



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 72.302/1
van 7 november 2022

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten, wat betreft de invoering van thema’s en een kwaliteitskamer’

Op 6 oktober 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale Economie en Landbouw verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten, wat betreft de invoering van thema’s en een kwaliteitskamer’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 27 oktober 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPs en Wouter PAS, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 november 2022.

*

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

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot het wijzigen van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 ‘tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten’. De ontworpen wijzigingen hebben in essentie betrekking op de thema’s die voor steun in aanmerking komen, op de registratie van de dienstverleners en op de oprichting van een kwaliteitskamer. Het is de bedoeling dat het ontworpen besluit op 1 januari 2023 in werking treedt (artikel 8 van het ontwerp).

3.1. Onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt vermeld, vindt de ontworpen regeling rechtsgrond in artikel 37 van het decreet van 16 maart 2012 ‘betreffende het economisch ondersteuningsbeleid’, dat aan de Vlaamse Regering de bevoegdheid toekent om aan ondernemingen steun te verlenen onder de voorwaarden vermeld in de De-minimisverordening.

3.2. Het voornoemde artikel 37 van het decreet van 16 maart 2012 bevat geen uitdrukkelijke rechtsgrond voor het oprichten van een kwaliteitskamer als bedoeld in het ontwerp (zie artikel 6 van het ontwerp, dat strekt tot het invoegen van de artikelen 26/1, 26/2 en 26/3 in het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016).

Aangenomen wordt evenwel dat op grond van de bepalingen die haar belasten met de uitvoerende macht (artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’) en met de organisatie van haar diensten (artikel 87, § 1, van diezelfde bijzondere wet), de Vlaamse Regering commissies of adviesorganen kan oprichten, maar dan wel op voorwaarde dat deze alleen tot taak hebben haar bij de uitoefening van haar uitvoeringsopdrachten voor te lichten of niet-bindende adviezen te geven of voorstellen te doen en op voorwaarde dat de raadpleging van die organen niet verplicht is. *In casu* beschikt de Vlaamse Regering over de bevoegdheid om een louter raadgevende kamer op te richten en kunnen de ontworpen bepalingen onder artikel 6 van het ontwerp in beginsel worden geacht te voldoen aan de voornoemde voorwaarden.¹

¹ Het verdient weliswaar aanbeveling om het tweede lid van het ontworpen artikel 26/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 ter wille van de duidelijkheid te integreren in een andere bepaling (zie wat dat betreft de opmerking onder randnummer 8).

3.3. Artikel 4, 5°, van het ontwerp, strekt ertoe om artikel 14, § 3, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 aan te vullen met een lid, luidende:

“De minister bepaalt de voorwaarden en procedure voor de aanstelling en werking van de auditbureaus, vermeld in paragraaf 1 en 2, en ook de controle en sanctionering. De minister voorziet daarbij in de werking van een toezichtcomité”.

De gemachtigde werd om nadere toelichting verzocht in verband met het “toezichtcomité” waarvan melding wordt gemaakt in de aangehaalde bepaling. De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

“Deze bepaling verwijst naar het toezichtcomité reeds opgericht bij hoofdstuk 6 van het ministerieel besluit van 14 februari 2013 tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten en kmo-groeitrajecten, wat betreft de aanstelling en de werking van de auditbureaus.

Middels het artikel 4, 5° wenst de Vlaamse Regering, ten overvloede, de rechtsgrond voor het toezichtcomité te expliciteren.”

Er dient te worden opgemerkt dat, in tegenstelling tot de Vlaamse Regering, individuele ministers niet over een algemene uitvoeringsbevoegdheid beschikken. Het ministerieel besluit van 14 februari 2013 ‘tot uitvoering van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten, wat betreft de aanstelling en de werking van de auditbureaus’ steunt op een inmiddels opgeheven rechtsgrond² en op artikel 37 van het decreet van 16 maart 2012 dat evenwel geen machtiging bevat tot het oprichten van een toezichtcomité. Het verdient in het licht van die elementen aanbeveling om de bestaande regeling inzake het toezichtcomité in het voornoemde ministerieel besluit op te heffen en deze te integreren in het voorliggende ontwerp, hetgeen in beginsel mogelijk is op basis van de onder randnummer 3.2 vermelde rechtsgronden. Aangezien vooralsnog geen bijzondere rechtsgrond voorhanden is, zullen bij de omschrijving van de bevoegdheden van het toezichtcomité wel de onder randnummer 3.2 opgesomde voorwaarden moeten worden gerespecteerd, die – althans zolang geen bijzondere rechtsgrond wordt gecreëerd – een inperking van de bestaande bevoegdheden van het toezichtcomité in de richting van een comité met een louter adviserende rol impliceren.³

² Met name artikel 14, § 1, 2°, § 2, § 2/1, en § 3, 2°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 19 december 2008 ‘tot toekenning van steun aan kleine en middelgrote ondernemingen voor ondernemerschapsbevorderende diensten’. Deze inmiddels opgeheven bepalingen betroffen overigens erkenningsvoorwaarden voor dienstverleners en hadden geen uitstaans met de oprichting van een comité.

³ In dat verband is het nuttig om het bepaalde in artikel 17 van het ministerieel besluit van 14 februari 2013 in herinnering te brengen:

“Er wordt een toezichtcomité opgericht dat belast is met:

1° het toezicht op de naleving van de voorwaarden van dit besluit door de aangestelde auditbureaus;

2° de behandeling van klachten over de aangestelde auditbureaus;

3° het verlenen van advies met betrekking tot de aanstelling en uitsluiting van de auditbureaus;

4° de organisatie van de opleiding, vermeld in artikel 12.”

VORMVEREISTEN

4. In het ontworpen artikel 26/2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 (artikel 6 van het ontwerp), wordt bepaald dat de kwaliteitskamer voor de uitvoering van haar taken de nodige stukken kan opvragen bij het Agentschap Innoveren en Ondernemen, de dienstverlener die geregistreerd is overeenkomstig artikel 14 van het voornoemde besluit, en de onderneming.

Aan de gemachtigde werd gevraagd of het ontworpen artikel 26/2 tevens een verwerking van persoonsgegevens kan inhouden. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“De beoogde oprichting en werking van de kwaliteitskamer strekt ons inziens niet tot de verwerking van persoonsgegevens waarvoor het advies van een toezichthoudende autoriteit is vereist, overeenkomstig artikel 36, 4 AVG. Voor de uitvoering van haar taken houdt de kwaliteitskamer enkel rekening met de inhoud van aan te bieden of aangeboden opleidingen of diensten, en met de mate waarin deze conform zijn aan de voorwaarden bepaald in de regelgeving.

Hoewel natuurlijke personen die zelfstandig beroepsactiviteiten uitoefenen in theorie dienstverlener van de kmo-portefeuille kunnen zijn, is dat in praktijk slechts zelden het geval. In deze uitzonderlijke gevallen waakt het Agentschap Innoveren en Ondernemen er bijkomend over dat nooit persoonsgegevens worden overgemaakt aan de kwaliteitskamer ter uitoefening van haar taken.

De kwaliteitskamer is ten slotte een orgaan zonder rechtspersoonlijkheid dat zal worden opgericht in de schoot van het Agentschap Innoveren en Ondernemen. Het secretariaat van de kwaliteitskamer wordt tevens waargenomen door het Agentschap Innoveren en Ondernemen.”

Overeenkomstig artikel 9, eerste lid, 1°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 is een “dienstverlener” een natuurlijke persoon met ondernemingsnummer of een rechtspersoon die geregistreerd is om ondernemerschapsbevorderende diensten te verlenen overeenkomstig artikel 14 van hetzelfde besluit. Ook al zou kunnen aangenomen worden dat “dienstverleners” in de zin van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 in de praktijk slechts zelden of uitzonderlijk natuurlijke personen zijn, zoals de gemachtigde meedeelt, neemt dit niet weg dat de vraag rijst of de ontworpen regeling al dan niet tot een nieuwe verwerking van persoonsgegevens aanleiding kan geven.

Een van de nieuwe taken die de kwaliteitskamer toegewezen krijgt, is de adviesverlening naar aanleiding van klachten over de inhoud van diensten van geregistreerde dienstverleners (artikel 6 van het ontwerp; ontworpen artikel 26/1, eerste lid, 2°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016). De gemachtigde wijst er weliswaar op dat het Agentschap Innoveren en Ondernemen erover zal waken dat nooit persoonsgegevens worden overgemaakt aan de kwaliteitskamer, maar zelfs als dit kan worden aangenomen moet worden vastgesteld dat in het ontworpen artikel 26/2 aan de kwaliteitskamer ook de bevoegdheid wordt verleend om rechtstreeks bij geregistreerde dienstverleners stukken op te vragen. Er valt moeilijk in te zien hoe de ontworpen regeling, waarbij de kwaliteitskamer advies moet verlenen over klachten en in dat kader stukken kan opvragen bij de betrokken dienstverlener (die een

natuurlijke persoon kan zijn), werkbaar kan zijn zonder dat daartoe tot een verwerking van persoonsgegevens van de betrokken natuurlijke personen wordt gekomen.

Ermee rekening houdend dat uit de door de gemachtigde verstrekte toelichting valt af te leiden dat het de bedoeling is dat nooit persoonsgegevens worden overgemaakt aan de kwaliteitskamer met het oog op het uitoefenen van haar taken, zou die bedoeling op een duidelijke en meer expliciete wijze tot uitdrukking moeten worden gebracht in de tekst van het ontworpen artikel 26/2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016.⁴

Indien de tekst van het ontworpen artikel 26/2 niet wordt verduidelijkt in de aangegeven zin en er bijgevolg niet valt uit te sluiten dat de toepassing ervan gepaard kan gaan met een verwerking van persoonsgegevens, zal de ontworpen regeling op dat punt nog om advies moeten worden voorgelegd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit vooraleer de ontworpen regeling doorgang kan vinden.⁵ Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet immers in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met de verwerking van persoonsgegevens.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. In de rubriek “Rechtsgrond” dient de verwijzing naar artikel 37 van het decreet van 16 maart 2012 te worden voorafgegaan door een verwijzing naar de artikelen 20 en 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (zie de randnummers 3.2 en 3.3).

⁴ Indien nodig geacht, zou daarbij bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 26/2 kunnen worden vermeld dat het uitsluitend om geanonimiseerde gegevens kan gaan.

⁵ Indien de kwaliteitskamer voor het uitvoeren van de aan haar toegewezen opdrachten wel degelijk ook persoonsgegevens zou moeten verwerken, zullen daarenboven de vereiste “essentiële elementen” van die verwerking bij decreet moeten worden vastgesteld; zie daarover 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, opmerking 101; GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1; GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2.

Artikel 3

6. In het ontworpen artikel 12/1, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016, wordt bepaald dat het Agentschap Innoveren en Ondernemen de lijst van ondernemerschapsbevorderende diensten “beheert”. De draagwijdte van het beoogde “beheer” van de lijst is onduidelijk.⁶ Aangezien het, zoals de gemachtigde bevestigde, niet de bedoeling is dat kan worden afgeweken van de door de minister vastgestelde en in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakte lijst, kan de verwijzing naar het “beheer” van de lijst door het Agentschap Innoveren en Ondernemen beter worden weggelaten. In het andere geval zou duidelijker moeten worden aangegeven in de tekst van de ontworpen bepaling welke de precieze taak is van het Agentschap Innoveren en Ondernemen, wat de betrokken lijst van ondernemerschapsbevorderende diensten betreft.

Artikel 4

7. De nieuwe regels inzake de rol van het aangestelde auditbureau zijn onduidelijk geformuleerd. Met name rijst de vraag of het de bedoeling is dat de audit door het auditbureau, in positieve of negatieve zin, bindend is en de minister er dus niet – zelfs niet gemotiveerd – van kan afwijken.

Hieromtrent om nadere toelichting verzocht, deelde de gemachtigde het volgende mee:

“Het is niet de bedoeling dat het resultaat van de audit doorslaggevend is. De minister kan inderdaad, op gemotiveerde wijze, afwijken van dit resultaat. Wij zullen dit verduidelijken in het ontwerp.”

Er kan worden ingestemd met de door de gemachtigde gedane suggestie tot verduidelijking van de tekst van het ontwerp.

Artikel 6

8. In het ontworpen artikel 26/1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016, wordt vermeld dat de kwaliteitskamer als principe hanteert “dat geen diensten worden gesubsidieerd die strijdig zijn met de openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid of met algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten”. In de mate dat hiermee een bijkomende uitsluitingsvoorwaarde voor subsidies wordt beoogd, zou deze bepaling beter worden geïntegreerd in artikel 12 van het voornoemde besluit dat immers een lijst bevat van diensten die niet in aanmerking komen voor steun. In dat geval dient er evenwel op te worden toegezien dat aan de kwaliteitskamer geen beslissingsbevoegdheid wordt toegekend met betrekking tot de toe te passen uitsluitingsvoorwaarde aangezien de bevoegdheden van de kwaliteitskamer enkel louter adviserend van aard kunnen zijn opdat voor de oprichting ervan een

⁶ In de spraakgebruikelijke betekenis betekent “beheren” als verantwoordelijke zorg dragen voor.

voldoende rechtsgrond zou kunnen worden gevonden in de artikelen 20 en 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (zie randnummer 3.2).

9. Nog wat het ontworpen artikel 26/1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016, betreft, wordt in die bepaling melding gemaakt van de subsidievoorwaarden dat geen diensten worden gesubsidieerd die strijdig zijn met onder meer “de openbare orde” of “algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten”.

Aan de gemachtigde werd gevraagd op welke wijze invulling zal worden gegeven aan de noties “openbare orde” en “algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten”. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Het begrip ‘openbare orde’ wordt ingevuld als de afwezigheid van verstoring of bedreiging van de rechten van anderen in de maatschappij.

Diensten die strijdig zijn met de openbare orde zijn bv. gereguleerde opleidingen en adviezen die worden aangeboden door een dienstverlener die hiertoe niet gemachtigd is, diensten die strijdig zijn met bepaalde wettelijke bepalingen (bv. opleidingen tot het toedienen van botox in een schoonheidsinstituut), ...

Het begrip ‘algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten’ wordt ingevuld als de aangetoonde of minstens waarschijnlijke oorzakelijke verbanden zoals vastgesteld door de wetenschappelijke methoden.

Diensten die strijdig zijn met de algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten zijn bijvoorbeeld opleidingen en adviezen die betrekking hebben op neurolingüistisch programmeren, handlezen, astrologie, ...”.

Uit het antwoord van de gemachtigde lijkt te moeten worden afgeleid dat met het begrip “openbare orde” veeleer wordt bedoeld op de dienstverlening die niet in overeenstemming is met hogere rechtsregels. Vraag is derhalve of het begrip “openbare orde”, dat op zich al een weinig afgebakende connotatie heeft, niet beter wordt vervangen door een omschrijving die beter aansluit bij de bedoeling van de stellers van het ontwerp.

10. In het ontworpen artikel 26/3, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016, wordt de minister belast met het bepalen van de samenstelling en de praktische werking van de kwaliteitskamer. Het is niet duidelijk hoe de betrokken opdracht aan de minister zich verhoudt tot het eerste lid van het ontworpen artikel 26/3 waarin de samenstelling van de kwaliteitskamer wordt geregeld. Men kan zich bijvoorbeeld afvragen of de minister met toepassing van het ontworpen artikel 26/3, tweede lid, zou kunnen afwijken van de in het eerste lid van de ontworpen bepaling geregelde samenstelling. De delegatiebepaling van het ontworpen artikel 26/3, tweede lid, zal met andere woorden duidelijker moeten worden afgebakend. Indien het uitsluitend de bedoeling is om het aan de minister over te laten om de concrete vertegenwoordigers aan te stellen van de organisaties die overeenkomstig het ontworpen artikel 26/3, eerste lid, de kwaliteitskamer samenstellen, wordt die bedoeling het best met zoveel woorden in het ontworpen artikel 26/3, tweede lid, tot uitdrukking gebracht.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME