



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 66.672/4
du 25 novembre 2019

advies 66.672/4
van 25 november 2019

sur

over

un projet d'arrêté ministériel
'portant exécution de
l'article 6, § 3, alinéa 2, et de
l'article 10*bis*, alinéa 2, 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'

een ontwerp van ministerieel
besluit 'tot uitvoering van
artikel 6, § 3, tweede lid, en
artikel 10*bis*, tweede lid, van
het koninklijk besluit van
9 januari 2003 houdende
modaliteiten voor de wettelijke
medewerkingsplicht bij
gerechtelijke vorderingen met
betrekking tot elektronische
communicatie'

Le 24 octobre 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Agenda numérique, des Télécommunications et de la Poste, chargé de la Simplification administrative, de la Lutte contre la fraude sociale, de la Protection de la vie privée et de la Mer du Nord à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté ministériel 'portant exécution de l'article 6, § 3, alinéa 2, et de l'article 10*bis*, alinéa 2, 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'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 25 novembre 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

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 Wanda VOGEL.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 novembre 2019.

*

Op 24 oktober 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post, belast met Administratieve Vereenvoudiging, Bestrijding van de sociale fraude, Privacy en Noordzee verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit 'tot uitvoering van artikel 6, § 3, tweede lid, en artikel 10*bis*, tweede lid, van het koninklijk besluit van 9 januari 2003 houdende modaliteiten voor de wettelijke medewerkingsplicht bij gerechtelijke vorderingen met betrekking tot elektronische communicatie'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 25 november 2019. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Bernard BLERO en Wanda VOGEL, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessor, en Charles-Henri VAN HOVE, toegevoegd 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 Wanda VOGEL.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 november 2019.

*

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence du ministre se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le ministre peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier une disposition réglementaire.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. Plusieurs formalités préalables ont été accomplies à des dates anciennes, à savoir le 2 avril 2014 en ce qui concerne l'avis n° 27/2014 de la Commission de la protection de la vie privée, le 16 septembre 2014 pour l'avis de l'IBPT, la période du 18 juillet au 31 août 2016 pour la consultation publique organisée par l'IBPT, et la notification du 26 juillet 2016 à la Commission européenne – qui n'a donné lieu à aucune réaction de la Commission.

L'accomplissement d'une formalité préalable à une date de loin antérieure à la saisine de la section de législation ne constitue pas en soi une difficulté.

Elle peut toutefois poser problème lorsque, entre l'accomplissement de la formalité et la saisine de la section de législation et à fortiori de l'adoption du texte projeté, les circonstances de droit ou de fait ont changé ou présentent le risque de s'être modifiées.

2.1. En l'espèce, les dates d'accomplissement de deux formalités requises s'avèrent problématiques, pour les motifs suivants.

2.2. S'agissant de l'avis de la Commission de la protection de la vie privée, il y a lieu d'avoir égard au fait que le cadre juridique en matière de protection de la vie privée a fondamentalement été modifié, que ce soit au niveau européen, par l'adoption du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)' ou au niveau de droit interne, par l'adoption de la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données' et l'adoption de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', dont l'article 280 a abrogé la loi du 8 décembre 1992 'relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel'.

La comparaison des instruments juridiques européens et internes abrogés avec les instruments juridiques qui leur ont succédé montre que la modification du cadre juridique ainsi intervenue s'avère fondamentale et ne présente donc pas un caractère purement formel qui se limiterait, par exemple, à substituer simplement l'Autorité de protection des données instituée par la loi du 3 décembre 2017 à la Commission de la protection de la vie privée créée par les articles 23 et suivants de la loi du 8 décembre 1992.

Dans ce contexte, dès lors que l'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679, combiné avec l'article 2 de la loi du 30 juillet 2018, prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017, dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement, il convient de soumettre le texte en projet pour avis à l'Autorité de protection des données.

2.3. La consultation publique tenue du 18 juillet 2016 au 31 août 2016 a suscité certaines réactions.

Il résulte des informations transmises par le délégué que certaines dispositions de l'arrêté en projet y ont été insérées à la suite d'observations formulées par un opérateur déterminé, à l'occasion de cette consultation publique, observations qui reposent sur des aspects éminemment techniques.

Sous réserve des observations particulières qui seront faites ci-après à propos des dispositions ainsi ajoutées au projet original, la question se pose de savoir, dans un secteur où la technologie évolue de manière extrêmement rapide, si, d'une part, les observations faites à l'occasion d'une consultation publique réalisée plus de trois ans avant la saisine de la section de législation demeurent d'actualité, et si, d'autre part, le texte en projet n'appellerait pas d'autres observations que celles formulées il y a plus de trois ans.

Sauf à l'auteur du projet d'être en mesure de démontrer que cette question, en ses deux branches, appelle une réponse négative, il convient de tenir une nouvelle consultation publique ¹.

¹ Voir, sur le caractère obligatoire de cette consultation, l'article 14 de la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques' (directive « autorisation »), appelé à être remplacé par les articles 18 et 19 de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'établissant le code des communications électroniques européen' (délai de transposition expirant le 21 décembre 2020 - articles 124 et 125 de la directive (UE) 2018/1972).

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

1. Les dispositions légales ou réglementaires qui constituent le fondement juridique d'un arrêté réglementaire doivent être mentionnées avec l'ensemble de leurs modifications encore en vigueur et en précisant s'il s'agit d'une insertion ou d'une modification ².

Les alinéas 1^{er} à 3 seront complétés en conséquence.

2. L'article 6 de la loi du 15 décembre 2013 'portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative' dispose comme suit :

« § 1^{er}. Chaque membre du gouvernement procède, dans les conditions fixées par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres, à l'analyse d'impact visée à l'article 5 des avant-projets de loi et des projets d'arrêtés royaux ou ministériels qui relèvent de sa compétence et pour lesquels l'intervention du Conseil des ministres est requise par une disposition légale ou réglementaire.

§ 2. Chaque membre du gouvernement peut procéder à l'analyse d'impact visée à l'article 5 des avant-projets de loi, des projets d'arrêtés royaux ou ministériels, des circulaires et des décisions qui relèvent de sa compétence et pour lesquels l'intervention du Conseil des ministres n'est pas requise, dans les mêmes conditions que celles visées au § 1^{er} ».

Il en résulte que seuls les arrêtés pour lesquels l'intervention du Conseil des ministres est requise par une disposition légale ou réglementaire, doivent faire l'objet d'une analyse d'impact.

Tel n'est pas le cas de l'arrêté ministériel en projet.

Par conséquent, l'analyse d'impact réalisée en l'espèce n'étant pas une formalité obligatoire, elle n'a pas à être mentionnée au préambule sous la forme d'un visa mais peut l'être sous la forme d'un considérant.

Le préambule sera revu en conséquence.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

Au paragraphe 2, *in fine*, de l'accord du délégué, le mot « calendrier » sera omis.

² Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 27.c) et formules F 3-2-1 à F 3-2-8.

Article 3

1. L'article 3 de l'arrêté en projet est rédigé comme suit :

« L'article 1^{er} n'est pas applicable aux centrales fonctionnant comme réseau numérique à intégration de services (RNIS), ni aux services mobiles qui utilisent ces centrales pour la configuration de groupes fermés d'utilisateurs, d'un opérateur d'un réseau de communications électroniques ou d'un fournisseur d'un service de communications électroniques.

Pour les plateformes d'interception d'e-mails, ces opérateurs et ces fournisseurs mettent en place la mémoire tampon en fonction des possibilités techniques conformes aux standards ETSI et en concertation avec le NTSU-CTIF ».

Cette disposition prévoit donc deux régimes dérogatoires à celui prévu par l'article 1^{er} du projet.

Il appartient à l'auteur du projet d'être en mesure d'établir les motifs susceptibles de justifier raisonnablement, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, ces deux dérogations au régime général mis en place par l'article 1^{er} du projet.

2. Sur ce point, il ressort des explications communiquées par le délégué que le régime mis en place par le premier alinéa de l'article 3 a été introduit pour tenir compte de la demande d'un opérateur qui, dans sa lettre du 31 aout 2016 à l'IBPT, a exposé :

« Bovendien, stelt zich de vraag of deze aanpassingen ook in onze oude systemen moeten doorgevoerd worden :

– Zo gebruiken we vandaag voor PTSN en R4 mobile diensten een klassieke E1 verbinding naar de autoriteiten waarvoor geen buffering voorzien is. Pas na de migratie VoIP zouden we ook buffering kunnen voorzien voor spraakdiensten. De oude systemen zullen dus geen buffering voorzien. Gezien de hoge betrouwbaarheid van de E1 verbindingen, is een buffering volgens ons niet noodzakelijk ».

Quant au régime mis en place par le second alinéa de l'article 3, selon le délégué, il a été introduit pour tenir compte de la demande du même opérateur qui, dans sa lettre du 31 aout 2016 à l'IBPT a fait valoir :

« Bovendien, stelt zich de vraag of deze aanpassingen ook in onze oude systemen moeten doorgevoerd worden :

[...]

– Verder beschikken we voor e-mail over een oud niet-ETSI platform en een nieuwe ETSI compliant platform. Het oude platform zullen we op termijn afbouwen en zullen we dus niet voorzien van buffering ».

Toujours selon les explications du délégué :

1° « Les opérateurs et les fournisseurs des services d'email sont dépendants des possibilités techniques des réseaux et fournisseurs sous-jacents qui supportent leurs services d'email. Ainsi, ils ne contrôlent pas certaines limitations techniques qui en résultent » ;

2° « Vanwege de zeer brede variatie aan interceptiesystemen en de technische complexiteit ervan is een generieke verwoording beter om de problematiek met de operator [te] kunnen regelen. Elke meer specifieke beschrijving van werking, protocollen of andere technische omstandigheden, houdt immers een risico in dat bepaalde gevallen worden vergeten en dat net in die gevallen NTSU-CTIF niet in de mogelijkheid zou zijn om de samenwerkingswijze overeen te komen met de operator ».

3. Faute d'une connaissance particulière des aspects éminemment techniques relevant de la matière des communications électroniques qu'envisage le projet d'arrêté et des données concrètes à prendre en considération, et n'ayant par ailleurs pas la possibilité juridique d'organiser un débat contradictoire à ce sujet, la section de législation ne peut que prendre acte des explications données, sans pouvoir se prononcer de manière tranchée sur la pertinence et l'admissibilité juridique des systèmes dérogatoires prévus par l'article 3 du projet.

Il convient toutefois à tout le moins d'insister sur le fait qu'une disposition ne peut être insérée dans un texte de nature réglementaire pour le seul motif que cette insertion répondrait à la demande d'un opérateur. Encore l'auteur du projet doit-il lui-même avoir apprécié la réalité, en fait, des éléments invoqués par l'opérateur, ainsi que la pertinence, l'opportunité et la nécessité de l'insertion de la disposition concernée.

L'article 3 sera réexaminé à la lumière de cette observation.

Article 4

Dans la logique de la disposition à l'examen, l'article 3 du projet devrait entrer en vigueur à la même date que l'article 1^{er}.

L'article 4 sera revu et complété en conséquence.

*

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van de minister beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of het ontwerp onder die beperkte bevoegdheid valt, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van alle feitelijke gegevens die de minister in aanmerking kan nemen als hij moet beoordelen of het nodig is een verordening vast te stellen of te wijzigen.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

1. Meerdere voorafgaande vormvereisten zijn relatief lang geleden vervuld: het advies nr. 27/2014 van de Commissie voor de Bescherming van de persoonlijke levenssfeer is gegeven op 2 april 2014, het advies van het BIPT is verstrekt op 16 september 2014, de openbare raadpleging georganiseerd door het BIPT heeft plaatsgevonden van 18 juli tot 31 augustus 2016 en de kennisgeving aan de Europese Commissie dateert van 26 juli 2016 – zonder enige reactie vanwege de Commissie.

Dat een voorafgaand vormvereiste vervuld is op een datum die het moment van de adiëring van de afdeling Wetgeving lang voorafgaat, vormt op zich geen bezwaar.

Zulks kan echter wel een probleem opleveren wanneer tussen het tijdstip van de vervulling van het vormvereiste en dat van de adiëring van de afdeling Wetgeving, en *a fortiori* van de aanneming van de ontworpen tekst, de juridische of feitelijke omstandigheden veranderd zijn of eventueel een wijziging hebben ondergaan.

2.1. *In casu* zijn de datums waarop twee vormvereisten vervuld zijn problematisch, en wel om volgende redenen.

2.2. In verband met het advies van de Commissie voor de Bescherming van de persoonlijke levenssfeer mag het feit niet uit het oog verloren worden dat het rechtskader inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer fundamenteel gewijzigd is, zowel op Europees niveau, door de aanneming van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)', als op internrechtelijk niveau, door de aanneming van de wet van 3 december 2017 'tot oprichting van

de Gegevensbeschermingsautoriteit' en de aanneming van de wet van 30 juli 2018 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens', waarvan artikel 280 strekt tot opheffing van de wet van 8 december 1992 'tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens'.

De vergelijking van de opgeheven Europese en interne rechtsinstrumenten met de rechtsinstrumenten die in de plaats ervan gekomen zijn, toont aan dat de aldus tot stand gekomen wijziging van het rechtskader fundamenteel is en dus geen louter formeel karakter heeft waardoor ze zich, bijvoorbeeld, zou beperken tot het eenvoudigweg vervangen van de Commissie voor de Bescherming van de persoonlijke levenssfeer, opgericht bij de artikelen 23 en volgende van de wet van 8 december 1992, door de Gegevensbeschermingsautoriteit, ingesteld bij de wet van 3 december 2017.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679, in combinatie met artikel 2 van de wet van 30 juli 2018, voorziet in een verplichting tot raadpleging van de toezichthoudende autoriteit, te weten de Gegevensbeschermingsautoriteit zoals bedoeld in de wet van 3 december 2017, bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking. In die context dient de ontworpen tekst voor advies voorgelegd te worden aan de Gegevensbeschermingsautoriteit.

2.3. De openbare raadpleging die plaatsgevonden heeft van 18 juli 2016 tot 31 augustus 2016 heeft bepaalde reacties uitgelokt.

Uit de informatie die de gemachtigde van de minister bezorgd heeft, blijkt dat sommige bepalingen van het ontworpen besluit ingevoegd zijn naar aanleiding van de opmerkingen die een welbepaalde operator geformuleerd heeft ter gelegenheid van die openbare raadpleging, welke opmerkingen berusten op uitermate technische aspecten.

Onder voorbehoud van de bijzondere opmerkingen die hierna gemaakt zullen worden met betrekking tot de aldus in het oorspronkelijk ontwerp ingevoegde bepalingen, rijst de vraag of, in een sector waarin de technologie uitermate snel evolueert, enerzijds, de opmerkingen die gemaakt zijn ter gelegenheid van een openbare raadpleging die plaatsgevonden heeft meer dan drie jaar vóór de adiëring van de afdeling Wetgeving up-to-date blijven, en of, anderzijds, de ontworpen tekst geen aanleiding zou geven tot andere opmerkingen dan die welke meer dan drie jaar geleden geformuleerd zijn.

Behalve als de steller van het ontwerp bij machte is aan te tonen dat op die tweeledige vraag ontkennend geantwoord kan worden, dient een nieuwe openbare raadpleging gehouden te worden.¹

¹ In verband met de verplichte aard van die raadpleging zie artikel 14 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 'betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en – diensten (Machtigingsrichtlijn), dat vervangen zal worden door de artikelen 18 en 19 van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 'tot vaststelling van het Europees wetboek voor

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

AANHEF

1. De wettelijke of reglementaire bepalingen die de rechtsgrond vormen van een besluit van reglementaire aard, moeten vermeld worden samen met alle nog van kracht zijnde wijzigingen ervan, waarbij eveneens aangegeven moet worden of het gaat om een invoeging dan wel om een wijziging.²

Het eerste tot het derde lid moeten dienovereenkomstig aangevuld worden.

2. Artikel 6 van de wet van 15 december 2013 ‘houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’ luidt als volgt:

“§ 1. Elk regeringslid voert, volgens de voorwaarden die door de Koning zijn vastgelegd bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de in artikel 5 bedoelde impactanalyse uit van de voorontwerpen van wet en van de ontwerpen van koninklijke of ministeriële besluiten die onder zijn bevoegdheid vallen en waarvoor de tussenkomst van de Ministerraad is vereist door een wettelijke of reglementaire bepaling.

§ 2. Elk regeringslid kan de in artikel 5 bedoelde impactanalyse van de voorontwerpen van wet, de ontwerpen van koninklijke of ministeriële besluiten, omzendbrieven en beslissingen die onder zijn bevoegdheid vallen en waarvoor geen tussenkomst van de Ministerraad is vereist, uitvoeren onder dezelfde voorwaarden als deze bedoeld in § 1.”

Daaruit volgt dat alleen in verband met de besluiten waarvoor bij een wettelijke of reglementaire bepaling de tussenkomst van de ministerraad vereist is, een impactanalyse moet gebeuren.

Zulks doet zich niet voor in het geval van het ontwerp van ministerieel besluit.

Aangezien de *in casu* uitgevoerde impactanalyse geen verplicht vormvereiste is, mag ze niet vermeld worden in de vorm van een lid beginnend met de woorden “Gelet op”, maar wel in de vorm van een overweging.

De aanhef moet dienovereenkomstig herzien worden.

DISPOSITIEF

Artikel 1

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat *in fine* van paragraaf 2 het woord “kalenderjaar” vervangen moet worden door het woord “jaar”.

elektronische communicatie’ (de omzettingstermijn verloopt op 21 december 2020 – artikelen 124 en 125 van richtlijn (EU) 2018/1972).

² *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 27. c) en formules F 3-2-1 tot F 3-2-8.

Artikel 3

1. Artikel 3 van het ontworpen besluit luidt als volgt:

“Artikel 1 is niet van toepassing op de centrales die werken als een digitaal netwerk voor geïntegreerde diensten (ISDN), noch op de mobiele diensten die deze centrales gebruiken voor de configuratie van gesloten gebruikersgroepen, van een operator van een elektronische-communicatienetwerk of van een verstrekker van een elektronische-communicatiedienst.

Voor de platformen voor de onderschepping van e-mail stellen deze operatoren en verstrekkers het buffergeheugen in op basis van de technische mogelijkheden conform de ETSI standaarden en in overleg met de NTSU-CTIF.”

Die bepaling voorziet dus in twee regelingen die afwijken van de regeling bedoeld in artikel 1 van het ontwerp.

De steller van het ontwerp moet bij machte zijn om de redenen op te geven die, in het licht van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie, die twee afwijkingen van de algemene regeling ingesteld bij artikel 1 van het ontwerp redelijkerwijze kunnen rechtvaardigen.

2. Op dat punt blijkt uit de uitleg die de gemachtigde van de minister heeft gegeven dat de bij het eerste lid van artikel 3 ingestelde regeling er gekomen is om rekening te houden met de vraag van een operator die, in zijn brief van 31 augustus 2016 aan het BIPT, het volgende gesteld heeft:

“Bovendien, stelt zich de vraag of deze aanpassingen ook in onze oude systemen moeten doorgevoerd worden:

– Zo gebruiken we vandaag voor PTSN en R4 mobile diensten een klassieke E1 verbinding naar de autoriteiten waarvoor geen buffering voorzien is. Pas na de migratie VoIP zouden we ook buffering kunnen voorzien voor spraakdiensten. De oude systemen zullen dus geen buffering voorzien. Gezien de hoge betrouwbaarheid van de E1 verbindingen, is een buffering volgens ons niet noodzakelijk.”

De regeling ingesteld bij het tweede lid van artikel 3, is volgens de gemachtigde van de minister ingevoerd om rekening te houden met de vraag van dezelfde operator die, in zijn brief van 31 augustus 2016 aan het BIPT, het volgende gesteld heeft:

“Bovendien, stelt zich de vraag of deze aanpassingen ook in onze oude systemen moeten doorgevoerd worden:

[...]

– Verder beschikken we voor e-mail over een oud niet-ETSI platform en een nieuwe ETSI compliant platform. Het oude platform zullen we op termijn afbouwen en zullen we dus niet voorzien van buffering.”

De gemachtigde van de minister heeft daar in dat verband het volgende aan toegevoegd:

1° “Les opérateurs et les fournisseurs des services d'email sont dépendants des possibilités techniques des réseaux et fournisseurs sous-jacents qui supportent leurs services d'email. Ainsi, ils ne contrôlent pas certaines limitations techniques qui en résultent”;

2° “Vanwege de zeer brede variatie aan interceptiesystemen en de technische complexiteit ervan is een generieke verwoording beter om de problematiek met de operator [te] kunnen regelen. Elke meer specifieke beschrijving van werking, protocollen of andere technische omstandigheden, houdt immers een risico in dat bepaalde gevallen worden vergeten en dat net in die gevallen NTSU-CTIF niet in de mogelijkheid zou zijn om de samenwerkingswijze overeen te komen met de operator.”

3. Aangezien de afdeling Wetgeving niet beschikt over bijzondere kennis aangaande de uitermate technische aspecten inzake de in het ontwerpbesluit beoogde elektronische communicatie en de concrete gegevens die in aanmerking genomen moeten worden, en aangezien ze overigens niet de juridische mogelijkheid heeft om daaromtrent een tegensprekelijk debat te organiseren, kan ze alleen maar akte nemen van de gegeven uitleg, zonder zich categorisch te kunnen uitspreken over de relevantie en de juridische toelaatbaarheid van de afwijkende regelingen bedoeld in artikel 3 van het ontwerp.

Er dient evenwel minstens gedrukt te worden op het feit dat een bepaling in een tekst van reglementaire aard niet ingevoegd mag worden alleen maar omdat ze tegemoet zou komen aan de vraag van een operator. Dan nog moet de steller van het ontwerp zelf de feitelijke realiteit hebben beoordeeld van de elementen die door de operator aangevoerd worden, alsook de relevantie, de wenselijkheid en de noodzakelijkheid van de invoeging van de bepaling in kwestie.

Artikel 3 moet herzien worden in het licht van deze opmerking.

Artikel 4

Volgens de logica van de voorliggende bepaling zou artikel 3 van het ontwerp in werking moeten treden op dezelfde datum als artikel 1.

Artikel 4 moet dienovereenkomstig herzien en aangevuld worden.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET