

Rolnummer 6537
Arrest nr. 93/2017 van 13 juli 2017

A R R E S T

---

*In zake* : de prejudiciële vraag over artikel 134 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, gesteld door het Hof van Beroep te Brussel.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters E. De Groot en J. Spreutels, en de rechters L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût, T. Giet en R. Leysen, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter E. De Groot,

wijst na beraad het volgende arrest :

\*

\*   \*

## I. *Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging*

Bij arrest van 2 november 2016 in zake respectievelijk de bvba « Comizzo » en de nv « Etri » tegen de Belgische Staat, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 10 november 2016, heeft het Hof van Beroep te Brussel de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 134 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, in zoverre het enkel van toepassing is op betalende diensten via elektronische communicatienetwerken, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet ? ».

Memories zijn ingediend door :

- de nv « Etri » en de bvba « Comizzo », bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. T. Van de Gehuchte, advocaat bij de balie te Gent, en Mr. J. Mosselmans en Mr. S. De Meue, advocaten bij de balie te Brussel;

- de Ministerraad, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. E. Jacobs en Mr. S. Van Camp, advocaten bij de balie te Brussel, en Mr. R. Heijse, advocaat bij de balie te Gent.

De nv « Etri » en de bvba « Comizzo » hebben ook een memorie van antwoord ingediend.

Bij beschikking van 26 april 2017 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers A. Alen en J.-P. Moerman te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij een partij binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat, behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 17 mei 2017 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Aangezien geen enkel verzoek tot terechtzitting werd ingediend, is de zaak op 17 mei 2017 in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

## II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschied*

De nv « Etri » en de bvba « Myport » (thans, ingevolge een fusie door overname, de bvba « Comizzo ») boden betalende sms-diensten aan via de *shortcodes* 9336, 9337, 9020 en 9295. Oorspronkelijk hadden die diensten slechts betrekking op het doorgeven van sportuitslagen en uitslagen van kansspelen, maar sedert 2004 brachten zij hun abonnees ook op de hoogte van de locatie van de mobiele snelheidscontroles en de alcoholcontroles van de politie.

Aangezien artikel 7, 4°, van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie dergelijke betalende diensten verbiedt indien zij « een persoon helpen om wettelijke controles ter bevordering van de veiligheid, waaronder de verkeersveiligheid, te omzeilen », werden de nv « Etri » en de bvba « Myport » bij beslissingen van 29 juli 2014 en van 11 september 2014 van de Ethische

Commissie voor de telecommunicatie veroordeeld tot een administratieve geldboete ten belope van 10 000 euro. De Ethische Commissie beval tevens de opheffing van de betrokken dienst door middel van de blokkering van de voormelde *shortcodes*.

Bij verzoekschrift van 7 november 2014 stelden de nv « Etri » en de bvba « Myport » beroep in tegen die beslissingen bij het Hof van Beroep te Brussel. Aangezien zij onder meer aanklaagden dat alleen betalende sms-diensten met een dergelijke sanctie kunnen worden geconfronteerd, terwijl niet-betalende sms-diensten die sancties niet riskeren, stelde het Hof van Beroep de onderhavige prejudiciële vraag.

### III. *In rechte*

- A -

#### *Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag*

A.1.1. Volgens de Ministerraad behoeft de prejudiciële vraag geen antwoord, aangezien niet duidelijk is welke categorieën van personen moeten worden vergeleken. De prejudiciële vraag maakt immers alleen gewag van betalende sms-diensten, maar geeft niet aan waarmee die betalende sms-diensten moeten worden vergeleken.

A.1.2. Volgens de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » is de prejudiciële vraag voldoende duidelijk, aangezien zij betrekking heeft op het feit dat de in het geding zijnde bepaling *enkel* van toepassing is op betalende sms-diensten. Een sms-dienst is ofwel betalend, ofwel niet-betalend. Een tussencategorie bestaat niet, zodat geen onduidelijkheid kan bestaan over de categorie van personen waarmee moet worden vergeleken.

A.2.1. Volgens de Ministerraad is de prejudiciële vraag onontvankelijk, omdat de verwijzende rechter haar ambtshalve heeft gesteld zonder dat de partijen daaromtrent een debat op tegenspraak hebben kunnen voeren. Aldus zou hij artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek hebben geschonden. Bovendien hebben de verzoekende partijen in het bodemgeschil enkel een grondwettigheidsbezwaar opgeworpen met als voorwerp artikel 7, 4°, van het koninklijk besluit van 9 februari 2011, dat niet voor toetsing door het Grondwettelijk Hof in aanmerking komt.

A.2.2. Volgens de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » komt het niet aan het Hof toe om na te gaan of de verwijzende rechter het Gerechtelijk Wetboek correct heeft toegepast. Bovendien bepaalt artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek dat de feitenrechter op onaantastbare wijze oordeelt of het raadzaam is de debatten al dan niet te heropenen. Ook het Hof van Cassatie zou overigens reeds prejudiciële vragen hebben gesteld zonder eerst de debatten te heropenen (Cass., 5 november 2013, *Arr. Cass.*, 2013, nr. 577). Het is trouwens de Ministerraad zelf die in zijn syntheseconclusies voor de verwijzende rechter heeft bepleit dat het in het geding zijnde verschil in behandeling niet in artikel 7, 4°, van het koninklijk besluit van 9 februari 2011, maar in de in het geding zijnde bepaling gelegen is.

A.3.1. Volgens de Ministerraad is de prejudiciële vraag daarnaast ook onontvankelijk omdat de in het geding zijnde bepaling niet van openbare orde is. De Ethische Code bevat weliswaar dwingend recht, maar raakt niet aan de openbare orde. Bijgevolg was de verwijzende rechter niet bevoegd om ambtshalve een prejudiciële vraag te stellen. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet zouden overigens slechts als kapstok zijn gebruikt om de zaak aan het Hof voor te leggen.

A.3.2. Volgens de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » raakt het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie onmiskenbaar aan de openbare orde. Dat beginsel wordt *in casu* overigens niet gebruikt als kapstok om de in het geding zijnde bepaling aan een andere hoge rechtsnorm te toetsen, maar als rechtstreekse referentienorm.

*Ten aanzien van de gegrondheid van de prejudiciële vraag*

A.4. De nv « Etri » en de bvba « Comizzo » beklemtonen dat de in het geding zijnde bepaling moet worden onderzocht zoals zij van toepassing is in het geschil voor de verwijzende rechter, met andere woorden in de versie vóór de wijziging ervan bij de wet van 27 maart 2014 houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie.

A.5.1. Volgens de Ministerraad gaat de prejudiciële vraag uit van een foutieve hypothese en is zij aldus niet pertinent voor het beslechten van het bodemgeschil. De in het geding zijnde bepaling is immers niet van toepassing op twee onderscheiden categorieën van sms-diensten, maar enkel op betalende sms-diensten. Bovendien heeft de oprichting van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie niets te maken met verkeersveiligheid.

A.5.2. Volgens de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » is de prejudiciële vraag wel pertinent voor de beslechting van het bodemgeschil. De in het geding zijnde bepaling is wel degelijk van toepassing in het bodemgeschil, maar de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » trekken de geldigheid van die bepaling in twijfel in zoverre zij vergelijkbare categorieën van aanbieders van sms-diensten op verschillende wijze behandelt op het vlak van bestuurlijke sancties. Voor het overige wordt de hoofddoelstelling van de in het geding zijnde bepaling, de bescherming van de consument, zeer ruim opgevat, in zoverre daar ook de verkeersveiligheid onder valt.

A.6.1. Volgens de Ministerraad is het Hof niet bevoegd om de onderhavige prejudiciële vraag te beantwoorden, omdat zij een opportuniteitsoordeel van de wetgever in twijfel trekt en omdat zij veeleer betrekking heeft op de ontstentenis van een vergelijkbare specifieke regeling voor niet-betalende diensten dan op de betalende sms-diensten die in het geschil voor de verwijzende rechter aan de orde zijn. Bovendien beroepen de appellanten in het bodemgeschil zich slechts op een ongelijke behandeling om zelf te ontsnappen aan een wettelijk bepaalde sanctie, hetgeen een verwerpelijk motief zou zijn.

A.6.2. Volgens de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » brengt de onderhavige prejudiciële vraag de oprichting van de Ethische Commissie niet in het geding. Bovendien peilt de prejudiciële vraag niet naar een lacune in de wetgeving, maar naar de bestaanbaarheid met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie van de bewuste uitsluiting door de wetgever van de niet-betalende sms-diensten uit het toepassingsgebied van de in het geding zijnde bepaling.

A.7.1. De Ministerraad beklemtoont dat binnen de categorie van de aanbieders van betalende sms-diensten iedereen gelijk wordt behandeld. De Ethische Code is zonder onderscheid van toepassing op alle betalende sms-diensten.

A.7.2. De nv « Etri » en de bvba « Comizzo » herhalen dat de prejudiciële vraag het verschil in behandeling tussen betalende en niet-betalende sms-diensten aan de orde stelt. Dat alle betalende sms-diensten onderling gelijk worden behandeld, is niet relevant voor het beantwoorden van de onderhavige prejudiciële vraag.

A.8.1. Volgens de Ministerraad zijn de betalende en de niet-betalende sms-diensten onvoldoende vergelijkbaar. De doelstelling van de Ethische Code bestaat immers erin de eindgebruiker te beschermen tegen een ondoorzichtige tarifiering. In het geval van een niet-betalende sms-dienst is die bescherming overbodig.

A.8.2. Volgens de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » zijn de betalende en de niet-betalende sms-diensten voldoende vergelijkbaar, aangezien zij soortgelijke diensten aanbieden via elektronische communicatienetwerken en aangezien zij allebei handelen met een winst oogmerk. De betalende sms-diensten halen hun inkomsten voornamelijk uit betalingen door de eindgebruiker van de geleverde dienst, terwijl de niet-betalende sms-diensten hun inkomsten niet halen uit de rechtstreekse betaling door de eindgebruiker, maar uit reclame-inkomsten. Het enige verschil tussen beide categorieën van personen is de gehanteerde zakelijke strategie.

A.9.1. Het in het geding zijnde verschil in behandeling berust volgens de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » niet op een redelijke verantwoording. De parlementaire voorbereiding biedt geen verklaring voor dat onderscheid, dat dateert uit een periode waarin kosteloos aangeboden diensten via elektronische communicatienetwerken zo goed als onbestaande waren. De latere wijzigingen van de in het geding zijnde bepaling hebben geen rekening gehouden met modernere economische modellen die niet gebaseerd zijn op rechtstreekse betaling door de consument.

A.9.2. Volgens de Ministerraad berust het in het geding zijnde verschil in behandeling op een objectief criterium van onderscheid, te weten het al dan niet betalende karakter van een sms-dienst. De maatregel streeft ook een legitiem doel na, te weten de bescherming van de financiële belangen van de zwakkere consument. Een systematisch gebruik van waarschuwingdiensten voor verkeerscontroles zou de consument kunnen aanzetten tot een omzeilen van de verkeerswetgeving. Het is onethisch geld te verdienen met systemen die aanzetten tot wetsontduiking.

A.10.1. Het in het geding zijnde verschil in behandeling is volgens de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » niet pertinent om de met de in het geding zijnde bepaling nagestreefde doelstelling te bereiken. Die bepaling beoogt de bescherming van de consument, met inbegrip van de verkeersveiligheid. Er valt niet in te zien waarom de verkeersveiligheid strenge sancties rechtvaardigt wanneer de aangeboden sms-dienst door de eindgebruiker wordt betaald, maar geen sancties vergt wanneer hij met reclame-inkomsten wordt betaald.

A.10.2. Volgens de Ministerraad is de in het geding zijnde maatregel noodzakelijk om de zwakkere consument te beschermen tegen de verleiding van het speculeren op wetsontduiking. Dit kan enkel door de aanbieders van dergelijke diensten aan een sanctie te onderwerpen.

A.11.1. Het in het geding zijnde onderscheid staat volgens de nv « Etri » en de bvba « Comizzo » niet in een evenredige verhouding tot het nagestreefde doel. De doelstelling van de verkeersveiligheid zou immers net beter worden gerealiseerd indien ook de niet-betalende sms-diensten aan de in het geding zijnde bepaling zouden worden onderworpen.

A.11.2. Volgens de Ministerraad is de in het geding zijnde maatregel evenredig met het nagestreefde doel, aangezien alleen die nummers worden geblokkeerd waarmee de verboden diensten worden aangeboden, en niet de nummers waarmee de betrokken onderneming toegelaten sms-diensten aanbiedt.

- B -

### *Ten aanzien van de in het geding zijnde bepaling*

B.1.1. De prejudiciële vraag heeft betrekking op artikel 134 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, in de versie vóór de wijziging ervan bij de wet van 27 maart 2014 houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, dat bepaalt :

« § 1. Er wordt een Ethische Commissie voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische communicatienetwerken opgericht, hierna ‘ de Ethische Commissie voor de telecommunicatie ’ genoemd. De Koning bepaalt, na advies van het Instituut, de samenstelling van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie, de voorwaarden verbonden aan het mandaat van de leden van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie, alsmede de procedure en de praktische regels in verband met de werking van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie.

De Ethische Commissie voor de telecommunicatie bestaat minstens uit twee vertegenwoordigers van de gezinsbelangen, één vertegenwoordiger van de minister van Economie, één vertegenwoordiger van de minister van Consumentenzaken, één vertegenwoordiger van de minister van Justitie, één vertegenwoordiger van de minister en een

voorzitter, aangewezen door de minister. De leden worden benoemd voor een periode van vijf jaar. De leden van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie zijn onderworpen aan het beroepsgeheim, ook als ze geen lid meer zijn van deze commissie.

De procedureregels voorzien minstens in de kennisgeving van de klacht of het dossier tot vaststelling van een inbreuk op de Ethische Code voor de telecommunicatie aan de vermoedelijke overtreder, een redelijke periode waarbinnen deze zijn verdediging kan voorbereiden en het recht om schriftelijk en mondeling standpunt in te nemen ten aanzien van de beweerde inbreuk.

Het Instituut neemt het secretariaat van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie waar. Het secretariaat ontvangt de klachten die zijn gericht aan de Ethische Commissie voor de telecommunicatie en neemt de dossiers in vooronderzoek. Het kan eveneens een onderzoek instellen op eigen initiatief.

De Ethische Commissie voor de telecommunicatie kan ingedeeld worden in kamers van drie leden, die uitspraak doen over de klachten. De indeling in kamers wordt vastgelegd in een huishoudelijk reglement, dat opgesteld wordt door de Ethische Commissie voor de telecommunicatie en gepubliceerd wordt op haar website.

De minister legt, op voorstel van het Instituut, de kosten vast die verbonden zijn aan de behandeling van een individueel dossier. De kosten worden gedragen door de dienstenaanbieder, indien hij gesanctioneerd wordt. In de overige gevallen worden de kosten gedragen door het Instituut.

§ 2. Op voorstel van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie stelt de Koning een Ethische Code voor de telecommunicatie vast.

De Ethische Code voor de telecommunicatie duidt de nummerreeksen aan waarvoor het is toegestaan om van de oproeper naast de prijs voor de communicatie ook een betaling voor de inhoud te vragen en omschrijft de voorwaarden waaronder betalende diensten via elektronische communicatienetwerken aan de eindgebruikers kunnen worden aangeboden. De Ethische Code voor de telecommunicatie stelt eveneens de nadere regels vast volgens dewelke de operatoren hun medewerking verlenen aan het onderzoek van een vermoedelijke inbreuk door een persoon die een betalende dienst via een elektronische-communicatienetwerk aanbiedt en aan de uitvoering van de beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie. De voorwaarden van de Ethische Code voor de telecommunicatie gelden onverminderd de toepassing van de bepalingen van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming en van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij.

De personen die betalende diensten via elektronische communicatienetwerken aanbieden en de operatoren, wat betreft de medewerking bedoeld in het tweede lid, zijn verplicht de bepalingen van de Ethische Code voor de telecommunicatie in acht te nemen.

De Ethische Commissie voor de telecommunicatie of een van haar kamers spreekt zich uit over de naleving van de Ethische Code voor de telecommunicatie na een klacht van de belanghebbende of op eigen initiatief en nadat het kennis genomen heeft van het verslag van het secretariaat over het dossier en van de repliek van de vermoedelijke overtreder op het

verslag. Het secretariaat kan soortgelijke klachten betreffende eenzelfde aanbieder van een betalende dienst via een elektronisch communicatienetwerk bundelen in één dossier. Het secretariaat kan ook, overeenkomstig de instructies, die zijn gegeven door de Ethische Commissie voor de telecommunicatie en gepubliceerd op haar website, een klacht voor bemiddeling doorsturen naar de Ombudsdienst voor telecommunicatie of voor bemiddeling of verder onderzoek doorsturen naar de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie. Het doorsturen van een klacht voor bemiddeling doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie om ten aanzien van de aanbieder van de betalende dienst via een elektronische-communicatienetwerk een inbreuk op de Ethische Code voor de telecommunicatie vast te stellen en overeenkomstig § 3 te bestraffen.

De Ombudsdienst voor telecommunicatie en de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie brengen, volgens de nadere bepalingen die zijn vastgelegd in een samenwerkingsprotocol, de Ethische Commissie voor de telecommunicatie op de hoogte van het resultaat van de bemiddeling of het verdere onderzoek betreffende elke overgezonden klacht. Wanneer het secretariaat op de hoogte wordt gebracht van het resultaat van de bemiddeling of het verdere onderzoek, kan het de klacht seponeren. Het secretariaat licht de Ethische Commissie voor de telecommunicatie, volgens de nadere regels die zijn vastgelegd in het huishoudelijk reglement, in over de geseponerde klachten. De Ethische Commissie voor de telecommunicatie kan de besluiten van het secretariaat tot seponering evoceren en aan het secretariaat vragen het dossier alsnog op een zitting van de Ethische Commissie of van een van haar kamers te brengen.

De beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie zijn gemotiveerd en worden openbaar gemaakt.

§ 3. De inbreuken op de Ethische Code voor de telecommunicatie worden bestraft met een administratieve geldboete ten belope van 125 tot 125 000 EUR en/of een schorsing van de activiteiten van 1 tot 90 dagen.

In geval van een zware of herhaalde inbreuk kan de Ethische Commissie voor de telecommunicatie of een van haar kamers een of meer van de volgende maatregelen opleggen :

- 1° een administratieve geldboete ten belope van 250 tot 250.000 euro;
- 2° een schorsing van de betrokken diensten tot één jaar;
- 3° de opheffing van de betrokken dienst;
- 4° het verbod om nieuwe diensten aan te bieden.

Bij het uitspreken van de sancties houdt de Ethische Commissie voor de telecommunicatie of een van haar kamers rekening met de ernst van de inbreuk alsook met het al dan niet opzettelijke karakter ervan.

Wanneer de Ethische Commissie voor de telecommunicatie of een van haar kamers een effectieve sanctie uitspreekt, betaalt de overtreder aan de benadeelde of benadeelden, via de betrokken operatoren en binnen dertig dagen te rekenen vanaf de kennisgeving van de uitspraak, het bedrag dat van de benadeelde of benadeelden verkregen werd ten gevolge van de vastgestelde inbreuk.

§ 4. Indien de overtreder nalaat de door de Ethische Commissie voor de telecommunicatie opgelegde administratieve geldboete en/of de verschuldigde dossierkosten te betalen binnen de door de Ethische Commissie vastgestelde termijn, zendt het secretariaat de beslissing van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie door aan de Administratie van de belasting over de toegevoegde waarde, registratie en domeinen, met het oog op invordering. Deze Administratie kan optreden bij dwangbevel, overeenkomstig artikel 3 van de domaniale wet van 22 december 1949.

Alle sommen betaald of ingevorderd ten titel van administratieve geldboete opgelegd door de Ethische Commissie voor de telecommunicatie worden in de Schatkist gestort. De ingevorderde dossierkosten worden gestort aan het Instituut ».

B.1.2. De in artikel 134, § 2, eerste lid, van de wet van 13 juni 2005 bedoelde Ethische Code werd vastgesteld bij het koninklijk besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie (*Belgisch Staatsblad*, 21 juni 2011). Artikel 7 van dat koninklijk besluit bepaalt :

« De betalende diensten en de reclame ervoor mogen niet van die aard zijn dat ze :

1° afbreuk doen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer;

2° schrik, vrees of afschuw veroorzaken door :

a) het beschrijven of afbeelden van nodeloos geweld, sadisme of wreedheid;

b) het ongegrond melding maken van terrorisme, een terroristische dreiging, een natuurramp of een door mensen veroorzaakt drama, zelfs bij wijze van grap;

3° een persoon ertoe aanmoedigen of aansporen om schadelijke of gevaarlijke daden te stellen of schadelijke of gevaarlijke substanties, producten of diensten aan te schaffen, te gebruiken of te verhandelen;

4° een persoon helpen om wettelijke controles ter bevordering van de veiligheid, waaronder de verkeersveiligheid, te omzeilen;

5° onenigheid met zich brengen of bevorderen op grond van geslacht, burgerlijke staat, vermogen, geboorte, leeftijd, taal, seksuele geaardheid, nationaliteit, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst;



6° ernstige belediging of publieke verontwaardiging veroorzaken door :

- a) gebruik te maken van onbehoorlijke of obscene taal;
- b) gebruik te maken van seksueel expliciete taal of afbeeldingen, behalve in het kader van specifiek voor meerderjarigen bestemde betalende diensten;
- c) te vernederen, ontëren of verlagen;

7° gebruikmaken van subliminale berichten ».

B.1.3. Ingevolge de in het geding zijnde bepaling kan de Ethische Commissie voor de telecommunicatie de personen die betalende diensten via elektronische communicatienetwerken aanbieden, aan een sanctie onderwerpen indien zij de Ethische Code overtreden. De sanctie komt in beginsel neer op een administratieve geldboete. Een zware of een herhaalde inbreuk kan tevens leiden tot een schorsing of opheffing van de betrokken dienst of tot een verbod om nieuwe diensten aan te bieden. Die sancties worden opgelegd rekening houdend met de ernst van de inbreuk, het al dan niet opzettelijke karakter ervan en de eventuele staat van herhaling.

B.2. De verwijzende rechter vraagt of de in het geding zijnde bepaling bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre de daarin vervatte verplichtingen en sancties enkel van toepassing zijn op betalende sms-diensten, met uitsluiting van niet-betalende sms-diensten.

#### *Ten aanzien van de excepties van de Ministerraad*

B.3.1. Uit de motivering van de verwijzingsbeslissing blijkt dat de verwijzende rechter wenst te vernemen « of het onderscheid tussen betalende en niet-betalende diensten op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is, mede in het licht van de doelstelling van art. 134 Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, meer bepaald de bevordering van de verkeersveiligheid ».

Aldus kan op grond van de verwijzingsbeslissing worden opgemaakt welke categorieën van personen met elkaar dienen te worden vergeleken.

B.3.2. De bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof beperkt geenszins de mogelijkheid van de verwijzende rechter om ambtshalve een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen. Hij vermog zulks te doen ongeacht of de partijen de geldigheid van de in het geding zijnde bepaling in twijfel hebben getrokken en ongeacht of die bepaling de openbare orde raakt.

Krachtens artikel 29, § 1, van dezelfde bijzondere wet kan tegen de beslissing van een rechtscollège, in zover dit aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag stelt, overigens geen enkel rechtsmiddel worden aangewend.

B.3.3. De excepties worden verworpen.

#### *Ten gronde*

B.4. De in het geding zijnde bepaling is enkel van toepassing op personen die betalende diensten via elektronische communicatienetwerken aanbieden. Dit zijn, blijkens artikel 134, § 2, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005, de diensten waarvoor het is toegestaan van de oproeper naast de prijs voor de communicatie ook een betaling voor de inhoud te vragen. De aanbieders van niet-betalende diensten via elektronische communicatienetwerken zijn doorgaans ook commerciële ondernemingen, maar halen hun inkomsten niet uit betalingen door de eindgebruikers, doch uit reclameboodschappen. De in het geding zijnde bepaling is niet van toepassing op die laatste categorie van personen.

B.5.1. De bij de in het geding zijnde bepaling opgerichte Ethische Commissie voor de telecommunicatie vervangt de Ethische Commissie voor de informatiediensten via telecommunicatie, die was opgericht bij artikel 105*decies*A van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven. In de memorie van toelichting bij de in het geding zijnde bepaling wordt daaromtrent het volgende vermeld :

« De bepalingen in verband met de Ethische Commissie en de Ethische Code werden aangepast om rekening te houden met enkele technologische evoluties sedert de invoering van artikel 105*decies*A eind 1997. Zo wordt de Ethische Code van toepassing verklaard op alle diensten die via elektronische communicatienetwerken (waaronder ook internet en SMS,...) tegen betaling van een meerprijs aangeboden worden op 077, 0900, 0903 en andere nummers

uit de nummerreeksen van het nationale nummerplan waaronder het is toegestaan om van de oproeper naast de prijs voor de communicatie ook een betaling voor de geleverde inhoud (informatie, spelletjes, logo's, babbelboxen, etc...) te vragen. Tevens wordt de bevoegdheidsdelegatie aan de Koning beter omschreven en worden de minimumgaranties voor de rechten van de verdediging die de Koning verder kan uitwerken nader omschreven.

Om misbruiken van sommige betalende diensten via elektronische communicatienetwerken, die nu maar al te vaak vastgesteld worden, te ontmoedigen, worden de administratieve sancties voor de inbreuken op de Ethische Code verscherpt. Dit is ook in overeenstemming met hetgeen gevraagd werd in punt 12 van de Resolutie van de Kamer betreffende de bescherming van gebruikers van informatiediensten via telecommunicatie, aangenomen in de zomer van 2002 » (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, DOC 51-1425/001 en 1426/001, pp. 84-85).

B.5.2. Uit die parlementaire voorbereiding, alsook uit de plaats van de in het geding zijnde bepaling in afdeling 3 (« Bescherming van de eindgebruikers inzake het gebruik van sommige bijzondere nummers ») van hoofdstuk III (« Bescherming van de eindgebruikers ») van titel IV (« De bescherming van de belangen van de maatschappij en van de gebruikers ») van de wet van 13 juni 2005 blijkt dat de wetgever met de in het geding zijnde bepaling de bescherming van de consument beoogde.

In de Ethische Code wordt die doelstelling ruim opgevat, aangezien zij betalende diensten via elektronische communicatienetwerken en de reclame ervoor verbiedt vanwege uiteenlopende doelstellingen. Zo streeft het in B.1.2 vermelde artikel 7, 4°, van de Ethische Code, waarvan de overtreding het voorwerp van het geschil voor de verwijzende rechter uitmaakt, de bevordering van de verkeersveiligheid en het vermijden van wetsontduiking na.

B.6.1. Het in het geding zijnde onderscheid tussen personen, naargelang zij betalende of niet-betalende diensten via elektronische communicatienetwerken aanbieden, berust op een objectief criterium, namelijk het al dan niet bestaan van een betalingsverplichting voor de eindgebruiker in ruil voor de inhoud van de geleverde dienst.

B.6.2. Dat criterium van onderscheid is evenwel niet pertinent in het licht van de met de in het geding zijnde bepaling nagestreefde doeleinden. Zowel de bescherming van de consument als de verbetering van de verkeersveiligheid en het vermijden van wetsontduiking moeten immers worden gediend ongeacht het al dan niet betalende karakter van de via een elektronisch communicatienetwerk aangeboden dienst.

In zoverre artikel 134, § 2, van de wet van 13 juni 2005 enkel van toepassing is op de personen die betalende diensten via een elektronisch communicatienetwerk aanbieden, is het niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.7. De prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

*Ten aanzien van de handhaving van de gevolgen van de in het geding zijnde bepaling*

B.8.1. Krachtens artikel 28, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof wijst het Hof, zo het dit nodig oordeelt, bij wege van algemene beschikking, die gevolgen van de ongrondwettig bevonden bepalingen aan welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd of voorlopig gehandhaafd worden voor de termijn die het vaststelt.

B.8.2. Teneinde de wetgever toe te laten een einde te maken aan de vastgestelde ongrondwettigheid dienen de gevolgen van de in het geding zijnde bepaling te worden gehandhaafd tot op het ogenblik van de inwerkingtreding van de vereiste wijzigingsbepalingen en uiterlijk tot 31 december 2018.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

- Artikel 134, § 2, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het enkel van toepassing is op personen die betalende diensten via elektronische communicatienetwerken aanbieden.

- De gevolgen van die bepaling worden gehandhaafd totdat de wetgever nieuwe bepalingen aanneemt en uiterlijk tot 31 december 2018.

Aldus gewezen in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 13 juli 2017.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

E. De Groot