



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 73.589/1
van 24 juli 2023

avis 73.589/1
du 24 juillet 2023

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'betreffende
economische migratie'

un avant-projet d'ordonnance
'relative à la migration
économique'

Op 5 mei 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met werk en beroepsopleiding, digitalisering en de plaatselijke besturen verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie ‘betreffende economische migratie’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 11 juli 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wilfried VAN VAERENBERGH, eerste voorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 juli 2023.

*

Le 5 mai 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de l'Emploi et de la Formation professionnelle, de la Transition numérique et des Pouvoirs locaux à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance ‘relative à la migration économique’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 11 juillet 2023. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wouter PAS et Inge VOS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wilfried VAN VAERENBERGH, premier président.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 juillet 2023.

*

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,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie beoogt de aspecten inzake economische migratie te regelen die tot het bevoegdheidsdomein van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest behoren. In het voorontwerp worden daartoe zowel de tewerkstelling van buitenlandse werknemers als de activiteiten van buitenlandse zelfstandigen geregeld. De ontworpen regeling is bestemd om in de plaats te komen van zowel de wet van 19 februari 1965 ‘betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen’ als de wet van 30 april 1999 ‘betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers’, waarvan artikel 29 van het voorontwerp de opheffing beoogt wat de bepalingen betreft die tot de bevoegdheid van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest behoren. De ontworpen ordonnantie zal in werking treden op de door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering vast te stellen datum met dien verstande dat de inwerkingtreding dient te gebeuren tegen uiterlijk een nog door de ordonnantiegever te bepalen datum (artikel 31 van het voorontwerp).

BEVOEGDHEID

3. Overeenkomstig artikel 6, § 1, IX, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (BWHI), zijn de gewesten wat het tewerkstellingsbeleid betreft onder meer bevoegd voor:

“3° de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten, met uitzondering van de normen betreffende de arbeidskaart afgeleverd in het kader van de specifieke verblijfssituatie van de betrokken personen en de vrijstellingen van beroepskaarten verbonden aan de specifieke verblijfssituatie van de betrokken personen.

De vaststelling van de inbreuken kan eveneens worden verricht door de daartoe door de federale overheid gemachtigde ambtenaren.

4° de toepassing van de normen betreffende de arbeidskaart afgeleverd in het kader van de specifieke verblijfssituatie van de betrokken personen. Het toezicht op de naleving van deze normen behoort tot de bevoegdheid van de federale overheid. De vaststelling van de inbreuken kan eveneens worden verricht door de daartoe door de gewesten gemachtigde ambtenaren”.

Het voorontwerp kan, onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt opgemerkt, worden ingepast in deze bevoegdheden.

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

4.1. Artikel 3, § 3, van het voorontwerp, luidt:

“De oprichting van een nieuwe vennootschap of vereniging waarvan de buitenlandse zelfstandige tot bestuurder wordt benoemd, om niet of tegen betaling, en de benoeming van de buitenlandse zelfstandige tot bestuurder van een bestaande vennootschap of vereniging, kunnen slechts plaatsvinden na afgifte van de toelating om een zelfstandige activiteit uit te oefenen”.

Aan de gemachtigde werd gevraagd hoe de aangehaalde bepaling zich verhoudt tot de federale bevoegdheid op het vlak van het vennootschapsrecht en meer in het algemeen tot het rechtspersonenrecht.² De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

“Il n'est pas sérieusement contestable que la disposition en question présente un rapport étroit avec la matière du droit des sociétés, au sens que la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 donne à cette notion, telle qu'elle est interprétée par la Cour constitutionnelle.

On tient compte, à cet égard, de la jurisprudence la plus récente de la Cour, selon laquelle:

‘[...] il importe peu que, par les dispositions attaquées, le législateur décrétal n'empêche pas l'application des dispositions du Code des sociétés qui sont citées dans le moyen, mais prévoit davantage de contrôles sur certaines sociétés. En effet, ce faisant, les dispositions attaquées modifient la réglementation relative à la prise de certaines décisions au sein des sociétés concernées et ont donc une incidence sur les pouvoirs des organes de ces sociétés. Il en découle que les dispositions attaquées ressortissent à la matière du droit des sociétés.’ (Arrêt 9/20 du 16 janvier 2020).

L'article 3, §3 en projet a indéniablement une incidence sur les pouvoirs des organes de certaines sociétés, en empêchant tantôt la constitution d'une société, tantôt la nomination d'un administrateur au sein du conseil d'administration.

Nous pensons, cependant, que cet empiètement **très limité** sur les compétences de l'autorité fédérale en matière de droit des sociétés **se justifie par le recours aux pouvoirs implicites** attribués aux législateurs des entités fédérées par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée, rendu applicable à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, rappelée dans le même arrêt, *‘Cette disposition autorise notamment la Région wallonne à prendre un décret réglant une matière fédérale, pour autant que cette disposition soit nécessaire à l'exercice de ses compétences, que cette matière se prête à un règlement différencié et que son incidence sur la matière fédérale ne soit que marginale.’*

Il convient donc d'apprécier en premier lieu si l'article 3, §3 en projet s'avère nécessaire à l'exercice de la compétence confiée à la Région de Bruxelles-Capitale (RBC) en matière d'occupation des travailleurs étrangers (en ce compris les travailleurs indépendants) (article 6, §1^{er}, IX, 3^o de la loi spéciale du 8 août 1980). Cette compétence a été entièrement transférée aux Régions à l'occasion de la 6^{ème} réforme de l'Etat, en 2014.

² Zie artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 5^o, BWHI, wat het vennootschapsrecht betreft. Wat het ruimere rechtspersonenrecht betreft, gaat het Grondwettelijk Hof uit van een residuaire federale bevoegdheid (GwH 7 december 2005, nr. 185/2005, B.7; GwH 21 april 2016, nr. 53/2016, B.43.2).

Comme l'a souligné le législateur fédéral en 2001, alors qu'il était encore compétent en la matière, le régime d'autorisation préalable à l'exercice, par un ressortissant étranger, d'une activité professionnelle indépendante '[...] **visé un objectif essentiellement économique**. Elle tend à prévenir tout risque de déséquilibre résultant de flux externes, en particulier au niveau des secteurs d'activités pléthoriques. La carte professionnelle constitue le pendant du permis de travail des salariés étrangers.'

L'article 3, §3 en projet **concourt à cet objectif**. Et il est nécessaire pour l'atteindre.

En effet, la constitution d'une société ou d'une association engendre l'acquisition de la personnalité juridique par le simple dépôt de certains documents de base (article 2:6 du Code des sociétés et associations (CSA)). Une fois la personnalité juridique acquise par la société, il devient **particulièrement difficile** pour l'autorité régionale d'atteindre l'objectif consistant à vérifier, préalablement au début de l'activité, l'intérêt de l'activité professionnelle de l'étranger pour l'économie de la Région et son développement. C'est singulièrement le cas à l'heure où les sociétés peuvent de plus en plus aisément être administrées, **depuis l'étranger**, au moyen des nouvelles technologies de la communication (**voir les développements sous le point c), notamment l'arrêt 176/2004 de la Cour constitutionnelle**). Ce constat est renforcé par la possibilité, introduite par la loi du 12 juillet 2021, de constituer une société en ligne. Dès lors que la personne morale aura acquis la personnalité juridique, l'autorité régionale ne sera plus en mesure d'empêcher efficacement la création d'une activité économique qui serait gérée depuis l'étranger par un ressortissant étranger, **ce qui viderait de sa substance le principe de l'autorisation préalable instauré dans l'objectif d'assurer un contrôle de l'intérêt économique des activités exercées par les ressortissants étrangers**.

L'interdiction érigée à l'article 3, §3 en projet ne vise cependant **que** la constitution de sociétés ou d'associations dont un ressortissant étranger est, au moment de la constitution, désigné en tant que mandataire exerçant, à ce titre, **une activité professionnelle**. Elle **n'empêche donc pas** la constitution de sociétés ou d'associations dont un ou plusieurs associés fondateurs (passifs) sont des ressortissants de pays tiers (voir les développements sous c) au sujet de la notion d'activité professionnelle).

La même justification vaut pour l'interdiction de la désignation d'un ressortissant étranger en tant qu'administrateur exerçant, à ce titre, une activité professionnelle au sein d'une société existante: une fois la désignation de l'administrateur accomplie dans les formes prévues par le CSA, le contrôle préalable de l'autorité régionale se trouve vidé de sa substance.

(...)

De ce qui précède, il ressort que la mesure établie par l'article 3, §3 en projet **est nécessaire à l'exercice effectif de la compétence attribuée à la Région de Bruxelles-Capitale en matière de migration économique**.

Quant à l'impact marginal de l'empiètement sur la compétence fédérale, il résulte de la limitation stricte de la disposition en cause **aux ressortissants de pays tiers** (qui ne sont, en outre, pas dispensés de l'obligation d'obtenir une autorisation d'exercer une activité indépendante). On souligne que les étrangers autorisés au séjour illimité en Belgique, ainsi qu'un certain nombre d'étrangers ayant exercé leur droit au regroupement familial, sont dispensés, par l'autorité fédérale, de l'obligation d'obtenir une autorisation préalable à l'exercice d'une activité indépendante. Il en résulte que seront seuls concernés par l'interdiction érigée par l'article 3, §3 en projet, les ressortissants étrangers qui ne séjournent pas encore en Belgique et ceux qui y séjournent pour une durée limitée. **Non seulement** l'interdiction en question ne vise donc que les ressortissants de pays tiers, **mais**

en outre cette catégorie est limitée aux étrangers qui n'ont pas (encore) l'autorisation de demeurer de manière illimitée sur le territoire – ce qui justifie d'autant plus que s'exerce à l'égard de leur projet d'activité professionnelle un examen de son intérêt économique, leur séjour pérenne sur le territoire n'étant pas encore acquis.

