



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 63.296/4
du 2 mai 2018

advies 63.296/4
van 2 mei 2018

sur

over

un avant-projet de loi
'établissant un cadre pour la
sécurité des réseaux et des
systèmes d'information
d'intérêt général pour la
sécurité publique'

een voorontwerp van wet 'tot
vaststelling van een kader voor
de beveiliging van netwerk- en
informatiesystemen van
algemeen belang voor de
openbare veiligheid'

Le 5 avril 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'établissant un cadre pour la sécurité des réseaux et des systèmes d'information d'intérêt général pour la sécurité publique'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 2 mai 2018. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, 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 2 mai 2018.

*

Op 5 april 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot vaststelling van een kader voor de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen van algemeen belang voor de openbare veiligheid'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 2 mei 2018. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Bernard BLERO en Wanda VOGEL, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Patrick RONVAUX, 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 2 mei 2018.

*

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.

COMPÉTENCE DE L'AUTEUR DE L'ACTE

Ce n'est pas la première fois que la section de législation est saisie d'un avant-projet de loi visant, en exécution d'une directive européenne à transposer, à recenser des opérateurs de services essentiels en vue d'assurer de manière préventive la protection de certaines de leurs infrastructures jugées nécessaires au maintien de diverses fonctions centrales pour la vie de la Nation.

Cette opération peut soulever en soi des questions de compétence lorsque les infrastructures à protéger dépendent d'opérateurs qui exercent leurs activités dans l'orbite de compétences qui ont été attribuées aux entités fédérées ou à certaines d'entre-elles et que la loi fédérale entend associer de manière unilatérale ces entités à l'identification des infrastructures à protéger, identification que l'État fédéral entreprend pour ce qui le concerne sous le couvert des compétences résiduelles qu'il exerce dans le domaine de la sécurité publique.

Cette question de compétence a été analysée dans les termes suivants à l'occasion de l'avis n° 48.989/VR ¹ donné le 9 décembre 2010 sur un avant-projet devenu la loi du 1^{er} juillet 2011 'relative à la sécurité et la protection des infrastructures critiques' :

« 1. Ainsi que l'exprime son article 2, alinéa 1^{er}, l'avant-projet à l'examen a notamment pour objet de transposer la directive 2008/114/CE du Conseil du 8 décembre 2008 concernant le recensement et la désignation des infrastructures critiques européennes ainsi que l'évaluation de la nécessité d'améliorer leur protection (ci-après, la directive).

Comme l'énonce l'article 1^{er} de la directive, il s'agit d'établir une procédure de recensement et de désignation des infrastructures critiques européennes en vue d'éventuellement améliorer leur protection afin de contribuer à la protection des personnes. L'infrastructure critique est en substance définie par l'article 2, a), de la directive comme 'le point (...) qui est indispensable au maintien des fonctions vitales de la société, de la santé, de la sûreté, de la sécurité et du bien-être économique ou social des citoyens, et dont l'arrêt ou la destruction aurait un impact significatif (...) du fait de la défaillance de ces fonctions'. L'article 3, paragraphe 3, de la directive mentionne qu'elle s'applique pour l'instant uniquement dans les secteurs de l'énergie et des transports. Selon le premier considérant de la directive, ses auteurs ont d'abord eu en vue l'adoption de 'mesures en vue de renforcer la prévention, la préparation et la réponse de l'Union européenne face aux attaques terroristes contre des infrastructures critiques'. Par la suite, tout en maintenant 'une priorité donnée à la lutte contre la menace terroriste', le

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

¹ *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1357/001, pp. 53-64, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/48989.pdf>.

programme européen de protection des infrastructures critiques, dont la directive est un instrument, s'est fondé sur 'une approche tous risques (qui) tient compte des risques d'origine humaine, des menaces technologiques et des catastrophes naturelles dans le processus de protection des infrastructures critiques' (troisième considérant).

Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de considérer que la transposition de cette directive met principalement en œuvre la matière de la protection préventive exercée dans le domaine de la sécurité publique, qui relève des compétences résiduelles exclusives du législateur fédéral ².

Il en va de même pour ce qui concerne les autres dispositions de l'avant-projet qui, tout en n'ayant pas pour objet de transposer la directive, tendent à l'adoption de mesures analogues pour ce qui concerne les infrastructures critiques nationales ainsi que les autres points d'intérêt fédéral et les points d'intérêt local.

2. Toutefois, les mesures qui seront prises sur la base de l'avant-projet seront susceptibles de concerner des opérateurs exploitant des infrastructures qui, envisagées d'un autre point de vue, pourraient relever de la compétence matérielle des régions, s'agissant spécialement des secteurs de l'énergie et du transport, auxquels la directive s'applique (article 6, § 1^{er}, VII et X, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

L'auteur de l'avant-projet est d'ailleurs sensible à cet aspect des choses puisqu'il a le souci d'associer les régions à la réglementation applicable et à sa mise en œuvre, comme en témoignent les dispositions suivantes de l'avant-projet :

– l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, selon lequel l'autorité sectorielle ³ procède à l'identification des infrastructures critiques européennes 'après avis conforme des régions pour les infrastructures critiques potentielles relevant de leurs compétences' ;

– l'article 6, § 2, selon lequel l'autorité sectorielle 'établit des critères sectoriels auxquels doivent répondre les infrastructures critiques européennes eu égard aux caractéristiques particulières du secteur concerné, (...), le cas échéant, après avis conforme des régions concernées' ;

– l'article 6, § 5, selon lequel 'l'autorité sectorielle établit au cas par cas les seuils applicables aux critères intersectoriels auxquels doivent répondre les infrastructures critiques européennes, (...), le cas échéant après avis conforme des régions concernées' ;

– l'article 7, § 2, alinéa 2, selon lequel la Direction générale Centre de Crise du service public fédéral Intérieur (ci-après, DGCC) 'est chargée en collaboration (...), le cas échéant, avec les régions concernées (...) de mener des discussions bilatérales ou multilatérales avec les États membres de l'Union européenne concernés (...) en ce qui concerne les infrastructures critiques européennes potentielles identifiées sur le territoire belge (...)'

– l'article 13, § 6, alinéa 2, selon lequel 'le Roi, le cas échéant, en accord avec les régions concernées, détermine pour un secteur ou un sous-secteur déterminé la fréquence

² Note de bas de page n° 1 de l'avis cité : C.E., État belge, n° 175.462, 8 octobre 2007. Pour d'autres exemples de lois adoptées par l'État fédéral en vue d'assurer la protection préventive des « fonctions vitales de la société », voir la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité qui vise notamment à protéger « le potentiel économique du pays » ou la loi du 10 juillet 2006 relative à l'analyse de la menace qui a notamment en vue les « intérêts fondamentaux » du pays.

³ Note de bas de page n° 2 de l'avis cité : Pour les infrastructures critiques européennes, l'autorité sectorielle est le ministre fédéral ayant les Transports dans ses attributions ou son délégué (article 3, 3°, a, de l'avant-projet) ou le ministre fédéral ayant l'Énergie dans ses attributions ou son délégué (article 3, 3°, b, de l'avant-projet).

des exercices et des mises à jour' du plan de sécurité de l'exploitant d'une infrastructure critique européenne ;

– l'article 24, § 2, alinéa 2, selon lequel le Roi 'peut fixer les modalités du contrôle, le cas échéant en accord avec les régions concernées', du respect des dispositions de la loi en projet par les exploitants d'infrastructures concernées par celle-ci.

3. Comme les régions détiennent des compétences dans les domaines de l'énergie et du transport, qu'il pourrait en être de même pour d'autres secteurs auxquels la loi en projet s'appliquerait et que, selon l'auteur de l'avant-projet lui-même, dans l'exécution de la loi, l'incidence de certaines des mesures envisagées pourrait affecter la gestion d'infrastructures relevant des compétences régionales, il est admissible d'associer les régions à l'adoption des mesures d'exécution du texte en projet.

Toutefois, ce faisant, il doit le faire d'une manière qui respecte l'autonomie des différents niveaux de pouvoir. Le législateur fédéral ne peut imposer unilatéralement – par le biais d'une loi ordinaire – une collaboration forcée des régions au système mis en place par l'avant-projet. L'intervention des régions ne peut être prévue, si nécessaire, que de façon facultative et en manière telle que leur éventuelle abstention n'empêche pas l'adoption des mesures envisagées par l'autorité fédérale compétente.

4. Si, dans l'avenir, il devait s'avérer que l'adoption des mesures d'exécution de la loi devait impliquer l'exercice conjoint de compétences propres à l'autorité fédérale et aux régions, et non plus uniquement la mise en œuvre de la seule compétence fédérale en matière de sécurité publique, il conviendrait de conclure un accord de coopération avec les régions sur ces questions ».

Dans le cadre de l'avant-projet à l'examen, les Régions et/ou les Communautés sont associées au processus opératoire par l'effet des articles 7, § 2, alinéa 2, 11, § 1^{er}, alinéa 3, § 4, § 5, alinéa 2, § 7, alinéa 3, § 8 et § 9, alinéa 3, 14, § 4, et 17, § 7, de l'avant-projet, chaque fois d'une manière compatible avec les principes dégagés ci-dessus.

L'avant-projet ne soulève dès lors aucun problème de compétence au regard de ces principes.

FORMALITÉ PRÉALABLE

Il ressort du commentaire de l'article 9 que l'avant-projet entend notamment organiser l'échange de « données à caractère personnel ».

Il n'apparaît pas du dossier que l'avant-projet de loi ait été soumis à l'avis de la Commission de la protection de la vie privée.

À dater du 25 mai 2018, date à laquelle le règlement général sur la protection des données ⁴ sera d'application, l'attention du demandeur d'avis est attirée sur le fait que l'avis de l'autorité de contrôle « responsable pour le contrôle de l'application du règlement général sur la protection des données » constituera une formalité obligatoire ⁵⁻⁶.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

En désignant directement des services du pouvoir exécutif qui ont été créés par le Roi et qui dépendent de Lui pour exercer des missions liées à l'exécution de l'avant-projet, comme c'est le cas par exemple à l'article 6, 1° et 3°, le pouvoir législatif s'immisce dans l'organisation interne du pouvoir exécutif.

Or, c'est en principe au Roi qu'il revient de désigner ceux de Ses services qui seront chargés d'intervenir dans le processus d'application et de mise en œuvre de la loi.

C'est également à Lui qu'il appartient de compléter la liste des missions de service qui permettront d'assurer la transposition correcte de la directive NIS.

Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, il ne suffit pas de désigner, à l'article 6, 1°, de l'avant-projet le « CCB » comme étant « le Centre pour la Cybersécurité Belgique créé par l'arrêté royal du 10 octobre 2014 », pas plus qu'à l'article 7, § 1^{er} et 3 à 6, de l'avant-projet d'énoncer les missions dont il est investi pour satisfaire aux exigences de la directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 'concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union (Directive « NIS »)'. Certes, les missions dont le CCB est actuellement en charge semblent assez largement énoncées à l'article 3 de l'arrêté royal du 10 octobre 2014 'portant création du Centre pour la Cybersécurité Belgique' que pour absorber celles que l'auteur de l'avant-projet se propose de lui confier au regard de la directive NIS. Il n'en demeure pas moins que dans le respect des règles de droit interne belge qui président à la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif, c'est au Roi et à Lui seul qu'il appartient d'attribuer au CCB les missions précises qu'il va exercer en application de la directive NIS. De même, si l'article 4 de l'arrêté royal du 10 octobre 2014 précise que « [p]our l'exécution de ses missions, le CCB dispose d'une enveloppe et d'un plan de personnel propre », il n'en revient pas moins que c'est au pouvoir exécutif qu'il revient dans le cadre des moyens mis à sa disposition de s'assurer que le CCB disposera des « ressources suffisantes pour pouvoir s'acquitter de [ses] tâches de manière effective et efficace et atteindre ainsi les objectifs » fixés par la directive NIS, comme le requiert l'article 8, paragraphe 5, de cette directive.

⁴ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)'.

⁵ Voir les articles 36, paragraphe 4, et 57, paragraphe 1, ainsi que le considérant 96 du règlement général sur la protection des données.

⁶ À dater du 25 mai 2018, l'Autorité de protection des données succèdera à la Commission de la protection de la vie privée (voir la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données').

L'avant-projet doit en conséquence être revu dans chacune des dispositions qui impliquent la désignation d'une autorité administrative (nationale intersectorielle ou sectorielle ⁷) et la détermination de ses missions et de la manière de l'exercer (procédure, critères, ...) dès lors que cette autorité a déjà été créée par le Roi ou devrait l'être au titre des principes régissant la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif.

Au regard de ces principes, il n'est dès lors pas admissible qu'en tout cas, les articles 7, 8, 9, §§ 2 et 4, 11, 14, § 3, alinéa 2, 17, § 3, deuxième phrase, 20, §§ 5 et 6, 21, § 1^{er}, alinéa 2, 22, §§ 3, alinéa 2, 9 *partim* et 14, 23, §§ 2 à 7, 24, § 1^{er}, alinéa 2, ainsi que 36 à 41 de l'avant-projet soient adoptés en l'état ; ils ne seront dès lors pas examinés plus avant par la section de législation.

Enfin, les tableaux de correspondance seront adaptés afin d'y mentionner les arrêtés royaux pris, à modifier ou à prendre pour transposer correctement et complètement la directive NIS.

2. Les tableaux de correspondance, le cas échéant, lus en combinaison avec l'exposé des motifs et le commentaire des articles doivent permettre d'appréhender la mesure dans laquelle la directive NIS est correctement transposée.

Or, il apparaît d'un tel exercice opéré par la section de législation dans les limites de l'ampleur de l'avant-projet de loi, du nombre de demandes d'avis qu'elle doit actuellement examiner et des délais impartis pour ce faire, que les tableaux qui lui ont été transmis sont, pour plusieurs dispositions de l'avant-projet, en défaut de satisfaire aux exigences de précision auxquelles il s'impose qu'ils satisfassent.

Compte tenu de l'observation générale n° 1 et à titre de simples exemples, dans le tableau établissant la correspondance entre l'avant-projet et la directive NIS,

– l'article 2 de l'avant-projet n'est pas la transposition de l'article premier, paragraphe 1 de la directive NIS : c'est l'article 25, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, de la directive qui doit être mentionné ;

– l'article 4, § 2, de l'avant-projet constituerait une transposition de l'article premier, paragraphe 7, de la directive NIS : si tant est qu'il faille pour ce faire en déduire que les instruments juridiques régissant le secteur des finances constituent la mise en œuvre d'actes juridiques sectoriels au sens de cet article premier, paragraphe 7, de la directive NIS, le commentaire de l'article serait judicieusement complété sur ce point et si tel n'est pas le cas, il y aurait lieu d'indiquer clairement dans le commentaire de l'article en quoi l'exception prévue pour le secteur des finances trouve sa source dans ce même article premier, paragraphe 7 ou une autre disposition pertinente de la directive NIS ; une observation similaire vaut pour l'article 4, § 4, de l'avant-projet dont il ne suffit pas de préciser dans le tableau de correspondance qu'il est

⁷ En effet, à lire l'article 7, § 2, de l'avant-projet, l'intention de l'auteur est que les autorités sectorielles soient créées par arrêté royal, ce qui suppose que pour celles qui existent c'est également par arrêté royal qu'elles ont été créées. Dans cette mesure, les dispositions déterminant les missions de ces autorités sectorielles qui devront éventuellement être adaptées compte tenu de la directive NIS, doivent aussi faire l'objet d'un arrêté royal (Voir sur ce point plus spécialement, les articles 11, §§ 1^{er} à 11, et 12, § 1^{er}, de l'avant-projet).

« strictement national » sans donner de plus amples précisions dans le commentaire de l'article par ailleurs muet à cet égard ; une observation similaire vaut pour l'article 17, § 3, de l'avant-projet ;

– la section de législation n'aperçoit pas en quoi l'article 6, 15° et 16°, serait la transposition de l'article 6, paragraphes 1 et 2, de la directive NIS qui ne porte aucune définition des critères intersectoriels et sectoriels mais concerne en réalité la procédure de détermination d'un effet disruptif important sur la fourniture d'un service essentiel ;

– plusieurs dispositions de la directive NIS sont renseignées comme transposées dans un article ou l'une de ses subdivisions ; or, en l'occurrence, ce n'est pas la disposition elle-même qui transpose mais un dispositif que par exemple le Roi est habilité à prendre pour ce faire : cette précision doit apparaître clairement dans le tableau de concordance afin de ne pas induire en erreur quant à la correcte et complète transposition opérée par l'avant-projet lui-même⁸ ;

– l'article 19, § 3, de l'avant-projet serait la transposition de l'article 17 de la directive NIS ; or, ne fut-ce qu'aux termes de leurs contenus respectifs il ne semble pas que tel soit le cas, la première disposition imposant des obligations aux fournisseurs de service numérique quant à renseigner un point de contact pour la sécurité informatique tandis que la seconde concerne les autorités compétentes, leurs obligations en termes de contrôle et de moyens nécessaires à les exercer.

Ce tableau et le tableau en sens inverse seront en conséquence revus et, le cas échéant, le commentaire des articles complété des informations indispensables au destinataire de la règle pour en comprendre la portée.

3. C'est sous réserve de ces observations générales qui tiennent à la correcte et complète transposition de la directive NIS compte tenu des exigences de la directive elle-même et des règles de droit interne que les observations particulières suivantes sont formulées.

L'avant-projet sera revu pour en tenir compte.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 9

L'article 9, § 1^{er}, alinéa 3, de l'avant-projet dispose

« [d]ans le respect des alinéas 1 et 2, il est dérogé, pour l'exécution de la présente loi, aux obligations de secret professionnel imposés par d'autres législations ».

⁸ Voir, par exemple, les articles 17, §§ 5 à 7, alinéa 1^{er}, et 20, § 2, de l'avant-projet qui ne transposent pas à proprement parler respectivement, selon le tableau de concordance, les articles 15, paragraphe 4, et 14, paragraphes 4 à 6, de la directive NIS, et l'article 16, paragraphes 4 et 8 de la directive NIS.

Cette disposition ne peut suffire à garantir la sécurité juridique et la protection des personnes investies d'une obligation de secret professionnel qui pourraient être incriminées pour ne pas avoir respecté celui-ci et encourir de ce fait d'être sanctionnées pénalement.

La disposition doit indiquer précisément les législations qui sont ainsi concernées.

Article 14

L'article 14, § 4, alinéa 1^{er}, en projet prévoit que les arrêtés royaux qu'il vise seront adoptés « [s]ur proposition du Premier Ministre et des Ministres compétents ».

Cependant, et ainsi que l'a rappelé la section de législation dans son avis n° 60.490/1 donné le 10 janvier 2017⁹,

« Les décisions du pouvoir exécutif sont prises par le Roi sous réserve des habilitations qu'Il confère (article 37 de la Constitution). C'est au Roi, et non au pouvoir législatif, qu'il revient de régler, dans le respect des dispositions constitutionnelles en la matière, l'organisation et le fonctionnement du pouvoir exécutif, notamment en définissant le rôle respectif qu'assurent le Conseil des ministres, les comités ministériels éventuels, les ministres ainsi que les diverses administrations et organes de gestion dans la préparation et l'exécution des décisions du pouvoir exécutif ».

L'article 14, § 4, alinéa 1^{er}, en projet sera revu en conséquence.

La même observation vaut pour l'article 17, § 5, alinéa 2, et 7, alinéa 1^{er}, en projet.

Article 17

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, précise

« [l]'obligation de notifier s'applique même si l'opérateur de services essentiels ne dispose que d'une partie des informations pertinentes pour évaluer le caractère significatif de l'impact de l'incident ».

Le commentaire de l'article indique

« L'opérateur de services essentiels ne doit pas attendre de disposer de toutes les informations pertinentes sur un incident pour procéder à la notification. Lorsque les informations à sa disposition lui permette[nt] déjà de savoir qu'il s'agit d'un incident ayant un impact significatif, il convient qu'il le notifie.

Le choix a été fait, dans un premier temps, de laisser les opérateurs apprécier si l'incident est de nature à avoir un impact significatif sur la disponibilité, la confidentialité, l'intégrité ou l'authenticité des services essentiels qu'ils fournissent. La loi ne fixe donc pas de critères mais habilite le Roi, après avis du CCB, de la DGCC et des autorités

⁹ Avis n° 60.490/1 donné le 10 janvier 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 21 juillet 2017 'instaurant un programme de coopération durable sur le plan de la recherche entre les établissements scientifiques fédéraux et les universités', *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2479/001, pp. 41-45, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60490.pdf>.

sectorielles ainsi que, le cas échéant, des entités fédérées, à établir des niveaux d'incidence ou des seuils, par secteur ou sous-secteur, constituant nécessairement un impact significatif.

Cette faculté laissée au Roi au paragraphe 7 vise à offrir si besoin une plus grande sécurité juridique aux opérateurs de services essentiels quant aux hypothèses dans lesquelles un incident doit nécessairement être 'considéré comme ayant un impact significatif'. Dans l'attente de tels niveaux d'incidence ou de seuils, les opérateurs seront invités à prendre en compte tous les événements ayant un effet sur la disponibilité, la confidentialité, l'intégrité ou l'authenticité des systèmes d'information liés à la fourniture d'un service essentiel ».

L'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, de l'avant-projet, lu à la lumière du commentaire de l'article n'est pas suffisamment créateur de la sécurité juridique et de la prévisibilité de la norme requises pour une disposition dont le non-respect est assorti d'une sanction pénale aux termes de l'article 26 de l'avant-projet de loi.

Il sera en conséquence revu.

Article 21

L'article 21, § 1^{er}, alinéa 2, en projet prévoit que l'autorité sectorielle peut déterminer le contenu et les autres règles applicables à l'audit interne visé à l'alinéa 1^{er} de la même disposition.

Ce faisant, la disposition en projet délègue à cette autorité un pouvoir réglementaire.

Il ressort de l'annexe IV à la loi en projet que l'« autorité sectorielle » ainsi visée n'est pas nécessairement et dans tous les cas une autorité politiquement responsable, à l'instar d'un ministre.

Selon la jurisprudence constante de la section de législation, la délégation d'un pouvoir réglementaire à une autorité qui n'est pas politiquement responsable, ne peut se concevoir qu'à des conditions restrictives¹⁰. Il est notamment requis que les règlements adoptés

¹⁰ Avis n° 42.387/VR donné le 27 mars 2007 sur un avant-projet devenu la loi du 15 mai 2007 'portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Autorité fédérale, la Région flamande, la Région wallonne et la Région de Bruxelles-Capitale relatif à la mise en œuvre de certaines dispositions du Protocole de Kyoto, conclu à Bruxelles, le 19 février 2007', *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 2411/1, pp. 30-35, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/42387.pdf> ; avis n° 44.607/1 donné le 12 juin 2008 sur un avant-projet devenu le décret du 10 juillet 2008 'betreffende het stelsel van leren en werken in de Vlaamse Gemeenschap', *Doc. parl.*, Parl. fl., 2007-2008, n° 1760/1, pp. 241-265, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/44607.pdf> ; avis n° 50.217/4 donné le 21 septembre 2011 sur un projet devenu l'arrêté royal du 2 décembre 2011 'concernant les infrastructures critiques dans le sous-secteur du transport aérien', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/50217.pdf>. Voir également J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS et T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, vol. 1, Bruges, Die Keure, 2015, pp. 148-149. La section de législation s'est prononcée dans le même sens dans l'avis n° 63.202/2 donné le 26 avril 2018 sur un avant-projet de loi 'instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE'.

sur base de cette délégation fassent l'objet d'une ratification par une autorité qui, quant à elle, est politiquement responsable.

La disposition en projet ne satisfait pas à cette condition. Elle sera donc revue.

La même observation vaut pour l'article 21, § 3, alinéa 4, en projet.

Article 24

Au paragraphe 5, les membres assermentés du service d'inspection ou de l'autorité sectorielle peuvent rédiger des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire.

La Cour constitutionnelle a souligné qu'une telle règle constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement et dès lors également au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé, de sorte que la différence de traitement qui en résulte doit être raisonnablement justifiée et ne peut restreindre les droits du prévenu de manière disproportionnée ¹¹.

Il est par conséquent recommandé de justifier, dans le commentaire de l'avant-projet, l'attribution d'une force probante particulière aux procès-verbaux visés à l'article 24, § 5, de l'avant-projet.

Article 26

Le paragraphe 2, réprime pénalement

« quiconque empêche ou entrave volontairement l'exécution du contrôle effectué par les membres du service d'inspection, refuse de communiquer les informations qui lui sont demandées à l'occasion de ce contrôle, ou communique sciemment des informations inexactes ou incomplètes ».

Il est toutefois rappelé que le droit de ne pas s'auto-incriminer, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, fait obstacle à ce qu'une personne, « pénalement accusée » au sens de cette disposition, puisse être sanctionnée pour avoir refusé de prêter son concours à l'établissement de sa propre culpabilité ¹².

Article 30

1. Au paragraphe 2, il est question de « jour ouvrable ». Cette dernière notion ne recevant aucune qualification juridique précise et l'arrêté ayant vocation à s'appliquer dans des

¹¹ Voir, par exemple, C.C., 6 avril 2000, n° 40/2000, B.14.1, et C.C., 14 février 2001, n° 16/2001, B.12.1.

¹² Voir entre autres l'avis n° 60.619/2 donné le 25 janvier 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 2 octobre 2017 'réglementant la sécurité privée et particulière', *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2388/1, p. 194 et références citées à la note 44, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60619.pdf>.

contextes dans lesquels la notion de jour ouvrable peut varier, il conviendrait soit de la définir, soit, de prévoir un délai calculé en « jours ».

2. Au paragraphe 3, *in fine*, il y a lieu de remplacer les mots « l'article 25 » par les mots « l'article 27 ».

Article 31

Il convient d'écrire « envoi recommandé » plutôt que « lettre recommandée à la poste » car, par l'effet d'un mouvement de libéralisation du secteur, Bpost a perdu le monopole de ce type d'envoi.

Article 32

1. À l'alinéa 1^{er}, dans la version française, il y a convient d'écrire « introduire un recours » au lieu de « interjeter appel ».

2. L'attention de l'auteur est attirée sur l'incohérence de prévoir des formalités de procédures sanctionnées par une nullité prononcée d'office alors que depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2015, de la loi du 19 octobre 2015 'modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice', le régime des nullités a été revu en supprimant toute possibilité pour le juge d'en encore soulever une exception de nullité.

Article 33

Il y a lieu de viser l'article 32 et non l'article 30.

Article 34

Il est contraire à la sécurité juridique de faire débiter le délai de prescription « à compter du jour où le fait est constaté », ce délai doit courir à partir du jour où le fait est commis.

Article 42¹³

Au a), la modification en projet paraît être appelée à devoir remplacer l'article 3, c), de la loi du 1^{er} juillet 2011 plutôt qu'à le modifier.

¹³ Cet article devrait être fusionné avec l'article 36 de l'avant-projet puisqu'il apporte des modifications au même article que celui que l'article 36 de l'avant-projet modifie.

Article 44

La section de législation n'aperçoit pas pourquoi un article similaire n'est pas introduit dans chacune des lois que l'avant-projet modifie pour transposer la directive concernée.

Article 47

Au paragraphe 2, le paragraphe 4 en projet a pour effet que les sanctions prévues pour la violation de la directive européenne transposée par l'avant-projet différeront selon le secteur dans lequel cette loi trouve à s'appliquer puisque les « mesures » prévues à l'article 79 de la loi du 21 novembre 2017 qui est modifiée par l'article 47 de l'avant-projet diffèrent des sanctions prévues par les articles 24 à 34 de l'avant-projet.

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier pareille différence.

L'observation vaut *mutatis mutandis* pour l'article 50 de l'avant-projet en tant que celui-ci rend applicable les articles 36/8 à 36/12/3 et l'article 36/21 de la loi du 22 février 1998 à la Banque Nationale de Belgique agissant comme autorité sectorielle dans le cadre de la directive transposée par l'avant-projet.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het 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.

BEVOEGDHEID VAN DE STELLER VAN DE HANDELING

Het is niet voor het eerst dat de afdeling Wetgeving advies moet uitbrengen over een voorontwerp van wet dat, met toepassing van een om te zetten Europese richtlijn, aanbieders van essentiële diensten beoogt te inventariseren teneinde sommige van hun infrastructuren die noodzakelijk worden geacht voor het behoud van verschillende centrale functies voor het bestaan van de Natie, preventief te beschermen.

Die onderneming kan op zichzelf bevoegdheidsproblemen doen rijzen, wanneer de te beschermen infrastructuur afhangen van operatoren die hun activiteiten uitoefenen op gebieden waarvoor de deelstaten of sommige deelstaten bevoegd zijn gemaakt, en wanneer de federale wet die deelstaten eenzijdig wil betrekken bij de identificatie van de te beschermen infrastructuur, een identificatie die de federale Staat, wat hem betreft, doet krachtens de restbevoegdheden die hij op het gebied van de openbare veiligheid uitoefent.

Die bevoegdheidskwestie is als volgt geanalyseerd in advies 48.989/VR,¹ op 9 december 2010 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 1 juli 2001 ‘betreffende de beveiliging en de bescherming van de kritieke infrastructuur’:

“1. Het voorliggende voorontwerp voorziet, zoals te lezen staat in artikel 2, eerste lid, ervan, inzonderheid in de omzetting van richtlijn 2008/114/EG van de Raad van 8 december 2008 inzake de identificatie van Europese kritieke infrastructuur, de aanmerking van infrastructuur als Europese kritieke infrastructuur en de beoordeling van de noodzaak de bescherming van dergelijke infrastructuur te verbeteren (hierna ‘de richtlijn’ genoemd).

Artikel 1 van de richtlijn geeft aan dat bij deze richtlijn een procedure wordt ingesteld voor de identificatie en de aanmerking van Europese kritieke infrastructuur, om de bescherming van de mensen te bevorderen. De kritieke infrastructuur wordt in artikel 2, a), van de richtlijn in wezen gedefinieerd als ‘een voorziening (... die) van essentieel belang is voor het behoud van vitale maatschappelijke functies, de gezondheid, de veiligheid, de beveiliging, de economische welvaart of het maatschappelijk welzijn, waarvan de verstoring of vernietiging (...) aanzienlijke gevolgen zou hebben doordat die functies ontregeld zouden raken’. Artikel 3, lid 3, van de richtlijn bepaalt dat deze op dit ogenblik uitsluitend van toepassing is in de sectoren energie en vervoer. Volgens de eerste

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

¹ Parl.St. Kamer 2010-11, nr. 1357/001, 53-64, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/48989.pdf>.

overweging van de richtlijn hebben de stellers ervan in de eerste plaats het aannemen van 'voorstellen (beoogd) over de wijze waarop de preventie van, de paraatheid bij en de reactie op terreuraanslagen op kritieke infrastructuur in Europa kunnen worden verbeterd'. In dat verband is besloten dat het Europese programma voor de bescherming van kritieke infrastructuren, waarvan de richtlijn een beleidsmiddel is, 'gebaseerd moet zijn op een alle risico's omvattende aanpak, waarbij de bestrijding van terroristische dreigingen als prioriteit zou gelden', een aanpak waarbij 'in het proces ter bescherming van kritieke infrastructuur rekening (dient) te worden gehouden met door mensen veroorzaakte dreigingen, technologische dreigingen en natuurrampen' (derde overweging).

Gelet op hetgeen voorafgaat, moet worden beschouwd dat de omzetting van deze richtlijn hoofdzakelijk leidt tot de tenuitvoerlegging van de aangelegenheid van de preventieve bescherming op het gebied van de openbare veiligheid, die tot de exclusieve restbevoegdheid van de federale wetgever behoort².

Hetzelfde geldt voor de overige bepalingen van het voorontwerp die weliswaar niet voorzien in de omzetting van de richtlijn, maar strekken tot het aannemen van analoge maatregelen met betrekking tot de nationale kritieke infrastructuren, de andere punten van federaal belang en de punten van lokaal belang.

2. De maatregelen die op basis van het voorontwerp zullen worden getroffen, kunnen evenwel een weerslag hebben op operatoren die een infrastructuur exploiteren welke, uit een ander oogpunt beschouwd, tot de bevoegdheid *ratione materiae* van de gewesten kan behoren, meer in het bijzonder wat betreft de sectoren energie en vervoer, waarop de richtlijn toepassing vindt (artikel 6, § 1, VII en X, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen).

De steller van het voorontwerp heeft overigens oog gehad voor dit aspect, daar hij de gewesten wenst te 'betrekken' bij het uitwerken van de toepasselijke regelgeving en bij de uitvoering ervan, zoals blijkt uit de volgende bepalingen van het voorontwerp:

- artikel 5, § 1, tweede lid, naar luid waarvan de sectorale overheid³ de Europese kritieke infrastructuren identificeert 'na eensluidend advies van de gewesten voor de potentiële kritieke infrastructuren die onder hun bevoegdheden vallen';
- artikel 6, § 2, naar luid waarvan de sectorale overheid 'de sectorale criteria (bepaalt) waaraan de Europese kritieke infrastructuren moeten beantwoorden, rekening houdend met de bijzondere karakteristieken van de betrokken sector, (...), in voorkomend geval, na eensluidend advies van de betrokken gewesten';
- artikel 6, § 5, naar luid waarvan de sectorale overheid 'geval per geval de drempelwaarden (bepaalt) die van toepassing zijn op de intersectorale criteria waaraan de Europese kritieke infrastructuren dienen te beantwoorden, (...), in voorkomend geval, na eensluidend advies van de betrokken gewesten';
- artikel 7, § 2, tweede lid, naar luid waarvan de Algemene Directie Crisiscentrum van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken (hierna 'ADCC' genoemd) 'in

² Voetnoot 1 van het geciteerde advies: Raad van State, Belgische Staat, nr. 175.462, 8 oktober 2007. Andere voorbeelden van wetten die de federale Staat heeft aangenomen met het oog op de preventieve bescherming van de "vitale maatschappelijke functies": de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen, die onder meer de bescherming van het "economisch potentieel van het land" beoogt, of de wet van 10 juli 2006 betreffende de analyse van de dreiging, die onder meer 's lands "fundamentele belangen" beoogt.

³ Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Voor de Europese kritieke infrastructuren is de federale minister bevoegd voor het Vervoer of diens gemachtigde (artikel 3, 3°, a), van het voorontwerp), dan wel de federale minister bevoegd voor de Energie of diens gemachtigde (artikel 3, 3°, b), van het voorontwerp) de sectorale overheid.

samenwerking met (...), in voorkomend geval (...) de betrokken gewesten, belast (is) met het voeren van bilaterale of multilaterale besprekingen met de betrokken lidstaten van de Europese Unie, (...) inzake de potentiële Europese kritieke infrastructuren geïdentificeerd op Belgisch grondgebied (...)';

- artikel 13, § 6, tweede lid, naar luid waarvan 'de Koning bepaalt, in voorkomend geval, met instemming van de betrokken gewesten, voor een bepaalde sector of een deelsector, de frequentie van de oefeningen en van de bijwerkingen' van het beveiligingsplan van de exploitant van een Europese kritieke infrastructuur;

- artikel 24, § 2, tweede lid, naar luid waarvan de Koning 'de nadere regels van [de controle van de inachtneming van de bepalingen van de ontworpen wet door de exploitanten van de bij deze wet bedoelde infrastructuren] kan vastleggen, in voorkomend geval met instemming van de betrokken gewesten'.

3. Aangezien de gewesten bevoegdheden bezitten op het gebied van energie en vervoer, aangezien dit eveneens zou kunnen gelden voor andere sectoren waarop de ontworpen wet toepassing zou vinden en volgens de steller zelf van het voorontwerp bij de uitvoering van de wet de weerslag van sommige van de voorgenomen maatregelen voelbaar zou kunnen zijn in het beheer van infrastructuren die tot de bevoegdheid van de gewesten behoren, kan worden aanvaard dat de gewesten worden betrokken bij het aannemen van de uitvoeringsmaatregelen omschreven in de ontworpen tekst.

De steller van het voorontwerp moet evenwel aldus te werk gaan dat de autonomie van de verschillende beleidsniveaus in acht wordt genomen. De federale wetgever kan niet eenzijdig - bij wege van een gewone wet - een gedwongen medewerking van de gewesten aan het bij het voorontwerp uitgestippelde systeem opleggen. De medewerking van de gewesten kan dus indien nodig alleen facultatief zijn, en op een zodanige wijze dat, indien ze dat verzuimen, zulks niet verhindert dat de bevoegde federale overheid de voorgenomen maatregelen kan nemen.

4. Indien in de toekomst mocht blijken dat het aannemen van maatregelen ter uitvoering van de wet inhoudt dat bevoegdheden eigen aan de federale overheid en aan de gewesten gezamenlijk worden uitgeoefend, en niet meer dat uitsluitend de enkele federale bevoegdheid op het gebied van de openbare veiligheid wordt uitgeoefend, moet daaromtrent met de gewesten een samenwerkingsakkoord worden gesloten."

In het kader van het voorliggende voorontwerp worden de gewesten en/of de gemeenschappen bij de gang van zaken betrokken ingevolge de artikelen 7, § 2, tweede lid, 11, § 1, derde lid, § 4, § 5, tweede lid, § 7, derde lid, § 8 en § 9, derde lid, 14, § 4, en 17, § 7, van het voorontwerp, telkens op een wijze die verenigbaar is met de hierboven naar voren gebrachte principes.

Ten aanzien van die principes doet het voorontwerp dan ook geen enkel bevoegdheidsprobleem rijzen.

VOORAFGAAND VORMVEREISTE

Uit de bespreking van artikel 9 blijkt dat het voorontwerp in het bijzonder de uitwisseling van "persoonsgegevens" beoogt te organiseren.

Uit het dossier blijkt niet dat het voorontwerp van wet om advies is voorgelegd aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

De adviesaanvrager wordt erop gewezen dat het advies van de toezichthoudende autoriteit die “verantwoordelijk is voor het toezicht op de toepassing van de algemene verordening gegevensbescherming” vanaf 25 mei 2018, de datum waarop de algemene verordening⁴ gegevensbescherming toepasselijk wordt, een verplicht vormvereiste is.⁵⁻⁶

ALGEMENE OPMERKINGEN

Doordat de wetgevende macht rechtstreeks de diensten van de uitvoerende macht aanwijst die door de Koning zijn opgericht en op hem aangewezen zijn om de opdrachten uit te voeren die betrekking hebben op de uitvoering van het voorontwerp, zoals bijvoorbeeld het geval is in artikel 6, 1° en 3°, mengt ze zich in de interne organisatie van de uitvoerende macht.

In principe staat het echter aan de Koning te bepalen welke van zijn diensten bij de toepassing en de tenuitvoerlegging van de wet een rol dienen te spelen.

Het staat tevens aan de Koning de lijst met de dienstopdrachten waarmee de NIS-richtlijn correct kan worden omgezet, aan te vullen.

Zo volstaat het bijvoorbeeld niet dat in artikel 6, 1°, van het voorontwerp het “CCB” wordt aangewezen als “het Centrum voor Cybersecurity België opgericht bij het koninklijk besluit van 10 oktober 2014”, noch dat in artikel 7, §§ 1 en 3 tot 6, van het voorontwerp de opdrachten worden vermeld waarmee het CCB wordt belast om te voldoen aan de vereisten van richtlijn (EU) 2016/1148 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 2016 ‘houdende maatregelen voor een hoog gemeenschappelijk niveau van beveiliging van netwerken en informatiesystemen in de Unie’ (NIS-richtlijn). De opdrachten waarmee het CCB momenteel belast is, lijken in artikel 3 van het koninklijk besluit van 10 oktober 2014 ‘tot oprichting van het Centrum voor Cybersecurity België’ weliswaar voldoende ruim geformuleerd zodat ze ook de opdrachten omvatten die de steller van het voorontwerp in het licht van de NIS-richtlijn aan het CCB wil verlenen. Dat neemt niet weg dat het, met naleving van de Belgische internrechtelijke regels voor de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, aan de Koning en enkel aan de Koning staat om het CCB de precieze opdrachten te verlenen die het met toepassing van de NIS-richtlijn zal uitvoeren. Alhoewel artikel 4 van het koninklijk besluit van 10 oktober 2014 stelt dat “[h]et CCB (...) voor de vervulling van zijn opdrachten over een eigen personeelsenveloppe en –plan [beschikt]”, staat het niettemin evenzo aan de uitvoerende macht, in het kader van de middelen die haar ter beschikking zijn gesteld, ervoor te zorgen dat het CCB,

⁴ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’.

⁵ Zie de artikelen 36, lid 4, en 57, lid 1, alsook overweging 96 van de algemene verordening gegevensbescherming.

⁶ Vanaf 25 mei 2018 wordt de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opgevolgd door de Gegevensbeschermingsautoriteit (zie wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’).

zoals vereist bij artikel 8, lid 5, van de NIS-richtlijn, beschikt over “de nodige middelen (...) om de taken die [het] zijn toegewezen op doeltreffende en efficiënte wijze uit te voeren en aldus de doelstellingen (...) te verwezenlijken” die bij die richtlijn zijn vastgesteld.

Iedere bepaling van het voorontwerp die strekt tot aanwijzing van een (intersectorale of sectorale nationale⁷) administratieve overheid en tot vaststelling van de opdrachten daarvan alsook van de wijze waarop die opdrachten moeten worden uitgevoerd (procedure, criteria ...), moet dienovereenkomstig herzien worden, aangezien die overheid al door de Koning opgericht is, of door de Koning opgericht zou moeten worden, volgens de beginselen die de verdeling regelen van de bevoegdheden tussen de wetgevende en de uitvoerende macht.

In het licht van die beginselen is het bijgevolg niet aanvaardbaar dat in ieder geval de artikelen 7, 8, 9, § 2 en § 4, 11, 14, § 3, tweede lid, 17, § 3, tweede zin, 20, §5 en § 6, 21, § 1, tweede lid, 22, § 3, tweede lid 2, § 9 (*partim*) en 14, 23, § 2 tot § 7, 24, § 1, tweede lid, alsook 36 tot 41 van het voorontwerp worden aangenomen zoals ze thans zijn gesteld; zij zullen dan ook niet verder onderzocht worden door de afdeling Wetgeving.

Ten slotte moeten de concordantietabellen aldus aangepast worden dat daarin de koninklijke besluiten worden vermeld die vastgesteld zijn, gewijzigd moeten worden of vastgesteld moeten worden om de NIS-richtlijn correct en volledig om te zetten.

2. De concordantietabellen, in voorkomend geval gelezen in samenhang met de memorie van toelichting en de bespreking van de artikelen, moeten het mogelijk maken na te gaan in welke mate de NIS-richtlijn correct omgezet is.

Uit een dergelijke oefening die de afdeling Wetgeving heeft uitgevoerd binnen de perken van de omvang van het voorontwerp van wet, het aantal adviesaanvragen die ze momenteel moet onderzoeken en de termijnen waarover ze daartoe beschikt, blijkt evenwel dat de tabellen die haar bezorgd zijn, met betrekking tot verscheidene bepalingen van het voorontwerp, niet beantwoorden aan de nauwkeurigheidsvereisten waaraan ze moeten voldoen.

Gelet op algemene opmerking 1 en louter bij wijze van voorbeeld bevat de tabel die de overeenstemming weergeeft tussen het voorontwerp en de NIS-richtlijn de volgende vergissingen:

– artikel 2 van het voorontwerp is niet de omzetting van artikel 1, lid 1, van de NIS-richtlijn: hier moet artikel 25, lid 1, derde alinea, van de richtlijn vermeld worden;

– artikel 4, § 2, van het voorontwerp zou de omzetting zijn van artikel 1, lid 7, van de NIS-richtlijn: als het zo is dat daartoe uit een en ander afgeleid moet worden dat de juridische

⁷ Uit artikel 7, § 2, van het voorontwerp blijkt immers dat het de bedoeling is van de steller dat de sectorale overheden opgericht worden bij koninklijk besluit, hetgeen veronderstelt dat de reeds bestaande eveneens bij koninklijk besluit opgericht zijn. In dat opzicht moeten de bepalingen tot vaststelling van de opdrachten van die sectorale overheden die eventueel aangepast zullen moeten worden rekening houdend met de NIS-richtlijn, ook bij koninklijk besluit worden vastgesteld (zie aangaande dat punt inzonderheid de artikelen 11, § 1 tot § 11, en 12, § 1, van het voorontwerp).

instrumenten tot regeling van de financiële sector de tenuitvoerlegging vormen van sectorspecifieke rechtshandelingen in de zin van dat artikel 1, lid 7, van de NIS-richtlijn, verdient het aanbeveling de bespreking van het artikel op dat punt aan te vullen, en indien zulks niet het geval is, zou in de bespreking van het artikel duidelijk vermeld moeten worden in welk opzicht de uitzondering waarin voorzien wordt voor de financiële sector, haar oorsprong vindt in datzelfde artikel 1, lid 7, of in een andere relevante bepaling van de NIS-richtlijn; een vergelijkbare opmerking geldt voor artikel 4, § 4, van het voorontwerp: wat dat artikel betreft volstaat het niet in de concordantietabel te preciseren dat het “louter nationaal” is zonder meer uitleg te geven in de bespreking van het artikel, waarin overigens niks gezegd wordt dienaangaande; een vergelijkbare opmerking geldt voor artikel 17, § 3, van het voorontwerp;

– het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk in welk opzicht artikel 6, 15° en 16°, de omzetting zou zijn van artikel 6, lid 1 en 2, van de NIS-richtlijn, dat geen definitie bevat van de intersectorale en sectorale criteria maar in werkelijkheid de procedure betreft voor het vaststellen van een aanzienlijk verstorend effect op de levering van een essentiële dienst;

– met betrekking tot verscheidene bepalingen van de NIS-richtlijn wordt aangegeven dat ze omgezet zijn in een artikel of in één van de onderverdelingen daarvan; *in casu* wordt de richtlijn evenwel niet omgezet bij de bepaling zelf, maar bij een regeling die bijvoorbeeld vastgesteld wordt door de Koning die daartoe in die gevallen gemachtigd is: die precisering moet duidelijk naar voren komen in de concordantietabel zodat geen misverstanden ontstaan met betrekking tot de correcte en volledige omzetting die bij het voorontwerp zelf tot stand wordt gebracht;⁸

– artikel 19, § 3, van het voorontwerp zou de omzetting zijn van artikel 17 van de NIS-richtlijn; dat lijkt evenwel niet het geval te zijn, al was het maar gezien de respectieve inhoud ervan, aangezien bij de eerste bepaling de digitaaldienstverleners verplicht worden een contactpunt voor de informatiebeveiliging aan te duiden, terwijl de tweede bepaling betrekking heeft op de bevoegde autoriteiten, hun verplichtingen inzake toezicht en de middelen die nodig zijn om ze uit te voeren.

Die tabel en de tabel in omgekeerde richting moeten dienovereenkomstig herzien worden en de bespreking van de artikelen moet, in voorkomend geval, aangevuld worden met de informatie die noodzakelijk is voor de adressaten van de regel om de strekking ervan te begrijpen.

3. De hiernavolgende bijzondere opmerkingen worden gemaakt onder voorbehoud van die algemene opmerkingen, die verband houden met de correcte en volledige omzetting van de NIS-richtlijn, rekening houdend met de vereisten van de richtlijn zelf en met de regels van intern recht.

Het voorontwerp moet herzien worden rekening houdend daarmee.

⁸ Zie bijvoorbeeld de artikelen 17, § 5 tot §7, eerste lid, en 20, § 2, van het voorontwerp, die in feite niet de omzetting vormen van – volgens de concordantietabel – respectievelijk de artikelen 15, lid 4, en 14, lid 4 tot 6, van de NIS-richtlijn, en artikel 16, lid 4 en 8 van de NIS-richtlijn.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 9

Artikel 9, § 1, derde lid, van het voorontwerp bepaalt:

“Met inachtneming van het eerste en tweede lid wordt, voor de toepassing van deze wet, afgeweken van de door andere wetgeving opgelegde verplichtingen inzake het beroepsgeheim.”.

Die bepaling kan niet volstaan om de rechtszekerheid te waarborgen en de bescherming van de personen die aan het beroepsgeheim gebonden zijn, die aangeklaagd zouden kunnen worden voor de niet-inachtneming ervan en daardoor strafrechtelijk gestraft zouden kunnen worden.

In de bepaling moet duidelijk aangegeven worden om welke wetgevingen het hier gaat.

Artikel 14

Het ontworpen artikel 14, § 4, eerste lid, bepaalt dat de daarin beoogde koninklijke besluiten vastgesteld zullen worden “[o]p voorstel van de Eerste Minister en van de bevoegde ministers”.

Zoals de afdeling Wetgeving daar evenwel in haar advies 60.490/1 van 10 januari 2017⁹ aan heeft herinnerd,

“[worden,] [o]nder voorbehoud van de machtigingen die hij verleent, de beslissingen van de uitvoerende macht genomen door de Koning (artikel 37 van de Grondwet). Het komt de Koning toe, en niet de wetgevende macht, om met inachtneming van de desbetreffende grondwettelijke bepalingen, de organisatie en de werking van de uitvoerende macht te regelen, inzonderheid door de respectieve rol te bepalen die de Ministerraad, de eventuele ministeriële comités, de ministers, de diverse besturen en bestuursorganen vervullen bij de voorbereiding en de uitvoering van de beslissingen van de uitvoerende macht.”

Het ontworpen artikel 14, § 4, eerste lid, moet dienovereenkomstig herzien worden.

Dezelfde opmerking geldt voor de ontworpen artikelen 17, § 5, tweede lid, en 7, eerste lid.

⁹ Advies 60.490/1, op 10 januari 2017 verstrekt over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 21 juli 2017 ‘tot instelling van een programma voor duurzame samenwerking op onderzoeksvlak tussen de federale wetenschappelijke instellingen en de universiteiten’, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2479/001, 41-45, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/60490.pdf>.

Artikel 17

Paragraaf 1, tweede lid, luidt:

“De meldingsplicht is van toepassing zelfs wanneer de aanbieder van essentiële diensten slechts gedeeltelijk over de relevante informatie beschikt om te bepalen of het incident een aanzienlijke impact heeft.”.

In de bespreking van het artikel staat het volgende:

“De aanbieder van essentiële diensten moet niet wachten tot hij over alle relevante informatie over een incident beschikt om het te melden. Wanneer hij uit de hem ter beschikking staande informatie reeds kan afleiden dat het incident een aanzienlijke impact heeft, moet hij het melden.

In eerste instantie is ervoor gekozen om de aanbieders te laten beoordelen of een incident een aanzienlijke impact kan hebben op de beschikbaarheid, vertrouwelijkheid, integriteit of authenticiteit van de door hen verleende essentiële diensten. De wet bepaalt dus geen criteria maar machtigt de Koning, na advies van het CCB, de ADCC en de sectorale overheden, alsook, in voorkomend geval, van de deelgebieden, om, per sector of deelsector, de weerslagniveaus of drempelwaarden te bepalen die noodzakelijkerwijs een aanzienlijke impact hebben.

Deze in paragraaf 7 vermelde mogelijkheid waarover de Koning beschikt, heeft tot doel om de aanbieders van essentiële diensten, indien nodig, meer rechtszekerheid te bieden wat de gevallen betreft waarin wordt aangenomen dat een incident noodzakelijkerwijs een aanzienlijke impact heeft. In afwachting van deze weerslagniveaus of drempelwaarden worden de aanbieders verzocht rekening te houden met alle gebeurtenissen die een impact hebben op de beschikbaarheid, vertrouwelijkheid, integriteit of authenticiteit van de informatiesystemen voor het verlenen van een essentiële dienst.”

Artikel 17, § 1, tweede lid, van het voorontwerp, gelezen in het licht van de bespreking van het artikel, schept niet op afdoende wijze de rechtszekerheid en voorzienbaarheid van een norm die vereist is voor een bepaling waarvan de niet-naleving luidens artikel 26 van het voorontwerp van wet een strafrechtelijke wordt bestraft.

Het artikel moet dienovereenkomstig herzien worden.

Artikel 21

Het ontworpen artikel 21, § 1, tweede lid, bepaalt dat de sectorale overheid de inhoud en de overige regels die van toepassing zijn op de interne audit bedoeld in het eerste lid van dezelfde bepaling, kan vaststellen.

Zodoende delegeert de ontworpen bepaling een verordnungsbevoegdheid aan die overheid.

Uit bijlage IV van de ontworpen wet blijkt dat de aldus bedoelde “sectorale overheid” niet noodzakelijkerwijs noch in alle gevallen een politiek verantwoordelijke overheidsinstantie is, zoals dat het geval is voor een minister.

Volgens de vaste adviespraktijk van de afdeling Wetgeving is de delegatie van een verordnungsbevoegdheid aan een overheidsinstantie die niet politiek verantwoordelijk is, slechts onder beperkende voorwaarden denkbaar.¹⁰ Onder meer is vereist dat de verordeningen die op basis van die delegatie zijn vastgesteld, bekrachtigd worden door een overheidsinstantie die zelf politiek verantwoordelijk is.

De ontworpen bepaling voldoet niet aan die voorwaarde. Ze moet dus worden herzien.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 21, § 3, vierde lid.

Artikel 24

In paragraaf 5 staat dat de beëdigde leden van de inspectiedienst of van de sectorale overheid processen-verbaal kunnen opstellen die bewijskracht hebben tot het tegendeel is bewezen.

Het Grondwettelijk Hof heeft erop gewezen dat een dergelijke regel een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal als een loutere inlichting geldt en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde van een bepaald element beoordeelt, zodat het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit op een redelijke verantwoording dient te berusten en het de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze mag beperken.¹¹

Het verdient bijgevolg aanbeveling in de bespreking van het voorontwerp te rechtvaardigen dat de processen-verbaal bedoeld in artikel 24, § 5, van het voorontwerp een bijzondere bewijskracht krijgen.

¹⁰ Advies 42.387/VR, op 27 maart 2007 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 15 mei 2007 'houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de Federale Overheid, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest inzake de uitvoering van sommige bepalingen van het Protocol van Kyoto, afgesloten te Brussel, op 19 februari 2007', *Parl.St.* Senaat 2006-07, nr. 2411/1, 30-35, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/42387.pdf>; advies 44.607/1, op 12 juni 2008 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van 10 juli 2008 'betreffende het stelsel van leren en werken in de Vlaamse Gemeenschap', *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1760/1, 241-265, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/44607.pdf>; advies 50.217/4, op 21 september 2011 gegeven over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 2 december 2011 'betreffende de kritieke infrastructuur in de deelsector van het luchtvervoer', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/50217.pdf>. Zie ook J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, vol. 1, Brugge, Die Keure, 2015, 148-149. De afdeling Wetgeving heeft zich in dezelfde zin uitgesproken in advies 63.202/2, op 26 april 2018 gegeven over een voorontwerp van wet 'tot oprichting van het informatieveiligheidscomité en tot wijziging van diverse wetten betreffende de uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG'.

¹¹ Zie bijvoorbeeld GwH 6 april 2000, nr. 40/2000, B.14.1, en GwH 14 februari 2001, nr. 16/2001, B.12.1.

Artikel 26

Paragraaf 2 voorziet in een strafrechtelijke bestraffing van eenieder

“die de uitvoering van de controle door de leden van de inspectiedienst vrijwillig verhindert of belemmert, de informatie die hem gevraagd is naar aanleiding van deze controle weigert mee te delen, of opzettelijk foutieve of onvolledige informatie meedeelt.”

Er wordt echter opgemerkt dat het recht om zichzelf niet te beschuldigen, dat gewaarborgd is door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, verhindert dat een persoon, “tegen wie een vervolging is ingesteld” in de zin van die bepaling, kan worden bestraft omdat hij geweigerd heeft zijn medewerking te verlenen aan het bewijzen van zijn eigen schuld.¹²

Artikel 30

1. In paragraaf 2 is sprake van “werkdag”. Aangezien dat begrip in juridisch opzicht nergens duidelijk omschreven wordt en het besluit normaal gezien zal worden toegepast in contexten waarin het begrip werkdag kan verschillen, zou het begrip moeten worden gedefinieerd, ofwel zou moeten worden voorzien in een termijn berekend in “dagen”.

2. In paragraaf 3, *in fine*, dienen de woorden “artikel 25” te worden vervangen door de woorden “artikel 27”.

Artikel 31

Men schrijve “aangetekende zending” in plaats van “ter post aangetekend schrijven”, want door de liberalisering van de sector heeft Bpost het monopolie van dergelijke zendingen verloren.

Artikel 32

1. In de Franse tekst van het eerste lid schrijve men “introduire un recours” in plaats van “interjeter appel”.

2. De steller wordt gewezen op de incoherentie dat wordt voorzien in procedurevormvereisten die gelden op straffe van ambtshalve uitgesproken nietigheid, terwijl de regeling inzake nietigheid sinds de inwerkingtreding op 1 november 2015 van de wet van 19 oktober 2015 ‘houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie’ herzien is zodat de rechter geen enkele mogelijkheid meer heeft om een exceptie van nietigheid op te werpen.

¹² Zie onder meer advies 60.619/2, op 25 januari 2017 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 2 oktober 2017 ‘tot regeling van de private en bijzondere veiligheid’, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2388/001, 194 en referenties aangehaald in noot 44, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/60619.pdf>.

Artikel 33

Er dient verwezen te worden naar artikel 32 in plaats van naar artikel 30.

Artikel 34

Het druist in tegen de rechtszekerheid om de verjaringstermijn te doen ingaan “te rekenen vanaf de dag waarop de feiten vastgesteld worden”. Die termijn moet ingaan vanaf de dag waarop de feiten zijn begaan.

Artikel 42¹³

Het ziet ernaar uit dat de ontworpen wijziging in de bepaling onder a) veeleer strekt tot vervanging dan tot wijziging van artikel 3, c), van de wet van 1 juli 2011.

Artikel 44

De afdeling Wetgeving begrijpt niet waarom niet in elke wet die met het oog op de omzetting van de richtlijn in kwestie door het voorontwerp wordt gewijzigd, een soortgelijk artikel wordt ingevoegd.

Artikel 47

De ontworpen paragraaf 4, in paragraaf 2, heeft als gevolg dat de sancties waarin is voorzien in geval van schending van de Europese richtlijn die door het voorontwerp wordt omgezet, zullen verschillen naargelang van de sector waarin die wet toepasselijk zal zijn, aangezien de “maatregelen”, bepaald bij artikel 79 van de wet van 21 november 2017 dat bij artikel 47 van het voorontwerp wordt gewijzigd, verschillen van de sancties waarin de artikelen 24 tot 34 van het voorontwerp voorzien.

De steller van het voorontwerp moet een dergelijk verschil kunnen rechtvaardigen.

¹³ Dat artikel zou moeten worden samengevoegd met artikel 36 van het voorontwerp, aangezien beide artikelen wijzigingen aanbrengen in hetzelfde artikel.

De opmerking geldt *mutatis mutandis* voor artikel 50 van het voorontwerp, in zoverre het de artikelen 36/8 tot 36/12/3 en artikel 36/21 van de wet van 22 februari 1998 toepasselijk maakt op de Nationale Bank van België, die in het kader van de richtlijn die bij het voorontwerp wordt omgezet, optreedt als sectorale overheid.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET