten dat voorontwerp voor te leggen aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, aan het Interministerieel Comité voor telecommunicatie en radio-omroep en televisie en aan het Overlegcomité.

In dat verband wordt de steller van het voorontwerp erop gewezen dat, indien na het inwinnen van die verschillende adviezen in de ontworpen tekst wijzigingen zouden worden aangebracht die niet zouden voortvloeien uit het advies van de afdeling Wetgeving en die niet zouden kunnen worden bestempeld als louter formele wijzigingen of als wijzigingen betreffende detailkwesties, deze wijzigingen dan voor advies zouden moeten worden voorgelegd aan de afdeling Wetgeving.¹

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

ONTSTAANSGESCHIEDENIS EN STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het voorliggende voorontwerp van wet past in het kader van een hervorming waartoe het initiatief genomen is in de loop van het jaar 2015 en die onder meer strekt tot wijziging van artikel 127 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ (hierna: “de wet van 13 juni 2005” genoemd) om zowel bij wege van wetgeving als bij wege van regelgeving de situatie te regelen van personen die vooraf betaalde kaarten kopen; daarbij is het de bedoeling de anonimiteit die deze personen thans genieten bij de aankoop van dat type kaart op te heffen door zowel aan de operatoren als aan die personen verplichtingen op te leggen met het oog op hun identificatie.

2. In dat verband is al een eerste voorontwerp van wet “tot wijziging van de wet [van] 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie” voorgelegd aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, die daarover op 16 december 2015

¹ Daarom is het over het algemeen raadzaam om het advies van de afdeling Wetgeving pas in te winnen nadat de andere adviesverlenende instanties zijn geraadpleegd en de aldus voor advies aan deze instanties voorgelegde tekst in voorkomend geval gewijzigd is en door de Ministerraad goedgekeurd is.

advies 54/215 heeft uitgebracht; dat voorontwerp is eveneens voorgelegd aan de afdeling Wetgeving, die harerzijds op 18 januari 2016 advies 58.750/4 heeft uitgebracht over een voorontwerp van wet².

Dat voorontwerp strekte in hoofdzaak tot de opheffing van paragraaf 3 van artikel 127, waarvan de paragrafen 1 tot 3, zoals ze thans gelden, luiden als volgt:

“§ 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, kennismaken 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.”

3. Als gevolg van de adviezen die de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de afdeling Wetgeving uitgebracht hebben, is het voorontwerp in kwestie fundamenteel gewijzigd. Zo is het voortaan niet meer de bedoeling om paragraaf 3 van artikel 127 van de wet van 13 juni 2005 op te heffen, maar wel om paragraaf 1 van hetzelfde artikel aan te vullen teneinde in de wet bepaalde regels inzake de identificatie van de eindgebruikers vast te leggen en aan de Koning verschillende machtigingen te verlenen, inzonderheid om gevolg te geven aan het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.³

Hoewel die machtigingen, zoals ze gesteld zijn, een algemene strekking hebben en betrekking hebben op de identificatie van alle eindgebruikers – en niet alleen op degenen die een vooraf betaalde kaart kopen – neemt dit niet weg dat de ontworpen tekst nog steeds past in het proces dat op gang gebracht is om de anonimiteit van de kopers van vooraf betaalde kaarten op te heffen.

² De afdeling Wetgeving wil er evenwel op wijzen dat het voorontwerp dat aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voorgelegd is en het voorontwerp waarover de afdeling Wetgeving advies 58.750/4 heeft uitgebracht niet identiek waren, zoals wordt opgemerkt in advies 58.750/4.

³ Voor een antwoord op de vraag of dat inderdaad het geval is, wordt verwezen naar de bijzondere opmerkingen die hierna worden geformuleerd.

De wijzigingen die bij de ontworpen tekst worden aangebracht in de wet van 30 november 1998 ‘houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst’, hebben overigens alleen betrekking op de situatie van de vooraf betaalde kaarten.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 2

1.1. In haar advies 58.750/4 heeft de afdeling Wetgeving de volgende opmerking gemaakt:

“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.⁴”

Voorts moet er in dezelfde gedachtegang aan herinnerd worden dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in haar advies 54/2015 heeft benadrukt dat men in de tekst die aan haar is voorgelegd, “heeft nagelaten enkele essentiële elementen in de wettekst mee op te nemen”.

Uit het advies van de Commissie blijkt dat onder meer de “aanduiding van de verantwoordelijke voor de verwerking”, maar ook de “bepaling wie toegang heeft tot de gegevens” en de “vastlegging van de bewaartermijn” tot die essentiële elementen behoorden.

1.2. In het licht van de aldus aangehaalde beginselen, en inzonderheid van het wettigheidsbeginsel dat geldt wanneer overwogen wordt om inbreuk te plegen op de eerbiediging van het privéleven, geeft de ontworpen tekst aanleiding tot de volgende opmerkingen.

⁴ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: 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.

1.2.1. Wat het ontworpen artikel 127, § 1, derde lid, betreft, ziet de afdeling Wetgeving niet in wat de concrete strekking is van de ontworpen regel, die bepaalt dat de geïdentificeerde natuurlijke of rechtspersoon “verantwoordelijk” is voor het gebruik van de elektronische communicatiedienst die aan hem wordt verstrekt. Wat wordt daarmee precies bedoeld? Gaat het om de contractuele aansprakelijkheid ten aanzien van de operator, om een aquiliaanse aansprakelijkheid ten aanzien van derden, of nog om een strafrechtelijke verantwoordelijkheid?

De ontworpen tekst moet worden herzien om de inhoud en de draagwijdte van de in het vooruitzicht gestelde verantwoordelijkheid te preciseren, inzonderheid wanneer die term een of andere strafrechtelijke verantwoordelijkheid dekt.

1.2.2. Het ontworpen artikel 127, § 1, vierde lid, bepaalt dat de gegevens die moeten worden vergaard om de eindgebruiker te identificeren, “deel uit[maken] van de gegevens die moeten worden bewaard krachtens artikel 126”.⁵

In de bespreking van het artikel wordt daaromtrent het volgende gezegd:

“Deze toevoeging is nodig om tegemoet te komen aan punt 14 van advies nr. 54/2015 van 16 december 2015 van de CBPL. In dat advies verduidelijkt de Commissie dat in het voorontwerp van wet de ‘aard van de gegevens’ moet worden bepaald, namelijk de ‘identificatiegegevens die krachtens artikel 126 moeten worden bewaard’. De gegevens die moeten worden vergaard om de eindgebruiker te identificeren, vormen slechts een deel van de gegevens die de operatoren voor de autoriteiten moeten bewaren krachtens artikel 126.”

In dat verband valt evenwel op te merken dat de precieze aard van de identificatiegegevens niet in het ontworpen dispositief wordt verduidelijkt. Met de loutere vermelding dat de identificatiegegevens “deel uitmaken” van de gegevens die krachtens artikel 126 moeten worden bewaard, kan in dat opzicht niet volstaan worden: gaat het om alle identificatiegegevens die krachtens artikel 126 dienen te worden bewaard of slechts om een deel ervan? En om welke gegevens gaat het precies in dit laatste geval?

De ontworpen tekst behoort te worden herzien teneinde die leemte aan te vullen.

1.2.3. Het ontworpen artikel 127, § 1, vijfde lid, bepaalt het volgende: “Teneinde de eindgebruiker te identificeren mag het rijksregisternummer opgevraagd worden door de operator of een derde. Enkel de operator mag dat nummer bewaren.”

Daaruit vloeit voort dat aan de operator de keuze wordt gelaten om het rijksregisternummer op te vragen, wat in het licht van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het gelijkheidsbeginsel niet aanvaard kan worden: het staat aan de wetgever om op basis van objectieve criteria vast te stellen in welke gevallen dat nummer opgevraagd moet worden.

⁵ De steller van het voorontwerp bedoelt hiermee artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 zoals vervangen bij het wetsontwerp ‘betreffende het verzamelen en het bewaren van de gegevens in de sector van de elektronische communicatie’ welke ontwerp op 4 mei 2016 in plenaire vergadering door de Kamer van volksvertegenwoordigers aangenomen is, maar dat in dit stadium niet in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt is en waarvan niet duidelijk is of de vereiste bekrachtiging en afkondiging al hebben plaatsgevonden, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1567/015.

Voorts moet in de ontworpen tekst worden vermeld welke categorie of categorieën van “derden” in voorkomend geval het rijksregisternummer moeten opvragen: de term “derde” is immers vaag.

1.2.4. De machtigingen die bij het ontworpen artikel 127, § 1, zesde en zevende lid, aan de Koning worden verleend, zijn veel te ruim: de wetgever dient vast te stellen in welke gevallen de operator een kopie mag of moet maken van het document waaruit de identiteit van de eindgebruiker kan worden opgemaakt, en hij behoort te bepalen om welk document het gaat.

Voorts moet de wetgever vaststellen welke criteria de Koning moet hanteren om onderscheiden identificatiemethodes vast te leggen met onderscheiden datums van inwerkingtreding, naargelang de vooraf betaalde kaarten vóór of na een door de Koning vastgestelde datum worden geactiveerd. In dat opzicht zou de uitleg in de bespreking van het artikel in hoofdlijnen moeten worden opgenomen in het ontworpen dispositief zelf in de vorm van door de Koning te hanteren criteria en zou die uitleg daarenboven aangevuld moeten worden in de bespreking van het artikel.

1.2.5. Indien het de bedoeling van de steller van het voorontwerp is om de verplichting op te leggen om niet alleen de identificatiegegevens te bewaren - per definitie gedurende de termijn bepaald in artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 - maar ook de documenten waaruit die gegevens kunnen worden verkregen, dient de wetgever zelf die verplichting op te leggen en de termijn ervan vast te stellen – die uiteraard niet langer mag zijn dan de termijn bepaald in artikel 126.

2. Gelet op de wijzigingen die in artikel 127 van de wet van 13 juni 2005 worden aangebracht bij het wetsontwerp “betreffende het verzamelen en het bewaren van de gegevens in de sector van de elektronische communicatie” dat op 4 mei 2016⁶ aangenomen is in plenaire vergadering door de Kamer van volksvertegenwoordigers, rijst de vraag of in de ontworpen tekst naast de “operator” ook niet de “aanbieder beoogd in artikel 126, § 1, eerste lid” moet worden vermeld.

3. In de inleidende zin moet worden bepaald dat niet “zeven” maar “zes” leden ingevoegd worden in de bepaling in kwestie.

Artikel 3

1. Artikel 3 van het voorontwerp strekt ertoe artikel 16/2 van de wet van 30 november 1998 ‘houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst’ aldus te wijzigen en aan te vullen dat het voortaan als volgt zou luiden:

“Art. 16/2. § 1. De inlichtingen- en veiligheidsdiensten kunnen, in het belang van de uitoefening van hun opdrachten, de medewerking vorderen van een operator van een elektronisch communicatienetwerk of de verstrekker van een elektronische communicatiedienst om over te gaan tot:

⁶ Zie voetnoot 5, *supra*.

1° het identificeren van de abonnee of de gewoonlijke gebruiker van een elektronische communicatiedienst of van het gebruikte elektronische communicatiemiddel;

2° het identificeren van de elektronische communicatiediensten en -middelen waarop een bepaald persoon is geabonneerd of die door een bepaald persoon gewoonlijk worden gebruikt.

De vordering gebeurt schriftelijk door het diensthoofd of zijn gedelegeerde. In geval van hoogdringendheid kan het diensthoofd of zijn gedelegeerde deze gegevens mondeling vorderen. Deze mondelinge vordering wordt binnen vierentwintig uur bevestigd door een schriftelijke vordering.

Iedere operator van een elektronisch communicatienetwerk en iedere verstrekker van een elektronische communicatiedienst die wordt gevorderd, verstrekt aan het diensthoofd of zijn gedelegeerde de gegevens waar om werd verzocht binnen een termijn en overeenkomstig de nadere regels te bepalen bij koninklijk besluit genomen op het voorstel van de minister van Justitie, de minister van Landsverdediging en de minister bevoegd voor de elektronische communicatie.

Het diensthoofd of zijn gedelegeerde kan, mits naleving van de principes van proportionaliteit en subsidiariteit en mits de registratie van de raadpleging, de bedoelde gegevens ook verkrijgen met behulp van toegang tot de klantenbestanden van de operator of van de dienstenverstreker. De Koning bepaalt, op voorstel van de minister van Justitie, de minister van Landsverdediging en de minister bevoegd voor de elektronische communicatie, de technische voorwaarden waaronder deze toegang mogelijk is.

§ 2. De inlichtingen- en veiligheidsdiensten kunnen, in het belang van de uitoefening van hun opdrachten, de medewerking vorderen van een bank of financiële instelling om over te gaan tot het identificeren van de in de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bedoelde eindgebruiker van een voorafbetaalde kaart, op basis van de referentie van de elektronische banktransactie die verband houdt met de voorafbetaalde kaart en die voorafgaand aan de betrokken inlichtingen- en veiligheidsdienst werd meegedeeld.

De vordering gebeurt schriftelijk door het diensthoofd of zijn gedelegeerde. In geval van hoogdringendheid kan het diensthoofd of zijn gedelegeerde deze gegevens mondeling vorderen. Deze mondelinge vordering wordt binnen de vierentwintig uur bevestigd door een schriftelijke vordering.

Iedere bank en iedere financiële instelling die wordt gevorderd, verstrekt aan het diensthoofd of zijn gedelegeerde onverwijld de gegevens waar om werd verzocht.

De identificatiegegevens die de inlichtingen- en veiligheidsdiensten binnen het uitoefenen van de in deze paragraaf bedoelde methode ontvangen, zijn beperkt tot de identificatiegegevens die zij ontvangen binnen het uitoefenen van de in paragraaf 1 bedoelde methode.⁷

⁷ Paragraaf 2 is een nieuwe paragraaf die wordt ingevoegd bij het voorliggende voorontwerp.

§ 3. Eenieder die weigert de aldus gevraagde gegevens mee te delen of de vereiste toegang te verschaffen, wordt gestraft met geldboete van zesentwintig euro tot tienduizend euro.

Beide inlichtingen- en veiligheidsdiensten houden een register bij van alle gevorderde identificaties en van alle via rechtstreekse toegang verkregen identificaties. Het Vast Comité I ontvangt van de betrokken inlichtingen- en veiligheidsdienst maandelijks een lijst van de gevorderde identificaties en van elke toegang.⁸

Aldus zouden de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zich dus mogen wenden tot een bank of een financiële instelling om toegang te verkrijgen tot de identificatiegegevens van de koper van een vooraf betaalde kaart op basis van de referentie van de banktransactie “die voorafgaand aan de betrokken inlichtingen- en veiligheidsdienst werd meegedeeld”.

2. Om de redenen die worden aangehaald in de memorie van toelichting en in de bespreking van artikel 3, lijkt de inbreuk die aldus wordt gemaakt op de eerbiediging van het privéleven *a priori* niet te ver te reiken.

Daarbij rijst evenwel de vraag wat de draagwijdte is van de woorden “de banktransactie die voorafgaand aan de betrokken inlichtingen- en veiligheidsdienst werd meegedeeld”.

In de bespreking van het artikel wordt dat laatste zinsdeel als volgt toegelicht:

“Het identificeren van de eindgebruiker van een voorafbetaalde kaart geschiedt via de uitoefening van twee vorderingen:

1° een vordering van een operator van een elektronisch communicatienetwerk, voor het bekomen van een referentie van de banktransactie, en

2° een vordering van een bank of financiële instelling voor het bekomen van de identiteit van de persoon die schuilgaat achter deze banktransactie.”

Hieruit vloeit voort dat het invoeren van het ontworpen systeem gepaard gaat met het feit dat, enerzijds één van de identificatiemethoden waarvan de operator gebruik zou kunnen maken, het identificeren op basis van een elektronische betalingsverrichting is, en dat anderzijds de vordering op verzoek van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en gericht aan de operator, betrekking kan hebben op een dergelijke vorm van identificatie.

⁸ Artikel 3 van het voorliggende voorontwerp maakt geen gewag van het huidige zesde lid van het vigerende artikel 16/2: in artikel 3, 3°, wordt alleen het volgende bepaald: “het huidige vijfde lid zal de paragraaf 3 vormen”. De afdeling Wetgeving neemt aan dat aldus niet alleen het huidige vijfde lid, maar ook het huidige zesde lid worden bedoeld, die samen logischerwijze een nieuwe paragraaf 3 zouden moeten vormen.

In het licht van het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van het daaraan verbonden wettigheidsbeginsel behoren die identificatiemethode en die vorderingsvorm te worden toegestaan door de wetgever zelf, die de essentiële elementen ervan moet regelen.

Het voorontwerp moet dienovereenkomstig aangevuld worden.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY