



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 60.899/4
du 20 février 2017

sur

un avant-projet de loi 'relative
à l'identification électronique'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 60.899/4
van 20 februari 2017

over

een voorontwerp van wet
'inzake elektronische
identificatie'

Le 25 janvier 2017, 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 de trente jours, sur un avant-projet de loi 'relative à l'identification électronique'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 20 février 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Laurence VANCRAVEBECK, première auditrice.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 février 2017.

*

Op 25 januari 2017 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 'inzake elektronische identificatie'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 20 februari 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Martine BAGUET en Bernard BLERO, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Marianne DONY, assessoren, en Colette GIGOT, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Laurence VANCRAVEBECK, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 februari 2017.

*

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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1.1. Selon l'article 2 de l'avant-projet de loi à l'examen, celle-ci a notamment pour objet « d'exécuter le chapitre II (identification électronique) 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 » (ci-après le « règlement (UE) n° 910/2014 »).

Conformément à l'article 288, alinéa 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, un règlement est obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable dans tout État membre. Sauf lorsqu'un règlement confie certaines mesures d'exécution aux États membres ou si le règlement concerné laisse une certaine marge pour prendre pareilles mesures, une telle applicabilité directe signifie qu'il n'est pas nécessaire que les États membres interviennent en vue d'intégrer les dispositions du règlement dans leur ordre juridique interne. Les dispositions d'un règlement ne doivent notamment pas être transposées dans le droit interne des États membres. Un tel procédé est non seulement superflu d'un point de vue normatif, dès lors qu'il ne crée aucune nouvelle norme, mais il risque également de semer la confusion quant à la nature juridique de la règle incorporée dans le régime de droit interne et, notamment, en ce qui concerne la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne à connaître de tout litige relatif aux règles définies par le règlement. Ce procédé risque aussi de créer une équivoque en ce qui concerne le moment de l'entrée en vigueur des normes concernées¹.

L'intégration de dispositions d'un règlement de l'Union européenne dans une disposition de droit interne ne peut dès lors être tolérée que dans la mesure où elle est nécessaire à la lisibilité d'éventuelles mesures d'exécution de droit interne, auquel cas un renvoi à la disposition concernée du règlement (« Conformément à l'article ... du règlement ... ») constituera le moyen approprié pour identifier la nature de cette disposition².

1.2. Certes, certaines dispositions de l'avant-projet ont pour objet de permettre au règlement (UE) n° 910/2014 de sortir tous ses effets. Ce faisant, il n'« exécute » pas pour autant le règlement dans son ensemble. Pour éviter tout malentendu sur ce point, il convient de

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

¹ C.J.U.E., 7 février 1973, (Commission c. Italie), point 17, *Jur.* 1973, p. 101.

² Voir not. l'avis 54.817/VR, donné le 13 janvier 2014, sur un avant-projet de loi 'portant assentiment à l'Accord de coopération du 27 février 2014 entre l'État fédéral, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à la création d'un comité de coordination et de facilitation pour l'octroi des autorisations pour des projets d'infrastructures énergétiques transeuropéennes, en exécution du Règlement (UE) n° 347/2013'.

proscrire, tant dans le dispositif à l'examen que dans l'exposé des motifs et le commentaire des articles, l'utilisation du verbe « exécuter ». L'exposé des motifs et le commentaire des articles seront revus pour faire apparaître en quoi le dispositif à l'examen organise la pleine mise en œuvre du règlement en droit interne belge.

Dans le même ordre d'idées, il n'y a pas lieu d'indiquer que l'avant-projet « ajoute » au règlement (UE) n° 910/2014, celui-ci se suffisant à lui-même. Il serait plus judicieux de placer ces « ajouts » dans la même perspective de la pleine mise en œuvre du règlement et, si nécessaire, d'explicitier en quoi le dispositif de l'avant-projet qui irait au-delà du règlement n'enfreint cependant pas celui-ci.

En revanche, l'avant-projet ne prévoit pas certains dispositifs qui pourraient cependant être requis pour assurer la concrétisation, en droit interne belge, du règlement (UE) n° 910/2014.

Il en va ainsi de l'organe de contrôle qui doit être prévu, quant à sa création et composition, dès lors qu'il serait de l'intention de l'auteur de l'avant-projet de lui conférer des prérogatives particulières en manière telle que cet organe serait habilité à imposer des obligations à des tiers.

De même, l'avant-projet ne comporte aucune sanction alors qu'aux termes de l'article 16 du règlement (UE) n° 910/2014, il appartient aux États membres de fixer « le régime des sanctions applicables aux violations du règlement ». La question se pose de savoir si l'auteur de l'avant-projet estime que l'arsenal juridique belge compte déjà à l'heure actuelle un régime de sanctions suffisant pour satisfaire à cette obligation. Si tel est le cas, l'exposé des motifs précisera en quoi consiste cet arsenal et en quoi il est jugé suffisant. À défaut, l'avant-projet sera complété.

2. Les articles 6, 7 et 9 à 12 visent des services publics fédéraux nommément cités, en particulier le Service public fédéral Technologie de l'Information et de la Communication, auquel sont confiées directement plusieurs missions d'exécution.

Il est rappelé que selon l'article 37 de la Constitution, le pouvoir exécutif fédéral, tel qu'il est réglé par la Constitution, appartient au Roi. Il en découle qu'il revient au Roi de régler l'organisation et le fonctionnement de l'administration. Le législateur ne peut déroger à ce principe que pour une raison impérieuse, par exemple lorsqu'une norme supérieure l'y oblige ou lorsque cette intervention est motivée par la préservation des droits du citoyen ³.

Par conséquent, la méthode à suivre en principe consiste à désigner de manière générique les organes chargés de l'exécution des dispositions légales, par exemple en utilisant les termes « service désigné par le Roi ».

³ Voir notamment l'avis 54.929/3 donné le 29 janvier 2014, sur un avant-projet devenu la loi du 25 avril 2014 'adaptant dans la législation fiscale les dénominations des administrations du Service public fédéral Finances et portant diverses autres modifications législatives' (*Doc. parl.*, Chambre, 2013-2014, n° 3420, pp. 24-26).

3. En conclusion, l'avant-projet sera fondamentalement revu sur le plan de sa conception pour tenir compte de ces observations. Dans cette perspective, des précisions seront par ailleurs apportées dans les observations particulières.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

L'article 2 de l'avant-projet n'a d'autre objet que de décrire les deux axes du contenu du dispositif en projet. Par ailleurs, compte tenu de l'observation générale n° 1, il n'y a pas lieu d'exécuter, comme tel, un chapitre du règlement (UE) n° 910/2014.

Pour ces motifs, la disposition est inutile et sera omise.

Article 3

1. L'article 3, § 1^{er}, 4°, fait mention d'un organe de contrôle « composé d'experts du Service public fédéral Intérieur, du Service public fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie et du Service public fédéral Technologie de l'Information et de la Communication ». Il serait chargé « du contrôle des schémas d'identification électronique notifiés par l'Administration »⁴.

Ce n'est en principe pas dans la disposition qui le définit que l'on précise les modalités de composition et les missions d'un organe que l'on crée. Mieux vaut dès lors, à l'article 3, § 1^{er}, 4°, se contenter de définir l'organe de contrôle comme étant « l'organe visé à l'article 8 », et inscrire à l'article 8 – qui précise notamment les missions de cet organe – le principe de sa création et sa composition.

Quant à la composition, compte tenu de l'observation générale n° 2, il n'y a pas lieu de préciser de quels services publics fédéraux sont issus les « experts ». Comme il s'agit en l'espèce de désigner des fonctionnaires ayant une certaine expertise dans le domaine et non des experts extérieurs, mieux vaut éviter le terme « expert », qui est par ailleurs utilisé dans la suite de l'avant-projet dans un autre sens⁵.

L'article 3, § 1^{er}, 4°, sera revu en conséquence.

⁴ Si la création d'un tel organe de contrôle n'est pas expressément prévue par le règlement (UE) n° 910/2014, comme l'indique le commentaire de l'article, « l'obligation pour les États membres de prévoir un régime de contrôle pour les schémas d'identification électronique notifiés découle de l'article 9.1, b) du règlement 910/2014 ».

⁵ Voir les articles 8 et 12.

2. Le chapitre 3 de l'avant-projet utilise des concepts qui sont définis à l'article 2 du règlement d'exécution (UE) 2015/1501⁶ (« nœud », « opérateur de nœud »). Il convient dès lors de renvoyer également à cette disposition. Par ailleurs, dès lors que le chapitre 4 de l'avant-projet de loi utilise la même terminologie (« identification électronique », « moyen d'identification électronique »), il y a lieu de renvoyer également aux définitions contenues dans les normes européennes pour ce qui concerne les concepts utilisés au chapitre 4.

L'article 3, § 2, sera revu en conséquence.

Article 4

L'article 4 se donne pour seul objet de définir le champ d'application des chapitres 3 et 4 de l'avant-projet. Or, le chapitre 3 se plaçant clairement dans la mise en place du dispositif permettant la mise œuvre du règlement, il est inutile de le préciser à l'article 4, § 1^{er}. De même, l'article 11, § 1^{er}, déterminant le champ d'application du chapitre 4, l'article 4, § 2, est superflu.

L'article 4 sera omis.

Article 5

1. Selon l'article 5, § 1^{er}, de l'avant-projet,

« L'exigence d'un moyen d'identification électronique belge pour accéder à un service en ligne offert par une instance publique en Belgique est respectée par tout moyen d'identification électronique délivré dans un autre État membre et répondant aux conditions de l'article 6 du règlement 910/2014 ».

Il s'agit d'une disposition qui vise à établir, de manière générale, une équivalence entre les moyens d'identification électroniques belges et ceux qui sont délivrés par d'autres États membres et qui répondent aux conditions fixées à l'article 6 du règlement (UE) n° 910/2014. Ce faisant, la disposition en projet ne fait que paraphraser l'article 6.1 du règlement (UE) n° 910/2014 et, compte tenu de l'observation générale n° 1, elle doit dès lors être omise.

2. L'article 5, § 2, de l'avant-projet met en œuvre une faculté offerte par l'article 7, f), alinéa 2, du règlement (UE) n° 910/2014, selon lequel :

« Pour les parties utilisatrices autres que des organismes du secteur public, l'État membre notifiant peut définir les conditions d'accès à cette authentification. Cette authentification transfrontalière est fournie gratuitement lorsqu'elle est effectuée en liaison avec un service en ligne fourni par un organisme du secteur public ».

Il convient, lorsque la faculté offerte par cette disposition est mise en œuvre, de s'en tenir à ce que prévoit le règlement (UE) n° 910/2014. En l'espèce, pour éviter toute

⁶ Règlement d'exécution (UE) 2015/1501 de la Commission du 8 septembre 2015 'sur le cadre d'interopérabilité visé à l'article 12, paragraphe 8, du règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur'.

confusion, la disposition en projet devrait comprendre une référence à l'article 7, f), alinéa 2, du même règlement et utiliser la même terminologie. Ainsi, il convient non pas de mentionner l'« instance publique » (non autrement définie), mais bien l'« organisme du secteur public », notion qui est définie à l'article 3.7 du règlement (UE) n° 910/2014⁷.

Par ailleurs, le commentaire de l'article précise que « comme l'impact en la matière sur les données à caractère personnel est évident, on demandera à ce sujet l'avis de la Commission de la protection de la vie privée »⁸. L'exigence d'un tel avis n'apparaît pas dans le dispositif en projet. Cette discordance doit être levée.

Article 6

En prévoyant que « [t]oute instance publique belge détermine les niveaux de garantie exigés pour accéder à ses services en ligne », l'article 6, § 1^{er}, de l'avant-projet reproduit un dispositif qui résulte du règlement (UE) n° 910/2014, ce qui ne peut être admis comme cela est exposé plus haut à l'observation générale n° 1. Par ailleurs, l'obligation imposée d'avertir le Service public fédéral Technologies de l'Information et de la Communication (lire « le service désigné par Roi ») découle naturellement de l'article 9 de l'avant-projet qui est relatif au « guichet unique ».

L'article 6, § 2, règle essentiellement des questions d'organisation interne à l'administration. Il n'a donc pas sa place dans un dispositif légal.

Pour ces raisons, l'article sera omis.

Article 7

Le paragraphe 1^{er} vise uniquement à préciser quel est le service public qui sera chargé de l'obligation de transmettre certaines données au « nœud » d'un autre État membre. Compte tenu de l'observation générale n° 2, cette disposition sera omise.

Compte tenu également de cette même observation générale n° 2, les paragraphes 2 et 3, s'ils doivent être maintenus en tant qu'ils investissent le Roi de l'habilitation nécessaire à autoriser le service qu'il désigne d'avoir accès aux données du Registre national, doivent être expurgés des mots « Service public fédéral Technologies de l'Information et de la Communication » pour les remplacer par ceux de « service désigné par le Roi ».

L'article 7 sera revu en conséquence.

⁷ « Un État, une autorité régionale ou locale, un organisme de droit public ou une association constituée d'une ou de plusieurs de ces autorités ou d'un ou de plusieurs de ces organismes de droit public, ou une entité privée mandatée par au moins un ou une de ces autorités, organismes, ou associations pour fournir des services publics lorsqu'elle agit en vertu de ce mandat ».

⁸ Ceci fait sans doute écho à l'avis 48/2016 de la Commission de protection de la vie privée dans lequel elle estimait impossible actuellement d'évaluer l'impact que cela aurait au niveau du traitement de données à caractère personnel et précisait ce qui suit : « Il serait dès lors préférable de recueillir préalablement l'avis de la Commission concernant cet arrêté royal » (p. 5).

Article 8

1. L'article 10 du règlement (UE) n° 910/2014 prévoit les mesures applicables (suspension, révocation, retrait) lorsque la fiabilité de l'authentification transfrontalière est affectée par une atteinte ou une altération partielle du schéma d'identification électronique ou de l'authentification en ligne.

L'article 8, § 5, de l'avant-projet concerne cette hypothèse, tandis que les paragraphes 3, 4 et 6 permettent, de manière plus générale, d'imposer toute une série de mesures à la partie qui délivre un moyen d'identification électronique ou qui gère une procédure d'authentification, en cas de non respect des exigences du règlement (UE) n° 910/2014 ou de la loi en projet.

Dès lors que le règlement (UE) n° 910/2014 a notamment pour objectif « de lever les obstacles existants à l'utilisation transfrontalière des moyens d'identification électronique employés dans les États membres pour s'identifier »⁹, il ne semble pas autoriser les États membres à prévoir, complémentaiement aux mesures de sanctions prévues par l'article 10 du règlement (UE) n° 910/2014 en cas d'atteinte à la sécurité, d'autres mesures visant à sanctionner tout manquement aux dispositions de ce règlement (et encore moins à autoriser le Roi à déterminer d'autres mesures complémentaires).

Par contre, rien ne s'oppose à ce que le texte en projet prévoie des mesures préparatoires ou accessoires aux mesures de suspension, de révocation ou de retrait.

L'article 8, §§ 3, 4 et 6, sera réexaminé en conséquence.

2. Compte tenu de l'observation générale n° 2, il n'y a pas lieu de viser le ministre ou son « mandataire », mais bien le Roi, à qui il appartiendra de déléguer éventuellement ses compétences.

Section 2

La version néerlandaise de l'intitulé doit être corrigée.

Article 12

1. L'article 12 tend à permettre d'agréer des services d'identification électronique développés par des organismes du secteur privé afin d'accéder à des applications publiques numériques en Belgique (§ 1^{er}). Les fournisseurs de ces services pourraient éventuellement bénéficier d'un régime d'indemnités à déterminer par le Roi (§ 8).

⁹ Considérant 12.

Le commentaire de l'article évoque le contexte de la disposition, à côté des différentes possibilités d'identification existantes basées sur l'utilisation de la carte d'identité électronique, laquelle nécessite l'usage d'un lecteur de carte :

« Dans un monde numérique en évolution rapide dans lequel le citoyen souhaite entrer en contact avec l'administration de différentes manières et à partir de plusieurs appareils, y compris des appareils mobiles comme des tablettes et des smartphones, l'administration doit relever le défi consistant à ouvrir à ces nouveaux appareils mobiles l'offre croissante d'applications publiques numériques ».

Le commentaire de l'article précise à cet égard que le service désigné par le Roi pourra « agréer des services d'authentification basés ou non sur des moyens d'identification électronique mobiles afin que ces services agréés puissent permettre aux citoyens d'accéder via le service fédéral d'authentification aux applications publiques numériques en Belgique ».

S'agissant de la conception d'applications numériques développées pour l'administration et ultérieurement mises à la disposition des citoyens, la section de législation s'interroge sur le mécanisme mis en place. Si l'administration sollicite la fourniture d'une application et qu'elle en paie le prix, l'opération est appelée à se réaliser dans la cadre de la législation sur les marchés publics. Dans cette hypothèse, la section de législation se demande si les « conditions d'agrément à fixer par le Roi », parmi lesquelles « au moins [...] les caractéristiques fonctionnelles et techniques, le respect de la vie privée et d'exigences de sécurité, la gestion des services ainsi que les caractéristiques juridiques et économiques » sont concernées, ne constituent pas les spécifications techniques d'un cahier spécial des charges.

Interrogée sur le mécanisme d'« éventuel régime d'indemnités relatif au paiement des services d'identification électronique agréés [...] fixé par le Roi », la fonctionnaire déléguée a notamment fourni les explications suivantes :

« De erkende aanbieders van diensten voor elektronische identificatie kunnen vergoed worden.

De vergoedingsregeling krijgt vorm als een dienstenconcessie, niet als een overheidsopdracht.

De eventuele vergoeding gebeurt aan de hand van het aantal door de erkende aanbieder verrichte aanmeldingen in het vorige jaar. De vergoedingsregeling moet zich beperken tot een minimale onkostenvergoeding. De aanbieder is blootgesteld aan de vraag door de eindgebruikers die niet zeker is. Er is dus een mogelijkheid dat gedane investeringen en kosten niet kunnen worden terugverdiend.

Dit houdt in dat het substantieel exploitatierisico bij de erkende aanbieder ligt ».

Dans cette autre hypothèse, la mise à disposition « d'applications publiques numériques » semble fonctionner sur la base de concessions, lesquelles sont soumises au régime de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'.

Le commentaire de la disposition examinée est peu clair à cet égard. Est aussi incertaine la réponse à la question de savoir à charge de qui sont mises les indemnités dont il est question à l'article 12, § 8, de l'avant-projet et à qui elles sont payées.

Enfin, s'il s'agit d'applications numériques développées par des agents économiques rémunérés par les utilisateurs, la section de législation rappelle que la mise en place d'un régime d'agrément doit être conforme à la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur' et aux dispositions qui en ont assuré la transposition en droit belge.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de préciser dans le commentaire de l'article la nature du mécanisme qu'il entend mettre en place. Une fois ce choix opéré, il lui appartient encore de vérifier sa conformité aux règles de droit communautaire, tout en veillant à ne pas recopier ou paraphraser les règlements qui seraient applicables.

Le texte sera réexaminé et rédigé en conséquence.

2. Aux paragraphes 1^{er} et 2, pour éviter toute source de confusion, les termes « instances publiques » seront remplacés par les termes « organismes du secteur public ».

*

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.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1.1. Luidens artikel 2 van het voorliggende voorontwerp van wet strekt deze wet er inzonderheid toe uitvoering te geven aan “hoofdstuk II (elektronische identificatie) van verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG” (hierna “verordening (EU) nr. 910/2014” genoemd).

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 wanneer bij een verordening bepaalde uitvoeringsmaatregelen aan de lidstaten worden opgedragen of de betrokken verordening enige ruimte laat voor het nemen van zulke uitvoeringsmaatregelen, betekent die rechtstreekse toepasselijkheid dat geen optreden van de lidstaten vereist is om de bepalingen ervan te integreren in hun interne rechtsorde. Bepalingen van een verordening moeten inzonderheid niet worden omgezet in het interne recht van de lidstaten. Niet alleen is een dergelijke werkwijze overbodig op het normatieve vlak aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien houdt ze het gevaar in dat verwarring ontstaat inzake het rechtskarakter van het in de internrechtelijke regeling opgenomen voorschrift en onder meer over de bevoegdheid van het Hof van Justitie van de Europese Unie om kennis te nemen van alle betwistingen in verband met de voorschriften van de verordening. Ook kan deze werkwijze verwarring doen ontstaan over het tijdstip van inwerkingtreding van de betrokken normen.¹

Het overnemen van bepalingen van een EU-verordening in een internrechtelijke regeling kan dan ook alleen worden gedoogd in zoverre dat noodzakelijk is voor de leesbaarheid van eventuele internrechtelijke uitvoeringsmaatregelen, in welk geval een verwijzing naar de betreffende bepaling van de verordening het aangewezen middel zal zijn om de aard van die bepaling herkenbaar te houden (“Overeenkomstig artikel ... van verordening ...”).²

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

¹ HvJ 7 februari 1973, *Commissie v. Italië*, punt 17, *Jur.* 1973, 101.

² Zie inzonderheid advies 54.817/VR, gegeven op 13 januari 2014 over een voorontwerp van wet 'houdende instemming met het Samenwerkingsakkoord van 27 februari 2014 tussen de Federale Staat, het Vlaamse Gewest, Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreffende de oprichting van een vergunningscoördinerend

1.2. Sommige bepalingen van het voorontwerp strekken er inderdaad toe ervoor te zorgen dat verordening (EU) nr. 910/2014 volledig uitwerking kan hebben, maar dat betekent nog niet dat het voorontwerp de gehele verordening “uitvoert”. Teneinde elk misverstand op dat punt te voorkomen, moet het gebruik van het werkwoord “uitvoeren” zowel in het voorliggende dispositief als in de memorie van toelichting en in de artikelsgewijze bespreking geweerd worden. De memorie van toelichting en de artikelsgewijze bespreking moeten herzien worden zodat duidelijk blijkt in welk opzicht het voorliggende dispositief de volledige tenuitvoerlegging van de verordening in het Belgische interne recht regelt.

Zo ook mag niet vermeld worden dat het voorontwerp iets “toevoegt” aan verordening (EU) nr. 910/2014, aangezien deze op zich volstaat. Het zou beter zijn die “toevoegingen” eveneens te kaderen in de volledige tenuitvoerlegging van de verordening en, indien nodig, uit te leggen waarom het dispositief van het voorontwerp, daar waar dit verder reikt dan de verordening, toch geen inbreuk maakt op die verordening.

Het voorontwerp voorziet daarentegen niet in een aantal bepalingen die evenwel noodzakelijk zouden kunnen zijn om verordening (EU) nr. 910/2014 concreet ten uitvoer te leggen in het Belgische interne recht.

Dat is het geval met het toezichthoudend orgaan, waarvan de oprichting en de samenstelling moeten worden geregeld, aangezien de steller van het voorontwerp de bedoeling zou hebben om aan dat orgaan bijzondere prerogatieven te verlenen zodat het gemachtigd zou zijn om verplichtingen op te leggen aan derden.

Zo wordt bij het voorontwerp ook geen enkele sanctie opgelegd, terwijl het naar luid van artikel 16 van verordening (EU) nr. 910/2014 aan de lidstaten staat om “de voorschriften inzake de sancties die van toepassing zijn op inbreuken op deze verordening” vast te stellen. De vraag rijst of de steller van het voorontwerp van oordeel is dat binnen het geheel van de Belgische rechtsregels een toereikende sanctieregeling voorhanden is om aan die verplichting te voldoen. Indien dat het geval is, moet in de memorie van toelichting gepreciseerd worden waaruit die regeling bestaat en waarom ze toereikend geacht wordt. Zo niet, moet het voorontwerp aangevuld worden.

2. De artikelen 6, 7 en 9 tot 12 hebben betrekking op federale overheidsdiensten die bij naam genoemd worden, en meer bepaald op de federale overheidsdienst Informatie- en Communicatietechnologie, waaraan verschillende uitvoeringstaken rechtstreeks opgedragen worden.

Er wordt op gewezen dat, luidens artikel 37 van de Grondwet, de federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, bij de Koning berust. Daaruit volgt dat de regeling van de organisatie en de werkwijze van de bestuursdiensten zaak is van de Koning. Van dit beginsel kan de wetgever slechts afwijken wanneer daartoe een dwingende reden

bestaat, bijvoorbeeld wanneer een hogere rechtsnorm daartoe zou verplichten of wanneer dit ingrijpen zijn reden vindt in het vrijwaren van de rechten van de burger.³

Het is derhalve in beginsel de werkwijze waarbij de met de uitvoering van wetsbepalingen belaste organen op een generieke wijze worden aangewezen, die moet worden gevolgd, bijvoorbeeld door de woorden “door de Koning aangewezen dienst” te gebruiken.

3. De opzet van het voorontwerp behoort dan ook grondig te worden herzien teneinde met deze opmerkingen rekening te houden. Met het oog daarop zullen in de bijzondere opmerkingen nog preciseringen gegeven worden.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 2

Artikel 2 van het voorontwerp strekt er alleen toe de twee hoofdlijnen van de inhoud van het ontworpen dispositief te schetsen. Gelet op algemene opmerking 1, behoort een hoofdstuk van verordening (EU) nr. 910/2014 bovendien niet als zodanig uitgevoerd worden.

Om die redenen is de bepaling zinloos en dient ze te vervallen.

Artikel 3

1. In artikel 3, § 1, 4°, is er sprake van een toezichthoudend orgaan “bestaande uit experts van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, van de Federale Overheidsdienst Economie, KMO, Middenstand en Energie en van de Federale Overheidsdienst Informatie- en Communicatietechnologie.” Het zou belast zijn met het “toezicht op de door de overheid aangemelde stelsels voor elektronische identificatie.”⁴

In beginsel worden de nadere regels voor de samenstelling en de taken van een orgaan dat wordt opgericht, niet opgenomen in de bepaling waarin het orgaan wordt gedefinieerd. Het is dan ook beter zich er in artikel 3, § 1, 4°, toe te bepalen het toezichthoudend orgaan te definiëren als “het orgaan bedoeld in artikel 8” en het principe van de oprichting en de samenstelling ervan op te nemen in artikel 8, dat meer bepaald de taken van dat orgaan bepaalt.

³ Zie inzonderheid advies 54.929/3, gegeven op 29 januari 2014 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 25 april 2014 ‘tot aanpassing in de fiscale wetgeving van de benamingen van de administraties van de Federale Overheidsdienst Financiën en houdende verscheidene andere wetswijzigingen’ (*Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3420, 24-26).

⁴ Verordening (EU) nr. 910/2014 voorziet weliswaar niet uitdrukkelijk in de oprichting van een dergelijk toezichthoudend orgaan, maar zoals te lezen staat in de bespreking van het artikel, “uit artikel 9, 1, b) van verordening 910/2014 volgt de plicht voor lidstaten om [in] een toezichtregeling te voorzien voor aangemelde stelsels voor elektronische identificatie”.

Wat de samenstelling betreft, mag, gelet op algemene opmerking 2, niet worden gepreciseerd uit welke federale overheidsdiensten de “experten” afkomstig zijn. Aangezien het *in casu* gaat om het aanwijzen van ambtenaren met een zekere expertise op een bepaald domein, en niet om externe experts, is het raadzaam om geen gebruik te maken van het woord “expert” dat verder in de Franse tekst van het voorontwerp trouwens in een andere betekenis gebezigd wordt.⁵

Artikel 3, § 1, 4°, behoort dienovereenkomstig herzien te worden.

2. In hoofdstuk 3 van het voorontwerp wordt gebruikgemaakt van begrippen die gedefinieerd zijn in artikel 2 van uitvoeringsverordening (EU) nr. 2015/1501⁶ (“knooppunt”, “exploitant van een knooppunt”). Er moet bijgevolg ook naar die bepaling verwezen worden. Aangezien in hoofdstuk 4 van het voorontwerp van wet dezelfde terminologie wordt gebruikt als in Europese regelgeving (“elektronische identificatie”, “elektronisch identificatiemiddel”), moet voorts ook naar de definities vervat in die regelgeving verwezen worden voor wat betreft de begrippen die in hoofdstuk 4 gebruikt worden.

Artikel 3, § 2, behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

Artikel 4

Artikel 4 strekt er enkel toe het toepassingsgebied van de hoofdstukken 3 en 4 van het voorontwerp te bepalen. Aangezien hoofdstuk 3 duidelijk deel uitmaakt van het dispositief dat de tenuitvoerlegging van de verordening mogelijk maakt, is het overbodig dat in artikel 4, § 1, te preciseren. Aangezien het toepassingsgebied van hoofdstuk 4 vastgelegd wordt in artikel 11, § 1, is artikel 4, § 2, eveneens overbodig.

Artikel 4 dient te vervallen.

Artikel 5

1. Artikel 5, § 1, van het voorontwerp luidt als volgt:

“Aan de vereiste van een Belgisch elektronisch identificatiemiddel om toegang te krijgen tot een onlinedienst aangeboden door een openbare instantie in België, is voldaan door om het even welk elektronisch identificatiemiddel uitgegeven in een andere lidstaat dat voldoet aan de voorwaarden van artikel 6 van verordening 910/2014”.

⁵ Zie de artikelen 8 en 12.

⁶ Uitvoeringsverordening (EU) 2015/1501 van de Commissie van 8 september 2015 ‘betreffende het interoperabiliteitskader bedoeld in artikel 12, lid 8, van Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt’.

Het betreft een bepaling die ertoe strekt om op algemene wijze te voorzien in de evenwaardigheid van de Belgische elektronische identificatiemiddelen en die welke uitgegeven worden door andere lidstaten en voldoen aan de voorwaarden vastgelegd in artikel 6 van verordening (EU) nr. 910/2014. Die ontworpen bepaling is niet meer dan een parafrase van artikel 6.1 van verordening (EU) nr. 910/2014 en dient dan ook, gelet op algemene opmerking 1, te vervallen.

2. Bij artikel 5, § 2, van het voorontwerp wordt de mogelijkheid ten uitvoer gelegd die geboden wordt bij artikel 7, f), tweede alinea, van verordening (EU) nr. 910/2014, welke bepaling luidt als volgt:

“Voor andere vertrouwende partijen dan openbare instanties mag de aanmeldende lidstaat voorwaarden stellen voor toegang tot die authenticatie. Grensoverschrijdende authenticatie is kosteloos wanneer zij wordt uitgevoerd voor een door een openbare instantie verleende onlinedienst.”

Wanneer de mogelijkheid die bij deze bepaling geboden wordt ten uitvoer wordt gelegd, mag niet afgeweken worden van hetgeen bepaald wordt in verordening (EU) nr. 910/2014. Om alle verwarring te voorkomen zou *in casu* de ontworpen bepaling een verwijzing moeten bevatten naar artikel 7, f), tweede alinea, van dezelfde verordening en zou daarin ook dezelfde terminologie gebezigd moeten worden. Aldus zou in de Franse tekst niet “instance publique” (niet nader gedefinieerd) geschreven moeten worden, maar wel “organisme du secteur public”, welk begrip gedefinieerd wordt in artikel 3.7 van verordening (EU) nr. 910/2014.⁷

In de bespreking van het artikel staat voorts het volgende: “Omdat hier allicht een impact is op het vlak van persoonsgegevens zal hierover het advies gevraagd worden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer”.⁸ Dat zulk een advies vereist is, blijkt niet uit de ontworpen bepaling. Dat gebrek aan overeenstemming moet worden verholpen.

Artikel 6

Door te bepalen dat “[e]lke Belgische openbare instantie (...) de betrouwbaarheidsniveaus vereist voor de toegang tot haar online diensten (bepaalt)”, wordt in artikel 6, § 1, van het voorontwerp, een bepaling weergegeven die voortvloeit uit verordening (EU) nr. 910/2014, hetgeen niet kan worden toegestaan, zoals ook hiervoor wordt uitgelegd in algemene opmerking 1. De verplichting om de federale overheidsdienst Informatie- en Communicatietechnologie (lees: “de door de Koning aangewezen dienst”) te informeren vloeit

⁷ « Un État, une autorité régionale ou locale, un organisme de droit public ou une association constituée d'une ou de plusieurs de ces autorités ou d'un ou de plusieurs de ces organismes de droit public, ou une entité privée mandatée par au moins un ou une de ces autorités, organismes, ou associations pour fournir des services publics lorsqu'elle agit en vertu de ce mandat ».

⁸ Daarmee wordt wellicht gevolg gegeven aan advies 48/2016 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer waarin deze van oordeel was dat “het (...) momenteel voor de Commissie onmogelijk (is) in te schatten wat voor impact dit zal hebben op het vlak van verwerking van persoonsgegevens” en het volgende gesteld heeft: “M.b.t. dit koninklijk besluit wordt dan ook best voorafgaandelijk het advies van de Commissie ingewonnen”. (blz. 5).

daarenboven automatisch voort uit artikel 9 van het voorontwerp waarin bepaald wordt dat deze overheidsdienst wordt aangewezen als “één loket”.

Artikel 6, § 2, regelt in hoofdzaak kwesties die de interne organisatie van het bestuur betreffen. Het hoort dan ook niet thuis in een wettelijke regeling.

Om die redenen behoort het artikel te vervallen.

Artikel 7

Paragraaf 1 strekt er enkel toe te bepalen welke overheidsdienst belast wordt met de verplichting om bepaalde gegevens door te geven aan het “knooppunt” van een andere lidstaat. Gelet op algemene opmerking 2 dient deze bepaling te vervallen.

Mede rekening houdend met diezelfde algemene opmerking 2 behoren in de paragrafen 2 en 3, die behouden moeten blijven in zoverre ze de Koning de noodzakelijke machtiging verlenen om de dienst die hij aanwijst toegang te geven tot de gegevens van het Rijksregister, de woorden “federale overheidsdienst Informatie- en Communicatietechnologie” te worden geschrapt en vervangen te worden door de woorden “door de Koning aangewezen dienst”.

Artikel 7 moet dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 8

1. Artikel 10 van verordening (EU) nr. 910/2014 bepaalt welke maatregelen (opschorting, intrekking) van toepassing zijn wanneer de betrouwbaarheid van de grensoverschrijdende authenticatie in het gedrang komt door een “inbreuk op” of een gedeeltelijke schending van de integriteit van het stelsel voor elektronische identificatie of de onlineauthenticatie.

Artikel 8, § 5, van het voorontwerp heeft betrekking op dat geval, terwijl in de paragrafen 3, 4 en 6 op meer algemene wijze voorzien wordt in de mogelijkheid om een hele reeks maatregelen op te leggen aan de partij die een elektronische identificatiemiddel uitgeeft of die een authenticatieprocedure uitvoert, ingeval de voorschriften van verordening (EU) nr. 910/2014 of van de ontworpen wet niet worden nageleefd.

Aangezien verordening (EU) nr. 910/2014 onder meer strekt tot “het wegnemen van bestaande belemmeringen voor het grensoverschrijdende gebruik van elektronische identificatiemiddelen die in de lidstaten worden gebruikt”⁹, lijkt deze de lidstaten niet te machtigen om, naast de strafmaatregelen waarin voorzien wordt bij artikel 10 van verordening (EU) nr. 910/2014 in geval van inbreuk op de beveiliging, ook in andere maatregelen te voorzien om iedere schending van de bepalingen van deze verordening te bestraffen (en lijkt deze al helemaal niet de Koning te machtigen om andere aanvullende maatregelen vast te stellen).

⁹ Overweging 12.

Daarentegen staat niets eraan in de weg dat in de ontworpen tekst voorzien wordt in maatregelen ter voorbereiding van de maatregelen tot opschorting of intrekking of in bijkomstige maatregelen in dat verband.

Artikel 8, §§ 3, 4 en 6, moet derhalve in het licht hiervan opnieuw worden onderzocht.

2. Gelet op algemene opmerking 2, behoort niet verwezen te worden naar de minister of diens gemachtigde, maar wel naar de Koning die zijn bevoegdheden eventueel kan overdragen.

Afdeling 2

De Nederlandse tekst van het opschrift moet worden gecorrigeerd.

Artikel 12

1. Artikel 12 strekt ertoe de erkenning mogelijk te maken van diensten voor elektronische identificatie die ontwikkeld zijn door instellingen uit de privé-sector om toegang te krijgen tot digitale overheidstoepassingen in België (§ 1). De aanbieders van deze diensten zouden eventueel in aanmerking kunnen komen voor een vergoedingsregeling die door de Koning moet worden bepaald (§ 8).

In de bespreking van het artikel wordt de context van de bepaling geschetst en de verschillende bestaande mogelijkheden van identificatie genoemd die steunen op het gebruik van de elektronische identiteitskaart, waarvoor het gebruik van een kaartlezer vereist is:

“In een snel evoluerende digitale wereld waar de burger op verschillende manieren en vanop verschillende toestellen, met inbegrip van mobiele toestellen zoals tablets en smartphones, in contact wenst te treden met de overheid, staat de overheid voor de uitdaging het groeiend aanbod van digitale overheidstoepassingen eveneens open te stellen voor deze nieuwe mobiele toestellen”.

In de bespreking van het artikel wordt in dat verband gesteld dat de dienst die door de Koning wordt aangewezen “authenticatiediensten, al dan niet gebaseerd op mobiele middelen voor elektronische identificatie, kan erkennen zodat deze erkende diensten burgers toegang mogen geven via de federale authenticatiedienst tot digitale overheidstoepassingen in België”.

Aangezien het gaat om de ontwikkeling van digitale toepassingen voor het bestuur die later ook ter beschikking worden gesteld van de burgers, stelt de afdeling Wetgeving zich vragen bij de werkwijze waarin wordt voorzien. Indien het bestuur de levering van een toepassing vraagt en het de prijs daarvoor betaalt, moet die transactie plaatsvinden in het kader van de wetgeving op de openbare aanbestedingen. In dat geval vraagt de afdeling Wetgeving zich af of “de door de Koning vast te stellen voorwaarden voor erkenning”, waaronder “minstens (de) functionele en technische kenmerken, (het) respect voor de persoonlijke levenssfeer en (de) invulling van veiligheidsvereisten, (het) dienstverleningsbeheer en (de) juridische en economische kenmerken”, niet de technische voorschriften uitmaken van een bestek.

Om uitleg gevraagd over een “eventuele vergoedingsregeling voor betaling van erkende diensten voor elektronische identificatie (...) vastgesteld door de Koning”, heeft de gemachtigde ambtenaar inzonderheid de volgende toelichtingen verstrekt:

“De erkende aanbieders van diensten voor elektronische identificatie kunnen vergoed worden.

De vergoedingsregeling krijgt vorm als een dienstenconcessie, niet als een overheidsopdracht.

De eventuele vergoeding gebeurt aan de hand van het aantal door de erkende aanbieder verrichte meldingen in het vorige jaar. De vergoedingsregeling moet zich beperken tot een minimale onkostenvergoeding. De aanbieder is blootgesteld aan de vraag door de eindgebruikers die niet zeker is. Er is dus een mogelijkheid dat gedane investeringen en kosten niet kunnen worden terugverdiend.

Dit houdt in dat het substantieel exploitatierisico bij de erkende aanbieder ligt”.

In dit andere geval lijkt het ter beschikking stellen van “digitale overheidstoepassingen” te geschieden op grond van concessies die vallen onder de regeling van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.

De bespreking van de thans voorliggende bepaling is onduidelijk op dat punt. Het antwoord op de vraag wie de vergoedingen moet betalen waarvan sprake in artikel 12, § 8, van het voorontwerp en aan wie deze worden betaald, is eveneens onduidelijk.

Indien het ten slotte gaat om digitale toepassingen die ontwikkeld werden door economische actoren die door de gebruikers worden vergoed, herinnert de afdeling Wetgeving eraan dat de invoering van een erkenningsregeling in overeenstemming moet zijn met richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ en met de bepalingen waarbij die richtlijn is omgezet in het Belgisch recht.

Het staat aan de steller van het voorontwerp om in de bespreking van het artikel de aard van de regeling die hij wil invoeren te preciseren. Zodra die keuze is gemaakt, dient hij deze ook te toetsen aan de regels van het Gemeenschapsrecht, waarbij hij erop dient toe te zien dat hij de verordeningen die van toepassing zouden zijn niet overneemt of parafraseert.

De tekst moet opnieuw worden onderzocht en dienovereenkomstig worden gesteld.

2. Teneinde elke mogelijke verwarring te vermijden behoren in de Franse tekst van de paragrafen 1 en 2 de woorden “instances publiques” vervangen te worden door de woorden “organismes du secteur public”.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY