

VLAAMSE ADVIESCOMMISSIE VOOR VOLKSRAADPLEGINGEN

VAV/2010/6

In haar vergaderingen van **vrijdag 3 september 2010** en **vrijdag 3 december 2010**, telkens om 10.30uur, heeft de Vlaamse Adviescommissie voor Volksraadplegingen, samengesteld uit:

De heer Brecht Steen, Voorzitter,
Mevrouw Cathy Van Durmen,
Mevrouw Raymonde Rommel, stemgerechtigde leden
De heer Joan Halsberghe, lid met raadgevende stem
Mevrouw Julia Jacobs, plaatsvervangend secretaris

Verontschuldigd: De heer Rudy Janssens, secretaris,
De heer Johan Ackaert, ondervoorzitter,
De heer Jean Dujardin, stemgerechtigd lid,
Mevrouw Lieve Raiglot, lid met raadgevende stem

beraadslaagd naar aanleiding van twee vragen gesteld door i.v.m.
het opnieuw beoordelen door de Stad Gent van het verzoek tot volksraadpleging ingediend
door het samenwerkingsverband districtsbesturen op 12 september 2003,

en op **3 december 2010** het volgende advies uitgebracht:

Vraag 1: *Volgens het Gentse college zijn er bij de ondertekenaars van het verzoekschrift op 12 september 2003 een aantal verzoekers die niet de voorwaarden vervulden voorzien in het huidige artikel 209, §1, 3° van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 en werden zij daarom geschrapt.*

Volgens ondertussen gevestigde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dd 14 december 2005 en 1 juli 2010 is de reglementering waarop deze schrapping is gebaseerd in strijd met het gelijkheidsbeginsel en dus met de Grondwet

Moeten derhalve, ondanks het artikel 69 van de wet van 14 april 2009 houdende verscheidene wijzigingen inzake verkiezingen, bij de hertelling van de handtekeningen alle verzoekers die op 12 september 2003 voldeden aan de voorwaarden voorzien in het artikel 209, §1, 1° en 2° van het Gemeentedecreet toch worden aanvaard als geldige verzoekers en moet het art 209, §1, 3° dus buiten beschouwing worden gelaten daar geen van de ondertekenaars een ontzetting van het kiesrecht kan gekregen hebben zoals nu is voorzien in de wet van 14 april 2009? Deze straf bestond immers op 12 september 2003 nog niet

Ten eerste moet volgens de klassieke opvatting het bestuur een wetsbepaling toepassen, ook al heeft het Grondwettelijk Hof als antwoord op een prejudiciële vraag die wetsbepaling ongrondwettig verklaard (V. BARTHOLOMÉE en J. SOSSON, "La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990", *JT* 1991, (709) 713, D. RENDERS, "L'autorité administrative, doit-elle d'office refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle?" (noot onder Cass 21 december 2007), *JT* 2008, (p. 555) randnr. 4 en

5, M.-F. RIGAUX en B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Brussel, Bruylant, 2009, 258; G. ROSOUX en F. TULKENS, "Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage", in *La Cour d'arbitrage un juge comme les autres?*, Luik, Conférence du Jeune barreau de Liège, 2004, 117; T. WERQUIN, conclusie bij Cass. 21 december 2007, randnr. 2, te vinden op www.cass.be). De betrokken wetsbepaling is immers niet uit het rechtsverkeer verdwenen en enkel de *rechtscolleges in dezelfde zaak* zijn gebonden door een prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof (artikel 28 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof).

In de tweede plaats kunnen uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie in het kader van de overheidsaansprakelijkheid geen overtuigende elementen worden afgeleid die aangeven dat het bestuur een fout begaat als het een wetsbepaling toepast die voorheen al door het Grondwettelijk Hof naar aanleiding van een prejudiciële vraag ongrondwettig is verklaard, ook al hebben sommige lagere rechtscolleges wel in die zin geoordeeld (zie bijv. Bergen, 24 juni 2009, *FJF* 2010, 467). Weliswaar heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 21 december 2007 gesteld dat een bestuur dat een wetsbepaling heeft toegepast die *naderhand* door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig werd verklaard, géén fout begaat (Cass 21 december 2007, (NV Herbosch), *JT* 2008, 554, noot D. RENDERS, *JLMB* 2008, 1080, noot Q. PEIFFER, *Pas* 2007, afl. 12, 2491, concl. T. WERQUIN, *RW* 2009-10 (samenvatting), 1689 en *TBP* 2009 (weergave), 551). Maar hoewel sommige auteurs uit dit arrest *a contrario* afleiden dat wel van een fout sprake zou zijn als het Grondwettelijk Hof de wetsbepaling ongrondwettig zou hebben verklaard vóór het bestuur die beslissing nam (D. RENDERS, *l.c.*, randnr. 10 (die deze opvatting wel bekritiseerd), M. NIHOUL, "Quelles personnes - introduction" in M. NIHOUL (ed.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Brugge, La charte, 2010, randnr. 27, vn. 191, Q. PEIFFER, "Loi anticonstitutionnelle et administration, ou comment justifier une erreur" (noot onder Cass, 21 december 2007), *JLMB* 2008, (1081) 1088, Vgl. J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht van het Belgisch Publiekrecht*, I, *Inleiding tot het publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, p. 1357, vn. 91 die uit het arrest afleiden dat wanneer de "fout" bestaat uit het toepassen van een ongrondwettige wet "die ongrondwettigheid moet blijken uit een arrest van het Grondwettelijk Hof" en dat "zolang het arrest van het Grondwettelijk Hof dat tot de ongrondwettigheid van de desbetreffende wet besluit niet in het Belgisch Staatsblad is verschenen, de toepassing van de wet in beginsel geen fout uitmaakt".), wordt in de rechtsleer – o i terecht – opgemerkt dat het Hof van Cassatie zich enkel en alleen uitdrukkelijk heeft uitgesproken, als gevolg van de bewoordingen van het ingestelde cassatieberoep, over de situatie waarbij het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid vaststelde ná de beslissing van het bestuur (D. RENDERS, *l.c.*, randnr. 3, Q. PEIFFER, *l.c.*, 1088). Ook uit een recenter cassatiearrest van 19 maart 2010 (Cass. 19 maart 2010, (J.J. en D.S.)), dat wel betrekking had op een bestuursbeslissing die dateerde van ná een prejudicieel arrest van het Grondwettelijk Hof, kunnen voor de ons voorgelegde vraag geen lessen worden getrokken. In dit arrest oordeelde het Hof van Cassatie weliswaar dat het bestuur geen fout beging door een ongrondwettig verklaarde wet toe te passen, maar het Grondwettelijk Hof had in een later arrest de ongrondwettigheid beperkt tot een welbepaalde hypothese die in het geschil dat aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd niet aan de orde was. Naar het oordeel van de commissie kan uit de hiervoor aangehaalde rechtspraak dus niet onomstotelijk worden afgeleid dat het bestuur dat een ongrondwettig verklaarde bepaling toepast nadat het arrest van het Grondwettelijk Hof is bekend gemaakt, een fout begaat.

Ten derde bestaat er geen zogenaamd algemeen rechtsbeginsel dat inhoudt dat elke overheid, dus ook het actief bestuur, rechtsregels buiten toepassing moet laten die in strijd zijn met om het even welke hogere rechtsregel. Sommige auteurs zijn weliswaar de mening toegedaan dat een dergelijk beginsel bestaat (D. RENDERS, *l.c.*, randnr. 6 spreekt over "une () règle selon laquelle l'autorité administrative ne peut donner suite à l'ordre hiérarchique manifestement illégal" dat een wettelijke waarde zou hebben (Vgl. M.-F. RIGAUX en B. RENAULD, *o.c.*, 258); M. NIHOUL, *l.c.*, randnrs. 24 en 27, spreekt over "un principe général de légalité" dat ook van toepassing is op administratieve overheden en dat een grondwettelijke waarde zou hebben). Maar er is de Commissie geen rechtspraak van de hoogste

rechtscolleges bekend die een dergelijk algemeen rechtsbeginsel vaststelt in het kader van de niet-toepassing van een ongrondwettige wetsbepaling door het bestuur (De Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, heeft in sommige arresten weliswaar een dergelijke algemeen rechtsbeginsel geformuleerd, maar enkel binnen de context van het bestuur dat zijn *eigen onwettige reglementaire* handelingen niet toepast, zie M. NIHOUL, *l.c.*, randnr. 22).

Ten slotte lijkt het Grondwettelijk Hof er zelf van uit te gaan, met name in punt B.5.7 van zijn door vraagsteller geciteerde arrest 80/2010, dat het bestuur het oude artikel 7 van het Kieswetboek nog steeds kan toepassen en dat het *aan de rechter* toekomt om die bepaling buiten toepassing te laten. Het Grondwettelijk Hof stelt immers dat personen die van oordeel zijn dat zij door het bestuur ten onrechte zijn weggelaten uit de kieslijsten uiteindelijk *"beroep (kunnen) instellen bij het hof van beroep (...) (d)at (...) op grond van artikel 26, § 2, tweede lid, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof in een dergelijk geval, rekening houdend met het arrest nr. 187/2005, het oude artikel 7, eerste lid, 2°, van het Kieswetboek buiten toepassing (zal) dienen te laten, vermits die bepaling onbestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre zij veroordeelde personen hun kiesrecht van rechtswege ontzegt."*

Het komt de commissie dan ook voor dat in de huidige stand van het recht, er op de stad Gent geen duidelijke, dwingende verplichting rust om artikel 7 van het Kieswetboek buiten toepassing te laten. Het komt aan het bestuur toe, gelet op de rechtspraak inzake de overheidsaansprakelijkheid, zorgvuldig te beoordelen of er in het concrete geval voldoende elementen aanwezig zijn om die bepaling al dan niet toe te passen.

De commissie wenst er op te wijzen dat het uiteindelijk toekomt aan de rechtscolleges – en desgevallend de wetgever – om hierover duidelijkheid te scheppen.

Vraag 2: *Indien het artikel 69 van de wet van 14 april 2009 vereist dat de op 12 september 2003 "geschorsten" ook bij de hertelling nu dienen geschrapt te worden dringt zich de volgende vraag op*

Uit [artikel 7 van het kieswetboek] vloeit automatisch voort dat bepaalde steekkaarten sedert 12 september 2003 kunnen zijn vernietigd

Hoe kan de hertelling nu zorgvuldig worden uitgevoerd indien ondertussen bepaalde noodzakelijke steekkaarten zijn vernietigd en niet zijn bijgehouden met behulp van geautomatiseerde middelen?

In het geval de Stad Gent meent artikel 7 van het Kieswetboek te moeten toepassen, neemt de regel dat de steekkaarten na verloop van tijd verplicht moeten worden vernietigd, niet weg dat het bestuur op andere manieren kan en moet nagaan wie op 12 september 2003 uit zijn kiesrecht was ontzet. Het bestuur kan dit doen door deze informatie op te vragen bij de parketten.

Het komt de VAV voor dat in gevallen waarbij niet meer kan worden achterhaald dat een bepaalde persoon uit zijn kiesrecht werd ontzet, de handtekening van de betrokkene uiteraard geldig zal moeten worden verklaard.

DIT ADVIES WERD UITGEBRACHT MET EENPARIGHEID VAN STEMMEN.

**De Voorzitter,
Brecht Steen**