Enfin, la matière se prête à un règlement différencié dès lors qu'en soi, l'interdiction en cause ne modifie pas les dispositions du CSA.”

4.2. Opdat de ordonnantiegever de ontworpen regeling zou kunnen aannemen, zal effectief een beroep moeten kunnen worden gedaan op de impliciete bevoegdheden zoals bedoeld in artikel 10 BWHI. Op grond van de impliciete bevoegdheden kan de bevoegdheid van een andere overheid immers worden betreden voor zover zulks noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de eigen bevoegdheid, de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent en de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.³ Het is evenwel zeer de vraag of aan elk van de voornoemde voorwaarden kan worden voldaan met betrekking tot het bepaalde in artikel 3, § 3, van het voorontwerp.

4.3. In zoverre artikel 3, § 3, van het voorontwerp, tot doel heeft om een bestaande onzekerheid weg te nemen, kan dat binnen de eigen bevoegdheden worden bewerkstelligd, bijvoorbeeld door uitdrukkelijker te bepalen vanaf wanneer de verplichting om te beschikken over een toelating als buitenlandse zelfstandige geldt. Het toezicht en de handhaving ter zake kunnen eveneens binnen de eigen bevoegdheden worden geregeld.

Daarnaast verwijst de gemachtigde naar het streven om een voorafgaande controle mogelijk te maken in verband met de vraag of de beoogde activiteit zal bijdragen tot de economie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest. Een dergelijke beoordeling kan weliswaar in verband worden gebracht met de ontworpen regeling (zie artikel 9, § 2, van het voorontwerp), maar dat betekent niet automatisch dat het verbod om een nieuwe rechtspersoon op te richten of een bestuurder te benoemen in een bestaande rechtspersoon in de in artikel 3, § 3, van het voorontwerp, bedoelde gevallen als noodzakelijk voor de uitoefening van de eigen bevoegdheden kan worden beschouwd. Daarbij moet rekening worden gehouden met het gegeven dat de in artikel 6, § 1, IX, 3°, BWHI, vervatte bevoegdheid inzake “de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten” deel uitmaakt van de gewestelijke bevoegdheden inzake het “tewerkstellingsbeleid”, die ook de regeling inzake de beroepskaarten betreft zoals bedoeld in de wet van 19 februari 1965.⁴ Er kan, in overeenstemming met artikel 1, eerste lid, van de wet van 19 februari 1965, tevens worden aangenomen dat daaronder de zelfstandige beroepsactiviteiten vallen die in of via een vennootschap of vereniging worden verricht. Daaruit valt echter niet zonder meer af te leiden dat de gewesten de oprichting van of de benoeming in die entiteiten kunnen regelen of, meer in het algemeen, de economische of andere activiteiten ervan kunnen reguleren.⁵

³ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bv.: GwH 12 maart 2015, nr. 29/2015, B.11; GwH 21 april 2016, nr. 53/2016, B.92.4.

⁴ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 110.

⁵ Voor zover relevant kan worden vastgesteld dat de ontworpen bepaling in elk geval niet is vormgegeven als een vestigingsvoorwaarde in de zin van artikel 6, § 1, VI, eerste lid, 6°, BWHI.

Het is bijgevolg twijfelachtig dat de preventieve controle door middel van het in artikel 3, § 3, van het voorontwerp, vervatte verbod als noodzakelijk kan worden beschouwd voor de uitoefening van de eigen bevoegdheden.

Daarnaast lijkt evenmin te zijn voldaan aan de voorwaarden dat de betrokken aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag op de federale regeling marginaal is. Het verbod om een rechtspersoon op te richten raakt immers het bestaan van de rechtspersoon zelf, hetgeen een wezenlijke impact heeft op het rechtsverkeer.⁶ Het verbod om bepaalde personen als bestuurder te benoemen in een bestaande rechtspersoon kan eveneens de samenstelling van het bestuursorgaan en de door dat orgaan genomen beslissingen aantasten. Bovendien geldt de ontworpen bepaling ten aanzien van een onbepaald en mogelijk groot aantal vennootschappen en verenigingen, waardoor de impact ervan op zich al bezwaarlijk als marginaal kan worden beschouwd.

Uit wat voorafgaat volgt dat, tenzij alsnog in de memorie van toelichting zou kunnen worden verantwoord dat voldaan is aan de voorwaarden die de toepassing van artikel 10 BWHI impliceert, artikel 3, § 3, als zodanig niet in het voorontwerp kan worden behouden.

5. Wat de regeling ten aanzien van werknemers betreft bepaalt artikel 5, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, dat de verplichting voor de werkgever die een buitenlandse werknemer wil tewerkstellen om eerst een toelating tot arbeid te verkrijgen niet geldt voor, onder meer, “een buitenlandse werknemer die mag werken op grond van zijn specifieke verblijfssituatie”.

Er wordt evenwel niet in een gelijkaardige uitzondering voorzien in artikel 9, § 1, van het voorontwerp, op grond waarvan elke in die bepaling bedoelde buitenlandse zelfstandige in het bezit moet zijn van een toelating om een zelfstandige activiteit uit te oefenen. Artikel 10 van het voorontwerp bevat weliswaar een machtiging aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering om categorieën van buitenlandse zelfstandigen van die verplichting vrij te stellen, maar die categorieën moeten betrekking hebben op het voorwerp of de duur van de beroepsactiviteiten, de uitvoering van internationale verdragen of het bestaan van een wederkerigheidsmaatregel. Die machtiging kan bijgevolg niet worden gebruikt om personen die een vrijstelling genieten op grond van hun specifieke verblijfssituatie te ontslaan van de in artikel 9, § 1, van het voorontwerp, vervatte verplichting.

Alhoewel artikel 9, § 1, van het voorontwerp, bevoegdheidsconform zou kunnen worden gelezen, strekt het tot aanbeveling daarin in een gelijkaardige uitzondering te voorzien als die welke is opgenomen in artikel 5, § 1, eerste lid, van het voorontwerp.

⁶ Het verbod blijft niet beperkt tot louter de benoeming van de buitenlandse zelfstandige tot bestuurder, maar strekt zich uit tot de oprichting van de vennootschap of vereniging. Vraag is trouwens of de niet-naleving van de bepaling van artikel 3, § 3, van het voorontwerp, bijvoorbeeld een nietigheidgrond uitmaakt en of dergelijke gevolgen wel in een redelijke verhouding staan tot het gegeven dat zelfs de benoeming wordt verboden van buitenlandse zelfstandigen die onbezoldigde diensten als bestuurder presteren.

6. In artikel 15, § 3, eerste lid, van het voorontwerp, wordt onder meer bepaald dat het “beroep zoals bedoeld in de §§ 1 en 2 wordt opgesteld in de taal van de aangevochten beslissing”.

In zover het bepaalde in artikel 15, § 3, eerste lid, van het voorontwerp, louter een bevestiging inhoudt van de federale bevoegdheid om het betrokken taalgebruik te regelen,⁷ is dergelijke bepaling overbodig. Mocht daarentegen deze laatste een afwijking inhouden van de federale regeling ter zake, zou deze niet kunnen doorgaan. In beide gevallen dient de conclusie te zijn dat de eerste zin van artikel 15, § 3, eerste lid, van het voorontwerp, dient te worden geschrapt.

7. In artikel 22 van het voorontwerp wordt bepaald dat eenieder “die zich schuldig maakt aan een misdrijf bedoeld in deze ordonnantie, (...) hoofdelijk aansprakelijk [is] voor de betaling van de kosten van repatriëring, alsmede van een forfaitaire vergoeding voor de kosten van huisvesting, verblijf en gezondheidszorg van de betrokken buitenlandse werknemers of van de buitenlandse zelfstandigen en van de leden van hun gezin die onwettig in België verblijven”.⁸

Alhoewel de gewesten bevoegd zijn voor de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, voor zover die niet afhangt van hun specifieke verblijfssituatie, en zij bijgevolg ook bevoegd zijn om ter zake in sancties te voorzien, verwijst artikel 22 van het voorontwerp naar “kosten” die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren. Dat geldt in elk geval voor de repatriëringskosten. Hetzelfde zal wellicht veelal het geval zijn voor de kosten voor gezondheidszorg.⁹

Hieromtrent om nadere toelichting verzocht, verklaarde de gemachtigde het volgende:

“Effectivement, à la suite d’une analyse approfondie, il apparaît que cette disposition, reprise de la loi du 30 avril 1999 relative à l’occupation des travailleurs étrangers, relève de la compétence de l’autorité fédérale. Ceci est suffisamment démontré, d’une part, par la circonstance que l’éloignement des étrangers est une compétence fédérale et, d’autre part, par la circonstance que les indemnités prévues par cette disposition visent, par conséquent, le remboursement par l’employeur de dépenses qui incombent à l’autorité fédérale dans le cadre de l’éloignement. L’article 22 sera supprimé du projet.”

Niettegenstaande de verwijzing naar “kosten” inzake aangelegenheden die niet tot de eigen bevoegdheden van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest behoren, maakt artikel 22 van het voorontwerp, net als het bestaande artikel 13 van de wet van 30 april 1999, in beginsel deel uit van de regeling inzake de tewerkstelling van buitenlandse werknemers. Die bepalingen voorzien immers in een bijkomende sanctie ingeval van miskenning van de regels ter zake. In een dergelijk geval is het niet uitgesloten dat de bevoegde wetgever ook de burgerrechtelijke gevolgen van de inbreuk regelt, bijvoorbeeld door te voorzien in een regeling met hoofdelijke

⁷ De regeling van het taalgebruik in bestuurszaken in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad komt in beginsel toe aan de federale wetgever (GwH 25 maart 1986, nr. 13/1986, B.3.a; GwH 25 maart 1986, nr. 15/1986, B.3.a).

⁸ De ontworpen bepaling is geïnspireerd op artikel 13, eerste lid, van de wet van 30 april 1999.

⁹ Wat de gezondheidszorg betreft spelen mogelijk ook gemeenschapsaangelegenheden.

aansprakelijkheid.¹⁰ Op grond van een dergelijke bepaling zou de materieel bevoegde overheid de kosten kunnen verhalen op de betrokkene. De bevoegdheidsverdelende regels verzetten zich dus niet als dusdanig tegen een bepaling in de zin van artikel 22 van het voorontwerp.

Indien artikel 22 uit het voorontwerp zou worden weggelaten, rijst trouwens de vraag of artikel 13 van de wet van 30 april 1999 blijft bestaan. Artikel 29, § 1, van het voorontwerp, voorziet immers in de opheffing van de wet van 30 april 1999 “wat betreft de bepalingen die tot de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest behoren”, maar de bevoegdheid van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest voor het bepaalde in het voornoemde artikel 13 valt niet zonder meer uit te sluiten.

Het voorgaande is van belang omdat de betrokken regeling niet zonder meer kan worden opgeheven zonder in een bepaling met een gelijkaardige draagwijdte te voorzien. De regeling kadert immers in de omzetting van richtlijn 2009/52/EG van 18 juni 2009.¹¹

De ordonnantiegever kan er bijgevolg voor kiezen om een bepaling in die zin in het voorontwerp te behouden. Die bepaling moet dan wel zo worden geïnterpreteerd en toegepast dat het enkel aan de ter zake bevoegde overheid toekomt om de betrokken kosten effectief in te vorderen.¹²

8. In artikel 24 van het voorontwerp wordt bepaald dat “[a]lle bepalingen van boek I van het Strafwetboek, met uitzondering van hoofdstuk V, maar met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85, (...) van toepassing [zijn] op de inbreuken, vermeld in deze ordonnantie.” Artikel 28 bevat een gelijkaardige, maar niet identieke bepaling (zie wat dat betreft ook de opmerking onder randnummer 25).

Overeenkomstig artikel 11, eerste lid, BWHI,¹³ kan de ordonnantiegever strafbepalingen aannemen en zijn “de bepalingen van Boek I van het Strafwetboek (...) hierop van toepassing, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere inbreuken door een [ordonnantie] kunnen worden gesteld”. Tenzij anders bepaald, is dat met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85 van het Strafwetboek.¹⁴

Onder voorbehoud van hetgeen onder randnummer 25 wordt opgemerkt, volstaat het, en is het bovendien meer in overeenstemming met de bevoegdheidsverdelende regels, om in artikel 24 van het voorontwerp uitsluitend te bepalen dat hoofdstuk V van boek I van het Strafwetboek geen toepassing vindt.

¹⁰ Zie GwH 3 maart 2016, nr. 33/2016, B.6.1-B.6.2, over het oude artikel 1202 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 5.160 Nieuw Burgerlijk Wetboek).

¹¹ Zie met name artikel 5 van richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 ‘tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen’.

¹² In dat geval verdient het aanbeveling de verwijzing naar “een forfaitaire vergoeding”, in artikel 22 van het voorontwerp, aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen. Het blijft immers onduidelijk hoe dat forfaitaire bedrag wordt bepaald.

¹³ Die bepaling is van toepassing ten aanzien van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de bijzondere wet van 12 januari 1989 ‘met betrekking tot de Brusselse instellingen’.

¹⁴ GwH 22 september 2022, nr. 109/2022, B.24.3.

VORMVEREISTEN

9. De gemachtigde bevestigde dat over het voorontwerp het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit wordt ingewonnen.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van het voornoemde advies nog wijzigingen zou ondergaan,¹⁵ 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

ALGEMENE OPMERKINGEN

10. In de mate de ontworpen regeling tevens een omzetting inhoudt van sommige bepalingen van de voornoemde richtlijn 2009/52/EG van 18 juni 2009 wordt daarvan, ter wille van artikel 17, lid 1, van die richtlijn, het best uitdrukking gegeven in het voorontwerp. Dat kan door daartoe een verduidelijking op te nemen in de memorie van toelichting, maar ook door middel van het invoegen van een nieuw artikel 1 in het voorontwerp waarin wordt vermeld dat de ontworpen ordonnantie een (gedeeltelijke) omzetting inhoudt van de betrokken richtlijn. De gemachtigde verstrekke in dat verband alvast de volgende verduidelijking:

“Tout d’abord, l’on précise que l’ordonnance en projet n’a pas pour objectif de modifier la manière dont la directive 2009/52 a été transposée. De notre point de vue, les normes de la loi du 30 avril 1999 (qui sera abrogée par l’ordonnance en projet) qui transposaient partiellement ladite directive se retrouvent donc, en substance, dans l’ordonnance en projet.

Les articles qui assurent une transposition de la directive sont donc les suivants: les articles 6; 18, §2; 19, §§1, 2 et 4; 21 et 22.”

11.1. Het voorontwerp bevat bepalingen die een verwerking van persoonsgegevens impliceren (zie in het bijzonder artikel 27).

Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke inmenging in 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

¹⁵ 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.

betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.¹⁶

Bijgevolg moeten de “essentiële elementen” van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband zijn de afdeling Wetgeving en het Grondwettelijk Hof 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.¹⁷

11.2. Daar waar kan worden aangenomen dat de met de verwerking nagestreefde doelstelling tot op zekere hoogte uit diverse bepalingen van het voorontwerp kan blijken, is zulks niet zonder meer het geval voor alle van de onder randnummer 11.1 vermelde essentiële elementen.

11.3. Wanneer de grondwetgever in een formeel legaliteitsbeginsel voorziet, vereist dat een uitdrukkelijk optreden van de bevoegde wetgever om de erin gewaarborgde fundamentele rechten en vrijheden te beperken.¹⁸ Op die manier wordt de democratische betrokkenheid bij de totstandkoming van die norm gewaarborgd en is de wilsuiting van de bevoegde wetgever voor de burger in de wettelijke normatieve akte toegankelijk.

De werkwijze waarbij de Brusselse Hoofdstedelijke Regering wordt gemachtigd om de categorieën van persoonsgegevens vast te stellen die volgens artikel 27, derde lid, van het voorontwerp, “absoluut moeten worden verzameld” – hetgeen strikt genomen zelfs niet betekent dat enkel die categorieën van persoonsgegevens mogen worden verzameld – en de ordonnantiegever daarbij bepaalde criteria vaststelt die de Brusselse Hoofdstedelijke Regering in acht moet nemen, komt daar niet ten volle aan tegemoet.

Het komt immers aan de ordonnantiegever zelf toe de categorieën van verwerkte gegevens op een meer uitdrukkelijke en afgebakende wijze te bepalen.

11.4. Wat betreft de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens voorziet artikel 27, eerste lid, van het voorontwerp, erin dat de Brusselse Hoofdstedelijke Regering “de autoriteit [aanwijst] die verantwoordelijk is voor de verwerking van de persoonsgegevens”.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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’, opm. 101 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119). Zie ook GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1 en GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2; GwH 16 februari 2023, nr. 26/2023, B.74.1.

¹⁸ Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021, opm. 70 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 94-95).

Zoals de afdeling Wetgeving in het verleden reeds heeft opgemerkt, kan een delegatie aan de uitvoerende macht om een bepaalde dienst aan te wijzen die betrokken is bij de verwerking van persoonsgegevens, worden verantwoord door de specifieke bevoegdheden van de betrokken regering over de organisatie van de eigen diensten.¹⁹

Hieromtrent om nadere toelichting verzocht, bevestigde de gemachtigde dat in artikel 27, eerste lid, van het voorontwerp, een eigen dienst van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering wordt bedoeld en stelde hij voor dat “[l]e terme ‘autorité’ visé au § 1^{er} sera donc remplacé par ‘service’.” Daarmee kan worden ingestemd.

11.5. Nog wat betreft de personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens, wordt de Brusselse Hoofdstedelijke Regering in artikel 27, vijfde lid, van het voorontwerp, opgedragen te bepalen aan welke overheden de in het eerste lid bedoelde persoonsgegevens mogen worden toegestuurd.

Niettegenstaande de gemachtigde die bepaling in verband brengt met artikel 23 van de algemene verordening gegevensbescherming²⁰ voldoet een dergelijke algemene omschrijving door de ordonnantiegever niet aan het in artikel 22 van de Grondwet vervatte formele legaliteitsbeginsel.

11.6. Uit wat voorafgaat volgt dat artikel 27 van het voorontwerp zal moeten worden herzien wat de erin opgenomen regeling op het vlak van de verwerking van persoonsgegevens betreft.

ARTIKELSGEWIJZE OPMERKINGEN

Artikel 2

12. De definities van de begrippen “buitenlandse werknemer” en “buitenlandse zelfstandige”, in respectievelijk artikel 2, 4° en 5°, van het voorontwerp, bouwen voort op de omschrijving van het begrip “buitenlandse arbeidskracht”, in artikel 2, 3°, van het voorontwerp. Blijkens deze laatste omschrijving dient de betrokkene, om te kunnen worden beschouwd als een “buitenlandse arbeidskracht”, ofwel een aanvraag tot toelating te hebben ingediend, ofwel als werknemer of zelfstandige te werken “onder dekking van de vereiste toelating” (“sous couvert de l’autorisation requise”). Een persoon die beroepsactiviteiten verricht, maar die geen aanvraag heeft ingediend en bijgevolg niet over een toelating beschikt, is voor de toepassing van de ontworpen regeling bijgevolg geen “buitenlandse arbeidskracht”.

Daardoor dreigt het voorontwerp zijn doel te missen. Zo bepaalt artikel 3, § 1, dat geen enkele arbeidsprestatie door een buitenlandse werknemer of een buitenlandse zelfstandige mag worden verricht “zolang de krachtens de huidige ordonnantie vereiste toelating niet is

¹⁹ Zie artikel 87 BWHI dat, overeenkomstig artikel 40, § 1, van de reeds genoemde bijzondere wet van 12 januari 1989, van overeenkomstige toepassing is op het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

²⁰ 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)’.

verkregen”, maar gelet op de voornoemde definities geldt die bepaling niet ten aanzien van personen die geen aanvraag hebben ingediend. De gemachtigde erkende dat het voorontwerp op die manier kan worden gelezen en dat zulks zou ingaan tegen de doelstellingen van het voorontwerp. Hij stelt voor om de tekst van het voorontwerp op dat punt aan te passen, waarmee kan worden ingestemd.

Artikel 4

13. In de Nederlandse tekst van artikel 4, § 3, van het voorontwerp, wordt melding gemaakt van “de betrokkene”. In de Franse tekst stemmen hiermee de woorden “ce dernier” overeen. Met deze laatste verwijzing in de Franse tekst dreigt verwarring te ontstaan omdat de onmiddellijk aan die woorden voorafgaande entiteit die wordt genoemd de regering is. De gemachtigde deelde wat dat betreft het volgende mee:

“‘Ce dernier’ slaat wel degelijk op ‘le travailleur étranger salarié’ die een aanvraag van toelating tot arbeid van onbepaalde duur wenst in te dienen, en die als dusdanig te onderscheiden valt van de ‘employeur’ van §1 en §2. Om verwarring te vermijden zullen we voorstellen om ‘ce dernier’ te vervangen door ‘la personne concernée’ conform de Nederlandse versie”.

Er kan worden ingestemd met het aldus door de gemachtigde geformuleerde voorstel.

Artikel 5

14. In de Nederlandse tekst van artikel 5, § 2, eerste lid, van het voorontwerp, wordt gerefereerd aan zowel “een redelijke” termijn als een “billijke” termijn. Afgezien van de opmerking dat, indien telkens eenzelfde termijn wordt beoogd, voor een eenvormige terminologie moet worden geopteerd, dient te worden vastgesteld dat in de Franse tekst slechts één keer melding wordt gemaakt van “un délai raisonnable” zodat de Nederlandse en de Franse tekst op dit punt niet met elkaar overeenstemmen en vanuit dat oogpunt aan een bijkomend onderzoek moeten worden onderworpen.

Artikel 7

15. In artikel 7, § 2, van het voorontwerp, moet de zinsnede “voor wie de vrijstelling geldt zoals bedoeld in lid 1” worden vervangen door de zinsnede “voor wie de vrijstelling geldt zoals bedoeld in paragraaf 1”.

Artikel 11

16. De Nederlandse tekst van artikel 11, § 2, derde lid, van het voorontwerp, moet aanvatten als volgt: “Wanneer een verzoek om aanvullende informatie ...” in plaats van “Wanneer een verzoek om nadere informatie ...”. In zowel artikel 11, § 2, tweede lid, als in de derde zin van artikel 11, § 2, derde lid, wordt immers melding gemaakt van “aanvullende” en niet van “nadere” informatie.

Artikel 18

17. Artikel 18, § 2, van het voorontwerp bevat, net zoals artikel 20, tweede lid, een regeling inzake de herhaling. Naar het zeggen van de gemachtigde zou de regeling op dit punt incoherent zijn en worden aangepast. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat beide bepalingen een verschillende regeling bevatten: artikel 18, § 2, voorziet enkel in de verdubbeling van de strafrechtelijke geldboete, terwijl artikel 20, tweede lid, in de verdubbeling van de “strafrechtelijke sancties” voorziet. De gemachtigde verklaarde in dat verband dat de regeling inzake de herhaling eenvormig zal worden gemaakt. In elk geval zullen beide bepalingen aan een bijkomend onderzoek moeten worden onderworpen waarbij in voorkomend geval moet worden nagegaan of die bepalingen niet het best in een enkele bepaling worden geïntegreerd.

Artikel 19

18. Aan het einde van de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 19, § 2, eerste lid, van het voorontwerp, moeten de woorden “op het ogenblik van een buitenlandse werknemer” worden vervangen door de woorden “op het ogenblik van de tewerkstelling van een buitenlandse werknemer” (“lors de l’occupation d’un travailleur étranger salarié”). Nog in de Nederlandse tekst dient aan het einde van artikel 19, § 3, eerste lid, 2°, te worden geschreven “zonder de grenzen van de toelating tot arbeid te respecteren” in plaats van “zonder de grenzen van de toelating tot arbeid beschikt te respecteren”, en moet in de inleidende zin van artikel 19, § 4, eerste lid, worden geschreven “in strijd met deze ordonnantie” (“en contravention avec la présente ordonnance”) in plaats van “in strijd met deze wet”.

Artikel 20

19. In artikel 20, eerste lid, 1°, van het voorontwerp, stemmen de Nederlandse (“de verplichtingen vermeld in artikel 1 van onderhavige ordonnantie”) en de Franse tekst (“l’obligation visée à l’article 9, de la présente ordonnance”) niet overeen. Ook in de Nederlandse tekst zal moeten worden gerefereerd aan artikel 9 van het voorontwerp.

Artikel 21

20. Ook wat het opschrift betreft van onderafdeling 2, dat aan artikel 21 van het voorontwerp, voorafgaat, is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse (“Bijzondere bepalingen”) en de Franse tekst (“Dispositions particulières en matière de sanctions pénales”). Het betrokken opschrift moet inhoudelijk uiteraard overeenstemmen in de Nederlandse en de Franse tekst.

21. De nummering van de paragraafsgewijze indeling van artikel 21 van het voorontwerp, dient te worden gecorrigeerd in de Nederlandse tekst. Hetzelfde geldt voor de verwijzing, in zowel de Nederlandse als de Franse tekst, naar “de inbreuken van artikel 20, § 3” (“les infractions visées à l’article 20, § 3,”) in artikel 21, § 3, eerste lid (niet “artikel 21, § 8, eerste lid”, in de Nederlandse tekst). Artikel 20 van het voorontwerp is immers niet in paragrafen ingedeeld.

Artikel 22

22. Naar analogie van de Franse tekst moet in de Nederlandse tekst van artikel 22 van het voorontwerp worden geschreven “bedoeld in deze ordonnantie en haar uitvoeringsbesluiten” (“visée à la présente ordonnance et à ses arrêtés d’exécution”) in plaats van “bedoeld in deze ordonnantie”).

Artikel 23

23. De verwijzing naar “artikel 21, eerste lid, 2° tot 2°”, aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 23, eerste lid, van het voorontwerp, moet worden gecorrigeerd. Daarbij dient er niet enkel rekening mee te worden gehouden dat deze verwijzing niet overeenstemt met de verwijzing in de Franse tekst (“pour les infractions visées à l’article 21 premier alinéa, 2° à 4°”), maar ook met het gegeven dat artikel 21 van het voorontwerp, waarnaar wordt verwezen, in paragrafen is ingedeeld, waarmee uiteraard ook in de Franse tekst moet rekening worden gehouden.

Voorts moet, ter wille van de leesbaarheid van artikel 23, eerste lid, van het voorontwerp, in de Nederlandse tekst ervan worden geschreven “als de vreemdeling is veroordeeld wegens namaken” in plaats van “als de vreemdeling wegens namaken”.

24. In de Nederlandse tekst van artikel 23, tweede lid, van het voorontwerp, moet worden geschreven: “Zij zullen eveneens de sluiting kunnen bevelen van de onderneming die wordt uitgebaat door de buitenlandse zelfstandige die ... of aan één der inbreuken vermeld in artikel 21 schuldig heeft gemaakt”.

Artikel 24

25. De nummering van artikel 24 van het voorontwerp dient te worden gecorrigeerd in de Nederlandse tekst. Daarenboven moet worden vastgesteld dat, benevens in artikel 24, tevens in artikel 28 van het voorontwerp, wordt voorzien in de al dan niet toepasselijkheid van bepaalde onderdelen van het Strafwetboek, zij het dat enkel in artikel 24 de toepassing wordt uitgesloten van hoofdstuk V van boek I van het Strafwetboek. De gemachtigde deelde mee dat het ter zake om een vergissing gaat. De verhouding tussen beide bepalingen dient hoe dan ook nog aan een bijkomend onderzoek te worden onderworpen.

Artikel 25

26. In het opschrift dat voorafgaat aan artikel 25 van het voorontwerp moet, in de Nederlandse tekst, melding worden gemaakt van “[h]oofdstuk V” en niet van “[h]oofdstuk IV”.

Artikel 27

27. Waar in de Franse tekst van diverse leden van artikel 27 van het voorontwerp melding wordt gemaakt van de term “autorité(s)”, wordt in de Nederlandse tekst gebruik gemaakt van zowel de term “overheden” als de term “autoriteit”. Ook in de Nederlandse tekst zou in de mate van het mogelijke moeten worden gestreefd naar een eenvormige terminologie.²¹

28. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 27, vierde lid, van het voorontwerp, moet worden geschreven “... tot de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten en hun verblijf” in plaats van “... tot de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskracht en hun verblijf”.

Artikel 29

29. In artikel 29 van het voorontwerp wordt bepaald dat de erin genoemde wetten van 19 februari 1965 en 30 april 1999 worden opgeheven “wat betreft de bepalingen die tot de bevoegdheid van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest behoren”. Onverminderd de opmerking onder randnummer 7, is deze zinsnede overbodig aangezien de ordonnantiegever uiteraard enkel in de opheffing kan voorzien voor zover het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest bevoegd is.²²

²¹ Zie evenwel de opmerking onder randnummer 11.4.

²² Zie in dezelfde zin *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanwijzing 139, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvstconsetat.be). Wel dient in een opheffingsbepaling tevens melding te worden gemaakt van de nog van kracht zijnde teksten die in het verleden wijzigingen hebben aangebracht aan de op te heffen regeling (zie de voornoemde handleiding, aanwijzing 138).

Artikel 31

30. In artikel 31 van het voorontwerp wordt de Brusselse Hoofdstedelijke Regering opgedragen om de datum van inwerkingtreding van de ontworpen ordonnantie vast te stellen, met dien verstande dat de inwerkingtreding dient te gebeuren tegen een uiterste datum die nog niet in het voorontwerp wordt vermeld. De gemachtigde verstrekte wat dat betreft de volgende verduidelijking:

“La volonté du Gouvernement est que l’ordonnance entre en vigueur avant la fin de la législature, en même temps que l’arrêté d’exécution actuellement en préparation.”

De afdeling Wetgeving neemt hiervan akte.

*

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 ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis vise à régler les aspects relatifs à la migration économique relevant du champ des compétences de la Région de Bruxelles-Capitale. À cet effet, il règle tant l'occupation des travailleurs étrangers salariés que les activités des travailleurs étrangers indépendants. Le régime en projet est destiné à se substituer tant à la loi du 19 février 1965 'relative à l'exercice, par les étrangers, des activités professionnelles indépendantes' qu'à la loi du 30 avril 1999 'relative à l'occupation des travailleurs étrangers', dont l'article 29 de l'avant-projet prévoit l'abrogation en ce qui concerne les dispositions relevant de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale. L'ordonnance en projet entrera en vigueur à la date qui sera fixée par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, étant entendu que l'entrée en vigueur doit avoir lieu au plus tard à une date devant encore être fixée par le législateur régional bruxellois (article 31 de l'avant-projet).

COMPÉTENCE

3. Conformément à l'article 6, § 1^{er}, IX, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' (LSRI), les régions sont compétentes, en ce qui concerne la politique de l'emploi, notamment pour :

« 3° l'occupation des travailleurs étrangers, à l'exception des normes relatives au permis de travail délivré en fonction de la situation particulière de séjour des personnes concernées et aux dispenses de cartes professionnelles liées à la situation particulière de séjour des personnes concernées.

La constatation des infractions peut aussi être effectuée par les fonctionnaires habilités à cette fin par l'autorité fédérale.

4° l'application des normes relatives au permis de travail délivré en fonction de la situation particulière de séjour des personnes concernées. La surveillance du respect de ces normes relève de l'autorité fédérale. La constatation des infractions peut également être faite par des fonctionnaires habilités à cette fin par les régions ».

L'avant-projet peut s'inscrire dans ces compétences sous réserve des observations formulées ci-après.

4.1. L'article 3, § 3, de l'avant-projet s'énonce comme suit :

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

« La constitution d'une nouvelle société ou association dont le travailleur étranger indépendant est désigné administrateur, à titre gratuit ou rémunéré, et la désignation du travailleur étranger indépendant en tant qu'administrateur d'une société ou association existante, ne peuvent avoir lieu qu'après la délivrance de l'autorisation d'exercer une activité indépendante ».

Le délégué a été interrogé sur l'articulation entre la disposition précitée et la compétence fédérale dans le domaine du droit des sociétés et, plus généralement, le droit des personnes morales ². À ce sujet, il a déclaré ce qui suit :

« Il n'est pas sérieusement contestable que la disposition en question présente un rapport étroit avec la matière du droit des sociétés, au sens que la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 donne à cette notion, telle qu'elle est interprétée par la Cour constitutionnelle.

On tient compte, à cet égard, de la jurisprudence la plus récente de la Cour, selon laquelle:

'[...] il importe peu que, par les dispositions attaquées, le législateur décrétal n'empêche pas l'application des dispositions du Code des sociétés qui sont citées dans le moyen, mais prévoit davantage de contrôles sur certaines sociétés. En effet, ce faisant, les dispositions attaquées modifient la réglementation relative à la prise de certaines décisions au sein des sociétés concernées et ont donc une incidence sur les pouvoirs des organes de ces sociétés. Il en découle que les dispositions attaquées ressortissent à la matière du droit des sociétés.' (Arrêt 9/20 du 16 janvier 2020).

L'article 3, §3 en projet a indéniablement une incidence sur les pouvoirs des organes de certaines sociétés, en empêchant tantôt la constitution d'une société, tantôt la nomination d'un administrateur au sein du conseil d'administration.

Nous pensons, cependant, que cet empiètement très limité sur les compétences de l'autorité fédérale en matière de droit des sociétés se justifie par le recours aux pouvoirs implicites attribués aux législateurs des entités fédérées par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980, précitée, rendu applicable à la Région de Bruxelles-Capitale par l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, rappelée dans le même arrêt, *'Cette disposition autorise notamment la Région wallonne à prendre un décret réglant une matière fédérale, pour autant que cette disposition soit nécessaire à l'exercice de ses compétences, que cette matière se prête à un règlement différencié et que son incidence sur la matière fédérale ne soit que marginale.'*

Il convient donc d'apprécier en premier lieu si l'article 3, §3 en projet s'avère nécessaire à l'exercice de la compétence confiée à la Région de Bruxelles-Capitale (RBC) en matière d'occupation des travailleurs étrangers (en ce compris les travailleurs indépendants) (article 6, §1^{er}, IX, 3^o de la loi spéciale du 8 août 1980). Cette compétence a été entièrement transférée aux Régions à l'occasion de la 6^{ème} réforme de l'Etat, en 2014.

Comme l'a souligné le législateur fédéral en 2001, alors qu'il était encore compétent en la matière, le régime d'autorisation préalable à l'exercice, par un ressortissant étranger, d'une activité professionnelle indépendante *'[...] vise un objectif*

² Voir l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 5^o, LSRI, en ce qui concerne le droit des sociétés. En ce qui concerne le droit plus vaste des personnes morales, la Cour constitutionnelle considère qu'il s'agit là d'une compétence fédérale résiduelle (C.C., 7 décembre 2005, n° 185/2005, B.7 ; C.C., 21 avril 2016, n° 53/2016, B.43.2).

essentiellement économique. Elle tend à prévenir tout risque de déséquilibre résultant de flux externes, en particulier au niveau des secteurs d'activités pléthoriques. La carte professionnelle constitue le pendant du permis de travail des salariés étrangers.'

L'article 3, §3 en projet concourt à cet objectif. Et il est nécessaire pour l'atteindre.

En effet, la constitution d'une société ou d'une association engendre l'acquisition de la personnalité juridique par le simple dépôt de certains documents de base (article 2:6 du Code des sociétés et associations (CSA)). Une fois la personnalité juridique acquise par la société, il devient particulièrement difficile pour l'autorité régionale d'atteindre l'objectif consistant à vérifier, préalablement au début de l'activité, l'intérêt de l'activité professionnelle de l'étranger pour l'économie de la Région et son développement. C'est singulièrement le cas à l'heure où les sociétés peuvent de plus en plus aisément être administrées, depuis l'étranger, au moyen des nouvelles technologies de la communication (voir les développements sous le point c), notamment l'arrêt 176/2004 de la Cour constitutionnelle). Ce constat est renforcé par la possibilité, introduite par la loi du 12 juillet 2021, de constituer une société en ligne. Dès lors que la personne morale aura acquis la personnalité juridique, l'autorité régionale ne sera plus en mesure d'empêcher efficacement la création d'une activité économique qui serait gérée depuis l'étranger par un ressortissant étranger, ce qui viderait de sa substance le principe de l'autorisation préalable instauré dans l'objectif d'assurer un contrôle de l'intérêt économique des activités exercées par les ressortissants étrangers.

L'interdiction érigée à l'article 3, §3 en projet ne vise cependant que la constitution de sociétés ou d'associations dont un ressortissant étranger est, au moment de la constitution, désigné en tant que mandataire exerçant, à ce titre, une activité professionnelle. Elle n'empêche donc pas la constitution de sociétés ou d'associations dont un ou plusieurs associés fondateurs (passifs) sont des ressortissants de pays tiers (voir les développements sous c) au sujet de la notion d'activité professionnelle).

La même justification vaut pour l'interdiction de la désignation d'un ressortissant étranger en tant qu'administrateur exerçant, à ce titre, une activité professionnelle au sein d'une société existante: une fois la désignation de l'administrateur accomplie dans les formes prévues par le CSA, le contrôle préalable de l'autorité régionale se trouve vidé de sa substance.

(...)

De ce qui précède, il ressort que la mesure établie par l'article 3, §3 en projet est nécessaire à l'exercice effectif de la compétence attribuée à la Région de Bruxelles-Capitale en matière de migration économique.

Quant à l'impact marginal de l'empiètement sur la compétence fédérale, il résulte de la limitation stricte de la disposition en cause aux ressortissants de pays tiers (qui ne sont, en outre, pas dispensés de l'obligation d'obtenir une autorisation d'exercer une activité indépendante). On souligne que les étrangers autorisés au séjour illimité en Belgique, ainsi qu'un certain nombre d'étrangers ayant exercé leur droit au regroupement familial, sont dispensés, par l'autorité fédérale, de l'obligation d'obtenir une autorisation préalable à l'exercice d'une activité indépendante. Il en résulte que seront seuls concernés par l'interdiction érigée par l'article 3, §3 en projet, les ressortissants étrangers qui ne séjournent pas encore en Belgique et ceux qui y séjournent pour une durée limitée. Non seulement l'interdiction en question ne vise donc que les ressortissants de pays tiers, mais en outre cette catégorie est limitée aux étrangers qui n'ont pas (encore) l'autorisation de demeurer de manière illimitée sur le territoire – ce qui justifie d'autant plus que s'exerce à l'égard de leur projet d'activité professionnelle un examen de son intérêt économique, leur séjour pérenne sur le territoire n'étant pas encore acquis.

Enfin, la matière se prête à un règlement différencié dès lors qu'en soi, l'interdiction en cause ne modifie pas les dispositions du CSA ».

4.2. Pour que le législateur régional bruxellois puisse adopter le régime en projet, il faudra effectivement pouvoir invoquer les compétences implicites visées à l'article 10 LSRI. Sur la base de ces compétences, il peut en effet être empiété sur la compétence d'une autre autorité pour autant que cela puisse être jugé nécessaire à l'exercice de la compétence propre, que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions concernées sur cette matière ne soit que marginale ³. Toutefois, il est très douteux que chacune des conditions précitées puisse être remplie en ce qui concerne l'article 3, § 3, de l'avant-projet.

4.3. Dans la mesure où l'article 3, § 3, de l'avant-projet a pour but de lever une insécurité existante, la poursuite de cet objectif peut se faire dans le cadre des compétences propres, par exemple en prévoyant plus explicitement à partir de quel moment s'applique l'obligation de disposer d'une autorisation en tant que travailleur étranger indépendant. La surveillance et l'application des règles en la matière peuvent également être réglés dans le cadre des compétences propres.

Par ailleurs, le délégué se réfère à l'intention de permettre un contrôle préalable en ce qui concerne la question de savoir si l'activité visée contribuera à l'économie de la Région de Bruxelles-Capitale. Si pareille appréciation peut certes être rapportée au régime en projet (voir l'article 9, § 2, de l'avant-projet), cela ne signifie pas automatiquement que l'interdiction de constituer une nouvelle personne morale ou de nommer un administrateur au sein d'une personne morale existante dans les cas visés à l'article 3, § 3, de l'avant-projet peut être considérée comme nécessaire à l'exercice des compétences propres. À cet égard, il faut garder à l'esprit que la compétence inscrite à l'article 6, § 1^{er}, IX, 3^o, LSRI relative à « l'occupation des travailleurs étrangers » fait partie des compétences régionales en matière de « politique de l'emploi », qui concerne également la réglementation des cartes professionnelles au sens de la loi du 19 février 1965 ⁴. Il peut également être admis, conformément à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 19 février 1965, que relèvent de cette réglementation les activités professionnelles indépendantes exercées au sein d'une société ou d'une association ou par l'intermédiaire de celle-ci. Cependant, on ne peut en déduire purement et simplement que les régions peuvent régler la constitution de ces entités ou la désignation au sein de ces dernières ou, plus généralement, leurs activités économiques ou autres ⁵.

Il est donc douteux que le contrôle préventif au moyen de l'interdiction inscrite à l'article 3, § 3, de l'avant-projet puisse être considéré comme nécessaire à l'exercice des compétences propres.

Par ailleurs, il ne semble pas non plus que soient remplies les conditions requérant que la matière concernée se prête à un régime différencié et que l'incidence sur le régime fédéral

³ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir par exemple : C.C., 12 mars 2015, n° 29/2015, B.11 ; C.C., 21 avril 2016, n° 53/2016, B.92.4.

⁴ *Doc. parl.*, Sénat, 2012-13, n° 5-2232/1, p. 110.

⁵ Dans la mesure où l'on peut pertinemment constater que la disposition en projet n'est en tout cas pas conçue comme une condition d'établissement au sens de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 1^{er}, 6^o, LSRI.

soit marginale. En effet, l'interdiction de constituer une personne morale affecte l'existence même de cette personne, ce qui a une réelle incidence sur l'ordonnancement juridique ⁶. L'interdiction de nommer certaines personnes en tant qu'administrateur d'une personne morale existante peut également affecter la composition de l'organe de gestion et les décisions prises par ce dernier. En outre, la disposition en projet s'applique à un nombre indéterminé et potentiellement élevé de sociétés et d'associations, si bien qu'en soi, son incidence peut difficilement être considérée comme marginale.

Il résulte de ce qui précède qu'à moins de pouvoir encore justifier dans l'exposé des motifs que les conditions qu'implique l'application de l'article 10 LSRI sont remplies, l'article 3, § 3, ne peut être maintenu tel quel dans l'avant-projet.

5. En ce qui concerne le régime applicable aux travailleurs salariés, l'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet prévoit que l'obligation pour l'employeur souhaitant occuper un travailleur étranger salarié d'obtenir au préalable une autorisation ne s'applique pas, entre autres, à l'égard « d'un travailleur étranger autorisé au travail en raison de sa situation particulière de séjour ».

Toutefois, une exception analogue n'est pas prévue à l'article 9, § 1^{er}, de l'avant-projet, en vertu duquel tout travailleur étranger indépendant visé dans cette disposition doit être titulaire d'une autorisation d'exercer une activité indépendante. L'article 10 de l'avant-projet habilite certes le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à exempter des catégories de travailleurs étrangers indépendants de cette obligation, mais ces catégories doivent avoir trait à l'objet des activités professionnelles ou à leur durée, à l'exécution de traités internationaux ou à l'existence d'une mesure de réciprocité. Par conséquent, cette habilitation ne saurait servir à exempter les personnes bénéficiant d'une dispense, fondée sur leur situation particulière de séjour, de l'obligation prévue à l'article 9, § 1^{er}, de l'avant-projet.

Bien que l'article 9, § 1^{er}, de l'avant-projet, puisse être interprété comme étant conforme aux règles répartitrices de compétences, il est recommandé d'y prévoir une exception semblable à celle inscrite à l'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet.

6. L'article 15, § 3, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet dispose entre autres que « le recours visé aux §§ 1 et 2 est rédigé dans la langue de la décision contestée ».

Dans la mesure où il ne fait que confirmer la compétence fédérale consistant à régler l'emploi des langues concerné ⁷, l'article 15, § 3, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet est superflu. Par contre, si cette dernière disposition impliquait une dérogation au régime fédéral en la matière,

⁶ L'interdiction ne se limite pas à la simple désignation du travailleur étranger indépendant comme administrateur, mais s'étend à la constitution de la société ou de l'association. La question se pose d'ailleurs de savoir si le non-respect de la disposition de l'article 3, § 3, de l'avant-projet constitue par exemple une cause de nullité et si de telles conséquences sont bel et bien raisonnablement proportionnées au fait qu'est même interdite la désignation de travailleurs étrangers indépendants effectuant des services non rémunérés en tant qu'administrateur.

⁷ Il appartient en principe au législateur fédéral de régler l'emploi des langues en matière administrative dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale (C.C., 25 mars 1986, n° 13/1986, B.3.a ; C.C., 25 mars 1986, n° 15/1986, B.3.a).

elle ne pourrait pas se concrétiser. En conclusion, il y a lieu de supprimer, dans les deux cas, la première phrase de l'article 15, § 3, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet.

7. L'article 22 de l'avant-projet dispose que quiconque « a commis une infraction visée à la présente ordonnance (...) est solidairement responsable du paiement des frais de rapatriement, ainsi que d'une indemnité forfaitaire pour les frais d'hébergement, de séjour et de soins de santé des travailleurs étrangers salariés ou des travailleurs étrangers indépendants concernés et de ceux des membres de leur famille qui séjournent illégalement en Belgique »⁸.

Bien que les régions soient compétentes pour l'occupation de travailleurs étrangers, pour autant que celle-ci ne dépende pas de leur situation particulière de séjour, et qu'elles soient donc également compétentes pour instaurer des sanctions en la matière, l'article 22 de l'avant-projet se réfère à des « frais » relevant de la compétence de l'autorité fédérale. Tel est en tout état de cause le cas des frais de rapatriement. Il en va sans doute de même des frais concernant les soins de santé⁹.

Invité à fournir de plus amples explications à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Effectivement, à la suite d'une analyse approfondie, il apparaît que cette disposition, reprise de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers, relève de la compétence de l'autorité fédérale. Ceci est suffisamment démontré, d'une part, par la circonstance que l'éloignement des étrangers est une compétence fédérale et, d'autre part, par la circonstance que les indemnités prévues par cette disposition visent, par conséquent, le remboursement par l'employeur de dépenses qui incombent à l'autorité fédérale dans le cadre de l'éloignement. L'article 22 sera supprimé du projet ».

Nonobstant la référence aux « frais » dans des matières qui ne relèvent pas des compétences propres de la Région de Bruxelles-Capitale, l'article 22 de l'avant-projet, tout comme l'actuel article 13 de la loi du 30 avril 1999, fait en principe partie de la réglementation relative à l'occupation des travailleurs étrangers. Ces dispositions prévoient en effet une sanction supplémentaire en cas de non-respect des règles en la matière. Dans un tel cas, il n'est pas exclu que le législateur compétent règle aussi les effets civils de l'infraction, en prévoyant, par exemple, un régime de responsabilité solidaire¹⁰. Sur la base d'une telle disposition, l'autorité matériellement compétente pourrait répercuter les frais sur l'intéressé. Les règles répartitrices de compétences ne s'opposent donc pas en tant que telles à une disposition au sens de l'article 22 de l'avant-projet.

Si l'article 22 était omis de l'avant-projet, la question du maintien de l'article 13 de la loi du 30 avril 1999 se poserait d'ailleurs. En effet, l'article 29, § 1^{er}, de l'avant-projet abroge la loi du 30 avril 1999 « en ce qui concerne les dispositions qui relèvent de la compétence

⁸ La disposition en projet s'inspire de l'article 13, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 avril 1999.

⁹ En ce qui concerne les soins de santé, il est possible que des matières communautaires soient également impliquées.

¹⁰ Voir C.C., 3 mars 2016, n° 33/2016, B.6.1-B.6.2, sur l'ancien article 1202 du Code civil (article 5.160 du Nouveau Code civil).

de la Région de Bruxelles-Capitale », mais la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale pour ce qui est de l'article 13 précité ne peut purement et simplement être exclue.

Cette observation est importante car le régime concerné ne peut être purement et simplement abrogé sans prévoir une disposition ayant une portée analogue. Le régime s'inscrit en effet dans le cadre de la transposition de la directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 ¹¹.

Le législateur régional bruxellois peut par conséquent choisir de maintenir une disposition en ce sens dans l'avant-projet. Celle-ci doit alors être interprétée et appliquée en ce sens qu'il appartient à la seule autorité compétente en la matière de recouvrer effectivement les frais concernés ¹².

8. L'article 24 de l'avant-projet dispose que « [t]outes les dispositions du Livre I^{er} du Code pénal, à l'exception du chapitre V mais y compris le chapitre VII et l'article 85, sont applicables aux infractions prévues par la présente ordonnance ». L'article 28 contient une disposition similaire mais pas identique (voir sur ce point également l'observation formulée au point 25).

Conformément à l'article 11, alinéa 1^{er}, LSRI ¹³, le législateur régional bruxellois peut adopter des dispositions pénales et « les dispositions du livre I^{er} du Code pénal s'y appliquent, sauf les exceptions qui peuvent être prévues par [ordonnance] pour des infractions particulières ». Sauf disposition contraire, ceci s'entend chapitre VII et article 85 du Code pénal inclus ¹⁴.

Sous réserve de l'observation formulée au point 25, il suffit - et il est par ailleurs davantage conforme aux règles répartitrices de compétences - d'uniquement prévoir à l'article 24 de l'avant-projet que le chapitre V du livre I^{er} du Code pénal ne s'applique pas.

FORMALITÉS

9. Le délégué a confirmé que l'avis de l'Autorité de protection des données sur l'avant-projet sera recueilli.

Si l'avis précité devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État ¹⁵, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient encore être soumises au

¹¹ Voir notamment l'article 5 de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 'prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier'.

¹² Dans ce cas, il est recommandé de soumettre la référence à « une indemnité forfaitaire », inscrite à l'article 22 de l'avant-projet, à un examen supplémentaire. En effet, on n'aperçoit toujours pas comment est fixé ce montant forfaitaire.

¹³ Cette disposition est applicable à la Région de Bruxelles-Capitale en vertu de l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 'relative aux Institutions bruxelloises'.

¹⁴ C.C., 22 septembre 2022, n° 109/2022, B.24.3.

¹⁵ À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

Conseil d'État, 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

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

10. Dans la mesure où le régime en projet transpose également certaines dispositions de la directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 précitée, mieux vaut l'indiquer dans l'avant-projet, conformément à l'article 17, paragraphe 1, de cette directive. On peut à cet effet apporter des précisions dans l'exposé des motifs, mais aussi insérer un nouvel article 1^{er} dans l'avant-projet, lequel mentionnera que l'ordonnance en projet transpose (partiellement) la directive concernée. À ce sujet, le délégué a déjà précisé ce qui suit :

« Tout d'abord, l'on précise que l'ordonnance en projet n'a pas pour objectif de modifier la manière dont la directive 2009/52 a été transposée. De notre point de vue, les normes de la loi du 30 avril 1999 (qui sera abrogée par l'ordonnance en projet) qui transposaient partiellement ladite directive se retrouvent donc, en substance, dans l'ordonnance en projet.

Les articles qui assurent une transposition de la directive sont donc les suivants: les articles 6; 18, §2; 19, §§1, 2 et 4; 21 et 22 ».

11.1. L'avant-projet contient des dispositions impliquant un traitement de données à caractère personnel (voir plus particulièrement l'article 27).

Conformément à l'article 22 de la Constitution, le respect du principe de légalité formelle s'applique à tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, à toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée. En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les « éléments essentiels » sont fixés préalablement par le législateur ¹⁶.

Par conséquent, les « éléments essentiels » des traitements de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même. À cet égard, le Conseil d'État, section de législation, et la Cour constitutionnelle considèrent que, quelle que soit la matière concernée, constituent, en principe, des « éléments essentiels » les éléments suivants : 1°) les catégories de données traitées ; 2°) les catégories de personnes concernées ; 3°) la finalité poursuivie par le

¹⁶ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir notamment C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B.16.1 ; CC., 20 février 2020, n° 27/2020, B.17.

traitement ; 4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées ; et 5°) le délai maximal de conservation des données ¹⁷.

11.2. Alors que l'on peut admettre que la finalité poursuivie par le traitement peut dans une certaine mesure ressortir de diverses dispositions de l'avant-projet, tel n'est pas pour autant le cas de tous les éléments essentiels mentionnés au point 11.1.

11.3. Lorsque le constituant prévoit un principe de légalité formelle, il exige expressément une intervention du législateur compétent pour limiter les libertés et droits fondamentaux qui y sont garantis ¹⁸. De cette manière, l'implication démocratique dans l'élaboration de cette norme est garanti et la volonté du législateur compétent est accessible pour le citoyen dans l'acte normatif légal.

La procédure selon laquelle le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale est habilité à déterminer les catégories de données à caractère personnel « qu'il est indispensable de recueillir » aux termes de l'article 27, alinéa 3, de l'avant-projet – ce qui, à proprement parler, ne signifie même pas que seules ces catégories de données à caractère personnel peuvent être collectées – et selon laquelle le législateur ordonnancier fixe certains critères à cet égard que le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale doit prendre en compte, ne répond pas pleinement à cette exigence.

En effet, il appartient au législateur ordonnancier lui-même de déterminer les catégories de données traitées d'une manière plus explicite et circonscrite.

11.4. En ce qui concerne la catégorie de personnes ayant accès aux données traitées, l'article 27, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet prévoit que le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « désigne l'autorité responsable du traitement des données à caractère personnel ».

Comme la section de législation l'a déjà relevé dans le passé, une délégation au pouvoir exécutif afin de désigner un service déterminé, impliqué dans le traitement des données à caractère personnel, peut se justifier par les compétences spécifiques du gouvernement concerné pour l'organisation de ses propres services ¹⁹.

Invité à donner des précisions à cet égard, le délégué a confirmé que l'article 27, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet vise un service propre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et il a proposé que « [l]e terme 'autorité' visé au § 1^{er} sera donc remplacé par 'service' ». On peut se rallier à cette proposition.

11.5. Toujours en ce qui concerne les personnes ayant accès aux données traitées, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale est chargé à l'article 27, alinéa 5, de l'avant-

¹⁷ Avis C.E. 68.936/AG du 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', observation 101 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1951/001, p. 119). Voir aussi C.C., 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.1 et C.C., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.11.2 ; C.C., 16 février 2023, n° 26/2023, B.74.1.

¹⁸ Avis C.E. 68.936/AG du 7 avril 2021, observation 70 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1951/001, pp. 94-95).

¹⁹ Voir l'article 87 LSRI qui, conformément à l'article 40, § 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989, précitée, est applicable à la Région de Bruxelles-Capitale, moyennant les adaptations nécessaires.

projet de déterminer les autorités auxquelles les données à caractère personnel visées à l'alinéa 1^{er} peuvent être transmises.

Même si le délégué associe cette disposition à l'article 23 du règlement général sur la protection des données²⁰, une telle description générale par le législateur ordonnanciel ne satisfait pas au principe de légalité formelle inscrit à l'article 22 de la Constitution.

11.6. Il découle de ce qui précède que l'article 27 de l'avant-projet devra être revu en ce qui concerne le régime de traitement des données à caractère personnel qui y est prévu.

OBSERVATIONS PAR ARTICLE

Article 2

12. Les définitions des notions de « travailleur étranger salarié » et de « travailleur étranger indépendant », figurant respectivement à l'article 2, 4° et 5°, de l'avant-projet, se basent sur la définition de la notion de « travailleur étranger » mentionnée à l'article 2, 3°, de l'avant-projet. Selon cette dernière définition, l'intéressé, pour pouvoir être considéré comme un « travailleur étranger », doit soit avoir introduit une demande d'autorisation, soit exercer, « sous couvert de l'autorisation requise » (« “onder dekking van de vereiste toelating »), un travail salarié ou indépendant. Par conséquent, une personne qui exerce des activités professionnelles, mais qui n'a pas introduit de demande et ne dispose donc pas d'une autorisation, n'est pas un « travailleur étranger » pour l'application du régime en projet.

L'avant-projet risque dès lors de passer à côté de son objectif. Ainsi, l'article 3, § 1^{er}, dispose qu'aucune prestation de travail ne peut être accomplie, par un travailleur étranger salarié ou par un travailleur étranger indépendant, « avant que l'autorisation requise en vertu de la présente ordonnance n'ait été obtenue », mais compte tenu des définitions précitées, cette disposition ne s'applique pas à l'égard des personnes qui n'ont pas introduit de demande. Le délégué a reconnu que l'avant-projet pouvait être interprété de cette manière et que cela irait à l'encontre des objectifs poursuivis par ce dernier. Il propose d'adapter le texte de l'avant-projet sur ce point, proposition à laquelle on peut se rallier.

Article 4

13. Le texte néerlandais de l'article 4, § 3, de l'avant-projet fait mention de « de betrokkene ». Les mots correspondants dans le texte français sont « ce dernier ». Cette dernière référence dans le texte français risque de prêter à confusion, dès lors que l'entité qui précède directement ces mots est le gouvernement. À ce sujet, le délégué a communiqué ce qui suit :

« ‘Ce dernier’ slaat wel degelijk op ‘le travailleur étranger salarié’ die een aanvraag van toelating tot arbeid van onbepaalde duur wenst in te dienen, en die als dusdanig te onderscheiden valt van de ‘employeur’ van §1 en §2. Om verwarring te

²⁰ 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)’.

vermijden zullen we voorstellen om ‘ce dernier’ te vervangen door ‘la personne concernée’ conform de Nederlandse versie ».

On peut se rallier à la proposition ainsi formulée par le délégué.

Article 5

14. Le texte néerlandais de l'article 5, § 2, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet mentionne à la fois « een redelijke termijn » et « billijke termijn ». Indépendamment de l'observation selon laquelle il convient, si c'est chaque fois le même délai qui est visé, d'opter pour une terminologie uniforme, on constatera qu'il n'est fait mention qu'une seule fois dans le texte français d'un « délai raisonnable », de sorte que les textes français et néerlandais ne concordent pas sur ce point et devront faire l'objet d'un examen complémentaire à cet égard.

Article 7

15. À l'article 7, § 2, de l'avant-projet, il convient de remplacer le segment de phrase « concerné par l'exemption visée à l'alinéa 1^{er} » par le segment de phrase « concerné par l'exemption visée au paragraphe 1^{er} ».

Article 11

16. Le début du texte néerlandais de l'article 11, § 2, alinéa 3, de l'avant-projet doit être formulé comme suit : « Wanneer een verzoek om aanvullende informatie ... » au lieu de « Wanneer een verzoek om nadere informatie ... ». En effet, tant l'article 11, § 2, alinéa 2 que la troisième phrase de l'article 11, § 2, alinéa 3, font mention de « aanvullende » et non de « nadere ».

Article 18

17. L'article 18, § 2, de l'avant-projet comporte, tout comme l'article 20, alinéa 2, un dispositif en matière de récidive. Selon les propos du délégué, ce dispositif serait incohérent sur ce point et sera adapté. Il faut néanmoins observer à cet égard que les deux dispositions contiennent un dispositif différent : l'article 18, § 2, prévoit seulement que l'amende pénale est doublée, alors que l'article 20, alinéa 2, prévoit que les « sanctions pénales » sont doublées. Le délégué a déclaré à cet égard que le dispositif en matière de récidive sera uniformisé. En tout cas, les deux dispositions devront être soumises à un examen complémentaire, au cours duquel on vérifiera le cas échéant s'il n'est pas préférable de les réunir dans une seule disposition.

Article 19

18. À la fin du texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 19, § 2, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, les termes « op het ogenblik van een buitenlandse werknemer »

doivent être remplacés par les mots « op het ogenblik van de tewerkstelling van een buitenlandse werknemer » (« lors de l'occupation d'un travailleur étranger salarié »). Toujours dans le texte néerlandais, il convient d'écrire à la fin de l'article 19, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o « zonder de grenzen van de toelating tot arbeid te respecteren » plutôt que « zonder de grenzen van de toelating tot arbeid beschikt te respecteren » et dans la phrase introductive de l'article 19, § 4, alinéa 1^{er}, « in strijd met deze ordonnantie » (« en contravention avec la présente ordonnance ») au lieu de « in strijd met deze wet ».

Article 20

19. À l'article 20, alinéa 1^{er}, 1^o, de l'avant-projet, les textes français (« l'obligation visée à l'article 9, de la présente ordonnance ») et néerlandais (« de verplichtingen vermeld in artikel 1 van onderhavige ordonnantie ») ne concordent pas. Dans le texte néerlandais, il faudra aussi faire mention de l'article 9 de l'avant-projet.

Article 21

20. De même, en ce qui concerne l'intitulé de la sous-section 2 qui précède l'article 21 de l'avant-projet, il y a une discordance entre le texte français (« Dispositions particulières en matière de sanctions pénales ») et le texte néerlandais (« Bijzondere bepalingen »). L'intitulé concerné dans le texte français et dans le texte néerlandais doit bien entendu concorder sur le fond.

21. Dans le texte néerlandais, il faudra corriger la numérotation des subdivisions en paragraphes de l'article 21 de l'avant-projet. Il en va de même de la référence aux « infractions visées à l'article 20, § 3 » (« de inbreuken van artikel 20, § 3 ») contenue tant dans le texte français que dans le texte néerlandais de l'article 21, § 3, alinéa 1^{er} (non pas « artikel 21, § 8, eerste lid », dans le texte néerlandais). En effet, l'article 20 de l'avant-projet n'est pas divisé en paragraphes.

Article 22

22. Par analogie avec le texte français, il y a lieu d'écrire dans le texte néerlandais de l'article 22 de l'avant-projet « bedoeld in deze ordonnantie en haar uitvoeringsbesluiten » (« visée [dans] la présente ordonnance et [dans] ses arrêtés d'exécution ») au lieu de « bedoeld in deze ordonnantie »).

Article 23

23. La référence à « artikel 21, eerste lid, 2^o tot 2^o » à la fin du texte néerlandais de l'article 23, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet doit être rectifiée. Par ailleurs, il faut non seulement tenir compte du fait que cette référence ne correspond pas à la référence figurant dans le texte français (« pour les infractions visées à l'article 21 premier alinéa, 2^o à 4^o »), mais aussi du fait que

l'article 21 de l'avant-projet, visé, est divisé en paragraphes, ce dont il faut bien entendu aussi tenir compte en ce qui concerne le texte français.

Ensuite, dans un souci de lisibilité de l'article 23, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet, il faut écrire dans le texte néerlandais de celui-ci « als de vreemdeling is veroordeeld wegens namaken » plutôt que « als de vreemdeling wegens namaken ».

24. Dans le texte néerlandais de l'article 23, alinéa 2, de l'avant-projet, on écrira : « Zij zullen eveneens de sluiting kunnen bevelen van de onderneming die wordt uitgebaat door de buitenlandse zelfstandige die ... of aan één der inbreuken vermeld in artikel 21 schuldig heeft gemaakt ».

Article 24

25. Il convient de corriger la numérotation de l'article 24 de l'avant-projet dans le texte néerlandais. En outre, force est de constater qu'outre l'article 24, l'article 28 de l'avant-projet prévoit également l'applicabilité ou non de certaines parties du Code pénal, étant entendu que seul l'article 24 exclut l'application du chapitre V du livre I du Code pénal. Le délégué a déclaré qu'il s'agit en l'espèce d'une erreur. Quoi qu'il en soit, il y aura lieu de soumettre encore l'articulation des deux dispositions à un examen complémentaire.

Article 25

26. Dans l'intitulé qui précède l'article 25 de l'avant-projet, il faudra mentionner dans le texte néerlandais « [h]oofdstuk V » et non « « [h]oofdstuk IV ».

Article 27

27. Alors que dans le texte français, plusieurs alinéas de l'article 27 de l'avant-projet recourent au terme « autorité(s) », le texte néerlandais utilise à la fois le terme « overheden » et le terme « autoriteit ». Il conviendrait également dans le texte néerlandais de tendre, dans la mesure du possible, vers une uniformité terminologique ²¹.

28. À la fin du texte néerlandais de l'article 27, alinéa 4, de l'avant-projet, il faut écrire « ... tot de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten en hun verblijf » au lieu de « ... tot de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskracht en hun verblijf ».

Article 29

29. L'article 29 de l'avant-projet dispose que les lois des 19 février 1965 et 30 avril 1999 qu'il mentionne sont abrogées « en ce qui concerne les dispositions qui relèvent de

²¹ Voir toutefois l'observation formulée au point 11.4.

la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale ». Sans préjudice de l'observation formulée au point 7, ce segment de phrase est superflu, dès lors que le législateur régional bruxellois ne peut évidemment prévoir l'abrogation que pour autant que la Région de Bruxelles-Capitale soit compétente ²².

Article 31

30. L'article 31 de l'avant-projet charge le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de déterminer la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance en projet, étant entendu que l'entrée en vigueur se fera à une date ultime qui n'est pas encore mentionnée dans l'avant-projet. À cet égard, le délégué a fourni les précisions suivantes :

« La volonté du Gouvernement est que l'ordonnance entre en vigueur avant la fin de la législature, en même temps que l'arrêté d'exécution actuellement en préparation ».

La section de législation en prend acte.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

²² Voir dans le même sens *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation 139, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvstconsetat.be). Dans une disposition abrogatoire, il convient néanmoins de faire également mention des textes encore en vigueur qui ont apporté par le passé des modifications au dispositif à abroger (voir le guide précité, recommandation 138).