CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 60.213/4
du 26 octobre 2016

sur

un projet d'arrêté royal 'relatif à l'identification de l'utilisateur final de services de communications électroniques publics mobiles fournis sur la base d'une carte prépayée'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 60.213/4
van 26 oktober 2016

over

een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de identificatie van de eindgebruiker van mobiele openbare elektronische-communicatiediensten die worden geleverd op basis van een voorafbetaalde kaart'

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

Le 6 octobre 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 de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'identification de l'utilisateur final de services de communications électroniques publics mobiles fournis sur la base d'une carte prépayée'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 26 octobre 2016. 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 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 26 octobre 2016.

*

Op 6 oktober 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 ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de identificatie van de eindgebruiker van mobiele openbare elektronische- communicatiediensten die worden geleverd op basis van een voorafbetaalde kaart'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 26 oktober 2016. 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 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 26 oktober 2016.

*

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, 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.

EXAMEN DU PROJET

DISPOSITIF

Article 1er

L'article 1er, alinéa 2, de l'arrêté en projet prévoit que celui-ci s'applique notamment aux « cartes prépayées des entreprises étrangères qui sont vendues en Belgique ».

Le rapport au Roi explique comme suit cette définition du champ d'application du projet :

> « Le présent arrêté royal s'applique également aux cartes prépayées d'entreprises étrangères vendues en Belgique. Par 'entreprises étrangères', il faut entendre un 'opérateur étranger' qui, comme un 'opérateur belge', fournit des réseaux ou des services de communications électroniques mais qui ne doit pas se notifier comme opérateur auprès de l'IBPT et qui n'est donc pas considéré comme un opérateur au sens de la LCE. Une notification à l'IBPT de l'opérateur étranger n'est pas nécessaire car le service de communications électroniques de l'opérateur étranger n'est pas fourni en Belgique mais à l'étranger. C'est l'opérateur belge avec lequel l'opérateur étranger a conclu un accord de roaming qui fournit en Belgique le service de communications électroniques à l'utilisateur final qui a acheté la carte prépayée de l'opérateur étranger.
>
> L'entreprise étrangère est bien entendu libre de s'organiser comme il l'entend pour respecter le présent arrêté royal (par exemple s'associer à un opérateur belge ou assurer lui-même le respect du présent arrêté royal). La loi du 29 mai 2016 relative à la collecte et à la conservation des données dans le secteur des communications électroniques prévoit cependant que les données conservées sur base de l'article 126 de la loi (ce qui inclut les données reprises dans le présent arrêté royal) doivent être conservées sur le territoire de l'Union européenne.
>
> La vente de cartes prépayées d'entreprises étrangères en Belgique sans identification conformément au présent arrêté royal est donc illégale (voir article 127, § 2, de la loi) ».

Il en résulte que l'intention est donc de soumettre les opérateurs étrangers à l'arrêté en projet dès lors que leurs cartes prépayées sont vendues en Belgique.

Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que l'article 127, § 1er, de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques', tel que modifié par le projet de loi adopté le 20 juillet 2016 en séance plénière de la Chambre des représentants [1] et dont l'alinéa 1er du préambule de l'arrêté en projet laisse supposer qu'il aurait été sanctionné et promulgué le

[1] *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1964/004.

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

1er septembre 2016, habilite le Roi à prendre des mesures qui s'imposeront aux « opérateurs [2], aux fournisseurs visés à l'article 126, §1er, alinéa 1er, aux canaux de vente de services de communications électroniques, aux entreprises fournissant un service d'identification ou aux utilisateurs finals ».

L'arrêté en projet ne peut étendre le champ d'application des obligations qu'il contient à des catégories de personnes ou d'entreprises non visées à l'article 127 précité.

Les entreprises étrangères ne peuvent donc se voir imposer d'obligation par ce biais que si elles revêtent par ailleurs l'une des autres qualités énumérées à l'article 127, § 1er, et en cette dernière qualité exclusivement.

Le texte en projet sera revu à la lumière de cette observation.

Article 2

La notion de « carte prépayée » est une notion légale, employée par le législateur à l'article 127 de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques'.

Il n'appartient pas au pouvoir exécutif de définir cette notion, à fortiori en élargissant la notion comme tend à le faire le rapport au Roi en visant toute dématérialisation du support physique *SIM*.

Le 5° sera donc omis.

Article 5

1. Dans la logique du texte en projet, les tiers cessionnaires de la carte prépayée doivent pouvoir être identifiés avec le même degré de certitude que l'acquéreur initial. La section de législation se demande si ce dispositif permet d'atteindre cet objectif.

La disposition sera réexaminée à la lumière de cette observation.

2. Au 6°, il convient de mentionner « l'article 9, alinéa 2 » au lieu de « l'article 10, alinéa 2 ».

Article 7

Tels que ses alinéas 1er et 2 sont rédigés, l'article 7 du projet peut laisser croire que l'obligation d'identification ne repose que sur les entreprises concernées, alors que l'article 127, § 3, de la loi du 13 juin 2005, tel que complété par le projet de loi adopté en séance plénière de la Chambre des représentants le 20 juillet 2016, impose avant tout aux utilisateurs finals non

[2] À savoir, selon l'article 2, 11°, de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques', les personnes « soumise[s] à l'obligation d'introduire une notification conformément à l'article 9 », ce que ne sont précisément pas les opérateurs étrangers, comme l'expose le rapport au Roi.

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

identifiés de cartes prépayées achetées avant l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet de s'identifier dans le délai fixé par l'opérateur ou le fournisseur, ce délai ne pouvant excéder six mois après la publication du texte en projet.

L'article 7 sera revu aux fins de mieux assurer sa cohérence avec l'article 127, § 3, de manière qu'il apparaisse comme se combinant avec celui-ci et non pas comme instaurant un régime différent.

La même observation vaut, *mutatis mutandis*, pour l'article 20, alinéa 2, du projet.

Article 11

Compte tenu des termes de l'habilitation au Roi qui figure à l'article 127, § 1er, de la loi du 13 juin 2005, et s'agissant de mesures de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée et à la protection de ce droit, les notions de « mesures nécessaires » et de « doute » ou de « données d'identification douteuses » ne peuvent être laissées à l'appréciation des entreprises concernées et doivent être précisées dans l'arrêté en projet qui sera complété en conséquence, le cas échéant, en reprenant les explications ou précisions qui figurent dans le rapport au Roi.

Article 12

S'agissant de la nature et de l'objet des données à conserver telles qu'énumérées à l'article 12 du projet, et au regard notamment des points 17 à 19 de l'avis 54/2016 donné le 21 septembre 2016 sur le texte en projet par la Commission de la protection de la vie privée, il convient de prendre acte que, selon le rapport au Roi, l'arrêté royal portant exécution de l'article 126 de la loi du 13 juin 2005 et le projet à l'examen « feront l'objet d'un alignement ultérieur afin d'être rendus compatibles ». Il est tout aussi essentiel que cet « alignement » intervienne au plus vite, pour les motifs évoqués dans l'avis 54/2016 précité.

Article 19

1. Aux fins de garantir le respect du principe d'égalité et la sécurité juridique, les critères à mettre en œuvre pour l'octroi de l'autorisation et son retrait, tels que prévus à l'article 19, § 1er, du projet, seront précisés dans le texte en projet.

Par ailleurs, s'agissant du retrait de cette autorisation, il va de soi que le respect du principe *audi alteram partem* s'impose.

2. La question se pose de savoir comment combiner l'article 19, § 2, du projet et l'article 12, alinéa 2, de celui-ci.

Le texte en projet sera revu afin d'assurer la cohérence de ces deux dispositions.

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

Article 20

La date manquante sera complétée, à chacun des alinéas de l'article 20 du projet.

OBSERVATION FINALE

Le texte en projet ne comporte aucune disposition fixant la date de son entrée en vigueur.

Dans ce cadre, l'attention est attirée sur le fait que l'arrêté en projet entend procurer exécution à l'article 127, § 1er, de la loi du 13 juin 2005, telle que cet article est modifié par un projet de loi adopté en séance plénière de la Chambre des représentants le 20 juillet 2016, dont, comme mentionné ci-avant, l'alinéa 1er du préambule du projet laisse supposer qu'il aurait été sanctionné et promulgué le 1er septembre 2016.

Toutefois, en l'état des textes publiés au *Moniteur belge* à la date de l'avis, cette loi n'a pas encore fait l'objet de la publication requise et n'est donc pas entrée en vigueur.

L'auteur de l'arrêté en projet veillera à ce que la publication de ce dernier au *Moniteur belge* n'intervienne pas de sorte qu'il entrerait en vigueur avant la loi précitée.

*

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

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 ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

DISPOSITIEF

Artikel 1

Artikel 1, tweede lid, van het ontwerpbesluit bepaalt dat dit onder meer van toepassing is op de "voorafbetaalde kaarten van de buitenlandse ondernemingen die worden verkocht in België".

In het verslag aan de Koning wordt deze omschrijving van het toepassingsgebied van het ontwerp als volgt toegelicht:

> "Het onderhavige koninklijk besluit is ook van toepassing op de voorafbetaalde kaarten van buitenlandse ondernemingen die in België worden verkocht. Onder 'buitenlandse ondernemingen' dient te worden verstaan een 'buitenlandse operator' die, zoals een 'Belgische operator', elektronische- communicatienetwerken of -diensten verstrekt maar die zich niet als operator moet aanmelden bij het BIPT en die dus niet als een operator in de zin van de WEC wordt beschouwd. Een kennisgeving aan het BIPT door de buitenlandse operator is niet noodzakelijk omdat de elektronische-communicatiedienst van de buitenlandse operator niet in België maar in het buitenland wordt verstrekt. Dat is de Belgische operator met wie de buitenlandse operator een roamingcontract heeft gesloten en die in België de elektronische-communicatiedienst verstrekt aan de eindgebruiker die de voorafbetaalde kaart van de buitenlandse operator heeft gekocht.
>
> Het staat de buitenlandse onderneming uiteraard vrij om de aanpak te volgen die hij wil om het onderhavige koninklijk besluit na te leven (bijvoorbeeld zich associëren met een Belgische operator of zelf ervoor zorgen dat het onderhavige koninklijk besluit wordt nageleefd). De wet van 29 mei 2016 betreffende het verzamelen en het bewaren van gegevens in de elektronische-communicatiesector schrijft echter voor dat de gegevens die worden bewaard op grond van artikel 126 van de wet (wat de gegevens omvat die vermeld zijn in het onderhavige koninklijk besluit) moeten worden bewaard op het grondgebied van de Europese Unie.
>
> De verkoop van voorafbetaalde kaarten van buitenlandse ondernemingen in België zonder identificatie overeenkomstig het onderhavige koninklijk besluit is dus illegaal (zie artikel 127, § 2, van de wet)."

Daaruit blijkt dat het dus de bedoeling is buitenlandse operatoren onder de toepassing van het ontwerpbesluit te laten vallen zodra hun voorafbetaalde kaarten worden verkocht in België.

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

Er mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat artikel 127, § 1, van de wet van 13 juni 2005 "betreffende de elektronische communicatie", zoals gewijzigd bij het wetsontwerp dat op 20 juli 2016 in voltallige zitting is aangenomen door de Kamer van volksvertegenwoordigers[1], en dat volgens het eerste lid van de aanhef van het ontwerpbesluit bekrachtigd en afgekondigd zou zijn op 1 september 2016, de Koning machtigt om maatregelen uit te vaardigen die opgelegd worden aan de "operatoren[2], aan de aanbieders bedoeld in artikel 126, § 1, eerste lid, de verkoopkanalen van elektronische-communicatiediensten, de ondernemingen die een identificatiedienst verstrekken of aan de eindgebruikers".

Het ontwerpbesluit kan het toepassingsgebied van de verplichtingen die het oplegt niet uitbreiden tot categorieën van personen of ondernemingen die niet genoemd worden in het voornoemde artikel 127.

Er kan dus via deze weg geen verplichting worden opgelegd aan buitenlandse ondernemingen, tenzij zij daarenboven ook één van de andere hoedanigheden opgesomd in artikel 127, § 1, hebben, in welk geval hun uitsluitend in die hoedanigheid een verplichting kan worden opgelegd.

De ontworpen tekst moet in het licht van die opmerking worden herzien.

Artikel 2

Het begrip "voorafbetaalde kaart" is een wettelijk begrip, dat de wetgever in artikel 127 van de wet van 13 juni 2005 'betreffende de elektronische communicatie" heeft gebruikt.

Het staat niet aan de uitvoerende macht om dat begrip te definiëren, en al zeker niet om het begrip te verruimen zoals geschiedt in het verslag aan de Koning, waarin er sprake is van iedere gedematerialiseerde vorm van de fysieke *SIM*-drager.

De bepaling onder 5° moet dus vervallen.

Artikel 5

1. Volgens de logica van de ontwerptekst moeten derden die een voorafbetaalde kaart verkrijgen, met evenveel zekerheid geïdentificeerd kunnen worden als de oorspronkelijke aankoper. De afdeling Wetgeving vraagt zich af of dat doel met deze bepaling kan worden bereikt.

De bepaling moet in het licht van deze opmerking opnieuw worden onderzocht.

[1] *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1964/004.

[2] Dat zijn volgens artikel 2, 11°, van de wet van 13 juni 2005 'betreffende de elektronische communicatie' de personen "die onder de verplichting val[len] een kennisgeving te doen overeenkomstig artikel 9", wat, zoals uiteengezet wordt in het verslag aan de Koning, nu net niet het geval is met buitenlandse operatoren.

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

2. In de bepaling onder 6° schrijve men "artikel 9, tweede lid" in plaats van "artikel 10, tweede lid".

Artikel 7

Zoals artikel 7, eerste en tweede lid, van het ontwerp is gesteld, kan het de indruk wekken dat de verplichting tot identificatie alleen berust bij de betrokken ondernemingen, terwijl artikel 127, § 3, van de wet van 13 juni 2005, zoals aangevuld bij het wetsontwerp dat op 20 juli 2016 in voltallige zitting door de Kamer van volksvertegenwoordigers is aangenomen, in de eerste plaats de niet-geïdentificeerde eindgebruikers van voorafbetaalde kaarten die aangekocht zijn vóór de inwerkingtreding van het ontwerpbesluit, oplegt zich binnen de termijn vastgesteld door de operator of de aanbieder te identificeren, waarbij deze termijn niet langer mag zijn dan zes maanden na de bekendmaking van de ontwerptekst.

Artikel 7 moet zo worden herzien dat er meer samenhang is met artikel 127, § 3, en het duidelijk is dat het verenigbaar is met laatstgenoemd artikel en het niet lijkt alsof het een onderscheiden regeling invoert.

Dezelfde opmerking geldt *mutatis mutandis* voor artikel 20, tweede lid, van het ontwerp.

Artikel 11

Gelet op de bewoordingen van de machtiging aan de Koning in artikel 127, § 1, van de wet van 13 juni 2005, en aangezien het gaat om maatregelen die afbreuk kunnen doen aan het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van dat recht in het gedrang kunnen brengen, mag de invulling van de begrippen "nodige maatregelen" en "twijfelt" of "twijfelachtige identificatiegegevens" niet overgelaten worden aan de betrokken ondernemingen en moeten deze begrippen gepreciseerd worden in het ontwerpbesluit, dat bijgevolg aangevuld moet worden, in voorkomend geval door de uitleg of de preciseringen die in het verslag aan de Koning staan, over te nemen.

Artikel 12

Wat betreft de aard en het doel van de te bewaren gegevens zoals deze zijn opgesomd in artikel 12 van het ontwerp, moet, onder meer gelet op de punten 17 tot 19 van advies 54/2016 dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer op 21 september 2016 over de ontwerptekst heeft uitgebracht, ervan akte worden genomen dat volgens het verslag aan de Koning, het koninklijk besluit tot uitvoering van artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 en het voorliggende ontwerp "later op elkaar zullen worden afgestemd om compatibel te worden gemaakt". Het is erg belangrijk dat die "afstemming" om de redenen genoemd in het voornoemde advies 54/2016 zo snel mogelijk plaatsvindt.

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

Artikel 19

1. Wil men het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel eerbiedigen, dan moeten de criteria voor de toekenning van de machtiging en de intrekking ervan, zoals bedoeld in artikel 19, § 1, van het ontwerp, in de ontworpen tekst worden gepreciseerd.

Wat de intrekking van die machtiging betreft, spreekt het bovendien vanzelf dat het beginsel *audi alteram partem* in acht genomen moet worden.

2. De vraag rijst hoe artikel 19, § 2, van het ontwerp zich verhoudt tot artikel 12, tweede lid, daarvan.

De ontworpen tekst moet worden herzien teneinde te zorgen voor samenhang tussen die twee bepalingen.

Artikel 20

In ieder lid van artikel 20 van het ontwerp moet de ontbrekende datum worden ingevuld.

SLOTOPMERKING

De ontworpen tekst bevat geen enkele bepaling waarbij de datum van inwerkingtreding van het besluit wordt vastgesteld.

In dat verband wordt erop gewezen dat het ontwerpbesluit uitvoering wil verlenen aan artikel 127, § 1, van de wet van 13 juni 2005, zoals dat artikel is gewijzigd bij een ontwerp van wet dat op 20 juli 2016 in voltallige zitting door de Kamer van volksvertegenwoordigers is aangenomen en dat, zoals hierboven vermeld, volgens het eerste lid van de aanhef van het ontwerp op 1 september 2016 bekrachtigd en afgekondigd zou zijn.

Bij de stand van de teksten die in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt zijn op de datum van dit advies, is die wet nog niet bekendgemaakt zoals vereist en dus nog niet in werking getreden.

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡

De steller van het ontwerpbesluit moet erop toezien dat dit besluit niet in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekendgemaakt op een datum die ertoe leidt dat het eerder in werking treedt dan de voornoemde wet.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER	LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER
Colette GIGOT	Pierre LIÉNARDY

‡LW-BALQJADDB-GACBDVT‡