



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 75.624/4
du 17 avril 2024

advies 75.624/4
van 17 april 2024

sur

over

un avant-projet de loi
'remplaçant l'article 113/2 de
la loi du 13 juin 2005 relative
aux communications
électroniques'

een voorontwerp van wet 'ter
vervanging van artikel 113/2
van de wet van 13 juni 2005
betreffende de elektronische
communicatie'

Le 12 février 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Fonction publique, des Entreprises publiques, des Télécommunications et de la Poste à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'remplaçant l'article 113/2 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 17 avril 2024. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Géraldine ROSOUX et Dimitri YERNAULT, conseillers d'État, Christian BEHRENDT, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier.

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

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Bernard BLERO.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 17 avril 2024.

*

Op 12 februari 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Ambtenarenzaken, Overheidsbedrijven, Telecommunicatie en Post verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'ter vervanging van artikel 113/2 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 17 april 2024. De kamer was samengesteld uit Bernard BLERO, kamervoorzitter, Géraldine ROSOUX en Dimitri YERNAULT, staatsraden, Christian BEHRENDT, assessor, en Charles-Henri VAN HOVE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne VAGMAN, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 17 april 2024.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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. La question se pose de savoir quelle est la compétence de l'autorité fédérale mise en œuvre par l'avant-projet à l'examen, à savoir, la protection des consommateurs ou les communications électroniques, ou le cas échéant, ces deux titres de compétences.

Sur ce point, comme l'a rappelé la section de législation dans son avis 69.166/4 donné le 10 juin 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 21 décembre 2021 'portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques'¹, il convient de relever que, dans son avis 40.438/VR/1 donné les 1^{er} et 22 juin 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 15 mai 2007 'relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution'², la section de législation a observé :

« En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la fixation de règles générales en matière de protection du consommateur³ est une compétence réservée à l'autorité fédérale. Sur la base de cette disposition, le législateur fédéral est en droit d'assurer la protection du consommateur non seulement d'une manière générale, mais aussi de manière spécifique, pour certaines conventions en particulier, sans préjudice de la faculté qu'ont les communautés de soumettre cette matière à des conditions qualitatives supplémentaires, dans le respect des aspects économiques précités, sur la base des compétences qui leur sont dévolues⁴ ».

Au regard des principes rappelés, il peut être considéré que l'avant-projet à l'examen relève à la fois de la compétence de l'autorité fédérale au titre de la protection des consommateurs, et de la matière spécifique des communications électroniques, essentiellement⁵ fédérale.

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

¹ *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-2256/001, pp. 309-370, observation 1 sous l'article 156.

² *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2978/001, pp. 22-31.

³ *Note de bas de page n° 9 de l'avis cité* : En ce qui concerne la « protection du consommateur », sont visées, entre autres, les normes minimales de sécurité et de qualité des biens et des services, en vue de protéger les intérêts du consommateur (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/1, p. 10 et n° 516/6, pp. 127-128).

⁴ *Note de bas de page n° 10 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 105/98 du 21 octobre 1998, B.3.2.

⁵ Sous réserve de la compétence des communautés, concernant « les aspects de contenu et techniques des services de médias audiovisuels et sonores à l'exception de l'émission de communications du gouvernement fédéral » (article 4, 6^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles').

Sur ce point, il convient d'avoir égard à l'article 101 de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'établissant le code des communications électroniques européen' (ci-après « le Code »), qui dispose :

« Niveau d'harmonisation

1. Les États membres ne maintiennent ni n'introduisent dans leur droit national des dispositions en matière de protection des utilisateurs finaux qui s'écartent des articles 102 à 115, y compris des dispositions plus ou moins strictes visant à garantir un niveau de protection différent, sauf dispositions contraires prévues dans le présent titre.

2. Jusqu'au 21 décembre 2021, les États membres peuvent continuer à appliquer des dispositions nationales plus strictes en matière de protection des consommateurs qui s'écartent de celles prévues aux articles 102 à 115, à condition que ces dispositions aient été en vigueur au 20 décembre 2018 et que toute restriction au fonctionnement du marché intérieur résultant de ces dispositions soit proportionnée à l'objectif de protection des consommateurs.

Les États membres notifient à la Commission au plus tard le 21 décembre 2019 toute disposition nationale destinée à être appliquée sur la base du présent paragraphe ».

La question se pose de savoir si, au regard de l'article 101 du Code, le législateur peut prévoir des régimes de protection qui ne sont pas organisés par le Code.

À propos de l'objectif d'harmonisation des droits des utilisateurs finaux, deux des considérants de la directive (UE) 2018/1972 précisent notamment ce qui suit :

« (257) Les divergences dans la mise en œuvre des règles de protection des utilisateurs finaux ont créé d'importantes entraves au marché unique touchant aussi bien les fournisseurs de services de communications électroniques que les utilisateurs finaux. L'applicabilité de règles identiques assurant un niveau commun élevé de protection dans l'ensemble de l'Union devrait réduire ces entraves. Une harmonisation complète et graduée des droits des utilisateurs finaux prévus par la présente directive devrait renforcer considérablement la sécurité juridique tant pour les utilisateurs finaux et que pour les fournisseurs de services de communications électroniques et devrait réduire sensiblement les obstacles à l'entrée et la charge inutile de mise en conformité résultant de la fragmentation des règles. Une harmonisation complète contribue à la suppression des entraves au fonctionnement du marché intérieur résultant de dispositions nationales relatives aux droits des utilisateurs finaux qui protègent en même temps les fournisseurs nationaux contre la concurrence des autres États membres. Pour atteindre un niveau commun élevé de protection, il convient de renforcer raisonnablement dans la présente directive plusieurs dispositions relatives aux droits des utilisateurs finaux en tenant compte des meilleures pratiques dans les États membres. L'harmonisation complète de leurs droits renforce la confiance des utilisateurs finaux dans le marché intérieur puisqu'ils bénéficient d'un niveau de protection élevé équivalent lorsqu'ils utilisent des services de communications électroniques, non seulement dans leur État membre mais également lorsqu'ils séjournent, travaillent ou voyagent dans d'autres États membres. L'harmonisation complète ne devrait porter que sur les sujets relevant des dispositions de la présente directive relatives aux droits des utilisateurs finaux. Elle ne devrait dès lors avoir aucune incidence sur le droit national en ce qui concerne les aspects de la protection des utilisateurs finaux, notamment certains aspects des mesures en faveur de la transparence, qui ne relèvent pas desdites dispositions. Par exemple, les mesures concernant les obligations de transparence qui ne relèvent pas de la présente directive devraient être considérées comme compatibles avec le principe d'harmonisation complète tandis que les exigences

supplémentaires concernant des questions de transparence relevant de la présente directive, telles que la publication d'informations, devraient être considérées comme incompatibles. En outre, les États membres devraient pouvoir maintenir ou adopter des dispositions nationales portant sur des aspects qui ne sont pas régis spécifiquement par la présente directive, en particulier pour réagir à des situations nouvelles.

[...]

(265) La disponibilité d'informations transparentes, actualisées et comparables sur les offres et les services est un élément clé pour les consommateurs sur des marchés concurrentiels où plusieurs fournisseurs offrent leurs services. Les utilisateurs finaux devraient être à même de comparer les prix des différents services offerts sur le marché facilement en s'appuyant sur des informations publiées sous une forme aisément accessible. Pour leur permettre de comparer facilement les prix et les services, les autorités compétentes, en coordination, le cas échéant, avec les autorités de régulation nationales, devraient être en mesure d'exiger que les fournisseurs de services d'accès à l'internet ou de services de communications interpersonnelles accessibles au public améliorent la transparence concernant les informations, y compris les tarifs, la qualité de service, les conditions appliquées aux équipements terminaux fournis, et d'autres données statistiques pertinentes. Ces exigences devraient tenir dûment compte des caractéristiques de ces réseaux ou services. Elles devraient également faire en sorte que les tiers aient le droit d'utiliser gratuitement les informations accessibles au public publiées par ces entreprises, en vue de mettre à disposition des outils de comparaison ».

Concernant le texte en projet, il convient de tenir compte également de l'article 108 du Code, relatif à la disponibilité des services, qui prévoit :

« Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer la disponibilité la plus complète possible des services de communications vocales et des services d'accès à l'internet fournis via des réseaux de communications électroniques publics en cas de défaillance catastrophique des réseaux ou de force majeure. Les États membres veillent à ce que les fournisseurs de services de communications vocales prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir un accès ininterrompu aux services d'urgence et une transmission ininterrompue des alertes publiques ».

En l'espèce, les dispositions à l'examen n'ont pas pour objet d'imposer directement aux opérateurs des obligations pour assurer la disponibilité du service mais d'organiser un système de compensation lorsque le service est interrompu. Par conséquent, il pourrait être considéré qu'il s'agit de dispositions nationales nouvelles « portant sur des aspects qui ne sont pas régis spécifiquement par la présente directive, en particulier pour réagir à des situations nouvelles ».

À cet égard, il convient d'ajouter que le dispositif en projet, contrairement à ce que prévoit le Code, exclut les cas de force majeure et est susceptible de s'appliquer dans des circonstances qui ne sont pas nécessairement liées à des « défaillances catastrophiques du réseau ».

Il appartient en tout cas à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure de démontrer que le régime en projet se concilie avec le régime d'harmonisation consacré par l'article 101 du Code, tel qu'il doit être compris et transposé, à la lumière notamment des considérants précités.

La disposition à l'examen sera réexaminée en conséquence et le cas échéant, l'exposé des motifs sera complété ⁶.

2. Compte tenu en particulier des deux titres de compétence de l'autorité fédérale ici mis en œuvre et des principes d'égalité et de non-discrimination garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure d'établir les motifs susceptibles de justifier raisonnablement que le régime en projet, d'une part, ne s'imposera qu'aux seuls fournisseurs d'un service de communications électroniques accessible au public autre qu'un service de communications interpersonnelles non fondé sur la numérotation et, d'autre part, ne bénéficiera qu'aux seuls abonnés et utilisateurs finaux visés à l'article 113/2, § 1^{er}, 1^o et 2^o, en projet.

La disposition à l'examen sera réexaminée en conséquence et le cas échéant, l'exposé des motifs sera complété.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 2

1. L'article 113/2, § 1^{er}, 1^o, en projet vise « l'abonné qui a souscrit à un plan tarifaire destiné aux consommateurs et qui est domicilié ou établi dans la zone où l'interruption s'est produite ». Le 2^o du même paragraphe vise pour sa part « l'utilisateur final de services de communications électroniques publics mobiles fournis sur la base d'une carte prépayée » et fait également référence au domicile ou à l'établissement de cet utilisateur final.

L'article 2, 13^o, 14^o et 15^o, de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' définit les notions d'« utilisateur final », de « consommateur » et d'« abonné », comme étant, respectivement :

1^o l'utilisateur final : « une personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public » et « qui ne fournit pas de réseau public de communications électroniques ou de services de communications électroniques accessibles au public » ⁷ ;

2^o le consommateur : « toute personne physique qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » ;

3^o l'abonné : « toute personne physique ou morale, autre qu'un opérateur, partie à un contrat avec un opérateur qui fournit des services de communications électroniques accessibles au public, pour la fourniture de tels services ».

⁶ Dans un sens analogue, voir l'avis 69.166/4, observation 1 sous l'article 156.

⁷ Ceci résulte de la combinaison des définitions des notions d'« utilisateur » et d'« utilisateur final » qui figurent à l'article 2, 12^o et 13^o, de la loi du 13 juin 2005.

Il en résulte que les notions d'« abonné » et d'« utilisateur final » visent tant les personnes physiques que les personnes morales, tandis que la notion de « consommateur » ne concerne que les personnes physiques.

Par conséquent, la question se pose de savoir si, en visant « l'abonné qui a souscrit un plan tarifaire destiné aux consommateurs », l'article 113/2, § 1^{er}, 1^o, en projet n'entend s'appliquer qu'aux seuls abonnés qui sont également des consommateurs et dès lors, uniquement à des personnes physiques, ou au contraire, entend viser tous les « abonnés ».

Par ailleurs, dans la première hypothèse, compte tenu de la définition de la notion de « consommateur », la section de législation n'aperçoit pas pour quel motif est visé non pas uniquement le domicile mais également l'établissement de la personne concernée, ni comment les abonnés concernés pourraient être des personnes qui ne sont pas domiciliées dans la zone où a eu lieu l'interruption, « mais y possède[nt] un petit commerce, par exemple une librairie, dont l'adresse sert pour la fourniture du service », comme l'indique l'exposé des motifs.

Enfin, toujours dans l'hypothèse où l'article 113/2, § 1^{er}, 1^o, ne concernerait que des personnes physiques, la question se pose de savoir si, dans l'intention de l'auteur de l'avant-projet, l'article 113/2, § 1^{er}, 2^o, n'entend également s'appliquer qu'à des personnes physiques, ce qui ne ressort pas du dispositif.

Il appartient dès lors à l'auteur de l'avant-projet de lever toute ambiguïté à ce propos. Pour le cas où, dans toutes ou certaines hypothèses, le dispositif en projet n'entendrait s'appliquer qu'à des personnes physiques, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure d'établir les motifs susceptibles de justifier raisonnablement la différence qui serait ainsi opérée entre les personnes physiques et les personnes morales qui auraient eu à subir une interruption de la fourniture du service.

La disposition à l'examen sera réexaminée à la lumière de ces observations.

2. Le paragraphe 1^{er}, 2^o, de l'article 113/2 en projet prévoit que « [l]'opérateur traite l'adresse [de l'utilisateur final] uniquement pour vérifier si l'utilisateur est domicilié ou établi dans la zone où l'interruption s'est produite ».

Dans la mesure où sont ainsi concernées des données à caractère personnel, la disposition à l'examen détermine ainsi la catégorie de données traitées, la catégorie de personnes concernées, ainsi que la finalité du traitement.

Conformément à l'article 22 de la Constitution, tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, toute atteinte au droit à la vie privée, sont soumis au respect d'un principe de légalité formelle.

En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les « éléments essentiels » sont fixés préalablement par le législateur ⁸.

Par conséquent, les « éléments essentiels » des traitements de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même. À cet égard, la Cour constitutionnelle et la section de législation considèrent que, quelle que soit la matière concernée, constituent, en principe, des « éléments essentiels » les éléments suivants : 1°) les catégories de données traitées ; 2°) les catégories de personnes concernées ; 3°) la finalité poursuivie par le traitement ; 4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées ; et 5°) le délai maximal de conservation des données ⁹.

Il convient dès lors de compléter l'avant-projet afin de déterminer les catégories de personnes ayant accès aux données traitées ainsi que le délai maximal de conservation.

3. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure d'établir le caractère raisonnable et proportionné des montants ou modalités de calcul de la compensation prévus au paragraphe 4 de l'article 113/2 en projet.

L'exposé des motifs sera complété en conséquence.

4. Au paragraphe 6 de l'article 113/2 en projet, la section de législation n'aperçoit pas quelle est la portée exacte des termes « et que ce dernier opérateur a conclu un accord avec l'opérateur de réseau pour l'utilisation du réseau public de communications électroniques sur lequel l'incident s'est produit » : plus précisément, quelle est la nature de cet accord, et quel en est l'objet ? S'agit-il d'un accord général portant sur l'utilisation du réseau, ou cet accord doit-il porter aussi sur l'indemnisation envisagée au paragraphe 6 ?

L'exposé des motifs ne contient aucune explication à ce propos.

Il convient également de lever toute ambiguïté sur ce point.

⁸ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir notamment C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B.16.1 ; C.C., 20 février 2020, n° 27/2020, B.17.

⁹ En ce sens, voir l'avis 68.936/AG donné le 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', observation n° 101, *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1951/1, p. 119. Voir aussi C.C., 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.1 ; C.C., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.11.2 ; C.C., 16 février 2023, n° 26/2023, B.74.1 ; C.C., 17 mai 2023, n° 75/2023, B.55.2.1.

5. En outre, le paragraphe 6 de l'article 113/2 en projet prévoit que le fournisseur de services de communications électroniques a droit, de la part de l'opérateur de réseau sur lequel a eu lieu l'incident, à l'indemnisation de la compensation financière que le fournisseur de services octroie à ses abonnés et à ses utilisateurs finaux.

Cette disposition impose donc, concrètement, le remboursement, par le fournisseur de réseau au fournisseur de services, de l'intégralité des compensations payées par ce dernier : la question se pose de savoir si une telle obligation s'avère raisonnable et proportionnée, spécialement dans les cas où la compensation est calculée en fonction du montant de la redevance de l'abonnement et par conséquent sur la base du critère du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur de services dans les limites des abonnements et cartes prépayées concernés par la compensation, et non pas sur la base de celui réalisé par le fournisseur des réseau.

La disposition sera réexaminée à la lumière de cette observation et l'exposé des motifs sera, le cas échéant, complété en conséquence.

6. Enfin, le commentaire du paragraphe 6 de l'article 113/2 en projet mentionne que l'indemnisation du fournisseur de services par le fournisseur de réseau doit avoir lieu lorsque l'interruption a lieu sur « la partie du réseau qui relève de la responsabilité de l'opérateur de réseau ». Si la situation dans laquelle plusieurs interruptions se produiraient au même moment sur des parties de réseaux ne relevant pas du même fournisseur de réseau est hypothétique, elle ne peut être exclue, en théorie.

Dans une telle situation, tel que le texte est rédigé, la disposition à l'examen aurait pour effet que le fournisseur de service pourrait bénéficier de plusieurs compensations intégrales, de la part des différents fournisseurs de réseau concernés, alors qu'il ne devrait payer qu'une seule compensation aux clients concernés. Une telle situation n'est pas admissible.

La disposition sera réexaminée à la lumière de cette observation. Si la situation envisagée ci-avant doit être totalement exclue, pour des raisons notamment techniques, l'exposé des motifs sera complété en conséquence.

*

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend 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 voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. De vraag rijst welke bevoegdheid van de federale overheid door het voorliggende voorontwerp ten uitvoer wordt gelegd: consumentenbescherming dan wel elektronische communicatie, of eventueel beide.

In advies 69.166/4 van 10 juni 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 21 december 2021 ‘houdende omzetting van het Europees Wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie’¹ is in dat verband al verwezen naar de volgende opmerking die de afdeling Wetgeving heeft gemaakt in advies 40.438/VR/1 van 1 en 22 juni 2006 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 15 mei 2007 ‘betreffende de bescherming van de consumenten inzake omroeptransmissie- en omroepdistributiediensten’:²

“Het vaststellen van algemene regels inzake de bescherming van de gebruiker³ is, op grond van artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, een aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheid. Op grond van die bepaling vermag de federale wetgever niet alleen te voorzien in de bescherming van de consument op algemene wijze, doch ook op specifieke wijze, met betrekking tot bepaalde overeenkomsten in het bijzonder, onverminderd de mogelijkheid van de gemeenschappen om die aangelegenheid, met inachtneming van voormelde economische aspecten, aan bijkomende kwalitatieve voorwaarden te onderwerpen op grond van een van de hun toegewezen bevoegdheden.”⁴

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

¹ *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-2256/001, 309-370, opmerking 1 over artikel 156.

² *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2978/001, 22-31.

³ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Met “de bescherming van de gebruiker” worden onder andere minimumnormen bedoeld inzake veiligheid en kwaliteit van producten en diensten, met het oog op de bescherming van de belangen van de gebruiker (*Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, p. 10, en nr. 516/6, p. 127-128).

⁴ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: Arbitragehof, nr. 105/98 van 21 oktober 1998, B.3.2.

In het licht van de gememoreerde beginselen kan worden geoordeeld dat het voorliggende voorontwerp tegelijk ressorteert onder de federale bevoegdheid inzake consumentenbescherming en onder de specifieke aangelegenheid van elektronische communicatie, die in hoofdzaak federaal is.⁵

Dienaangaande dient men rekening te houden met artikel 101 van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie’ (hierna: “het Wetboek”), dat als volgt luidt:

“Niveau van harmonisatie

1. De lidstaten behouden of introduceren in hun nationale wetgeving geen bepalingen inzake de bescherming van de eindgebruiker die afwijken van de artikelen 102 tot en met 115, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van bescherming waarborgen, tenzij in deze titel anders is bepaald.

2. Tot en met 21 december 2021 mogen de lidstaten nog steeds strengere nationale bepalingen inzake consumentenbescherming toepassen die afwijken van de bepalingen in de artikelen 102 tot en met 115, mits die bepalingen van kracht waren op 20 december 2018 en eventuele beperkingen van de werking van de interne markt die daaruit voortvloeien, evenredig zijn aan het doel, namelijk bescherming van de consument.

De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op 21 december 2019 in kennis van de nationale bepalingen die op grond van dit lid moeten worden toegepast.”

De vraag rijst of de wetgever ten aanzien van artikel 101 van het Wetboek mag voorzien in beschermingsregelingen die niet door het Wetboek worden ingesteld.

Over de doelstelling inzake harmonisatie van de eindgebruikersrechten vermelden twee overwegingen van richtlijn (EU) 2018/1972 met name het volgende:

“(257) De uiteenlopende tenuitvoerlegging van de voorschriften betreffende de bescherming van eindgebruikers heeft geleid tot ernstige belemmeringen voor de interne markt, die gevolgen hebben voor zowel aanbieders als eindgebruikers van elektronischecomunicatiediensten. Die belemmeringen moeten worden weggenomen door de toepassing van dezelfde regels die zorgen voor een hoog gemeenschappelijk niveau van bescherming in de gehele Unie. Een gekalibreerde volledige harmonisatie van de rechten van de eindgebruiker die onder deze richtlijn vallen, moet aanzienlijk meer rechtszekerheid bieden voor zowel de eindgebruikers als de aanbieders van elektronischecomunicatiediensten, en moeten de toegangsdrempels en onnodige nalevingslasten als gevolg van de versnippering van de regelgeving aanzienlijk verlagen. Volledige harmonisatie helpt bij het verwijderen van belemmeringen op de werking van de interne markt als gevolg van dergelijke nationale bepalingen betreffende eindgebruikersrechten, die tegelijkertijd nationale aanbieders beschermen tegen concurrentie uit andere lidstaten. Om een hoog gemeenschappelijk niveau van bescherming te bereiken, moeten in verschillende bepalingen betreffende eindgebruikersrechten redelijke verbeteringen in deze richtlijn worden aangebracht in het licht van de beste praktijken in de lidstaten. Volledige harmonisatie van rechten van eindgebruikers vergroot hun vertrouwen in de interne markt omdat zij profiteren van een even hoog niveau van bescherming bij het gebruik van elektronischecomunicatiediensten, niet alleen in hun

⁵ Onder voorbehoud van de gemeenschapsbevoegdheid inzake “de inhoudelijke en technische aspecten van de audiovisuele en de auditieve mediadiensten met uitzondering van het uitzenden van mededelingen van de federale regering” (artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’).

eigen land, maar ook wanneer zij in andere lidstaten wonen, werken of reizen. Volledige harmonisatie moet worden beperkt tot de onderwerpen die vallen onder de bepalingen inzake de rechten van de eindgebruiker in deze richtlijn. Daarom mag harmonisatie geen afbreuk doen aan het nationale recht met betrekking tot de aspecten van de bescherming van de eindgebruiker, inclusief sommige aspecten van transparantiemaatregelen die niet onder die bepalingen vallen. Zo moeten bijvoorbeeld maatregelen met betrekking tot transparantieplichtingen die niet onder deze richtlijn vallen, worden beschouwd als verenigbaar met het beginsel volledige harmonisatie, terwijl aanvullende voorschriften inzake transparantieaangelegenheden die door deze richtlijn worden bestreken, zoals de bekendmaking van informatie, moeten worden beschouwd als zijnde onverenigbaar. Voorts moeten de lidstaten nationale voorschriften kunnen handhaven of invoeren voor aangelegenheden die niet specifiek door deze richtlijn worden behandeld, in het bijzonder om het hoofd te bieden aan nieuwe problemen die zich aandienen.

(...)

(265) De beschikbaarheid van transparante, actuele en vergelijkbare informatie over aanbiedingen en diensten is een cruciaal element voor consumenten op concurrerende markten waar verscheidene dienstverleners hun diensten aanbieden. De eindgebruikers moeten in staat zijn gemakkelijk de prijzen van de diverse op de markt aangeboden diensten te vergelijken, gebaseerd op informatie die in een gemakkelijk toegankelijke vorm bekend wordt gemaakt. Om hen in staat te stellen gemakkelijk prijzen en diensten te vergelijken, moeten de bevoegde instanties, indien relevant samen met de nationale regelgevende instanties, van aanbieders van internettoegangsdiensten of voor het publiek beschikbare interpersoonlijke communicatiediensten, een grotere transparantie kunnen eisen op het gebied van informatie, met inbegrip van tarieven, kwaliteit van de dienst, voorwaarden inzake de geleverde eindapparatuur en andere relevante statistieken. Elke dergelijke vereiste moet terdege rekening houden met de specifieke kenmerken van die netwerken en diensten. Zij moeten er ook voor zorgen dat derden het recht hebben om kosteloos gebruik te maken van de voor het publiek beschikbare informatie die zulke bedrijven bekendmaken, met het oog op het aanbieden van vergelijkingsinstrumenten.”

Wat de ontworpen tekst betreft, moet ook rekening worden gehouden met artikel 108 van het Wetboek, dat handelt over de beschikbaarheid van diensten en waarin het volgende wordt bepaald:

“De lidstaten nemen alle noodzakelijke maatregelen om de beschikbaarheid van spraakcommunicatiediensten en internettoegangsdiensten die worden geleverd via openbare elektronischecomunicatienetwerken, zo volledig mogelijk te waarborgen in geval van door calamiteit veroorzaakte netwerkuitval of in geval van overmacht. De lidstaten zorgen ervoor dat aanbieders van spraakcommunicatiediensten alle nodige maatregelen nemen om een ononderbroken toegang tot de noodhulpdiensten en een ononderbroken transmissie van waarschuwingen aan het publiek te waarborgen.”

In casu strekken de voorliggende bepalingen er niet toe rechtstreeks aan de operatoren verplichtingen op te leggen om de beschikbaarheid van de dienst te garanderen, maar voeren ze een compensatieregeling in voor wanneer de dienst onderbroken is. Er kan dus worden geoordeeld dat het gaat om nieuwe nationale voorschriften voor aangelegenheden “die niet specifiek door deze richtlijn worden behandeld, in het bijzonder om het hoofd te bieden aan nieuwe problemen die zich aandienen”.

In dat verband dient daaraan te worden toegevoegd dat het ontworpen dispositief, in tegenstelling tot wat in het Wetboek wordt bepaald, gevallen van overmacht uitsluit en kan worden toegepast in omstandigheden die niet noodzakelijkerwijze verband houden met een “door calamiteit veroorzaakte netwerkuitval”.

De steller van het voorontwerp moet in elk geval kunnen aantonen dat de ontworpen regeling verenigbaar is met de harmonisatieregeling van artikel 101 van het Wetboek, zoals die onder meer in het licht van de hierboven aangehaalde overwegingen moet worden opgevat en omgezet.

De voorliggende bepaling moet dienovereenkomstig opnieuw worden onderzocht; indien nodig moet de memorie van toelichting worden aangevuld.⁶

2. Gelet in het bijzonder op de twee bevoegdheden van de federale overheid die hier ten uitvoer worden gelegd, alsook gelet op de beginselen inzake gelijkheid en non-discriminatie die door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet worden gewaarborgd, hoort de steller van het voorontwerp redelijkerwijze te kunnen verantwoorden dat de ontworpen regeling enerzijds enkel zal gelden voor aanbieders van een andere voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst dan een nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiedienst en anderzijds enkel voordeel zal brengen aan de abonnees en eindgebruikers die in het ontworpen artikel 113/2, § 1, 1° en 2°, worden bedoeld.

De voorliggende bepaling moet dienovereenkomstig opnieuw worden onderzocht; indien nodig moet de memorie van toelichting worden aangevuld.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

1. Het ontworpen artikel 113/2, § 1, 1°, beoogt “de abonnee die ingetkend heeft op een tariefplan dat bestemd is voor consumenten en die in de zone gedomicilieerd of gevestigd is waarin de onderbreking zich heeft voorgedaan”. Punt 2° van diezelfde paragraaf beoogt op zijn beurt “de eindgebruiker van mobiele openbare elektronische-communicatiediensten die worden geleverd op basis van een voorafbetaalde (lees: vooraf betaalde) kaart” en verwijst ook naar de plaats waar die eindgebruiker gedomicilieerd of gevestigd is.

⁶ Zie in gelijkaardige zin advies 69.166/4, opmerking 1 over artikel 156.

In artikel 2, 13°, 14° en 15°, van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ worden de “eindgebruiker”, de “consument” en de “abonnee” respectievelijk als volgt gedefinieerd:

1° eindgebruiker: “een natuurlijke of rechtspersoon die gebruik maakt van of verzoekt om een voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst” en “die geen openbaar elektronische-communicatienetwerk of voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten aanbiedt”;⁷

2° consument: “een natuurlijke persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst voor andere doeleinden dan deze in het kader van zijn bedrijfs- of beroepsdoeleinden”;

3° abonnee: “een natuurlijke of rechtspersoon die geen operator is en die partij is bij een overeenkomst met een operator, die voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten aanbiedt voor de levering van die diensten”.

Daaruit vloeit voort dat de begrippen “abonnee” en “eindgebruiker” zowel op natuurlijke als op rechtspersonen slaan, maar het begrip “consument” enkel op natuurlijke personen.

Bijgevolg rijst de vraag of het de bedoeling is dat het ontworpen artikel 113/2, § 1, 1°, verwijzend naar “de abonnee die ingetekend heeft op een tariefplan dat bestemd is voor consumenten”, alleen van toepassing is op abonnees die ook consumenten zijn, en dus alleen op natuurlijke personen, dan wel of het betrekking heeft op alle “abonnees”.

In de eerste hypothese begrijpt de afdeling Wetgeving, gelet op de definitie van “consument”, overigens niet waarom niet enkel naar de domicilie wordt verwezen maar ook naar de plaats waar de betrokkene gevestigd is, noch hoe de betrokken abonnees personen zouden kunnen zijn die niet gedomicilieerd zijn in de zone waarin de onderbreking zich heeft voorgedaan “maar daar wel een kleine handelszaak [hebben], bv. een krantenwinkel, die als adres voor de dienstverlening geldt”, zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven.

Nog steeds in de veronderstelling dat artikel 113/2, § 1, 1°, alleen op natuurlijke personen betrekking zou hebben, rijst ten slotte de vraag of het niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp is dat ook artikel 113/2, § 1, 2°, alleen op natuurlijke personen van toepassing is, wat niet uit het dispositief blijkt.

De steller van het voorontwerp dient dus elke onduidelijkheid in dat verband weg te nemen. Indien het de bedoeling is dat het ontworpen dispositief, in sommige of alle gevallen, alleen op natuurlijke personen van toepassing zou zijn, moet de steller van het voorontwerp een redelijke verantwoording kunnen geven voor het verschil dat dan ontstaat tussen natuurlijke en rechtspersonen die met een onderbreking van de dienstverlening te maken krijgen.

⁷ Die formulering vloeit voort uit de combinatie van de definities van “gebruiker” en “eindgebruiker” die voorkomen in artikel 2, 12° en 13°, van de wet van 13 juni 2005.

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

2. Paragraaf 1, 2°, van het ontworpen artikel 113/2 bepaalt: “De operator verwerkt het adres [van de eindgebruiker] uitsluitend om te verifiëren of de gebruiker gedomicilieerd of gevestigd is in de zone waar de onderbreking zich heeft voorgedaan”.

In zoverre het hier om persoonsgegevens gaat, bepaalt de voorliggende bepaling zodoende de categorie van verwerkte gegevens, de categorie van betrokken personen en het doeleinde van de verwerking.

Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en meer in het algemeen voor elke schending van het recht op eerbiediging van het privéleven, dat het beginsel van een uitdrukkelijke wettelijke regeling in acht dient te worden genomen.

Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel, voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig wordt omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.⁸

Bijgevolg moeten de “essentiële elementen” van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband zijn het Grondwettelijk Hof en de afdeling Wetgeving van oordeel dat, ongeacht wat de aard van de betrokken aangelegenheid is, de volgende elementen in beginsel “essentiële elementen” uitmaken: 1°) de categorieën van verwerkte gegevens; 2°) de categorieën van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorieën van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.⁹

In het voorontwerp dient dus aanvullend te worden bepaald welke categorieën van personen toegang tot de verwerkte gegevens hebben en wat de maximale bewaartermijn is.

⁸ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie onder meer GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

⁹ Zie in die zin advies 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, opmerking 101, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119. Zie ook GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2; GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.74.1; GwH 17 mei 2023, nr. 75/2023, B.55.2.1.

3. De steller van het voorontwerp moet kunnen aantonen dat de bedragen of berekeningswijze van de compensatie, bepaald in paragraaf 4 van het ontworpen artikel 113/2, redelijk en evenredig zijn.

De memorie van toelichting moet dienovereenkomstig worden aangevuld.

4. De precieze strekking van de woorden “en deze laatste operator heeft een overeenkomst met de netwerkoperator voor gebruik van het openbaar elektronischecommunicatienetwerk waarop het incident zich heeft voorgedaan”, in paragraaf 6 van het ontworpen artikel 113/2, is voor de afdeling Wetgeving niet duidelijk. Meer bepaald: wat zijn de aard en de strekking van die overeenkomst? Gaat het om een algemene overeenkomst over het gebruik van het netwerk, of is het de bedoeling dat de overeenkomst ook betrekking heeft op de vergoeding die paragraaf 6 in het vooruitzicht stelt?

Hierover bevat de memorie van toelichting geen enkele uitleg.

Ook op dat punt moet alle onduidelijkheid worden weggenomen.

5. Voorts stelt paragraaf 6 van het ontworpen artikel 113/2 dat de leverancier van de elektronische-communicatiediensten vanwege de operator van het elektronische-communicatienetwerk waarop het incident zich heeft voorgedaan recht heeft op de vergoeding van de financiële compensatie die hij toekent aan zijn abonnees en eindgebruikers.

Concreet schrijft die bepaling dus voor dat de netwerkoperator aan de dienstenleverancier alle compensaties moet terugbetalen die deze laatste heeft uitgekeerd. De vraag rijst of een dergelijke verplichting redelijk en evenredig is, in het bijzonder in gevallen waarin de compensatie wordt berekend in functie van het bedrag van het abonnementsgeld, en dus op basis van het criterium van de omzet die de dienstenleverancier realiseert binnen de grenzen van de abonnementen en vooraf betaalde kaarten waarop de compensatie betrekking heeft, en niet op basis van de omzet van de netwerkoperator.

De bepaling moet in het licht van deze opmerking opnieuw worden onderzocht; indien nodig moet de memorie van toelichting dienovereenkomstig worden aangevuld.

6. Ten slotte wordt in de commentaar op paragraaf 6 van het ontworpen artikel 113/2 gesteld dat de netwerkoperator de vergoeding aan de dienstenleverancier dient te betalen wanneer de onderbreking heeft plaatsgevonden “op het netwerkgedeelte dat onder de verantwoordelijkheid van de netwerkoperator valt”. Dat verschillende onderbrekingen tegelijkertijd zouden plaatsvinden op gedeelten van het netwerk die onder verschillende netwerkoperatoren ressorteren, is weliswaar weinig waarschijnlijk, maar valt in theorie niet uit te sluiten.

De tekst is zo geredigeerd dat de dienstenleverancier in zo'n geval op basis van de voorliggende bepaling meerdere volledige compensaties zou kunnen krijgen van de verschillende betrokken netwerkoperatoren, terwijl hij zelf slechts een enkele compensatie zou moeten uitkeren aan de betrokken klanten. Dat is niet aanvaardbaar.

De bepaling moet in het licht van deze opmerking opnieuw worden onderzocht. Als de hierboven geschetste situatie geheel uit te sluiten valt, wegens onder meer technische redenen, moet de memorie van toelichting dienovereenkomstig worden aangevuld.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE

Bernard BLERO