

## KONINKRIJK BELGIE

-----

## ROYAUME DE BELGIQUE

-----

## ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

-----

## AVIS DU CONSEIL D'ETAT

-----

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 26 mei 1999 door de Minister van Kleine en Middelgrote Ondernemingen verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 19 februari 1965 betreffende de uitoefening van zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen", heeft na de zaak te hebben onderzocht op 6 en 13 juli 1999, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre des Petites et des Moyennes Entreprises, le 26 mai 1999, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 19 février 1965 relative à l'exercice, par les étrangers, des activités professionnelles indépendantes", après avoir examiné l'affaire aux séances des 6 et 13 juillet 1999, a donné, à cette dernière date, l'avis suivant :

### STREKKING VAN HET ONTWERP

1. Artikel 1, eerste lid, van de wet van 19 februari 1965 betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen bepaalt dat elke vreemdeling die, op het grondgebied van het Rijk, "een zelfstandige activiteit van winstgevende aard uitoefent", houder moet zijn van een beroepskaart.

Het voor advies voorgelegde ontwerp van wet strekt ertoe de bedoelde verplichting voortaan te doen gelden voor elke vreemdeling die, op het grondgebied van het Rijk, "een professionele, zelfstandige activiteit uitoefent, hetzij als fysiek persoon, hetzij binnen een vereniging of vennootschap naar rechte of in feite". Het vereiste dat de activiteit "winstgevend" moet zijn, wordt aldus vervangen door het vereiste dat het om een "professionele" activiteit moet gaan.

2. Artikel 2 van de voornoemde wet van 19 februari 1965 bepaalt dat de Koning bepaalde categorieën van vreemdelingen, die hij vaststelt, kan vrijstellen van de verplichting houder te zijn van een beroepskaart. In de vigerende tekst worden een aantal criteria opgesomd op grond waarvan de Koning de vrijstelling kan verlenen.

Het voor advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe de opsomming van de criteria weg te laten. De Koning zou dus een ruimere beoordelingsbevoegdheid krijgen. Daartegenover staat dat het betrokken koninklijk besluit voortaan in Ministerraad overlegd zou moeten worden.

.../...

ONDERZOEK VAN DE TEKSTArtikel 2

1. Het vigerende artikel 1, eerste lid, van de wet van 19 februari 1965 doet de verplichting om houder te zijn van een beroepskaart rusten op personen die een "activiteit van winstgevende aard" uitoefenen.

Dit criterium sluit nauw aan bij een van de criteria die in het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 gebruikt worden om het begrip "baten" te omschrijven. Naar luid van artikel 27, eerste lid, van het Wetboek zijn baten immers o.m. "alle niet als winst of als bezoldigingen aan te merken inkomsten uit een winstgevende bezigheid". Uit de rechtspraak blijkt dat onder een "winstgevende bezigheid" verstaan moet worden "een geheel van verrichtingen die zich vaak genoeg voordoen en met elkaar verbonden zijn om een voortdurende en gewone bedrijvigheid op te leveren, en die, vallend buiten de grenzen van het normale beheer van het privaat vermogen, een beroepskarakter hebben" (1). Als een dergelijke bezigheid inkomsten oplevert, zijn die belastbaar als "beroepsinkomsten" (artikel 23, § 1, 2°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992).

---

(1) Zie, o.m., Cass., 6 mei 1969, met noot V. Detournay, Arr. Cass., 1969, 866.

Het bestaan van inkomsten lijkt derhalve op zichzelf niet doorslaggevend te zijn voor het al dan niet bestaan van een "winstgevende bezigheid", in de zin van artikel 27 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, of van een "activiteit van winstgevende aard", in de zin van artikel 1 van de wet van 19 februari 1965. Toch blijkt, volgens de memorie van toelichting bij het ontwerp, dat personen die een mandaat uitoefenen in een vennootschap of een vereniging, zich in de praktijk proberen te onttrekken aan de verplichting over een beroepskaart te beschikken, door zich te beroepen op het onbezoldigd karakter van het mandaat (1).

Door in het ontworpen artikel 1 van de wet van 19 februari 1965 de verwijzing naar het "winstgevend" karakter van de activiteit te vervangen door een verwijzing naar het "professioneel" karakter ervan, beogen de stellers van het ontwerp de discussie over de aan de activiteit verbonden inkomsten te vermijden. Zoals door de gemachtigde ambtenaar is verklaard, gaan de stellers ervan uit dat wie een mandaat uitoefent, in het kader van een beroepsactiviteit, daarvoor normaal op een of andere wijze inkomsten ontvangt, ook al gaat het om een mandaat dat op zichzelf zogenaamd onbezoldigd is. Het onderzoek naar die inkomsten zal echter niet meer vereist zijn : het bestaan van een beroepsactiviteit is voldoende voor de toepassing

---

(1) Door de gemachtigde ambtenaar is gepreciseerd dat dergelijke gevallen zich met name blijken voor te doen bij een aantal in België verblijvende personen die een mandaat uitoefenen in een grote multinationale onderneming.

van de verplichting om in het bezit te zijn van een beroepskaart.

In feite brengt het ontwerp aldus geen wijziging aan in de essentie van de vigerende regeling. Ook volgens het vigerende artikel 1 van de wet van 19 februari 1965 is het bestaan van inkomsten niet vereist. De ontworpen tekst beoogt slechts de mogelijkheid van discussie terzake uit te sluiten.

De uitdrukking "professionele, zelfstandige activiteit" kan aan die bedoeling tegemoetkomen. Ze sluit aan bij de definitie die aan het begrip "zelfstandige" gegeven wordt in artikel 3, § 1, van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen. Naar luid van het eerste lid van die bepaling moet onder "zelfstandige" verstaan worden, "ieder natuurlijk persoon die in België een beroepsbezigheid uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden is". Uit de rechtspraak blijkt dat het begrip "beroepsbezigheid" niet wordt bepaald door de hoogte van het inkomen dat de activiteit oplevert : een activiteit kan een beroepsbezigheid zijn, ook wanneer de gemaakte kosten de inkomsten benaderen of zelfs overtreffen (1).

Terecht opteren de stellers van het ontwerp er niet voor om, zoals in artikel 3, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit nr. 38, te voorzien in een vermoeden dat

---

(1) Cass., 9 mei 1983, Arr. Cass., 1982-83, p. 1118, nr. 500.

wie benoemd is als mandataris in een vennootschap of een vereniging, ook geacht wordt een beroepsbezigheid uit te oefenen (1).

Nu de beroepskaart immers essentieel een voorwaarde is om een bepaalde activiteit te mogen uitoefenen, en de desbetreffende regeling dus een beperking inhoudt van de vrijheid van handel en nijverheid, dienen die beperkingen in een redelijk evenredigheidsverband te staan tot het nagestreefde doel. Het invoeren van een vermoeden zou dat evenredigheidsverband niet meer eerbiedigen.

2. In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 2 schrijve men "artikel 1, eerste lid" in plaats van "artikel 1, 1ste lid".

In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 1, eerste lid, van de wet van 19 februari 1965 kunnen de woorden "professionele, zelfstandige activiteit" bovendien beter vervangen worden door "zelfstandige beroepsactiviteit".

---

(1) Het vermoeden, ingevoerd in het koninklijk besluit nr. 38, is zelfs een onweerlegbaar vermoeden. In zijn advies over het ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 18 oktober 1996, waarbij het koninklijk besluit nr. 38 op dit punt is gewijzigd, stelde de Raad van State de vraag of het onweerlegbaar karakter van het vermoeden wel evenredig was met het nagestreefde doel (advies L. 25.670/8 van 24 oktober 1996, B.S., 12 december 1996, (31.020), 31.021; voor de verantwoording door de regering, zie het verslag aan de Koning, (31.018), 31.020).

### Artikel 3

1. Bij het ontworpen artikel 2 van de wet van 19 februari 1965 wordt de Koning gemachtigd om bepaalde categorieën van vreemdelingen vrij te stellen van de verplichting om in het bezit te zijn van een beroepskaart.

Volgens de memorie van toelichting is het de bedoeling de in België "gevestigde" vreemdelingen van de bedoelde verplichting vrij te stellen. Daartoe wordt artikel 2 van de wet van 19 februari 1965, dat in te restrictieve termen geredigeerd is, aangepast.

Er moet echter vastgesteld worden dat in de tekst van het ontwerp niet uitdrukkelijk sprake is van de in België gevestigde vreemdelingen. Aan de Koning wordt wel een zeer ruime machtiging verleend om vrijstellingen te verlenen. Kennelijk is het de bedoeling dat de vrijstelling voor in België gevestigde vreemdelingen het voorwerp zou uitmaken van een uitvoeringsbesluit.

Het staat aan de wetgever om te oordelen of het opportuun is een zo ruime machtiging aan de Koning te verlenen. Als aan de uitvoerende macht de bevoegdheid verleend wordt om te voorzien in afwijkingen van een door de wetgever vastgestelde regel, verdient het aanbeveling dat de wetgever de criteria bepaalt op grond waarvan de uitvoerende macht van de wet kan afwijken (zie de vigerende tekst van artikel 7). Afwijkingen die de wetgever noodzakelijk acht, kunnen beter meteen in de wet zelf bepaald worden.

.../...

In het licht van het voorgaande zal de tekst van het ontworpen artikel 2 eventueel aangepast moeten worden.

2. In elk geval dient de Franse tekst helemaal met de Nederlandse tekst overeen te stemmen. Men vervange de woorden "les catégories" dan ook door "certaines catégories".

#### Artikel 4

In de inleidende zin schrijve men : "In artikel 3, § 1, van dezelfde wet, vervangen bij de wet van 28 juni 1984, worden ...".

#### Artikel 5

Aan de lijst van artikelen waarin het woord "winstgevende" geschrapt moet worden, dienen de artikelen 7, eerste lid, 5°, en 13, eerste lid, 2°, te worden toegevoegd. De gemachtigde ambtenaar is het hiermee eens.

-----

### PORTEE DU PROJET

1. L'article 1er, alinéa 1er, de la loi du 19 février 1965 relative à l'exercice, par les étrangers, des activités professionnelles indépendantes, dispose que tout étranger qui exerce, sur le territoire du Royaume, "une activité de caractère lucratif et indépendant", doit être titulaire d'une carte professionnelle.

Le projet de loi soumis pour avis vise à rendre l'obligation susvisée désormais applicable à tout étranger qui exerce, sur le territoire du Royaume, "une activité professionnelle, indépendante, soit en tant que personne physique, soit au sein d'une association ou d'une société de droit ou de fait". A l'exigence que l'activité soit "lucrative" se substitue ainsi la condition selon laquelle il doit s'agir d'une activité "professionnelle".

2. L'article 2 de la loi précitée du 19 février 1965 dispose que le Roi peut dispenser certaines catégories d'étrangers qu'il détermine de l'obligation d'être titulaire d'une carte professionnelle. Le texte en vigueur énumère un certain nombre de critères sur la base desquels le Roi peut accorder la dispense.

Le projet soumis pour avis entend supprimer l'énumération des critères. Le Roi se verrait donc conférer un pouvoir d'appréciation plus étendu. Par ailleurs, l'arrêté royal en question devrait désormais être délibéré en Conseil des ministres.

.../...

## EXAMEN DU TEXTE

### Article 2

1. L'article 1er, alinéa 1er, de la loi du 19 février 1965, en vigueur, soumet les personnes qui exercent "une activité de caractère lucratif" à l'obligation d'être titulaire d'une carte professionnelle.

Ce critère s'inspire fortement de l'un des critères utilisés dans le Code des impôts sur les revenus 1992 pour définir la notion de "profits". En effet, selon l'article 27, alinéa 1er, du Code, les profits sont "tous les revenus d'une occupation lucrative qui ne sont pas considérés comme des bénéfices ou des rémunérations". Il résulte de la jurisprudence qu'il y a lieu d'entendre par "occupation lucrative" "un ensemble d'opérations suffisamment fréquentes et liées entre elles pour constituer une occupation continue et habituelle et qui, excédant les limites de la gestion normale d'un patrimoine privé présentent un caractère professionnel" (1). Lorsqu'une occupation de l'espèce produit des revenus, ceux-ci sont imposables comme "revenus professionnels" (article 23, § 1er, 2°, du Code des impôts sur les revenus 1992).

Dès lors, l'existence de revenus ne semble pas être déterminante en soi pour établir s'il s'agit ou non d'une "occupation lucrative", au sens de l'article 27 du Code des impôts sur les revenus 1992, ou d'une "activité de caractère

---

(1) Voir entre autres, Cass., 6 mai 1969, avec la note de V. Detournay, Pas., 1969, I, 803.

lucratif", au sens de l'article 1er de la loi du 19 février 1965. Il résulte néanmoins de l'exposé des motifs accompagnant le projet que des personnes qui exercent un mandat dans le cadre d'une association ou d'une société essaient, dans la pratique, de se soustraire à l'obligation de posséder une carte professionnelle, en tirant argument de ce que leur mandat est non rémunéré (1).

En se référant, à l'article 1er, en projet, de la loi du 19 février 1965, au caractère "professionnel" de l'activité plutôt qu'à son caractère "lucratif", les auteurs du projet entendent éviter la discussion sur les revenus afférents à l'activité. Selon les déclarations du fonctionnaire délégué, les auteurs partent du principe que, normalement, quiconque exerce un mandat dans le cadre d'une activité professionnelle, perçoit d'une manière ou d'une autre des revenus, même s'il s'agit d'un mandat qui, en soi, est réputé non rémunéré. Il ne sera toutefois plus nécessaire d'enquêter sur ces revenus : l'existence d'une activité professionnelle suffit pour que s'applique l'obligation d'être titulaire d'une carte professionnelle.

En fait, le projet n'apporte ainsi aucune modification essentielle à la réglementation en vigueur. L'article 1er, en vigueur, de la loi du 19 février 1965 ne requiert pas non plus l'existence de revenus. Le texte en projet a pour seul objet d'éviter les discussions éventuelles à ce sujet.

---

(1) Le fonctionnaire délégué a précisé que cela s'avère notamment être le cas pour un certain nombre de personnes séjournant en Belgique et qui exercent un mandat dans une grande entreprise multinationale.

L'expression "activité professionnelle, indépendante" permet d'atteindre cet objectif. Elle se rapproche de la définition de la notion de "travailleur indépendant" que donne l'article 3, § 1er, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants. Selon l'alinéa 1er de cette disposition, il y a lieu d'entendre par "travailleur indépendant", "toute personne physique, qui exerce en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle elle n'est pas engagée dans les liens d'un contrat de louage de travail ou d'un statut". Il résulte de la jurisprudence que la notion d'"activité professionnelle" n'est pas déterminée par l'importance du revenu produit par l'activité : une activité peut être professionnelle même lorsque les frais occasionnés sont égaux ou même supérieurs aux revenus (1).

A bon droit, les auteurs du projet ne choisissent pas, comme le fait l'article 3, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38, d'instituer une présomption selon laquelle les personnes désignées comme mandataires dans une société ou association sont présumées exercer une activité professionnelle (2).

---

(1) Cass., 9 mai 1983, Pas., 1983, I, p. 1018, n° 500.

(2) La présomption instituée par l'arrêté royal n° 38 est même une présomption irréfragable. Dans son avis sur le projet qui est devenu l'arrêté royal du 18 octobre 1996, lequel a modifié l'arrêté royal n° 38 sur ce point, le Conseil d'Etat posait la question de savoir si le caractère irréfragable de la présomption était bien proportionnel au but poursuivi (avis L. 25.670/8 du 24 octobre 1996, M.B. du 12 décembre 1996, (31.020), 31.021; pour la justification donnée par le gouvernement, voir le rapport au Roi, (31.018), 31.020).

Dès lors, en effet, que la carte professionnelle constitue essentiellement une condition pour pouvoir exercer une activité déterminée, et que la réglementation en question limite ainsi la liberté du commerce et de l'industrie, ces limitations doivent se situer dans un rapport raisonnable de proportionnalité eu égard au but poursuivi. L'établissement d'une présomption ne respecterait plus ce rapport de proportionnalité.

2. Dans le texte néerlandais de la phrase liminaire de l'article 2, il y aurait lieu d'écrire "artikel 1, eerste lid" au lieu de "artikel 1, 1ste lid".

En outre, à l'article 1er, alinéa 1er, en projet, de la loi du 19 février 1965, mieux vaudrait écrire "une activité professionnelle indépendante" au lieu de "une activité professionnelle, indépendante".

### Article 3

1. L'article 2, en projet, de la loi du 19 février 1965 habilite le Roi à dispenser certaines catégories d'étrangers de l'obligation d'être titulaire d'une carte professionnelle.

Selon l'exposé des motifs, il s'agit de dispenser de cette obligation les étrangers "établis" en Belgique. L'article 2 de la loi du 19 février 1965, qui est rédigé en des termes trop restrictifs, est adapté à cette fin.

.../...

Force est de constater cependant que le texte du projet ne fait pas formellement état des étrangers établis en Belgique. Par contre, le Roi se voit investi d'une délégation très étendue pour accorder des dispenses. Il s'agit manifestement que la dispense accordée aux étrangers établis en Belgique fasse l'objet d'un arrêté d'exécution.

Il appartient au législateur d'apprécier l'opportunité de déléguer au Roi des pouvoirs à ce point étendus. Si le pouvoir exécutif est habilité à prévoir des dérogations à une règle édictée par le législateur, il est recommandé que le législateur fixe les critères sur la base desquels le pouvoir exécutif peut déroger à la loi (voir le texte en vigueur de l'article 7). Mieux vaudrait que les dérogations que le législateur estime nécessaires soient directement énoncées par la loi même.

Compte tenu de ce qui précède, il y aura lieu d'éventuellement adapter le texte de l'article 2, en projet.

2. En tout état de cause, la concordance entre le texte français et le texte néerlandais doit être parfaite. Il faudra, dès lors, remplacer les mots "les catégories" par "certaines catégories".

#### Article 4

Dans la phrase liminaire, il y aurait lieu d'écrire : "A l'article 3, § 1er, de la même loi, remplacé par la loi du 28 juin 1984, les mots ...".

.../...

Article 5

De l'accord du fonctionnaire délégué, il y a lieu d'ajouter les articles 7, alinéa 1er, 5°, et 13, alinéa 1er, 2°, à la liste des articles dans lesquels le mot "lucratif" doit être supprimé.

-----

De kamer was samengesteld uit

de Heren  
Messieurs

W. DEROOVER,

D. ALBRECHT,  
P. LEMMENS,

A. ALLEN,  
H. COUSY,

Mevrouw  
Madame

F. LIEVENS,

La chambre était composée de

kamervoorzitter,  
président de chambre,

staatsraden,  
conseillers d'Etat,

assessoren van de  
afdeling wetgeving,  
assesseurs de la  
section de législation,

griffier,  
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LEMMENS.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. VAN NIEUWENHOVE, adjunct-auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. P. DE SOMERE, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LEMMENS.

Le rapport a été présenté par M. J. VAN NIEUWENHOVE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme P. DE SOMERE, référendaire adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

F. LIEVENS

W. DEROOVER