



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.311/3
van 6 mei 2021

avis 69.311/3
du 6 mai 2021

over

sur

een ontwerp van besluit van de
Minister van Energie 'tot bepaling
van de essentiële diensten binnen
de oliesector zoals bedoeld in de
wet van 7 april 2019 tot
vaststelling van een kader voor de
beveiliging van netwerk- en
informatiesystemen van algemeen
belang voor de openbare
veiligheid'

un projet d'arrêté du Ministre de
l'Énergie 'déterminant les services
essentiels dans le secteur pétrolier
tels que visés à la loi du
7 avril 2019 établissant un cadre
pour la sécurité des réseaux et des
systèmes d'information d'intérêt
général pour la sécurité publique'

Op 29 april 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Energie verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit ‘tot bepaling van de essentiële diensten binnen de oliesector zoals bedoeld in de wet van 7 april 2019 tot vaststelling van een kader voor de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen van algemeen belang voor de openbare veiligheid’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 4 mei 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 mei 2021.

*

Le 29 avril 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Énergie à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté ministériel ‘déterminant les services essentiels dans le secteur pétrolier tels que visés à la loi du 7 avril 2019 établissant un cadre pour la sécurité des réseaux et des systèmes d'information d'intérêt général pour la sécurité publique’.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 4 mai 2021. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 mai 2021.

*

ONTVANKELIJKHEID VAN DE ADVIESAANVRAAG

1.1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd als volgt:

“Met toepassing van de uitzondering wegens hoogdringendheid zoals voorzien in artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, wordt de hoogdringendheid van het ontwerp van ministerieel besluit gemotiveerd door de volgende redenen:

Gelet op het verzoek om spoedbehandeling, gemotiveerd door de omstandigheid dat dit besluit een onderwerp behandelt dat van belang is voor de openbare veiligheid en dat het identificeren van essentiële diensten en hun aanbieders een belangrijke stap is in het beschermen en in stand houden van kritieke maatschappelijke en economische activiteiten;

Overwegende dat de aanbieders van essentiële diensten worden aangewezen indien een incident een aanzienlijk verstorend effect heeft op het verlenen van een dienst die van essentieel belang is voor het in stand houden van kritieke maatschappelijke en economische activiteiten, is het van groot belang dat de relevante aanbieders van deze essentiële diensten zo snel mogelijk geïdentificeerd worden, teneinde de maatschappelijk en economische activiteiten zo goed mogelijk te beschermen door het nemen van passende maatregelen door de aangewezen entiteiten;

Overwegende de hoogdringendheid gemotiveerd door de omstandigheid dat de bepalingen van dit besluit zo spoedig mogelijk zouden moeten worden bekendgemaakt teneinde rechtszekerheid te bieden aan de betreffende marktactoren, dat een latere inwerkingtreding van dit besluit meer dan waarschijnlijk een retroactieve werking van dit besluit zou impliceren en op significante wijze afbreuk zou doen aan een gepaste rechtszekerheid en het bijgevolg niet mogelijk is om te wachten op een advies dat binnen een termijn van dertig werkdagen wordt gegeven en dat het niet nemen van de maatregelen beoogd in dit besluit belangrijke en negatieve implicaties zou teweegbrengen voor de veiligheid in geval van een incident;

Overwegende inderdaad dat een snelle inwerkingtreding van dit besluit bijdraagt aan de bescherming van de bevolking tegen een impact van een onderbreking in de verlening van essentiële diensten, doordat de aanbieders van essentiële diensten die krachtens dit besluit geïdentificeerd kunnen worden, na hun aanwijzing de nodige technische en organisatorische maatregelen moeten onmiddellijk nemen om de risico's voor de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen waarvan hun essentiële diensten afhankelijk zijn, te beheersen door deze netwerk- en informatiesystemen te beveiligen, en doordat de aanbieder ook maatregelen neemt om de continuïteit van de door hem verleende essentiële dienst(en) te waarborgen door incidenten die de beveiliging van de voor de verlening van deze essentiële dienst(en) gebruikte netwerk- en informatiesystemen aantasten, te voorkomen of de gevolgen ervan te minimaliseren.”

1.2. Door te eisen dat de adviesaanvragen met een termijn van vijf werkdagen van een “bijzondere” motivering worden voorzien, heeft de wetgever tot uiting gebracht dat hij wil dat alleen in uitzonderlijke gevallen verzocht wordt om mededeling van het advies binnen die uitzonderlijk korte termijn. De aanvrager moet derhalve pertinente en voldoende concrete

gegevens aanbrengen die het aannemelijk maken dat de ontworpen regeling dermate spoedeisend is dat noodzakelijkerwijze een beroep moet worden gedaan op de procedure bedoeld in artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State (advies mede te delen binnen een termijn van vijf werkdagen) en waarom, op het ogenblik van de adviesaanvraag, geen beroep kon worden gedaan op de procedure bedoeld in artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van die wetten (advies mede te delen binnen een termijn van dertig dagen).

1.3. De aangehaalde motivering bevat niet meer dan een affirmatie van de dringendheid van het ontwerp, een weergave van de doelstelling die met de ontworpen regeling wordt beoogd, en een verwijzing naar het maatschappelijk belang ervan en naar de noodzaak dat het besluit zo spoedig mogelijk zou moeten worden bekendgemaakt.

De loutere affirmatie van de dringendheid van het ontwerp volstaat uiteraard niet om te besluiten tot de spoedeisendheid van de adviesaanvraag.

Evenmin kan de in de motivering opgenomen weergave van de doelstelling die met de ontworpen regeling wordt beoogd en het maatschappelijk belang ervan, de spoedeisendheid van de adviesaanvraag schragen. Er blijkt immers niet uit dat de ontworpen regeling onverwijld tot stand dient te komen, en nog minder dat zulks in die mate het geval is dat zelfs niet kan worden volstaan om een beroep te doen op artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waardoor eveneens een vlugge behandeling wordt gewaarborgd.

Ten slotte wordt het spoedeisende karakter van de adviesaanvraag evenmin aangetoond door een loutere verwijzing naar de noodzaak dat het besluit zo spoedig mogelijk zou moeten worden bekendgemaakt. Wat immers dient te worden aangetoond, maar niet is gebeurd, is dat de ontworpen regelgeving zelf, gelet op haar inhoud, onverwijld tot stand dient te worden gebracht. In dat verband kan er immers niet aan worden voorbijgegaan dat de wet en het koninklijk besluit waaraan met het voorliggende ontwerp voor de eerste maal uitvoering wordt gegeven, dateren van respectievelijk 7 april 2019 en 12 juli 2019, en dat de vormvereisten met betrekking tot het ontwerp blijkens de aanhef reeds zijn nageleefd op 22 november 2019 en 1 juli 2020, waaruit evenmin een daadwerkelijke dringendheid van de ontworpen regeling kan worden afgeleid.

1.4. Er worden derhalve geen pertinente en concrete gegevens aangereikt die het aannemelijk maken dat de ontworpen regeling dermate spoedeisend is dat noodzakelijkerwijze een beroep moet worden gedaan op de procedure bedoeld in artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en dat derhalve zelfs niet zou kunnen worden volstaan met het invoeren van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van die wetten.

2.1. De conclusie is dan ook dat de adviesaanvraag niet ontvankelijk is. De Raad van State, afdeling Wetgeving, onthoudt zich dan ook van het onderzoek ervan.

2.2. De afdeling Wetgeving acht het niettemin wenselijk om nu reeds een voorbehoud te maken bij de voor het ontworpen ministerieel besluit ingeroepen rechtsgrond. Gelet op de inhoud van het ontwerp dat thans voorligt, vertoont het immers een duidelijk verordenend karakter. De vraag rijst dan aan welke wets- of reglementaire bepaling de minister die

verordenende bevoegdheid kan ontlenen, nu noch uit artikel 11, § 1, eerste lid, van de wet van 7 april 2019, noch uit artikel 3, § 3, en bijlage 1, a), van het koninklijk besluit van 12 juli 2019, die in de aanhef worden vermeld, een dergelijke bevoegdheid van de minister, en overigens evenmin van de Koning, kan worden afgeleid. Het staat aan de steller van het ontwerp om de rechtsgrond voor het ontwerp aan een nieuw en grondig onderzoek te onderwerpen alvorens een nieuwe adviesaanvraag in te dienen bij de Raad van State. In voorkomend geval zal de wetgever eerst in een deugdelijke rechtsgrond moeten voorzien voor de ontworpen regeling.

*

RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'AVIS

1.1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée comme suit :

« Met toepassing van de uitzondering wegens hoogdringendheid zoals voorzien in artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, wordt de hoogdringendheid van het ontwerp van ministerieel besluit gemotiveerd door de volgende redenen:

Gelet op het verzoek om spoedbehandeling, gemotiveerd door de omstandigheid dat dit besluit een onderwerp behandelt dat van belang is voor de openbare veiligheid en dat het identificeren van essentiële diensten en hun aanbieders een belangrijke stap is in het beschermen en in stand houden van kritieke maatschappelijke en economische activiteiten;

Overwegende dat de aanbieders van essentiële diensten worden aangewezen indien een incident een aanzienlijk verstorend effect heeft op het verlenen van een dienst die van essentieel belang is voor het in stand houden van kritieke maatschappelijke en economische activiteiten, is het van groot belang dat de relevante aanbieders van deze essentiële diensten zo snel mogelijk geïdentificeerd worden, teneinde de maatschappelijk en economische activiteiten zo goed mogelijk te beschermen door het nemen van passende maatregelen door de aangewezen entiteiten;

Overwegende de hoogdringendheid gemotiveerd door de omstandigheid dat de bepalingen van dit besluit zo spoedig mogelijk zouden moeten worden bekendgemaakt teneinde rechtszekerheid te bieden aan de betreffende marktactoren, dat een latere inwerkingtreding van dit besluit meer dan waarschijnlijk een retroactieve werking van dit besluit zou impliceren en op significante wijze afbreuk zou doen aan een gepaste rechtszekerheid en het bijgevolg niet mogelijk is om te wachten op een advies dat binnen een termijn van dertig werkdagen wordt gegeven en dat het niet nemen van de maatregelen beoogd in dit besluit belangrijke en negatieve implicaties zou teweegbrengen voor de veiligheid in geval van een incident;

Overwegende inderdaad dat een snelle inwerkingtreding van dit besluit bijdraagt aan de bescherming van de bevolking tegen een impact van een onderbreking in de verlening van essentiële diensten, doordat de aanbieders van essentiële diensten die krachtens dit besluit geïdentificeerd kunnen worden, na hun aanwijzing de nodige technische en organisatorische maatregelen moeten onmiddellijk nemen om de risico's voor de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen waarvan hun essentiële diensten afhankelijk zijn, te beheersen door deze netwerk- en informatiesystemen te beveiligen, en doordat de aanbieder ook maatregelen neemt om de continuïteit van de door hem verleende essentiële dienst(en) te waarborgen door incidenten die de beveiliging van de voor de verlening van deze essentiële dienst(en) gebruikte netwerk- en informatiesystemen aantasten, te voorkomen of de gevolgen ervan te minimaliseren ».

1.2. En exigeant que les demandes d'avis dans les cinq jours ouvrables soient « spécialement » motivées, le législateur a voulu que ce délai, extrêmement bref, ne soit sollicité qu'exceptionnellement. En conséquence, le demandeur doit invoquer des éléments pertinents et suffisamment concrets susceptibles de faire admettre que les dispositions en projet sont à ce point urgentes qu'il faille nécessairement recourir à la procédure visée à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois sur le Conseil d'État (avis à communiquer dans un délai de cinq jours ouvrables) et pourquoi, au moment de la demande d'avis, il ne pouvait pas être recouru à la procédure visée à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de ces lois (avis à communiquer dans un délai de trente jours).

1.3. La motivation invoquée se limite à affirmer que le projet est urgent, à indiquer l'objectif du dispositif en projet, et à faire référence à son enjeu sociétal et à la nécessité de publier l'arrêté dans les plus brefs délais.

De toute évidence, la simple affirmation de l'urgence du projet ne suffit pas pour conclure à l'urgence de la demande d'avis.

L'indication, dans la motivation, de l'objectif poursuivi par le dispositif en projet et de son enjeu sociétal, ne saurait non plus fonder l'urgence de la demande d'avis. En effet, il n'apparaît pas que le dispositif en projet doit être adopté dans les plus brefs délais et encore moins dans une mesure telle qu'il ne pourrait même pas suffire d'invoquer l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui garantit également un traitement rapide.

Enfin, l'urgence de la demande d'avis n'est pas davantage établie par une simple référence à la nécessité de publier l'arrêté dans les plus brefs délais. En effet, ce qu'il convient de démontrer – mais qui n'a pas été fait – c'est que la réglementation en projet proprement dite doit être adoptée d'urgence compte tenu de sa teneur. On ne peut en effet ignorer à cet égard que la loi et l'arrêté royal auxquels le projet à l'examen donne pour la première fois exécution, datent respectivement du 7 avril 2019 et du 12 juillet 2019 et que, selon le préambule, les formalités concernant le projet ont déjà été accomplies le 22 novembre 2019 et le 1^{er} juillet 2020, ce qui ne permet pas non plus de déduire l'urgence effective du dispositif en projet.

1.4. Dès lors, il n'est pas invoqué d'éléments pertinents et suffisamment concrets susceptibles de faire admettre que le règlement en projet est à ce point urgent qu'il faille nécessairement recourir à la procédure visée à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et que le recours à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de ces lois ne pourrait par conséquent même pas suffire.

2.1. En conclusion, la demande d'avis est irrecevable. Par conséquent, le Conseil d'État, section de législation, renonce à l'examiner.

2.2. La section de législation estime néanmoins souhaitable d'émettre dès à présent une réserve concernant le fondement juridique invoqué pour l'arrêté ministériel en projet. En effet, eu égard à son contenu, le projet à l'examen revêt manifestement un caractère réglementaire. La question se pose dans ce cas de savoir dans quelle disposition légale ou réglementaire le ministre peut trouver ce pouvoir réglementaire, dès lors que ni l'article 11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 7 avril 2019, ni l'article 3, § 3, et l'annexe 1, a), de l'arrêté royal du 12 juillet 2019, qui sont mentionnés dans le préambule, ne permettent de déduire un tel pouvoir du ministre, ni au demeurant du Roi. Il appartient à l'auteur du projet de soumettre le fondement juridique du projet à un examen nouveau et approfondi avant de saisir le Conseil d'État d'une nouvelle demande d'avis. Le cas échéant, le législateur devra d'abord prévoir un fondement juridique adéquat pour le dispositif en projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH