



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 70.142/3
van 18 oktober 2021

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap 'tot
invoering van een waarborg bij inkomende bruiklenen voor
tijdelijke tentoonstellingen'

Op 7 september 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Buitenlandse Zaken, Cultuur, ICT en Facilitair Management verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘tot invoering van een waarborg bij inkomende bruiklenen voor tijdelijke tentoonstellingen’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 5 oktober 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 oktober 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

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet regelt de toekenning van waarborgen door de Vlaamse Gemeenschap voor het eerste risico op schade of geheel of gedeeltelijk verlies van inkomende bruiklenen voor tijdelijke tentoonstellingen.

Hoofdstuk 1 bevat inleidende bepalingen, waaronder een aantal definities.

Hoofdstuk 2 regelt de waarborg. Het bepaalt welke organisaties in aanmerking komen voor de waarborgstelling door de Vlaamse Gemeenschap en de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan, het voorwerp van de waarborg, de periode waarvoor een waarborg kan worden verleend, het maximale bedrag van het totale risico van de verleende waarborgen op enig moment in de tijd en het maximale bedrag waarvoor per begrotingsjaar in totaal aan waarborgen kan worden verleend, de procedure voor het aanvragen en verlenen van de waarborg, de toetredingsbijdrage, de maatregelen bij schade aan bruiklenen waarop de waarborg van toepassing is, alsook het opmaken van een conditiestaat.

Hoofdstuk 3 bepaalt dat de waarborg wordt beschouwd als staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), maar wordt toegekend met toepassing van de algemene groepsvrijstellingsverordening.² Het regelt de geheimhoudingsplicht en de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de ontworpen regeling.

Hoofdstuk 4 delegeert de datum van inwerkingtreding van het aan te nemen decreet aan de Vlaamse Regering.

VORMVEREISTEN

3. Het voorontwerp bevat bepalingen die verband houden met de verwerking van persoonsgegevens, onder meer de artikelen 17 en 18 ervan.

Bij de adviesaanvraag is advies nr. 2021/45 gevoegd dat de Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens op 15 juni 2021 over het voorontwerp heeft gegeven.

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

² Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 ‘waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard’.

Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, reeds in tal van adviezen heeft opgemerkt, moet met betrekking tot die bepalingen niet enkel het advies worden ingewonnen van de Vlaamse toezichtcommissie, maar ook het advies van de (federale) Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’. Het is immers die autoriteit 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 algemene verordening gegevensbescherming³ heeft vastgesteld. Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.⁴

De conclusie is dan ook dat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit alsnog moet worden ingewonnen vooraleer het voorontwerp doorgang kan vinden.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van dat advies nog wijzigingen zou ondergaan,⁵ 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.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. De gemachtigde bevestigde dat het mogelijk is dat de waarborg wordt verleend aan organisaties⁶ die beschouwd kunnen worden als instellingen die activiteiten uitoefenen gericht op de gehele Vlaamse Gemeenschap als bedoeld in artikel 11 van de wet van 16 juli 1973 ‘waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt’, aangezien de tentoonstellingen die onder de waarborgregeling vallen zich in beginsel tot de hele Vlaamse Gemeenschap richten.⁷ Het verlenen van een waarborg kan worden gelijkgesteld met een “subsidiëring in geld of natura” en een “financiële tegemoetkoming” in de zin van de artikelen 10 en 11 van de voormelde wet. Overeenkomstig artikel 11, tweede lid, moeten de voorwaarden en de procedure van erkenning met het oog op de financiële tegemoetkoming bij decreet worden vastgelegd.

De voorwaarden en de procedure voor het verlenen van de waarborg worden in voldoende mate in het ontworpen decreet zelf geregeld. De gemachtigde verklaarde immers dat de delegatie aan de Vlaamse Regering in artikel 5, tweede lid, van het voorontwerp enkel inhoudt dat de doelstellingen vermeld in het eerste lid, 2°, kunnen worden gepreciseerd, zonder dat nieuwe doelstellingen kunnen worden bepaald. Voorts bevestigde de gemachtigde dat de

³ 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)’.

⁴ Adv.RvS 61.267/AV van 27 juni 2017 over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

⁵ Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

⁶ Zie de omschrijving van die organisaties in artikel 4 van het voorontwerp.

⁷ Zie ook artikel 5, 2°, van het voorontwerp.

delegaties in de artikelen 8, derde lid, en 9, derde lid, van het voorontwerp enkel betrekking hebben op individuele gevallen, om de dekking van de waarborg uit te breiden en om de waarborg voor een langere periode toe te kennen.

5. Wat betreft de inpasbaarheid van de ontworpen staatssteunregeling in de algemene groepsvrijstellingsverordening verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Het gaat om steun in de vorm van een verzekeringsgarantie, waarbij het bruto-subsidie equivalent bestaat uit de besparing die voor de organiserende organisatie gerealiseerd wordt doordat zij geen of minder verzekeringspremies moeten betalen. De waarde van deze verzekeringspremies is vooraf te berekenen, waardoor de steun als transparant beschouwd kan worden.

Deze steun is vrijgesteld onder artikel 53 van de Algemene groepsvrijstellingsverordening, aangezien het gaat om steun aan organisaties zoals omschreven in artikel 53, lid 2 Algemene groepsvrijstellingsverordening (in het bijzonder musea). Daarbij wordt specifiek beroep gedaan op artikel 53, lid 4 e) van de groepsvrijstellingsverordening, met name steun ter vergoeding van kosten voor culturele projecten en activiteiten, samenwerkings- en uitwisselingsprogramma's en -beurzen, met inbegrip van kosten voor selectieprocedures, promotiekosten en kosten die rechtstreeks uit het project voortvloeien.

In artikel 16 worden bepaalde organisaties uitgesloten van het indemniteitsregime. Deze verplichting vloeit rechtstreeks voort uit de Algemene groepsvrijstellingsverordening (in het bijzonder artikel 1, lid 4 van de verordening). Deze uitsluiting wordt herhaald in het ontwerpdecreet aangezien de Europese Commissie erop aandringt dat deze voorwaarden in de nationale wetgeving gereflecteerd worden.”

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 10

6. Overeenkomstig artikel 10 van het voorontwerp mag “[h]et totale risico waaraan de Vlaamse Gemeenschap ten gevolge van de krachtens dit decreet verleende waarborgen blootgesteld wordt, (...) op enig moment in de tijd nooit meer bedragen dan 600.000.000 euro”. Dit bedrag wordt jaarlijks aangepast aan het prijsindexcijfer. Uit artikel 11, derde lid, van het voorontwerp blijkt dat een aanrekening van een waarborg op dit bedrag gebeurt “voor de looptijd van de toegekende waarborg”.

Op de vraag om de keuze voor dit maximumbedrag nader toe te lichten, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Met deze grens wordt het risico dat de Vlaamse overheid loopt begrensd tot maximum 600 miljoen euro op ieder moment. Samen met de dekking geboden door de privéverzekeraars laat dit toe om op jaarbasis één à twee grote en een drietal kleinere tentoonstellingen te organiseren. Op basis van historische gegevens volstaat in principe 600 miljoen euro (dekking eerste risico) om de aanvragen die voldoen aan de door het decreet gestelde voorwaarden te honoreren en gelet dat de toekenningen gebeuren via het principe ‘wie eerst komt, eerst maalt’ wordt aan het gelijkheidsbeginsel voldaan.”

Op de vraag hoe zal worden toegezien op de naleving van dit maximumbedrag voor nieuwe aanvragen en voor vragen voor verlenging van tentoonstellingen, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Wanneer er een aanvraag binnenkomt waardoor bij toekenning het totaal bedrag op enig moment in de (op dat moment nog toekomstige) periode van de waarborg zal worden overschreden, rekening houdende met de reeds toegezegde waarborgen, dan moet die aanvraag worden geweigerd of kan er slechts een waarborg worden verleend ten belope van wat nog beschikbaar is onder die 600 mio euro. Hetzelfde geldt evenzeer voor vragen tot verlenging van de looptijd van een tentoonstelling overeenkomstig artikel 12, vierde lid, 2°.”

Op de vraag waarom werd gekozen voor het beginsel “wie eerst komt, eerst maalt”, veeleer dan te voorzien in een groepering van aanvragen van een bepaalde periode om ze samen te beoordelen, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“We hebben een meer gegroepeerde behandeling van de aanvragen en een daarmee samenhangende, meer gegroepeerde, indiening van de aanvragen overwogen. Deze benadering lost het probleem dat zich stelt wanneer er meer valabele aanvragen zijn dan budgetten echter niet op, tenzij we er bij de advisering (door de Topstukkenraad) voor zouden opteren voor het opstellen van een ranking van de tentoonstellingen die aan de in het decreet gestelde criteria voldoen. Maar dat laatste zou dan nopen tot een onderlinge afweging van het ‘belang’ van de tentoonstellingen die aan de criteria voldoen. Voor dit decreet lijkt een dergelijke afweging niet wenselijk. Een dergelijke onderlinge afweging zou de advisering immers zeer moeilijk maken en de adviezen zeer vatbaar voor kritiek omwille van de hogere subjectiviteit die bij een dergelijke onderlinge afweging onvermijdelijk is, ook al wordt die subjectiviteit dan getemperd door de ‘intersubjectiviteit’ die het werken met een meerledig adviesorgaan met zich meebrengt. We opteren er daarom voor om de beslissing over de toekenning van de waarborg te nemen in volgorde van de ontvangst van de aanvragen. Indien meerdere aanvragen inhoudelijk voldoen maar gezamenlijk de beschikbare waarborgen overschrijden, dan lijkt de datum van aanvraag ons de enige objectieve manier om te beslissen over de toe te kennen waarborg.”

Artikel 11

7. Overeenkomstig artikel 11, eerste lid, van het voorontwerp wordt in het decreet van de algemene uitgavenbegroting van de Vlaamse Gemeenschap het totale bedrag aan waarborgen ingeschreven dat in de loop van een begrotingsjaar toegekend kan worden. Deze bepaling lijkt een overbodige parafrasering in te houden van het annaliteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel, vervat in artikel 174 van de Grondwet, in artikel 50, § 1, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten’ en in artikel 3 van de wet van 16 mei 2003 ‘tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten, alsook voor de organisatie van de controle door het Rekenhof’. De ontworpen bepaling kan dan ook beter worden weggelaten.

8. Overeenkomstig artikel 11, tweede lid, van het voorontwerp wordt per begrotingsjaar voor een totaal van maximaal 1.200.000.000 euro aan waarborgen verleend. De

decreetgever kan zichzelf evenwel niet verbinden voor de toekomst; in een uitgavenbegroting kan steeds van dit maximumbedrag worden afgeweken. Het normatief karakter en dus de zin van de ontworpen bepaling is dan ook twijfelachtig.

De decreetgever kan wel de uitvoerende macht verbinden door te bepalen dat, ongeacht de toegestane begrotingskredieten, jaarlijks maximaal ten belope van 1.200.000.000 euro aan waarborgen kunnen worden verleend.

Artikel 18

9. In advies 2021/45 van de Vlaamse Toezichtcommissie (opmerking 13) wordt aanbevolen de memorie van toelichting aan te vullen met betrekking tot de grond voor de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens, als bedoeld in artikel 6, lid 1, van de algemene verordening gegevensbescherming. Daarover bevraagd, verklaarde de gemachtigde dat wordt gesteund op artikel 6, lid 1, e), van de verordening, namelijk de noodzakelijkheid van de verwerking voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen. Dat zou dan in elk geval in de memorie van toelichting moeten worden vermeld.

10.1. 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

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 dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119.

10.2. In het voorontwerp wordt niet bepaald wat de met de verwerking nagestreefde doelstellingen zijn, welke categorieën van personen toegang hebben tot de verwerkte gegevens en wat de maximumtermijn is voor het bewaren van de gegevens. De gemachtigde reageerde daarop als volgt:

“De met de verwerking nagestreefde doelstelling(en) worden reeds bepaald in artikel 18, § 2, van het ontwerpdecreet, met name het ontvangen, beoordelen en verwerken van aanvragen tot waarborg, alsook de uitvoering van toegekende waarborgen, en de afhandeling van schadegevallen. In haar advies nr. 2021/45 van 15 juni 2021 stelt de VTC dat het voldoende is om minstens criteria op te nemen die toelaten de bewaartermijn(en) te bepalen. In het ontwerp is opgenomen dat de bewaartermijn wordt bepaald, rekening houdend met de cultuurhistorische waarde van de dossiers.”

Wat betreft de met de verwerking nagestreefde doelstellingen is de vermelding in artikel 18, § 2, van het voorontwerp niet adequaat, aangezien die bepaling betrekking heeft op de aanwijzing van de verwerkingsverantwoordelijke. De doelstellingen van de verwerking van de persoonsgegevens moeten als dusdanig worden geïdentificeerd, zo mogelijk in een meer specifiek uitgewerkte vorm.

Er moet tevens worden voorzien in een bepaling met de vermelding van de categorieën van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens, bijvoorbeeld de personeelsleden van de dienst die de Vlaamse Regering aanwijst ter uitvoering van artikel 18, § 2, van het voorontwerp. Indien nog andere categorieën van personen toegang krijgen tot de verwerkte gegevens, moet dit eveneens worden vermeld.

Wat betreft de maximale bewaartermijnen wordt in artikel 18, § 6, van het voorontwerp bepaald dat die worden vastgelegd in beheersregels als vermeld in artikel III.81, § 2, van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 en dat daarbij rekening wordt gehouden met de cultuurhistorische waarde van de dossiers. Die decretale bepaling heeft echter geen betrekking op de maximale bewaartermijnen, nog afgezien van het gegeven dat het bepalen van die maximale bewaartermijnen, die een essentieel element uitmaken, niet aan de Vlaamse Regering en *a fortiori* niet aan “beheersregels” kan worden overgelaten. Eerst moet in het voorontwerp zelf een beginseltermijn worden bepaald en pas vervolgens kan de Vlaamse Regering worden gemachtigd om, bijvoorbeeld in specifieke gevallen, toe te staan dat die beginseltermijn wordt ingekort, waarbij de cultuurhistorische waarde van de dossiers als beoordelingscriterium kan worden gehanteerd.

11. Bij artikel 18, § 7, van het voorontwerp wordt de Vlaamse Regering gemachtigd om “de nadere regels [te] bepalen voor de verwerking van de persoonsgegevens, de beveiliging van die gegevens, en de passende waarborgen voor de rechten en de vrijheden van de betrokkenen”. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Het kan enkel gaan om een verdere uitwerking van de basisprincipes die reeds in het decreet vervat zitten. Zo kan de Vlaamse Regering bijvoorbeeld modeldocumenten/aanvraagformulieren opstellen, waarin de over te maken gegevens gespecificeerd worden, zonder daarbij gegevens te mogen opvragen die buiten de algemene categorieën van artikel 18 §4 vallen (zo kan men in het formulier bijvoorbeeld het adres en/of e-mailadres opvragen, als nadere uitwerking van de categorie ‘contactgegevens’). Daarnaast kan de Vlaamse Regering de nadere regels inzake beveiliging vaststellen, indien zou blijken dat dit noodzakelijk is. Dit vloeit voort uit het advies nr. 2021/45 van 15 juni 2021 van de VTC: ‘In principe moet de specificering van maatregelen niet in de wetgeving worden opgenomen. Wanneer de decreetgever of in een later stadium (mits delegatie), de Vlaamse Regering echter vermoedt dat de gepaste maatregelen niet gerealiseerd zullen worden zonder dit aan de betrokken instanties expliciet op te leggen, dan moet dat wel gebeuren.’”

Het eerste element van die delegatie (nadere regels voor de verwerking van persoonsgegevens) is zo algemeen verwoord dat het neerkomt op een parafrasering van de algemene uitvoeringsbevoegdheid waarover de Vlaamse Regering reeds beschikt op basis van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Dat element kan dan ook beter worden weggelaten of worden toegespitst op de concrete nadere regels die worden beoogd. Voorts moet die delegatie zo worden begrepen dat ze geen betrekking kan hebben op de essentiële elementen vermeld in opmerking 10.1.

Artikel 19

12. Overeenkomstig artikel 19 van het voorontwerp bepaalt de Vlaamse Regering de datum van inwerkingtreding van het aan te nemen decreet. Er wordt ter overweging gegeven om te voorzien in een uiterste datum waarop het decreet in werking treedt als de Vlaamse Regering zou nalaten binnen een redelijke termijn de datum van inwerkingtreding vast te stellen.¹⁰

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH

¹⁰ Zie de omzendbrief ‘Wetgevingstechniek’ VR 2019/4 van 25 oktober 2019, aanbeveling 231, 5°.