RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 68.747/1
van 24 februari 2021

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale economie en Landbouw ‘tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten, wat betreft de kmo-groeitrajecten’

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡

Op 25 januari 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse Minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale economie en Landbouw verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit ‘tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten, wat betreft de kmo-groeitrajecten’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 18 februari 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Bert THYS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 februari 2021.

*

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡

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.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van ministerieel besluit strekt ertoe uitvoering te geven aan het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 ‘tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten’, wat betreft de steun voor kmo-groeitrajecten middels de kmo-groeisubsidie, zoals bedoeld in hoofdstuk 3 van dat besluit.

3.1. Behoudens wat daarover hierna specifiek nog wordt opgemerkt, kan de directe rechtsgrond voor het ontwerp in beginsel worden gevonden in de bepalingen van het voornoemde besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 waarnaar wordt verwezen in de aanhef van het te nemen besluit.

3.2.1. Sommige onderdelen van het ontwerp regelen op het eerste gezicht een aangelegenheid waarvoor de minister vanwege de Vlaamse Regering niet uitdrukkelijk een machtiging heeft gekregen. Zo bepaalt artikel 10 van het ontwerp welke gegevens “[d]e overeenkomst voor advies” moet bevatten. Hoewel de minister niet rechtstreeks is gemachtigd om de inhoud van een dergelijke overeenkomst te bepalen, kan deze bepaling worden beschouwd als een voorwaarde “voor de regeling van de procedure voor de aanvraag [en] toekenning” van de steun, die wel degelijk door de minister mag worden vastgesteld.[1] Een aanvraag waarbij geen overeenkomst is gevoegd, lijkt immers niet te kunnen leiden tot het verlenen van steun.[2]

Een dergelijke interpretatie is evenwel niet mogelijk voor de hierna besproken bepalingen van het ontworpen besluit.

3.2.2. Luidens artikel 5, derde en vierde lid, van het ontwerp wordt de subsidie toegekend aan de hand van een competitieve oproep, waarbij de minister de budgettaire enveloppe verdeelt over de best gerangschikte subsidieaanvragen, tot het budget uitgeput is. Als na de beslissing over de ingediende groeitrajecten blijkt dat het vastgelegde budget onderbenut is, wordt het “vastgelegde budget” – versta: het restant daarvan – “doorgeschoven” naar de volgende oproep in hetzelfde jaar.

Wezenlijk houdt deze ontworpen regeling ook budgettaire regels in. In zoverre kan ze evenwel niet steunen op een uitdrukkelijke machtiging die aan de minister zou zijn verleend bij het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016. Daarbij moet in herinnering

[1] Zie de uitdrukkelijke machtiging in artikel 43 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016.

[2] Zie artikel 25, tweede lid, van het ontworpen besluit.

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡

worden gebracht dat een minister enkel beschikt over de hem of haar uitdrukkelijk toegewezen bevoegdheden en niet over een algemene uitvoeringsbevoegdheid zoals de Vlaamse Regering die wel heeft op grond van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

Hieromtrent ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

“Het derde en vierde lid van artikel 5 zijn er inderdaad ook op gericht om het instrument van de kmo-groeisubsidie budgettair beheersbaar te houden. Ter illustratie, in 2020 was het voorziene budget reeds uitgeput in de maand augustus.

In het decreet houdende de algemene uitgavenbegroting van de Vlaamse Gemeenschap voor het begrotingsjaar 2021, bekrachtigd door de Vlaamse Regering op 18december 2020, werd voor de kmo-groeisubsidie 12.500.000 euro ingeschreven in het Fonds voor Innoveren en Ondernemen. Om die reden werd ervoor geopteerd om te werken aan de hand van oproepen met vooraf vastgelegde budgetten aan de hand van een wedstrijdformule.

Artikel 38, tweede lid van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 voorziet in dat verband dat de minister, bij het bepalen van de praktische organisatie van de beoordeling van de subsidieaanvragen, rekening houdt met – onder meer – de beschikbare budgettaire middelen (‘De minister bepaalt de praktische organisatie van de beoordeling van de subsidieaanvragen, rekening houdend met de definitie en kenmerken van de kmo-groeitrajecten en met de budgettaire middelen en de beleidsprioriteiten.’) Naar onze mening vindt artikel 5, derde en vierde lid van het ontwerp om die reden rechtsgrond in voornoemde bepaling.”

De voormelde bepalingen van het ontwerp gaan echter de loutere “praktische organisatie van de beoordeling van de subsidieaanvragen” te buiten, zelfs al kan daarbij rekening worden gehouden met “de budgettaire middelen”.

De minister moet de bestaande budgettaire regels naleven, maar beschikt niet over een uitdrukkelijke machtiging om op dit punt zelf verordenend op te treden.

3.2.3. Artikel 8 van het ontwerp somt categorieën van dienstverleners op van wie de adviezen worden uitgesloten van de kmo-groeisubsidie op grond van de situatie waarin zij zich bevinden, namelijk dat zij “uitgesloten, geschorst of geweigerd” zijn met toepassing van bepaalde regelingen van de Vlaamse overheid, zij gerechtelijk veroordeeld zijn of zij het voorwerp uitmaken van een gerechtelijk onderzoek.

Deze bepaling betreft een op zich staande uitsluitingsregeling waarvoor de minister geen uitdrukkelijke machtiging vindt in het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016.

Hieromtrent ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

“Artikel 8 van het ontwerp voorziet inderdaad in de uitsluiting van dienstverleners die zich in een aantal duidelijk omschreven, zeer specifieke gevallen bevinden. Deze bepaling moet in die zin begrepen worden dat dienstverleners die zich in één van de omschreven gevallen bevinden, geacht worden daardoor niet in staat te zijn om een advies te verstrekken dat aan de voorwaarden voldoet om voor steun als ‘ondersteuning bij een kmo-groeitraject’ in aanmerking te komen (cf. art. 29, eerste lid, 2° en 3° BVR).

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡

Artikel 8 vindt zijn rechtsgrond in die zin – naast in artikel 29 – ook in art. 43 BVR, gezien dit artikel bepaalt dat de minister de verdere voorwaarden kan bepalen ‘voor de regeling van de procedure voor de aanvraag, toekenning en uitbetaling’ van de steun.”

Deze zienswijze kan echter niet worden bijgevallen. Artikel 8 van het ontwerp overstijgt immers de invulling van het begrip ‘kmo-groeitraject’ en valt eveneens buiten “de verdere voorwaarden voor de regeling van de procedure voor de aanvraag, toekenning en uitbetaling”.

3.2.4. De zo-even besproken bepalingen van de artikelen 5, derde en vierde lid, en 8 van het ontworpen besluit kunnen bijgevolg bij gemis aan rechtsgrond geen doorgang vinden.

3.3. De artikelen 34 en 35 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016, waarnaar wordt verwezen onder de rubriek “Rechtsgronden” in de aanhef van het ontwerp, bieden dan weer geen rechtsgrond voor enige bepaling van het ontwerp. De verwijzing ernaar in de aanhef van het te nemen besluit moet dan ook worden weggelaten.

3.4. Indirecte rechtsgrond voor het ontwerp wordt ten slotte geboden door artikel 37 van het decreet van 16 maart 2012 ‘betreffende het economisch ondersteuningsbeleid’.

VORMVEREISTEN

4.1. 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)’ (hierna: AVG), gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van diezelfde verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit 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 de verwerking van persoonsgegevens.

Artikel 4, 1), AVG definieert persoonsgegevens als “alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon”. Als identificeerbaar wordt beschouwd “een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificator zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens, een online identificator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon”. De AVG beoogt aldus de bescherming van persoonsgegevens van natuurlijke personen en in beginsel niet de bescherming van de gegevens van rechtspersonen, behoudens – in dat laatste geval – indien die gegevens wezenlijk terug te brengen zijn tot een natuurlijke persoon, zoals

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡

bijvoorbeeld bij een eenmanszaak of wanneer het gaat om gegevens betreffende een individuele bestuurder of een individuele werknemer.[3]

Artikel 4, 2), AVG definieert ‘verwerking’ als “een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens.”

4.2. Het aan de Raad van State om advies voorgelegde ontwerp van ministerieel besluit bevat bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens impliceren. Zo bijvoorbeeld de artikelen 8, 10, 13, 17, 18, 19, 23, 24 en 25 van het ontwerp.

Bijgevolg dient, overeenkomstig de voormelde bepalingen van de AVG, de toezichthoudende autoriteit voorafgaandelijk te worden geraadpleegd.

4.3. In advies 61.267/2/AV van 27 juni 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’[4], heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State uiteengezet dat noch de AVG, noch de bevoegdheidsverdelende regels eraan in de weg staan dat in eenzelfde lidstaat meerdere toezichthoudende autoriteiten worden opgericht. In dat advies wordt gesteld dat de gemeenschappen en gewesten autoriteiten kunnen oprichten die toezicht houden op de naleving van de ‘specifieke’ regels die de deelstaten ter uitvoering van de AVG hebben vastgesteld inzake de verwerking van persoonsgegevens in het kader van activiteiten die onder hun bevoegdheid vallen.[5] Het verlenen van de bevoegdheid aan die autoriteiten om adviezen te geven, teneinde te voldoen aan de verplichting die voortvloeit uit de hiervóór *sub* 4.1 aangehaalde verordeningsbepalingen, valt daar ook onder.

Zoals eveneens in het voormelde advies is uiteengezet, is het de Gegevensbeschermingsautoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van de ‘algemene’ regels inzake de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van de algemene regels die de federale overheid ter uitvoering van de AVG heeft vastgesteld.[6] Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.

4.4. Krachtens artikel 10/1 van het decreet van 18 juli 2008 ‘betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer’ is er een Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens opgericht.

---

[3] Artikel 4, 18), AVG: “‘onderneming’: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan, met inbegrip van maatschappen en persoonsvennootschappen of verenigingen die regelmatig een economische activiteit uitoefenen.”

[4] *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 103-132.

[5] *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 115 (opmerking 7.1).

[6] *Ibid.*, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡

Luidens artikel 10/4 van datzelfde decreet verstrekt deze commissie, hetzij uit eigen beweging, hetzij op verzoek van het Vlaams Parlement of de Vlaamse Regering, adviezen omtrent elke aangelegenheid met betrekking tot de verwerkingen van persoonsgegevens.

4.5. Uit wat voorafgaat volgt dat over het aan de Raad van State om advies voorgelegde ontwerp, ook het advies moet worden ingewonnen van de Gegevensbeschermingsautoriteit, evenals van de Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens.

Noch uit de aanhef van het ontworpen besluit, noch uit de bij de adviesaanvraag gevoegde documenten blijkt dat een dergelijk advies bij de voornoemde toezichthoudende autoriteiten reeds werd ingewonnen. Hieraan moet worden verholpen vooraleer het ontwerp doorgang kan vinden.

4.6. Indien de adviesaanvrager van oordeel zou zijn dat het raadplegen van zowel de Gegevensbeschermingsautoriteit als de Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens problematisch zou kunnen zijn, staat het aan de Vlaamse Regering om een initiatief te nemen om desgevallend een samenwerkingsakkoord te sluiten over de wijze waarop de adviesverplichting die voortvloeit uit de voormelde bepalingen door de toezichthoudende autoriteiten van de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten kan worden vervuld,[7] op voorwaarde dat hiermee geen uitwisseling, afstand of teruggave van bevoegdheid in hoofde van de betrokken overheden gepaard gaat.

Een dergelijke samenwerking zou overigens ook in het verlengde liggen van de bepalingen van de AVG met betrekking tot zowel de vereiste afstemming van de toezichthoudende autoriteiten van verscheidene lidstaten op elkaar[8] als de vereiste onderlinge afstemming van de toezichthoudende autoriteiten van eenzelfde lidstaat op elkaar.[9-10]

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerking

5.1. Het ontwerp neemt verscheidene bepalingen over van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016.

[7] Zie in dat verband ook de meer algemene suggestie in adv.RvS 61.267/2/AV, *l.c.*, 115-116 (opmerking 8).

[8] Zie de artikelen 60 tot 67 AVG.

[9] Zie artikel 51, leden 1 tot 3, AVG.

[10] Zie adv.RvS 66.033/1/AV van 3 juni 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 juni 2019 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2010 tot uitvoering van het decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, wat betreft de invoering van een registratieverplichting voor sportmakelaars’, opmerkingen 5.1 tot 5.4.

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡

Zo bepaalt artikel 23, tweede lid, van het ontwerp dat de in het eerste lid vermelde kosten exclusief btw zijn, terwijl artikel 33, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 reeds bepaalt dat "[d]e in aanmerking komende kosten worden berekend exclusief btw".

Een ander voorbeeld daarvan kan worden gevonden in artikel 25, eerste lid, van het ontwerp, dat bepaalt dat de aanvrager "het online aanvraagformulier op de website van het Agentschap Innoveren en Ondernemen in[vult] om een subsidie te verkrijgen". Deze bepaling lijkt niets toe te voegen aan artikel 38, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 luidens hetwelk "[d]e subsidieaanvraag wordt ingediend bij het Agentschap Innoveren en Ondernemen aan de hand van het aanvraagformulier dat daarvoor ter beschikking wordt gesteld via de website".

Ook artikel 3 van het ontwerp lijkt, zoals ook blijkt uit de toelichting daarover van de gemachtigde, weinig toe te voegen aan hetgeen reeds volgt uit het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016.[11]

5.2. Het overnemen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling moet worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze inzonderheid aanleiding ertoe zijn dat later uit het oog wordt verloren dat alleen de hogere regelgever het betreffende voorschrift kan wijzigen. Ook kan die werkwijze verwarring doen ontstaan over het ogenblik van inwerkingtreding van het betreffende voorschrift.

Het overnemen van een bepaling uit een besluit van de Vlaamse Regering in een ministerieel besluit is dan ook slechts aanvaardbaar in zoverre dat noodzakelijk is voor de leesbaarheid van het besluit, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de relevante bepaling het aangewezen middel is om de aard van die bepaling herkenbaar te houden ("overeenkomstig artikel … van het besluit van de Vlaamse Regering van ...").

Het ontwerp moet in het licht hiervan aan een bijkomend onderzoek worden onderworpen.

[11] De gemachtigde verklaarde over artikel 3 van het ontwerp:
"Deze bepaling is opgenomen gelijklopend met het uitvoeringsbesluit van de kmo-portefeuille (dat zijn rechtsgrond vindt in hetzelfde BVR). Voor de kmo-portefeuille is het relevant om te bepalen wie als werkzame persoon kan worden beschouwd, omdat enkel personen die werkzaam zijn bij de steunaanvragende onderneming als cursist kunnen worden opgegeven.
Voor de kmo-groeisubsidie is dit minder relevant, maar omdat het een apart uitvoeringsbesluit is, werd deze bepaling opgenomen in het ontwerp om eventuele verwarring bij ondernemingen te vermijden."

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡

Artikel 2 en bijlage

6. Krachtens artikel 2, eerste lid, van het ontwerp wordt de steun in het kader van de kmo-groeitrajecten enkel toegekend aan de kleine en middelgrote ondernemingen “waarvan de hoofdactiviteit behoort tot de sectoren, vermeld in de bijlage die bij dit besluit is gevoegd”.

Gevraagd om deze afbakening van het toepassingsgebied van de regeling toe te lichten, verklaarde de gemachtigde:

> “De lijst als bijlage bij het MB is gestoeld op artikel 8, eerste lid van het BVR. Krachtens deze bepaling komen enkel ondernemingen waarvan de hoofdactiviteit op de indieningsdatum van de steunaanvraag behoort tot de sectoren bepaald door de minister in aanmerking voor steun. Deze (uitgebreide) lijst van sectoren is samengesteld in functie van de bevoegdheden binnen het beleidsdomein Economie, Wetenschap en Innovatie (EWI).
>
> Daarnaast werd er voor de samenstelling van deze lijst ook aandacht besteed aan de sectoren die zijn uitgesloten van het algemene de-minimis beleid (bv. visserij, landbouw, transport, ...).”

De aandacht van de steller van het ontwerp wordt erop gevestigd dat bij het vaststellen van de lijst van ondernemingen die in aanmerking komen voor de toepassing van de ontworpen steunregeling, het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel moet worden gerespecteerd. De Raad van State, afdeling Wetgeving, beschikt niet over alle nodige feitelijke gegevens om te beoordelen of in dit geval aan dat vereiste is voldaan.

Artikel 5

7. Krachtens artikel 4 van het ontwerp wordt de subsidie toegekend via een oproepprocedure. Artikel 5, eerste lid, somt de “modaliteiten van de oproep” op die “voor elke oproep bij ministerieel besluit [worden] bepaald”.

Laatstgenoemde bepaling kan niet worden beschouwd als een delegatie die de minister aan zichzelf geeft. Rechtsgrond voor het bepalen van de “modaliteiten” bij een concrete oproep moet daarentegen worden gezocht in het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016.

Artikel 5, eerste lid, van het ontwerp lijkt veeleer een kaderregeling voor het organiseren van dergelijke oproepen, die de minister bij elke toekomstige oproepprocedure moet respecteren, rekening houdend met het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*. De minister verbindt met de ontworpen bepaling als het ware zichzelf.

Indien dat niet de bedoeling zou zijn en de minister aan die bepaling louter een informatieve waarde zou willen toedichten, dan moet ze uit het ontwerp worden weggelaten, aangezien ze dan geen normatieve kracht zou hebben.

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡

Artikel 29

8. Het is niet duidelijk hoe het eerste onderdeel van artikel 29 van het ontwerp, waarin de administrateur-generaal van het Agentschap Innoveren en Ondernemen wordt gemachtigd om een beslissing te nemen over de subsidieaanvraag, zich verhoudt tot de delegatie aan hetzelfde agentschap “om de subsidie toe te kennen” in artikel 36, 1°, van het ontwerp.

Het verdient aanbeveling om deze bepalingen duidelijker op elkaar af te stemmen.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

‡LW-CECVLDEFD-GIHEHMW‡