



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.386/1
van 14 juni 2021

over

een voorontwerp van decreet ‘over de uitoefening van
zelfstandige beroepsactiviteiten door buitenlandse onderdanen’

Op 10 mei 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 voorontwerp van decreet ‘over de uitoefening van zelfstandige beroepsactiviteiten door buitenlandse onderdanen’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 2 juni 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Cedric JENART, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 juni 2021.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2.1. Het voorliggende voorontwerp van decreet beoogt na de bevoegdheidsoverdrachten – als gevolg van de Zesde Staatshervorming – de federale wet van 19 februari 1965 ‘betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen’ niet langer op gewestelijk niveau te wijzigen, maar te vervangen door een autonome regeling geldend voor de Vlaamse overheid.

2.2. Het voorontwerp voert toelatingsvoorwaarden in voor het bekomen van een beroepskaart met het oog op het versoepeld aantrekken van start-ups en innovatief ondernemend talent. Het regelt verder nog de beroepsprocedure en het bevat ook een handhavings- en sanctiekader in geval van inbreuken.

2.3. Het voorontwerp van decreet bestaat uit 11 hoofdstukken. De hoofdstukken 1, 2, 3, 10 en 11 bevatten respectievelijk de algemene bepaling (artikel 1 van het voorontwerp), de definities (artikel 2), de algemene beginselen (artikelen 3 tot 5), de wijzigingsbepalingen (artikelen 32 tot 35) en de slotbepalingen (artikelen 36 tot 39). De hoofdstukken 4 tot 9 regelen respectievelijk de voorwaarden om de innovatieve, economische, culturele, artistieke of sportieve meerwaarde van de zelfstandige beroepsactiviteit te bepalen (artikelen 6 tot 9), de aanvragen om een beroepskaart te verkrijgen, te hernieuwen, te wijzigen of te vervangen in geval van verlies (artikelen 10 tot 12), de weigering, de intrekking en het verlies van geldigheid (artikelen 13 tot 14), de beroepsprocedure (artikelen 15 tot 18), het advies, het toezicht en de sancties (artikelen 19 tot 27) en de gegevensverwerking (artikelen 28 tot 31).

VORMVEREISTEN

3. Het voorontwerp, met name hoofdstuk 9, bevat bepalingen die op de verwerking van persoonsgegevens betrekking hebben.

Uit de toelichting van de gemachtigde blijkt dat de ontworpen regeling niet voor advies is voorgelegd aan de federale Gegevensbeschermingsautoriteit, maar enkel aan de Vlaamse Toezichtcommissie (hierna: VTC).

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

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’,² heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving uiteengezet dat noch de algemene verordening gegevensbescherming (AVG),³ 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.⁴ Het verlenen van de bevoegdheid aan die autoriteiten om adviezen te geven, teneinde te voldoen aan de verplichting die voortvloeit uit de verordeningsbepalingen, valt daar ook onder.

Zoals echter eveneens in het voormelde advies is uiteengezet, is het de Gegevensbeschermingsautoriteit, opgericht bij de wet van 3 december 2017, 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.⁵ Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.

De conclusie is dan ook dat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit alsnog moet worden ingewonnen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 5

4. Artikel 5, § 1, eerste lid, 1°, e) en 2°, d), van het voorontwerp bepalen dat de beroepskaart wordt uitgereikt of hernieuwd als “de geldende wettelijke en reglementaire verplichtingen” worden nageleefd.

Gevraagd wat precies bedoeld wordt met dit criterium, antwoordde de gemachtigde:

“De buitenlandse onderdaan dient ervoor te zorgen dat zijn zelfstandige activiteit in lijn is met de geldende wettelijke en reglementaire verplichtingen. In de memorie van toelichting van het voorontwerp van decreet werd er een voorbeeld voorzien om dit te duiden: ‘Zo is het bijvoorbeeld een wettelijke verplichting om bij de opstart van een besloten vennootschap (BV) een authentieke akte op te stellen bij de notaris.’ (MvT, p. 15).

² *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 103-132.

³ Zie immers artikel 51, lid 1, van de 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’ (AVG).

⁴ *Ibid.*, 115 (opmerking 7.1).

⁵ *Ibid.*, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

Deze voorwaarde geldt ook voor de buitenlandse onderdaan (art. 5§1, 2°, d)): in de memorie van toelichting werd dit geduid aan de hand van dit voorbeeld: ‘Zo dient hij bijvoorbeeld over de vereiste beroepskwalificaties te beschikken indien hij een gereguleerd beroep (zoals architect) wilt uitoefenen.’ (MvT, p. 16).

Gezien er heel wat wettelijke en reglementaire verplichtingen (sociaalrechtelijke verplichtingen, belastingverplichtingen,...) zijn die de ondernemer en diens onderneming dient te respecteren wordt dit in de toelatingsvoorwaarde niet verder gespecificeerd.

In art. 7, 4° van de wet van 19 februari 1965 is er een gelijkaardige bepaling opgenomen:

‘4° of die de wettelijke voorschriften en reglementen overtreedt welke de door hem uitgeoefende activiteiten beheersen, of die niet voldoet aan zijn belastingverplichtingen of aan de verplichtingen door de sociale wetgeving opgelegd;’.”

In het belang van de rechtszekerheid dient het voornoemde criterium te worden verduidelijkt, nu het betrekking kan hebben op alle rechtsregels die in België van kracht zijn.

Er kan ter overweging worden meegegeven om de formulering van artikel 7, eerste lid, 4°, van de wet van 19 februari 1965 te hernemen of minstens als uitgangspunt te gebruiken. In de voornoemde wetsbepaling wordt, op een meer concrete wijze, melding gemaakt van de vreemdeling “die de wettelijke voorschriften en reglementen overtreedt welke de door hem uitgeoefende activiteit beheersen, of die niet voldoet aan zijn belastingverplichtingen of aan de verplichtingen door de sociale wetgeving opgelegd”.

5. Artikel 5, § 2, eerste lid, van het voorontwerp bepaalt dat het startkapitaal, vermeld in paragraaf 1, eerste lid, 2°, a), niet vereist is als de buitenlandse onderdaan een zelfstandige beroepsactiviteit verricht met een innovatieve, culturele, artistieke of sportieve meerwaarde voor Vlaanderen als vermeld in artikel 6, 8 en 9.

Dienaangaande werd door de gemachtigde de volgende duiding gegeven:

“In de visienota staat vermeld dat het startkapitaal alleen wordt gevraagd aan de ‘klassieke ondernemingen’ (zie antwoord op vorige vraag). In het voorontwerp van decreet zijn de klassieke ondernemingen gecapteerd onder art. 7: het gaat over de zelfstandige beroepsactiviteiten die een economische meerwaarde bieden aan Vlaanderen.

Teneinde verwarring en rechtsonzekerheid te vermijden, is er ook de mogelijkheid om dit startkapitaal te voorzien in dit specifieke artikel i.p.v. in artikel 5 die de algemene toelatingsvoorwaarden formuleert.”

Indien een aparte regeling wordt beoogd voor “klassieke ondernemingen”, dient dit als dusdanig in de ontworpen bepaling te worden uitgewerkt.

Artikel 7

6. Artikel 7, tweede lid, van het voorontwerp bepaalt dat als de zelfstandige beroepsactiviteit niet voldoet aan de voorwaarden, vermeld in het eerste lid, de buitenlandse onderdaan dient aan te tonen dat de beoogde zelfstandige beroepsactiviteit een gunstig effect heeft op het bestaande economische weefsel in Vlaanderen.

Gevraagd wat dient te worden begrepen onder de notie “een gunstig effect op het bestaande economische weefsel”, nu de memorie van toelichting enkel een voorbeeld⁶ geeft, antwoordde de gemachtigde:

“De decreetgever heeft er bewust voor gekozen om deze blanco norm niet te definiëren: de invulling hangt af van de concrete omstandigheden van het geval waarin de norm toegepast kan worden. In de plaats daarvan werd er een abstract voorbeeld aangereikt in de memorie van toelichting en werd er een delegatie voorzien naar de Vlaamse Regering om o.m. deze voorwaarde nader te bepalen. De Vlaamse economie evolueert dagdagelijks: zo kan een artistiek project in de omgeving van Gent de komende 3 jaar een gunstige impact hebben op het bestaande economische weefsel van Vlaanderen maar de concrete beoordeling hiervan is afhankelijk van verschillende factoren en wordt geval per geval gemotiveerd.”

Daar de gemachtigde het criterium zelf omschrijft als “een blanco norm”, zonder enige verdere precisering, doen de indieners van het voorontwerp er goed aan om na te gaan of de omschrijving van de voornoemde notie niet kan gebeuren op een meer rechtszekere wijze. Indien het werkelijk onmogelijk zou zijn om dit criterium nader te omschrijven, wordt de memorie van toelichting het best met nog andere, voldoende concrete voorbeelden aangevuld.

Artikel 24

7. Artikel 24, § 1, tweede lid, van het voorontwerp bepaalt dat voor de inbreuken, vermeld in de artikelen 22 en 23, de rechter bovendien, als hij zijn beslissing met redenen omkleedt, de volledige of gedeeltelijke sluiting kan bevelen van de onderneming of inrichting waar de inbreuken zijn begaan, voor de duur van één maand tot drie jaar.

Gevraagd of deze bepaling tevens geldt voor buitenlandse vestigingen, antwoordde de gemachtigde:

“Dit artikel is geïnspireerd op de artikelen 106 en 107 van het Sociaal Strafwetboek. Mijns inziens gaat het hier enkel om de sluiting van vestigingen op het Belgisch grondgebied. Op de vragen 16 en 17 kan ik terugkoppelen nadat ik het openbaar minister[ie] hierover heb geraadpleegd. Het zijn namelijk correctionele maatregelen die reeds zijn voorzien in art. 13/3 van de wet van 19 februari 1965.

In de memorie van toelichting werd toegelicht dat er geen fundamentele wijzigingen worden doorgevoerd aan het luik toezicht en handhaving (...).”

⁶ Pagina 19: Zo kan de aanstelling van een bestuurder in een bestaande vennootschap een gunstige impact hebben op het bestaande economische weefsel in Vlaanderen als deze bestuurder beschikt over specifieke kennis en vaardigheden met oog op de internationale doorgroei van de vennootschap. Het is uiteraard aan de buitenlandse onderdaan om dit gegeven zo uitgebreid mogelijk te motiveren.

In het belang van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om de ontworpen regeling dienovereenkomstig te verduidelijken, minstens in die zin een duiding op te nemen in de memorie van toelichting.

Artikel 25

8. Artikel 25 van het voorontwerp bepaalt dat de beroepskaart wordt verbeurdverklaard als de buitenlandse onderdaan voor het namaken of vervalsen ervan of voor de inbreuken, vermeld in “artikel 22, 2° en 3°”, en “artikel 23, 2° tot en met 4°”, van het voorontwerp, is veroordeeld.

De desbetreffende kruisverwijzingen zijn incorrect.

Zoals bevestigd door de gemachtigde, dient te worden verwezen naar “artikel 21, 2° en 3°, en artikel 22, 2° tot en met 4°” in plaats van naar “artikel 22, 2° en 3°, en artikel 23, 2° tot en met 4°”.

Artikel 27

9. Overeenkomstig artikel 27 van het voorontwerp treedt de bevoegde overheid op als verwerkingsverantwoordelijke als vermeld in artikel 4, 7), van de algemene verordening gegevensbescherming, voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de aanvraag en toekenning van beroepskaarten en het toezicht en de sancties als bepaald in hoofdstuk 8 van het voorontwerp, met uitzondering van artikel 19 van het voorontwerp.

Gevraagd wie dan wel verwerkingsverantwoordelijke is voor de toepassing van artikel 19 van het voorontwerp, verwees de gemachtigde naar “Het departement WSE”, wat hetzelfde departement is als de bevoegde overheid zoals omschreven in artikel 2, 3°, van het voorontwerp.⁷

In het belang van de rechtszekerheid dient de ontworpen regeling te worden aangevuld met een vermelding van de verwerkingsverantwoordelijke voor de toepassing van artikel 19, ofwel moet worden geëxpliciteerd dat de bevoegde overheid verwerkingsverantwoordelijke is voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het gehele voorontwerp.

⁷ Artikel 2, 3°, van het voorontwerp luidt: “bevoegde overheid: de dienst Economische Migratie van het Departement Werk en Sociale Economie van het Vlaams Ministerie van Werk en Sociale Economie, vermeld in artikel 25, §1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 3 juni 2005 met betrekking tot de organisatie van de Vlaamse administratie”.

Artikel 29

10. Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke schending van het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd.

Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.⁸

Bijgevolg moeten de “essentiële elementen” van de verwerking van persoonsgegevens in het decreet zelf worden vastgelegd. In dat verband is de afdeling Wetgeving van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel “essentiële elementen” uitmaken : 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.⁹

11. Door artikel 29 van het voorontwerp wordt bepaald dat de persoonsgegevens die overeenkomstig dit decreet worden opgevraagd, niet langer bewaard worden dan nodig voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt, met een maximum bewaartermijn van één jaar na de verjaring van alle vorderingen die tot de bevoegdheid van de verwerkingsverantwoordelijke behoren.

Gevraagd wat de concrete bewaartermijn dan inhoudt en welke andere rechtsvorderingen dan degene bedoeld in het voorontwerp dan tot de bevoegdheid van de bevoegde overheid kunnen behoren, antwoordde de gemachtigde:

“Met deze bepaling werd rekening gehouden met de inspectiecontroles gezien deze vorderingen ook tot de bevoegdheid van de verwerkingsverantwoordelijke behoren.”

⁸ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

⁹ Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp van wet ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, opm. 101 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 1951/1).

Aan de betrokken bewaartermijn kleeft het bezwaar dat deze niet voldoende concreet bepaald of bepaalbaar is. In het belang van de rechtszekerheid zou de tekst van het voorontwerp op dat punt moeten worden gepreciseerd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME