



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 71.754/4
du 12 octobre 2022

advies 71.754/4
van 12 oktober 2022

sur

over

un projet d'arrêté royal 'relatif
à l'autorisation ministérielle
dans le cadre du déploiement
d'un réseau 5G'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'betreffende de
ministeriële machtiging in het
kader van de uitrol van een
5G-netwerk '

Le 22 juin 2022, 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 prorogé jusqu'au 17 octobre 2022 *, sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'autorisation ministérielle dans le cadre du déploiement d'un réseau 5G'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 12 octobre 2022. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

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

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 12 octobre 2022.

* Par courriel du 22 juin 2022.

*

Op 22 juni 2022 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 verlengd tot 17 oktober 2022 *, een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de ministeriële machtiging in het kader van de uitrol van een 5G-netwerk'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 12 oktober 2022. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Luc CAMBIER en Bernard BLERO, staatsraden, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

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

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 oktober 2022.

* Bij e-mail van 22 juni 2022.

*

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 du 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, le projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATION PRÉALABLE

La fixation des règles envisagées par le texte en projet repose sur des éléments de haute technologie en matière de communications électroniques relatifs en particulier à la conception, la construction, la mise en place et le monitoring des réseaux en la matière, ainsi qu'aux services prestés grâce à ces réseaux.

Faute d'une connaissance particulière des aspects éminemment techniques et scientifiques qu'envisage le projet, et des données concrètes à prendre en considération, et n'ayant par ailleurs pas la possibilité juridique d'organiser un débat contradictoire à ce sujet, la section de législation ne peut que prendre acte des explications données sans pouvoir se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité juridique des règles dont l'adoption est envisagée.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Selon les informations communiquées par la déléguée de la Ministre, l'intention de l'auteur du projet est de procéder à la notification dans le cadre de l'article 2.9 de l'Accord 'relatif aux obstacles techniques au commerce' fait à Genève le 12 avril 1979, une fois le texte en projet le cas échéant modifié à la suite de l'avis de la section de législation, ce aux fins de notifier une version définitive du projet.

L'auteur du projet veillera donc à l'accomplissement de cette formalité, préalablement à l'adoption de l'arrêté en projet, selon la procédure et les délais prévus par l'article 2.9 ¹.

¹ Cet article dispose comme suit :

« 2.9 Chaque fois qu'il n'existera pas de normes internationales pertinentes, ou que la teneur technique d'un règlement technique projeté ne sera pas conforme à celle des normes internationales pertinentes, et si le règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, les Membres :

2.9.1 feront paraître dans une publication, assez tôt pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance, un avis selon lequel ils projettent d'adopter un règlement technique déterminé ;

2.9.2 notifieront aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seront visés par le règlement technique projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être. Ces notifications seront faites assez tôt, lorsque des modifications pourront encore être apportées et que les observations pourront encore être prises en compte ;

2.9.3 fourniront, sur demande, aux autres Membres des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet et, chaque fois que cela sera possible, identifieront les éléments qui diffèrent en substance des normes internationales pertinentes ;

2.9.4 ménageront, sans discrimination, un délai raisonnable aux autres Membres pour leur permettre de présenter leurs observations par écrit, discuteront de ces observations si demande leur en est faite, et tiendront compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions ».

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Dans son avis n° 69.160/4 donné le 6 mai 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 17 février 2022 ‘modifiant diverses dispositions en matière de communications électroniques en vue d’introduire des mesures de sécurité supplémentaires pour la fourniture de services mobiles 5G’, loi qui a remplacé l’article 105 de la loi du 13 juin 2005 ‘relatives aux communications électroniques’, la section de législation a observé notamment ce qui suit :

« 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).

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 » ².

Compte tenu des règles qu'il contient, spécialement en ses articles 2 à 9, l'arrêté en projet limite également la liberté d'entreprise, la liberté de circulation des marchandises, la liberté de circulation des services, et l'usage libre des biens.

Il convient donc que l'auteur du projet soit en mesure d'établir que les restrictions envisagées, que ce soit par leur objet ou par leurs destinataires, poursuivent des motifs d'intérêt général, reposent sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, et enfin, sont appropriées à la réalisation de l'objectif invoqué et sont nécessaires à la poursuite de cet objectif.

2. Par ailleurs, dans la mesure où ils s'appliquent aux *Mobile Network Operator* (en abrégé « MNO »), les articles 1^{er}, 22°, 8 et 9, du projet, trouvent notamment leur fondement juridique dans l'article 105, § 1^{er}, alinéa 2 ³, de la loi du 13 juin 2005, remplacé par la loi du 17 février 2022, qui dispose comme suit :

« [...] »

En tenant compte des intérêts visés à l'alinéa 1^{er} et par arrêté délibéré en Conseil des ministres, le Roi peut prévoir que cette autorisation est également nécessaire avant que les MNO ne puissent bénéficier de services de fournisseurs qui consistent à intervenir ponctuellement dans la gestion de ce réseau, notamment en cas d'incident ou de modification majeure du réseau, ou à gérer ou superviser quotidiennement des éléments du réseau ou est également nécessaire avant qu'ils ne puissent bénéficier de certains de ces services ».

Dans la mesure où ils s'appliquent aux autres « entreprises concernées » au sens de l'article 1^{er}, 15°, du projet, les mêmes articles 1^{er}, 22°, 8 et 9, du projet, trouvent en outre leur fondement dans l'article 105, § 2, 1° et 2°, de la même loi, qui prévoit :

« En tenant compte des intérêts visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres :

1° étendre l'obligation d'obtenir les autorisations visées au paragraphe 1^{er} à une ou plusieurs catégories de MVNO ;

2° étendre l'obligation d'obtenir les autorisations visées au paragraphe 1^{er} à la société anonyme de droit public ASTRID, et aux exploitants d'un réseau privé de communications électroniques qui ont été désignés comme exploitant d'une infrastructure critique au sens de la loi du 1^{er} juillet 2011 relative à la sécurité et la protection des infrastructures critiques ou comme opérateur de services essentiels au sens de 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 ».

Il s'ensuit que lorsqu'il met en œuvre les habilitations qui lui sont ainsi conférées par les dispositions légales précitées, le Roi doit tenir compte des intérêts visés au paragraphe 1^{er},

² <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/69160.pdf>.

³ Combiné à l'alinéa 1^{er} du même paragraphe.

alinéa 1^{er}, de l'article 105 de la loi du 13 juin 2005, ou, en d'autres termes, des 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'.

3. Il résulte des explications données dans le rapport au Roi que l'auteur du projet a été spécialement attentif aux principes rappelés ci-avant, notamment en termes de proportionnalité⁴. Son intention est par ailleurs de s'inscrire strictement dans le cadre de la « boîte à outils » commune de mesures d'atténuation sur laquelle les États membres de l'Union européenne se sont mis d'accord pour faire face aux risques en matière de sécurité liés au déploiement de la 5G.

Il n'en demeure pas moins que compte tenu des limites dans lesquelles s'inscrit l'examen de l'arrêté en projet auquel se livre la section de législation, celle-ci ne peut que prendre acte des explications ainsi données, sans être en mesure de vérifier si celles-ci sont toutes exactes et fondées d'un point de vue technique, en particulier.

Par ailleurs, il appartient à l'auteur du projet d'être en mesure de justifier des motifs exacts, pertinents et précis, en fait et en droit, qui sont de nature à justifier raisonnablement chacune des dates butoirs retenues, ainsi que les mesures concrètes envisagées en relation avec ces dates, telles celles prévues, en particulier, à l'article 6, § 2, et à l'article 7, § 1^{er}, du projet⁵.

Le projet sera réexaminé à la lumière de ces observations et le rapport au Roi sera complété en conséquence.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Il ressort des documents transmis par la déléguée de la Ministre que la consultation du Comité interministériel des Télécommunications et de la radiodiffusion et la télévision a eu lieu les 5 et 6 juillet 2022, le Comité de concertation ayant donné son accord sur le texte en projet le 13 juillet 2022.

Les alinéas 5 et 6 seront complétés en conséquence.

2. L'avis du Conseil d'État sera visé à la suite des formalités obligatoires, mentionnées chronologiquement⁶.

⁴ Notamment :

- en limitant l'extension du champ d'application des exigences visées par l'article 2 du projet aux seuls « full MVNO » et ainsi qu'aux seules catégories d'« exploitants concernés d'un réseau 5G privé » visés à l'article 1^{er}, 15°, du projet ;
- en imposant les obligations prévues aux articles 6 et 7 du projet aux seuls MNO ;
- en fixant des dates différentes selon les restrictions envisagées, pour tenir compte de l'objet concret de ces restrictions (voir les articles 5, 6, 7 et 9, du projet – à titre d'exemple, le délai fixé à l'article 7 tient compte, selon le commentaire de l'article, du « cycle de vie des équipements »).

⁵ Le rapport au Roi ne comporte pas d'explication sur ces dispositions précises.

⁶ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 34.

DISPOSITIF

Article 7

L'article 7, § 1^{er}, alinéa 2, habilite l'Institut belge des services postaux et télécommunications (ci-après « l'IBPT ») à fixer la valeur limite des signaux que les « sites » concernés se trouvant en dehors d'une zone sensible, pourront émettre à l'intérieur d'une telle zone, et ce en fonction de la technologie utilisée.

L'IBPT se voit ainsi conférer un pouvoir qui apparait comme étant de nature réglementaire.

S'agissant du fait de confier un tel pouvoir à l'IBPT, lequel constitue une autorité administrative indépendante à l'égard de laquelle aucun contrôle de tutelle n'est organisé, il convient de rappeler qu'à propos de l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité qui n'est pas responsable politiquement devant les assemblées législatives concernées – c'est-à-dire, à une autorité autre que le Roi agissant sous le contreseing d'un ministre, ou qu'un ministre –, la section de législation a déjà observé à de nombreuses reprises que l'attribution d'une compétence réglementaire à des organismes publics ou à leurs organes est difficilement compatible avec les principes généraux du droit public belge (articles 33 et 108 de la Constitution), en ce qu'elle porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et échappe à tout contrôle parlementaire direct. Les actes réglementaires de ce type sont en outre dépourvus des garanties dont est assortie la réglementation classique, telles celles en matière de publication et de contrôle préventif exercé par la section de législation.

Si, dans le passé, la section de législation a déjà estimé admissibles certaines exceptions à l'interdiction de déléguer une compétence réglementaire à des organismes publics, il s'agissait généralement de délégations de portée limitée et d'une technicité telle qu'il pouvait être considéré que les organismes qui devaient appliquer la réglementation concernée, étaient également les mieux placés pour l'élaborer ⁷.

Même dans ces hypothèses, la section de législation a déjà observé qu'il importe cependant que ces règlements fassent l'objet d'une décision prise par le Roi ou le ministre sur proposition de l'organisme, ou à tout le moins d'une approbation par le Roi ou le ministre, et ce faisant, d'une publication au *Moniteur belge* ⁸. De tels mécanismes permettent que la responsabilité du règlement concerné soit endossée par une autorité qui est responsable politiquement devant les chambres législatives.

⁷ Voir, par exemple, l'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', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/42387.pdf> et l'avis n° 63.288/4 donné le 30 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 19 juillet 2018 'relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63288.pdf>.

⁸ Voir l'avis n° 63.288/4.

Au regard des principes ainsi rappelés, hormis les cas où le droit européen impose de confier un pouvoir réglementaire à une autorité de régulation ⁹, un tel pouvoir ne peut en principe être conféré à l'IBPT, autorité administrative indépendante, si ce n'est sur des aspects limités et techniques tels qu'il est permis de considérer que l'IBPT – qui doit appliquer la réglementation concernée – est également le mieux placé pour l'élaborer. Encore faut-il qu'une autorité politiquement responsable puisse endosser la responsabilité des règlements concernés soit parce que cette autorité – en l'occurrence, le ministre – interviendra sur proposition de l'IBPT, soit parce que cette même autorité devra approuver les mesures réglementaires ¹⁰.

Dans la disposition à l'examen, il convient dès lors de prévoir que les valeurs seront adoptées « par le Ministre d'initiative, sur avis de l'IBPT, ou sur proposition de celui-ci » ¹¹.

Article 10

Afin de se conformer à l'article 105, § 3, alinéa 3, et § 6, alinéas 2 à 4, de la loi du 13 juin 2005, il convient de rédiger l'alinéa 2 du paragraphe 3 en ce sens que les délais visés à l'article 105, § 6, alinéas 2 et 3, de la loi, sont suspendus jusqu'au jour où les informations ou documents manquants auront été obtenus conformément à l'article 105, § 3, alinéa 3, de la même loi.

*

⁹ Cette condition n'est pas rencontrée en l'espèce.

¹⁰ Cette dernière condition pourrait, le cas échéant, ne pas devoir être remplie pour l'adoption de mesures éminemment techniques et n'intervenant que dans des cas où le pouvoir réglementaire ne suppose pas l'exercice d'un véritable pouvoir d'appréciation impliquant des choix en opportunité, parce que, par exemple, le droit européen détermine déjà l'intégralité, ou presque, de la réglementation concernée, ce qui n'apparaît pas être le cas en l'espèce. Cette condition apparaît d'autant moins rencontrée que le texte en projet ne fixe aucun critère à prendre en considération pour déterminer les valeurs limites envisagées.

¹¹ Voir en ce sens, l'avis n° 69.166/4 donné le 10 juin 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 21 décembre 2021 'portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/69166.pdf>, pp. 9 à 20.

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 ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

VOORAFGAANDE OPMERKING

De regels die de ontworpen tekst in het vooruitzicht stelt, worden vastgesteld op basis van hoogtechnologische gegevens op het vlak van elektronische communicatie die inzonderheid betrekking hebben op het ontwerp, de aanleg, de invoering en de monitoring van de netwerken op dit gebied, en ook op de diensten die dankzij die netwerken worden verleend.

Aangezien de afdeling Wetgeving niet beschikt over specifieke kennis aangaande de uitermate technische en wetenschappelijke aspecten die het ontwerp voor ogen heeft en aangaande de concrete gegevens die in aanmerking moeten worden genomen, en aangezien ze voorts niet de juridische mogelijkheid heeft daarover een tegensprekelijk debat te organiseren, kan ze alleen maar akte nemen van de gegeven uitleg, maar kan ze zich niet uitspreken over de relevantie en de juridische toelaatbaarheid van de vast te stellen regels.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Volgens de inlichtingen die de gemachtigde van de minister heeft verstrekt, is het de bedoeling van de steller van het ontwerp om, zodra de ontworpen tekst in voorkomend geval is gewijzigd ingevolge het advies van de afdeling Wetgeving, over te gaan tot de kennisgeving in het kader van artikel 2.9 van de Overeenkomst ‘inzake technische handelsbelemmeringen’, opgemaakt te Genève op 12 april 1979, teneinde een definitieve versie van het ontwerp mee te delen.

De steller van het ontwerp moet er dan ook op toezien dat dit vormvereiste volgens de procedure en binnen de termijnen waarin artikel 2.9 voorziet,¹ wordt vervuld voordat het ontworpen besluit wordt vastgesteld.

¹ Dat artikel luidt als volgt:

“2.9 De Leden komen overeen, wanneer op een bepaald gebied geen internationale norm bestaat of de technische inhoud van een voorgesteld technisch voorschrift niet in overeenstemming is met de technische inhoud van de desbetreffende internationale normen en het technisch voorschrift aanzienlijke consequenties kan hebben voor het handelsverkeer van andere Leden:

2.9.1. tijdig en op zodanige wijze dat belanghebbenden in andere Leden daarvan kennis kunnen nemen, een bericht te publiceren waarin zij mededelen dat zij voornemens zijn een bepaald technisch voorschrift in te voeren;

2.9.2. de andere Leden via het Secretariaat mede te delen op welke producten het voorgestelde technisch voorschrift betrekking heeft, met een beknopte omschrijving van het doel en de reden daarvan. Dergelijke kennisgevingen vinden voldoende tijdig plaats, zodat nog wijzigingen kunnen worden ingediend en rekening kan worden gehouden met commentaar;

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In haar advies 69.160/4 van 6 mei 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 17 februari 2022 ‘tot wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie met het oog op de invoering van bijkomende beveiligingsmaatregelen voor de verstrekking van mobiele 5G-diensten’ - dit is de wet waarbij artikel 105 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ is vervangen - heeft de afdeling Wetgeving onder meer het volgende opgemerkt:

“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°);

– 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

2.9.3. de andere Leden op hun verzoek bijzonderheden of de tekst van het voorgestelde technisch voorschrift te doen toekomen en, indien mogelijk, aan te geven op welke punten dit wezenlijk van de desbetreffende internationale normen afwijkt;

2.9.4. de andere Leden, zonder onderscheid, een redelijke termijn toe te staan voor het geven van schriftelijke commentaar, op verzoek van gedachten te wisselen over deze commentaar en rekening te houden met deze commentaar en met het resultaat van de vorengenoemde gedachtewisseling”.

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”.²

Gelet op de regels die in het ontworpen besluit, inzonderheid in de artikelen 2 tot 9, vervat zijn, beperkt het ontwerp eveneens de vrijheid van ondernemerschap, het vrije verkeer van goederen, het vrij verrichten van diensten en het vrije gebruik van goederen.

De steller van het ontwerp moet dus kunnen aantonen dat de beperkingen die in het vooruitzicht worden gesteld, hetzij door hun inhoud, hetzij door hun adressaten, het algemeen belang nastreven, op objectieve, niet-discriminerende en vooraf gekende criteria berusten, en, ten slotte, geschikt zijn om het aangevoerde doel te bereiken en nodig zijn om dat doel na te streven.

2. In zoverre ze van toepassing zijn op de *Mobile Network Operator* (afgekort als “MNO”), ontleen de artikelen 1, 22°, 8 en 9 van het ontwerp voorts inzonderheid rechtsgrond aan het bij de wet van 17 februari 2022 vervangen artikel 105, § 1, tweede lid,³ van de wet van 13 juni 2005, dat als volgt luidt:

“(…)

Rekening houdende met de in het eerste lid bedoelde belangen en bij besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, kan de Koning bepalen dat deze machtiging ook noodzakelijk is voordat de MNO's diensten van aanbieders kunnen genieten die erin bestaan gericht tussenbeide te komen in het beheer van dat netwerk, met name in geval van een incident of grote wijziging van het netwerk, of dagelijks elementen van het netwerk te beheren of te superviseren, of ook noodzakelijk is voordat ze bepaalde van deze diensten kunnen genieten.”

In zoverre ze van toepassing zijn op de andere “betrokken ondernemingen” in de zin van artikel 1, 15°, van het ontwerp, ontleen dezelfde artikelen 1, 22°, 8 en 9 van het ontwerp tevens rechtsgrond aan artikel 105, § 2, 1° en 2°, van dezelfde wet, waarin het volgende wordt bepaald:

“Rekening houdende met de belangen bedoeld in paragraaf 1, eerste lid, kan de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad:

1° de verplichting om de machtigingen bedoeld in paragraaf 1 te krijgen, uitbreiden naar één of meer categorieën van MVNO's;

2° de verplichting om de machtigingen bedoeld in paragraaf 1 te krijgen, uitbreiden naar de naamloze vennootschap van publiek recht ASTRID en naar de exploitanten van een privaat elektronische-communicatienetwerk die aangewezen zijn als exploitant van een kritieke infrastructuur in de zin van de wet van 1 juli 2011 betreffende de beveiliging en de bescherming van de kritieke infrastructuren of als aanbieder van essentiële diensten in de

² <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/69160.pdf>.

³ Gelezen in samenhang met het eerste lid van dezelfde paragraaf.

zin van 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.”

Daaruit volgt dat, wanneer de Koning uitvoering geeft aan de machtigingen die hem aldus bij de voornoemde wetsbepalingen worden verleend, hij rekening moet houden met de belangen bedoeld in paragraaf 1, eerste lid, van artikel 105 van de wet van 13 juni 2005 of, anders gezegd, met de belangen bedoeld in artikel 3, § 1, van de wet van 11 december 1998 ‘betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen’.

3. Uit de uitleg die in het verslag aan de Koning wordt gegeven, blijkt dat de steller van het ontwerp bijzondere aandacht heeft geschonken aan de hierboven aangehaalde beginselen, inzonderheid op het vlak van evenredigheid.⁴ Daarnaast is het zijn bedoeling zich nauwgezet te houden aan de gemeenschappelijke “toolbox” met risicobeperkende maatregelen waarover de lidstaten van de Europese Unie het eens geworden zijn om het hoofd te bieden aan de veiligheidsrisico’s die aan de uitrol van 5G zijn verbonden.

Dat neemt niet weg dat de afdeling Wetgeving, gelet op de grenzen waarbinnen ze het ontworpen besluit onderzoekt, alleen maar akte kan nemen van de aldus gegeven uitleg, maar niet kan nagaan of heel die uitleg, inzonderheid vanuit technisch oogpunt, juist en gegrond is.

Voorts moet de steller van het ontwerp de rechtens en feitelijk juiste, relevante en specifieke redenen kunnen opgeven ter redelijke verantwoording van elk van de gekozen deadlines, evenals de concrete maatregelen die met betrekking tot die deadlines in het vooruitzicht worden gesteld, zoals die waarin meer bepaald artikel 6, § 2, en artikel 7, § 1, van het ontwerp voorzien.⁵

Het ontwerp moet in het licht van deze opmerkingen opnieuw worden onderzocht en het verslag aan de Koning moet dienovereenkomstig worden aangevuld.

⁴ Meer bepaald door:

- de uitbreiding van het toepassingsgebied van de in artikel 2 van het ontwerp bedoelde vereisten te beperken tot louter de “full MVNO’s” en zo tot louter de categorieën van “betrokken exploitanten van een privaat 5G-netwerk” bedoeld in artikel 1, 15°, van het ontwerp;
- de verplichtingen waarin de artikelen 6 en 7 van het ontwerp voorzien, enkel aan de MNO’s op te leggen;
- naargelang van de beoogde beperkingen verschillende datums te bepalen, teneinde rekening te houden met hetgeen die beperkingen concreet inhouden (zie de artikelen 5, 6, 7 en 9 van het ontwerp – bij wijze van voorbeeld: volgens de bespreking van het artikel houdt de in artikel 7 bepaalde termijn rekening met de “levenscyclus van de apparatuur”).

⁵ In het verslag aan de Koning wordt geen uitleg gegeven over die specifieke bepalingen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

1. Uit de stukken die de gemachtigde van de minister heeft overgezonden, blijkt dat de raadpleging van het Interministerieel Comité voor Telecommunicatie en Radio-omroep en Televisie op 5 en 6 juli 2022 werd gehouden, en dat het Overlegcomité zijn goedkeuring aan de ontworpen tekst heeft gehecht op 13 juli 2022.

Het vijfde en het zesde lid moeten dienovereenkomstig worden aangevuld.

2. Het advies van de Raad van State moet worden vermeld na de verplichte vormvereisten, die in chronologische volgorde moeten worden weergegeven.⁶

DISPOSITIEF

Artikel 7

Bij artikel 7, § 1, tweede lid, wordt het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (hierna “het BIPT”) gemachtigd om de grenswaarde te bepalen van de signalen die vanop de betrokken “sites” die buiten een gevoelige zone gelegen zijn, binnen zo’n zone mogen worden uitgezonden, en dit afhankelijk van de gebruikte technologie.

Aldus wordt aan het BIPT een bevoegdheid verleend die verordenend van aard lijkt te zijn.

In verband met het feit dat zo’n bevoegdheid wordt verleend aan het BIPT, dat een onafhankelijke administratieve overheid is ten aanzien waarvan in geen enkel toezicht is voorzien, dient erop te worden gewezen dat met betrekking tot het toekennen van een verordenende bevoegdheid aan een overheid die geen politieke verantwoording hoeft af te leggen aan de betrokken wetgevende vergaderingen – dat wil zeggen aan een andere overheid dan de Koning die optreedt met medeondertekening van een minister of een minister – de afdeling Wetgeving er in het verleden al meermaals heeft op gewezen dat het toekennen van een verordnungsbevoegdheid aan overheidsinstanties of aan hun organen moeilijk verenigbaar is met de algemene beginselen van het Belgische publiekrecht (artikelen 33 en 108 van de Grondwet), aangezien daardoor wordt geraakt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en ter zake iedere rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Verordeningen van die aard ontberen daarenboven de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de afdeling Wetgeving.

⁶ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 34.

In het verleden heeft de afdeling Wetgeving weliswaar reeds bepaalde uitzonderingen op het verbod om aan overheidsinstanties een verordeningsbevoegdheid te delegeren aanvaardbaar geacht, maar dan ging het doorgaans om delegaties met een beperkte draagwijdte en van een zodanig technische aard dat men ervan kon uitgaan dat de instanties die de betrokken regelgeving moesten toepassen, eveneens de meest aangewezen instanties waren om ze uit te werken.⁷

De afdeling Wetgeving heeft er echter reeds op gewezen dat het, zelfs in die gevallen, belangrijk is dat die verordeningen tot stand komen ten gevolge van een beslissing van de Koning of de minister op voorstel van de instantie, of dat ze op zijn minst worden goedgekeurd door de Koning of de minister en, zodoende, bekendgemaakt worden in het *Belgisch Staatsblad*.⁸ Op die manier wordt de verantwoordelijkheid voor de betrokken verordening opgenomen door een instantie die aan de wetgevende kamers politieke verantwoording verschuldigd is.

Gelet op de aldus in herinnering gebrachte beginselen, kan, behoudens in de gevallen waarin het Europese recht voorschrijft dat een verordeningsbevoegdheid aan een regelgevende instantie wordt verleend,⁹ zo'n bevoegdheid in principe niet worden verleend aan het BIPT, dat een onafhankelijke administratieve overheid is, tenzij voor technische nevenaspecten waarvoor men ervan kan uitgaan dat het BIPT – dat de regelgeving in kwestie moet toepassen – eveneens de meest aangewezen instantie is om deze uit te werken. Daarenboven moet de verantwoordelijkheid voor die verordeningen kunnen worden opgenomen door een politiek verantwoordelijke overheid, ofwel doordat die overheid – *in casu* de minister – optreedt op voorstel van het BIPT, ofwel doordat diezelfde overheid de verordeningsmaatregelen moet goedkeuren.¹⁰

In de voorliggende bepaling dient dan ook te worden bepaald dat de waarden worden vastgesteld “door de minister, hetzij op eigen initiatief na advies van het BIPT, hetzij op voorstel van het BIPT”.¹¹

⁷ Zie bijvoorbeeld advies 42.387/VR van 27 maart 2007 over een voorontwerp dat heeft geleid tot 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’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/42387.pdf>, en advies 63.288/4 van 30 april 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 19 juli 2018 ‘inzake toegankelijkheid van de websites en mobiele applicaties van overheidsinstanties’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/63288.pdf>.

⁸ Zie advies 63.288/4.

⁹ In dit geval wordt niet aan die voorwaarde voldaan.

¹⁰ Die laatste voorwaarde hoeft in voorkomend geval niet vervuld te worden voor uiterst technische maatregelen die slechts worden genomen in gevallen waarin de verordeningsbevoegdheid niet impliceert dat een echte beoordelingsbevoegdheid moet worden uitgeoefend waarbij opportuniteitskeuzes moeten worden gemaakt, bijvoorbeeld wanneer de betrokken regelgeving al volledig of bijna volledig is vastgelegd in het Europese recht, hetgeen *in casu* niet het geval lijkt te zijn. Aan die voorwaarde lijkt des te minder voldaan te zijn daar de ontworpen tekst geen enkel criterium vaststelt voor het bepalen van de beoogde grenswaarden.

¹¹ Zie in die zin advies 69.166/4 van 10 juni 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 21 december 2021 ‘houdende omzetting van het Europees Wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/69166.pdf>, 9-20.

Artikel 10

Om in overeenstemming te zijn met artikel 105, § 3, derde lid, en § 6, tweede tot vierde lid, van de wet van 13 juni 2005, dient het tweede lid van paragraaf 3 in die zin te worden gesteld dat de termijnen bedoeld in artikel 105, § 6, tweede en derde lid, van de wet, worden geschorst tot de dag waarop de ontbrekende informatie of documenten overeenkomstig artikel 105, § 3, derde lid, van dezelfde wet zijn verstrekt.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET