



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 69.160/4
du 6 mai 2021

advies 69.160/4
van 6 mei 2021

sur

over

un avant-projet de loi
‘introduisant des mesures de
sécurité supplémentaires pour
la fourniture de services
mobiles 5G’

een voorontwerp van wet ‘tot
invoering van bijkomende
beveiligingsmaatregelen voor
de verstrekking van
mobiele 5G-diensten’

Le 1^{er} avril 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Fonction publique, des Entreprises publiques, des Télécommunications et de la Poste à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'introduisant des mesures de sécurité supplémentaires pour la fourniture de services mobiles 5G'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 6 mai 2021. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur, et Julien GAUL, auditeur adjoint.

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 6 mai 2021.

*

Op 1 april 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Ambtenarenzaken, Overheidsbedrijven, Telecommunicatie en Post verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot invoering van bijkomende beveiligingsmaatregelen voor de verstrekking van mobiele 5G-diensten'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 6 mei 2021. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Luc CAMBIER en Bernard BLERO, staatsraden, Marianne DONY, assessor, en Charles-Henri VAN HOVE, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne VAGMAN, eerste auditeur, en Julien GAUL, adjunct-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 6 mei 2021.

*

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

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1.1. L'avant-projet à l'examen instaure plusieurs restrictions dans le cadre du déploiement des réseaux et de l'exploitation des technologies mobiles de cinquième génération, à savoir :

– l'obligation pour les « Mobile Network Operator » de disposer d'une autorisation préalable pour pouvoir utiliser certains éléments de leur réseau (article 105, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet) ; l'avant-projet prévoit la possibilité d'étendre l'obligation à d'autres catégories d'entreprises (article 105, § 2, 1^o et 2^o, en projet) ;

– l'obligation d'introduire une demande de régularisation dans le cas où l'utilisation de certains éléments des réseaux des « Mobile Network Operator » est effective au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal visé à l'article 105, § 4, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet (article 105, § 1^{er}, alinéa 4, en projet) ;

– l'obligation selon laquelle le réseau mobile d'un « Mobile Network Operator » d'une génération ultérieure à la quatrième génération doit se trouver sur le territoire de l'Union européenne et être géré, exploité, configuré et supervisé à partir de ce territoire (article 105, § 1^{er}, alinéa 5, en projet) ; l'avant-projet prévoit la possibilité d'étendre la même obligation à d'autres catégories d'entreprises (article 105, § 2, 5^o, en projet) ;

– la possibilité d'imposer l'obtention d'une autorisation préalable pour pouvoir bénéficier de services de « fournisseurs » – qui ne sont donc pas nécessairement des fournisseurs à « haut risque » – intervenant ponctuellement dans la gestion du réseau (article 105, § 2, 3^o, en projet) ;

– l'obligation de disposer d'une autorisation préalable en cas de mise à jour d'un logiciel ou d'un dispositif matériel relatif à un élément du réseau (article 105, § 2, 4^o, en projet) ;

– la mise en place de restrictions concernant l'utilisation d'éléments de réseau ou de services de « fournisseurs à haut risque » sur l'ensemble du territoire national ou dans des « zones sensibles » de ce territoire encore à déterminer (article 105, § 4, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet) ;

– la mise en place de restrictions concernant la « localisation des éléments de réseaux ou du fournisseur » (article 105, § 4, alinéa 1^{er}, 2^o, en projet).

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

Ces mesures limitent principalement la liberté d'entreprise, la liberté de circulation des marchandises, la liberté de circulation des services et l'usage libre des biens, garantis, selon le cas, par la Constitution, le droit européen et le droit international.

De telles restrictions ne sont admissibles que dans la mesure où elles poursuivent des motifs d'intérêt général, reposent sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, sont appropriées à la réalisation de l'objectif invoqué et sont nécessaires à la poursuite de cet objectif.

1.2. Ceci appelle les observations suivantes.

1.3. S'il peut être admis que les intérêts visés à l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 11 décembre 1998 'relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité', évoqués notamment à l'article 105, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, peuvent, selon les circonstances de l'espèce, constituer de tels motifs d'intérêt général, l'avant-projet à l'examen est en défaut, dans certaines de ses dispositions, de circonscrire suffisamment le régime qu'il instaure à la poursuite de ces objectifs et de garantir la proportionnalité des mesures envisagées.

De même, à certains égards, la prévisibilité¹ du régime mis en place n'est pas garantie à suffisance. Cette prévisibilité, qui contribue, au demeurant à s'assurer de la proportionnalité des restrictions envisagées permet, plus fondamentalement, de garantir le respect du principe de légalité des incriminations, qui résulte notamment de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, dès lors que les manquements aux obligations imposées par le texte en projet ou aux décisions prises en vertu de celui-ci sont susceptibles de faire l'objet de sanctions, notamment d'amendes administratives susceptibles d'être qualifiées de pénales au sens de cette Convention, le principe de légalité des incriminations rappelé ci-avant trouve à s'appliquer.

À cet égard, il y a lieu de mentionner spécialement les difficultés suivantes :

1° L'article 105, § 4, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, en projet habilite le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, à fixer des « restrictions » concernant « l'utilisation, sur le territoire national ou dans les zones sensibles de ce territoire, d'éléments de réseau ou de services de fournisseurs à haut risque » et « la localisation des éléments de réseaux ou du fournisseur ». Cette disposition peut se comprendre comme habilitant le Roi à apporter différentes sortes de restrictions pour tout motif qu'il estimerait raisonnable, ce qui n'est pas de nature à assurer la proportionnalité des restrictions envisagées et ne paraît pas, en outre, être conforme à l'intention de l'auteur de l'avant-projet. La difficulté pointée pourrait être levée en complétant la disposition à l'examen de sorte qu'il apparaisse que les « restrictions » que le Roi est habilité à fixer ne peuvent l'être qu'en vue de garantir les intérêts visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'article 105 en projet.

¹ Sur ce dernier point, il est rappelé que pour des raisons de sécurité juridique, de prévisibilité de la norme et d'égalité de traitement, il convient en outre que les termes utilisés dans l'avant-projet, en particulier ceux en rapport avec son champ d'application et les restrictions qu'il prévoit, soient les plus compréhensibles possibles.

2° Le régime mis en place n'est pas d'application, notamment, pour les points de terminaison du réseau qui n'émettent pas de « signaux radioélectriques de service mobile 5G » et exclut les « réseaux mobiles de quatrième génération et des générations antérieures » (article 105, § 1^{er}, alinéa 3, 2° et 3°, en projet). S'agissant de concepts clés dans la définition du champ d'application de l'avant-projet, il convient d'en délimiter les contours avec précision. Certes, l'exposé des motifs mentionne que « [l]a présente loi vise les réseaux mobiles de cinquième génération (5G). Plutôt que de définir ces termes, ce qui pourrait créer certaines discussions, il a été choisi de faire référence à la 5G en excluant les réseaux mobiles de quatrième génération et des générations antérieures ». Toutefois, l'absence même de définition paraît, en soi, plus de nature à entraîner une insécurité juridique qu'une définition dont les termes pourraient créer des discussions. La définition du champ d'application du texte en projet sera en conséquence revue.

3° La notion de « réseaux privés mobiles » employée à l'article 105, § 2, 2°, en projet n'est pas définie.

4° Dans la version française, la notion de « dispositif matériel relatif à un élément de réseau », employée à l'article 105, § 2, 4°, en projet manque de clarté ; mieux vaut préciser qu'il s'agit d'un « dispositif matériel d'un système informatique constituant un élément de réseau »².

5° L'article 105, § 4, alinéa 1^{er}, en projet permet aux ministres compétents de revoir d'initiative l'autorisation qui a été octroyée, « en raison d'un nouvel élément ». Cette formulation manque de précision. L'avant-projet sera revu aux fins de préciser la nature de ce nouvel élément ou le contexte dans lequel il s'insère, par exemple en se référant aux conditions qui ont été examinées dans le cadre de l'octroi de l'autorisation.

6° L'article 105, § 4, alinéa 1^{er}, 2°, en projet habilite le Roi à arrêter des restrictions concernant « la localisation des éléments de réseaux ou du fournisseur ». La section de législation n'aperçoit pas la portée exacte de la notion de « localisation du fournisseur », dont le texte ne mentionne pas qu'il est ou serait « à haut risque ». L'exposé des motifs ne comporte aucune explication à ce propos. S'il y a lieu de considérer que l'habilitation ainsi envisagée permet au Roi de restreindre la possibilité de faire usage des éléments de réseau ou des services d'un fournisseur qui ne serait pas à haut risque, en fonction de son unique « localisation », des réserves sérieuses doivent être émises quant à l'admissibilité de cette restriction au regard du principe d'égalité et de non-discrimination et du principe de proportionnalité.

7° Les critères qui permettent d'évaluer le « profil de risque » des fournisseurs (article 105, § 4, alinéa 3, en projet) gagneraient à être davantage précisés. Il en va ainsi pour les critères en projet ayant vocation à démontrer la « probabilité d'ingérence » comme pour les termes de « lien fort », de « gouvernement »³, de « situation », de « contrôle démocratique ou législatif », de « caractéristiques de la propriété d'entreprise du fournisseur », d'« exercer toute forme de pression », le « pays originaire » du fournisseur, et de « mène ou est associé à une politique cyber offensive ».

² La version néerlandaise utilise en effet la notion de « hardware ».

³ Ne faut-il pas viser les « autorités publiques » plutôt que le seul « gouvernement » ?

1.4. L'avant-projet sera revu, complété et précisé à la lumière des observations qui précèdent.

2. Suivant l'article 105, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, l'autorisation que les « Mobile Network Operator » doivent obtenir avant « d'utiliser un élément de leur réseau » est délivrée par les « ministres concernés », à savoir le premier ministre, le ministre des Télécommunications, le ministre de la Défense, le ministre de la Justice, le ministre de l'Intérieur et le ministre des Affaires étrangères.

Cependant, à la lecture de l'avant-projet, la nature de cette autorisation et le degré d'intervention des ministres concernés dans sa conception sont incertains : faut-il considérer que cette autorisation est constituée de six actes juridiques distincts devant chacun être adopté par les ministres à titre individuel selon une procédure distincte ou bien s'agit-il d'un seul et unique acte juridique auquel les ministres concernés doivent formellement consentir dans le cadre d'une seule et même procédure ?

Cette incertitude est de nature à entraîner de nombreuses difficultés de compréhension de l'avant-projet et, partant, une insécurité juridique. Ainsi, à titre d'illustration, les questions suivantes se posent :

– au stade du dépôt de la demande : une seule demande doit-elle être introduite, et dans ce cas, auprès de quel ministre ?

– au stade du traitement du dossier de demande : en cas de pluralité de demandes à introduire, à partir du dépôt de quelle demande le délai de trois mois dans lequel la décision doit être prise, prend-il cours ? De même, quel est le point de départ du délai de 28 jours laissé au demandeur pour formuler des observations écrites lorsque les ministres entendent refuser l'autorisation, l'assortir de conditions ou revoir leur décision d'initiative ? Chacun des ministres doit-il traiter de manière individuelle le dossier et demander l'avis de l'IBPT et des services de renseignement ?

L'avant-projet sera revu de manière à lever cette incertitude en clarifiant la nature de l'autorisation requise et les modalités d'adoption de la décision concernée.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

À l'article 2 de l'avant-projet, il convient de remplacer les lettres et signes « X° » et « Y° » par, respectivement, les nombres « 87° » et « 88° »⁴.

⁴ La numérotation des termes définis à l'article 2 de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' s'arrête au 86°, en l'état des textes publiés au *Moniteur belge* à ce jour.

Articles 3 et 7
Article 105, § 1^{er}, en projet

L'alinéa 4 en projet prévoit que les demandes de régularisation pour l'utilisation d'éléments de réseau doivent être introduites dans les deux mois qui suivent « la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal » devant déterminer, conformément à l'article 105, § 4, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet, les restrictions concernant l'utilisation « d'éléments de réseau ou de services de fournisseurs à haut risque ».

Or, l'article 7 de l'avant-projet prévoit que l'article 105, § 1^{er}, alinéa 4, entre en vigueur le 1^{er} janvier 2026.

Il résulte d'une lecture combinée de ces dispositions que cet arrêté royal doit nécessairement entrer en vigueur après que soit entré en vigueur l'article 105, § 1^{er}, alinéa 4, en projet à défaut de quoi les opérateurs visés ne pourront pas valablement introduire de demande de régularisation.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de vérifier si telle est son intention et, le cas échéant, de revoir l'articulation de ces dispositions.

Article 3
Article 105, § 2, en projet

Le 2^o en projet habilite le Roi à charger une ou plusieurs autorités, non autrement identifiées, de désigner « les fournisseurs » soumis à l'obligation d'obtenir l'autorisation des différents ministres concernés dont il est question à l'article 105, § 1^{er}, en projet.

Le texte en projet ne permet pas de comprendre clairement si le pouvoir de déterminer ces « fournisseurs » comprend la fixation de règles générales, auquel cas il s'agirait d'une compétence réglementaire, ou s'il s'agit plutôt de désigner, de manière individuelle, les fournisseurs en question, en tenant compte des intérêts repris à l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 11 décembre 1998.

Dans ce cadre, il y a lieu de rappeler que l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité, non autrement désignée, qui n'est pas politiquement responsable devant une assemblée démocratiquement élue n'est en principe pas admissible, dès lors qu'elle porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et à celui de la responsabilité politique des ministres. Une telle délégation ne pourrait être acceptée que s'il s'agissait de mesures ayant une portée limitée et technique, ce qui ne serait pas le cas s'il y a lieu d'interpréter la délégation en cause comme permettant à ces autorités de désigner des catégories de fournisseurs devant être soumises à l'obligation de recueillir l'autorisation des ministres concernés. La délégation d'un tel pouvoir réglementaire n'est dès lors pas admissible à l'égard de ces autorités non autrement identifiées.

Si telle n'est pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet, il convient d'exprimer plus clairement que la délégation portera uniquement sur un pouvoir de décision individuelle selon des critères précis qui seront fixés préalablement dans le texte en projet ou par voie d'habilitation au Roi, à portée réglementaire.

La disposition en projet sera revue en conséquence.

Article 105, § 3, en projet

1. À l'alinéa 3 en projet, il y a lieu de faire référence au paragraphe 4, « alinéa 5 », et non « alinéa 4 ».
2. Les modalités d'introduction et du traitement de la demande n'étant pas précisées dans le texte en projet, il se recommande, à l'instar de ce qui a été fait pour la composition du dossier, d'habiliter le Roi à les fixer.
3. Suivant l'alinéa 4 en projet, il apparaît que les services de renseignement, qui interviennent au même titre que l'IBPT dans le cadre de l'instruction de la demande en formulant un avis, ne disposent pas, contrairement à l'IBPT, de la possibilité de demander des renseignements complémentaires.

L'auteur de l'avant-projet vérifiera si cela est conforme à son intention et, le cas échéant, adaptera l'alinéa 4 en projet en conséquence.

Article 105, § 4, en projet

1. L'alinéa 2 en projet prévoit que, lorsqu'ils « revoient leur décision d'initiative », les ministres peuvent fixer une date de mise en œuvre de la nouvelle décision « qui est postérieure par rapport aux délais fixés par l'arrêté royal visé à l'alinéa 1^{er} et qui suit d'au moins cinq ans la date de sa notification ».

Il ressort de cette disposition que le Roi serait dès lors habilité à fixer des délais dans lesquels les restrictions envisagées devront être mises en œuvre lorsqu'ils attribuent les autorisations initiales, ce qui ne ressort ni de l'alinéa 1^{er}, ni de l'exposé des motifs.

L'alinéa 1^{er} sera revu afin de mieux faire ressortir cette habilitation et les critères au moyen desquels les délais seront fixés.

2. Afin de se concilier avec l'intention exprimée dans l'exposé des motifs, l'alinéa 3 sera complété en indiquant qu'il n'est pas requis que plusieurs critères parmi les trois critères énumérés soient rencontrés pour qu'un fournisseur puisse être qualifié comme étant « à haut risque ».

3. L'alinéa 6 confie au Conseil national de sécurité un pouvoir réglementaire consistant en l'identification des « zones sensibles » au sein desquelles les fournisseurs qualifiés comme étant « à haut risque » ne pourront ni fournir des éléments de réseaux ni prester des services.

Dès lors que la Constitution a attribué exclusivement au Roi le pouvoir réglementaire revenant au pouvoir exécutif fédéral et que les pouvoirs doivent être exercés de la manière déterminée par la Constitution, le principe de l'unité du pouvoir réglementaire s'applique et il est par conséquent exclu que le pouvoir réglementaire soit exercé d'une autre manière que celle prescrite par la Constitution. Dès lors, le législateur fédéral ne peut en principe déléguer des compétences normatives qu'au Roi.

Cette règle vaut d'autant plus en l'espèce que le Conseil national de sécurité est un organe stratégique et de coordination, ne disposant pas de pouvoir de décision propre, qui a été créé par Roi sur la base de l'article 37 de la Constitution ⁵.

L'avant-projet sera revu en confiant au Roi le soin de déterminer les « zones sensibles ».

4. S'agissant de la publicité à donner aux arrêtés fixant le périmètre des « zones sensibles », l'alinéa 7 en projet est rédigé comme suit :

« Un opérateur peut consulter la liste des zones sensibles auprès de l'Institut, s'il peut justifier qu'il a besoin d'en connaître ».

Cette disposition soulève deux difficultés.

4.1.1. Selon l'article 190 de la Constitution, « [a]ucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale, provinciale ou communale, n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi ».

La détermination des périmètres des zones sensibles, qui, comme en l'espèce, conditionnent la mise en œuvre d'un régime juridique précis à l'égard des tiers, ne constitue pas en soi un acte réglementaire au sens de l'article 3 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973. Elle n'en est pas moins un arrêté ou un règlement d'administration générale au sens de l'article 190 de la Constitution, par opposition aux actes à portée individuelle ⁶.

La liste de ces zones et de leurs périmètres doit dès lors faire l'objet d'une publicité suffisante à l'égard des tiers, à défaut de quoi celles-ci ne pourront sortir d'effets à leur égard, spécialement, en l'occurrence, à l'égard des opérateurs.

⁵ Voir l'arrêté royal du 22 décembre 2020 'portant création du Conseil national de sécurité, du Comité stratégique du renseignement et de la sécurité et du Comité de coordination du renseignement et de la sécurité'.

⁶ Voir, en ce sens, notamment, C.E. (13^e ch.), 10 août 2001, n° 98.248, Beckers et csrts.

4.1.2. Contrairement au prescrit de l'article 6 de la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires', il ressort du texte en projet que la liste des zones sensibles et de leurs périmètres ne fera pas l'objet d'une publication au *Moniteur belge*, ne serait-ce que par extrait ou par mention, à l'instar de ce que prévoit l'article 56, § 1^{er}, alinéa 4, des lois 'sur l'emploi des langues en matière administrative', coordonnées le 18 juillet 1966⁷.

Interrogée sur l'intention de l'auteur de l'avant-projet à cet égard, la déléguée de la Ministre a confirmé et expliqué ce qui suit :

« Il n'est pas prévu de publier la liste des zones sensibles au *Moniteur belge* dès lors qu'elle contient des informations sensibles qui pourraient être utilisées à des fins de malveillance par des acteurs afin de porter atteinte aux intérêts énumérés à l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité. Toutefois, pour que les opérateurs qui sont soumis à l'obligation de l'autorisation préalable, en l'occurrence les MNOs, puissent introduire leur dossier auprès des ministres en connaissance de cause, l'article 105, § 4, al. 7, prévoit qu'ils pourront consulter la liste en question dans les locaux de l'IBPT au cas où ils en ont besoin. Ainsi, les opérateurs de téléphonie mobile, qui sont les seuls pour qui la publication est réellement utile, pourront avoir accès à la liste en question ».

Cette explication paraît pouvoir, à priori, justifier, au regard du principe d'égalité, la non-publication, *in extenso*, des arrêtés concernés au *Moniteur belge*. Par contre, une publication de ces arrêtés par voie de mention au *Moniteur belge* paraît compatible avec le but légitime poursuivi par la disposition à l'examen.

La disposition sera revue de manière à assurer une publicité suffisante de ces arrêtés à l'égard des tiers.

4.2. Par ailleurs, il y a lieu d'avoir égard à l'article 32 de la Constitution qui dispose :

« Chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 ».

En l'occurrence, la disposition à l'examen déroge à trois égards au droit concerné :

- elle entend limiter l'accès à la liste des zones sensibles aux seuls opérateurs ;
- ceux-ci ne disposent pas du droit de se faire remettre copie de la liste, mais uniquement de la consulter ;
- les opérateurs doivent justifier du « besoin d'en connaître ».

⁷ Cette disposition prévoit notamment que « [l]es arrêtés royaux et ministériels bilingues sont publiés intégralement par la voie du *Moniteur belge*, texte français et texte néerlandais en regard l'un de l'autre dans le mois de leur date. Néanmoins, lorsqu'ils n'intéressent pas la généralité des citoyens, ils peuvent n'être publiés que par extrait ou ne faire l'objet que d'une simple mention au *Moniteur belge* ».

Si l'article 32 de la Constitution habilite le législateur concerné à prévoir des cas dans lesquels le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie ne s'applique pas, les exceptions ainsi mises en place doivent, dans le respect du principe d'égalité, poursuivre un but légitime et demeurer proportionnées au but légitime poursuivi.

La loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration', qui organise le régime général d'accès aux documents administratifs, prévoit déjà des exceptions à l'accès à certains documents. Ainsi, l'article 6, § 1^{er}, de cette loi dispose que l'autorité administrative rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous la forme de copie d'un document administratif si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas notamment sur la protection de la sécurité de la population ou de l'ordre public, ou encore, la sûreté ou la défense nationales.

Cette disposition organise un système de refus au cas par cas de l'accès à un document administratif ou de la communication d'une copie de ce document, sans instituer un régime général d'interdiction à priori d'accès à une catégorie spécifique de documents ou de limitation à priori de l'accès d'un document déterminé à telles catégories de personnes. Un tel système de décision individuelle à posteriori permet de garantir la protection de la sécurité publique, de l'ordre public, et de la sûreté et de la défense nationale. Un tel régime d'actes à portée individuelle susceptibles de recours, *in fine* auprès de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, est ainsi de nature à garantir la proportionnalité des restrictions apportées au droit d'accès aux documents administratifs.

Pour sa part, le texte en projet restreint de manière radicale le droit à la transparence administrative en ce qui concerne la liste des zones sensibles, cette liste ne pouvant être consultée que par un opérateur, à la condition qu'il puisse « justifier qu'il a besoin d'en connaître » et en excluant toute possibilité d'en prendre copie.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure de démontrer que la différence de traitement qu'institue le dispositif à l'examen entre les personnes qui, parce qu'elles n'ont pas la qualité d'opérateur, se trouvent à priori exclues de toute possibilité de prendre connaissance de la liste des zones sensibles, et les personnes qui souhaitent prendre connaissance d'autres documents administratifs sensibles sur le plan de la sécurité publique, de l'ordre public, et de la sûreté et de la défense nationale, auxquelles s'applique le système mis en place par la loi du 11 avril 1994, spécialement son article 6, repose sur une justification objective et raisonnable rendant cette différence de traitement conforme au principe d'égalité⁸.

À défaut, la disposition à l'examen sera revue.

4.3. Eu égard à l'intention ainsi exprimée et sous réserve du point 4.2, l'auteur de l'avant-projet examinera s'il ne convient pas de prévoir des garanties supplémentaires encadrant la consultation des zones sensibles de manière à éviter la divulgation d'informations y afférentes.

⁸ Voir C.C., 19 décembre 2013, n° 169/2013.

Article 105, § 5, en projet

1. Afin de garantir l'efficacité du droit prévu au paragraphe 5 de formuler par écrit et, le cas échéant, oralement, des observations, il se recommande que la disposition en projet précise que le demandeur puisse être accompagné par les conseils, techniques ou juridiques, de son choix.
2. Le mot « calendriers » sera omis à l'alinéa 1^{er}.

Article 105, § 6, en projet

Aux fins de garantir l'égalité de traitement entre les différents opérateurs demandeurs de l'autorisation envisagée et pour des raisons de sécurité juridique, il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'imposer un délai maximal de prise de décision lorsqu'il est fait usage de la possibilité prévue à l'alinéa 2 en projet.

Le régime de décision implicite organisé à l'article 105, § 6, alinéa 3, sera revu pour prendre également en considération le dépassement du délai maximal précité.

Article 105, § 7, en projet

1. Le paragraphe 7 en projet limite la portée du secret professionnel aux informations qualifiées de « confidentielles ».

À cet égard, de deux choses l'une :

1° soit l'ensemble des informations dont ont connaissance les intéressés revêtent, dans l'intention de l'auteur de l'avant-projet, un caractère confidentiel : dans ce cas, le mot « confidentielles » est inutile et sera omis ;

2° soit seules certaines des informations concernées revêtent, dans l'intention de l'auteur de l'avant-projet, un caractère confidentiel : dans ce cas, il convient de préciser lesquelles.

La disposition à l'examen sera revue à la lumière de cette observation.

2. En ce qu'elle énonce que l'Institut dispose « notamment » des pouvoirs prévus à l'article 114/2 de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques', la disposition à l'examen ne permet pas de comprendre quels sont les pouvoirs, autres que ceux prévus par cet article 114/2, dont l'Institut dispose aux fins de contrôler l'application de l'article 105 en projet, son arrêté d'exécution et la décision des ministres concernés.

La disposition en projet sera revue afin de clarifier les pouvoirs de l'Institut en l'espèce.

3. L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait qu'un certain nombre de dispositions de la loi du 13 juin 2005 font l'objet de modifications dans le cadre d'un avant-projet de loi 'portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques', lequel fait l'objet d'une demande d'avis enrôlée sous le n° 69.166/4.

L'article 159 de cet avant-projet a vocation à abroger l'article 114/2 de la loi du 13 juin 2005, auquel l'article 105, § 7, en projet renvoie.

L'auteur de l'avant-projet veillera à la bonne concordance des textes en projet.

Article 4

L'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, j), en projet est à ce point vague que l'on pourrait le comprendre comme habilitant l'IBPT à contrôler le respect de l'ensemble des « décisions contraignantes » de la Commission européenne ou des six ministres visés à l'article 105, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 juin 2005, sans avoir égard à l'objet réglé par ces décisions.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de préciser le contexte dans lequel les décisions reprises à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, j), en projet pourraient être prises ainsi que leur objet de manière à circonscrire précisément les pouvoirs de l'IBPT dans ce cadre.

L'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, j), en projet sera revu en conséquence.

Article 7

Il est renvoyé à l'observation sous l'article 105, § 1^{er}, en 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.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1.1. Bij voorliggend voorontwerp worden verschillende beperkingen opgelegd in het kader van de uitrol van de netwerken en de exploitatie van de mobiele technologieën van de vijfde generatie, namelijk:

- de verplichting voor de “Mobile Network Operators” om over een voorafgaande machtiging te beschikken om bepaalde elementen van hun netwerk te mogen gebruiken (ontworpen artikel 105, § 1, eerste lid); het voorontwerp voorziet in de mogelijkheid om die verplichting uit te breiden naar andere categorieën van ondernemingen (ontworpen artikel 105, § 2, 1° en 2°);

- de verplichting om een verzoek om regularisatie in te dienen ingeval bepaalde netwerkelementen van de “Mobile Network Operators” reeds daadwerkelijk gebruikt worden op het ogenblik dat het koninklijk besluit bedoeld in het ontworpen artikel 105, § 4, eerste lid, 1°, in werking treedt (ontworpen artikel 105, § 1, vierde lid);

- de verplichting dat het mobiele netwerk van een “Mobile Network Operator” van een latere generatie dan de vierde zich op het grondgebied van de Europese Unie moet bevinden en vanaf dat grondgebied beheerd, geëxploiteerd, geconfigureerd en gemonitord moet worden (ontworpen artikel 105, § 1, vijfde lid); het voorontwerp voorziet in de mogelijkheid om dezelfde verplichting uit te breiden tot andere categorieën van ondernemingen (ontworpen artikel 105, § 2, 5°);

- de mogelijkheid om voor te schrijven dat een voorafgaande machtiging verkregen moet worden om gebruik te kunnen maken van diensten van “aanbieders” – die dus niet noodzakelijk aanbieders zijn die een “hoog risico” vormen – die gericht tussenbeide komen in het beheer van het netwerk (ontworpen artikel 105, § 2, 3°);

- de verplichting om over een voorafgaande machtiging te beschikken in geval van een update van software of hardware met betrekking tot een netwerkelement (ontworpen artikel 105, § 2, 4°);

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

– het opleggen van beperkingen met betrekking tot het gebruik van netwerkelementen of diensten van “leveranciers die een hoog risico vormen” op heel het nationaal grondgebied of in nog te bepalen “gevoelige zones” van dat grondgebied (ontworpen artikel 105, § 4, eerste lid, 1°);

– het opleggen van beperkingen met betrekking tot de “lokalisatie van de netwerkelementen of van de leverancier” (ontworpen artikel 105, § 4, eerste lid, 2°).

Bij die maatregelen worden vooral beperkingen opgelegd aan de vrijheid van ondernemerschap, het vrije verkeer van goederen, het vrij verrichten van diensten en het vrije gebruik van goederen, die naargelang het geval door de Grondwet, het Europees recht en het internationaal recht gewaarborgd worden.

Dergelijke beperkingen kunnen slechts aanvaard worden voor zover daaraan redenen van algemeen belang ten grondslag liggen, ze op objectieve, niet-discriminerende en vooraf gekende criteria berusten, ze geschikt zijn om het aangevoerde doel te bereiken en nodig zijn om dat doel na te streven.

1.2. Dat alles geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1.3. Hoewel aanvaard kan worden dat de belangen vermeld in artikel 3, § 1, van de wet van 11 december 1998 ‘betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen’, waarnaar inzonderheid in het ontworpen artikel 105, § 1, eerste lid, verwezen wordt, naargelang van de omstandigheden van het concrete geval dergelijke redenen van algemeen belang kunnen zijn, wordt in een aantal bepalingen van voorliggend voorontwerp niet duidelijk genoeg omschreven welke regeling daarbij ingevoerd wordt met het oog op het nastreven van die doelen en het garanderen van de proportionaliteit van de voorgenomen maatregelen.

Zo ook wordt de voorzienbaarheid¹ van de ingevoerde regeling in bepaalde opzichten niet voldoende gewaarborgd. Die voorzienbaarheid, die er overigens toe bijdraagt dat men zich kan vergewissen van de proportionaliteit van de voorgenomen beperkingen, maakt het, wat nog belangrijker is, mogelijk de naleving te garanderen van het beginsel van de wettelijkheid van de strafbaarstellingen, welk beginsel voortvloeit uit inzonderheid artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het hierboven in herinnering gebrachte beginsel van de wettelijkheid van de strafbaarstellingen is immers van toepassing, aangezien op de niet-naleving van de verplichtingen die bij de ontworpen tekst opgelegd worden of van de beslissingen die krachtens die tekst genomen worden, sancties staan, meer bepaald administratieve geldboetes die bestempeld kunnen worden als strafrechtelijk in de zin van dat verdrag.

¹ Wat dat punt betreft, wordt erop gewezen dat het, ter wille van de rechtszekerheid, de voorzienbaarheid van de norm en de gelijkheid van behandeling, bovendien wenselijk is dat de termen die in het voorontwerp gebruikt worden, in het bijzonder die met betrekking tot het toepassingsgebied ervan en de beperkingen waarin het voorziet, zo bevattelijk mogelijk zijn.

In dat verband moet inzonderheid melding gemaakt worden van de volgende moeilijkheden:

1° Bij het ontworpen artikel 105, § 4, eerste lid, 1° en 2°, wordt de Koning gemachtigd om bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad beperkingen vast te stellen met betrekking tot “het gebruik, op het nationale grondgebied of in de gevoelige zones van dit grondgebied, van netwerkelementen of van diensten van leveranciers die een hoog risico vormen” en “de lokalisatie van de netwerkelementen of van de leverancier”. Die bepaling kan aldus opgevat worden dat daarbij de Koning gemachtigd wordt om verscheidene soorten beperkingen op te leggen om elke reden die hij redelijk zou achten, waarmee niet gegarandeerd kan worden dat de voorgenomen beperkingen proportioneel zijn, en die bepaling is bovendien blijkbaar niet in overeenstemming met de bedoeling van de steller van het voorontwerp. De moeilijkheid waarop zopas gewezen is, zou verholpen kunnen worden door de voorliggende bepaling aldus aan te vullen dat daaruit blijkt dat de “beperkingen” tot het opleggen waarvan de Koning gemachtigd wordt, alleen opgelegd mogen worden om de belangen te waarborgen waarnaar in paragraaf 1, eerste lid, van het ontworpen artikel 105 verwezen wordt.

2° De regeling die ingevoerd wordt, is onder meer niet van toepassing voor de netwerkaansluitpunten die geen “mobiele-dienstradiosignalen 5G” uitzenden, terwijl de “mobiele netwerken van de vierde generatie en [van] vroegere generaties” daar niet onder vallen (ontworpen artikel 105, § 1, derde lid, 2° en 3°). Aangezien dat sleutelbegrippen zijn voor het afbakenen van het toepassingsgebied van het voorontwerp, dient nauwkeurig bepaald te worden wat daaronder valt. In de memorie van toelichting wordt weliswaar vermeld dat “[d]e onderhavige wet (...) op de mobiele netwerken van de vijfde generatie (5G) [doelt]. In plaats van deze termen te definiëren, wat bepaalde discussies zou kunnen doen ontstaan, is ervoor geopteerd om naar 5G te verwijzen door de mobiele netwerken van de vierde generatie en vroegere generaties uit te sluiten.” Het ontbreken zelf van een definitie lijkt evenwel op zich veeleer van dien aard dat ze tot rechtsonzekerheid leidt dan een definitie waarvan de bewoordingen discussies zouden kunnen doen ontstaan. De bepaling van het toepassingsgebied van de ontworpen tekst moet bijgevolg herzien worden.

3° Er wordt geen definitie gegeven van het begrip “private mobiele netwerken” dat in het ontworpen artikel 105, § 2, 2°, gebruikt wordt.

4° Het begrip “dispositif matériel relatif à un élément de réseau” dat in de Franse tekst van het ontworpen artikel 105, § 2, 4°, gebruikt wordt, is onduidelijk; het zou beter zijn te preciseren dat het gaat om een “dispositif matériel d’un système informatique constituant un élément de réseau”.²

² In de Nederlandse tekst wordt immers het begrip “hardware” gebruikt.

5° Het ontworpen artikel 105, § 4, eerste lid, biedt de bevoegde ministers de mogelijkheid om de verleende machtiging op eigen initiatief te herzien “wegens een nieuw element”. Die formulering laat qua duidelijkheid te wensen over. Het voorontwerp moet aldus herzien worden dat daarin de aard van dat nieuw element of de context waarvan het deel uitmaakt, verduidelijkt wordt, bijvoorbeeld door te verwijzen naar de voorwaarden die onderzocht zijn in het kader van het verlenen van de machtiging.

6° Bij het ontworpen artikel 105, § 4, eerste lid, 2°, wordt de Koning gemachtigd om beperkingen vast te stellen met betrekking tot “de lokalisatie van de netwerkelementen of van de leverancier”. Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk wat de precieze draagwijdte is van het begrip “lokalisatie van de leverancier”, aangezien de tekst niet vermeldt of de leverancier “een hoog risico” vormt of zou kunnen vormen. In de memorie van toelichting wordt daaromtrent geen enkele uitleg gegeven. Indien ervan uitgegaan moet worden dat de aldus in het vooruitzicht gestelde machtiging de Koning in staat stelt de mogelijkheid te beperken om gebruik te maken van de netwerkelementen of van de diensten van een leverancier die op basis van zijn unieke “lokalisatie” geen hoog risico zou vormen, moet ernstig voorbehoud gemaakt worden bij de aanvaardbaarheid van die beperking in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

7° De criteria op basis waarvan het “risicoprofiel” van de leveranciers (ontworpen artikel 105, § 4, derde lid) beoordeeld kan worden, zouden nader gepreciseerd moeten worden. Dat geldt voor de ontworpen criteria waarvan het de bedoeling is dat daarmee aangetoond wordt hoe groot de kans op inmenging is, zoals voor de woorden “sterke link”, “regering”,³ “situatie”, “democratische of wetgevende controle”, “karakteristieken van de eigendom van de onderneming van de leverancier”, “enige vorm van pressie uit te oefenen”, “het land waaruit de leverancier afkomstig is” en “voert of is betrokken bij een offensief cyberbeleid”.

1.4. Het voorontwerp moet in het licht van de voorgaande opmerkingen herzien, aangevuld en verduidelijkt worden.

2. De machtiging die de “Mobile Network Operators” moeten verkrijgen alvorens “een element van hun netwerk te gebruiken”, wordt volgens het ontworpen artikel 105, § 1, eerste lid, verleend door de “betrokken ministers”, namelijk de eerste minister, de minister van Telecommunicatie, de minister van Defensie, de minister van Justitie, de minister van Binnenlandse Zaken en de minister van Buitenlandse Zaken.

Het lezen van het voorontwerp verschaft evenwel geen duidelijkheid omtrent de aard van die machtiging en omtrent de mate waarin de betrokken ministers meewerken aan de totstandkoming ervan: moet ervan uitgegaan worden dat die machtiging bestaat uit zes afzonderlijke rechtshandelingen die elk volgens een afzonderlijke procedure op individuele basis door de ministers vastgesteld moeten worden of gaat het om één enkele rechtshandeling waarmee de betrokken ministers in het kader van één en dezelfde procedure formeel moeten instemmen?

³ Moet niet naar de “overheid” verwezen worden in plaats van louter naar de “regering”?

Door die onduidelijkheid zijn veel bepalingen van het voorontwerp moeilijk te begrijpen en ontstaat er bijgevolg rechtsonzekerheid. Zo rijzen bijvoorbeeld de volgende vragen:

– in het stadium van de indiening van het verzoek: moet één enkel verzoek ingediend worden en, zo ja, bij welke minister?

– in het stadium van de behandeling van het aanvraagdossier: ingeval verscheidene verzoeken ingediend moeten worden, vanaf de indiening van welk verzoek gaat dan de termijn van drie maanden in waarbinnen de beslissing genomen moet worden? Zo ook rijst de vraag wanneer de termijn van 28 dagen ingaat waarover de verzoeker beschikt om schriftelijke opmerkingen te formuleren, wanneer de ministers van plan zijn de machtiging te weigeren, daaraan voorwaarden te koppelen of hun beslissing op eigen initiatief te herzien? Moet elk van de betrokken ministers afzonderlijk het dossier behandelen en het advies van het BIPT en de inlichtingendiensten aanvragen?

Het voorontwerp moet aldus herzien worden dat die onduidelijkheid weggenomen wordt door de aard van de vereiste machtiging en de nadere regels inzake het nemen van de betrokken beslissing te verduidelijken.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 2

In artikel 2 van het voorontwerp dienen de letters en tekens “X” en “Y” respectievelijk vervangen te worden door de getallen “87” en “88”.⁴

Artikelen 3 en 7

Ontworpen artikel 105, § 1

Volgens het ontworpen vierde lid dienen de verzoeken om regularisatie voor het gebruik van netwerkelementen ingediend te worden in de twee maanden die volgen op “de datum van inwerkingtreding van het koninklijk besluit” waarbij overeenkomstig het ontworpen artikel 105, § 4, eerste lid, 1°, vastgesteld moet worden welke beperkingen gelden voor het gebruik “van netwerkelementen of van diensten van leveranciers die een hoog risico vormen”.

Luidens artikel 7 van het voorontwerp wordt artikel 105, § 1, vierde lid, evenwel pas van kracht op 1 januari 2026.

⁴ Bij de huidige stand van de teksten die tot op heden in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt zijn, houdt de nummering van de termen die in artikel 2 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ gedefinieerd worden op bij de bepaling onder 86°.

Uit het in onderling verband lezen van die bepalingen blijkt dat het koninklijk besluit in kwestie uit de aard der zaak pas in werking mag treden na de inwerkingtreding van het ontworpen artikel 105, § 1, vierde lid, aangezien de betrokken operatoren anders niet op geldige wijze een verzoek om regularisatie zullen kunnen indienen.

De steller van het voorontwerp dient na te gaan of dat wel zijn bedoeling is en in voorkomend geval de onderlinge afstemming tussen die bepalingen te herzien.

Artikel 3

Ontworpen artikel 105, § 2

Luidens de ontworpen bepaling onder 2° kan de Koning een of meer, niet nader genoemde, autoriteiten ermee belasten “de aanbieders” aan te wijzen die onderworpen zijn aan de verplichting om van alle betrokken ministers de machtiging te verkrijgen waarvan in het ontworpen artikel 105, § 1, sprake is.

Uit de ontworpen tekst blijkt niet duidelijk of de bevoegdheid om te bepalen wie die “aanbieders” zijn de bevoegdheid omvat om ter zake algemene regels vast te stellen, in welk geval het om een verordenende bevoegdheid zou gaan, dan wel of het veeleer de bedoeling is de aanbieders in kwestie op individuele basis aan te wijzen, rekening houdend met de belangen vermeld in artikel 3, § 1, van de wet van 11 december 1998.

In dit verband dient eraan herinnerd te worden dat in principe niet aanvaard kan worden dat een regelgevende bevoegdheid toegekend wordt aan een niet nader genoemde autoriteit die geen politieke verantwoordelijkheid draagt ten aanzien van een democratisch verkozen vergadering, omdat aldus afbreuk gedaan wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en aan het beginsel van de politieke verantwoordelijkheid van de ministers. Een dergelijke delegatie zou alleen aanvaard kunnen worden wanneer het gaat om maatregelen met een beperkte en technische draagwijdte, wat niet het geval zou zijn indien de delegatie in kwestie aldus uitgelegd dient te worden dat die autoriteiten op grond daarvan categorieën aanbieders mogen aanwijzen voor wie de verplichting moet gelden om van de betrokken ministers de machtiging te verkrijgen. Dat een dergelijke regelgevende bevoegdheid aan die niet nader genoemde autoriteiten toegekend wordt, kan derhalve niet aanvaard worden.

Als zulks niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp is, dient duidelijker tot uiting gebracht te worden dat de toe te kennen bevoegdheid beperkt blijft tot de bevoegdheid om individuele beslissingen te nemen volgens duidelijke criteria die vooraf vastgesteld zijn in de thans ontworpen tekst of door middel van een aan de Koning verleende machtiging van regelgevende aard.

De ontworpen bepaling moet dienovereenkomstig herzien worden.

Ontworpen artikel 105, § 3

1. In het ontworpen derde lid dient naar het “vijfde lid” van paragraaf 4 verwezen te worden, en niet naar het “vierde lid” ervan.
2. Aangezien in de ontworpen tekst niet vermeld wordt volgens welke nadere regels het verzoek ingediend en behandeld moet worden, verdient het aanbeveling om, zoals dat voor de samenstelling van het dossier gedaan is, de Koning te machtigen dat te bepalen.
3. Uit het ontworpen vierde lid blijkt dat de inlichtingendiensten, die net zoals het BIPT betrokken zijn bij het onderzoek van het verzoek, aangezien zij in dat kader een advies uitbrengen, in tegenstelling tot het BIPT niet over de mogelijkheid beschikken om aanvullende inlichtingen te vragen.

De steller van het voorontwerp moet nagaan of dat overeenstemt met zijn bedoeling en moet in voorkomend geval het ontworpen vierde lid dienovereenkomstig herzien.

Ontworpen artikel 105, § 4

1. Luidens het ontworpen tweede lid kunnen de ministers, wanneer zij “op eigen initiatief hun beslissing herzien”, een datum van uitvoering van de nieuwe beslissing vastleggen “die later komt dan de termijnen die vastgesteld zijn bij het in het eerste lid bedoelde koninklijk besluit en die minstens vijf jaar na de datum van de kennisgeving ervan valt”.

Uit die bepaling blijkt dat de Koning bijgevolg gemachtigd zou zijn om, wanneer zij de oorspronkelijke machtigingen toekennen, de termijnen vast te stellen waarbinnen de in het vooruitzicht gestelde beperkingen ten uitvoer gelegd moeten worden, wat niet blijkt uit het eerste lid, noch uit de memorie van toelichting.

Het eerste lid moet aldus herzien worden dat die machtiging duidelijker tot uiting komt en er moet bepaald worden op basis van welke criteria die termijnen vastgesteld dienen te worden.

2. Met het oog op de overeenstemming met de bedoeling die in de memorie van toelichting geuit wordt, moet het derde lid aangevuld worden met de vermelding dat niet vereist is dat voldaan is aan meer dan één van de drie daarin vermelde criteria opdat een leverancier geacht kan worden “een hoog risico te vormen”.
3. Bij het zesde lid wordt aan de Nationale Veiligheidsraad een verordenende bevoegdheid toegekend, die erin bestaat de “gevoelige zones” aan te wijzen waarbinnen de leveranciers die geacht worden “een hoog risico te vormen” noch netwerkelementen mogen leveren, noch diensten mogen verrichten.

Doordat de Grondwet de aan de federale uitvoerende macht toekomende verordenende bevoegdheid alleen aan de Koning toegekend heeft en de machten uitgeoefend dienen te worden op de wijze bij de Grondwet bepaald, geldt het beginsel van de eenheid van de verordenende macht, zodat uitgesloten is dat de verordenende macht op een andere wijze uitgeoefend wordt dan door de Grondwet voorgeschreven is. In beginsel mag de federale wetgever derhalve alleen aan de Koning normatieve bevoegdheden delegeren.

Die regel geldt *in casu* des te meer daar de Nationale Veiligheidsraad een strategisch en coördinerend orgaan is, dat niet over een eigen beslissingsbevoegdheid beschikt en door de Koning opgericht is op grond van artikel 37 van de Grondwet.⁵

Het voorontwerp moet aldus herzien worden dat aan de Koning de taak opgedragen wordt de “gevoelige zones” te bepalen.

4. In verband met de richtbaarheid die gegeven mag worden aan de besluiten waarbij de grenzen van de “gevoelige zones” bepaald worden, wordt in het ontworpen zevende lid het volgende voorgeschreven:

“Een operator kan de lijst met de gevoelige zones raadplegen bij het Instituut indien hij kan aantonen dat het voor hem noodzakelijk is om er kennis van te nemen.”

Die bepaling doet twee moeilijkheden rijzen.

4.1.1. Krachtens artikel 190 van de Grondwet is “[g]een wet, geen besluit of verordening van algemeen, provinciaal of gemeentelijk bestuur (...) verbindend dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald”.

De bepaling van de grenzen van de gevoelige zones, die *in casu* een voorwaarde zijn om ten aanzien van derden een specifieke juridische regeling toe te passen, vormt op zich geen verordenende handeling in de zin van artikel 3 van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973. Die handeling is niettemin een besluit of verordening van algemeen bestuur in de zin van artikel 190 van de Grondwet en valt dus geenszins onder de handelingen met individuele strekking.⁶

Aan de lijst van die zones en van de grenzen ervan moet ten aanzien van derden dan ook voldoende bekendheid gegeven worden, aangezien ze anders ten aanzien van die derden, en *in casu* in het bijzonder ten aanzien van de operatoren, geen gevolgen kunnen hebben.

⁵ Zie het koninklijk besluit van 22 december 2020 ‘tot oprichting van de Nationale Veiligheidsraad, het Strategisch Comité Inlichtingen en Veiligheid en het Coördinatiecomité Inlichtingen en Veiligheid’.

⁶ Zie, in die zin, onder andere, RvS (13e k.), 10 augustus 2001, nr. 98.248, Beckers et al.

4.1.2. Anders dan voorgeschreven wordt in artikel 6 van de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen’, vloeit uit de ontworpen tekst voort dat de lijst van de gevoelige zones en van de grenzen ervan, blijkens de ontworpen tekst, niet bekendgemaakt zal worden in het *Belgisch Staatsblad*, zelfs niet bij uittreksel of bij vermelding, zoals voorgeschreven in artikel 56, § 1, vierde lid, van de wetten ‘op het gebruik van de talen in bestuurszaken’, gecoördineerd op 18 juli 1966.⁷

Naar aanleiding van een vraag over de bedoeling van de steller van het voorontwerp in dit verband heeft de gemachtigde van de minister de volgende bevestigende uitleg verstrekt:

“Il n’est pas prévu de publier la liste des zones sensibles au *Moniteur belge* dès lors qu’elle contient des informations sensibles qui pourraient être utilisées à des fins de malveillance par des acteurs afin de porter atteinte aux intérêts énumérés à l’article 3, § 1^{er}, de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité. Toutefois, pour que les opérateurs qui sont soumis à l’obligation de l’autorisation préalable, en l’occurrence les MNOs, puissent introduire leur dossier auprès des ministres en connaissance de cause, l’article 105, § 4, al. 7, prévoit qu’ils pourront consulter la liste en question dans les locaux de l’IBPT au cas où ils en ont besoin. Ainsi, les opérateurs de téléphonie mobile, qui sont les seuls pour qui la publication est réellement utile, pourront avoir accès à la liste en question.”

Op het eerste gezicht lijkt met die uitleg in het licht van het gelijkheidsbeginsel verantwoord te kunnen worden waarom de besluiten in kwestie niet *in extenso* in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt zouden worden. Het lijkt evenwel verenigbaar met het legitiem doel dat met de voorliggende bepaling nagestreefd wordt om die besluiten louter bij vermelding in het *Belgisch Staatsblad* bekend te maken.

Deze bepaling moet aldus herzien worden dat ervoor gezorgd wordt dat die besluiten genoegzaam aan derden bekendgemaakt worden.

4.2. Daarenboven dient aandacht geschonken te worden aan artikel 32 van de Grondwet, dat als volgt luidt:

“Ieder heeft het recht elk bestuursdocument te raadplegen en er een afschrift van te krijgen, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald door de wet, het decreet of de regel bedoeld in artikel 134.”

⁷ In die bepaling wordt onder meer voorgeschreven dat “[d]e tweetalige koninklijke en ministeriële besluiten (...) integraal in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt [worden], de Nederlandse tekst tegenover de Franse, binnen één maand van hun dagtekening. Nochtans wanneer zij geen belang hebben voor de meerderheid van de burgers, mogen zij bij uittreksel bekendgemaakt worden of het voorwerp zijn van een gewone vermelding in het *Belgisch Staatsblad*”.

In casu wordt met deze ontworpen bepaling in drie opzichten afgeweken van het recht in kwestie:

- deze bepaling strekt ertoe alleen aan de operatoren inzage te verlenen in de lijst met de gevoelige zones;
- de operatoren beschikken niet over het recht om van die lijst een afschrift te krijgen, maar alleen over het recht om ze te mogen raadplegen;
- de operatoren moeten aantonen “dat het voor hen noodzakelijk is om er kennis van te nemen”.

Hoewel de betrokken wetgever er bij artikel 32 van de Grondwet toe gemachtigd wordt te bepalen in welke gevallen het recht om elk bestuursdocument te raadplegen en daarvan een afschrift te krijgen niet geldt, moet met de uitzonderingen die aldus gemaakt worden, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, een legitiem doel nagestreefd worden en moeten ze proportioneel blijven ten opzichte van het legitiem doel dat aldus nagestreefd wordt.

De wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’, die de algemene regeling inzake de toegang tot bestuursdocumenten bevat, voorziet reeds in uitzonderingen op de toegang tot bepaalde documenten. Zo wordt in artikel 6, § 1, van die wet bepaald dat de administratieve overheid de vraag om inzage in, uitleg over of mededeling van een afschrift van een bestuursdocument afwijst, wanneer zij vastgesteld heeft dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van onder andere de veiligheid van de bevolking of de openbare orde, of nog de veiligheid of de verdediging van het land.

Bij die bepaling wordt een systeem ingesteld in het kader waarvan de toegang tot een bestuursdocument of de afgifte van een afschrift van dat document geval per geval geweigerd kan worden, maar wordt geen algemene regeling ingevoerd volgens welke het *a priori* verboden zou zijn toegang te verlenen tot een specifieke categorie documenten of volgens welke de toegang tot een welbepaald document *a priori* tot deze of gene categorie personen beperkt zou kunnen worden. Met een dergelijk systeem van *a posteriori* te nemen individuele beslissingen kan ervoor gezorgd worden dat de openbare veiligheid, de openbare orde en de veiligheid en de verdediging van het land beschermd worden. Een degelijke regeling, in het kader waarvan handelingen met individuele strekking gesteld kunnen worden waartegen in laatste instantie bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State beroep ingesteld kan worden, is aldus van dien aard dat daarmee de proportionaliteit gegarandeerd kan worden van de beperkingen die aan het recht op toegang tot bestuursdocumenten opgelegd worden.

In de ontworpen tekst, daarentegen, wordt het recht op bestuurlijke transparantie betreffende de lijst met de gevoelige zones op radicale wijze beperkt, aangezien, naar luid daarvan, alleen een operator die lijst mag raadplegen en dan nog op voorwaarde dat hij kan aantonen “dat het voor hem noodzakelijk is om er kennis van te nemen” en elke mogelijkheid om daarvan een afschrift te nemen uitgesloten is.

De steller van het voorontwerp moet kunnen aantonen dat de verschillende behandeling die bij voorliggend dispositief ingevoerd wordt tussen degenen voor wie het, omdat ze geen operator zijn, *a priori* volstrekt niet mogelijk is om van de lijst met de gevoelige zones kennis te nemen en degenen die kennis wensen te nemen van andere gevoelige bestuursdocumenten op het stuk van de openbare veiligheid, de openbare orde en de veiligheid en de verdediging van het land, die vallen onder de regeling die ingevoerd is bij de wet van 11 april 1994, en in het bijzonder bij de artikel 6 van die wet, op een redelijke en objectieve verantwoording berust zodat die verschillende behandeling conform het gelijkheidsbeginsel is.⁸

Zo niet, moet de voorliggende bepaling herzien worden.

4.3. Gelet op de aldus geuite bedoeling en onder voorbehoud van punt 4.2, moet de steller van het voorontwerp nagaan of het niet raadzaam is om in het kader van de raadpleging van de gevoelige zones in aanvullende waarborgen te voorzien teneinde te voorkomen dat ruchtbaarheid gegeven wordt aan inlichtingen die daarmee verband houden.

Ontworpen artikel 105, § 5

1. Teneinde de werkzaamheid te garanderen van het in paragraaf 5 vervatte recht om schriftelijk en, in voorkomend geval, mondeling opmerkingen te maken, is het aan te bevelen om in de ontworpen bepaling op te nemen dat de verzoeker zich kan laten vergezellen door de technische of juridische raadslieden van zijn keuze.
2. In het eerste lid schrijve men “dagen” in plaats van “kalenderdagen”.

Ontworpen artikel 105, § 6

Om ervoor te zorgen dat alle operatoren die om de in het vooruitzicht gestelde machtiging verzoeken gelijk behandeld worden en om redenen van rechtszekerheid dient de steller van het voorontwerp een maximumtermijn te bepalen waarbinnen een beslissing genomen moet worden wanneer gebruikgemaakt wordt van de mogelijkheid waarin het ontworpen tweede lid voorziet.

De regeling van stilzwijgende beslissing waarin het ontworpen artikel 105, § 6, derde lid, voorziet, moet aldus herzien worden dat eveneens rekening gehouden wordt met het overschrijden van de voormelde maximumtermijn.

⁸ Zie GwH 19 december 2013, nr. 169/2013.

Ontworpen artikel 105, § 7

1. In de ontworpen paragraaf 7 wordt de reikwijdte van het beroepsgeheim beperkt tot de informatie die als “vertrouwelijk” bestempeld wordt.

In dat verband is het van tweeën één:

1° ofwel is alle informatie waarvan de betrokkenen kennis hebben volgens de bedoeling van de steller van het voorontwerp vertrouwelijk van aard, in welk geval het woord “vertrouwelijke” overbodig is en dan ook weggelaten moet worden;

2° ofwel is slechts een gedeelte van de informatie in kwestie volgens de bedoeling van de steller van het voorontwerp vertrouwelijk van aard, in welk geval aangegeven dient te worden weke informatie als vertrouwelijk geldt.

De voorliggende bepaling moet in het licht van deze opmerking herzien worden.

2. Voor zover in de ontworpen bepaling staat dat het Instituut “met name” beschikt over de bevoegdheden waarvan sprake is in artikel 114/2 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’, kan daaruit niet opgemaakt worden over welke andere bevoegdheden dan die vermeld in dat artikel 114/2 het Instituut beschikt om controle uit te oefenen op de toepassing van het ontworpen artikel 105, het uitvoeringsbesluit ervan en de beslissing van de betrokken ministers.

De ontworpen bepaling moet aldus herzien worden dat verduidelijkt wordt over welke bevoegdheden het Instituut in dat geval beschikt.

3. De steller van het voorontwerp wordt er opmerkzaam op gemaakt dat een aantal bepalingen van de wet van 13 juni 2005 gewijzigd worden in het kader van een voorontwerp van wet ‘houdende omzetting van het Europees wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie’, dat aan de Raad van State voorgelegd is in het kader van een adviesaanvraag die op de rol ingeschreven is onder het nummer 69.166/4.

Artikel 159 van dat voorontwerp strekt tot opheffing van artikel 114/2 van de wet van 13 juni 2005, waarnaar verwezen wordt in het ontworpen artikel 105, § 7.

De steller van het voorontwerp moet zorgen voor een goede onderlinge afstemming tussen de ontworpen teksten.

Artikel 4

Het ontworpen artikel 14, § 1, eerste lid, 3°, j), is dermate vaag dat die ontworpen bepaling opgevat zou kunnen worden als een machtiging aan het BIPT om toezicht uit te oefenen op de naleving van alle “bindende besluiten” van de Europese Commissie of van de zes ministers bedoeld in artikel 105, § 1, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005, ongeacht de aangelegenheid die bij die besluiten geregeld wordt.

De steller van het voorontwerp dient te verduidelijken in welke context de besluiten vermeld in het ontworpen artikel 14, § 1, eerste lid, 3°, j), vastgesteld zouden kunnen worden en op welke aangelegenheid ze betrekking zouden kunnen hebben, teneinde nauwkeurig af te bakenen over welke bevoegdheden het BIPT in dat kader beschikt.

Het ontworpen artikel 14, § 1, eerste lid, 3°, j), moet dienovereenkomstig herzien worden.

Artikel 7

Er wordt verwezen naar de opmerking die bij het ontworpen artikel 105, § 1, gemaakt is.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET