



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 64.906/1
van 7 januari 2019

avis 64.906/1
du 7 janvier 2019

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'houdende maatregelen
betreffende het toezicht op de
diamantsector'

un projet d'arrêté royal 'portant
des mesures relatives à la
surveillance du secteur du
diamant'

Op 6 december 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'houdende maatregelen betreffende het toezicht op de diamantsector'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 27 december 2018. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Peter SOURBRON, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jo BAERT, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 januari 2019.

*

Le 6 décembre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'portant des mesures relatives à la surveillance du secteur du diamant'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 27 décembre 2018. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Peter SOURBRON, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Kristine BAMS, premier auditeur chef de section.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 7 janvier 2019.

*

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

2. Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe het toezicht op de diamantsector nader te regelen. De geldende regeling, opgenomen in het koninklijk besluit van 30 april 2004 ‘houdende maatregelen betreffende het toezicht op de diamantsector’, wordt opgeheven bij artikel 17 van het ontwerp.

Met de nieuwe regeling wordt ingespeeld op de vaststellingen gedaan in het rapport van maart 2017 over een risicoanalyse die is uitgevoerd in opdracht van de minister van Economie.¹ De bedoeling is om tot een meer efficiënte controle op de diamantsector te komen in het kader van de bestrijding van “misbruiken binnen de diamantsector” (zie artikel 1, 14°, van het ontwerp).

BEVOEGDHEID

4. De artikelen 2 tot 4 van het ontwerp hebben betrekking op de registratieplicht bedoeld in artikel 169, §§ 3 en 4, van de programmawet van 2 augustus 2002. De vraag rijst of deze registratieverplichting voor handelaars in diamant geen vestigingsvoorwaarde in de zin van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ is, waarvoor de gewesten bevoegd zijn.²

¹ *Risicoanalyse witwaspraktijken in de Belgische diamantsector. Een risicoanalyse in opdracht van de minister van Economie*, Brussel, maart 2017.

² De erkenningsregeling voor deskundigen in artikel 14 betreft een erkenningsregeling voor een taak van algemeen belang. Deze deskundigen behartigen een openbare dienst in de functionele betekenis van het woord. Hun erkenningsregeling vormt bijgevolg geen regeling inzake vestigingsvoorwaarden.

Dat artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 luidt:

“§ 1. De aangelegenheden bedoeld in artikel 39 van de Grondwet zijn:

(...)

VI. Wat de economie betreft:

(...)

6° De vestigingsvoorwaarden, met uitzondering van de voorwaarden voor toegang tot gezondheidszorgberoepen en tot dienstverlenende intellectuele beroepen;

(...).”

In die bepaling houdt de term ‘vestigingsvoorwaarden’ volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, onder meer de bevoegdheid in “om regels te stellen inzake de toegang tot bepaalde beroepen, algemene regels of bekwaamheidseisen te stellen in verband met de uitoefening van sommige beroepen en beroepstitels te beschermen”.³

De federale overheid is bevoegd gebleven om de voorwaarden te bepalen voor de toegang tot gezondheidszorgberoepen en tot dienstverlenende intellectuele beroepen. De gewesten zijn bevoegd om de andere vestigingsvoorwaarden te bepalen.

In de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming’ wordt ter omschrijving van “de dienstverlenende intellectuele beroepen” verwezen naar artikel 20 van de kaderwet van 3 augustus 2007 ‘betreffende de dienstverlenende intellectuele beroepen’:

“[Het gaat om] beroepen ‘waarvan de beoefenaars diensten verstrekken van hoofdzakelijk intellectuele aard en daarbij zowel handelen in het belang van de opdrachtgever als in het belang van de gemeenschap enerzijds en waarbij de beoefenaars beschikken over de nodige onafhankelijkheid om hun beroep uit te oefenen en om de verantwoordelijkheid op te nemen voor de beroepsdaden die ze stellen anderzijds’.

Thans worden zij gereglementeerd door een koninklijk besluit genomen krachtens de kaderwet van 3 augustus 2007 betreffende de dienstverlenende intellectuele beroepen. Zo wordt het beroep van vastgoedmakelaar gereglementeerd door het koninklijk besluit van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar, genomen ter uitvoering van de kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen.

Overeenkomstig artikel 16 van de kaderwet van 3 augustus 2007 worden bepaalde dienstverlenende intellectuele beroepen ook gereglementeerd door specifieke wetten. Deze wetten betreffen onder meer onder meer de notarissen, de bedrijfsrevisoren, de wisselagenten, de advocaten, de gerechtsdeurwaarders en de architecten.”⁴

³ GwH 15 maart 2012, nr. 45/2012, B.10.2.

⁴ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 90. Zie Ph. QUERTAINMONT, “Accès à la profession” in M. UYTENDAELE en M. VERDUSSEN, *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Brussel, Larcier, 2015, 2-3 en 6-8 en H. SWENNEN, “De economische bevoegdheden: vestiging, prijsbeleid, handelshuur, toerisme en het Participatiefonds” in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE (eds.), *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 536.

Artikel 169 van de programmawet van 2 augustus 2002 heeft betrekking op handelaars in diamanten. Die notie is als volgt verduidelijkt in de memorie van toelichting bij het voorontwerp dat tot die programmawet heeft geleid:

“§ 3. Het begrip ‘handelaar in diamanten’ omvat de economische actoren (...) die in het kader van een professionele activiteit in de diamantsector actief zijn.

Registratie van handelaars in diamanten geschiedt op basis van het bewijs dat de naleving van de wettelijke formaliteiten inzake het oprichten van vennootschappen, de inschrijving in het handelsregister, de toegang tot het beroep voor niet EU-ingezetenen met name de beroepskaart en andere courante formaliteiten inzake de normale uitoefening van een handelsactiviteit werden vervuld.”

Het beroep van handelaar in diamanten dat met het om advies voorgelegde ontwerp wordt beoogd, beantwoordt niet aan de notie ‘dienstverlenend intellectueel beroep’ zoals bedoeld in de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

In de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving is aanvaard dat de bevoegdheid die aan de gewesten is toegewezen om de vestigingsvoorwaarden te regelen met uitzondering van de voorwaarden voor toegang tot gezondheidszorgberoepen en tot dienstverlenende intellectuele beroepen, geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de federale overheid om te voorzien in opleidingsvereisten, erkenningsregelingen of vergunnings- of certificeringsstelsels in het kader van de uitoefening van haar eigen bevoegdheden.⁵ Dat betekent echter niet dat de federale overheid eender welke dergelijke regeling kan uitwerken zonder dat de gewestbevoegdheid inzake vestigingsvoorwaarden wordt betreden.

Nog afgezien van de vraag naar de verenigbaarheid van de registratieplicht met de vrijheid van vestiging gewaarborgd bij onder meer artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie,⁶ dient het opleggen ervan, teneinde ze niet als een

⁵ Zie onder andere adv.RvS 57.300/1 van 21 april 2015 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 29 juni 2015 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 23 september 1958 houdende algemeen reglement betreffende het fabriceren, opslaan, onder zich houden, verkopen, vervoeren en gebruiken van springstoffen’, adv.RvS 57.371/VR/3 van 15 juni 2015 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 10 juli 2015 ‘tot wijziging van regelgeving met betrekking tot het mobiliteitsbeleid, de openbare werken en het vervoer en het verkeersveiligheidsbeleid, wat betreft bevoegdheden, overgedragen in het kader van de zesde staatshervorming’, adv.RvS 59.018/2/AV van 19 april 2016 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 21 december 2006 betreffende de vereisten inzake beroepsopleiding en -ervaring, de vereisten inzake psychotechnisch onderzoek voor het uitoefenen van een leidinggevende of uitvoerende functie in een bewakingsonderneming of interne bewakingsdienst en betreffende de erkenning van de opleidingen’ en advies 61.347/VR/4 van 19 juni 2016 over een ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 23 november 2017 ‘tot wijziging van de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex’, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2616/001, 65.

⁶ De ontworpen regeling moet ook overeenstemmen met boek III (“Vrijheid van vestiging, dienstverlening en algemene verplichtingen van de ondernemingen”) van het Wetboek van economisch recht. Zo bepaalt artikel III.13, § 1, 3°, van dat wetboek dat de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk mag worden gemaakt van de naleving van eisen die niet van aard zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en die verder gaan dan wat nodig is om dit doel te bereiken. Als een belemmering van de vrijheid van vestiging al toelaatbaar is, dan mag die belemmering niet onevenredig zijn. Artikel 2, § 1, van het ontwerp lijkt echter voor een deel formaliteiten te bevatten waaraan reeds moet zijn voldaan door de inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen, zodat de vraag kan worden gesteld naar het nut en de toegevoegde waarde ervan. Artikel 2, § 4, van het ontwerp bevat weliswaar een tempering: de handelaar “kan” vrijgesteld worden van het overmaken van een of meerdere stukken indien de FOD Economie er reeds over beschikt. Een algemene automatische uitzondering ontbreekt echter, ook al is duidelijk dat de overheid reeds over bepaalde informatie beschikt in het kader van een registratie in de Kruispuntbank der Ondernemingen.

vestigingsvoorwaarde in de zin van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 te zien, te gebeuren in het kader van het uitoefenen van een of meer duidelijk aanwijsbare federale materiële bevoegdheden.⁷ Bovendien moet aannemelijk kunnen worden gemaakt dat het invoeren van die verplichting noodzakelijk is in het kader van de uitoefening van die materiële bevoegdheid of bevoegdheden en dat die invoering geen onevenredige gevolgen heeft voor de bevoegdheid van de gewesten. Enkel indien al deze horden genomen kunnen worden, is de registratieverplichting te handhaven. In het andere geval moet ervan worden afgezien.

RECHTSGROND

5. Voor zover de ontworpen regeling binnen de bevoegdheden van de federale overheid kan worden gesitueerd, kan ervoor in beginsel rechtsgrond worden gevonden in artikel 169, §§ 2 en 4, van de programmawet van 2 augustus 2002. Krachtens artikel 169, § 2, bepaalt de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de modaliteiten, regels, procedures en bevoegdheden die nodig zijn voor de toepassing van het in artikel 169, § 1, bedoelde toezicht. Krachtens artikel 169, § 4, bepaalt de Koning de voorwaarden, procedures, regels en bevoegdheden voor de in artikel 169, § 3, bedoelde registratie die vereist is om het beroep van handelaar in diamanten te kunnen uitoefenen.

6. De artikelen 9 en 16, eerste lid, 3°, van het ontwerp hebben betrekking op particulieren (niet-handelaren). Voor deze categorie kan geen rechtsgrond worden ontleend aan artikel 169 van de programmawet van 2 augustus 2002.

Hetzelfde geldt voor de artikelen 10 en 16, eerste lid, 4°, van het ontwerp, in zoverre ze betrekking hebben op particulieren.

Tenzij een andere, deugdelijke rechtsgrondbepaling voorhanden is,⁸ dienen deze artikelen uit het ontwerp te worden weggelaten.

7. In het vierde lid van de aanhef wordt ook melding gemaakt van artikel 5 van de algemene wet inzake douane en accijnzen, gecoördineerd op 18 juli 1977. Dat artikel bevat een directe delegatie van de wetgever aan de minister van Financiën. Het is niet duidelijk hoe de Koning aan die bepaling rechtsgrond zou kunnen ontleenen voor het ontworpen besluit of voor een onderdeel ervan.

8. Andere opmerkingen in verband met de rechtsgrond worden gemaakt bij het onderzoek van de tekst.

⁷ Een dergelijke aanwijzing is niet voorhanden in de betrokken bepalingen van de programmawet van 2 augustus 2002. In artikel 1, 14°, van het ontwerp wordt dan wel een verband gelegd met witwassen en financiering van terrorisme, maar ook met “fraude en andere misbruiken binnen de diamantsector”. Het bestrijden van fraude of misbruiken als zodanig is echter niet te beschouwen als een duidelijk aanwijsbare federale materiële bevoegdheid.

⁸ De algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning – in het derde lid van de aanhef wordt immers ook melding gemaakt van artikel 108 van de Grondwet –, gelezen in samenhang met artikel 169 van de programmawet van 2 augustus 2002, volstaat daartoe niet.

VORMVEREISTEN

9. Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’,⁹ te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking. Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet bijgevolg nog worden ingewonnen vooraleer het ontwerp doorgang kan vinden.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van dat vormvereiste nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

10. De aanhef dient in overeenstemming te worden gebracht met wat hiervoor is opgemerkt over de rechtsgrond van het ontworpen besluit.

11. Een regelgevingsimpactanalyse ontbreekt in het aan de Raad van State voorgelegde dossier, maar is naderhand door de gemachtigde bezorgd. Er zal melding van moeten worden gemaakt in de aanhef.

⁹ De Commissie voor de persoonlijke levenssfeer is vanaf 25 mei 2018 opgevolgd door de Gegevensbeschermingsautoriteit (zie de artikelen 3 en 110 van de wet van 3 december 2017). De leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer oefenen evenwel de taken en de bevoegdheden van de Gegevensbeschermingsautoriteit uit tussen 25 mei 2018 en de dag waarop de leden van het directiecomité van de Gegevensbeschermingsautoriteit de eed afleggen en een verklaring ondertekenen dat er geen belangenconflicten zijn (artikel 114 van de wet van 3 december 2017).

Artikel 1

12. In artikel 1, 16°, van het ontwerp wordt de term ‘kwalificatie’ omschreven. Daarbij wordt verwezen naar een reeks HS-codes¹⁰. In het verslag aan de Koning wordt gesteld dat dit een geharmoniseerd systeem is dat internationaal van toepassing is.

In het verleden heeft de Raad van State al herhaaldelijk gewezen op het probleem dat technische normen waarnaar wordt verwezen in wet- en regelgeving, niet in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt, dat ze niet in het Nederlands – en soms ook niet in het Frans – zijn gesteld of vertaald en dat ze in de regel enkel beschikbaar zouden zijn tegen een bepaalde vergoeding.

Het knelpunt van de ontbrekende bekendmaking van technische normen waarnaar in Belgische rechtsregels wordt verwezen, zou op een horizontale manier moeten worden onderzocht en opgelost. Mochten er voor het oplossen hiervan bijzondere redenen zijn om bij wet af te wijken van de gebruikelijke bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, dan zal erop moeten worden toegezien dat deze bekendmaking beantwoordt aan de essentiële randvoorwaarden op het gebied van toegankelijkheid en kenbaarheid van een officiële bekendmaking.¹¹ Essentieel hierbij is de beschikbaarheid van Nederlandse en Franse versies van de betrokken normen. Daarnaast mag, indien voor het consulteren van de voornoemde normen een vergoeding wordt gevraagd, het bedrag ervan de toegankelijkheid van die normen niet op onevenredige wijze belemmeren. Zolang er geen dergelijke wettelijke regeling is tot stand gekomen, wordt in de ontworpen regeling verwezen naar een norm die niet in overeenstemming met artikel 190 van de Grondwet is bekendgemaakt en die bijgevolg in beginsel niet tegenwerpbaar is.

Artikel 7

13. Artikel 7 van het ontwerp handelt over de controle die door de FOD Economie moet worden verricht naar aanleiding van een aangifte. In artikel 7, § 8, wordt bepaald dat, “[t]er uitvoering van dit artikel (...) de ministers bevoegd voor Economie en Financiën gezamenlijk verdere nadere regels en procedures [kunnen] bepalen”.

Deze delegatie is te algemeen geformuleerd en komt haast neer op een herneming van de algemene uitvoeringsbevoegdheid, die enkel toekomt aan de Koning. Een delegatie aan een minister kan enkel betrekking hebben op bijkomstige of detailmatige aangelegenheden, wat impliceert dat de te delegeren aangelegenheden meer precies en exhaustief moeten worden opgesomd.

¹⁰ Zie <http://www.cybex.in/HS-Codes/Diamond-Cut-Worked-But-Mounted-Hs-Codes-71023910.aspx>. Deze codes zijn onder meer beschikbaar in het Engels en in het Frans.

¹¹ Zie in dat verband overigens de gids bestemd voor regelgevende overheden, opgesteld door de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie, aangaande het verwijzen naar normen in technische regelgeving, beschikbaar op <https://economie.fgov.be/nl/publicaties/verwijzen-naar-normen>.

Artikel 14

14. De verwijzing in artikel 14, § 1, van het ontwerp naar artikel 16, § 2, is foutief, en dient te worden gecorrigeerd.

15. Artikel 14, § 6, van het ontwerp stelt de formule vast van de eed die de deskundige bij zijn erkenning dient af te leggen.

In artikel 192 van de Grondwet wordt bepaald dat van overheidswege geen eed kan worden opgelegd dan krachtens een wet. Daarvoor is derhalve een specifieke wettelijke rechtsgrond vereist; een algemene delegatiebepaling zoals vervat in artikel 169, §§ 2 of 4, van de programmawet van 2 augustus 2002 volstaat niet om erkende deskundigen tot het afleggen van een eed te verplichten.

Uit wat voorafgaat volgt dat artikel 14, § 6, uit het ontwerp dient te worden weggelaten.

Artikel 15

16. In artikel 15 van het ontwerp wordt bepaald dat de private stichting AWDC¹² – die op basis van artikel 14, § 7, de werkgever is van de erkende deskundigen en dus een monopoliepositie bekleedt – jaarlijks een verslag dient op te stellen “over de uitvoering van de aan haar toegekende taken ter uitvoering van dit koninklijk besluit en de vergoedingen die het daarvoor vraagt”.

Wat die vergoedingen betreft, is niet duidelijk wat precies wordt bedoeld. In het verslag aan de Koning ontbreekt elke toelichting in dit verband. In de ontwerpversie van het koninklijk besluit die is meegedeeld aan de Europese Commissie in het kader van de richtlijn technische voorschriften, luidde artikel 15, eerste lid, als volgt:

“Ter uitvoering van de aan de Private Stichting AWDC toegekende taken onder dit besluit mag de Private Stichting AWDC een vergoeding vragen aan de handelaren in diamant en/of synthetische diamant en andere personen die onder toepassing van dit besluit vallen.”¹³

Redelijkerwijze kan ervan worden uitgegaan dat het gaat om vergoedingen die gevraagd worden van de handelaars in diamant. De afdeling Wetgeving ziet echter niet wat de rechtsgrond daarvoor is.¹⁴ Opdat de ontworpen bepaling kan worden behouden, zal eerst in een deugdelijke rechtsgrond voor de vergoedingsregeling moeten worden voorzien.

¹² Antwerp World Diamond Centre, zie <https://www.awdc.be>.

¹³ Zie <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2018&num=387&dLang=NL>.

¹⁴ Vergelijk met opmerking 2.2.2 van adv.RvS 35.523/1/V van 4 september 2003 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 30 april 2004.

Artikel 16

17. Artikel 16 van het ontwerp dient te vervallen. De Koning vermag immers niet de wet, in dit geval artikel 170, § 1, van de programmawet van 2 augustus 2002, aan te vullen, ook niet om onduidelijkheden recht te zetten. Die laatste bepaling stelt strafbaar, de “[i]nbreuken op het in artikel 169 van deze wet omschreven toezicht”. Het staat aan de wetgever om deze kwalificatie te specificeren.¹⁵

*

¹⁵ Vergelijk met opmerking 17 van adv.RvS 35.523/1/V.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique, et l'accomplissement des formalités prescrites.

2. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de régler les modalités de la surveillance du secteur du diamant. L'article 17 du projet abroge la réglementation en vigueur, qui est contenue dans l'arrêté royal du 30 avril 2004 'portant des mesures relatives à la surveillance du secteur du diamant'.

La nouvelle réglementation tient compte des constatations formulées dans le rapport de mars 2017 concernant une analyse des risques réalisée à la demande du ministre de l'Économie ¹. L'intention est de rendre plus efficace la surveillance du secteur du diamant dans le cadre de la lutte contre les « abus [dans le secteur du diamant] » (voir l'article 1^{er}, 14°, du projet).

COMPÉTENCE

4. Les articles 2 à 4 du projet concernent l'obligation d'enregistrement visée à l'article 169, §§ 3 et 4, de la loi-programme du 2 août 2002. La question se pose de savoir si cette obligation d'enregistrement pour les commerçants en diamants n'est pas une condition d'accès à la profession au sens de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', pour laquelle les régions sont compétentes ².

Cet article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 s'énonce comme suit :

« § 1^{er}. Les matières visées à l'article 39 de la Constitution sont :

¹ Analyse des risques « Pratiques de blanchiment dans le secteur belge du diamant ». Une analyse des risques réalisée à la demande du ministre de l'Économie, Bruxelles, mars 2017.

² Le régime de reconnaissance des experts inscrit à l'article 14 concerne un régime de reconnaissance pour une mission d'intérêt général. Ces experts assument un service public du sens fonctionnel du terme. Par conséquent, leur régime de reconnaissance n'est pas un régime relatif aux conditions d'accès à la profession.

(...)

VI. En ce qui concerne l'économie :

(...)

6° Les conditions d'accès à la profession, à l'exception des conditions d'accès aux professions des soins de santé et aux professions intellectuelles prestataires de services;

(...) ».

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, dans cette disposition, les mots 'conditions d'accès à la profession' impliquent notamment le pouvoir « de fixer des règles en matière d'accès à certaines professions, de fixer des règles générales ou des exigences de capacités propres à l'exercice de certaines professions et de protéger des titres professionnels »³.

L'autorité fédérale est restée compétente pour fixer les conditions d'accès aux professions des soins de santé et aux professions intellectuelles prestataires de services. Les régions sont compétentes pour fixer les autres conditions d'accès à la profession.

Pour définir les 'professions intellectuelles prestataires de services', les travaux préparatoires de la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième Réforme de l'État' se réfèrent à l'article 20 de la loi-cadre du 3 août 2007 'relative aux professions intellectuelles prestataires de services'.

« Il s'agit de professions 'dont les titulaires fournissent des services de nature principalement intellectuelle en agissant à la fois dans l'intérêt d'un mandant et dans l'intérêt de la collectivité, d'une part, et jouissent de l'indépendance nécessaire pour exercer leur profession et pour assumer la responsabilité des actes professionnels qu'ils accomplissent, d'autre part'.

Elles sont aujourd'hui réglementées par arrêté royal pris en vertu de la loi-cadre du 3 août 2007 relative aux professions intellectuelles prestataires de service. La profession d'agent immobilier est ainsi réglementée par l'arrêté royal du 6 septembre 1993 protégeant le titre professionnel et l'exercice de la profession d'agent immobilier, pris en exécution de la loi-cadre du 1^{er} mars 1976 réglementant la protection du titre professionnel et l'exercice des professions intellectuelles prestataires des services.

Conformément à l'article 16 de la loi-cadre du 3 août 2007, certaines professions intellectuelles prestataires de services sont également réglementées par des lois spécifiques. Celles-ci concernent notamment les notaires, les réviseurs d'entreprise, les agents de change, les avocats, les huissiers de justice et les architectes »⁴.

L'article 169 de la loi-programme du 2 août 2002 concerne les commerçants en diamants. L'exposé des motifs de l'avant-projet devenu cette loi-programme précise cette notion comme suit :

³ C.C., 15 mars 2012, n° 45/2012, B.10.2.

⁴ Doc. parl., Sénat, 2012-2013, n° 5-2232/1, p. 90. Voir Ph. QUERTAINMONT, « Accès à la profession » dans M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN, Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État, Bruxelles, Larcier, 2015, 2-3 et 6-8 et H. SWENNEN, « De economische bevoegdheden: vestiging, prijsbeleid, handelshuur, toerisme en het Participatiefonds » dans J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS et W. VANDENBRUWAENE (éds.), De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen, Anvers, Intersentia, 2014, 536.

« § 3. La notion ‘commerçant en diamants’ comporte les acteurs économiques qui, dans le cadre d’une activité professionnelle, sont actifs dans le secteur du diamant.

L’enregistrement des commerçants en diamants est fai[t] sur base de la preuve que les formalités légales soient respectés, formalités concernant la création de sociétés, l’enregistrement au registre du commerce, l’accès au métier pour les non-résidents de l’UE, notamment la carte professionnelle et autres formalités courantes en ce qui concerne l’exercice normal des activités commerciales ».

La profession de commerçant en diamants visée dans le projet soumis pour avis, ne correspond pas à la notion de « profession intellectuelle prestataire de services » au sens de la loi spéciale du 8 août 1980.

Il est admis dans les avis de la section de législation du Conseil d’État que la compétence attribuée aux régions de régler les conditions d’accès à la profession à l’exception des conditions d’accès aux professions des soins de santé et aux professions intellectuelles prestataires de services, ne porte pas préjudice à la compétence de l’autorité fédérale de prévoir des exigences de formation, des systèmes de reconnaissance ou des régimes d’autorisation ou de certification dans le cadre de l’exercice de ses compétences propres⁵. Cela ne signifie toutefois pas que l’autorité fédérale peut élaborer n’importe quelle réglementation de ce genre sans empiéter sur la compétence régionale en matière de conditions d’accès à la profession.

Indépendamment de la question de savoir si l’obligation d’enregistrement est compatible avec la liberté d’établissement garantie notamment par l’article 49 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne⁶, son imposition doit, pour qu’elle ne soit pas considérée comme une condition d’accès à la profession au sens de l’article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980, se faire dans le cadre de l’exercice d’une ou de plusieurs compétences matérielles fédérales clairement identifiables⁷. En outre, il faut pouvoir démontrer de manière

⁵ Voir notamment l’avis C.E. 57.300/1 du 21 avril 2015 sur un projet devenu l’arrêté royal du 29 juin 2015 ‘modifiant l’arrêté royal du 23 septembre 1958 portant règlement général sur la fabrication, l’emmagasinage, la détention, le débit, le transport et l’emploi des produits explosifs’, l’avis C.E. 57.371/VR/3 du 15 juin 2015 sur un projet devenu l’arrêté du Gouvernement flamand du 10 juillet 2015 ‘modifiant la réglementation relative à la politique de la mobilité, aux travaux publics et au transport et à la politique en matière de sécurité routière pour ce qui est des compétences transférées dans le cadre de la sixième réforme de l’État’, l’avis C.E. 59.018/2/AG du 19 avril 2016 sur un projet d’arrêté royal ‘modifiant l’arrêté royal du 21 décembre 2006 relatif aux conditions en matière de formation et d’expérience professionnelles, aux conditions en matière d’examen psychotechnique pour l’exercice d’une fonction dirigeante ou d’exécution dans une entreprise de gardiennage ou d’un service interne de gardiennage et relatif à l’agrément des formations’ et l’avis C.E. 61.347/VR/4 du 19 juin 2016 sur un projet devenu la loi du 23 novembre 2017 ‘modifiant la loi du 30 août 2013 portant le Code ferroviaire’, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2616/001, p. 65.

⁶ La réglementation en projet doit également être conforme au livre III (« Liberté d’établissement, de prestation de service et obligations générales des entreprises ») du Code de droit économique. Ainsi, l’article III.13, § 1^{er}, 3°, de ce code dispose que l’exercice d’une activité de service ne peut être subordonné à des exigences qui ne sont pas propres à garantir la réalisation de l’objectif poursuivi et vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Si une entrave à la liberté d’établissement est admissible, elle ne peut toutefois être disproportionnée. Or, l’article 2, § 1^{er}, du projet semble contenir en partie des formalités qui doivent déjà être accomplies dans le cadre de l’inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises, de sorte que l’on peut se demander quelle est son utilité et sa valeur ajoutée. Certes, l’article 2, § 4, du projet tempère ces exigences: le commerçant « peut » être dispensé de transmettre un ou plusieurs des documents si le SPF Économie en dispose déjà. Une exception systématique générale fait toutefois défaut, même si, de toute évidence, l’autorité dispose déjà de certaines informations dans le cadre d’un enregistrement dans la Banque-Carrefour des Entreprises.

⁷ Les dispositions concernées de la loi-programme du 2 août 2002 ne contiennent pas d’indications en ce sens. L’article 1^{er}, 14°, du projet établit toutefois un lien avec le blanchiment et le financement du terrorisme, mais

plausible que l'instauration de cette obligation est nécessaire dans le cadre de l'exercice de cette ou de ces compétences matérielles et qu'elle n'a pas d'effets disproportionnés sur la compétence des régions. L'obligation d'enregistrement ne sera maintenue que si tous ces obstacles peuvent être franchis. Dans le cas contraire, il faudra y renoncer.

FONDEMENT JURIDIQUE

5. Dans la mesure où la réglementation en projet peut s'inscrire dans le cadre des compétences de l'autorité fédérale, elle peut en principe trouver un fondement juridique dans l'article 169, §§ 2 et 4, de la loi-programme du 2 août 2002. En vertu de l'article 169, § 2, le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les modalités, règles, procédures et compétences, nécessaires à l'application de la surveillance visée à l'article 169, § 1^{er}. Selon l'article 169, § 4, le Roi détermine les conditions, procédures, règles et compétences de l'enregistrement visé à l'article 169, § 3, qui est requis pour pouvoir exercer la profession de commerçant en diamants.

6. Les articles 9 et 16, alinéa 1^{er}, 3^o, du projet concernent les particuliers (non-commerçants). Cette catégorie ne peut pas trouver un fondement juridique dans l'article 169 de la loi-programme du 2 août 2002.

Il en va de même pour les articles 10 et 16, alinéa 1^{er}, 4^o, du projet, dans la mesure où ils concernent des particuliers.

En l'absence d'une autre disposition procurant un fondement juridique adéquat⁸, ces articles seront omis du projet.

7. Le quatrième alinéa du préambule mentionne également l'article 5 de la loi générale sur les douanes et accises, coordonnée le 18 juillet 1977. Cet article contient une délégation directe du législateur au ministre des Finances. On n'aperçoit pas comment le Roi pourrait puiser dans cette disposition le fondement juridique pour l'arrêté en projet ou une partie de celui-ci.

8. D'autres observations à propos du fondement juridique sont formulées dans le cadre de l'examen du texte.

également avec la « fraude et d'autres abus [dans le secteur du diamant] ». Toutefois, la lutte contre la fraude ou les abus en tant que telle ne peut pas être considérée comme une compétence matérielle fédérale clairement identifiable.

⁸ Le pouvoir général d'exécution du Roi – en effet, le troisième alinéa du préambule mentionne également l'article 108 de la Constitution –, combiné avec l'article 169 de la loi-programme du 2 août 2002, ne suffit pas à cet effet.

FORMALITÉS

9. L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE' (règlement général sur la protection des données), combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement, prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données'⁹, dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement. Il s'impose par conséquent de recueillir encore l'avis de l'Autorité de protection des données avant que le projet puisse se concrétiser.

Si l'accomplissement de cette formalité devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

10. Le préambule doit être mis en conformité avec les observations formulées ci-dessus à propos du fondement juridique de l'arrêté en projet.

11. Le dossier soumis au Conseil d'État ne contient pas d'analyse d'impact de la réglementation, mais celle-ci a été fournie ultérieurement par le délégué. Il faudra la mentionner dans le préambule.

Article 1^{er}

12. L'article 1^{er}, 16°, du projet définit le terme 'qualification'. Pour ce faire, il est renvoyé à une série de codes HS¹⁰. Le rapport au Roi affirme qu'il s'agit d'un système harmonisé d'application au niveau international.

Par le passé, le Conseil d'État a déjà mentionné à plusieurs reprises le problème des normes techniques visées dans la législation et la réglementation qui ne sont pas publiées au

⁹ Au 25 mai 2018, l'Autorité de protection des données a succédé à la Commission pour la protection de la vie privée (voir les articles 3 et 110 de la loi du 3 décembre 2017). Les membres de la Commission de la protection de la vie privée exercent toutefois les missions et les compétences de l'Autorité de protection des données entre le 25 mai 2018 et la date à laquelle les membres du Comité de direction de l'Autorité de protection des données auront prêté serment et signé une déclaration d'absence de conflits d'intérêts (article 114 de la loi du 3 décembre 2017).

¹⁰ Voir <http://www.cybex.in/HS-Codes/Diamond-Cut-Worked-But-Mounted-Hs-Codes-71023910.aspx>. Ces codes sont disponibles notamment en anglais et en français.

Moniteur belge, qui ne sont pas rédigées ni traduites en langue néerlandaise – ni en langue française dans certains cas – et qui ne sont en général disponibles que contre une certaine rémunération.

Il y aurait lieu d'examiner et de résoudre d'une manière horizontale la problématique de l'absence de publication de normes techniques auxquelles des règles de droit belges font référence. Si pour régler ce problème, des raisons spécifiques imposaient qu'une loi déroge à la publication usuelle au *Moniteur belge*, il faudrait alors veiller à ce que cette publication réponde aux conditions essentielles d'accessibilité et d'identification d'une publication officielle¹¹. Il est essentiel à cet égard de pouvoir disposer d'une version française et néerlandaise des normes concernées. En outre, si une rémunération est demandée pour la consultation des normes précitées, son montant ne peut entraver de manière disproportionnée l'accessibilité de ces normes. Aussi longtemps qu'un tel dispositif légal n'aura pas été élaboré, le régime en projet visera une norme qui n'est pas publiée conformément à l'article 190 de la Constitution et qui, dès lors, n'est en principe pas opposable.

Article 7

13. L'article 7 du projet porte sur le contrôle qui doit être réalisé par le SPF Économie à la suite d'une déclaration. L'article 7, § 8, dispose que « [l]es ministres ayant l'Économie dans ses attributions et ayant les Finances dans ses attributions peuvent collégialement définir d'autres modalités et procédures pour l'exécution de cet articles ».

Cette délégation est formulée en termes trop généraux et ne fait pratiquement que rappeler le pouvoir général d'exécution, qui n'appartient qu'au Roi. Une délégation à un ministre peut uniquement porter sur des questions d'ordre accessoire ou de détail, ce qui implique que les questions à déléguer doivent être énumérées de manière plus précise et exhaustive.

Article 14

14. À l'article 14, § 1^{er}, du projet, le renvoi à l'article 16, § 2, est erroné et doit être corrigé.

15. L'article 14, § 6, du projet fixe la formule du serment que l'expert doit prêter lors de son agrément.

L'article 192 de la Constitution prévoit qu'aucun serment ne peut être imposé par les autorités publiques qu'en vertu de la loi. Un fondement légal spécifique est par conséquent requis à cet effet; une délégation générale telle que celle prévue à l'article 169, §§ 2 ou 4, de la loi-programme du 2 août 2002 ne suffit pas pour obliger des experts agréés à prêter serment.

Il découle de ce qui précède que l'article 14, § 6, doit être omis du projet.

¹¹ Voir par ailleurs à ce sujet le guide destiné aux autorités réglementaires, rédigé par le Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, intitulé « Référer aux normes dans les réglementations techniques », disponible sur <https://economie.fgov.be/fr/publications/referer-aux-normes>.

Article 15

16. L'article 15 du projet prévoit que la fondation de droit privé AWDC¹² – qui, conformément à l'article 14, § 7, est l'employeur des experts reconnus et, partant, occupe une position de monopole – doit établir chaque année un rapport « sur l'accomplissement des tâches lui attribuées en exécution de cet arrêté royal et les rémunérations qu'elle demande en échange ».

On n'aperçoit pas ce qu'on entend précisément par ces rémunérations. Le rapport au Roi ne contient aucune explication à ce sujet. Dans le projet de texte de l'arrêté royal transmis à la Commission européenne dans le cadre de la directive sur les réglementations techniques, l'article 15, alinéa 1^{er}, s'énonçait comme suit :

« Pour exécuter les tâches qui lui ont été confiées par cet arrêté, la Fondation privé[e] AWDC peut demander une rémunération aux commerçants en diamants et/ou diamants synthétiques et à d'autres personnes concernées par l'application de cet arrêté »¹³.

On peut raisonnablement considérer qu'il s'agit de rémunérations demandées aux commerçants en diamants. Toutefois, la section de législation ne voit pas quel pourrait en être le fondement juridique¹⁴. Pour que la disposition en projet puisse être maintenue, il faudra d'abord prévoir un fondement juridique adéquat pour le régime de rémunérations.

Article 16

17. L'article 16 du projet doit être omis. En effet, le Roi ne peut pas compléter la loi, en l'occurrence l'article 170, § 1^{er}, de la loi-programme du 2 août 2002, pas même pour rectifier des imprécisions. Cette dernière disposition punit « [l]es infractions à la surveillance visée à l'article 169 de cette loi ». Il appartient au législateur de préciser cette qualification¹⁵.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Jo BAERT

¹² Antwerp World Diamond Centre, voir <https://www.awdc.be>.

¹³ Voir <http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2018&num=387&dLang=FR>.

¹⁴ Comparer avec l'observation 2.2.2 de l'avis C.E. 35.523/1/V du 4 septembre 2003 sur un projet devenu l'arrêté royal du 30 avril 2004.

¹⁵ Comparer avec l'observation 17 de l'avis C.E. 35.523/1/V.