

GRONDWETTELIJK HOF  
VERSLAG 2013



# GRONDWETTELIJK HOF

## VERSLAG 2013

redactiecommissie :

Jean-Paul MOERMAN

Erik DERYCKE

Michel PARISSE

Roger MOERENHOUT

Vanden Broele

Brugge

Grondwettelijk Hof  
2014  
D/2014/0783/67  
ISBN 978-90-4961-114-9

## INHOUDSOPGAVE

<b>WOORD VOORAF</b>	11
<b>I. GRONDWETTELIJK RECHT</b>	13
<b>A. BEVOEGHEIDSVERDELING</b>	13
1. Wijzigingen van de wet van 29 april 1999 (organisatie van de elektriciteitsmarkt) en van de wet van 12 april 1965 (vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen) ( <i>arrest nr. 98/2013</i> )	13
2. Federale bevoegdheid en gewestbevoegdheid inzake consumentenbescherming ( <i>arrest</i> <i>nr. 101/2013</i> )	21
<b>B. RECHTEN EN VRIJHEDEN</b>	26
3. De stelselmatige foullering op het lichaam van gedetineerden in de gevallen bepaald bij artikel 108, § 2, eerste lid, van de basiswet van 12 januari 2005 ( <i>arrest nr. 143/2013</i> )	26
4. De bescherming van kwetsbare of zwakke personen ( <i>arrest nr. 146/2013</i> )	30
<b>II. WETTELIJKE BEKRACHTIGINGEN</b>	41
5. De geldigverklaring van de gewestelijke, provinciale en gemeentelijke ruimtelijke uitvoeringsplannen ( <i>arrest nr. 114/2013</i> )	41
<b>III. LEEMTEN IN DE WETGEVING</b>	47
6. Extrinsicke, intrinsieke, al dan niet zelfherstellende lacunes ( <i>arresten nrs. 13/2013, 24/2013, 31/2013,</i> <i>34/2013, 51/2013, 75/2013, 106/2013, 117/2013,</i> <i>121/2013, 125/2013, 131/2013, 133/2013, 135/2013,</i> <i>174/2013 en 182/2013</i> )	47
<b>IV. VREEMDELINGENRECHT</b>	49
7. Het recht op de gewaarborgde gezinsbijslag : het geval van de vreemdeling die een dergelijke bijslag aanvraagt ten voordele van een kind dat onderdaan is van een Staat die geen lid is van de Europese Unie ( <i>arrest nr. 12/2013</i> )	49

8. Subsidiaire bescherming : omvang van de maatschappelijke dienstverlening tijdens het onderzoek van beroepen ( <i>arrest nr. 43/2013</i> ) .....	53
9. Het statuut van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen ( <i>arrest nr. 106/2013</i> ) .....	59
10. De situatie van de asielzoekers die onderdaan zijn van een « veilig » land van herkomst ( <i>arrest nr. 107/2013</i> ) .....	74
11. De voorwaarden tot gezinshereniging – De wijzigingen aangebracht bij de wet van 8 juli 2011 ( <i>arrest nr. 121/2013</i> ) .....	84
12. Het verbod op het opsluiten van kinderen in gesloten centra ( <i>arrest nr. 166/2013</i> ) .....	117
<b>V. ADMINISTRATIEF CONTENTIEUX</b> .....	127
13. Het beroep tegen de beslissingen van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie – Respectieve bevoegdheden van het Hof van Beroep en van de Raad van State – Handhaving van de gevolgen in geval van vernietiging van een reglementaire handeling of van een individuele beslissing ( <i>arrest nr. 73/2013</i> ) .....	127
<b>VI. STRAFRECHT EN STRAFRECHTSPLEGING</b> .....	133
14. Minnelijke schikking in strafzaken en instemming van het slachtoffer ( <i>arrest nr. 6/2013</i> ) .....	133
15. De rechten verleend aan elkeen die wordt verhoord of wiens vrijheid wordt benomen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan – Salduz-rechtspraak ( <i>arresten nrs. 7/2013, 8/2013 en 50/2013</i> ) .....	136
16. Het beroepsgeheim, met name van de advocaat, en de bescherming van minderjarigen of van kwetsbare personen ( <i>arresten nrs. 127/2013 en 163/2013</i> ) .....	154
17. De misdrijven inzake douane en accijnzen en de hoofdelijke veroordeling van de met een geldboete gestrafte overtreders en medeplichtigen ( <i>arrest nr. 148/2013</i> ) .....	169

18. Onjuiste of onvolledige verklaringen met betrekking tot sociale voordelen - Sociaal strafrecht en beginsel non bis in idem ( <i>arrest nr. 181/2013</i> ) .....	171
<b>VII. FISCAAL RECHT</b> .....	175
19. De inwinning en verwerking van de gegevens met betrekking tot de financiële rekeningen en transacties ( <i>arresten nrs. 6/2013 en 66/2013</i> ) .....	175
20. De forfaitaire aanslagen die van toepassing zijn op de natuurlijke personen en de rechtspersonen die geen aangifte van hun beroepsinkomsten hebben overgelegd of die ze laattijdig hebben overgelegd (artikel 342, § 3, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 en artikel 182 van het koninklijk uitvoeringsbesluit) ( <i>arrest nr. 93/2013</i> ) ....	195
21. De niet-afrekbaarheid van de interesten van bepaalde leningen ( <i>arrest nr. 104/2013</i> ) .....	197
22. Strijd tegen « fiscaal misbruik » ( <i>arrest nr. 141/2013</i> ) .....	203
<b>VIII. MILIEURECHT</b> .....	215
23. Grond- en pandenbeleid in het Vlaamse Gewest ( <i>arresten nrs. 144/2013 en 145/2013</i> ) .....	215
<b>IX. RECHT OM STRAFFEN OP TE LEGGEN</b> .....	225
24. Btw-boeten – Uitstel en opschorting van de uitspraak ( <i>arrest nr. 13/2013</i> ) .....	225
25. De administratieve geldboeten die de ziekenfondsen en landsbonden van ziekenfondsen kunnen oplopen voor een reclame gemaakt door derden ( <i>arrest nr. 47/2013</i> ) .....	228
<b>X. GERECHTELIJK RECHT</b> .....	231
26. De uitoefening van de strafvordering door de federale procureur en de bevoegdheidsverdeling tussen het federaal parket en de procureur des Konings of de procureur-generaal ( <i>arrest nr. 49/2013</i> ) .....	231
27. Het recht van de rechtspersonen om een rechtsvordering in te stellen die ertoe strekt een	

einde te maken aan onmenselijke en vernederende behandelingen ( <i>arrest nr. 133/2013</i> ) .....	236
28. De voorziening in cassatie in fiscale zaken ( <i>arrest nr. 161/2013</i> ) .....	241
<b>XI. PROCESRECHT</b> .....	245
29. De rechtsplegingsvergoeding ten laste van de ambtenaar van de burgerlijke stand wanneer hij in het ongelijk wordt gesteld in een beroep tegen zijn weigering tot het voltrekken van een huwelijk ( <i>arrest nr. 132/2013</i> ) .....	245
30. De rechtsplegingsvergoeding - de situatie van de burgerlijke partij die in het ongelijk wordt gesteld en zich, door middel van een afzonderlijke vordering, heeft aangesloten bij de rechtstreekse dagvaarding door een andere burgerlijke partij ( <i>arrest nr. 174/2013</i> ) .....	247
<b>XII. BURGERLIJK RECHT</b> .....	251
31. De toewijzing bij voorrang van de gezinswoning - De hypothese van personen die onder het stelsel van scheiding der goederen zijn gehuwd ( <i>arrest nr. 28/2013</i> ) .....	251
32. De onmogelijkheid om de erkenning van vaderschap van een man ten aanzien van wie het kind bezit van staat heeft, te betwisten ( <i>arrest nr. 29/2013</i> ) .....	255
33. De vorderingen tot onderzoek naar het moederschap en het vaderschap - de aan de rechter opgedragen marginale toetsing ten aanzien van de belangen van het kind ( <i>arrest nr. 30/2013</i> ) ..	259
34. Leningsovereenkomsten, overeenkomsten voor een kredietopening en wederbeleggingsvergoeding ( <i>arrest nr. 119/2013</i> ) .....	264
35. De vervaltermijn van de vordering tot betwisting van een erkenning van vaderschap ( <i>arresten nrs. 139/2013 en 165/2013</i> ) .....	267
36. De vijfjarige verjaringstermijn voor schuldvorderingen ten laste van de Staat, op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de overheid wegens een onrechtmatige daad	



van een orgaan of aangestelde van de overheid, en de aanvangsdatum van die termijn ( <i>arrest</i> <i>nr. 140/2013</i> ) .....	275
<b>XIII. HANDELSRECHT</b> .....	281
37. Het toepassingsgebied <i>ratione personae</i> van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen ( <i>arrest nr. 24/2013</i> ) .....	281
38. De middelen tot tenuitvoerlegging van de schuldvorderingen in de opschorting, verboden bij de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, en de verplichtingen tot inhouding en storting bepaald in artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969 teneinde de fiscale en sociale fraude te bestrijden ( <i>arrest nr. 33/2013</i> ) .....	284
<b>XIV. ECONOMISCH EN FINANCIËEL RECHT</b> .....	289
39. De wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming : de uitsluiting van de beoefenaars van een vrij beroep, de tandartsen en de kinesisten ( <i>arrest nr. 99/2013</i> ) .....	289
<b>XV. SOCIALEZEKERHEIDSRECHT</b> .....	291
40. De terugvordering van loopbaanonderbrekingsuitkeringen die ten onrechte werden uitbetaald als gevolg van een vergissing van de uitkerende instelling ( <i>arrest</i> <i>nr. 34/2013</i> ) .....	291
41. De verschuldigde uitkering in geval van arbeidsongeschiktheid - de situatie van deeltijdse werknemers ( <i>arrest nr. 51/2013</i> ) .....	296
42. Aangebrachte wijzigingen inzake pensioenen - De magistraten ( <i>arrest nr. 67/2013</i> ) - Het personeel van de provinciale en lokale besturen, de lokale politiezones en de ziekenhuizen, bedoeld in de wet van 24 oktober 2011 ( <i>arrest nr. 71/2013</i> ) - Het personeel van de geïntegreerde politie ( <i>arrest</i> <i>nr. 81/2013</i> ) .....	300

43. Adoptiepremie - Toepassing van de Marokkaanse wetgeving betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen ( <i>arrest nr. 92/2013</i> ) .....	310
---	-----

<b>STATISTIEKEN VAN DE ACTIVITEITEN VAN HET HOF IN 2013</b> .....	315
1. Algemeen .....	315
2. Arresten op beroep tot vernietiging .....	319
3. Arresten op vordering tot schorsing .....	321
4. Arresten op prejudiciële vraag .....	321

## WOORD VOORAF

Artikel 142 van de Grondwet kent aan het Grondwettelijk Hof de exclusieve bevoegdheid toe om de wetskrachtige normen te toetsen aan de regels die de respectieve bevoegdheden van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten bepalen.

Bovendien heeft enkel het Hof tevens de bevoegdheid om zich uit te spreken over de schending, door een wetskrachtige norm, van de fundamentele rechten en vrijheden die worden gewaarborgd bij titel II van de Grondwet (artikelen 8 tot 32) alsook bij de artikelen 170 (wettigheidsbeginsel in fiscale aangelegenheden), 172 (gelijkheid in fiscale aangelegenheden) en 191 (bescherming van de vreemdelingen).

Bij het Hof kan een zaak aanhangig worden gemaakt ofwel bij een beroep tot vernietiging ingesteld door elke bij de wet aangewezen overheid of door elke persoon die doet blijken van een belang, ofwel op prejudiciële vraag door elk rechtscollege.

Met de publicatie van dit jaarverslag wenst het Hof het publiek de beschikking te geven over een samenvatting van de voornaamste arresten die het in 2013 heeft gewezen, gerangschikt volgens de betrokken materies, alsook een statistisch overzicht van zijn activiteiten in de loop van dat jaar.

In 2013 heeft het Hof 183 arresten gewezen, waarmee het aldus 260 zaken definitief afsluit. Gedurende datzelfde jaar werden bij het Hof 254 nieuwe zaken aanhangig gemaakt. De in dit verslag gepubliceerde statistieken bevestigen de trend van de voorbije jaren : het prejudicieel contentieux haalt het op het vernietigingscontentieux; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie blijft de meest ingeroepen toetsingsnorm; de vorderingen tot schorsing blijven zeldzaam en, dit jaar, werd slechts één daarvan ingewilligd door het Hof. Gedurende datzelfde jaar heeft het Hof vaker zitting genomen in voltallige zitting dan in een zetel van zeven rechters. Ten slotte blijft het Hof zoals reeds in vorige verslagen werd opgemerkt, een van de meest actieve grondwettelijke hoven, wat betreft het aantal gestelde prejudiciële

vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie : dit jaar werden in vier arresten vragen gesteld, waardoor het totaal van de zaken waarin dat Hof wordt ondervraagd op drieëntwintig wordt gebracht.

Bij lezing van het verslag blijkt ook dat geen enkele rechtstak aan de toetsing van het Hof ontsnapt : zowel de burgers als de rechters hebben de gewoonte aangenomen om bij twijfel enkel nog genoeg te nemen met wetskrachtige normen indien zij de grondwettigheidstoets hebben doorstaan.

André ALEN

Jean SPREUTELS

Voorzitters van het Grondwettelijk Hof

## I. GRONDWETTELIJK RECHT

### A. BEVOEGHEIDSVREDELING

**1. Wijzigingen van de wet van 29 april 1999 (organisatie van de elektriciteitsmarkt) en van de wet van 12 april 1965 (vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen)**  
(arrest nr. 98/2013)

Zoals aangegeven in het opschrift ervan, wijzigt de wet van 8 januari 2012 de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (hierna : de « Elektriciteitswet »)<sup>1</sup> en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen<sup>2</sup> (hierna : de « Gaswet ») teneinde de richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG, en de richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG in Belgisch recht om te zetten.

Bij het Hof is een beroep tot vernietiging van verschillende bepalingen van de voormelde wet van 8 januari 2012 ingesteld, beroep dat is afgeleid uit de schending van de bevoegdheidsregels inzake het energiebeleid; in zijn arrest nr. 98/2013 willigt het Hof dat beroep gedeeltelijk in.

Allereerst werd artikel 9, 4°, van de wet van 8 januari 2012 verweten artikel 39 van de Grondwet en artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a), van

<sup>1</sup> Wat betreft de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de wet van 29 april 1999, zie ook het arrest nr. 21/2005.

<sup>2</sup> Wat betreft de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de wet van 12 april 1965, zie ook het verslag 2010, pp. 133-136, alsook de arresten nrs. 62/2006 en 110/2010.

de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen te schenden.

De bestreden bepaling preciseert de beperking die bij artikel 9, § 1, tweede lid, van de Elektriciteitswet aan de beheerder van het nationaal transmissienet voor elektriciteit wordt opgelegd. Het nationaal transmissienet omvat de bovengrondse lijnen, ondergrondse kabels en installaties die dienen voor het vervoer van elektriciteit van land tot land en naar rechtstreekse afnemers van de producenten en naar distributeurs gevestigd in België, alsook voor de koppeling tussen elektrische centrales en tussen elektriciteitsnetten (artikel 2, 7°, van de Elektriciteitswet). Het beheer van het transmissienet wordt waargenomen door een enkele beheerder, die instaat voor de exploitatie, het onderhoud en de ontwikkeling van het transmissienet, met inbegrip van de koppellijnen daarvan naar andere elektriciteitsnetten, teneinde de continuïteit van de voorziening te waarborgen (artikel 8, § 1, van de Elektriciteitswet).

De bestreden bepaling voegt een zinsnede en een zin toe aan artikel 9, § 1, tweede lid, van de Elektriciteitswet, dat voortaan als volgt luidt (toevoeging gecursiveerd) : « De netbeheerder mag, rechtstreeks of onrechtstreeks, geen lidmaatschapsrechten bezitten onder welke vorm dan ook, in producenten, distributeurs, leveranciers en tussenpersonen *en evenmin in aardgasbedrijven zoals bepaald bij de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen. Wat de distributienetbeheerders betreft, geldt dit lid zonder afbreuk te doen aan de bepalingen van artikel 8, § 2* ». Artikel 8, § 2, van de Elektriciteitswet staat de beheerder van het transportnet toe om, onder bepaalde voorwaarden, activiteiten uit te oefenen « die onder meer bestaan uit diensten voor de exploitatie, het onderhoud, de verbetering, de vernieuwing, de uitbreiding en/of het beheer van lokale, regionale transmissie- en/of distributienetten met een spanningsniveau van 30 kV tot 70 kV ». Hij kan deze activiteiten, met inbegrip van handelsactiviteiten, rechtstreeks uitoefenen of via deelnemingen in publieke of private instellingen, vennootschappen of verenigingen.

De grief van de Vlaamse Regering heeft betrekking op de toegevoegde laatste zin van artikel 9, § 1, tweede lid, van de Elektriciteitswet, die door bevoegdheidsoverschrijding zou zijn aangetast.

Uit artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dat zijn grondslag vindt in artikel 39 van de Grondwet, volgt dat de bijzondere wetgever het energiebeleid heeft opgevat als een gedeelde exclusieve bevoegdheid, waarbij de gasdistributie en de distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit (door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70 000 volt) aan de gewesten is toevertrouwd, terwijl het (niet-plaatselijk) vervoer van energie tot de bevoegdheid van de federale wetgever is blijven behoren.

De bestreden bepaling regelt niet de distributie of het vervoer van energie maar bevestigt slechts de mogelijkheid, die door artikel 8, § 2, van de Elektriciteitswet onder bepaalde voorwaarden aan de beheerder van het transmissienet wordt verleend, om tevens activiteiten van distributiebeheer uit te oefenen. Zonder toevoeging van de bestreden zin zouden artikel 8, § 2, en artikel 9, § 1, tweede lid, van de Elektriciteitswet elkaar tegenspreken. De uitoefening zelf van die activiteiten van distributiebeheer valt vanzelfsprekend onder de exclusieve bevoegdheid van de gewesten. Overigens, zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State met betrekking tot artikel 8, § 2, van de Elektriciteitswet heeft opgemerkt, is die bepaling slechts van toepassing « zodra de betrokken netbeheerder krachtens de gewestelijke regelgeving effectief de in die bepaling bedoelde activiteiten vermag uit te oefenen ».

De Vlaamse Regering voert vervolgens de schending aan van artikel 6, § 3, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dat in een verplicht overleg tussen de betrokken Gewestregeringen en de federale overheid over de grote lijnen van het nationale energiebeleid voorziet. Aangezien de bestreden zin slechts een precisering van de bestaande wettekst inhoudt, die niet de grote lijnen van het energiebeleid betreft, diende niet te worden voldaan aan de voormelde overlegverplichting.

Andere kritieken hadden betrekking op artikel 80 van de wet van 8 januari 2012, waaraan werd verweten artikel 39 van de Grondwet en artikel 6, § 1, VII, eerste lid, b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen te schenden.

Dat artikel 80 voegt in de Gaswet een artikel 15/9bis in, dat een bijzondere regeling invoert voor de zogenaamde gesloten industriële netten die op het vervoersnet zijn aangesloten. In afwijking van de algemene bepalingen vervat in de Gaswet, worden de beheerders van een gesloten industrieel net slechts aan minimale verplichtingen onderworpen en zijn zij vrijgesteld van verplichtingen die aan de elektriciteits- en aardgasbedrijven zijn opgelegd.

Een gesloten industrieel net is een net binnen een geografisch afgebakende industriële of commerciële locatie of een locatie met gedeelde diensten dat in de eerste plaats bestemd is om de eindafnemers die op deze locatie gevestigd zijn te bedienen, dat geen huishoudelijke afnemers bevoorraadt en waarin (a) de exploitatie of het productieproces van de gebruikers van dat net om specifieke technische of veiligheidsredenen geïntegreerd is, of (b) het aardgas wordt gedistribueerd aan de eigenaar of beheerder van het gesloten distributienet of de daarmee verwante bedrijven (artikel 1, 56°, van de Gaswet). Het gaat volgens de parlementaire voorbereiding met name om de netten die « aardgas binnen een beperkt en goed afgebakend geografisch gebied distribueren, in het bijzonder op industriële of commerciële locaties, of locaties met gedeelde diensten zoals spoorwegstations, luchthavens, ziekenhuizen, grote campings met geïntegreerde faciliteiten of installaties van de chemische industrie ».

Op grond van artikel 6, § 1, VII, eerste lid, b), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gewesten bevoegd voor de openbare gasdistributie. Voor zover zij er niet anders over hebben beschikt, moeten de Grondwetgever en de bijzondere wetgever worden geacht aan de gemeenschappen en de gewesten de volledige bevoegdheid te hebben toegekend tot het uitvaardigen van regels die eigen zijn aan de aan hen toegewezen aangelegenheden. Behoudens andersluidende bepalingen heeft de bijzondere wetgever het gehele beleid inzake de door hem



toegewezen aangelegenheden aan de gemeenschappen en de gewesten overgedragen. Onder openbare gasdistributie moet worden verstaan, zo blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, « de werkzaamheid die tot doel heeft gas door middel van leidingen, te leveren aan verbruikers gevestigd op het grondgebied van een bepaalde gemeente of op het grondgebied van verschillende aan elkaar palende gemeenten die met het oog op de levering van gas onderling een overeenkomst hebben gesloten ».

Nu een gesloten industrieel net bestemd is om eindafnemers te bedienen, valt het onder de openbare gasdistributie zoals bedoeld in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en niet onder het « vervoer » van gas, zonder levering, dat krachtens artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c), van de voormelde bijzondere wet tot de bevoegdheid van de federale overheid is blijven behoren. Het is daarbij niet van belang dat het gesloten industrieel net andere dan huishoudelijke afnemers bevoorraadt. Weliswaar kan worden aangenomen, zoals de Ministerraad betoogt, dat het « vervoer » van gas de levering aan bepaalde eindafnemers niet uitsluit en dat die activiteit van het vervoersnet geen distributienet maakt. Anders dan het aardgasvervoersnet is een gesloten industrieel net evenwel, zoals uit de definitie ervan blijkt, uitdrukkelijk bestemd om eindafnemers te bedienen. Bovendien valt de uitoefening van elke distributieactiviteit, ongeacht door welk net, onverkort onder de exclusieve bevoegdheid van de gewesten. Het feit, ten slotte, dat het gesloten industrieel net op het vervoersnet is aangesloten en geen deel uitmaakt van een distributienet kan, bij gebrek aan rechtsgrondslag in de bijzondere wet van 8 augustus 1980, niet als een bevoegdheidverdelend criterium in aanmerking worden genomen.

Daaruit volgt dat de paragrafen 1, 2 en 4 van artikel 15/9bis van de Gaswet een aangelegenheid regelen die tot de bevoegdheid van de gewesten behoort. Het Hof vernietigt bijgevolg artikel 80 van de wet van 8 januari 2012, in zoverre het artikel 15/9bis, §§ 1, 2 en 4, in de voormelde wet van 12 april 1965 invoegt en in zoverre die bepalingen van toepassing zijn op de gesloten industriële netten die binnen het territoriaal bevoegdheidsgebied van de gewesten gelegen zijn.

Paragraaf 3 van het voormelde artikel 15/9bis regelt daarentegen een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van de federale wetgever behoort, aangezien krachtens artikel 6, § 1, VII, tweede lid, d), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 de tarieven een aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheid zijn.

Het Hof onderzoekt vervolgens drie middelen samen waarin de schending, door verscheidene bepalingen van de wet van 8 januari 2012, wordt aangevoerd van artikel 39 van de Grondwet en, naar gelang van het geval, van artikel 6, § 1, VII, eerste lid, f) en h), van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, en van artikel 6, § 1, II, eerste lid, 1°, van dezelfde bijzondere wet. Na artikel 105 buiten zijn saisine te hebben gehouden wegens het feit van de opheffing ervan bij artikel 13 van de wet van 25 augustus 2012, beperkt het Hof zijn onderzoek tot de artikelen 8, 2°, 31, 1°, 65, 6°, 84, 1° en 2°, van de wet van 8 januari 2012, waarvan de tekst in het arrest wordt overgenomen.

De bevordering van de hernieuwbare energiebronnen behoort tot de bevoegdheid van de gewesten, vermits artikel 6, § 1, VII, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, onder de gewestelijke aspecten van de energie « de nieuwe energiebronnen » en « het rationeel energieverbruik » vermeldt. De bescherming van het leefmilieu behoort eveneens in beginsel tot de bevoegdheid van de gewesten, op grond van artikel 6, § 1, II, eerste lid, 1°, van dezelfde bijzondere wet. Die bevoegdheidsgrondslag omvat de bescherming van het klimaat.

De bestreden bepalingen leggen aan de actoren op de energiemarkt verplichtingen op - of machtigen de Koning verplichtingen op te leggen - inzake energie-efficiëntie en - voor sommige van die bepalingen - inzake energie die geproduceerd wordt uit hernieuwbare energiebronnen alsook inzake milieu- en klimaatbescherming.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat het opleggen van die verplichtingen tot de exclusieve bevoegdheid van de gewesten behoort, behoudens in zoverre zij de kernenergie betreffen en de mariene gebieden die buiten het territoriaal bevoegdheidsgebied van de gewesten gelegen zijn.

De precisering dat de verplichtingen slechts aan de betrokken actoren worden opgelegd « voor hun activiteiten op het transmissienet » (artikel 31, 1°) of « voor hun activiteiten op het vervoersnet, de aardgasopslaginstallatie of de LNG-installatie » (artikel 84) doet aan die vaststelling geen afbreuk. Behoudens de uitdrukkelijk vermelde uitzonderingen heeft de bijzondere wetgever immers aan de gewesten de exclusieve bevoegdheid toegekend inzake de bescherming van het leefmilieu, de nieuwe energiebronnen en het rationeel energieverbruik. De bestreden bepalingen zijn niet noodzakelijk om de voorbehouden bevoegdheid inzake het vervoer van energie, zoals zij hierboven in herinnering is gebracht, te kunnen uitoefenen. Het komt derhalve de gewesten toe in de hen toegewezen aangelegenheden verplichtingen op te leggen aan alle betrokken actoren op de energiemarkt, niet alleen wat hun activiteiten op het distributienet betreft, maar ook wat hun activiteiten op het vervoers- of transmissienet betreft.

Het Hof vernietigt bijgevolg de artikelen 8, 2°, 31, 1°, 65, 6°, en 84, 1° en 2°, van de voormelde wet van 8 januari 2012 in zoverre zij verplichtingen opleggen - of de Koning machtigen verplichtingen op te leggen - inzake nieuwe energiebronnen, rationeel energieverbruik en milieubescherming, behoudens wanneer die verplichtingen betrekking hebben op de kernenergie of op de mariene gebieden die buiten het territoriaal bevoegdheidsgebied van de gewesten gelegen zijn.

Het Hof onderzoekt eveneens artikel 23<sup>quater</sup>, dat in de Elektriciteitswet is ingevoegd bij artikel 37 van de wet van 8 januari 2012, waarbij het Hof erop wijst dat artikel 88 van diezelfde wet een soortgelijke bepaling invoegt in de Gaswet (artikel 15/14<sup>quater</sup>). Artikel 23<sup>quater</sup> zou de bevoegdheidverdelende regels, in samenhang gelezen met het evenredigheidsbeginsel, schenden in zoverre dat artikel eenzijdig de vertegenwoordiging en de contacten op communautair niveau binnen het Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) vaststelt, zonder dat daarover voorafgaandelijk een samenwerkingsakkoord werd gesloten.

Het ontbreken van een samenwerkingsakkoord in een aangelegenheid waarvoor, zoals dat te dezen het geval is, de bijzondere wetgever daartoe niet in een verplichting voorziet, houdt in beginsel geen schending in van de bevoegdheidsverdelende regels. Wanneer evenwel de bevoegdheden van de federale Staat en de gewesten dermate verweven zijn dat zij alleen in onderlinge samenwerking kunnen worden uitgeoefend, houdt het eenzijdige optreden van de federale wetgever in de regel een schending in van het evenredigheidsbeginsel.

Aan het ACER zijn met name taken toevertrouwd in verband met de samenwerking van de transmissiesysteembeheerders (artikel 6 van de verordening (EG) nr. 713/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators), taken in verband met de nationale regulerende instanties (artikel 7 van de verordening) en taken inzake de toegang tot en de operationele veiligheid van grensoverschrijdende infrastructuur (artikel 8 van de verordening). Krachtens artikel 14, lid 1, eerste alinea, onder a), van de voormelde verordening bestaat de raad van regulators van het ACER uit « hooggeplaatste vertegenwoordigers van de regulerende instanties overeenkomstig artikel 35, lid 1, van Richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 1, van Richtlijn 2009/73/EG, alsmede per lidstaat een plaatsvervanger die thans een hoge functie bij deze instanties vervult ». De vermelde richtlijnbevestigingen verwijzen naar « één enkele nationale regulerende instantie op nationaal niveau » en niet naar de regulerende instanties op regionaal niveau, waaraan in het tweede lid van dezelfde richtlijnbevestigingen wordt gerefereerd. Krachtens artikel 14, lid 1, tweede alinea, van de voormelde verordening mag slechts « één vertegenwoordiger per lidstaat van de nationale regulerende instantie [...] worden toegelaten tot de raad van regulators ». Uit die bepalingen vloeit voort dat enkel een vertegenwoordiger van de CREG de Belgische regulerende instanties binnen het ACER kan vertegenwoordigen.

Wanneer het sluiten van een samenwerkingsakkoord tot geen andere bepaling zou kunnen leiden, met name gelet op de ter zake geldende Europese regelgeving, dan de bepaling die zonder het voorafgaandelijk sluiten van een samenwerkingsakkoord is tot stand gekomen, kan die laatste bepaling niet worden geacht het

evenredigheidsbeginsel, dat inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening, te hebben geschonden. Voor het overige voorzien de bestreden bepalingen uitdrukkelijk erin dat de vertegenwoordiger van de CREG « in formele samenwerking » (artikel 23*quater*, § 3, van de Elektriciteitswet) of « in formeel overleg » (artikel 15/14*quater*, § 3, van de Gaswet) met de regionale reguleringsoverheden handelt.

## 2. Federale bevoegdheid en gewestbevoegdheid inzake consumentenbescherming (arrest nr. 101/2013)

Het decreet van het Waalse Gewest van 12 april 2001 regelt, zoals het opschrift ervan aangeeft, « de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt ».

De artikelen 25*bis* en 25*septies* van dat decreet voorzien in de vergoeding van de afnemers die het slachtoffer zijn van een lange stroomonderbreking (artikel 25*bis*), van een administratieve vergissing (begaan door de distributienetbeheerder of de leverancier), van een vertraging bij de aansluiting (artikelen 25*ter* en 25*quater*) of van elke schade ingevolge de onderbreking, de niet-conformiteit of de onregelmatigheid van de stroomvoorziening (artikelen 25*quinquies* en 25*sexies*); artikel 25*septies* bevat bepalingen die samenhangen met de vorige artikelen krachtens welke, met name, de vergoedingsmechanismen, zoals uit de parlementaire voorbereiding blijkt, de toepassing niet in de weg staan van andere wetsbepalingen die het mogelijk maken om de verantwoordelijkheid van de netbeheerder in vraag te stellen, zoals artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.

Aan het Hof zijn twee prejudiciële vragen gesteld over de voormelde bepalingen.

Alvorens die vragen te beantwoorden, merkt het Hof op dat zij verwijzen naar de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming. In antwoord op een door de cvba « Tecteo », appellante voor de verwijzende rechter, opgeworpen exceptie – volgens welke haar activiteit als

distributienetbeheerder een wettelijke opdracht van algemeen belang zou zijn die zich ertegen zou verzetten dat de publiekrechtelijke rechtspersoon die zij is, wordt beschouwd als een onderneming die is onderworpen aan het toepassingsgebied van de wet van 6 april 2010 –, merkt het Hof op dat het niet aan de partijen staat de interpretatie van de bepalingen te betwisten die de rechter in aanmerking neemt wanneer hij aan het Hof een prejudiciële vraag stelt, waarbij het Hof van die interpretatie alleen zou kunnen afwijken indien die kennelijk onredelijk is. Na te hebben verwezen naar de parlementaire voorbereiding van de wet van 6 april 2010 voegt het eraan toe dat, te dezen en rekening houdend met de optie van de lidstaten van de Europese Unie om de energiemarkt te liberaliseren, kan worden aangenomen dat de activiteit van distributienetbeheerder niet bestaat in de uitoefening van prerogatieven die typische prerogatieven van het openbaar gezag zonder een economisch karakter zouden zijn (zie HvJ, 19 januari 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH en Eurocontrol*) en dat die derhalve onderworpen is aan de wet van 6 april 2010. Het gegeven dat de distributienetbeheerder zou beschikken over een « natuurlijk monopolie » als gevolg van de moeilijkheden waartoe een toename van het aantal netten in feite zou leiden en dat de eindafnemer, krachtens het in het geding zijnde decreet, zijn distributienetbeheerder niet kan kiezen, kan niet tot een andere conclusie leiden.

Aan het Hof is eerst de vraag gesteld of de in het geding zijnde bepalingen in overeenstemming zijn met artikel 6, § 1, VI, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, waarvan het vierde lid, 2°, aan de federale overheid de bevoegdheid voorbehoudt om « algemene regels vast te stellen inzake [...] de bescherming van de verbruiker ».

Zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding ervan heeft het voormelde decreet van 12 april 2001 de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt geregeld teneinde tegelijkertijd rekening te houden met de bescherming van het leefmilieu en met de sociale en de economische aspecten van de elektriciteitsvoorziening. De in het geding zijnde artikelen 25*bis* tot 25*septies*, met hun hiervoor vermeld onderwerp, zijn ingevoegd bij

een decreet van 17 juli 2008, waarvan het « voornaamste beginsel [bestaat in] de verdediging van de belangen van de consument ».

Het bevoegdheidsvoorbehoud ten aanzien van de federale overheid inzake de bescherming van de consument is vervat in artikel 6, § 1, VI, vierde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen teneinde de uitvoering te verzekeren van de beginselen die zijn opgenomen in het derde lid van dezelfde bepaling. In de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen wordt in dat opzicht aangegeven : « De vrijwaring van de economische unie en de monetaire eenheid gebeurt eveneens door naleving van de normen inzake de overheidsopdrachten, de bescherming van de verbruiker, de bedrijfsorganisatie en de maxima inzake economische expansiehulp aan ondernemingen. Deze normen blijven tot de bevoegdheid van de nationale overheid behoren. In deze aangelegenheden heeft de nationale overheid de bevoegdheid om de grote principes vast te leggen in organieke regels (het algemeen kader). Zowel de nationale overheid als de Gewesten zijn gehouden het aldus vastgestelde algemeen normatief kader te eerbiedigen. Nochtans kunnen de Gewesten dit vervolledigen, ook via normatieve weg, teneinde een beleid te voeren aangepast aan hun behoeften voor zover ze niet strijdig zijn met het normatief kader bepaald door de nationale overheid [...] - met ' de bescherming van de verbruiker ' worden de minimanormen bedoeld inzake veiligheid en kwaliteit van produkten en diensten - ».

De federale overheid is ertoe gemachtigd de algemene regels inzake consumentenbescherming vast te stellen. Uit de hiervoor aangegeven elementen blijkt evenwel dat de bijzondere wetgever aan de gewesten de mogelijkheid heeft willen bieden om de aangelegenheden die onder hun bevoegdheid vallen, te onderwerpen aan extra kwalitatieve voorwaarden inzake consumentenbescherming, met inachtneming van de economische beginselen vervat in artikel 6, § 1, VI, derde lid.

De in het geding zijnde bepalingen kunnen in die zin worden opgevat dat zij dergelijke extra kwalitatieve voorwaarden vaststellen ten opzichte van de bepalingen die de federale wetgever

heeft opgenomen in de voormelde wet van 6 april 2010, in het bijzonder het verbod op onrechtmatige bedingen bepaald in artikel 74, 6°, 9°, 13° en 30°, waaraan in de motivering van het verwijzingsarrest wordt gerefereerd. Immers, naast het feit dat het in het geding zijnde decreet, door de rechtspersonen onder de consumenten op te nemen, een ruimer toepassingsgebied heeft dan de wet van 6 april 2010, blijkt uit de parlementaire voorbereiding van die wet dat de decreetsbepalingen de toepassing niet verhinderen van de bepalingen van die wet, die van haar kant bedoeld is om inzake energie te worden toegepast : zij bieden aan de netbeheerder noch het recht om op eenzijdige wijze te bepalen of de elektriciteitsvoorziening conform de overeenkomst is, noch het recht om de consument op te leggen zijn verplichtingen uit te voeren, terwijl hij zou nalaten de zijne uit te voeren, noch het recht zich te bevrijden van zijn aansprakelijkheid door zijn opzet, grove schuld of elke niet-uitvoering van een belangrijke verplichting van de overeenkomst. De bepalingen van het in het geding zijnde decreet verhinderen evenmin, krachtens artikel 25septies van het decreet zelf, de toepassing van andere wetsbepalingen die het de consument mogelijk maken de netbeheerder aansprakelijk te stellen. Het Hof beslist derhalve dat de artikelen 25bis tot 25septies van het decreet van het Waalse Gewest van 12 april 2001 artikel 6, § 1, VI, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen niet schenden.

Aan het Hof werd ook gevraagd of het verschil in behandeling onder de consumenten naargelang zij een overeenkomst zouden hebben aangegaan met een bij die bepalingen beoogde netbeheerder dan wel met een andere onderneming bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet : alleen de tweede categorie zou het verbod op onrechtmatige bedingen vervat in de artikelen 74 en volgende van de wet van 6 april 2010 kunnen aanvoeren.

Aangezien de wet van 6 april 2010, zoals hiervoor is aangegeven, inzake energie moet worden toegepast, is het niet verantwoord dat de consumenten die een overeenkomst zouden sluiten met een netbeheerder die in het in het geding zijnde decreet wordt beoogd, het verbod op onrechtmatige bedingen bepaald in de artikelen 74 en volgende van de wet van 6 april 2010 niet zouden kunnen genieten. Het Hof beslist derhalve dat, in die zin geïnterpreteerd dat zij de



consument die een overeenkomst zou sluiten met een in het voormelde decreet van 12 april 2001 beoogde netbeheerder, verbieden om het in de artikelen 74 en volgende van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming bepaalde verbod op onrechtmatige bedingen te genieten, de in het geding zijnde artikelen 25bis tot 25septies de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden.

Het Hof stelt evenwel vast dat een andere interpretatie mogelijk is. Zelfs los van het feit dat geen enkele van de bepalingen van het in het geding zijnde decreet een onrechtmatig beding vormt zoals bedoeld in artikel 74, 6°, 9°, 13° en 30°, van de wet van 6 april 2010, blijkt uit hetgeen hiervoor is uiteengezet dat de bepalingen van dat decreet de bij de wet van 6 april 2010 ingevoerde algemene regeling inzake consumentenbescherming aanvullen door, in de daarbij bepaalde gevallen, te voorzien in een vergoeding voor de consumenten die het slachtoffer zijn van nalatigheden die de netbeheerders kunnen worden verweten. Er dient bijgevolg niet te worden aangenomen dat de consumenten het bij de voormelde wet bepaalde verbod op onrechtmatige bedingen niet zouden kunnen aanvoeren, terwijl, integendeel, de in het geding zijnde bepalingen in het decreet van 12 april 2001 precies zijn ingevoegd om de consument te beschermen, zoals reeds is aangegeven. Het Hof besluit derhalve dat, in die zin geïnterpreteerd dat zij de consument die een overeenkomst zou sluiten met een in het voormelde decreet van 12 april 2001 beoogde netbeheerder, niet verbieden om het in de artikelen 74 en volgende van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming bepaalde verbod op onrechtmatige bedingen te genieten, de in het geding zijnde artikelen 25bis tot 25septies de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schenden.

## B. RECHTEN EN VRIJHEDEN

### 3. *De stelselmatige foullering op het lichaam van gedetineerden in de gevallen bepaald bij artikel 108, § 2, eerste lid, van de basiswet van 12 januari 2005 (arrest nr. 143/2013)*

Artikel 108, § 2, eerste lid, van de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden, ingevoegd bij artikel 5 van de wet van 1 juli 2013, bepaalt : « Alle gedetineerden worden gefouilleerd op het lichaam : - bij het betreden van de gevangenis; - voorafgaand aan de plaatsing in een beveiligde cel of de opsluiting in een strafcel; - overeenkomstig de in de gevangenis geldende richtlijnen, na het bezoek van de in artikel 59 vermelde personen, dat niet heeft plaatsgevonden in een lokaal voorzien van een transparante wand die de bezoekers van de gedetineerde scheidt ». De foullering op het lichaam laat toe de gedetineerde te verplichten om zich uit te kleden tot op het lichaam en de openingen en de holten van het lichaam uitwendig te schouwen (artikel 108, § 2, derde lid, van de basiswet zoals ingevoegd bij hetzelfde artikel 5 van de wet van 1 juli 2013).

Krachtens het ongewijzigde artikel 108, § 1, van de basiswet mag de gedetineerde, wanneer dit in het belang van de handhaving van de orde of de veiligheid noodzakelijk is, aan zijn kledij worden onderzocht door daartoe door de directeur gemandateerde leden van het bewakingspersoneel, overeenkomstig de door hem gegeven richtlijnen. Dat onderzoek heeft tot doel na te gaan of de gedetineerde in het bezit is van voorwerpen of substanties die verboden of gevaarlijk kunnen zijn. Vóór de wijziging van artikel 108, § 2, eerste lid, van de basiswet was een foullering op het lichaam enkel toegestaan indien er individuele aanwijzingen waren dat het onderzoek aan de kledij niet volstond om het voormelde doel te bereiken en na een afzonderlijke beslissing van de directeur. Een soortgelijke bepaling is nu opgenomen in het tweede lid van artikel 108, § 2, meer bepaald voor de situaties die niet in het nieuwe eerste lid zijn vervat : « De gedetineerde wordt gefouilleerd op het lichaam wanneer de directeur van oordeel is dat er individuele

aanwijzingen zijn dat het onderzoek aan de kledij niet volstaat om het in § 1, tweede lid, omschreven doel te bereiken. De directeur bezorgt zijn beslissing schriftelijk aan de gedetineerde uiterlijk vierentwintig uur nadat de foullering heeft plaatsgevonden ».

Bij het Hof werd een vordering tot schorsing van het voormelde artikel 108, § 2, eerste lid, ingesteld, die het Hof zal toewijzen. Het tweede en het derde lid van artikel 108, § 2, werden niet bestreden : de kritiek van de verzoeker was enkel gericht tegen de invoering van het stelselmatig foulleren, in situaties vermeld in het eerste lid, zonder dat die foullering op individuele aanwijzingen moet zijn gebaseerd en zonder dat daartoe een afzonderlijke beslissing dient te worden genomen. De overige voorwaarden waaraan de foullering moet voldoen, blijven bestaan : de foullering op het lichaam mag enkel plaatsvinden in een gesloten ruimte bij afwezigheid van andere gedetineerden en moet uitgevoerd worden door minimum twee daartoe door de directeur gemandateerde personeelsleden van hetzelfde geslacht als de gedetineerde (artikel 108, § 2, vierde lid, van de basiswet); het onderzoek aan de kledij en de foullering op het lichaam mogen geen tergend karakter hebben en dienen met eerbiediging van de waardigheid van de gedetineerde te geschieden (artikel 108, § 3, van de basiswet).

De verzoeker voerde, onder meer, de schending aan van de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens : het bestreden artikel 108, § 2, eerste lid, zou de voormelde artikelen schenden doordat het bepaalt dat er, in de beoogde gevallen, altijd een foullering op het lichaam moet plaatsvinden, ook wanneer de noodzaak daarvan niet is aangetoond.

Het Hof neemt achtereenvolgens een uittreksel over uit de memorie van toelichting (en de met de in het geding zijnde bepaling nagestreefde veiligheidsdoelstelling) alsook uittreksels uit het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State (in het bijzonder met betrekking tot de kwestie van de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde bepaling met artikel 3 van het EVRM). Het Hof wijst vervolgens erop dat de wetgever het advies van de Raad van State niet heeft gevolgd, en wijst op de in de parlementaire voorbereiding aangevoerde reden; het wijst eveneens erop dat

voorts werd gepreciseerd dat er geen fouillering zal plaatsvinden « wanneer er geen contact is geweest met personen die extern zijn aan de penitentiaire inrichtingen. Ter illustratie worden de volgende gevallen aangehaald : in het geval van een overbrenging naar een andere gevangenis, of van en naar de rechtbank en in het geval van de raadpleging van het strafdossier ».

Het Hof neemt vervolgens artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens over alsook uittreksels uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot het onderzoek op het lichaam van gedetineerden (EHRM, 15 juni 2010, *Ciupercescu* t. Roemenië, punten 116 en 117) alsmede de arresten waarnaar wordt verwezen : de arresten *Valašinas*, § 117; *Van der Ven*, § 60; *Lorsé*, § 72; *Frérot*, § 40, en *Ramirez Sanchez* voormeld, § 119); het wijst erop dat in een arrest van 12 juni 2007 hetzelfde Hof de toepassing van een Franse wet die gelijkenissen vertoont met de thans bestreden bepaling, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, strijdig heeft bevonden met artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EHRM voormeld, 12 juni 2007, *Frérot* t. Frankrijk).

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat een fouillering op het lichaam in bepaalde omstandigheden noodzakelijk kan zijn teneinde de orde en de veiligheid in de gevangenis te handhaven en het plegen van misdrijven te voorkomen, met name wanneer het gedrag van de gedetineerde daartoe aanleiding geeft (zie EHRM, 29 mei 2012, *Julin* t. Estland, § 189; 10 oktober 2013, *Voloshyn* t. Oekraïne, § 53).

Door evenwel in een stelselmatige fouillering op het lichaam te voorzien, telkens als een gedetineerde de gevangenis betreedt, telkens als een gedetineerde in een beveiligde cel wordt geplaatst of in een strafcel wordt opgesloten en telkens als een gedetineerde bezoek heeft ontvangen, gaat de bestreden bepaling verder dan strikt noodzakelijk is om de nagestreefde doelstelling te bereiken. Er kan immers niet worden aangenomen dat elk van die situaties, voor elke gedetineerde, een verhoogd risico voor de veiligheid of de orde in de gevangenis doet ontstaan. Aan die vaststelling wordt geen afbreuk gedaan door de voorwaarde, in de situatie dat de gedetineerde bezoek heeft ontvangen, dat de fouillering op het lichaam plaatsvindt « overeenkomstig de in de gevangenis

geldende richtlijnen » (artikel 108, § 2, eerste lid, derde streepje). Dergelijke richtlijnen kunnen immers niet primeren op de duidelijke tekst van de wet, die in een foullering op het lichaam voorziet na elk bezoek dat niet heeft plaatsgevonden in een lokaal voorzien van een transparante wand die de bezoekers van de gedetineerde scheidt. De bestreden bepaling lijkt derhalve, door in een stelselmatige foullering te voorzien, zonder precieze verantwoording die te maken heeft met het gedrag van de gedetineerde, op discriminerende wijze afbreuk te doen aan het verbod om op een vernederende wijze te worden behandeld. Dit is des te meer het geval aangezien artikel 108, § 2, tweede en derde lid, van de basiswet de directeur van de strafinrichting toelaat over te laten gaan tot foullering op het lichaam op grond van individuele aanwijzingen dat het onderzoek van de kledij niet volstaat om na te gaan of de gedetineerde in het bezit is van voorwerpen of substanties die verboden of gevaarlijk kunnen zijn.

Het Hof beslist derhalve dat binnen het beperkte kader van het onderzoek waartoe het bij de behandeling van de vordering tot schorsing is kunnen overgaan, het middel dat is afgeleid uit een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, als ernstig moet worden beschouwd in de zin van artikel 20, 1°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

Wat het risico op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft, wijst het Hof erop dat de schorsing van een wetsbepaling het mogelijk moet maken te vermijden dat, voor de verzoekende partij, een ernstig nadeel voortvloeit uit de onmiddellijke toepassing van de bestreden normen, nadeel dat niet of moeilijk zou kunnen worden hersteld in geval van een vernietiging van die normen.

De onderwerping aan een foullering op het lichaam vormt een ernstige aantasting van de lichamelijke integriteit. De aard van de maatregel heeft bovendien tot gevolg dat die aantasting niet kan worden hersteld. De verzoeker kan op ieder ogenblik worden opgeroepen om de nog resterende tijd van zijn vrijheidsstraf uit te zitten. De omzendbrieven en de praktijken waarop de Ministerraad zich beroept, zijn niet van die aard dat zij de draagwijdte van de

bestreden bepaling, die de fouillering van de gedetineerden « bij het betreden van de gevangenis » voorschrijft, vermogen te moduleren. De onmiddellijke uitvoering van de bestreden bepaling kan de verzoeker derhalve een moeilijk te herstellen ernstig nadeel berokkenen.

Het Hof schorst bijgevolg artikel 108, § 2, eerste lid, van de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden, zoals vervangen bij artikel 5 van de wet van 1 juli 2013 tot wijziging van de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden.<sup>1</sup>

#### **4. De bescherming van kwetsbare of zwakke personen (arrest nr. 146/2013)**

De wet van 26 november 2011 wijzigt het Strafwetboek en vult het aan teneinde, volgens het opschrift ervan, « het misbruik van de zwakke toestand van personen strafbaar te stellen, en de strafrechtelijke bescherming van kwetsbare personen tegen mishandeling uit te breiden ».

Bij het Hof zijn beroepen tot vernietiging van de artikelen 36 en 43 van die wet ingesteld. Het Hof verwerpt die beroepen, evenwel onder het in het arrest aangegeven voorbehoud van interpretatie.

De bestreden wet van 26 november 2011 is het resultaat - aan het eind van de parlementaire procedure die in het arrest gedetailleerd wordt beschreven - van vier wetsvoorstellen ingediend bij de Kamer van volksvertegenwoordigers. Die wet komt voort uit het parlementair onderzoek naar sekten in de jaren '90 : de parlementaire onderzoekscommissie had aanbevolen om misbruik van kwetsbare personen te bestraffen omdat de toen geldende strafbepalingen niet volstonden om de verdachte praktijken van sekten aan te pakken.

<sup>1</sup> Bij zijn arrest nr. 20/2014 heeft het Hof diezelfde bepaling vernietigd.

De wet van 26 november 2011 heeft evenwel tot doel om op te treden niet enkel tegen de wantoestanden van sekten, maar ook tegen het anderszins misbruik maken van zwakken, zoals ouderen, gehandicapten en minderjarigen. De wet voert allereerst een nieuw autonoom artikel in, dat in het algemeen het misbruik maken van zwakken strafbaar stelt (artikel 442<sup>quater</sup> van het Strafwetboek, ingevoegd bij artikel 36 van de bestreden wet) en, vervolgens, verzwart de wet ook de straffen bij reeds bestaande misdrijven, indien de dader het basismisdrijf pleegt tegen personen die kwetsbaar zijn vanwege hun leeftijd, ziekte, zwangerschap of lichamelijk of geestelijk gebrek. In laatste instantie wordt ook het vorderingsrecht van verenigingen uitgebreid (artikel 43).

Het Hof onderzoekt achtereenvolgens de middelen in zoverre zij betrekking hebben op : 1) *het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie*; 2) *het wettigheidsbeginsel in strafzaken*; 3) *de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting*; 4) *het recht op eerbiediging van het privéleven*; 5) *de vrijheid van vereniging*; 6) *de persoonlijke vrijheid*; 7) *het eigendomsrecht*; 8) *het beginsel van de subsidiariteit van het strafrecht*.

1) *Wat het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie betreft*

In verscheidene middelen werd de schending aangevoerd van, al naar gelang van het geval, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet of artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in samenhang gelezen met de artikelen 9 en 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 1 van het Twaalfde Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Gelovigen die behoren tot een sekte zouden anders worden behandeld dan gelovigen die behoren tot een erkende godsdienst, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording zou bestaan; het bestreden artikel 36 zou, vanwege zijn vaagheid, ervan uitgaan dat personen die lid zijn van een sekte zich in een toestand van onderwerping bevinden en zou de beslissingen die de leden van de sekten uit vrije wil hebben genomen in twijfel trekken, waarbij het aldus afbreuk zou doen aan een aantal fundamentele rechten en vrijheden; bovendien zou die bepaling in werkelijkheid enkel worden toegepast op religieuze minderheden, en zou zij een indirecte discriminatie inhouden.

Artikel 442*quater*, § 1, heeft noch tot doel noch tot gevolg dat een verschil in behandeling wordt ingevoerd tussen leden van zogenaamde sekten en leden van erkende godsdiensten en het leidt er evenmin toe dat een persoon wordt beschouwd als zijnde in een toestand van zwakte die zijn oordeelsvermogen ernstig verstoort door het enkele feit dat hij tot een religieuze minderheid behoort.

Wat betreft de verzwarende omstandigheden vervat in paragraaf 2, 1° en 4°, van hetzelfde artikel - die niet uitsluitend maar meer in het bijzonder sektarische praktijken of bewegingen beogen -, is het redelijkerwijze verantwoord het misbruik van zwakheid strenger te bestraffen wanneer die zwakheid zelf ontstaat door praktijken van indoctrinatie door de dader van het misdrijf of zijn medeplichtigen, die kunnen bestaan binnen religieuze minderheden of sektarische groepen, of wanneer de misbruiken worden geïnstitutionaliseerd binnen een vereniging, in voorkomend geval een religieuze. In zoverre het redelijkerwijze verantwoord is het misbruik van zwakheid gepleegd in de omstandigheden beschreven in artikel 442*quater*, § 2, 1° en 4°, van het Strafwetboek strenger te bestraffen, leidt het feit dat dergelijke omstandigheden vaker zouden voorkomen bij sektarische bewegingen dan elders, niet tot een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

## 2) *Wat het wettigheidsbeginsel in strafzaken betreft*

In verscheidene middelen werd de schending aangevoerd van artikel 12, tweede lid, van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Voor sommige verzoekende partijen zou het bestreden artikel 36 een te ruime en vage formulering hebben, hetgeen tot verscheidene kritieken zou leiden; andere partijen wezen erop dat de door de wetgever gebruikte begrippen veelal bekend zijn, maar dat die nu als verzwarende omstandigheid in het strafrecht zijn opgenomen; door het in het geding zijnde artikel 36 worden de verzwarende omstandigheden een misdrijf, waardoor het heel moeilijk zou zijn de precieze inhoud ervan te vatten.

Na zijn rechtspraak met betrekking tot het wettigheidsbeginsel in strafzaken in herinnering te hebben gebracht, onderzoekt het Hof achtereenvolgens de verschillende in de middelen beoogde



begrippen, namelijk de begrippen « zwakheid », « bedrieglijk misbruik », « oordeelsvermogen », « verstoring » van het oordeelsvermogen, aantastingen van de « fysieke of geestelijke integriteit dan wel het vermogen », « toestand van fysieke of psychische onderwerping door aanwending van zware of herhaalde druk » en « deelneming aan de bedrijvigheden van de verenigingen ». Het Hof besluit tot de inachtneming van het voormelde beginsel, om de redenen die in het arrest in detail worden beschreven bij het onderzoek van elk van die begrippen.

Met betrekking tot de woorden « bedrieglijk misbruik » verwijst het Hof naar een door de Raad van State uitgebracht advies over een voorontwerp van wet waarvan de inhoud analoog was aan die van de bestreden bepaling, alsook naar de parlementaire voorbereiding van die laatste; daaruit blijkt dat de wet vereist dat de dader wist dat zijn slachtoffer zich in een toestand van zwakheid bevond, dat zijn handeling een misbruik van die toestand uitmaakte, zijnde een specifiek gedrag waarbij opzettelijk is geprofiteerd van de verminderde waakzaamheid van zijn slachtoffer en dat het gedrag dat hij bij zijn slachtoffer teweegbracht ernstig afbreuk kon doen aan diens fysieke of geestelijke integriteit of aan diens vermogen. Pas wanneer die bestanddelen verenigd zijn bij de dader, is deze strafbaar. Het Hof besluit dat onder dat voorbehoud van interpretatie, het begrip « bedrieglijk misbruik » niet dermate vaag is dat het niet iedereen zou toelaten te weten of een gedrag, op het ogenblik dat het wordt aangenomen, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de betrokkene met zich zou kunnen meebrengen. Het feit dat de rechter nog zou kunnen beschikken over een beoordelingsbevoegdheid, in bepaalde omstandigheden die eigen zijn aan de zaak, ontnemt aan de wet niet het voldoende nauwkeurig karakter ervan om te voldoen aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel.

Het Hof voegt eraan toe dat aan een tekst met algemene draagwijdte niet kan worden verweten geen preciezere definities te geven van bepaalde begrippen. Zoals het hem toekomt wanneer hij over de ernst van de aan hem voorgelegde feiten moet oordelen, zal de rechter de constitutieve bestanddelen van het misdrijf moeten beoordelen, niet op grond van subjectieve opvattingen die de toepassing van de bestreden bepaling onvoorzienbaar zouden

maken, maar door de objectieve bestanddelen van elk misdrijf in overweging te nemen en met de specifieke omstandigheden van elke zaak rekening te houden.

3) *Wat de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting betreft*

In verscheidene middelen werd, zoals in het arrest in detail wordt beschreven, de schending aangevoerd van artikel 19 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 9 en 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Door een strafsanctie in te voeren voor daders die, wetens en willens, bedrieglijk misbruik maken van de fysieke of psychische zwakheid van een persoon die het oordeelsvermogen van die persoon ernstig verstoort, teneinde hem ertoe aan te zetten een handeling te verrichten dan wel zich van een handeling te onthouden, waarbij zijn fysieke of geestelijke integriteit of zijn vermogen ernstig wordt aangetast, kan het bestreden artikel 36, wegens het algemene karakter van de bewoordingen ervan, een inmenging vormen in de vrijheid van eredienst van leden van de zogenaamde sekten. Het Hof onderzoekt bijgevolg of die inmenging is bepaald bij een voldoende toegankelijke en nauwkeurige wet, noodzakelijk is in een democratische samenleving, beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig is met de door de wetgever nagestreefde doelstellingen.

Zoals reeds is aangetoond, beantwoordt de wet aan de vereisten van toegankelijkheid en nauwkeurigheid.

De vrijheid van godsdienst en eredienst omvat onder meer de vrijheid om hetzij alleen, hetzij met anderen, zijn godsdienst of zijn overtuiging tot uiting te brengen. De voormelde grondwets- en verdragsbepalingen beschermen evenwel niet elke daad die door een godsdienst of overtuiging is geïnspireerd en waarborgen niet in alle omstandigheden het recht om zich naar de religieuze voorschriften of naar zijn overtuiging te gedragen (EHRM, 2 oktober 2001, *Pichon en Sajous* t. Frankrijk; 29 juni 2004, *Leyla Sahin* t. Turkije, § 66; grote kamer, 10 november 2005, *Leyla Sahin* t. Turkije, § 105; 13 november 2008, *Mann Singh* t. Frankrijk). Artikel 19 van de

Grondwet bepaalt uitdrukkelijk dat het niet in de weg staat aan de bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van de erin vermelde vrijheden worden gepleegd. Ook de aangevoerde verdragsbepalingen staan beperkingen toe voor zover die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor, met name, de openbare orde of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Zich baserend op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens - inzonderheid met betrekking tot de noodzaak de waarden en de beginselen die aan het Europees Verdrag voor de rechten van de mens ten grondslag liggen, te beschermen - en herinnerend aan de met het bestreden artikel 36 nagestreefde doelstellingen, besluit het Hof dat die doelstellingen legitiem zijn en onder de beperkingsgronden vallen die zijn opgesomd in artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, namelijk de bescherming van de openbare orde, alsook de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Het Hof gaat vervolgens na of is voldaan aan de voorwaarden van noodzakelijkheid in een democratische samenleving en van evenredigheid met de aldus nagestreefde wettige doelstellingen.

Wat de voorwaarde van noodzakelijkheid betreft, verantwoordt de zorg, zoals zij uit de parlementaire voorbereiding blijkt, om « in het strafrechtelijk instrumentarium te beschikken over een autonoom misdrijf, om beter bij de feitelijke situatie te kunnen aansluiten », niettegenstaande het feit dat in het Strafwetboek reeds bepalingen zijn opgenomen die het mogelijk zouden maken de door de wetgever beoogde misbruiken in voorkomend geval te bestraffen, dat de wetgever van oordeel kon zijn dat de specifieke strafbaarstelling van het misbruik van zwakke personen noodzakelijk is om redenen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Wat de vraag betreft of het invoeren van een sanctie van strafrechtelijke aard teneinde de naleving van het bij de wet bepaalde verbod van bedrieglijk misbruik te waarborgen, geen gevolgen heeft die onevenredig zijn met de nagestreefde doelstellingen, beschrijft het Hof in detail het gamma van de toepasbare straffen en maatregelen, alsook de doelstelling die wordt

nagestreefd door te kiezen voor een zo ruim mogelijke strafmaat, namelijk, zoals uit de parlementaire voorbereiding blijkt, de zorg om de magistraten een ruimere bewegingsvrijheid te geven.

Wanneer de wetgever van oordeel is dat bepaalde gedragingen dienen te worden bestraft, valt het onder zijn beoordelingsbevoegdheid te beslissen of het opportuun is te kiezen voor strafrechtelijke sancties en het niveau ervan te bepalen. De vaststelling van de ernst van een misdrijf en van de zwaarwichtigheid waarmee dat misdrijf kan worden bestraft, behoort tot het opportuniteitsoordeel van de wetgever. Het Hof zou zich op het aan de wetgever voorbehouden domein begeven indien het bij de vraag naar de verantwoording van de evenredigheid van de ingevoerde strafsancities zelf een afweging zou maken op grond van een waardeoordeel over de laakbaarheid van de betrokken feiten. Wat de strafmaat en de burgerrechtelijke gevolgen ervan betreft, moet de beoordeling van het Hof beperkt blijven tot die gevallen waar de keuze van de wetgever dermate onsamenhangend is dat ze leidt tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling tussen vergelijkbare misdrijven, of tot onevenredige gevolgen, gelet op de door de wetgever nagestreefde doelstellingen.

Aangezien de bescherming van de zwakken in een democratische samenleving een wettig doel is, en een essentiële voorwaarde om eenieder in zijn grondrechten te beschermen, vermocht de wetgever ervan uit te gaan dat het misbruik van zwakken de werking van de samenleving en de uitoefening van grondrechten in het gevaar kon brengen en bijgevolg strafrechtelijk diende te worden bestraft. Die maatregel is niet onevenredig met de nagestreefde doelstellingen. De wetgever heeft gekozen voor vergelijkbare strafsancities als bij andere misdrijven tegen een zwakke persoon. De omstandigheid dat de straf zwaarder kan zijn indien aan één van de verzwarende omstandigheden is voldaan, leidt niet tot een ander besluit. Bovendien kan het enkele lidmaatschap van een religieuze minderheid niet worden gelijkgesteld met een zwakheid en is het misdrijf slechts gepleegd voor zover het misbruik tot gevolg heeft dat ernstig afbreuk wordt gedaan aan de fysieke of geestelijke integriteit van het slachtoffer of aan diens vermogen. Het plegen van een dergelijk misdrijf wordt ten slotte niet bestraft door de ontbinding van de religieuze gemeenschap binnen welke dat

misdrijf zou zijn gepleegd (vgl. EHRM, 10 juni 2010, *Jehovah's Witnesses of Moscow en anderen t. Rusland*, §§ 141 en 159).

Het Hof beslist bijgevolg dat de middelen aangaande de schending van de vrijheid van godsdienst - alsook, om dezelfde redenen, het middel afgeleid uit de schending van de vrijheid van meningsuiting - niet gegrond zijn.

*4) Wat het recht op eerbiediging van het privéleven betreft*

In verscheidene middelen werd de schending aangevoerd van artikel 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Na te hebben herinnerd aan zijn rechtspraak met betrekking tot die bepalingen, wijst het Hof erop dat zij vereisen dat in elke overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven wordt voorzien door een voldoende precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig is met de nagestreefde wettige doelstelling.

Onder verwijzing naar de redenering die het voordien heeft uiteengezet, besluit het Hof dat aan de voormelde voorwaarden is voldaan.

*5) Wat de vrijheid van vereniging betreft*

Sommige verzoekende partijen voerden de schending aan van artikel 27 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 11 en 53 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens : het bestreden artikel 36 zou rechtstreeks de vrijheid van vereniging raken, aangezien het feit van deelneming aan de bedrijvigheden van een vereniging een misbruik zou kunnen uitmaken.

De bestreden artikelen voeren, enerzijds, een nieuwe specifieke strafbaarstelling in voor het misbruik van zwakke personen, en, anderzijds, een vorderingsrecht voor bepaalde verenigingen om in

rechte op te treden : de bestreden bepalingen hebben dus noch tot doel, noch tot gevolg de vrijheid van vereniging van personen te reglementeren.

Wat de specifieke strafbaarstelling betreft, is het deelnemen aan de activiteiten van een vereniging op zich niet strafbaar, zoals uitdrukkelijk in de parlementaire voorbereiding wordt bevestigd. Bovendien is de strafbaarstelling vervat in artikel 442*quater*, § 1, van het Strafwetboek niet afhankelijk van enig lidmaatschap van een vereniging en derhalve niet verbonden aan de vrijheid van vereniging. De verzwarende omstandigheid bedoeld in artikel 442*quater*, § 2, 4°, van het Strafwetboek kan weliswaar worden beschouwd als een inmenging in de vrijheid van vereniging, maar die inmenging is in elk geval redelijkerwijze verantwoord, zoals al eerder is aangetoond.

Wat het vorderingsrecht van bepaalde verenigingen betreft, blijkt dat het bestreden artikel 43 geen vorderingsrecht verleent om zogenaamde sekten te vervolgen op vraag van oud-leden. Een vordering kan pas worden ingesteld mits instemming van het slachtoffer, hetgeen betekent dat het slachtoffer een persoon moet zijn die zich in een toestand van zwakte bevindt die zijn oordeelsvermogen ernstig verstoort, en die meent het voorwerp van een bedrieglijk misbruik door een andere persoon te hebben uitgemaakt. Het enkele feit dat een oud-lid van een zogenaamde sekte ontevreden is, is niet voldoende om aan een bepaalde vereniging een vorderingsrecht te verlenen.

#### *6) Wat de persoonlijke vrijheid betreft*

Sommige verzoekende partijen voerden de schending aan van artikel 12, eerste lid, van de Grondwet. Enerzijds, zouden de handelingen van bepaalde personen die, zelfs tegen wil en dank, in een zwakke positie worden geacht, die derden zouden hebben misbruikt, in twijfel kunnen worden getrokken; anderzijds, zou de bestreden wet ook de mogelijkheid openen voor bepaalde personen om niet de gevolgen te dragen van hun keuzes die vrij worden gemaakt.

Artikel 12, eerste lid, van de Grondwet waarborgt de vrijheid van de persoon. Die vrijheid is evenwel niet absoluut : zij sluit niet uit dat de wetgever kan optreden teneinde bepaalde personen in een toestand van zwakheid te beschermen tegen de bedrieglijke praktijken waaraan hun toestand hen blootstelt; zij belet evenmin dat de wetgever de daders van dergelijke bedrieglijke gedragingen strafbaar stelt. Voor het overige beperkt de bestreden bepaling de individuele vrijheid van de slachtoffers van een misbruik van zwakheid niet, maar zij beperkt zich ertoe een dergelijk gedrag strafbaar te stellen ten aanzien van de dader ervan.

*7) Wat het eigendomsrecht betreft*

Sommige verzoekende partijen voerden de schending aan van artikel 16 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; het Hof verklaart het middel evenwel niet-ontvankelijk in zoverre het is afgeleid uit de schending van die laatste bepaling, aangezien de verzoekende partijen geen aanknopingspunt van hun situatie met de tenuitvoerlegging van het recht van de Unie aantonen.

Het Hof antwoordt dat de bestreden bepaling precies ertoe strekt het eigendomsrecht van de in die bepaling bedoelde personen die zich in een welbepaalde toestand van zwakheid bevinden, te beschermen. In zoverre die bepaling, in samenhang gelezen met artikel 42, 3°, van het Strafwetboek, kan leiden tot een verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen die uit het misdrijf zijn verkregen door de personen die bedrieglijk misbruik hebben gemaakt van die zwakheid teneinde hen ertoe te brengen een handeling te verrichten waarbij hun vermogen ernstig wordt aangetast, of van de vermogensvoordelen die door andere begunstigden uit het misdrijf zijn verkregen, dient te worden vastgesteld dat hun eigendomsrecht niet is geschonden. De vermogensvoordelen die voortvloeien uit een misdrijf zijn immers niet op rechtmatige wijze verkregen.

8) *Wat het beginsel van de subsidiariteit van het strafrecht betreft*

Sommige verzoekende partijen voerden ten slotte de schending aan van het beginsel van de subsidiariteit van het strafrecht, zoals het zou voortvloeien uit artikel 12 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 7, 8, 9, 11 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met de artikelen 9 en 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met de artikelen 6 en 49 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie : de bestreden wet zou, door de erbij ingevoerde strafrechtelijke bestraffing en door de gevangenisstraf waarin ze voorziet, zonder voorafgaand onderzoek van een niet-strafrechtelijke alternatieve maatregel en zonder adequate verantwoording, van nature en per definitie afbreuk doen aan het beginsel van de subsidiariteit van het strafrecht en aan de vrijheid van de persoon.

In zoverre het middel verwijst naar het « beginsel van de subsidiariteit van het strafrecht » en het is afgeleid uit de schending, door de bestreden wet, van de individuele vrijheid zoals die verankerd is in de bepalingen die in het middel worden beoogd, houdt het in dat de noodzakelijkheid en de evenredigheid van de invoering, door de wetgever, van een sanctie van strafrechtelijke aard worden onderzocht. In dat opzicht verwijst het Hof naar de redenering die het heeft uiteengezet naar aanleiding van het onderzoek van het middel dat is afgeleid uit de schending van artikel 19 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 9 van het Europees Verdrag voor de rechten van mens, waarbij het eraan toevoegt dat de inaanmerkingneming van andere verdragsbepalingen niet tot een ander antwoord leidt.

Kortom, het Hof verwerpt, onder het al eerder aangegeven voorbehoud, de beroepen die zijn ingesteld tegen de artikelen 36 en 43 van de wet van 26 november 2011 tot wijziging en aanvulling van het Strafwetboek teneinde het misbruik van de zwakke toestand van personen strafbaar te stellen, en de strafrechtelijke bescherming van kwetsbare personen tegen mishandeling uit te breiden.



## II. WETTELIJKE BEKRACHTIGINGEN

### 5. De geldigverklaring van de gewestelijke, provinciale en gemeentelijke ruimtelijke uitvoeringsplannen (arrest nr. 114/2013)

Artikel 35 van het decreet van het Vlaamse Gewest van 11 mei 2012<sup>1</sup> heeft een artikel 7.4.1/2 in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening ingevoegd. Die bepaling beoogt de ruimtelijke uitvoeringsplannen (RUP) onvatbaar te maken voor de onwettigheid waardoor zij zijn aangetast, hetzij door die plannen geldig te verklaren (§ 1), hetzij door te machtigen die plannen ongewijzigd opnieuw vast te stellen wanneer zij reeds door de Raad van State zijn vernietigd (§ 2). De onwettigheid waardoor de plannen zijn aangetast, betreft de gebrekkige mogelijkheid tot inspraak van de belanghebbenden bij de totstandkoming van de plannen, meer bepaald wanneer die inspraak plaatsvond met toepassing van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 april 2008 betreffende het integratiespoor voor de milieueffectrapportage over een ruimtelijk uitvoeringsplan (hierna : Integratiespoorbesluit). Dat besluit voert een afzonderlijke regeling in die afwijkt van het besluit van de Vlaamse Regering van 12 oktober 2007 betreffende de milieueffectrapportage over plannen en programma's (het zogenaamde « plan-MER »).

Bij het Hof werd een beroep ingesteld tot vernietiging van het voormelde artikel 7.4.1/2, beroep dat het gegrond zal verklaren.

Het Hof merkt allereerst op dat de Raad van State, bij zijn arrest van 12 augustus 2011 (nr. 214.791, *Peleman e.a.*) - waarvan het Hof verschillende overwegingen overneemt -, het Integratiespoorbesluit onwettig heeft bevonden en met toepassing van artikel 159 van de

<sup>1</sup> Houdende wijziging van diverse bepalingen van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening en wijziging van de regelgeving wat de opheffing van het agentschap Ruimtelijke Ordening betreft.

Grondwet buiten toepassing heeft gelaten; de Raad van State heeft zijn standpunt in een later arrest (RvSt, 10 september 2012, nr. 220.536, *Peleman e.a.*)<sup>1</sup> bevestigd.

Er werd aangeklaagd dat de bestreden bepaling het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met andere grondwetsbepalingen, met verdragsbepalingen en met algemene rechtsbeginselen, schond : de verzoekende partijen voerden in essentie aan dat de decreetgever de door de Raad van State vastgestelde schending, door het Integratiespoorbesluit, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, heeft bestendigd en daardoor tevens de rechtsbescherming van een categorie van personen onmogelijk heeft gemaakt.

Zoals het Hof reeds herhaaldelijk heeft geoordeeld, kan het bestaan van een beroep bij de Raad van State niet verhinderen dat de onregelmatigheid waardoor de bestreden handeling is aangetast, zou kunnen worden verholpen, zelfs vóór de uitspraak over dat beroep (zie o.a. arrest nr. 166/2008, B.13) en doet de vernietiging door de Raad van State van een bestuurshandeling ten gunste van de verzoekende partijen geen onaantastbaar recht ontstaan om voor altijd te worden vrijgesteld van de toepassing van het geheel of een deel van de bepalingen ervan die in een nieuwe bestuurshandeling zijn vervat, waarvan de grondwettigheid onbetwistbaar zou zijn (zie o.a. arrest nr. 55/2010, B.11).

Inzonderheid inzake ruimtelijke ordening heeft het Hof geoordeeld dat de vernietiging door de Raad van State van een besluit van een gemeenteraad houdende definitieve vaststelling van een bijzonder plan van aanleg ten gunste van de verzoekende partijen voor de Raad van State geen onaantastbaar recht doet ontstaan om voor altijd te zijn vrijgesteld van iedere regeling, door een bijzonder plan van aanleg of door een ander planningsinstrument, van de bestemming van de percelen waarvan zij eigenaar zijn of die zij exploiteren. Het gezag van gewijsde verhindert niet dat de

<sup>1</sup> Het Hof heeft bij zijn arrest nr. 115/2013 geantwoord op de door de Raad van State in dat arrest gestelde prejudiciële vraag, en heeft daarbij vastgesteld dat de genoemde vraag zonder voorwerp was geworden rekening houdend met het arrest nr. 114/2013.

aangelegenheid die door een door de Raad van State vernietigde akte was geregeld, het voorwerp uitmaakt van een nieuwe regeling, zonder evenwel definitieve rechterlijke beslissingen in het gedrang te kunnen brengen. Zo kan de decreetgever de rechtsgrond leveren die ontbrak bij de akten die door de Raad van State zijn vernietigd (arrest *nr. 9/2012*, B.13.3).

De voorliggende beroepen tot vernietiging bewijzen dat, hoewel het optreden van de decreetgever de verzoekende partijen verhindert om het door de Raad van State onwettig bevonden Integratiespoorbesluit buiten toepassing te doen laten in zoverre het de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, dat optreden hun evenwel niet het recht ontzegt de ongrondwettigheid van het decreet waarmee wordt beoogd de gewestelijke, provinciale en gemeentelijke ruimtelijke uitvoeringsplannen onvatbaar te maken voor de onwettigheid waardoor zij zijn aangetast, hetzij door die plannen geldig te verklaren (§ 1), hetzij door te machtigen die plannen ongewijzigd opnieuw vast te stellen wanneer zij reeds door de Raad van State zijn vernietigd (§ 2), aan het Hof voor te leggen. Doordat het Hof een gelijkwaardige toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet uitoefent, doet de bestreden bepaling geen verschil in behandeling inzake jurisdictionele waarborgen ontstaan.

Anders dan de Vlaamse Regering betoogt, betreft de bestreden bepaling geen validatie van een louter vormgebrek. De bestreden bepaling bestendigt het door de Raad van State vastgestelde verschil in behandeling, wat de mogelijkheid tot inspraak over de inhoudsafbakening van een plan-MER voor een ruimtelijk uitvoeringsplan betreft, naargelang de procedure van het Integratiespoorbesluit of de algemene procedure wordt gevolgd. De mogelijkheid tot inspraak betreffende ruimtelijke uitvoeringsplannen, waartoe de decreetgever zich met de goedkeuring van het Verdrag van Aarhus « betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden » heeft verbonden, betreft geen loutere vormvereiste. Zij biedt een waarborg voor de vrijwaring van het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu en een goede ruimtelijke ordening (artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet) en voor de duurzame ontwikkeling die de decreetgever dient na te streven (artikel *7bis* van de Grondwet). De

inspraakregeling dient de betrokkenen een effectieve mogelijkheid te bieden om hun opmerkingen en bezwaren kenbaar te maken zodat de bestuursorganen daarmee naar behoren rekening kunnen houden.

De bestendinging van het voormelde verschil in behandeling dient, zoals het verschil in behandeling zelf, bestaanbaar te zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Uit de parlementaire voorbereiding - waarvan uittreksels in het arrest worden overgenomen - blijkt dat de bestreden bepaling werd aangenomen om de rechtsonzekerheid die het gevolg zou zijn van een arrest van de Raad van State weg te nemen en om het tijdverlies en de hoge kosten die het opnieuw goedkeuren van de ruimtelijke uitvoeringsplannen met zich zou meebrengen, te vermijden.

Die dwingende motieven van algemeen belang kunnen te dezen niet verantwoorden dat op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de betrokken belanghebbenden. Weliswaar vermag de decreetgever ruimtelijke uitvoeringsplannen onvatbaar te maken voor de onwettigheid waardoor zij zijn aangetast, hetzij door die plannen geldig te verklaren, hetzij door te machtigen die plannen ongewijzigd opnieuw vast te stellen wanneer zij reeds door de Raad van State zijn vernietigd, maar een dergelijke validatie kan, wanneer zij niet louter een vormgebrek betreft, slechts als uiterste redmiddel worden aangewend.

In het voorliggende geval wordt niet aangetoond dat het opnieuw goedkeuren, door de bevoegde overheden, van de ruimtelijke uitvoeringsplannen die op onwettige wijze tot stand zijn gekomen, nadat de betrokkenen een effectieve mogelijkheid werd geboden om hun opmerkingen en bezwaren kenbaar te maken over de inhoudsafbakening van een plan-MER voor een ruimtelijk uitvoeringsplan, of het voorzien in een afwijkende procedure, door de decreetgever, waarin dezelfde mogelijkheid voor de betrokken personen wordt gewaarborgd, onmogelijk of uiterst moeilijk zou zijn.

Zoals de Raad van State, stelt het Hof vast dat het verschil in behandeling van de categorieën van personen die aan de ene of de

andere procedure zijn onderworpen niet redelijk kan worden verantwoord aangezien daardoor op onevenredige wijze afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid tot inspraak van bepaalde belanghebbenden bij de totstandkoming van de betrokken ruimtelijke uitvoeringsplannen.

Het Hof vernietigt bijgevolg artikel 7.4.1/2 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, ingevoegd bij artikel 35 van het decreet van het Vlaamse Gewest van 11 mei 2012 houdende wijziging van diverse bepalingen van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening en wijziging van de regelgeving wat de opheffing van het agentschap Ruimtelijke Ordening betreft.



### III. LEEMTEN IN DE WETGEVING

#### 6. *Extrinsieke, intrinsieke, al dan niet zelfherstellende lacunes (arresten nrs. 13/2013, 24/2013, 31/2013, 34/2013, 51/2013, 75/2013, 106/2013, 117/2013, 121/2013, 125/2013, 131/2013, 133/2013, 135/2013, 174/2013 en 182/2013)*<sup>1</sup>

De grondwettigheidstoets van het Hof kan niet alleen worden uitgevoerd op wat in de wet wordt vermeld maar ook op wat in de wet wordt verzwegen : het Hof erkent dat het bevoegd is om de « lacunes in de wetgeving » af te keuren.

Zijn rechtspraak maakt het mogelijk een onderscheid te maken tussen twee soorten van lacunes : de extrinsieke en de intrinsieke lacunes.

Wat de lacunes van de eerste categorie betreft, stelt het Hof vast dat er een lacune in het geldende recht bestaat, maar niet in de wetskrachtige norm waarover aan het Hof een vraag wordt gesteld : een dergelijke lacune kan als « extrinsieke » lacune worden aangemerkt. Meestal kan ze maar verdwijnen indien de wetgever de ontbrekende norm creëert. Ze is bijgevolg niet « zelfherstellend ». In zijn arrest nr. 38/2011<sup>2</sup> heeft het Hof echter gepreciseerd dat, aangezien de leemte zich bevindt in een nader genoemde bepaling, « het de verwijzende rechter toekomt een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, wanneer die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat die bepaling wordt toegepast met inachtneming van de de artikelen 10 en 11 van de Grondwet ». Een dergelijke extrinsieke leemte kan als « zelfherstellend » worden aangemerkt.

In de tweede categorie bevindt de lacune zich in de in het geding zijnde bepaling : zij kan als « intrinsieke » lacune worden aangemerkt. In die tweede categorie bestaan er tevens twee

<sup>1</sup> Zie het verslag 2009, pp. 77-78, het verslag 2010, pp. 71-72, het verslag 2011, pp. 105-106 en het verslag 2012, pp. 73-74.

<sup>2</sup> Zie het verslag 2011, p. 105.

subcategorieën ;, aangezien de vaststelling van de lacune is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen die het mogelijk maken de in het geding zijnde bepaling toe te passen met inachtneming van de referentienormen op grond waarvan het Hof zijn toetsing uitvoert, staat het aan de rechter en aan de bevoegde overheid om een einde te maken aan de schending van die normen. In dat geval kan de lacune worden opgevuld zonder dat de wetgever dient op te treden; een dergelijke intrinsieke lacune kan als « zelfherstellend » worden aangemerkt. In de andere gevallen, vooral wanneer de Grondwet het optreden van de wetgever vereist, zoals, in de regel, in strafzaken, is de intrinsieke lacune niet « zelfherstellend » en kan enkel de wetgever haar opvullen.

In 2013 heeft het Hof een « extrinsieke » lacune vastgesteld, onder meer in zijn arresten nrs. 51<sup>1</sup>, 75, 106<sup>2</sup>, 121<sup>3</sup>, 133<sup>4</sup> en 135/2013, en een « intrinsieke » lacune, met name in zijn arresten nrs. 13<sup>5</sup>, 24<sup>6</sup>, 31, 34<sup>7</sup>, 117, 121, 125, 131, 174<sup>8</sup> en 182/2013. Het heeft geoordeeld dat er een « zelfherstellende » lacune was in de arresten nrs. 24, 31, 34, 117, 121<sup>9</sup>, 125, 131 en 174/2013.

<sup>1</sup> Zie het huidige verslag, pp. 296-300, SOCIALEZEKERHEIDSRECHT - *De verschuldigde uitkering in geval van arbeidsongeschiktheid - de situatie van deeltijdse werknemers.*

<sup>2</sup> Zie het huidige verslag, pp. 59-74, VREEMDELINGENRECHT - *Het statuut van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.*

<sup>3</sup> Zie het huidige verslag, pp. 84-117, VREEMDELINGENRECHT - *De voorwaarden tot gezinshereniging - De wijzigingen aangebracht bij de wet van 8 juli 2011.*

<sup>4</sup> Zie het huidige verslag, pp. 236-241, GERECHTELIJK RECHT - *Het recht van de rechtspersonen om een rechtsvordering in te stellen die ertoe strekt een einde te maken aan onmenselijke en vernederende behandelingen.*

<sup>5</sup> Zie het huidige verslag, pp. 225-227, RECHT OM STRAFFEN OP TE LEGGEN - *Btw-boeten - Uitsstel en opschorting van de uitspraak.*

<sup>6</sup> Zie het huidige verslag, pp. 281-283, HANDELSRECHT - *Het toepassingsgebied ratione personae van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen.*

<sup>7</sup> Zie het huidige verslag, pp. 291-296, SOCIALEZEKERHEIDSRECHT - *De terugvordering van loopbaanonderbrekingsuitkeringen die ten onrechte werden uitbetaald als gevolg van een vergissing van de uitkerende instelling.*

<sup>8</sup> Zie het huidige verslag, pp. 247-250, PROCESRECHT - *De rechtsplegingsvergoeding - de situatie van de burgerlijke partij die in het ongelijk wordt gesteld en zich, door middel van een afzonderlijke vordering, heeft aangesloten bij de rechtstreekse dagvaarding door een andere burgerlijke partij.*

<sup>9</sup> Wat een van de in dat arrest door het Hof vastgestelde leemten in de wetgeving betreft.



#### IV. VREEMDELINGENRECHT

*7. Het recht op de gewaarborgde gezinsbijslag : het geval van de vreemdeling die een dergelijke bijslag aanvraagt ten voordele van een kind dat onderdaan is van een Staat die geen lid is van de Europese Unie (arrest nr. 12/2013)<sup>1</sup>*

De wet van 20 juli 1971 heeft een residuair stelsel van gewaarborgde gezinsbijslag ingesteld. Artikel 1 ervan is herhaaldelijk gewijzigd, met name (zesde lid) om de rechthebbende een voorwaarde op te leggen van werkelijk en ononderbroken verblijf in België gedurende ten minste de laatste vijf jaren die voorafgaan aan de indiening van de aanvraag tot gewaarborgde gezinsbijslag; het zevende lid van hetzelfde artikel stelt verscheidene categorieën van personen van die voorwaarde vrij.

Het Hof heeft zich in het verleden reeds herhaaldelijk uitgesproken over het voormelde artikel 1, meer bepaald over het zesde lid ervan.

Ditmaal wordt aan het Hof een vraag gesteld over de bestaanbaarheid van die bepaling met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 191 van de Grondwet, met de artikelen 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en 14 van dat Verdrag, of nog met de artikelen 2, lid 2, en 26, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind, doordat het van toepassing is op de buitenlandse aanvrager die gemachtigd is in België te verblijven, in zoverre hij gezinsbijslag aanvraagt voor zijn kind dat onderdaan is van een Staat die geen lid is van de Europese Unie, terwijl het niet van toepassing is op dezelfde buitenlandse aanvrager in zoverre hij gezinsbijslag aanvraagt voor zijn ander kind dat van Belgische nationaliteit is.

<sup>1</sup> Zie het verslag 2006, pp. 105-108; het verslag 2009, pp. 121-124 en het verslag 2012, pp. 75-81.

Ofschoon de prejudiciële vraag gewag maakt van een verschil in behandeling tussen de kinderen naar gelang van hun nationaliteit, blijkt uit die vraag dat ook de buitenlandse aanvragers van gezinsbijslag verschillend worden behandeld naargelang zij gezinsbijslag aanvragen voor een kind dat onderdaan is van een Staat die geen lid is van de Europese Unie, dan wel voor een kind dat Belg is, waarbij alleen de eersten dienen te voldoen aan de voorwaarde van vijf jaar verblijf in België waarin is voorzien bij het zesde lid van de in het geding zijnde bepaling; de toetsing van de in het geding zijnde bepaling aan artikel 191 van de Grondwet valt te dezen samen met de toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Na achtereenvolgens de normen ten aanzien waarvan om de toetsing door het Hof werd verzocht, rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Hof (arrest *nr. 62/2009*) alsook de evolutie van de in het geding zijnde bepalingen te hebben vermeld, onderzoekt het Hof of het criterium van onderscheid tussen de personen van wie de rechtgevende kinderen ten laste zijn, dat is afgeleid uit de vereiste van een voorafgaand verblijf van vijf jaar in België, niet zonder redelijke verantwoording is.

In zijn arresten *nrs. 110/2006, 48/2010 en 1/2012* heeft het Hof geoordeeld dat de wetgever het voordeel van het residuaire stelsel afhankelijk kon stellen van de voorwaarde van een regelmatig verblijf in België.

In zijn voormelde arrest *nr. 62/2009* heeft het Hof bovendien geoordeeld dat, wanneer het kind Belg is, de vereiste van een verblijf van ten minste vijf jaar voor de rechthebbende die de in artikel 1, zevende lid, van de wet van 20 juli 1971 bedoelde vrijstellingen niet kan genieten, naast de voorwaarde van werkelijk verblijf van het kind, onevenredig is met de bedoeling om het voordeel van het residuaire stelsel uit te breiden wanneer een voldoende band met de Belgische Staat is vastgesteld : « de hoedanigheid van Belg van het kind, de verblijfsvoorwaarde voor het kind, en de vereiste voor de rechthebbende om te zijn toegelaten of gemachtigd in België te verblijven of er zich te vestigen, tonen immers voldoende de nagestreefde verbondenheid met de Belgische Staat aan en het lijkt niet redelijk verantwoord

daarenboven van de rechthebbende een voorafgaand verblijf van een bepaalde duur in België te eisen » (B.7). Het Hof heeft bijgevolg geoordeeld dat, wanneer het kind ten gunste waarvan de aanvrager de gezinsbijslag vraagt, Belg is, de aanvrager, mede gelet op die hoedanigheid van zijn kind, een voldoende band met België heeft aangetoond om gewaarborgde gezinsbijslag ten behoeve van dat kind te ontvangen. Om zich te voegen naar dat arrest, heeft de wetgever, bij artikel 34 van de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, de personen van wie een kind van Belgische nationaliteit ten laste is, van de voorwaarde van vijf jaar verblijf uitgezonderd. Zodoende heeft hij een op hun nationaliteit berustend verschil in behandeling ingesteld onder de kinderen die recht geven op gewaarborgde gezinsbijslag. Overeenkomstig de door het Hof in zijn arrest aangehaalde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, kan een dergelijk verschil in behandeling slechts worden aanvaard indien het door « zeer sterke overwegingen » is verantwoord.

Gelet op het niet-contributieve karakter van het residuaire stelsel van de gewaarborgde gezinsbijslag, dat wordt gefinancierd door de overheid en niet door bijdragen, vermog de wetgever het voordeel ervan voor te behouden aan de personen die, wegens hun individuele situatie, verondersteld zijn definitief of op zijn minst voor een betekenisvolle duur in België gevestigd te zijn. De doelstelling die erin bestaat de - per definitie beperkte - middelen die worden toegekend aan het stelsel van de gewaarborgde gezinsbijslag, voor te behouden aan de kinderen van wie kan worden vermoed dat hun verblijf in België relatief gestabiliseerd is, kan als een « zeer sterke overweging » worden beschouwd.

Zoals hiervoor in het arrest is opgemerkt, vermocht de wetgever het bewijs van die verbondenheid met België te zoeken in de verblijfssituatie van de volwassene van wie het rechtgevende kind ten laste is. Maar hij vermocht eveneens ervan uit te gaan dat, wanneer de nationaliteit van het kind op zich alleen een verbondenheid met België aantoont, niet langer alleen ten aanzien van de volwassene, maar wel op het niveau van de cel die door de volwassene en het kind wordt gevormd, rekening dient te worden gehouden met die verbondenheid. Hij kon dus van mening zijn dat de voldoende verbondenheid met België ofwel door de situatie van

de volwassene - en hij heeft bijgevolg te zijnen aanzien een voorwaarde inzake voldoende verblijfsduur geëist - ofwel door de situatie van het kind kan worden aangetoond. In dat geval kon hij van oordeel zijn dat de Belgische nationaliteit van het kind een relevante indicator is voor de verbondenheid die de door de volwassene en het kind gevormde cel met België verbindt.

Bovendien kan, binnen de grenzen bepaald door artikel 57 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, om maatschappelijke dienstverlening worden verzocht indien zou blijken dat, in afwachting dat aan de voorwaarden voor de toekenning van gewaarborgde gezinsbijslag is voldaan, de bestaansmiddelen van de aanvrager hem niet toelaten te voorzien in de reële en actuele behoeften van het kind, zodat zijn gezondheid en zijn ontwikkeling worden gevrijwaard. Overigens kan luidens artikel 2, tweede lid, van de wet van 20 juli 1971 « de minister van Sociale Zaken of de ambtenaar van het ministerie van Sociale Zaken, Volksgezondheid en Leefmilieu die hij aanduidt [...], in behartigenswaardige gevallen, afwijken van de voorwaarden bepaald in artikel 1, zesde lid » van die wet.

Het Hof besluit bijgevolg dat het in het geding zijnde verschil in behandeling niet zonder redelijke verantwoording is. Het Hof beslist derhalve dat artikel 1, zesde lid, van de wet van 20 juli 1971 tot instelling van gewaarborgde gezinsbijslag de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 191 van de Grondwet, met de artikelen 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en 14 van dat Verdrag, alsook met de artikelen 2, lid 2, en 26, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind, niet schendt, doordat het van toepassing is op de buitenlandse aanvrager die gemachtigd is in België te verblijven en die voor zijn Belgisch kind gewaarborgde gezinsbijslag geniet, in zoverre hij gewaarborgde gezinsbijslag aanvraagt voor zijn ander kind dat onderdaan is van een Staat die geen lid is van de Europese Unie.

### 8. *Subsidiaire bescherming : omvang van de maatschappelijke dienstverlening tijdens het onderzoek van beroepen (arrest nr. 43/2013)*

De artikelen 9<sup>ter</sup> en 48/4 van de wet van 15 december 1980 « betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen » vormen samen de omzetting, in Belgisch recht, van artikel 15 van de richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 « inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming ». In dat artikel 15 wordt het begrip « ernstige schade » gedefinieerd die bepaalde personen dreigen te lijden aan wie, om die reden, het voordeel van subsidiaire bescherming moet worden toegekend door de lidstaten; « ernstige schade » bestaat onder meer uit « foltering of onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing van een verzoeker in zijn land van herkomst ».

Het Hof werd gevraagd of artikel 57, § 2, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna : organieke OCMW-wet) bestaanbaar is met de artikelen 10, 11 en 23 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 3 en 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. De verwijzende rechter vergeleek, enerzijds, de personen die overeenkomstig artikel 9<sup>ter</sup> van de wet van 15 december 1980 een aanvraag tot subsidiaire bescherming om medische redenen hebben ingediend en die het voorwerp hebben uitgemaakt van een beslissing tot weigering waartegen zij een beroep hebben ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, en, anderzijds, de personen die op grond van artikel 48/4 van dezelfde wet een aanvraag tot subsidiaire bescherming hebben ingediend wegens een situatie van veralgemeend geweld in het land van herkomst of van gewoonlijk verblijf, die is geweigerd, beslissing waartegen zij voor dezelfde Raad een beroep hebben ingesteld; terwijl die laatstgenoemde categorie van personen de maatschappelijke dienstverlening blijft genieten tijdens het onderzoek van hun beroep, zou die hulp voor de eerste categorie worden beperkt tot de dringende medische hulp.

De subsidiaire beschermingsstatus betreft de personen die geen aanspraak kunnen maken op de vluchtelingenstatus maar die, om andere redenen dan die welke zijn vermeld in het Internationaal Verdrag betreffende de status van vluchtelingen, internationale bescherming nodig hebben tegen het risico dat zij lopen om het slachtoffer te worden van een onmenselijke of vernederende behandeling in hun land van herkomst, met schending van artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens niet het recht waarborgt om op het grondgebied van een Staat te blijven louter om de reden dat die Staat betere medische verzorging kan verstrekken dan het land van herkomst : de omstandigheid dat de uitwijzing de gezondheidstoestand of de levensverwachting van de betrokkene beïnvloedt, volstaat niet om een schending van die bepaling op te leveren. Enkel « in zeer uitzonderlijke gevallen, wanneer de humanitaire redenen die pleiten tegen de uitwijzing dwingend zijn », kan een schending van artikel 3 van het Europees Verdrag aan de orde zijn (EHRM, grote kamer, 27 mei 2008, *N. t. Verenigd Koninkrijk*, § 42).

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 15 september 2006, die artikel 9<sup>ter</sup> in de wet van 15 december 1980 heeft ingevoegd - en onder meer uit de memorie van toelichting, waarvan een uittreksel in het arrest wordt overgenomen -, blijkt dat de wetgever heeft geoordeeld dat de personen die aan een ernstige ziekte lijden en die niet in hun land van herkomst of het land waar zij kunnen verblijven, kunnen worden verzorgd, moesten worden behoed voor het risico van schending van artikel 3 van het Verdrag, door voor hen een specifieke procedure in te voeren die verschilt van de procedure tot subsidiaire bescherming bedoeld in artikel 48/4 van de wet van 15 december 1980, omdat de autoriteiten die belast zijn met de toekenning van die subsidiaire bescherming niet de middelen hebben om zelf de voorwaarden betreffende de gezondheidstoestand van de aanvragers te beoordelen, en dat om « geen afbreuk [te doen] aan de mogelijkheid voor de bedoelde vreemdelingen om het statuut van subsidiaire bescherming in te roepen en te genieten ».

Het Hof brengt allereerst in herinnering dat het, in zijn arrest *nr. 95/2008*<sup>1</sup> en om de in B.10 tot B.14 van dat arrest vermelde redenen, heeft geoordeeld dat de keuze van de wetgever om twee verschillende procedures in te voeren voor de toekenning van subsidiaire bescherming naargelang de aanvraag tot het verkrijgen van bescherming tegen een onmenselijke of vernederende behandeling wordt gemotiveerd door de gezondheidstoestand van de aanvrager dan wel door een andere reden, op zich niet strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Het Hof gaat vervolgens na of, mede gelet op de voormelde redenen, het verschil in behandeling dat het te dezen voorgelegd krijgt, redelijk is verantwoord en of, inzonderheid, niet op onevenredige wijze afbreuk is gedaan aan het recht op een daadwerkelijk beroep van de vreemdeling die de machtiging tot verblijf heeft aangevraagd op grond van artikel 9<sup>ter</sup> van de wet van 15 december 1980, in zoverre hij enkel dringende medische hulp kan genieten tijdens het onderzoek van het beroep dat hij voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft ingesteld.

Artikel 57 van de organieke OCMW-wet maakt een onderscheid onder vreemdelingen naargelang zij al dan niet legaal op het grondgebied verblijven. Paragraaf 2 van die bepaling preciseert aldus dat de maatschappelijke dienstverlening aan illegaal op het grondgebied verblijvende vreemdelingen wordt beperkt tot dringende medische hulp. Het komt de wetgever toe een beleid betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen te voeren en daaromtrent, met inachtneming van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in de nodige maatregelen te voorzien die betrekking kunnen hebben op onder meer het vaststellen van de voorwaarden volgens welke het verblijf van een vreemdeling in België al dan niet wettig is. Dat daaruit een verschil in behandeling voortvloeit tussen vreemdelingen is het logische gevolg van de inwerkingstelling van voormeld beleid.

<sup>1</sup> Zie het verslag 2008, pp. 47-52.

Wanneer de wetgever een vreemdelingenbeleid wil voeren en met het oog daarop regels oplegt waaraan moet worden voldaan om wettig op het grondgebied te verblijven, hanteert hij een objectief en pertinent criterium van onderscheid indien hij aan het niet naleven van die regels gevolgen verbindt bij het toekennen van maatschappelijke dienstverlening. Het beleid inzake de toegang tot het grondgebied en het verblijf van vreemdelingen zou immers worden doorkruist wanneer zou worden aangenomen dat aan vreemdelingen die onwettig in België verblijven, dezelfde maatschappelijke dienstverlening zou moeten worden verleend als aan diegenen die wettig in het land verblijven. Het verschil tussen beide categorieën van vreemdelingen verantwoordt dat op de Staat ten aanzien van hen niet dezelfde verplichtingen rusten.

De vreemdeling die de subsidiaire bescherming aanvraagt op grond van artikel 48/4 van de wet van 15 december 1980, vraagt noodzakelijkerwijs de erkenning van de status van vluchteling aan, waarbij de eerstgenoemde status de laatstgenoemde aanvult en daarvoor een alternatief vormt. De beroepen die in het kader van die procedure worden ingesteld, hebben een opschortende werking, zodat het verblijf van de betrokken vreemdeling tijdens de duur van het onderzoek ervan als legaal wordt beschouwd. Hetzelfde geldt niet voor de vreemdeling die zijn verblijfsaanvraag doet steunen op artikel 9<sup>ter</sup> van de wet van 15 december 1980; het beroep tot vernietiging tegen een weigering tot verblijf waarover hij beschikt met toepassing van artikel 39/2, § 2, van dezelfde wet, voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, is niet opschortend, zodat het verblijf van de vreemdeling tijdens de duur van het onderzoek van zijn beroep als illegaal wordt beschouwd gedurende de hele procedure.

In verband met vreemdelingen die illegaal op het grondgebied verblijven, heeft het Hof, bij zijn arrest *nr. 17/2002*, geoordeeld dat de wetgever op legitieme wijze kon oordelen dat de maatschappelijke dienstverlening, teneinde misbruiken van de procedure te vermijden en om budgettaire redenen, moest worden beperkt tot de dringende medische hulp ten aanzien van diegenen die bij de Raad van State een beroep hebben ingesteld tegen de weigering van hun aanvraag tot regularisatie van hun verblijf. Het Hof heeft om de volgende redenen immers geoordeeld dat een



dergelijke maatregel bestaanbaar was met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 23 en 191 van de Grondwet, met artikel 11, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en met artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens : « B.4.4. De wetgever vermog maatregelen te nemen om misbruik van procedure tegen te gaan en kan ook om budgettaire redenen tot bepaalde beleidskeuzes worden verplicht. Het Hof dient evenwel na te gaan of uit de keuze van de wetgever geen discriminatie voortspuit. B.4.5. Enkel voor degenen die zich bij de totstandkoming van de wet van 22 december 1999 op illegale wijze op het grondgebied bevonden, hetzij doordat zij zich zonder toestemming toegang tot het grondgebied hadden verschaft en in de clandestiniteit waren gebleven, hetzij doordat zij op het grondgebied verblijven na het verstrijken van de periode waarvoor zij de vereiste toestemming hadden verkregen, hetzij doordat zij, na een asielaanvraag te hebben ingediend, uitgeprocedeerd waren en geen gevolg hebben gegeven aan een bevel het grondgebied te verlaten, is het recht van de regularisatieaanvragers op maatschappelijke dienstverlening beperkt tot dringende medische hulp. In de parlementaire voorbereiding werd meermaals aangegeven dat de aanvraag tot regularisatie niet de juridische verblijfsstatus van de betrokkenen wijzigt [...]. Dat niet ' feitelijk ' zal worden overgegaan tot hun verwijdering van het grondgebied tijdens het onderzoek van hun aanvraag tot regularisatie, houdt enkel in dat ze, in afwachting van een beslissing, op het grondgebied worden gedoogd en neemt niet weg dat ze zich door hun eigen toedoen in een onwettige verblijfssituatie bevinden. Hun situatie is objectief verschillend van de situatie van degenen die, vóór de totstandkoming van de wet van 22 december 1999, op grond van de daartoe geëigende procedures, een wettige verblijfsstatus hadden verkregen of voor de bevoegde instanties nog een asielaanvraag hangende hadden ».

Het Hof merkt op dat daarbij eveneens rekening dient te worden gehouden met het feit dat, zoals het heeft geoordeeld in zijn arresten *nr. 80/99* en *nr. 194/2005*<sup>1</sup>, indien de maatregel die erin bestaat de

<sup>1</sup> Zie het verslag 2005, pp. 127-128.

maatschappelijke dienstverlening af te schaffen voor elke vreemdeling die een bevel om het grondgebied te verlaten heeft gekregen, wordt toegepast op personen die, om medische redenen, in de absolute onmogelijkheid zijn gevolgt te geven aan het bevel om België te verlaten, hij zonder redelijke verantwoording personen die zich in fundamenteel verschillende situaties bevinden op dezelfde wijze behandelt : diegenen die kunnen worden verwijderd en diegenen die om medische redenen niet kunnen worden verwijderd. De vreemdeling die, om medische redenen, in de absolute onmogelijkheid verkeert om gevolgt te geven aan een bevel om het grondgebied te verlaten, moet derhalve maatschappelijke dienstverlening kunnen genieten.

Vermits de vreemdeling die op grond van artikel 9<sup>ter</sup> van de wet van 15 december 1980 een verblijfsaanvraag heeft ingediend die is geweigerd, en die tegen die beslissing een beroep heeft ingesteld bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, eveneens een vreemdeling is die illegaal op het grondgebied verblijft, vermocht de wetgever te oordelen dat de maatschappelijke dienstverlening die hem wordt toegekend, om dezelfde redenen moest worden beperkt tot de dringende medische hulp.

De aanvragen op grond van artikel 9<sup>ter</sup> van de wet van 15 december 1980 betreffen echter een categorie van vreemdelingen die, ondanks het illegale karakter van hun verblijf tijdens de beroepsprocedure met toepassing van artikel 39/2, § 2, van die wet, beweren op zodanige wijze aan een ziekte te lijden dat die ziekte een reëel risico inhoudt voor hun leven of fysieke integriteit of een reëel risico inhoudt op een onmenselijke of vernederende behandeling wanneer er geen adequate behandeling bestaat in hun land van herkomst of in het land waar zij verblijven. Hoewel het recht op een daadwerkelijk beroep, zoals dat bij artikel 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens wordt gewaarborgd, niet inhoudt dat de personen die een dergelijk beroep instellen, maatschappelijke dienstverlening moeten genieten tijdens een hangende procedure, moet erover worden gewaakt dat zij, teneinde te vermijden dat het beperken van de maatschappelijke dienstverlening tot de dringende medische hulp voor personen die aan een ernstige ziekte lijden, een reëel risico voor hun leven of fysieke integriteit met zich meebrengt, de medische verzorging,

zowel van preventieve als van curatieve aard, kunnen krijgen die noodzakelijk is om een dergelijk risico te weren. Het is onder voorbehoud van die interpretatie dat het in het geding zijnde verschil in behandeling redelijk verantwoord is en dat, zoals het Hof beslist, artikel 57, § 2, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn de artikelen 10, 11 en 23 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 3 en 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, niet schendt.

### 9. *Het statuut van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen* (arrest nr. 106/2013)<sup>1</sup>

Artikel 2 van de wet van 12 september 2011 « tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen met het oog op de toekenning van een tijdelijke machtiging tot verblijf aan de niet-begeleide minderjarige vreemdeling » heeft, in titel II van die wet in een hoofdstuk VII met als opschrift « Niet-begeleide minderjarige vreemdelingen », de artikelen 61/14 tot 61/25 ingevoegd; uit de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet vloeit voort dat de wetgever, door dat nieuwe hoofdstuk in de wet van 15 december 1980 in te voegen, het statuut van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die zonder ouders of voogd op het Belgische grondgebied aanwezig zijn, heeft willen verbeteren, verduidelijken en vastleggen in de wet, terwijl dat statuut voordien was geregeld bij de omzendbrief van 15 september 2005 betreffende het verblijf van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen (*Belgisch Staatsblad*, 7 oktober 2005).

Daarenboven heeft artikel 23 van de wet van 19 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering

<sup>1</sup> Over hetzelfde onderwerp zie ook onderhavig verslag, pp. 74-84. De situatie van de asielzoekers die afkomstig zijn uit een land van oorsprong dat als « veilig » wordt beschouwd.

van vreemdelingen een artikel 74/16 in titel III<sup>quater</sup> van die wet ingevoegd; uit de parlementaire voorbereiding bij de wet van 19 januari 2012 vloeit voort dat de wetgever de bepalingen van de richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven gedeeltelijk in de wet van 15 december 1980 heeft willen omzetten; de wetgever heeft in dat kader in een specifieke bepaling voor de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen voorzien, in het verlengde van de bescherming die hun reeds bij de voormelde wet van 12 september 2011 wordt toegekend.

Bij het Hof is een beroep ingesteld tot vernietiging van verschillende van de voormelde bepalingen. Bij zijn arrest *nr. 106/2013* verwerpt het Hof het beroep, maar onder het in het beschikkend gedeelte van het arrest vermelde voorbehoud.

*Ten aanzien van artikel 61/14 van de wet van 15 december 1980, zoals ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet van 12 september 2011*

De verzoekende partij vorderde allereerst de vernietiging van de woorden « dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte » in artikel 61/14, 1<sup>o</sup>, door de schending aan te voeren van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie dat is vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 22<sup>bis</sup> en 191 van de Grondwet, met artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 2 van het Verdrag inzake de rechten van het kind : de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die afkomstig zijn uit een Staat van de Europese Economische Ruimte, zouden discriminerend worden behandeld in zoverre zij niet de regeling kunnen genieten die is ingevoerd bij de wet die nochtans ertoe strekt de minderjarigen te beschermen die zonder ouder of wettelijke voogd in België aankomen.

Door de niet-begeleide minderjarige vreemdeling te definiëren als een onderdaan van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte, ontzegt artikel 61/14, 1<sup>o</sup>, van de wet van 15 december 1980 de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die

uit een Staat van de Europese Economische Ruimte afkomstig zijn, een specifieke en aangepaste bescherming na hun toegang tot het Belgische grondgebied en in afwachting van een beslissing over hun verblijfsstatuut. De programmawet (I) van 24 december 2002 die in artikel 479 ervan de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen invoert, heeft evenmin betrekking op de minderjarigen die onderdaan van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte zijn, aangezien de wetgever destijds heeft geoordeeld dat de problemen met betrekking tot die minderjarigen eenvoudig en snel konden worden opgelost. Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet van 12 september 2011 blijkt dat de wetgever van oordeel is geweest dat die Europese minderjarigen, ondanks hun beperktere aantal, ook moesten worden beschermd, maar dat moest worden voorzien in een voogdij die aan hun specifieke situatie is aangepast. Er is nog geen enkele wetgeving tot stand gekomen en de situatie van die minderjarigen wordt uitsluitend geregeld bij een omzendbrief van 2 augustus 2007 (*Belgisch Staatsblad*, 17 september 2007).

Na artikel 191 van de Grondwet te hebben geweerd - aangezien de bestreden bepaling niet tussen bepaalde vreemdelingen en de Belgen maar tussen twee categorieën van vreemdelingen een verschil in behandeling instelt -, merkt het Hof op dat, aangezien de wetgever de noodzaak heeft erkend van een wettelijk kader om de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen te beschermen en aangezien hij van oordeel is dat de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die uit een lidstaat van de Europese Economische Ruimte afkomstig zijn, eveneens moeten worden beschermd, het niet redelijk kan worden verantwoord dat die laatsten niet het voorwerp van een wettelijke bescherming uitmaken. Daarenboven worden in artikel 22*bis* van de Grondwet het recht op eerbiediging van de morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit van het kind, alsook zijn recht om zijn belang als eerste overweging in aanmerking genomen te zien, vastgelegd.

De vernietiging van de woorden « dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte » in artikel 61/14, 1°, van de wet van 15 december 1980 zou als gevolg hebben dat het toepassingsgebied van de artikelen 61/14 tot 61/25 van dezelfde wet onverkort zou worden uitgebreid naar de niet-begeleide minderjarige

vreemdelingen die uit een lidstaat van de Europese Economische Ruimte afkomstig zijn. Nochtans is het, gelet op de objectieve verschillen die bestaan tussen niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die onderdaan van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte zijn en de andere niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, niet noodzakelijkerwijze vereist dat op beide categorieën van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen dezelfde regels van toepassing zijn. In tegenstelling tot de niet-begeleide minderjarigen die geen onderdanen van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte zijn, bevinden vele niet-begeleide minderjarigen uit een lidstaat van de Europese Economische Ruimte zich in ons land op wettige wijze en niet in een situatie die als bijzonder kwetsbaar kan worden beschouwd. Bovendien, zoals in de parlementaire voorbereiding wordt opgemerkt, verloopt het opsporen van de ouders van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte vlotter dan het opsporen van de ouders van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die geen onderdaan zijn van de Europese Economische Ruimte.

De toestand van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die uit een lidstaat van de Europese Economische Ruimte afkomstig zijn, wordt niet geregeld door de bestreden bepalingen, maar door de omzendbrief van 2 augustus 2007 betreffende niet-begeleide Europese minderjarigen in kwetsbare toestand (*Belgisch Staatsblad*, 17 september 2007). Die omzendbrief volstaat evenwel niet om de bescherming van de betrokken niet-begeleide minderjarige vreemdelingen te verzekeren indien zij zich in een kwetsbare situatie zouden bevinden : hij voorziet enkel in modaliteiten voor het signaleren van die minderjarigen bij de FOD Justitie en de Dienst Vreemdelingenzaken, dat wil zeggen in modaliteiten betreffende de interne organisatie in de administratie. Daarenboven biedt hij niet dezelfde waarborgen van rechtszekerheid als een wet en maakt hij het niet mogelijk te voldoen aan de in artikel 22bis, vijfde lid, van de Grondwet vervatte wettigheidsvereiste. De bij het Verdrag betreffende de Europese Unie gewaarborgde vrijheden maken het evenmin mogelijk dat gebrek aan bescherming te compenseren, aangezien het om minderjarige en dus

handelingsonbekwame burgers gaat die niet worden begeleid door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hen uitoefent.

Het gebrek aan een effectieve rechtsbescherming van niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die afkomstig zijn uit een lidstaat van de Europese Economische Ruimte, schendt, wanneer zij zich in een kwetsbare situatie bevinden, bijgevolg de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 22*bis* van de Grondwet, met artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 2 van het Verdrag inzake de rechten van het kind. Die discriminatie vindt haar oorsprong evenwel niet in de bestreden bepaling, maar in het gebrek aan wetsbepalingen die het statuut van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die afkomstig zijn uit een lidstaat van de Europese Economische Ruimte, verduidelijken en vastleggen. Dit kan alleen worden verholpen door het optreden van de wetgever, die, bij de totstandkoming van die beschermingsregeling, rekening moet houden met de specificiteiten die voortvloeien uit het recht van de Europese Unie. Het is onder voorbehoud van de noodzaak van dat optreden dat het Hof het hiervoor uiteengezette middel ongegrond verklaart.

Eveneens met betrekking tot artikel 61/14 van de wet van 15 december 1980, ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet van 12 september 2011, vorderde de verzoekende partij de vernietiging van de woorden « door de dienst Voogdij, ingesteld door Titel XIII, Hoofdstuk VI, ' Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen ' van de programmawet van 24 december 2002 », door de schending aan te voeren van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 144 van de Grondwet en met artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Aangezien de leeftijd een essentieel bestanddeel van de identiteit van een persoon is, zouden de geschillen over de leeftijd dus geschillen over een burgerlijk recht van de persoon zijn : bij de bestreden bepaling wordt aan de « dienst Voogdij » evenwel de bevoegdheid verleend om een minderjarige definitief als niet-begeleide minderjarige vreemdeling te identificeren.



Door de niet-begeleide minderjarige vreemdeling, voor de toepassing van hoofdstuk VII van titel II van de wet van 15 december 1980, te definiëren als « een onderdaan van een land dat geen lid is van de Europese Economische Ruimte, die jonger is dan 18 jaar en die niet begeleid is door een persoon die het ouderlijk gezag of de voogdij over hem uitoefent krachtens de toepasselijke wet, overeenkomstig artikel 35 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, en die definitief geïdentificeerd is als niet-begeleide minderjarige vreemdeling door de dienst Voogdij, ingesteld door Titel XIII, Hoofdstuk VI, ' Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen ' van de programmawet van 24 december 2002 », wordt bij artikel 61/14, 1°, van de wet van 15 december 1980 aan de « dienst Voogdij » niet de zorg verleend om een geschil over een burgerlijk recht te beslechten door zich over een vordering van staat uit te spreken. Een dergelijke vordering behoort bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken, overeenkomstig artikel 144 van de Grondwet. De bestreden bepaling strekt dus niet ertoe een element van het persoonlijk statuut van de minderjarige te bepalen, maar het toepassingsgebied van een wet van politie en veiligheid vast te stellen. Bovendien is de beslissing tot identificatie als niet-begeleide minderjarige vreemdeling door de « dienst Voogdij », op grond van de artikelen 3, § 2, 2°, 6, § 2, 7 en 8, § 1, van het voormelde hoofdstuk 6 in titel VIII van de programmawet (I) van 24 december 2002 (artikel 479), aan de jurisdictionele toetsing van de Raad van State onderworpen.

Er werd ten slotte aangeklaagd dat het voormelde artikel 61/14, in het 2° ervan beschouwd, artikel 22*bis* van de Grondwet schond, in samenhang gelezen met de artikelen 3 en 10 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, met artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven en met het algemeen rechtsbeginsel van het hoger belang van het kind : het belang van het kind zou niet de eerste overweging zijn bij het bepalen van de duurzame oplossing; de gezinshereniging in het gastland zou worden uitgesloten, terwijl het belang van het kind die oplossing zou kunnen vereisen, net zoals artikel 10, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het



kind; de terugkeer naar het land van herkomst of naar het land waar de niet-begeleide minderjarige vreemdeling is gemachtigd of toegelaten tot verblijf, zou niet worden bepaald door het belang van het kind, maar door garanties op adequate opvang en verzorging; ten slotte zou de bestreden bepaling in geen enkele waarborg voorzien in het geval van een gezinshereniging, noch wat betreft de adequate opvang en verzorging, noch wat betreft het belang van het kind.

Zoals reeds is opgemerkt, heeft de bestreden wet tot doel het statuut van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen te verduidelijken en vast te leggen in de wet. Meer in het bijzonder schrijft die wet het bepalen van een duurzame oplossing voor die aan de situatie van elke minderjarige is aangepast en beschermt zij die laatste tegen een verwijderingsmaatregel zolang die duurzame oplossing niet is gevonden. De bestreden wet ligt dus op algemene wijze in het verlengde van artikel 22*bis* van de Grondwet, de artikelen 3 en 10 van het Verdrag inzake de rechten van het kind en artikel 5 van de richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008.

In het bestreden artikel 61/14, 2°, wordt het begrip « duurzame oplossing » gedefinieerd, dat drie gevallen omvat. Hoewel het juist is dat die bepaling enkel voor het eerste overwogen geval, namelijk de gezinshereniging, uitdrukkelijk naar de artikelen 9 en 10 van het Verdrag inzake de rechten van het kind verwijst, moet zij evenwel in samenhang worden gelezen met artikel 61/17 van de wet van 15 december 1980, dat op algemene wijze, « bij het bepalen van de duurzame oplossing », welke die ook zij, de verplichting oplegt om de artikelen 9 en 10 van het Verdrag inzake de rechten van het kind en « het hoger belang van het kind » in acht te nemen, alsook met artikel 74/16 van die wet, dat de overheid, voor de beslissing met betrekking tot de duurzame oplossing, op algemene wijze voorschrijft rekening te houden met « het hoger belang van het kind ». Met het hoger belang van het kind dient dus rekening te worden gehouden door de overheid bij het bepalen van een duurzame oplossing, welke die ook zij.

Daarenboven heeft de bestreden wet tot doel de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen te beschermen. Ten aanzien van dat

doel is het relevant om de gezinshereniging in het gastland niet als duurzame oplossing te overwegen. Indien de ouders van de minderjarige vreemdeling zich in dat land bij hem voegen, verliest hij zijn statuut van niet-begeleide minderjarige vreemdeling en wordt zijn administratief statuut gekoppeld aan dat van zijn ouders.

Ten slotte, zoals hiervoor is uiteengezet, maakt artikel 61/14, 2°, van de wet van 15 december 1980, in samenhang gelezen met de artikelen 61/17 en 74/16 van dezelfde wet, de terugkeer van de minderjarige naar zijn land van herkomst of naar het land waar hij is gemachtigd of toegelaten tot verblijf of de gezinshereniging enkel mogelijk als duurzame oplossing voor zover die terugkeer of die hereniging verenigbaar is met het hoger belang van het kind. De garanties op adequate opvang en verzorging die door de overheid in aanmerking moeten worden genomen alvorens een beslissing te nemen, omvatten bijgevolg de waarborgen inzake opvoeding.

*Ten aanzien van artikel 61/15 van de wet van 15 december 1980, ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet van 12 september 2011*

De verzoekende partij vorderde de vernietiging van de woorden « voor zover geen procedure tot bescherming, machtiging of toelating tot verblijf of tot vestiging hangende is, » in dat artikel 61/15, door de schending aan te voeren van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie dat is vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 22*bis* en 191 van de Grondwet, met artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 2 en 22 van het Verdrag inzake de rechten van het kind : bij de bestreden bepaling zou een voorwaarde worden vastgelegd waarin niet is voorzien voor de andere vreemdelingen die regelmatig of onregelmatig op het Belgische grondgebied verblijven, die gelijktijdig verschillende aanvragen met betrekking tot hun administratief statuut kunnen indienen.

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 12 september 2011 blijkt dat de wetgever een aanvullende bescherming aan de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen heeft willen toekennen; de wetgever heeft daarenboven niet gewild dat de procedures die op verschillende gronden zijn ingesteld elkaar doorkruisen. De

wetgever heeft bijgevolg geoordeeld dat de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen die een andere procedure tot bescherming, machtiging of toelating tot verblijf of tot vestiging hebben ingesteld, de bij de bestreden wet toegekende waarborgen reeds genieten en dat het dus niet nodig was om ze in het toepassingsgebied van de wet op te nemen, zolang die andere procedure niet tot een beslissing heeft geleid. Indien zou blijken dat de bescherming die hun in het kader van die andere procedure wordt geboden, geringer zou zijn dan die welke bij de bestreden wet is geboden, zouden die minderjarigen het voorwerp van een verschil in behandeling uitmaken dat niet redelijk verantwoord is. Daarenboven verbiedt de bestreden bepaling de voogd niet om een aanvraag in te dienen op grond van de bestreden wet na afloop van de procedure tot bescherming, machtiging of toelating tot verblijf of tot vestiging, indien die procedure niet tot een machtiging tot verblijf heeft geleid.

*Ten aanzien van artikel 61/16 en artikel 61/19, § 2, van de wet van 15 december 1980, ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet van 12 september 2011*

De verzoekende partij vorderde de vernietiging van de artikelen 61/16 en 61/19, § 2, van de wet van 15 december 1980 indien zij in die zin worden geïnterpreteerd dat zij, enerzijds, enkel betrekking hebben op de minderjarige voor wie een voogd wordt aangewezen en, anderzijds, het verhoor van de minderjarige verplicht maken, bij afwezigheid van een tolk, zonder noch met zijn onderscheidingsvermogen, noch met zijn wil om te worden gehoord, noch met zijn mening rekening te houden.

Het Hof verklaart een verschil in behandeling tussen de minderjarigen die een voogd hebben en die welke er geen hebben, onbestaande aangezien elke niet-begeleide minderjarige vreemdeling in de zin van artikel 61/14, 1°, van de wet van 15 december 1980 overeenkomstig de artikelen 3, § 1, 5 en 6, § 2, 2°, van artikel 479 van de programmawet (I) van 24 december 2002, die betrekking heeft op de « Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen », een voogd krijgt aangewezen.

De verzoekende partij voerde eveneens de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek, in zoverre de bepaling de verplichting zou opleggen dat de minderjarige zonder uitzondering moet worden gehoord, hetgeen een onverantwoord verschil in behandeling zou teweegbrengen tussen de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en de minderjarigen die worden gehoord in het kader van elke andere procedure waarop artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing is. Ten slotte zou artikel 22*bis* van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 12 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, worden geschonden. De in het geding zijnde bepalingen zouden een daadwerkelijk recht op inspraak voor de minderjarige invoeren. Het verhoor zoals daarin in de bestreden bepaling is voorzien, zou zich echter meer aandienen als een ondervraging dan als een gesprek dat ertoe strekt rekening te houden met de mening van de minderjarige en een duurzame oplossing te bepalen die in overeenstemming is met zijn belang. Daarenboven zou een tolk, in voorkomend geval, ter beschikking van de minderjarige moeten kunnen worden gesteld teneinde de doeltreffendheid van zijn inspraak in de procedure te verzekeren. Het Hof onderzoekt die twee middelen samen.

De bestreden artikelen 61/16 en 61/19, § 2, die voorzien in een verhoor van de minderjarige die door zijn voogd wordt begeleid, voorzien in geen enkele van de waarborgen die in de in het middel bedoelde bepalingen zijn vervat. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat de overheid die de niet-begeleide minderjarige vreemdeling verhoort, de genoemde waarborgen niet in acht dient te nemen. De bevoegde overheid dient bij het verhoor rekening te houden met de leeftijd en het onderscheidingsvermogen van het kind, alsook met zijn wil om al dan niet te worden gehoord. Die overheid moet dat verhoor ook afnemen overeenkomstig het doel van de wet, zoals het hiervoor is gepreciseerd. Daarenboven bepaalt artikel 61/16, tweede lid, dat « de nadere regels van het verhoor [...] door de Koning [worden] bepaald » : ter uitvoering hiervan bepaalt artikel 110*novies*, § 1, van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, zoals ingevoegd bij het koninklijk besluit van 7 november 2011, de aanwezigheid van

de voogd, in voorkomend geval van een tolk, en van een advocaat indien de voogd dat vraagt. Ten slotte blijkt niet uit de bewoordingen van de bestreden bepalingen dat het verhoor het niet mogelijk maakt om, als element bij de beoordeling van een duurzame oplossing, rekening te houden met de mening van de minderjarige, noch om een duurzame oplossing te vinden die in overeenstemming is met zijn belang. Onder voorbehoud van de hiervoor uiteengezette interpretatie, zijn de middelen niet gegrond.

*Ten aanzien van de artikelen 61/17 en 61/18 van de wet van 15 december 1980, ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet van 12 september 2011, en ten aanzien van artikel 74/16, § 1 en § 2, eerste en tweede lid, van de wet van 15 december 1980, ingevoegd bij artikel 23 van de bestreden wet van 19 januari 2012*

De verzoekende partij vorderde de vernietiging van de woorden « de minister of zijn gemachtigde » in artikel 61/17 en in artikel 74/16 van de wet van 15 december 1980; zij vorderde eveneens de vernietiging van de woorden « na individueel onderzoek en op basis van het geheel van de elementen » in artikel 61/18 van dezelfde wet. Het middel was afgeleid uit de schending van artikel 22bis van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 3 van het Verdrag inzake de rechten van het kind en met het algemeen rechtsbeginsel van het hoger belang van het kind, alsook uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 144 van de Grondwet en met artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten : het bepalen van de duurzame oplossing zou erin bestaan zich uit te spreken over de burgerlijke rechten van de betrokken minderjarigen aangezien die oplossing met name ertoe strekt de aangelegenheden met betrekking tot de woon- en de verblijfplaats van de minderjarige, zijn opvoeding en het ouderlijk gezag over zijn persoon en over zijn goederen te regelen, zodat het een onafhankelijk rechtscollege zou toekomen zich over de duurzame oplossing uit te spreken.

Zoals reeds is opgemerkt, schrijft de bestreden wet voor dat een duurzame oplossing moet worden bepaald die aan de situatie van elke minderjarige is aangepast, in overeenstemming met artikel 22bis van de Grondwet en met de artikelen 9 en 10 van het

Verdrag inzake de rechten van het kind, en beschermt zij die minderjarige tegen een verwijderingsmaatregel zolang die duurzame oplossing niet is gevonden. De bij de artikelen 61/17, 61/18 en 74/16 van de wet van 15 december 1980 aan de minister of zijn gemachtigde toevertrouwde beslissingsbevoegdheid in het kader van zijn bevoegdheden inzake vreemdelingenpolitie wordt beperkt door de verplichting om een duurzame oplossing te bepalen die aan de situatie van elke minderjarige is aangepast. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet vloeit voort dat de wetgever de beoordelingsbevoegdheid van de minister of zijn gemachtigde niet heeft willen beperken, door hem enkel de gezinshereniging als enige keuze te laten, net om hem de mogelijkheid te bieden een oplossing te vinden die aan elke minderjarige is aangepast. Het is trouwens teneinde een individueel onderzoek van elke aanvraag mogelijk te maken dat in artikel 61/18, eerste lid, wordt gepreciseerd dat de minister zich uitspreekt « na individueel onderzoek en op basis van het geheel van de elementen ». Daarenboven kunnen de door de minister of zijn gemachtigde genomen beslissingen het voorwerp uitmaken van een jurisdictionele toetsing door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Ten slotte, hoewel de wet niet in de aanwezigheid van een advocaat voorziet, is dat wel het geval in artikel 110<sup>novies</sup> van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981, dat het de voogd mogelijk maakt de aanwezigheid van de advocaat te vragen; in geval van een jurisdictioneel beroep wordt die aanwezigheid gewaarborgd.

*Ten aanzien van artikel 61/22, eerste lid, van de wet van 15 december 1980, ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet van 12 september 2011*

De verzoekende partij voerde allereerst de schending aan van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie dat is vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet : artikel 61/22, eerste lid, zou een verschil in behandeling invoeren ten nadele van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, aangezien een bevel om het grondgebied te verlaten niet automatisch wordt afgegeven wanneer een meerderjarige valse of misleidende informatie of valse of vervalste documenten heeft gebruikt of fraude heeft gepleegd of andere onwettige middelen heeft gebruikt.

Uit de parlementaire voorbereiding van de bepaling vloeit voort dat de wetgever de redenen van fraude en de vaststelling van die redenen heeft willen verduidelijken. Volgens de parlementaire voorbereiding is artikel 61/22, eerste lid, enkel van toepassing wanneer is vastgesteld dat « het dossier [...] valse of vervalste documenten [bevat] die het bewijs moeten leveren voor alle elementen die worden gevraagd in artikel 61/21 ». Daarenboven, aangezien artikel 61/22, eerste lid, uitdrukkelijk naar artikel 13, § 3, 3°, van de wet van 15 december 1980 verwijst, kent het aan de minister of zijn gemachtigde niet meer bevoegdheden toe dan diegene die worden toegekend door die bepaling, die de minister of zijn gemachtigde de mogelijkheid laat een bevel om het grondgebied te verlaten af te geven. Artikel 61/22, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 doet dus geen verschil in behandeling tussen vreemdelingen ontstaan.

De verzoekende partij voerde eveneens de schending aan van dezelfde artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 144 van de Grondwet en met artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten : in de bestreden bepaling zou niet worden gepreciseerd welke procedure het mogelijk maakt te bepalen of het om een vreemdeling gaat die achttien jaar of ouder is en zij zou aan de minister of zijn gemachtigde dus de zorg verlenen om die beslissing te nemen; het bepalen van de leeftijd van een persoon zou evenwel een aangelegenheid zijn die tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken behoort; het geschil over dat recht zou dus tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren.

Het Hof merkt op dat artikel 61/22, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 aan de minister of zijn gemachtigde niet de bevoegdheid verleent om te bepalen of de vreemdeling al dan niet de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt. Overeenkomstig artikel 61/14, 1°, van de wet is het de « dienst Voogdij », opgericht bij titel XIII, hoofdstuk VI, « Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen », van de programmawet van 24 december 2002, die de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen identificeert, zonder zich daarom uit te spreken over een vordering van staat, zoals het Hof hiervoor heeft geoordeeld.



*Ten aanzien van artikel 61/22, tweede lid, van de wet van 15 december 1980, ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet van 12 september 2011*

De verzoekende partij voerde de schending aan van artikel 22bis van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 3 van het Verdrag inzake de rechten van het kind en met het algemeen rechtsbeginsel van het hoger belang van het kind, alsook uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 144 van de Grondwet en met artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. De verzoekende partij was in de eerste plaats van mening dat artikel 61/22, tweede lid, door aan de minister of zijn gemachtigde de zorg toe te vertrouwen om de duurzame oplossing te wijzigen, zich aan dezelfde grieven blootstelt als die welke in verband met artikel 61/17 van de wet zijn aangevoerd. Daarenboven zou de bestreden bepaling een sanctie ten aanzien van de minderjarige blijken in te voeren. De duurzame oplossing zou dus kunnen worden gewijzigd, niet in het belang van de minderjarige maar omdat hij een gedrag heeft aangenomen dat de minister of zijn gemachtigde als onwettig kan beschouwen. In de bepaling zou evenmin worden gepreciseerd hoe de minister of zijn gemachtigde verneemt dat dergelijke handelingen zijn gepleegd. Er zou dus geen enkele procedure op tegenspraak worden geregeld om het de minderjarige of zijn voogd mogelijk te maken zich nader te verklaren over de beschuldigingen die te zijnen aanzien worden geuit.

In tegenstelling tot artikel 61/22, eerste lid, van de wet heeft artikel 61/22, tweede lid, betrekking op het geval waarin de minister of zijn gemachtigde het bestaan van valse of misleidende informatie « verneemt » en niet « vaststelt ». Zoals de Ministerraad opmerkt, berust dat terminologisch onderscheid evenwel op een « vergetelheid » van de wetgever toen hij artikel 61/22, eerste lid, heeft aangenomen, zoals hiervoor is aangegeven. Het woord « verneemt » in artikel 61/22, tweede lid, dient dus in die zin te worden begrepen dat het « vaststelt » betekent zoals in artikel 61/22, eerste lid. Daarenboven verwijst die bepaling uitdrukkelijk naar artikel 61/18 van de wet, dat aan de minister of zijn gemachtigde de verplichting oplegt om, alvorens een beslissing te nemen, zich te baseren op « het geheel van de elementen »,



hetgeen het verplichte verhoor van de minderjarige overeenkomstig artikel 61/16 inhoudt. Bovendien vloeit de verplichting om de minderjarige te horen eveneens voort uit het beginsel van behoorlijk bestuur *audi alteram partem*, luidens hetwelk geen ernstige maatregelen kunnen worden genomen die de belangen van de persoon schaden zonder hem de mogelijkheid te bieden zijn opmerkingen te doen gelden. Artikel 61/22, derde lid, bevestigt die interpretatie aangezien het bepaalt : « Te dien einde houdt de minister of diens gemachtigde rekening met het feit of het de voogd was of de NBMV die een beroep heeft gedaan op de valse informatie of de vervalste documenten, in functie van zijn onderscheidingsvermogen, en dit om de minderjarige niet te benadelen ». Ten slotte, zoals hiervoor aangegeven, dient met het hoger belang van het kind rekening te worden gehouden door de overheid bij het bepalen van een duurzame oplossing, welke die ook zij, hetgeen het geval is wanneer zij beslist om de duurzame oplossing op grond van artikel 61/22, tweede lid, te wijzigen. Het is onder voorbehoud van de hiervoor uiteengezette interpretatie dat het Hof het middel ongegrond verklaart.

*Ten aanzien van artikel 61/25 van de wet van 15 december 1980, ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet van 12 september 2011*

De verzoekende partij voerde de schending aan van artikel 22bis van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 3, 22 en 40 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, met het algemeen rechtsbeginsel van het hoger belang van het kind en met het evenredigheidsbeginsel : door de toepassing van de wet van 12 september 2011 op de niet-begeleide minderjarige vreemdeling die handelingen zou hebben gepleegd die de openbare rust, de openbare orde of de veiligheid van het land kunnen schaden, strikt uit te sluiten, zou de wetgever het belang van het kind klaarblijkelijk niet als een eerste overweging hebben beschouwd.

Zowel artikel 22bis, vierde lid, van de Grondwet als artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind verplichten de overheid om in de eerste plaats het belang van het kind in aanmerking te nemen in de procedures die op het kind betrekking hebben. Artikel 22bis, vijfde lid, van de Grondwet geeft de wetgever overigens de opdracht te waarborgen dat het belang van het kind de

eerste overweging is. Wanneer hij de bepalingen van de wet van 12 september 2011 buiten toepassing laat voor de in artikel 61/25 bedoelde minderjarige vreemdelingen, kan de wetgever, zoals de Ministerraad opmerkt, de bevoegde overheid niet ervan vrijstellen rekening te houden met het specifieke belang van het kind, in het verlengde van de grondwettelijke en internationale bepalingen, zoals hiervoor is gepreciseerd. De bestreden bepaling moet worden gecombineerd met de artikelen 61/17, 61/18 en 74/16 van de wet van 15 december 1980, waaruit voortvloeit dat bij elke door de minister of zijn gemachtigde genomen beslissing met name rekening moet worden gehouden met het hoger belang van het kind.

Aldus geïnterpreteerd, schendt artikel 61/25 van de wet van 15 december 1980 niet artikel 22*bis* van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 3, 22 en 40 van het Verdrag inzake de rechten van het kind.

**10. De situatie van de asielzoekers die onderdaan zijn van een « veilig » land van herkomst**  
(arrest nr. 107/2013)

De wet van 19 januari 2012 voegt in de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen een artikel 57/6/1 in. Terwijl de bestreden wet richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, in Belgisch recht beoogt om te zetten, strekt artikel 57/6/1 van die wet meer specifiek ertoe richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, in Belgisch recht om te zetten; die laatste richtlijn is, volgens overweging 5 ervan, bedoeld om een minimumkader voor procedures voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus in te voeren.

Voor het Hof was een beroep tot vernietiging van het voormelde artikel 57/6/1 ingesteld, beroep dat het Hof zal verwerpen, onder voorbehoud evenwel van de interpretatie die het aangeeft.

Die bepaling werd in de eerste plaats verweten de artikelen 10, 11, 23 en 191 van de Grondwet te schenden, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 33, 42 en 105 ervan, met artikel 9 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, met verschillende internationaalrechtelijke bepalingen en met verschillende algemene rechtsbeginselen; het Hof verklaart de kritiek met betrekking tot de schending van artikel 191 en van artikel 23 en de artikelen 10 en 11, in samenhang gelezen met de artikelen 33, 42 en 105, van de Grondwet, evenwel niet ontvankelijk om de door het Hof aangegeven motieven.

*In een eerste onderdeel* voerden de verzoekende partijen aan dat de bestreden bepaling een discriminatie zou creëren onder asielzoekers naargelang het land waarvan zij afkomstig zijn al dan niet een veilig land van herkomst is, in de zin van de bestreden bepaling : in het eerste geval doet deze op hen een vermoeden wegen volgens hetwelk zij geen gegronde vrees hebben voor vervolging in de zin van het Internationaal Verdrag betreffende de status van vluchtelingen ondertekend te Genève op 28 juli 1951, noch om ernstige schade te lijden, zoals bedoeld in de artikelen 48/3 en 48/4 van de wet van 15 december 1980; dat vermoeden leidt tot een verzwaring van de bewijslast, die niet aan de andere asielzoekers wordt opgelegd.

Dat verschil in behandeling vloeit voort uit de tenuitvoerlegging van de voormelde richtlijn 2005/85/EG, die in artikel 31, lid 1, bepaalt dat een veilig land van herkomst alleen als zodanig kan worden beschouwd wanneer de asielzoeker geen substantiële redenen heeft opgegeven dat dit niet het geval zou zijn; dat verschil berust op een objectief criterium, en de bestreden bepaling vormt een pertinente maatregel in het licht van het door de wetgever nagestreefde doel, zoals dat blijkt uit de in het arrest (B.3.3.) overgenomen parlementaire voorbereiding. Rekening houdend met het feit dat de asielzoeker de elementen moet bewijzen die hij aanvoert om zijn behoefte aan bescherming te verantwoorden (artikel 4 van de richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004

« inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming »), heeft de wetgever redelijkerwijze kunnen aannemen dat de fundamentele rechten van de asielzoekers die afkomstig zijn uit landen die als veilig worden beschouwd op grond van criteria die niet worden betwist, niet worden geschonden, en die asielzoekers derhalve kunnen onderwerpen aan een bewijsregeling die veeleisender is dan die welke is bepaald voor de andere asielzoekers. In zijn arrest *M.M. t. Ierland* van 22 november 2012 (C-277/11) heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie aangegeven dat de lidstaten een plicht tot samenwerking met de verzoeker hadden « om alle elementen te verzamelen die het verzoek kunnen staven ». De door het Hof van Justitie vermelde plicht is die welke aan de lidstaten is opgelegd bij artikel 4, lid 1, tweede zin, van de voormelde richtlijn, krachtens hetwelk « de lidstaat [...] tot taak [heeft] om de relevante elementen van het verzoek in samenwerking met de verzoeker te beoordelen ». Die beoordeling komt overeen met die welke, steunend op een reeks « informatiebronnen, waaronder in het bijzonder informatie uit andere lidstaten, de UNHCR, de Raad van Europa en andere relevante internationale organisaties » (artikel 30, lid 5, van de richtlijn 2005/85/EG), de lidstaten toelaat te bepalen of een land een veilig land van herkomst is.

Het Hof onderzoekt vervolgens of die maatregel onevenredige gevolgen heeft.

In dat verband dient rekening te worden gehouden met het feit dat de richtlijn 2005/85/EG, die de vaststelling beoogt van minimumnormen voor de procedures voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (artikel 1), de lidstaten de mogelijkheid biedt gunstigere normen voor die procedures in te voeren of te handhaven, op voorwaarde dat die normen verenigbaar zijn met de richtlijn (artikel 5); de richtlijn verzet zich dus ertegen dat strengere normen worden aangenomen dan die welke zij bepaalt. Te dezen vereist het bestreden artikel 57/6/1 van de wet van 15 december 1980 dat « uit [de] verklaringen [van de asielzoeker] [...] duidelijk blijkt dat, wat hem betreft, een gegronde vrees voor vervolging bestaat [...] of dat er zwaarwegende gronden

zijn om aan te nemen dat hij een reëel risico loopt op het lijden van ernstige schade ». Artikel 31 van de richtlijn 2005/85/EG bepaalt op zijn beurt met name dat een als veilig beschouwd land van herkomst waarvan de asielzoeker de nationaliteit heeft, alleen als zodanig kan worden beschouwd « wanneer [die asielzoeker] geen substantiële redenen heeft opgegeven om het land in zijn specifieke omstandigheden niet als een veilig land van herkomst te beschouwen ten aanzien van de vraag of hij voor erkenning als vluchteling in aanmerking komt overeenkomstig richtlijn 2004/83/EG [van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming] ».

Uit de formulering van de bestreden bepaling blijkt niet dat de wetgever die, volgens de parlementaire voorbereiding, « substantiële redenen [beoogt] waaruit blijkt dat [het] land van herkomst niet als veilig kan worden beschouwd », zou hebben willen afwijken van hetgeen de richtlijn bepaalt, om de omkering van het vermoeden waarin die bepaling voorziet moeilijker te maken : het vermoeden blijft gehandhaafd indien de asielzoeker niet reageert of indien hij dat wel doet, maar zonder « ernstige aanwijzingen van het tegendeel [voor te leggen] » (overweging 17 van de voormelde richtlijn 2005/85/EG; overweging 19 is op analoge wijze geformuleerd). Niets wijst erop in welk opzicht het minder streng zou zijn om van de asielzoeker te eisen dat hij « substantiële redenen [opgeeft] om » het vermoeden als niet-gegrond te beschouwen, dan van hem te eisen dat uit zijn verklaringen duidelijk blijkt dat hij vreest te worden vervolgd of ernstige schade, zoals bedoeld in de bestreden wet, te lijden. In de parlementaire voorbereiding wordt overigens aangegeven dat het amendement waaruit de bestreden bepaling is ontstaan, de criteria overneemt die de richtlijn hanteert om de veilige landen te bepalen.

Door van de asielzoeker enkel te eisen dat uit zijn verklaringen duidelijk blijkt dat, wat hem betreft, een gegronde vrees voor vervolging bestaat of dat er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat hij een reëel risico loopt op het lijden van ernstige schade zoals bepaald in de wet, vereist de bestreden bepaling van hem niet

dat hij de voorwaarden vervult om als vluchteling te worden erkend. Die voorwaarden zullen worden onderzocht wanneer zijn aanvraag in overweging zal zijn genomen na verloop van de procedure die bij de bestreden bepaling is ingevoerd en die dus een ander doel heeft en beperkt is tot de vraag of de asielzoeker ernstige elementen aanbrengt die het vermoeden dat is vastgelegd krachtens de richtlijn 2005/85/EG en de wet die ze in Belgisch recht omzet, kunnen omkeren. De beslissing om de aanvraag niet in overweging te nemen berust op inhoudelijke elementen. Het snelle onderzoek van deze elementen heeft geen onevenredige gevolgen, rekening houdend met de waarborgen die het vastleggen van de lijst van de als veilig beschouwde landen omringen.

Het onderscheid dat door de verzoekende partijen wordt gemaakt tussen de « kennelijk ongegronde » aanvragen en de aanvragen « die niet kennelijk gegrond zijn », berust niet op de formulering van de bestreden bepaling, maar op een interpretatie die zij geven aan uittreksels van de parlementaire voorbereiding. Hoe dan ook, uit de tekst zelf van de bestreden bepaling blijkt dat een asielzoeker die wil vermijden dat zijn aanvraag niet in overweging wordt genomen, aan de overheidsinstantie die is gemachtigd om zich over die inoverwegingneming uit te spreken de hiervoor vermelde « ernstige aanwijzingen van het tegendeel » moet voorleggen, die toelaten het krachtens die bepaling vastgelegde vermoeden te weerleggen en die afzonderlijk worden behandeld, zoals bepaald in artikel 31 van de richtlijn 2005/85/EG. Voor het overige dient een duidelijke bepaling niet te worden geïnterpreteerd.

Met zijn arrest *nr. 20/93* heeft het Hof weliswaar bepalingen van de voormelde wet van 15 december 1980 vernietigd die eveneens voorzagen in een omkering van de bewijslast in de ontvankelijkheidsprocedure voor vreemdelingen die afkomstig waren uit een land waaruit, tijdens het jaar voordien, ten minste 5 pct. van de asielzoekers afkomstig was en in zoverre minder dan 5 pct. gunstige beslissingen te hunnen aanzien waren geweest : in dat geval kon de minister of zijn gemachtigde weigeren om de aanvraag in overweging te nemen, tenzij de vreemdeling elementen aanbracht dat er ernstige aanwijzingen bestonden van gevaar voor zijn leven of zijn vrijheid.

De bij het voormelde arrest *nr. 20/93* afgekeurde bepaling was afhankelijk van het aantal ontvangen en ingewilligde asielaanvragen, en niet van een kwalificatie toegekend aan het land van herkomst van de asielzoekers, waarbij het als veilig werd erkend op grond van criteria die waren vastgelegd bij een Europese richtlijn. Het is dus niet pertinent het gezag van gewijsde van het voormelde arrest aan te voeren. Bovendien impliceert de omstandigheid dat een wetsbepaling in het verleden discriminerend is bevonden, niet dat een analoge of, zoals te dezen, een gedeeltelijk analoge bepaling op een later tijdstip op dezelfde manier moet worden beoordeeld : enerzijds, omdat de omstandigheden en de context mogelijk zijn geëvolueerd rekening houdend met, bijvoorbeeld, het feit dat het recht van de Unie thans zelf voorziet in een mechanisme van omkering van het vermoeden, dat de lidstaten moeten invoeren in hun interne recht, anderzijds, omdat uit wat hiervoor is aangegeven, volgt dat de wetgever, met die invoering, geen discriminatie onder de betrokkenen heeft gecreëerd. Dat geldt des te meer daar de bestreden wet op de asielzoeker geen onevenredige last doet wegen rekening houdend met, enerzijds, de waarborgen die worden gevormd door de criteria bepaald bij artikel 57/6/1 en op grond waarvan een land wordt opgenomen in de lijst van de als veilig beschouwde landen van herkomst en, anderzijds, het feit dat de wetgever, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, heeft gewild dat de aanvragen afkomstig van onderdanen van als veilig beschouwde landen door waarborgen zouden zijn omringd - zoals aangegeven in artikel 57/6/1, laatste lid - en individueel en effectief zouden worden beoordeeld.

Weliswaar bieden andere wetsbepalingen, zoals de artikelen 52, § 1, 2°, en 52/2, § 2, van de wet van 15 december 1980, de mogelijkheid om asielaanvragen die kennelijk niet gegrond zouden zijn, snel te verwerpen. De wetgever kon echter oordelen, binnen de grenzen van de beoordelingsbevoegdheid waarover hij beschikt, dat die bepalingen niet de voordelen boden in termen van doeltreffendheid en ontradend effect, die de bij de bestreden wet ingevoerde procedure wel biedt, rekening houdend met, meer bepaald, het feit dat die bepalingen, naast het optreden van de Commissaris-generaal, in dat van de Minister of zijn gemachtigde voorzien.



In het *tweede onderdeel* van het hiervoor uiteengezette middel steunden de verzoekende partijen op de beperking, tot vijftien dagen, van de termijn waarbinnen, krachtens artikel 57/6/1, laatste lid, de Commissaris-generaal een beslissing moet nemen, om aan te voeren dat de asielzoekers die onderdaan zijn van een veilig land van herkomst niet over een voldoende lange termijn beschikken om de elementen aan te brengen die, wat hen betreft, toelaten het bij de bestreden bepaling ingevoerde vermoeden om te keren.

Wanneer de wetgever wordt geconfronteerd met de noodzaak om in middelen te voorzien voor het behandelen van het contentieux dat wordt veroorzaakt door een groot aantal asielzoekers, kan hij op legitieme wijze versnelde procedures invoeren (EHRM, 2 februari 2012, *I.M. t. Frankrijk*). De verzoekende partijen beweren ten onrechte dat zulke maatregelen ertoe zouden kunnen leiden dat de asielzoeker het recht op materiële hulp en een beroep met volle rechtsmacht worden ontzegd, omdat het daarbij gaat om het gevolg van bepalingen die niets met de bestreden bepalingen te maken hebben, en omdat in elk geval de bestreden maatregelen des te minder aanvechtbaar zijn wanneer, zoals te dezen, de asielzoekers afkomstig zijn uit landen die als veilig worden beschouwd op grond van criteria die zijn vastgelegd bij een Europese richtlijn en bij de wet die ze in Belgisch recht omzet. Overigens voorziet artikel 57/6/1, laatste lid, in een termijn van vijftien werkdagen waarbinnen de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen zijn beslissing moet nemen en die moet worden geacht, bij ontstentenis van tegengestelde aanwijzingen in de wet, in te gaan vanaf de ontvangst, door de Commissaris-generaal, van de aanvraag die hem door de Dienst Vreemdelingenzaken wordt overgezonden : die termijn mag dus niet worden verward met de periode waarover de asielzoekers beschikken om de elementen te verzamelen die nuttig zijn voor het onderzoek van hun dossier, iets waarop zij zich kunnen toelekken voordat zij zich wenden tot de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen.

Artikel 57/6/1 van de wet van 19 januari 2012 werd eveneens verweten de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet te schenden, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 33 en 105 ervan, met verschillende internationaalrechtelijke bepalingen en met verschillende algemene rechtsbeginselen; het Hof verklaart de



kritiek afgeleid uit de schending van artikel 191 en van de artikelen 23, 10 en 11, in samenhang gelezen met de artikelen 33 en 105, van de Grondwet, niet ontvankelijk. De verzoekende partijen waren van mening dat de asielzoekers die onderdaan zijn van een als veilig beschouwd land van herkomst, zouden worden gediscrimineerd ten opzichte van de andere asielzoekers doordat artikel 57/6/1, laatste lid, dat de termijn waarbinnen de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen zijn beslissing moet nemen en die de verzoekende partijen als een dwingende termijn beschouwen, vaststelt op vijftien werkdagen, niet het aanvangspunt van die termijn bepaalt, zodat rechtsonzekerheid een risico van willekeur zou doen ontstaan in het nadeel van de betrokkenen, alsook een verschil in behandeling tussen asielzoekers naargelang de door de bestreden bepalingen vastgestelde procedure al dan niet zou worden toegepast.

Zoals hiervoor werd aangegeven, is de termijn van vijftien werkdagen waarin de bestreden bepaling voorziet, die waarover de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen beschikt om een beslissing te nemen; door het stilzwijgen van de wet moet men redelijkerwijs ervan uitgaan dat die termijn begint te lopen op het ogenblik dat het dossier aanhangig wordt gemaakt bij de Commissaris-generaal, zodat geen enkel risico van willekeur inzake het aanvangspunt van de termijn aanleiding zou kunnen geven tot het verschil in behandeling dat de verzoekende partijen aanklagen. Voor het overige en zonder dat moet worden bepaald of die termijn van vijftien dagen al dan niet een dwingende termijn is, dient erop te worden gewezen dat de bepaling die in die termijn voorziet, ertoe strekt de procedure te regelen van het onderzoek waarmee de Commissaris-generaal is belast, en niet de voorwaarden te bepalen waaronder de asielzoeker zijn rechten uitoefent.

Ook de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 33 en 105 ervan, met verschillende internationaalrechtelijke bepalingen en met algemene rechtsbeginselen, werd aangevoerd : de verzoekende partijen verweten de bestreden bepaling dat zij de Koning de bevoegdheid toevertrouwt om de lijst van de veilige landen van herkomst te bepalen en ze aan te vullen, terwijl het gaat om een

bevoegdheid van de wetgevende macht. Hoewel het Hof niet bevoegd is om een aantasting van de scheiding der machten als zodanig af te keuren, en de verzoekende partijen niet preciseren tussen welke categorieën van personen een discriminatie zou zijn gecreëerd, kan het middel in die zin worden begrepen dat het het verschil in behandeling ter discussie stelt dat de wet creëert tussen asielzoekers naargelang een norm die hun situatie regelt, het werk is van de wetgevende macht of, zoals te dezen, van de uitvoerende macht die door de wetgevende macht is gemachtigd.

Een wetgevende machtiging ten gunste van de uitvoerende macht die een aangelegenheid betreft die niet door de Grondwet aan de wetgever is voorbehouden, is niet ongrondwettig. In dat geval maakt de wetgever immers gebruik van de hem door de Grondwetgever verleende vrijheid om in een dergelijke aangelegenheid te beschikken. Het Hof is niet bevoegd om een bepaling af te keuren die de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende macht en de uitvoerende macht regelt, tenzij die bepaling indruist tegen de regels inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten of tenzij de wetgever een categorie van personen het optreden van een democratisch verkozen vergadering, waarin de Grondwet uitdrukkelijk voorziet, ontzegt.

Ten slotte werd artikel 57/6/1 van de wet van 19 januari 2012 verweten de artikelen 10, 11, 22*bis* en 23 van de Grondwet te schenden, al dan niet in samenhang gelezen met verschillende internationaalrechtelijke bepalingen, met de bepalingen van de programmawet van 24 december 2002 betreffende de voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, meer bepaald artikel 9, § 2, ervan, en met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur : de bestreden bepaling zou discriminerend zijn in zoverre zij een identieke behandeling voorbehoudt aan alle asielzoekers die onderdaan zijn van een veilig land van herkomst, terwijl de situatie van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen en van andere kwetsbare personen zoals personen met een handicap, ouderen of getraumatiseerde personen specifieke bepalingen vereist.

Na overweging 14 van richtlijn 2005/85/EG te hebben beoogd, alsook de waarborgen voor kwetsbare personen en minderjarigen

bepaald in de artikelen 13, lid 3, onder a), en 17 van die richtlijn, merkt het Hof op dat, ook al is het juist dat de bestreden bepaling voor de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen geen enkele specifieke maatregel bevat, het feit blijft dat de bestreden wet hen in geen enkel opzicht verhindert om, bij de toepassing van de bij het bestreden artikel 57/6/1 ingevoerde procedure, het voordeel te genieten van de bepalingen die voor hen zijn vastgelegd bij de regelgeving die van toepassing is op asielzoekers, in het bijzonder bij artikel 479 van de programmawet van 24 december 2002 (voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen)<sup>1</sup> en bij het koninklijk besluit van 11 juli 2003 tot regeling van de werking van en de rechtspleging voor het Commissariaat-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen. De bestreden bepaling dient bovendien te worden geïnterpreteerd, rekening houdend met artikel 17, leden 4 en 6, van de richtlijn 2005/85/EG, in die zin dat zij geen afbreuk doet aan de verplichting, voor de Commissaris-generaal, om de kwetsbaarheid van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen in aanmerking te nemen bij het onderzoek van hun aanvraag. De termijn van vijftien dagen die door de verzoekende partijen wordt bekritiseerd, is vastgelegd, zoals hiervoor is aangegeven, bij een bepaling die ertoe strekt de procedure te regelen van het onderzoek waarmee de Commissaris-generaal is belast, en niet de voorwaarden te bepalen waaronder de asielzoeker zijn rechten uitoefent. In de veronderstelling dat hij een dwingende termijn is en in dat opzicht de Commissaris-generaal verhindert om na het verstrijken ervan de beslissing te nemen waarin de bestreden bepaling voorziet, zou hij de Commissaris-generaal niet verhinderen om, met toepassing van de andere bepalingen betreffende asielaanvragen, het onderzoek van die welke voor hem aanhangig zijn, voort te zetten.

Wat de andere hiervoor vermelde kwetsbare personen betreft, is het aannemelijk dat de wetgever niet heeft geoordeeld ze te moeten vrijstellen van de bij de bestreden bepaling ingevoerde procedure. Weliswaar blijkt noch uit die laatste noch uit andere bepalingen die op asielzoekers van toepassing zijn, dat die personen waarborgen kunnen genieten die voor hen de bescherming verzekeren die is

<sup>1</sup> Hieromtrent zie ook onderhavig verslag, pp. 59-74, VREEMDELINGENRECHT – Het statuut van de niet-begeleide minderjarige vreemdelingen.

vereist door de situatie waarin zij zich bevinden. De bestreden bepaling dient niettemin te worden geïnterpreteerd, rekening houdend met artikel 13, lid 3, onder a), van de richtlijn 2005/85/EG, in die zin dat zij geen afbreuk doet aan de verplichting, voor de Commissaris-generaal, om de kwetsbaarheid van die personen in aanmerking te nemen bij het onderzoek van hun aanvraag.

Onder voorbehoud van de hiervoor vermelde interpretatie verwerpt het Hof de beroepen die bij hem werden ingesteld tegen artikel 57/6/1 van de wet van 19 januari 2012.

**11. De voorwaarden tot gezinshereniging – De wijzigingen aangebracht bij de wet van 8 juli 2011<sup>1</sup>**  
(arrest nr. 121/2013)

De wet van 8 juli 2011 « tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen wat betreft de voorwaarden tot gezinshereniging » wijzigt, zoals het opschrift ervan aangeeft, de voorwaarden tot gezinshereniging, zoals zij waren opgenomen in de artikelen 10 en volgende en in de artikelen 40 en volgende van de voormelde wet van 15 december 1980.

De artikelen 2 tot 7 van de wet van 8 juli 2011 vervangen de artikelen 10, 10*bis*, 10*ter*, § 2, 11, 12*bis* en 13 van de voormelde wet van 15 december 1980, en regelen de voorwaarden tot gezinshereniging van familieleden van een vreemdeling die onderdaan is van een derde Staat. De artikelen 8, 10, 11 en 12 van dezelfde wet vervangen de artikelen 40*bis*, 42, § 1, 42*ter* en 42*quater* van de wet van 15 december 1980, en regelen de voorwaarden tot gezinshereniging van familieleden van een vreemdeling die onderdaan is van een lidstaat van de Europese Unie. Artikel 9 van de bestreden wet vervangt artikel 40*ter* van de wet van 15 december 1980 en regelt de voorwaarden tot gezinshereniging van familieleden van een Belg.

<sup>1</sup> Wat betreft de aangelegenheid van de gezinshereniging, zie ook het verslag 2010, pp. 81-84 en het verslag 2008, pp. 47-52.

Bij het Hof zijn een reeks beroepen tot gedeeltelijke vernietiging ingesteld die betrekking hebben op de voormelde wet. Met zijn arrest *nr. 121/2013* vernietigt het Hof drie bepalingen, stelt het de ongrondwettigheid vast van een vierde en verwerpt het voor het overige de beroepen, onder voorbehoud evenwel van een aantal interpretaties die het tijdens de uiteenzetting van zijn redenering aangeeft.

Zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, liggen aan de bestreden wet van 8 juli 2011 verschillende wetsvoorstellen ten grondslag; zij namen vervolgens de vorm van een « globaal amendement » aan, dat de basistekst van de bestreden wet is geworden. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd erop gewezen dat in België meer dan 50 pct. van de afgegeven visa betrekking hebben op gezinshereniging, die de voornaamste bron van legale immigratie vormt. De verschillende wetsvoorstellen bevestigen dat het recht op de bescherming van het gezinsleven een belangrijke maatschappelijke waarde is en dat migratie via gezinshereniging mogelijk moet zijn. Zij beogen evenwel het verlenen van een verblijfsrecht in het kader van gezinshereniging beter te reguleren teneinde de migratiestroom en de migratiedruk te beheersen. Voornamelijk willen ze bepaalde misbruiken of gevallen van fraude voorkomen of ontmoedigen, bijvoorbeeld op het vlak van schijnhuwelijken, schijnpartnerschappen en schijnadopties. Tevens werd de noodzaak aangevoerd om de voorwaarden voor gezinshereniging bij te sturen teneinde te voorkomen dat de gezinsleden die zich in België komen vestigen, ten laste vallen van de overheid of dat de gezinshereniging in menonwaardige omstandigheden zou plaatsvinden, bijvoorbeeld door het ontbreken van behoorlijke huisvesting. Ten slotte werd in de parlementaire voorbereiding er ook bij herhaling op gewezen dat de wetgever bij het regelen van de voorwaarden voor gezinshereniging, rekening dient te houden met de verplichtingen die volgen uit het recht van de Europese Unie.

Het Hof onderzoekt achtereenvolgens de middelen met betrekking tot de voorwaarden tot gezinshereniging : (I) ten aanzien van familieleden van een onderdaan van een derde Staat, (II) ten aanzien van de familieleden van een vreemdeling die onderdaan is van een andere lidstaat van de Europese Unie en (III) ten aanzien

van familieleden van een Belgische onderdaan en ten slotte de gezinshereniging op grond van de bilaterale akkoorden tussen de Belgische Staat en bepaalde landen (IV).

*I. Wat betreft de voorwaarden tot gezinshereniging ten aanzien van familieleden van een onderdaan van een derde Staat*

De verzoekende partijen voerden, naar gelang van het geval, de schending aan van artikel 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, alsook de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de richtlijn 2003/86/EG van de Raad, van 22 september 2003, inzake het recht op gezinshereniging (hierna : de richtlijn 2003/86/EG).

Het Hof onderzoekt of de bestreden bepalingen, in zoverre zij de voorwaarden met betrekking tot gezinshereniging vastleggen, voldoen aan die bepalingen alsook aan de, door het Hof gedetailleerd beschreven, vereisten die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Wat de middelen betreft die betrekking hebben op de voorwaarden tot gezinshereniging ten aanzien van de familieleden van een onderdaan van een derde Staat, onderzoekt het Hof achtereenvolgens de volgende problematieken : 1) De wachttmijn in geval van gezinshereniging met een vreemdeling gemachtigd tot een verblijf van onbepaalde duur; 2) De onmogelijkheid van gezinshereniging na de weigering om een huwelijk te voltrekken; 3) De gezinshereniging van de ouders en de voogd met een minderjarig kind dat werd erkend als vluchteling of dat subsidiaire bescherming geniet; 4) De situatie van de echtgenoot van een polygame vreemdeling; 5) De vereiste bestaansmiddelen bij de aanvraag tot verblijf van een minderjarig kind van de partner van de gezinshereniger die niet gebonden is door een geregistreerd partnerschap dat gelijkwaardig is met een huwelijk; 6) De vereiste bestaansmiddelen bij de aanvraag tot verblijf van een gehandicapt kind of een kind in staat van verlengde minderjarigheid; 7) De bestaansmiddelen en huisvesting vereist bij de aanvraag tot verblijf van familieleden van de gezinshereniger die subsidiaire bescherming geniet; 8) De wachttmijn bij opeenvolgende

gezinsherenigingen; 9) De omvang van de bestaansmiddelen van de gezinshereniger; 10) Het verblijf van familieleden van een onderdaan van een derde Staat, gemachtigd tot een verblijf van beperkte duur; 11) De termijn voor een behandeling van een aanvraag tot verblijf bij een onderzoek naar een huwelijk; 12) Het verhalen van de kosten van repatriëring; 13) De vereiste bestaansmiddelen bij verlenging van de verblijfstitel; 14) De beëindiging van het verblijf van slachtoffers van echtelijk geweld; 15) De plaats van de indiening van de aanvraag tot verblijf met het oog op het sluiten van een huwelijk of partnerschap; 16) De plaats van de indiening van de aanvraag tot verblijf van een minderjarig kind; 17) De plaats van de indiening van de aanvraag tot verblijf door ouders van een minderjarige die als vluchteling werd erkend of die subsidiaire bescherming geniet; 18) De termijn voor de behandeling van de aanvraag tot verblijf bij onderzoek naar een huwelijk; 19) Het onderzoek naar de bestaansmiddelen bij indiening van een aanvraag tot verblijf bij het gemeentebestuur; 20) De vereiste bestaansmiddelen bij verlenging van de verblijfstitel van de ouders van een minderjarige die als vluchteling is erkend of die subsidiaire bescherming geniet.

Het Hof verwerpt de door de verzoekende partijen opgeworpen middelen met betrekking tot die verschillende problematieken, onder voorbehoud evenwel van de interpretatie die het in bepaalde gevallen aangeeft en waarvan hierna een overzicht wordt gegeven.

*1) De wachtermijn in geval van gezinshereniging met een vreemdeling gemachtigd tot een verblijf van onbeperkte duur*

Sommige verzoekende partijen bekritiseerden artikel 10, § 1, eerste lid, 4° en 5°, van de wet van 15 december 1980, zoals vervangen door artikel 2 van de wet van 8 juli 2011 : die bepalingen zouden strijdig zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8, eerste alinea, van de richtlijn 2003/86/EG doordat zij, als een van de voorwaarden voor de aanvraag tot verblijf van familieleden van een vreemdeling die werd gemachtigd tot een verblijf van onbeperkte duur, vereisen dat die laatste sedert minimaal twaalf maanden over die verblijfstitel beschikt. Het Hof antwoordt met name dat uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever zich wou voegen naar de

limiet van twee jaar wettig verblijf die is opgelegd bij de richtlijn 2003/86/EG en dat hij niet uitsloot rekening te houden met de periodes van machtiging tot beperkt verblijf die voorafgaan aan het verlenen van een machtiging tot onbeperkt verblijf of van een machtiging tot vestiging; onder voorbehoud van die interpretatie is het dat het Hof het voormelde middel verwerpt.

2) *De onmogelijkheid van gezinshereniging na de weigering om een huwelijk te voltrekken*

Sommige verzoekende partijen bekritiseerden artikel 10, § 1, eerste lid, 5°, tweede lid, f), van de wet van 15 december 1980, zoals het is ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet : die bepaling, die de gezinshereniging verbiedt van twee partners van wie de ene of de andere het voorwerp heeft uitgemaakt van een beslissing om te weigeren het huwelijk te voltrekken op grond van artikel 167 van het Burgerlijk Wetboek, zou de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, schenden. Het Hof antwoordt met name dat, om de wil van de wetgever in acht te nemen, de bestreden bepaling slechts het geval zou kunnen beogen waarin de ambtenaar van de burgerlijke stand overeenkomstig artikel 167 van het Burgerlijk Wetboek heeft geweigerd een huwelijk te voltrekken. Zelfs indien een in kracht van gewijsde gegane beslissing in de zin van artikel 28 van het Gerechtelijk Wetboek niet kan worden gelijkgesteld met een administratieve beslissing die niet het voorwerp van een beroep heeft uitgemaakt, dient te dezen ervan te worden uitgegaan dat het de bedoeling was van de wetgever dat de beslissing waarbij een ambtenaar van de burgerlijke stand op grond van artikel 167, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek heeft geweigerd een huwelijk te voltrekken zonder dat, overeenkomstig artikel 167, zesde lid, van hetzelfde Wetboek, tegen die beslissing een beroep werd ingesteld, hetzelfde gevolg heeft als een door dezelfde ambtenaar van de burgerlijke stand genomen weigeringsbeslissing waartegen wel een beroep zou zijn ingesteld en die het voorwerp zou hebben uitgemaakt van een in kracht van



gewijsde gegane beslissing. Aldus geïnterpreteerd<sup>1</sup>, brengt de bestreden bepaling niet de eerste twee door de verzoekende partijen bekritiseerde verschillen in behandeling met zich mee.

6) *De vereiste bestaansmiddelen bij de aanvraag tot verblijf van een gehandicapt kind of een kind in staat van verlengde minderjarigheid*

Sommige verzoekende partijen bekritiseerden artikel 10, § 2, vierde lid, van de wet van 15 december 1980, zoals het is ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet : die bepaling zou een discriminerend onderscheid maken tussen de gehandicapte kinderen ouder dan achttien jaar en de minderjarige gehandicapte kinderen, aangezien alleen de eersten dienen te bewijzen dat de ouder bij wie ze zich wensen te voegen over stabiele, regelmatige en toereikende inkomsten beschikt om hen op te vangen; zij voerden voorts een discriminatie aan doordat de meerderjarige kinderen die zich krachtens artikel 487bis van het Burgerlijk Wetboek in een staat van verlengde minderjarigheid zouden bevinden niet dezelfde behandeling zouden genieten als de minderjarige kinderen. Aldus zou het voormelde artikel 10, § 2, vierde lid, een schending inhouden van de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 22 van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, dat eveneens de bescherming van het gezinsleven beoogt. Het Hof antwoordt met name dat, wat betreft het verschil in behandeling dat zou bestaan tussen minderjarigen en meerderjarigen die zich in een toestand van verlengde minderjarigheid bevinden, de bestreden bepaling in die zin dient te worden geïnterpreteerd dat zij niet van toepassing is op de meerderjarige kinderen die overeenkomstig artikel 487bis van het Burgerlijk Wetboek in staat van verlengde minderjarigheid zijn verklaard : die kinderen worden immers, wegens de bijzondere status die bij de wet is bepaald, gelijkgesteld met minderjarige kinderen, die niet onder het toepassingsgebied van de bestreden bepaling vallen.

<sup>1</sup> Als antwoord op een identiek middel verwijst het Hof naar diezelfde interpretatie bij het onderzoek van de voorwaarden van de gezinshereniging ten aanzien van de familieleden van een inwoner van een andere lidstaat van de Europese Unie dan België.

7) *De bestaansmiddelen en huisvesting vereist bij de aanvraag tot verblijf van familieleden van de gezinshereniger die subsidiaire bescherming geniet*

Het Hof maakt - in antwoord op een middel waarin met name een discriminatie wordt aangevoerd tussen de familieleden van een vreemdeling die als vluchteling werd erkend en de familieleden van een vreemdeling die subsidiaire bescherming geniet - een onderscheid naargelang het in het geding zijnde nieuwe artikel 10, § 2, vijfde lid, verwijst naar artikel 10, § 1, eerste lid, 7°, van de wet van 15 december 1980, enerzijds, en naar artikel 10, § 1, eerste lid, 4° en 5°, van die wet, anderzijds. Het Hof doet met name opmerken dat, in zoverre zij verwijst naar artikel 10, § 1, eerste lid, 4° en 5°, de bestreden bepaling niet in die zin kan worden geïnterpreteerd dat zij alleen de familieleden beoogt van een vreemdeling die subsidiaire bescherming geniet en die over een machtiging tot onbeperkt verblijf beschikt. Aangezien de bestreden bepaling vereist dat de aanvraag tot verblijf is ingediend binnen het jaar na de beslissing waarbij de subsidiaire bescherming wordt toegekend aan de vreemdeling die wordt vervoegd, zou de bestreden bepaling, aldus geïnterpreteerd, de begunstigden van de subsidiaire bescherming van het voordeel ervan uitsluiten; aldus zou de vrijstelling ten voordele van die personen zinledig zijn, wat niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest. Artikel 10, § 2, vijfde lid, van de wet van 15 december 1980, gewijzigd bij de wet van 8 juli 2011, dient in die zin te worden geïnterpreteerd dat het van toepassing is op de familieleden van een vreemdeling die de subsidiaire bescherming geniet, ongeacht of zijn verblijfstitel van beperkte dan wel onbeperkte duur is. De verwijzing naar artikel 10, § 1, eerste lid, 4° en 5°, moet zo worden begrepen dat ze beoogt te bepalen voor welke familieleden de tijdelijke uitzondering inzake de vereiste bestaansmiddelen geldt.

8) *De wachtermijn bij opeenvolgende gezinsherenigingen*

Sommige verzoekende partijen bekritiseerden het nieuwe artikel 10, § 3, van de wet van 15 december 1980, zoals het is vervangen bij artikel 2 van de bestreden wet : de woorden « zich beroepen op » die zijn vervat in de bestreden bepaling zouden op zulke wijze kunnen worden geïnterpreteerd dat de vreemdeling die krachtens een

voorgaande gezinshereniging tot een verblijf in België is gemachtigd en die, op het ogenblik van de aanvraag, niet in staat is aan te tonen dat hij twee jaar legaal in België verblijft, geen leden van zijn gezin bij zich zou kunnen laten voegen; aldus zou die bepaling strijdig zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8, eerste alinea, van de richtlijn 2003/86/EG.

Het voormelde artikel 10, § 3, beoogt de situatie van « opeenvolgende gezinsherenigingen » doordat de vreemdeling die op grond van gezinshereniging als echtgenoot of partner een verblijfsrecht heeft verkregen, zich op zijn beurt wil laten vervoegen door een nieuwe echtgenoot of partner; de maatregel past in het kader van de door de wetgever nagestreefde doelstelling om misbruik van gezinshereniging tegen te gaan, inzonderheid door schijnhuwelijken en andere relaties die niet met de werkelijkheid overeenstemmen te ontmoedigen. Om in overeenstemming te zijn met artikel 8, eerste alinea, van de voormelde richtlijn dient artikel 10, § 3, van de wet van 15 december 1980 zo te worden begrepen dat het de vreemdelingen die een toelating tot verblijf willen verkrijgen niet verhindert om een aanvraag in te dienen voordat de periode van twee jaar is verstreken, doch die toelating kan hen maar worden toegekend op het ogenblik dat de gezinshereniger twee jaar legaal op het grondgebied verblijft.

#### 9) *De omvang van de bestaansmiddelen van de gezinshereniger*

Sommige verzoekende partijen bekritiseerden artikel 10, § 5, van de wet van 15 december 1980, ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet, artikel 10ter, § 2, tweede lid, van dezelfde wet zoals het is vervangen bij artikel 4 van de bestreden wet, en artikel 12bis, § 2, vierde lid, van dezelfde wet zoals het is vervangen bij artikel 6 van de bestreden wet. Op grond van de artikelen 10 en volgende van de wet van 15 december 1980 moet de vreemdeling die een verblijfsrecht wil verkrijgen in het kader van gezinshereniging, behoudens de uitzonderingen die de wet voorziet, aantonen dat de gezinshereniger over stabiele, toereikende en regelmatige bestaansmiddelen beschikt om zichzelf en zijn familieleden te onderhouden, teneinde te vermijden dat ze ten laste vallen van de

openbare overheden; de bestreden bepalingen geven een nadere omschrijving van wat dient te worden verstaan onder de bedoelde bestaansmiddelen.

Bij de verschillende kritieken die tegen de voormelde bepalingen werden geformuleerd, werd met name aangevoerd dat zij een discriminatie zouden inhouden doordat ze, bij het bepalen van de bestaansmiddelen van de gezinshereniger, de werkloosheidsuitkering enkel in aanmerking zouden nemen op voorwaarde dat de betrokken echtgenoot of partner kan bewijzen dat hij actief werk zoekt; aldus zouden de vermelde bepalingen geen rekening houden met de werkloosheidsuitkeringen van vreemdelingen die zijn vrijgesteld van de verplichting om beschikbaar te zijn op de arbeidsmarkt. Het Hof antwoordt dat, met de bestreden bepaling, de wetgever niet is afgeweken van de algemene werkloosheidsreglementering, die is vervat in het koninklijk besluit van 25 november 1991, meer bepaald in de artikelen 89 tot 98bis ervan. Artikel 10, § 5, tweede lid, 3°, dient in die zin te worden geïnterpreteerd dat het de vreemdeling-gezinshereniger die werkloosheidsuitkeringen geniet en die vrijgesteld is van de verplichting beschikbaar te zijn op de arbeidsmarkt en werk te zoeken, niet de verplichting oplegt te bewijzen dat hij actief werk zoekt.

*11) De termijn voor de behandeling van een aanvraag tot verblijf bij een onderzoek naar een huwelijk*

Sommige verzoekende partijen bekritiseerden artikel 10ter, § 2, van de wet van 15 december 1980, zoals het is ingevoegd bij artikel 4 van de bestreden wet : die bepaling zou het mogelijk maken de termijn om uitspraak te doen over de aanvragen tot machtiging tot verblijf tweemaal te verlengen en zou aldus de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 5, lid 4, van de richtlijn 2003/86/EG.

Het Hof antwoordt dat luidens de voormelde richtlijn een verlenging van de termijn van negen maanden slechts kan worden toegelaten « in bijzondere omstandigheden die verband houden met het complexe karakter van de behandeling van het verzoek ». Zoals zij is opgesteld, blijkt de omzetting van de voormelde richtlijn door

de bestreden bepaling een uitzondering toe te voegen aan die welke door de richtlijn is toegestaan : de uitzondering « van een onderzoek naar een huwelijk als bedoeld in artikel 146*bis* van het Burgerlijk Wetboek of de voorwaarden verbonden aan de duurzame en stabiele relatie als bedoeld in artikel 10, § 1, eerste lid, 5° » : in werkelijkheid dient het onderzoek naar een huwelijk als bedoeld in artikel 146*bis* van het Burgerlijk Wetboek of dat met betrekking tot de voorwaarden verbonden aan de duurzame en stabiele relatie niet te worden beschouwd als een bijkomende uitzondering. Daaruit volgt dat, op grond van de bestreden bepaling, een tweede verlenging van de termijn slechts kan worden toegelaten indien de behandeling van de aanvraag tot gezinshereniging dermate langdurige onderzoeksdaden heeft gevegd dat zij als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 5, lid 4, van de richtlijn 2003/86/EG kunnen worden beschouwd. Het komt toe aan de overheden van de Staat die ermee zijn belast het verloop van die onderzoeken te controleren en, in voorkomend geval, aan de overheden die ermee zijn belast kennis te nemen van de beroepen in geval van betwisting, na te gaan of het onderzoek naar een huwelijk als bedoeld in artikel 146*bis* van het Burgerlijk Wetboek of het onderzoek met betrekking tot de voorwaarden verbonden aan de duurzame en stabiele relatie *in concreto* kan worden beschouwd als een uitzonderlijk geval dat de overschrijding van de toegestane termijn van negen maanden verantwoordt.

### 13) *De vereiste bestaansmiddelen bij verlenging van de verblijfstitel*

De verzoekende partijen verweten het nieuwe artikel 11, § 2, eerste lid, 1°, van de wet van 15 december 1980, in samenhang gelezen met het voormelde artikel 10, dat het ertoe zou leiden dat bij de verlenging van de verblijfstitel enkel rekening wordt gehouden met de inkomsten van de gezinshereniger en niet met de bijdragen van alle herenigde gezinsleden voor de berekening van de inkomsten van het huishouden; aldus zou die bepaling de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 16, lid 1, onder a), van de richtlijn 2003/86/EG, schenden.

Het bestreden artikel 11, § 2, eerste lid, 1°, vormt een omzetting in het interne recht van artikel 16 van de richtlijn 2003/86/EG, die een onderscheid maakt tussen, enerzijds, de situatie beoogd in artikel 7,

lid 1, onder c), dat bepaalt dat bij de indiening van het verzoek tot gezinshereniging rekening moet worden gehouden met de inkomsten van de gezinshereniger, en, anderzijds, de situatie beoogd in artikel 16, waar bij de eventuele verlenging of intrekking van de verblijfstitel van de betrokken vreemdeling rekening wordt gehouden, niet alleen met de inkomsten van de gezinshereniger, maar ook met die van zijn gezinsleden. Het Hof wijst erop dat met inachtneming van de door de wetgever beoogde doelstelling, namelijk dat de herenigde personen niet ten laste komen van het stelsel voor sociale bijstand van België en rekening houdend met artikel 16 van de richtlijn 2003/86/EG, de bestreden bepaling in die zin dient te worden geïnterpreteerd dat zij niet verbiedt dat de bevoegde overheid bij de verlenging van de verblijfstitel van de betrokken vreemdeling niet alleen rekening houdt met de inkomsten van de gezinshereniger maar ook met die van zijn gezinsleden, voor zover het niet om sociale bijstand gaat.

20) *De vereiste bestaansmiddelen bij verlenging van de verblijfstitel van de ouders van een minderjarige die als vluchteling is erkend of die subsidiaire bescherming geniet*

Sommige verzoekende partijen bekritiseerden artikel 13, § 1, vierde lid, van de wet van 15 december 1980, zoals het is vervangen bij artikel 7 van de bestreden wet : indien die bepaling in die zin zou moeten worden gelezen dat zij een voorwaarde inzake bestaansmiddelen oplegt bij de aanvraag tot verlenging van de verblijfstitel van de ouders van een minderjarige die vluchteling is of subsidiaire bescherming geniet, zou zij het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 12, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn 2003/86/EG, schenden. Aangezien de bestreden bepaling aan de ouders slechts een voorwaarde inzake bestaansmiddelen oplegt wanneer zij erom verzoeken dat hun verblijfstitel van beperkte duur wordt omgezet in een verblijfstitel van onbeperkte duur, zonder dat die bepaling voor hen de mogelijkheid uitsluit om, totdat hun kind meerderjarig is, te verzoeken om een hernieuwing van hun verblijfstitel van beperkte duur in België, is die voorwaarde niet zonder redelijke verantwoording. Aangezien de bestreden bepaling noch tot doel, noch tot gevolg heeft een verlenging van de verblijfstitel van beperkte duur van de ouders van een minderjarige vluchteling

afhankelijk te stellen van een voorwaarde inzake bestaansmiddelen, maar alleen beoogt zulk een voorwaarde op te leggen wanneer zij een verblijfstitel van onbeperkte duur willen verkrijgen, is die bepaling niet strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 12, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn 2003/86/EG.

Onder voorbehoud van de *sub* 1, 2, 6, 7, 8, 9, 11, 13 en 20 uiteengezette interpretaties verklaart het Hof de middelen ongegrond die betrekking hadden op de voorwaarden tot gezinshereniging ten aanzien van familieleden van een onderdaan van een derde Staat.

*II. Wat betreft de voorwaarden tot gezinshereniging van de familieleden van een onderdaan van een andere lidstaat van de Europese Unie dan België*

Artikel 40*bis* en de artikelen 41 en volgende van de wet van 15 december 1980 bepalen de voorwaarden voor gezinshereniging ten aanzien van de familieleden van een burger van de Unie die in België verblijft; artikel 40 van dezelfde wet definieert een « burger van de Unie » als « een vreemdeling die de nationaliteit van een lidstaat van de Europese Unie bezit en verblijft in of zich begeeft naar het Rijk ». Artikel 40*bis* en de artikelen 41 en volgende van de wet van 15 december 1980 vormen de omzetting in het Belgische recht van de richtlijn 2004/38/EG van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden.

Wat betreft de middelen die betrekking hebben op de voorwaarden tot gezinshereniging ten aanzien van familieleden van een onderdaan van een andere lidstaat van de Europese Unie dan België, onderzoekt het Hof achtereenvolgens de volgende problematieken : 1) De leeftijdsvereiste van de partners en het bewijs van het duurzame en stabiele partnerschap; 2) De onmogelijkheid van gezinshereniging na weigering om een huwelijk te voltrekken; 3) Het verblijfsrecht van familieleden die ten laste zijn van de gezinshereniger of die om reden van gezondheidsredenen bijstand van hem behoeven; 4) Het verblijfsrecht van familieleden van een Belg die gebruik heeft



gemaakt van zijn recht van vrij verkeer; 5) De beslissingstermijn voor de aanvraag tot verblijf; 6) Beëindiging van het verblijfsrecht van een familielid dat zelf ook burger van de Unie is, vooraleer een duurzaam verblijfsrecht wordt verkregen; 7) Beëindiging van het verblijfsrecht van een familielid wanneer er geen gezamenlijke vestiging meer is met de gezinshereniger; 8) Controle op de naleving van de verblijfsvoorwaarden; 9) Beëindiging van het verblijfsrecht van een familielid dat onderdaan is van een derde Staat, vooraleer een duurzaam verblijfsrecht wordt verkregen, en, ten slotte, 10) Beëindiging van het verblijf van slachtoffers van echtelijk geweld.

Het Hof verwerpt de door de verzoekende partijen opgeworpen middelen met betrekking tot die verschillende problematieken, met uitzondering evenwel van twee bepalingen die het Hof vernietigt, enerzijds, en, anderzijds, onder voorbehoud van de interpretatie die het in sommige gevallen aangeeft; de uiteenzetting hierna wordt tot die beide gevallen beperkt.

*1) De leeftijdsvereiste van de partners en het bewijs van het duurzame en stabiele partnerschap*

Sommige verzoekende partijen vorderden de vernietiging van artikel 40bis, § 2, eerste lid, 2°, van de wet van 15 december 1980 zoals het is vervangen bij artikel 8 van de bestreden wet. Die bepaling definieert wie volgens de wet van 15 december 1980 als « familielid van de burger van de Unie » moet worden beschouwd en heeft betrekking op de voorwaarden voor gezinshereniging tussen partners die een wettelijk geregistreerd partnerschap hebben gesloten, dat niet als gelijkwaardig wordt beschouwd met een huwelijk in België. Volgens de verzoekende partijen zou de bestreden bepaling strijdig zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 3, lid 2, onder b), van de richtlijn 2004/38/EG, doordat wordt vereist dat beide partners ouder zijn dan eenentwintig jaar en doordat met betrekking tot die leeftijdsvoorwaarde geen enkele uitzondering is toegelaten, terwijl in artikel 10, § 1, eerste lid, 5°, van de wet van 15 december 1980, dat het verblijf regelt van de familieleden van een vreemdeling die onderdaan is van een derde Staat en die tot een verblijf van onbeperkte duur is toegelaten, de minimumleeftijd van



de partners tot achttien jaar wordt teruggebracht, wanneer zij het bewijs leveren dat zij, vóór de aankomst van de vreemdeling in België, reeds ten minste één jaar hebben samengewoond. Artikel 40bis, § 2, eerste lid, 2°, zou de voormelde bepalingen ook schenden doordat het vereist dat het partnerschap wettelijk is geregistreerd en doordat de criteria die de wetgever hanteert om het duurzaam en stabiel karakter van de relatie aan te tonen, minder ruim zouden zijn dan wat wordt beoogd door de voormelde richtlijn.

Na artikel 3, lid 2, van de richtlijn 2004/38/EG alsook de overwegingen 18 tot 25, en 38, van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 5 september 2012 (C-83/11, *Rahman e.a.*) te hebben geciteerd, wijst het Hof erop dat uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 8 juli 2011 blijkt dat de wetgever wenste op te treden tegen misbruiken bij schijnsamenwoning. In het licht van die doelstelling is het pertinent en niet onevenredig om te vereisen dat het partnerschap wettelijk is geregistreerd. Artikel 3, lid 2, van de richtlijn 2004/38/EG spreekt overigens niet enkel over een duurzame, maar tevens over een deugdelijk bewezen relatie, wat eveneens naar een formeel element verwijst.

De wetgever was evenwel van oordeel dat het bestaan van een wettelijk geregistreerd partnerschap alleen niet voldoende is om een verblijf in het kader van gezinshereniging te verkrijgen en dat ook het duurzame en stabiele karakter van de partnerrelatie moet worden aangetoond. Luidens de bestreden bepaling is het duurzame en stabiele karakter van de partnerrelatie aangetoond in drie gevallen : (1) indien de partners bewijzen dat ze gedurende minstens één jaar, voorafgaand aan de aanvraag, hebben samengewoond; (2) indien zij bewijzen dat ze elkaar sedert ten minste twee jaar, voorafgaand aan de aanvraag, kennen en het bewijs leveren dat zij regelmatig, telefonisch, via briefwisseling of elektronische berichten met elkaar contact onderhielden, dat zij elkaar in de twee jaar voorafgaand aan de aanvraag driemaal ontmoet hebben en dat deze ontmoetingen in totaal 45 of meer dagen betreffen; (3) indien de partners een gemeenschappelijk kind hebben. Deze drie gevallen geven de vreemdeling die een verblijfsrecht in het kader van gezinshereniging wil verkrijgen en de partner bij wie hij zich wil voegen, voldoende mogelijkheden om

aan te tonen dat hun partnerrelatie duurzaam en stabiel is. Aldus blijft de wetgever ook binnen de beoordelingsvrijheid waarover hij krachtens de richtlijn 2004/38/EG op dit punt beschikt.

In het licht van de door de wetgever nagestreefde doelstelling om schijnsamenwoning te ontmoedigen, heeft de wetgever een pertinente maatregel genomen door te bepalen dat beide partners ouder moeten zijn dan eenentwintig jaar. De verzoekende partijen zagen evenwel een discriminatie in het feit dat de bestreden bepaling geen enkele afwijking van de voormelde leeftijdsvereiste toelaat, terwijl dat krachtens artikel 10, § 1, eerste lid, 5°, van de wet van 15 december 1980 wel mogelijk is voor de partners in het kader van gezinshereniging met een onderdaan van een derde land.

Bij de aanneming van artikel 10 van de wet van 15 december 1980 moest de wetgever rekening houden met de richtlijn 2003/86/EG. Wat het verblijfsrecht betreft van een partner van een onderdaan van een derde Staat waarmee geen geregistreerd partnerschap werd afgesloten dat als gelijkwaardig met het huwelijk wordt beschouwd, bepaalt artikel 4, lid 3, van die richtlijn enkel dat de lidstaten de bedoelde familieleden een verblijfsrecht kunnen verlenen; er wordt hen in dat verband geen enkele verplichting opgelegd. De richtlijn 2004/38/EG houdt ten aanzien van de bedoelde partner van een burger van de Unie evenmin een verplichting in om hen een verblijfsrecht te verlenen, doch artikel 3, lid 2, van die richtlijn houdt voor de lidstaten wel de verplichting in om de binnenkomst en het verblijf van de bedoelde personen te vergemakkelijken en hun aanvraag minstens aan een individueel onderzoek te onderwerpen. Aldus blijkt dat de Europese wetgever de partners die familieleden zijn van een burger van de Unie gunstiger heeft willen behandelen dan de partners die familieleden zijn van een onderdaan van een derde Staat.

Hoewel de leeftijdsvereiste van eenentwintig jaar vervat in artikel 40bis, § 2, eerste lid, 2°, c), van de wet van 15 december 1980 op zich niet zonder redelijke verantwoording is, bestaat er derhalve geen redelijke verantwoording voor het feit dat op grond van artikel 10, § 1, eerste lid, 5°, onder bepaalde voorwaarden een afwijking van de vermelde leeftijdsvereiste kan worden toegestaan bij gezinshereniging met een onderdaan van een derde Staat, terwijl

dat sinds de aanneming van de bestreden bepaling niet meer mogelijk is bij gezinshereniging met een burger van de Unie.

Het Hof vernietigt bijgevolg artikel 40bis, § 2, eerste lid, 2°, c), van de voormelde wet van 15 december 1980, gewijzigd bij de wet van 8 juli 2011, in zoverre het niet bepaalt dat dezelfde uitzondering op de leeftijdsvereiste als die waarin is voorzien in artikel 10, § 1, eerste lid, 5°, van de wet van 15 december 1980, van toepassing is op de gezinshereniging van een burger van de Europese Unie en zijn partner.

3) *Het verblijfsrecht van familieleden die ten laste zijn van de gezinshereniger of die om reden van gezondheidsredenen bijstand van hem behoeven*

Sommige verzoekende partijen verweten artikel 40bis van de wet van 15 december 1980 een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 3, lid 2, onder a), van de richtlijn 2004/38/EG, doordat die laatste bepaling niet in het interne recht zou zijn omgezet.

Uit het voormelde arrest *Rahman* van het Hof van Justitie van 5 september 2012 blijkt dat de familieleden van een burger van de Europese Unie die in België verblijft, zich niet rechtstreeks op artikel 3, lid 2, onder a), van de richtlijn 2004/38/EG kunnen beroepen om een recht van verblijf te verkrijgen, noch om beoordelingscriteria aan te voeren die volgens hen op hun aanvraag moeten worden toegepast (punten 18-25). Daarentegen legt die bepaling, zoals zij is uitgelegd in het voormelde arrest van het Hof van Justitie, aan de lidstaten de verplichting op het verblijf van die personen te vergemakkelijken en erover te waken dat de interne wetgeving van de lidstaten voorwaarden bepaalt op grond waarvan die personen een beslissing aangaande hun aanvraag tot binnenkomst en tot verblijf kunnen verkrijgen, die op een nauwkeurig onderzoek van hun persoonlijke situatie is gebaseerd en, in geval van weigering, is gemotiveerd. Aan de lidstaten wordt daartoe een « ruime beoordelingsmarge » gelaten.

Aangezien de bestreden bepaling niet in een procedure voorziet op grond waarvan de familieleden die zijn bedoeld in artikel 3, lid 2,

onder a), van de richtlijn 2004/38/EG een beslissing aangaande hun aanvraag tot binnenkomst en tot verblijf kunnen verkrijgen die op een nauwkeurig onderzoek van hun persoonlijke situatie is gebaseerd en, in geval van weigering, is gemotiveerd, is artikel 40*bis* niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 3, lid 2, van die richtlijn.

Het Hof vernietigt bijgevolg artikel 40*bis*, § 2, tweede lid, van de wet van 15 december 1980, in zoverre het niet in enige procedure voorziet op grond waarvan de niet onder de definitie van artikel 2, punt 2), van de richtlijn 2004/38/EG vallende familieleden van een burger van de Unie die zijn bedoeld in artikel 3, lid 2, onder a), van dezelfde richtlijn, een beslissing aangaande hun aanvraag tot gezinshereniging met een burger van de Unie kunnen verkrijgen die op een onderzoek van hun persoonlijke situatie is gebaseerd en, in geval van weigering, is gemotiveerd. Het Hof wijst evenwel erop dat de vastgestelde ongrondwettigheid slechts kan worden verholpen door een wetgevend optreden, aangezien de wetgever de procedure moet organiseren die een aanvraag tot verblijf voor de bedoelde vreemdelingen mogelijk maakt.

5) *De beslissingstermijn voor de aanvraag tot verblijf*

Sommige verzoekende partijen verweten het nieuwe artikel 42, § 1, van de wet van 15 december 1980 - dat de termijnen regelt waarbinnen een aanvraag voor een verblijfsrecht moet worden behandeld - de door het Hof in zijn arresten *nrs. 128/2010*<sup>1</sup> en *12/2011* vastgestelde lacune niet te verhelpen : aldus zou de bestreden bepaling strijdig zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 5, lid 2, en met artikel 10, lid 1, van de richtlijn 2004/38/EG.

Bij zijn arrest *nr. 128/2010* heeft het Hof geoordeeld : « Uit het bovenstaande volgt dat de artikelen 40 tot 47 van de Vreemdelingenwet niet bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet doordat de wetgever geen termijn heeft vastgesteld binnen welke de overheid moet beslissen over een

<sup>1</sup> Zie het verslag 2010, pp. 71-72 en 81-84.

aanvraag tot gezinshereniging die wordt ingediend via een Belgische diplomatieke of consulaire post in het buitenland en doordat hij niet heeft vastgesteld welk gevolg moet worden gehecht aan het uitblijven van een beslissing binnen de voorziene termijn. Die discriminatie vindt haar oorsprong in een lacune in de wetgeving, die enkel door de wetgever kan worden verholpen ».

Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet blijkt dat door artikel 42, § 1, in de wet van 15 december 1980 in te voegen, de wetgever de door het Hof vastgestelde lacune heeft willen verhelpen. Niettegenstaande artikel 42, § 1, eerste lid, verwijst naar paragraaf 4, tweede lid, ervan dat betrekking heeft op de aanvraag tot gezinshereniging die wordt ingediend bij het gemeentebestuur, blijkt zowel uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepaling, als uit het algemeen opzet van de artikelen 40 en volgende van de wet van 15 december 1980, dat de wetgever heeft gewild dat de termijn van zes maanden binnen welke over de aanvraag tot erkenning van het verblijfsrecht wordt beslist, in elk geval moet worden nageleefd. Daaruit volgt dat artikel 42, § 1, eerste lid, in die zin dient te worden geïnterpreteerd dat het alle aanvragen tot gezinshereniging met betrekking tot een burger van de Unie en zijn familieleden beoogt, ongeacht of die aanvragen worden ingediend bij een gemeentebestuur of bij een diplomatieke of consulaire post in het buitenland. Ter uitvoering van artikel 42, § 1, van de wet van 15 december 1980 bepaalt artikel 52, § 4, van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, zoals gewijzigd bij het koninklijk besluit van 21 september 2011, bovendien dat het verblijfsrecht wordt toegekend indien de bevoegde overheid geen beslissing heeft genomen binnen de voorgeschreven termijn van zes maanden. Aldus wordt de discriminatie ongedaan gemaakt die het Hof had vastgesteld in de hoger vermelde arresten. Ten slotte, zelfs indien het mogelijk is dat de materiële uitreiking van de verblijfstitel - die, wanneer de aanvraag gebeurt vanuit het buitenland, pas mogelijk is na de aankomst op het grondgebied - eventueel plaats heeft na afloop van de termijn van zes maanden bedoeld in de bestreden bepaling, zou dit geen schending inhouden van artikel 10, lid 1, van de richtlijn 2004/38/EG op voorwaarde dat de beslissing tot toekenning van de verblijfstitel wordt genomen binnen die termijn.

7) *De beëindiging van het verblijfsrecht van een familielid wanneer er geen gezamenlijke vestiging meer is met de gezinshereniger*

Sommige verzoekende partijen verweten het nieuwe artikel 42ter, § 1, eerste lid, 4°, van de wet van 15 december 1980 toe te laten dat een einde wordt gemaakt aan het verblijf van een burger van de Unie die zich in België bij een andere burger van de Unie heeft gevoegd met wie hij was verbonden door een huwelijk of door een geregistreerd partnerschap dat gelijkwaardig is met het huwelijk en met wie er, terwijl ze nog niet uit de echt zijn gescheiden of er nog geen officieel einde is gemaakt aan hun partnerschap, geen gezamenlijke vestiging meer is : aldus zou de bestreden bepaling strijdig zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 2, lid 2, onder a) en b), met artikel 3, lid 2, onder b), en met artikel 13 van de richtlijn 2004/38/EG.

Artikel 42ter, § 1, eerste lid, regelt de voorwaarden waaronder, binnen de eerste drie jaren na de erkenning van zijn recht op verblijf als familielid en dus vóór hij heeft kunnen beschikken over een duurzame verblijfstitel krachtens artikel 42quinquies, een einde kan worden gemaakt aan het verblijf van een familielid van een burger van de Unie dat zelf burger van de Unie is. Het betreft aldus een situatie die alleen binnen de werkingssfeer valt van artikel 13, lid 1, van de voormelde richtlijn 2004/38/EG.

De verzoekende partijen betoogden dat die bepaling een verkeerde omzetting zou zijn van het recht van de Unie zoals het is uitgelegd door het Hof van Justitie.

Volgens artikel 13, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn 2004/38/EG moeten de daarin bedoelde familieleden van een burger van de Unie, tot wanneer zij het duurzame verblijfsrecht verwerven, voldoen aan de voorwaarden van artikel 7, lid 1, onder d), van die richtlijn dat vereist dat het familielid de « burger begeleidt of zich bij hem voegt », wat in beginsel impliceert dat zij een gezamenlijke vestiging hebben. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld : « Het Hof heeft in het kader van de aan richtlijn 2004/38 voorafgaande Unierechtelijke handelingen reeds vastgesteld dat het huwelijk niet als ontbonden kan worden beschouwd, zolang de echtscheiding

niet door de bevoegde instantie is uitgesproken en dat dit niet het geval is bij echtgenoten die enkel gescheiden leven, ook wanneer zij voornemens zijn zich later uit de echt te laten scheiden, zodat de echtgenoot niet duurzaam bij de burger van de Unie moet wonen om een afgeleid verblijfsrecht te hebben (zie arrest van 13 februari 1985, *Diatta*, 267/83, Jurispr., blz. 567, punten 20 en 22) » (HvJ, 8 november 2012, C-40/11, *Iida*, punt 58). Artikel 13 van de richtlijn 2004/38/EG behandelt inzake de mogelijke beëindiging van het verblijfsrecht van een burger van de Unie de echtgenoot gelijk met de partner « met wie de burger van de Unie overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, voor zover de wetgeving van het gastland geregistreerd partnerschap gelijk stelt met huwelijk en aan de voorwaarden van de wetgeving van het gastland is voldaan ».

Om in overeenstemming te zijn met artikel 13, lid 1, van de richtlijn 2004/38/EG, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, dient artikel 42ter van de wet van 15 december 1980 derhalve zo te worden geïnterpreteerd dat de zinsnede « of [er] [...] geen gezamenlijke vestiging meer [is] » niet slaat op de in die bepaling bedoelde echtgenoot of partner, wat overigens ook blijkt uit het gebruik van het woord « of », maar enkel op de andere familieleden die een verblijfsrecht in het kader van gezinshereniging hebben verkregen.

### *III. Wat betreft de voorwaarden tot gezinshereniging van de familieleden van een Belgische onderdaan*

Artikel 40ter van de wet van 15 december 1980, zoals vervangen door het bestreden artikel 9 van de wet van 8 juli 2011, regelt het verblijf op het Belgische grondgebied van vreemdelingen die familielid zijn van een Belgische onderdaan.

De verzoekende partijen voerden aan dat die bepaling strijdig zou zijn met de artikelen 10, 11, 22 en 191 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met verscheidene bepalingen van het Europese Unierecht en met verscheidene andere bepalingen van internationaal recht. Wat de toetsing aan het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie betreft, zoals gewaarborgd door de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet, werd de bestreden



bepaling verweten dat ze niet alleen de familieleden van een Belg ongunstiger zou behandelen dan de familieleden van een andere burger van de Unie of van een onderdaan van een derde Staat, maar dat ze daarmee samenhangend in bepaalde gevallen ook de gezinshereniger die Belg is, ongunstiger zou behandelen dan de gezinshereniger die vreemdeling is; daaruit zou eveneens een verschil in behandeling tussen de Belgen volgen, naargelang zij al dan niet onder het toepassingsgebied van het Unierecht vallen.

Artikel 191 van de Grondwet, afzonderlijk gelezen, kan slechts worden geschonden in zoverre de bestreden bepalingen een verschil in behandeling instellen tussen bepaalde vreemdelingen en de Belgen. In zoverre wordt aangevoerd dat de Belgische gezinshereniger ongunstiger zou worden behandeld dan de gezinshereniger die onderdaan is van een andere lidstaat van de Europese Unie of van een derde Staat, valt dat onderscheid in behandeling niet onder de toepassing van artikel 191 van de Grondwet, nu de bescherming beoogd door die bepaling alleen ten goede komt aan de vreemdelingen en niet aan de Belgen; in zoverre de situatie van de familieleden van een Belg wordt vergeleken met de situatie van familieleden van andere burgers van de Unie en van onderdanen van derde Staten, valt die situatie evenmin onder de bescherming van artikel 191 van de Grondwet, nu de categorieën van personen die worden vergeleken in elk van de bedoelde gevallen vreemdelingen zijn. De middelen die zijn afgeleid uit de schending van artikel 191 van de Grondwet zijn derhalve niet ontvankelijk.

Het Hof groepeert de middelen die betrekking hebben op de voorwaarden tot gezinshereniging van de familieleden van een Belgische onderdaan, waarbij het achtereenvolgens de volgende problematieken onderzoekt : 1) het verschil in behandeling tussen een Belg en zijn familieleden en een onderdaan van een andere lidstaat van de Europese Unie en zijn familieleden; 2) de Belg die gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer; 3) de rechten verbonden aan het burgerschap van de Unie; 4) het verschil in behandeling tussen Belgen onderling en hun familieleden; 5) het verschil in behandeling tussen een Belg en zijn familieleden en een onderdaan van een derde Staat en zijn familieleden en, ten slotte, 6) de toepassing in de tijd van de bestreden bepaling.



In antwoord op de door de verzoekende partijen opgeworpen middelen met betrekking tot die verschillende problematieken, vernietigt het Hof één bepaling en stelt het de ongrondwettigheid van een tweede vast; het verwerpt de andere middelen voor het overige, onder voorbehoud evenwel van de interpretatie die het in één geval aangeeft; de uiteenzetting hierna wordt beperkt tot de drie voormelde gevallen.

*1) Het verschil in behandeling tussen een Belg en zijn familieleden en een onderdaan van een andere lidstaat van de Europese Unie en zijn familieleden*

De verzoekende partijen voerden aan dat artikel 40ter van de wet van 15 december 1980 een schending zou inhouden van de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met verscheidene bepalingen van de richtlijn 2004/38/EG, doordat het aan de familieleden van een Belgische onderdaan niet dezelfde rechten toekent als die welke krachtens artikel 40bis van die wet toekomen aan de familieleden van onderdanen van andere lidstaten van de Europese Unie (hierna overeenkomstig artikel 40 van de wet van 15 december 1980 : « burgers van de Unie » genoemd); aldus zouden zowel de Belgische onderdaan als zijn familieleden worden gediscrimineerd ten aanzien van burgers van de Unie en hun familieleden. De kritiek van de verzoekende partijen was meer specifiek gericht tegen het feit dat krachtens artikel 40ter, eerste lid, enkel een toelating tot verblijf kan worden verleend aan de ouders van een minderjarige Belg, terwijl op grond van artikel 40bis, § 2, eerste lid, 4°, van die wet ook de ouders van een meerderjarige burger van de Unie onder bepaalde voorwaarden een verblijfsrecht kunnen verkrijgen, tegen het verschil in behandeling van de andere familieleden, wat de vereisten inzake de bestaansmiddelen van de gezinshereniger betreft en tegen de leeftijdsvereisten voor echtgenoten en partners.

Artikel 40bis en de artikelen 41 tot 47 van de wet van 15 december 1980 vormen de omzetting in het interne recht van de richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden. Uit artikel 40bis van de wet van

15 december 1980, in samenhang gelezen met artikel 40 van die wet, blijkt dat de eerstgenoemde bepaling het verblijfsrecht regelt van de familieleden van een burger van de Unie die onderdaan is van een andere lidstaat. Bij de totstandkoming van artikel 40*bis* van de wet van 15 december 1980 diende de wetgever de verplichtingen na te leven die de Belgische Staat als lidstaat van de Unie op zich heeft genomen inzake het vrij verkeer van personen. Aldus vormt die bepaling, voor wat het verblijfsrecht van de bloedverwanten in de opgaande lijn van een burger van de Unie, voor wat de vereiste bestaansmiddelen van de gezinshereniger en voor wat de leeftijdsvereisten voor echtgenoten en partners betreft, de omzetting in het interne recht van de verplichtingen die op de wetgever rusten krachtens de artikelen 3 en 7 van de richtlijn 2004/38/EG.

Volgens het Hof van Justitie zijn de in de richtlijn 2004/38/EG aan de familieleden van een burger van de Unie verleende rechten om zich bij deze laatste te voegen in een andere lidstaat, geen persoonlijke rechten van deze gezinsleden, maar afgeleide rechten, die zij hebben verkregen in hun hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie die gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer (HvJ, 5 mei 2011, C-434/09, *McCarthy*, punt 42; 15 november 2011, C-256/11, *Dereci*, punt 55; 8 november 2012, C-40/11, *Iida*, punt 67; 8 mei 2013, C-87/12, *Ymeraga e.a.*, punt 35). Nog volgens het Hof van Justitie « berusten de doelstelling en de rechtvaardiging van bedoelde afgeleide rechten op de vaststelling dat het niet erkennen van deze rechten de vrijheid van verkeer van de burger van de Unie kan aantasten en hem ervan kan weerhouden om van zijn recht van [vrij verkeer] gebruik te maken » (HvJ, 8 november 2012, C-40/11, *Iida*, punt 68; 8 mei 2013, C-87/12, *Ymeraga e.a.*, punt 35).

De mogelijkheid voor familieleden van een burger van de Unie om zich te beroepen op artikel 40*bis* van de wet van 15 december 1980, teneinde zich bij deze burger te voegen, beoogt het mogelijk te maken dat een van de fundamentele doelstellingen van de Unie, namelijk de realisatie van het vrij verkeer binnen het grondgebied van de lidstaten, onder objectieve voorwaarden van vrijheid en waardigheid wordt uitgevoerd (overwegingen 2 en 5 van de richtlijn 2004/38/EG). Artikel 21 van het VWEU onderwerpt het recht van vrij verkeer van de burger van de Unie - en bijgevolg dat

van zijn familieleden - echter aan de « beperkingen en voorwaarden die [...] zijn vastgesteld », met name bij de richtlijn 2004/38/EG, die het verblijfsrecht van de burger van de Unie aan verscheidene voorwaarden onderwerpt die inzonderheid ten doel hebben de gezinshereniging te beperken tot de naaste familieleden van de burger van de Unie, de onrechtmatige praktijken te bestrijden en erop toe te zien dat die burger of zijn familieleden geen onredelijke last voor het gastland worden. In de 31ste overweging van de richtlijn 2004/38/EG wordt ten slotte onderstreept dat die laatste « de grondrechten en de fundamentele vrijheden [eerbiedigt] en [...] met name de beginselen in acht [neemt] die zijn neergelegd in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie », met inbegrip van het recht op menselijke waardigheid en het recht op het familie- en gezinsleven (artikelen 1 en 7 van het Handvest).

Artikel 40ter van de wet van 15 december 1980 regelt het verblijf op het grondgebied van de familieleden van een Belgische onderdaan. Zoals reeds uiteengezet, beoogt de bestreden wet van 8 juli 2011 het immigratiebeleid inzake gezinshereniging bij te sturen, teneinde de migratiedruk te beheersen en bepaalde misbruiken te ontmoedigen, met eerbied voor het recht op het gezinsleven. Tevens werd de noodzaak benadrukt om te verzekeren dat de familieleden in menswaardige omstandigheden verblijven. In het licht van die doelstellingen werden ook maatregelen noodzakelijk geacht ten aanzien van de familieleden van een Belg. De bestreden bepaling past derhalve in het streven van de wetgever naar een ordentelijk immigratiebeleid en streeft een doelstelling na die verschillend is van die welke aan de basis ligt van het Unierecht inzake vrij verkeer.

Overeenkomstig de artikelen 4 en 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) behoren de bevoegdheden die in de Verdragen niet aan de Unie zijn toegedeeld, toe aan de lidstaten. Aldus zijn de lidstaten bevoegd om te bepalen onder welke voorwaarden de familieleden van een eigen onderdaan wiens situatie geen aanknopingspunt heeft met het Unierecht, een verblijfstitel kunnen verkrijgen. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie is het Unierecht immers niet van toepassing in een zuiver interne situatie (HvJ, 5 mei 2011, C-434/09, *McCarthy*, punt 45; 15 november 2011, C-256/11, *Dereci*, punt 60).

De in de richtlijn 2004/38/EG en de in artikel 40*bis* en andere van de wet van 15 december 1980 aan de familieleden van een burger van de Unie verleende rechten zijn onlosmakelijk verbonden met de uitoefening door die burger van de Unie van zijn recht van vrij verkeer. Volgens artikel 3, lid 1, is de richtlijn van toepassing op iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden, zoals gedefinieerd in artikel 2, punt 2), van die richtlijn, die hem begeleiden of zich bij hem voegen (HvJ, 8 maart 2011, C-34/09, *Ruiz Zambrano*, punt 39; 15 november 2011, C-256/11, *Dereci*, punt 53). De richtlijn is niet van toepassing op de familieleden van een burger van de Unie, die nooit gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer en steeds verbleven heeft in de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit (HvJ, 15 november 2011, C-256/11, *Dereci*, punt 58, 8 mei 2013, C-87/12, *Ymeraga e.a.*, punt 30).

Volgens de Ministerraad zouden de Belgen die nooit hun recht van vrij verkeer hebben uitgeoefend niet nuttig kunnen worden vergeleken met de « burgers van de Unie », in zoverre die laatsten het voordeel van een specifieke reglementering genieten die de omzetting is van verplichtingen die voortvloeien uit de richtlijn 2004/38/EG.

Hoewel, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie ter zake, een verschil in behandeling tussen de voormelde categorieën van personen dat ongunstig is voor de burgers van de Unie die nooit hun recht van vrij verkeer hebben uitgeoefend, het algemeen beginsel van het recht van de Europese Unie van gelijkheid en niet-discriminatie wegens de specifieke kenmerken van die rechtsorde en het beperkte toepassingsgebied ervan, niet kan schenden, zou hetzelfde niet kunnen gelden ten aanzien van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Die artikelen strekken immers ertoe te verzekeren dat de normen die in de Belgische rechtsorde van toepassing zijn het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod in acht nemen. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte. Zij verbieden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan. Tot de rechten en vrijheden die zonder discriminatie moeten worden gewaarborgd, behoren de rechten en vrijheden die voortvloeien uit internationale

verdragsbepalingen die België binden. Artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens verbiedt met name elke discriminatie in het genot van een van de bij dat Verdrag gewaarborgde rechten met inbegrip van het recht op gezinsleven.

Ervan uitgaan, zoals de Ministerraad voorstelt, dat de twee hierboven beoogde categorieën van personen van nature onvoldoende vergelijkbaar zouden zijn om de reden dat de wetgever voor een van hen de verplichtingen heeft willen in acht nemen die voortvloeiden uit de inwerkingtreding van de richtlijn 2004/38/EG, zou de toetsing inzake gelijkheid en niet-discriminatie, die zelfs in dat geval in de interne rechtsorde is voorgeschreven door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in voorkomend geval in samenhang gelezen met artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zinledig maken. Wanneer een wetsbepaling een verschil in behandeling oplegt tussen personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, kan de loutere omstandigheid dat die bepaling het voor de Staat mogelijk maakt zijn internationale verbintenissen na te komen, immers niet volstaan om het bekritiseerde verschil in behandeling te verantwoorden (zie in die zin EHRM, 6 november 2012, *Hode en Abdi* t. Verenigd Koninkrijk, § 55).

Het staat derhalve aan het Hof erop toe te zien dat de regels die de wetgever aanneemt wanneer hij het recht van de Europese Unie omzet, niet ertoe leiden ten aanzien van de eigen onderdanen verschillen in behandeling in het leven te roepen die niet redelijk verantwoord zouden zijn. Wanneer de wetgever de voorwaarden voor de uitoefening van het recht op gezinshereniging regelt die van toepassing zijn op personen die zich in vergelijkbare situaties bevinden, maar waarvan een categorie, in tegenstelling met de andere, onder het Unierecht valt, is hij echter niet verplicht strikt identieke regels in te stellen, gelet op de bij de richtlijn 2004/38/EG nagestreefde en hierboven uiteengezette doelstelling. De inachtneming van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie tussen de « burgers van de Unie » en de Belgen kan, wegens de bijzondere situatie van elk van die twee categorieën van personen, bepaalde verschillen in behandeling toelaten. Aldus zou het feit dat de wetgever, ten aanzien van een categorie van personen, de regelgeving van de Unie omzet, het beginsel van gelijkheid en

niet-discriminatie niet kunnen schenden, om de enkele reden dat de wetgever ze niet tevens doet gelden voor een categorie van personen die niet aan die regelgeving van de Unie is onderworpen, te dezen de familieleden van een Belg die geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer en wiens situatie aldus niet het aanknopingspunt met het Unierecht vertoont dat, voor de familieleden bedoeld in artikel 40*bis* van de wet van 15 december 1980, onontbeerlijk is om een verblijfsrecht op grond van die bepaling te verkrijgen. Dat verschil in behandeling moet echter redelijk kunnen worden verantwoord om bestaanbaar te zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

In zoverre de bestreden bepaling de familieleden van een Belg die geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer, anders behandelt dan de familieleden van de burgers van de Unie, bedoeld in artikel 40*bis* van de wet van 15 december 1980, berust dat verschil in behandeling op een objectief criterium. Het Hof onderzoekt evenwel nog of dat verschil in behandeling op een relevant criterium is gegrond en of het geen onevenredige gevolgen met zich meebrengt; daarbij dient inzonderheid rekening te worden gehouden met het recht op de eerbiediging van het gezinsleven, zoals gewaarborgd door artikel 22 van de Grondwet en door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

De zorg om de gezinshereniging van de Belgen te contingeren vertrekt, volgens de parlementaire voorbereiding, van de vaststelling dat « de meeste gevallen van gezinshereniging betrekking hebben op Belgen die in ons land uit migranten zijn geboren, of die Belg zijn geworden dankzij de snel-Belg-wet ». De wetgever heeft redelijkerwijs rekening kunnen houden met het feit dat, wegens verscheidene wetswijzigingen, de toegang tot de Belgische nationaliteit in de loop van de laatste jaren is vergemakkelijkt, zodat het aantal Belgen die een aanvraag tot gezinshereniging kunnen indienen ten voordele van hun familieleden, aanzienlijk is toegenomen.

Hoewel zij het gevolg is van een keuze van de wetgever, maakt die omstandigheid het mogelijk de relevantie te verantwoorden van het verschil in behandeling teneinde de migratiestromen te beheersen die de gezinshereniging doet ontstaan. Zelfs in de veronderstelling

dat sommige lidstaten van de Europese Unie op dezelfde wijze als België de toegang tot hun nationaliteit hebben vergemakkelijkt, vermocht de wetgever zich redelijkerwijs te baseren op het feit dat het aantal van hun onderdanen die in België verblijven beperkt zou blijven en dat het verblijf van die laatsten aan striktere voorwaarden is onderworpen dan het, in beginsel absolute, recht van de Belg om op het nationale grondgebied te verblijven. Ten aanzien van een Belg striktere voorwaarden inzake gezinshereniging opleggen dan ten aanzien van een niet-Belgische Europese burger blijkt dus ten opzichte van die doelstelling een relevante maatregel. Voor zover ze daarmee evenredig zijn, kunnen de drie door de verzoekende partijen bekritiseerde verschillen in behandeling bijgevolg worden verantwoord wegens de doelstelling die erin bestaat de migratiestromen te beheersen. De omstandigheid dat de Belg die zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend, aan de toepassing van die striktere voorwaarden ontsnapt, doet aan die conclusie geen afbreuk. In het kader van een immigratiebeleid, dat tot complexe en ingewikkelde afwegingen noopt en waarbij rekening dient te worden gehouden met de vereisten die voortvloeien uit het recht van de Europese Unie, beschikt de wetgever over een ruime beoordelingsbevoegdheid.

Bovendien vormen de aan de Belgische gezinshereniger opgelegde striktere inkomensvoorwaarden een relevante maatregel om het voortbestaan van het stelsel voor sociale bijstand en het verblijf van de familieleden van de gezinshereniger in menswaardige omstandigheden te verzekeren. In tegenstelling met de « burger van de Unie », wiens verblijfsrecht kan worden ingetrokken wanneer hij een onredelijke last voor de begroting van de Staat wordt, beschikt de Belg over het recht op de sociale bijstand zonder op enig ogenblik het risico te lopen dat zijn verblijfsrecht hem wordt afgenomen, zodat het feit dat aan de Belg die zijn recht van vrij verkeer niet heeft uitgeoefend en die gebruik wenst te maken van zijn recht op gezinshereniging de verplichting wordt opgelegd aan te tonen dat hij over meer financiële en materiële middelen beschikt dan de « burger van de Unie », het mogelijk maakt het voortbestaan van het socialezekerheidsstelsel te verzekeren. Het kan immers niet worden uitgesloten, enerzijds, dat de tenlasteneming van zijn familieleden de financiële situatie van die Belgische onderdaan zodanig verergert dat hij, na verloop van een bepaalde periode, van



de sociale bijstand afhankelijk wordt om zijn eigen essentiële behoeften te verzekeren en, anderzijds, dat het recht op de eerbiediging van het gezinsleven, verankerd in artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, aan de overheden de verplichting oplegt om, zelfs in een dergelijke situatie, geen einde te maken aan het verblijf van zijn familieleden die in voorkomend geval sedert een bepaald aantal jaren legaal op het Belgische grondgebied verblijven.

Het Hof onderzoekt vervolgens de evenredigheid van de bestreden maatregelen in zoverre zij betrekking hebben op de gezinshereniging met bloedverwanten in de opgaande lijn, op de vereisten inzake bestaansmiddelen en op de leeftijdsvereisten voor echtgenoten en partners. Het Hof besluit tot de evenredigheid van de genoemde maatregelen, onder voorbehoud evenwel, wat de bestaansmiddelen betreft, van het reeds geformuleerde<sup>1</sup> voorbehoud hierna : in zoverre wordt vereist dat, bij het bepalen van de inkomsten van de gezinshereniger, de werkloosheidsuitkering enkel in aanmerking wordt genomen op voorwaarde dat de gezinshereniger aantoont dat hij actief werk zoekt, dient artikel 40<sup>ter</sup>, tweede lid, om de reeds uiteengezette redenen, zo te worden begrepen dat het de Belgische gezinshereniger die een werkloosheidsuitkering geniet en vrijgesteld is van de verplichting om beschikbaar te zijn voor de arbeidsmarkt en werk te zoeken, niet de verplichting oplegt te bewijzen dat hij actief werk zoekt.

2) *De situatie van de Belg die gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer*

Sommige verzoekende partijen voerden aan dat artikel 40<sup>bis</sup> van de voormelde wet van 15 december 1980 de artikelen 10 et 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 2 en 3 van de voormelde richtlijn 2004/38/EG, zou schenden in zoverre de voorwaarden voor de gezinshereniging die van toepassing zijn

<sup>1</sup> Zie deel I, pp. 91-92.



op de familieleden van een onderdaan van een andere lidstaat van de Europese Unie, niet van toepassing zijn op de familieleden van een Belg die gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer.

Wanneer een schending van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in samenhang gelezen met een ander grondrecht, zoals het recht van vrij verkeer, dat niet alleen bij de richtlijn 2004/38/EG is gewaarborgd, maar ook bij de artikelen 20 en 21 van het VWEU en 45 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, wordt aangevoerd, volstaat het te preciseren in welk opzicht dat grondrecht is geschonden. De categorie van personen van wie dat grondrecht is geschonden, moet immers worden vergeleken met de categorie van personen voor wie dat grondrecht is gewaarborgd.

Volgens lid 1 van artikel 3 ervan, is de richtlijn 2004/38/EG van toepassing « ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden ». Artikel 6, lid 2, van de richtlijn 2004/38/EG kent aan de burger van de Unie het recht toe dat zijn familieleden in de zin van artikel 2, punt 2), van de richtlijn hem begeleiden of zich bij hem voegen, zodra hij verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit (hierna : gastland), voor zover zijn familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, in het bezit zijn van een geldig paspoort. Wanneer de burger van de Unie voor een langere periode dan drie maanden in het gastland verblijft, zijn bij de artikelen 7 en volgende van de voormelde richtlijn bijkomende voorwaarden voor de gezinshereniging opgelegd. Zoals hierboven is aangegeven, zijn de rechten die zijn verleend aan de familieleden van een begunstigde van de richtlijn 2004/38/EG geen eigen rechten van die familieleden, maar afgeleide rechten die zij hebben verkregen in hun hoedanigheid van familielid van de begunstigde.

Het Hof neemt uittreksels over uit arresten van het Hof van Justitie - de arresten *Singh* (punten 19-23), *Eind* (punten 27-30; 45), *Baumbast* (punten 82-83) en *Metock* (punt 59) -, waarbij het opmerkt dat uit die rechtspraak blijkt dat door de daadwerkelijkheid van het recht van vrij verkeer, dat aan de burger van de Unie is gewaarborgd bij de artikelen 20 en 21 van het VWEU, bij artikel 45 van het Handvest

van de grondrechten en bij de richtlijn 2004/38/EG, de verplichting is opgelegd dat die laatste, in de lidstaat waarvan hij onderdaan is, ten voordele van zijn familieleden met wie hij in een andere lidstaat verbleef, een verblijfsrecht kan verkrijgen onder dezelfde voorwaarden als die waaraan het verblijfsrecht van zijn familieleden, krachtens het recht van de Europese Unie, in dat gastland was onderworpen.

De « door het Verdrag geschapen mogelijkheden [mogen] [echter niet ertoe] leiden, dat degenen die daarvan profiteren, deze kunnen misbruiken om zich aan de werking van hun nationale recht te onttrekken, en [...] zij [beletten] de Lid-Staten niet [...] om de nodige maatregelen te nemen om dergelijke misbruiken te voorkomen » (HvJ, 7 juli 1992 voormeld, punt 24; zie ook artikel 35 van de richtlijn 2004/38/EG). Een misbruik van het recht van vrij verkeer is het feit van de door het Unierecht geboden mogelijkheden te gebruiken « om de bepalingen inzake binnenkomst en verblijf van onderdanen van derde landen te omzeilen », ongeacht of het is door het sluiten van schijnhuwelijken dan wel door een verblijf binnen het gastland dat niet reëel en daadwerkelijk is, maar dat alleen ten doel heeft de nationale regels inzake immigratie te omzeilen (HvJ, 23 september 2003, C-109/01, *Akrich*, punten 55-57). Het Grondwettelijk Hof verwijst eveneens naar de arresten *Levin* (punten 21-22) en *Akrich*, voormeld (punten 55-56).

Wanneer een burger van de Unie, na een reëel en daadwerkelijk gebruik te hebben gemaakt van zijn recht van vrij verkeer, terugkeert naar de lidstaat waarvan hij onderdaan is, dienen zijn familieleden in de zin van artikel 2, punt 2), van de richtlijn 2004/38/EG, bijgevolg hem te kunnen begeleiden, zelfs indien de familiale band tot stand is gekomen door huwelijk, behalve in het geval van een schijnhuwelijk, of door gezinshereniging in het gastland. Bovendien mogen de voorwaarden die de gezinshereniging van die burger van de Unie in België regelen, niet strikter zijn dan die welke, krachtens het Unierecht, in het gastland waren opgelegd.

Het Hof besluit derhalve dat in zoverre hij bepaalt dat het recht op gezinshereniging van de Belg die reëel en daadwerkelijk zijn recht

van vrij verkeer heeft uitgeoefend, aan striktere voorwaarden kan worden onderworpen dan die welke, krachtens het recht van de Europese Unie, in zijn gastland waren opgelegd, de wetgever afbreuk heeft gedaan aan het daadwerkelijke genot van het recht op vrij verkeer van de Belgen die in een gastland hebben verbleven, dat is gewaarborgd bij de artikelen 20 en 21 van het VWEU en bij artikel 45 van het Handvest van de grondrechten. Dat verschil in behandeling ten aanzien van het daadwerkelijke genot van de rechten die voortvloeien uit de status van burger van de Unie schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Die discriminatie vindt haar oorsprong echter niet in artikel 40*bis* van de wet van 15 december 1980, maar in de ontstentenis van een wetsbepaling die een Belg die reëel en daadwerkelijk zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend, toelaat in België te verblijven met zijn familieleden in de zin van artikel 2, punt 2), van de richtlijn 2004/38/EG die voordien met hem in een andere lidstaat van de Europese Unie hebben verbleven, mits is voldaan aan voorwaarden die niet strenger zijn dan die welke, krachtens het recht van de Europese Unie, door dat gastland waren opgelegd. Het komt aan de wetgever toe die leemte aan te vullen.

5) *Het verschil in behandeling tussen een Belg en zijn familieleden en een onderdaan van een derde Staat en zijn familieleden*

De verzoekende partijen voerden met name aan dat artikel 40*ter* van de wet van 15 december 1980 een schending zou inhouden van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat inzake de vereiste bestaansmiddelen de minderjarige kinderen van een Belg minder gunstig zouden worden behandeld dan de kinderen van een onderdaan van een derde Staat, zoals bedoeld in artikel 10, § 2, derde lid, van de voormelde wet, en doordat de gezinsleden van een Belg minder gunstig zouden worden behandeld dan de gezinsleden van een erkende vluchteling, zoals bedoeld in artikel 10, § 2, vijfde lid, van diezelfde wet.

Krachtens artikel 10, § 2, van de wet van 15 december 1980 moet de vreemdeling die een verblijfstitel wil verkrijgen in het kader van gezinshereniging, aantonen dat de vreemdeling die wordt vervoegd, over stabiele, toereikende en regelmatige

bestaansmiddelen beschikt om zichzelf en zijn familieleden te onderhouden en om te vermijden dat ze ten laste vallen van de openbare overheden. Die voorwaarde geldt volgens artikel 10, § 2, derde lid, evenwel niet wanneer de gezinshereniger die over een verblijfstitel van onbeperkte duur beschikt, zich enkel laat vervoegen door de minderjarige kinderen bedoeld in die bepaling.

Het staat aan de wetgever te oordelen of in behartenswaardige gevallen in een uitzondering moet worden voorzien op de vereiste dat de gezinshereniger over de nodige bestaansmiddelen moet beschikken indien zijn familieleden een verblijfstitel in het kader van gezinshereniging willen verkrijgen. Om de redenen uiteengezet onder B.18.5, vermocht de wetgever daarbij een onderscheid te maken naargelang de gezinshereniger over een verblijfstitel van beperkte dan wel van onbeperkte duur beschikt.

Er is evenwel geen redelijke verantwoording voor het feit dat artikel 10, § 2, derde lid, van de wet van 15 december 1980 in een uitzondering op de vereiste inzake bestaansmiddelen voorziet wanneer de gezinshereniger een onderdaan van een derde Staat is die enkel zijn minderjarige kinderen of die van zijn echtgenoot of partner zoals bedoeld in artikel 10, § 1, eerste lid, 4<sup>o</sup>, bij zich wil voegen, terwijl artikel 40<sup>ter</sup> van die wet niet in een dergelijke uitzondering voorziet wanneer de gezinshereniger een Belg is en over een onvoorwaardelijk verblijfsrecht beschikt. Derhalve schendt de laatst vermelde bepaling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. De vastgestelde ongrondwettigheid vindt haar oorsprong in een leemte in de bestreden bepaling die slechts kan worden verholpen door een wetgevend optreden. In afwachting van dat wetgevend optreden komt het aan de autoriteiten die ermee zijn belast de gezinshereniging toe te staan of de voorwaarden te controleren waaronder zij is toegestaan, toe om die hereniging toe te laten, wanneer de gezinshereniger een Belg is, onder dezelfde voorwaarden als die welke zijn bedoeld in artikel 10, § 2, derde lid, van de wet van 15 december 1980.

*IV. Wat betreft de voorwaarden tot gezinshereniging op grond van de bilaterale akkoorden tussen de Belgische Staat en bepaalde landen*

De verzoekende partijen vorderden ten slotte de vernietiging van artikel 15 van de wet van 8 juli 2011 : die bepaling zou strijdig zijn met de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet, doordat de bestreden bepaling op eenzijdige wijze bilaterale akkoorden gesloten tussen de Belgische Staat en de vermelde landen zou wijzigen.

Uit de totstandkoming van de bestreden bepaling blijkt dat de wetgever niet heeft beoogd beperkingen aan te brengen aan de rechten die buitenlandse werknemers en hun gezinsleden aan de vermelde internationale akkoorden ontleen, waartoe hij overigens ook niet eenzijdig bevoegd zou zijn. De wetgever heeft het toepassingsgebied willen verduidelijken van, enerzijds, de algemene regeling inzake gezinshereniging met een onderdaan van een derde Staat, zoals die is vervat in de artikelen 10 en volgende van de wet van 15 december 1980, en, anderzijds, de afwijkende regeling die geldt op grond van bilaterale overeenkomsten met bepaalde landen. Omdat zou zijn gebleken dat de bedoelde akkoorden in de praktijk soms soepeler werden toegepast dan datgene waarin is voorzien, heeft de wetgever, volgens de parlementaire voorbereiding, de interpretatie willen bevestigen van de vermelde akkoorden, zoals deze blijkt uit de parlementaire bespreking bij hun totstandkoming en uit de rechtspraak. Aldus begrepen, beoogt de bestreden bepaling niet de inhoud van de voormelde akkoorden te wijzigen.

**12. *Het verbod op het opsluiten van kinderen in gesloten centra***  
(*arrest nr. 166/2013*)

Artikel 2 van de wet van 16 november 2011 voegt in titel III *ter* van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen een artikel 74/9 in, dat het verbod op het opsluiten van kinderen in gesloten centra betreft.

Bij het Hof is een beroep ingesteld tot vernietiging van die bepaling<sup>1</sup>, beroep dat het zal verwerpen, onder voorbehoud van de interpretaties die het aangeeft.

Het bestreden artikel 74/9 werd allereerst verweten de artikelen 10, 11, 12, eerste en tweede lid, en 191 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 9, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met artikel 5.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, te schenden in zoverre de bestreden bepaling de opsluiting van minderjarige kinderen zou mogelijk maken.

Het arrest verwijst allereerst naar verschillende, hierna overgenomen, leringen die het gevolg zijn van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. - De lijst van de uitzonderingen op het recht op vrijheid is uitputtend van aard en alleen een strikte interpretatie van die uitzonderingen past in het kader van het doel van artikel 5 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Een minderjarige kan van zijn vrijheid worden beroofd in andere gevallen dan die welke zijn beschreven in artikel 5.1, d), van het Verdrag, bijvoorbeeld in de gevallen beschreven in artikel 5.1, f), van het Verdrag. Dat artikel 5.1 ontzegt de Staten niet het « onbetwistbaar recht » om op soevereine wijze de binnenkomst en het verblijf van vreemdelingen op hun grondgebied te controleren, recht dat « als onontbeerlijk corollarium » heeft dat de Staten over een onbetwistbaar recht beschikken om kandidaten tot immigratie van hun vrijheid te beroven. Meer in het bijzonder met betrekking tot personen tegen wie een uitwijzingsprocedure hangende is, beschikt de Staat over het recht om dergelijke personen van hun vrijheid te beroven indien hij dat redelijkerwijze noodzakelijk acht; in dat opzicht voorziet artikel 5.1, f), niet in dezelfde bescherming als artikel 5.1, c) : er wordt enkel vereist dat een uitwijzingsprocedure hangende is. - Een vrijheidsberoving geschiedt slechts « langs wettelijke weg » in

<sup>1</sup> Zoals in het arrest wordt gepreciseerd moet artikel 74/9 van de voormelde wet van 15 december 1980 opnieuw worden gezien binnen het juridische kader van de artikelen 2, 3 en 74/8 van dezelfde wet en van de koninklijke besluiten van 4 en 14 mei 1999, 2 augustus 2002 en 8 juni 2009 zoals die voortvloeien uit de wijzigingen die daaraan werden aangebracht (alsook, voor sommige daarvan, in het licht van de door de Raad van State besliste vernietigingen).

zoverre zij bestaanbaar is met het « algemeen beginsel van de rechtszekerheid », dat wil zeggen het gevolg is van de voorzienbare toepassing van een voldoende toegankelijke en nauwkeurige wet, die duidelijk de voorwaarden voor de vrijheidsberoving bepaalt, teneinde elk risico op willekeur te vermijden en eenieder, zo nodig omringd met bekwame raadslieden, de mogelijkheid te bieden om, volgens de omstandigheden, de mogelijke gevolgen van een handeling redelijkerwijs te voorzien. - Om « rechtmatig » te zijn, moet een vasthouding bestaanbaar zijn met de zorg om het individu tegen willekeur te beschermen; de rechtmatigheid van een vasthouding beoogd in artikel 5.1, f), hangt onder andere af van het bestaan van een band tussen, enerzijds, de reden voor de vasthouding en, anderzijds, de plaats en het regime van die gevangenhouding; een dergelijke band bestaat niet wanneer een buitenlands minderjarig kind, al dan niet begeleid door een van zijn ouders, in dezelfde omstandigheden als die van de gevangenhouding van een volwassen persoon, gevangen wordt gehouden in een gesloten centrum dat is ontworpen voor buitenlandse volwassenen die illegaal op het grondgebied verblijven; er dient ook rekening te worden gehouden met het feit dat de duur van de gevangenhouding in de zin van artikel 5.1, f), de redelijke termijn die noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling niet mag overschrijden.

Na te hebben herinnerd aan de draagwijdte van de termen « gezin » en « *famille* », « minderjarige kinderen » - de draagwijdte ervan is duidelijk : het gaat om kinderen die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt -, « de plaats zoals bedoeld in artikel 74/8, § 2 » alsook de regeling die, krachtens het in het geding zijnde artikel 79/9, van toepassing is op het « gezin met minderjarige kinderen dat het Rijk is binnengekomen zonder te voldoen aan de in artikel 2 of 3 van de wet van 15 december 1980 gestelde voorwaarden of wiens verblijf heeft opgehouden regelmatig te zijn of wiens verblijf onregelmatig is », wijst het arrest erop dat in de parlementaire voorbereiding werd gepreciseerd dat de wet een principieel verbod op het opsluiten van minderjarige kinderen instelt, maar in uitzonderlijke omstandigheden toestaat dat gezinnen met minderjarige kinderen voor een zo kort mogelijke periode in een aangepaste leefomgeving worden vastgehouden; uit dezelfde parlementaire voorbereiding, in het bijzonder de

verwijzing daarin naar het voormelde koninklijk besluit van 14 mei 2009, blijkt tevens dat de toegewezen verblijfplaatsen plaatsen zijn waar « elk familielid [...] de woonunit dagelijks, zonder voorafgaande toestemming, [mag] verlaten » (artikel 19 van het voormelde koninklijk besluit) en dat de mogelijkheid om de ouders van hun vrijheid te beroven in geval van niet-naleving van de voorwaarden bepaald in de overeenkomst, in werking moet worden gesteld zonder dat de minderjarige kinderen er nadeel van ondervinden.

Gelet op de voormelde internationale bepalingen en de voormelde rechtspraak mag op de minderjarige kinderen van een gezin dat zich in dergelijke omstandigheden bevindt, niet identiek hetzelfde regime van vasthouding van toepassing zijn als op de ouders. Bovendien volgt uit de combinatie van paragraaf 1 van artikel 74/9 en het vierde lid van paragraaf 3 van hetzelfde artikel dat een gezin met minderjarige kinderen slechts in een plaats zoals bedoeld in artikel 74/8, § 2, kan worden geplaatst indien die is aangepast aan de noden voor gezinnen met minderjarige kinderen; de accommodatie in dergelijke centra dient meer bepaald te voldoen aan artikel 17 van de voormelde richtlijn 2008/115/EG. Het staat aan de Koning om ervoor te zorgen dat de plaatsen waarin minderjarige kinderen kunnen worden vastgehouden, voldoen aan die vereisten. Het staat niet aan het Hof, maar aan de Raad van State en aan de hoven en rechtbanken, om de inachtneming van die vereisten door de Koning na te gaan.

In die interpretatie, die ook werd vermeld in de parlementaire voorbereiding, besluit het Hof dat de bestreden bepaling bijgevolg geen ongeoorloofde vrijheidsberoving toelaat.

Het « gezin met minderjarige kinderen dat tracht het Rijk binnen te komen zonder aan de voorwaarden gesteld in artikel 2 of 3 van de wet van 15 december 1980 te voldoen », kan, met het oog op het overgaan tot de verwijdering ervan, voor een zo kort mogelijke periode worden « vastgehouden » in een « welbepaalde plaats aangepast aan de noden voor gezinnen met minderjarige kinderen, gelegen in het grensgebied » (artikel 74/9, § 2, van de wet van 15 december 1980); de procedure bedoeld in artikel 74/9, § 3, van dezelfde wet is op dergelijke gezinnen niet van toepassing.



Hoewel artikel 74/9, § 2, niet uitdrukkelijk naar die bepaling verwijst, moet worden aangenomen dat de in dat artikel bedoelde « welbepaalde plaats » verwijst naar de plaats bedoeld in artikel 74/5, §§ 1 en 2, met dat verschil dat de in artikel 74/9, § 2, bedoelde plaats dient te zijn aangepast aan de noden van gezinnen met minderjarige kinderen. De vereiste dat de in artikel 74/9, § 2, bedoelde plaatsen moeten zijn aangepast aan de noden van gezinnen met minderjarige kinderen, houdt in dat die plaatsen dienen te voldoen aan de hierboven uiteengezette voorwaarden.

Na de relevante teksten met betrekking tot de « INAD-centra » (voormeld koninklijk besluit van 8 juni 2009) en de « woonunits » (voormeld koninklijk besluit van 14 mei 2009) te hebben opgesomd en de ligging van die centra en units in herinnering te hebben gebracht, wijst het Hof erop dat ook de verscheidene verklaringen afgelegd door de bevoegde staatssecretaris of door de volksvertegenwoordigster die de eerste ondertekenaar is van het wetsvoorstel en van het amendement die aan de oorsprong liggen van de bestreden bepaling, waaruit blijkt dat het gezin met minderjarige kinderen beoogd in artikel 74/9, § 2, van de wet van 15 december 1980 in één van die « woonunits » zou kunnen worden vastgehouden, in die zin moeten worden begrepen, aangezien ook de woonunits slechts in aanmerking komen voor zover zij aan de noden van gezinnen met minderjarige kinderen zijn aangepast.

Het in het geding zijnde artikel 74/9 werd eveneens verweten de artikelen 10, 11, 22*bis* en 191 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 3 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, te schenden in zoverre de vasthouding van minderjarige kinderen die geen misdrijf hebben gepleegd, zou ingaan tegen het belang van het kind.

Het Hof antwoordt dat die bepalingen de vasthouding van minderjarigen niet op absolute wijze verbieden. Artikel 37 van het Verdrag inzake de rechten van het kind laat de vasthouding van minderjarigen overigens toe indien zulks geschiedt overeenkomstig de wet en voor zover die vasthouding slechts als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur wordt gehanteerd. Ook uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat de inachtneming van het belang van het kind zich

niet op absolute wijze verzet tegen de vasthouding van minderjarigen, voor zover de familiale eenheid niet in het gedrang komt, er geen alternatieven zijn en de vasthouding slechts als uiterste mogelijkheid wordt overwogen (EHRM, 19 december 2012, *Popov* t. Frankrijk, § 141). In de hierboven vermelde interpretatie neemt de bestreden bepaling die voorwaarden in acht.

Voorts werd aangevoerd dat het bestreden artikel 74/9 niet bestaanbaar zou zijn met de artikelen 10, 11, 23, eerste lid, en 191 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het algemeen beginsel van de menselijke waardigheid, met artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 37, a), van het Verdrag inzake de rechten van het kind, in zoverre de vasthouding van kinderen in gesloten centra een onmenselijke en vernederende behandeling zou uitmaken.

Het Hof antwoordt dat die bepalingen de vasthouding van minderjarigen niet op absolute wijze verbieden; het verwijst bovendien, in dezelfde voormelde bewoordingen, naar artikel 37 van het Verdrag inzake de rechten van het kind. In de hierboven vermelde interpretatie maakt de vasthouding van minderjarigen in een aangepaste plaats geen onmenselijke en vernederende behandeling uit. Evenmin is een vasthouding van minderjarige kinderen met het oog op hun uitwijzing in strijd met het recht om een menswaardig leven te leiden.

De verzoekende partijen voerden eveneens aan dat de bestreden bepaling niet bestaanbaar zou zijn met de artikelen 10, 11, 22 en 191 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre zij een onevenredig groot nadeel zou berokkenen aan de betrokken kinderen en aan hun ouders.

In geen enkele van de hypothesen vermeld in artikel 74/9 van de wet van 15 december 1980 wordt het gezin gescheiden; bovendien beoogt die bepaling om het aantal vasthoudingen van gezinnen met minderjarige kinderen in een plaats waar ouders van hun vrijheid zijn beroofd tot een minimum te beperken. In de reeds vermelde interpretatie komt bovendien evenmin het recht op eerbiediging van het privéleven in het gedrang. Voorts komt het toe aan de

Dienst Vreemdelingenzaken om bij de toepassing van artikel 74/9 artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens in acht te nemen; het staat niet aan het Hof om zich uit te spreken over de toepassing van die bepaling door een administratieve overheid.

De verzoekende partijen verweten de bestreden bepaling ten slotte de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in diverse opzichten te schenden.

Wat betreft de aangevoerde discriminatie tussen gezinnen met minderjarige kinderen die het grondgebied trachten binnen te komen zonder aan de voorwaarden gesteld in de artikelen 2 en 3 van de wet van 15 december 1980 te voldoen, en gezinnen met minderjarige kinderen die het grondgebied reeds zijn binnengekomen zonder aan die voorwaarden te voldoen, antwoordt het Hof in het bijzonder, onder verwijzing naar de parlementaire voorbereiding, dat de eerstgenoemde categorie van personen het grondgebied nog niet is binnengekomen, terwijl de laatstgenoemde categorie van personen dat wel reeds heeft gedaan : enkel ten aanzien van de eerstgenoemde categorie van personen kan bijgevolg nog worden vermeden dat zij de artikelen 2 en 3 van de wet van 15 december 1980 overtreden en zich aldus schuldig maken aan het misdrijf omschreven in artikel 75 van de wet van 15 december 1980. Enkel ten aanzien van de eerstgenoemde categorie van personen is het overigens van belang om hen bij aankomst in België beschikbaar te houden voor registratie en controle. Afgezien van de verwijzing naar de al eerder uiteengezette interpretatie ten slotte is de mogelijkheid om in een eigen woning te verblijven slechts relevant voor zover de betrokkene over een eigen woning beschikt, hetgeen voor families die het grondgebied nog niet hebben betreden, doorgaans niet het geval zal zijn.

Wat betreft de aangevoerde discriminatie tussen minderjarige kinderen wier ouders beslissen om de voorwaarden van de met de Dienst Vreemdelingenzaken gesloten overeenkomst, bedoeld in artikel 74/9, § 3, tweede lid, van de wet van 15 december 1980, niet na te leven, en minderjarige kinderen wier ouders beslissen om die overeenkomst wel na te leven, wijst het Hof erop dat met de vasthouding, als uiterste middel, van gezinnen met minderjarige kinderen in een plaats waar de ouders van hun vrijheid zijn

berooft, de wetgever de effectiviteit van het beleid inzake asiel en migratie beoogt te waarborgen; tevens beoogt hij de vasthouding van minderjarige kinderen in dergelijke plaatsen tot een minimum te beperken. Het onderscheid berust op een objectief criterium, te weten de naleving, door de ouders van de betrokken minderjarige kinderen, van de overeenkomst gesloten met de Dienst Vreemdelingenzaken. Het sluiten van die overeenkomst levert de illegaal op het grondgebied verblijvende vreemdelingen de gunst op om, in afwachting van hun verwijdering, in een eigen woning of een woonunit te mogen verblijven, en draagt bijgevolg bij tot de doelstelling om vasthouding van minderjarigen in de regel te verbieden. Indien de ouders die overeenkomst naleven, worden de gevolgen van de uitzetting voor de psychologische ontwikkeling van de minderjarige kinderen tot een minimum beperkt. Niettemin vereist de effectiviteit van het beleid inzake asiel en migratie dat in geval van niet-naleving van die overeenkomst een vasthouding in een plaats waar zij van hun vrijheid zijn beroofd mogelijk blijft, zij het, ten aanzien van de minderjarige kinderen, onder de voorwaarden vermeld in de al eerder uiteengezette interpretatie.

Wat betreft de aangevoerde discriminatie tussen minderjarige kinderen die deel uitmaken van een gezin, en niet-begeleide minderjarige vreemdelingen, die nooit in een zogenaamd « gesloten centrum » zouden mogen worden vastgehouden, merkt het Hof op dat niet-begeleide minderjarige vreemdelingen<sup>1</sup> kunnen worden opgevangen in een observatie- en oriëntatiecentrum bedoeld in artikel 41, § 1, van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, dat in dat geval wordt gelijkgesteld met een « welbepaalde plaats gesitueerd in het grensgebied »; bijgevolg bestaat er geen verschil in behandeling tussen de niet-begeleide minderjarige vreemdeling die in een observatie- en oriëntatiecentrum bedoeld in artikel 41, § 1, van de wet van 12 januari 2007 wordt opgevangen en een minderjarige die deel uitmaakt van een gezin met minderjarige kinderen dat het grondgebied tracht binnen te komen in de zin van artikel 74/9, § 2, van de wet van 15 december 1980. Bovendien blijkt uit de

<sup>1</sup> Hieromtrent zie onderhavig verslag, pp. 59-74.

rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de overheid erover dient te waken dat ouders en hun minderjarige kinderen niet van elkaar worden gescheiden (EHRM, 22 juni 1989, *Eriksson t. Zweden*, § 71; 12 oktober 2006, *Mubilanzila Mayeka en Kaniki Mitunga t. België*, § 51) : die vereiste rechtvaardigt dat minderjarige kinderen in uiterste gevallen kunnen worden vastgehouden samen met hun ouders, zij het dat ten aanzien van die minderjarige kinderen de plaats van die vasthouding dient te beantwoorden aan de reeds vermelde voorwaarden.

Kortom, het Hof verwerpt het beroep, onder voorbehoud van de hierboven uiteengezette interpretaties, waarnaar het verwijst in het dictum van het arrest.



## V. ADMINISTRATIEF CONTENTIEUX

### *13. Het beroep tegen de beslissingen van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie – Respectieve bevoegdheden van het Hof van Beroep en van de Raad van State – Handhaving van de gevolgen in geval van vernietiging van een reglementaire handeling of van een individuele beslissing (arrest nr. 73/2013)*

arrest nr. 73/2013

De wet van 17 januari 2003 reglementeert, zoals het opschrift ervan aangeeft, « de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector ». Artikel 2 van die wet<sup>1</sup> bepaalde met name (§ 1, eerste lid) dat « tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie [...] beroep met volle rechtsmacht [kan] worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kort geding »; artikel 3 van dezelfde wet van 17 januari 2003, zoals vervangen bij artikel 4 van de wet van 31 mei 2009, bepaalt overigens dat « voor alle aspecten die betrekking hebben op de procedure voor het hof van beroep van Brussel en die niet worden behandeld in dit hoofdstuk, [...] de bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het beroep [gelden] ».

Aan het Hof is gevraagd zich uit te spreken over de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de hiervoor aangehaalde artikelen 2 en 3 van de wet van 17 januari 2003, in zoverre die bepalingen een verschil in behandeling zouden invoeren tussen twee categorieën van « rechtzoekenden die zijn betrokken bij een vernietigingsprocedure » waarna het rechtscollege waarvoor de zaak aanhangig is gemaakt, oordeelt dat de bestreden administratieve handeling dient te worden vernietigd : enerzijds, diegenen die zijn « betrokken » bij een procedure voor het Hof van Beroep te Brussel ingesteld door een beroep dat strekt tot de

<sup>1</sup> Zoals het van toepassing was op 16 mei 2012, namelijk de datum waarop aan het Hof hieromtrent een vraag werd gesteld.

vernietiging van een besluit van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna : BIPT) dat is aangenomen met toepassing van artikel 55, § 3, van de wet van 13 juni 2005 « betreffende de elektronische communicatie »<sup>1</sup> en, anderzijds, diegenen die zijn « betrokken » bij een procedure die is ingesteld door een beroep tot nietigverklaring voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op grond van artikel 14 van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State. Alleen de « rechtzoekenden » van de tweede categorie zouden een arrest kunnen genieten dat bepaalde gevolgen van de vernietigde handeling voorlopig handhaaft gedurende een termijn die is vastgesteld door het rechtscollege waarvoor de zaak aanhangig is gemaakt.

Wanneer het BIPT een besluit neemt met toepassing van artikel 55, § 3, van de wet van 13 juni 2005, « legt » het een of meer « verplichtingen » « op » aan een of meer « operatoren » die het vooraf heeft geïdentificeerd; een « operator » is een persoon die een kennisgeving indient bij het BIPT vóór het aanbieden van elektronische communicatiediensten of -netwerken (artikel 2, 11°, en artikel 9, §§ 1 en 2, van de wet van 13 juni 2005).

Een dergelijk besluit vormt dus geen reglementaire administratieve handeling. Het omvat een of meer individuele administratieve handelingen.

Een dergelijk besluit van het BIPT kan het voorwerp uitmaken van een beroep voor het Hof van Beroep te Brussel (artikel 2, §§ 1 en 4, van de wet van 17 januari 2003). In tegenstelling tot de gecoördineerde wetten op de Raad van State - zie artikel 14 van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten, zoals van toepassing op 16 mei 2012 - verlenen noch de artikelen 2 en 3 van de wet van 17 januari 2003, noch enige andere wetsbepaling aan het Hof van Beroep te Brussel uitdrukkelijk de bevoegdheid om bepaalde gevolgen van het besluit ten aanzien waarvan het vooraf zou hebben beslist het te vernietigen, voorlopig en gedurende een door dat rechtscollege vastgestelde termijn te handhaven. Wanneer voor

<sup>1</sup> Wat de rechtspraak van het Hof betreft in verband met die wet, zie met name het verslag 2011, pp. 41-47 en pp. 309-313.



haar een in artikel 14 van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten bedoeld beroep wordt ingesteld, kan de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, op grond van het voormelde artikel 14<sup>ter</sup>, alleen beslissen om bepaalde gevolgen van de nietig verklaarde handeling voorlopig te handhaven wanneer die laatste een reglementaire administratieve handeling is.

Uit hetgeen voorafgaat, blijkt dat het Hof wordt verzocht zich uit te spreken over de grondwettigheid van een verschil in behandeling tussen, enerzijds, de personen die zijn betrokken bij de vernietiging van een administratieve handeling met een reglementaire draagwijdte en, anderzijds, de personen die zijn betrokken bij de vernietiging van een administratieve handeling met een individuele draagwijdte. Vooraf dient opgemerkt te worden dat deze zaak geen betrekking heeft op een schending van het recht van de Europese Unie en bijgevolg geen rekening moet worden gehouden met de beperkingen die uit dat recht kunnen voortvloeien inzake de handhaving van de gevolgen van nationale normen die dienen te worden vernietigd of buiten toepassing gelaten omdat zij in strijd zijn met dat recht (zie daaromtrent : HvJ, grote kamer, 8 september 2010, C-409/06, *Winner Wetten GmbH t. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, punten 53-69; grote kamer, 28 februari 2012, C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL en Terre wallonne ASBL t. Région wallonne*, punten 56-63). Het Hof beantwoordt de prejudiciële vraag in de daarin vermelde interpretatie dat de artikelen 2 en 3 van de wet van 17 januari 2003 het Hof van Beroep niet toestaan « sommige gevolgen van beslissingen van het BIPT die het vernietigt, tijdelijk te handhaven, terwijl de rechtszekerheid een dergelijke handhaving zou vereisen », zonder zich uit te spreken over de vraag of het Hof van Beroep zulk een bevoegdheid kan putten uit het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (vergelijk met het arrest nr. 125/2011<sup>1</sup>, B.5.4).

De regel vervat in artikel 14<sup>ter</sup> van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten maakt het mogelijk « de terugwerking van een vernietigingsarrest [van de Raad van State] eventueel in de tijd [te beperken] », terugwerking die « in de praktijk belangrijke

<sup>1</sup> Zie het verslag 2011, pp. 15-20.

gevolgen tot stand [kan] brengen omdat [zij] bestaande rechtstoestanden kan aantasten », zoals in de parlementaire voorbereiding wordt aangegeven. Het probleem van de gevolgen van de retroactiviteit is « minder acuut » in het geval van vernietiging van een administratieve handeling met individuele draagwijdte, zodat, bij het aannemen van artikel 14<sup>ter</sup> van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten, het « raadzaam » heeft geleken « de Raad van State eerst vertrouwd te maken met deze nieuwe mogelijkheid voor vernietigde verordeningsbepalingen, en - na een evaluatie - het systeem in een later stadium eventueel uit te breiden tot vernietigde individuele administratieve beslissingen ».

Tot nu toe heeft de Raad van State de bij artikel 14<sup>ter</sup> van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten verleende bevoegdheid zelden aangewend en is hij van oordeel dat die bevoegdheid met wijsheid en omzichtigheid moet worden gehanteerd wanneer vaststaat dat de vernietiging zonder meer van de bestreden handeling zeer zware gevolgen zou hebben op het stuk van de rechtszekerheid (RvSt, 21 november 2001, nr. 100.963, *Belgische Staat*; 30 oktober 2006, nr. 164.258, *Somja et al.*; 8 november 2006, nr. 164.522, *Belgische beroepsvereniging der geneesheren specialisten in nucleaire geneeskunde et al.*). Op die manier komt de Raad van State tegemoet aan de bedoeling van de wetgever, die heeft getracht een evenwicht te vinden tussen het beginsel van de wettigheid van de reglementaire administratieve handelingen, verankerd in artikel 159 van de Grondwet, en het beginsel van de rechtszekerheid. Zoals het Hof heeft aangegeven in zijn arrest *nr. 18/2012*<sup>1</sup>, heeft de wetgever immers aan een rechtscollege de zorg toevertrouwd om te bepalen of uitzonderlijke redenen verantwoord zijn dat de gevolgen van een onwettige reglementaire handeling worden gehandhaafd.

Het staat aan de wetgever om, met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, een billijk evenwicht tot stand te brengen tussen het belang dat elke situatie die strijdig is met het recht, wordt verholpen en de bekommernis dat bestaande toestanden en gewekte verwachtingen na verloop van tijd niet meer in het gedrang worden gebracht.

<sup>1</sup> Zie het verslag 2012, pp. 129-134.

Weliswaar kan de nood om - in uitzonderlijke gevallen - te voorkomen dat de terugwerkende kracht van een vernietiging « bestaande rechtstoestanden » in het gedrang zou brengen, zich zowel laten gevoelen ten aanzien van individuele beslissingen als ten aanzien van verordeningsbepalingen. Niettemin heeft de wetgever, bij het tot stand brengen van het hiervoor vermelde billijke evenwicht, ermee rekening kunnen houden dat de kans op onevenredige gevolgen van een vernietiging groter is wanneer het een verordeningsbepaling betreft die per definitie een onbepaald aantal personen als rechtsadessaat heeft.

Zonder zich uit te spreken over de grondwettigheid van een andere optie, zoals die welke de wetgever heeft overwogen tijdens de parlementaire voorbereiding die in het arrest is beoogd of zoals die kan voortvloeien uit het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, merkt het Hof op dat het in het geding zijnde verschil in behandeling niet zonder redelijke verantwoording is.

Het Hof beslist derhalve dat de artikelen 2 en 3 van de wet van 17 januari 2003 « betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector » de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schenden.



## VI. STRAFRECHT EN STRAFRECHTSPLEGING

### 14. *Minnelijke schikking in strafzaken en instemming van het slachtoffer* (*arrest nr. 6/2013*)

Naar aanleiding van beroepen tegen de wet van 14 april 2011 « houdende diverse bepalingen »<sup>1</sup> is het Hof ertoe gebracht zich te buigen over de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 84 van die wet, dat artikel 216*bis* van het Wetboek van strafvordering wijzigt<sup>2</sup>.

Die bestreden bepaling werd met name verweten de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 151 ervan en met artikel 28*quater*, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering, te schenden, in zoverre het openbaar ministerie, ondanks zijn onafhankelijkheid en zijn beoordelingsbevoegdheid, slechts zou kunnen overgaan tot een minnelijke schikking in strafzaken in verband met een inbreuk op de fiscale en sociale wetten die het mogelijk heeft gemaakt de belasting of de sociale bijdragen te omzeilen, op voorwaarde dat de omzeilde belasting of sociale bijdragen, verhoogd met de interesten, vooraf en integraal zouden zijn terugbetaald en de fiscale of sociale administratie daarmee heeft ingestemd, terwijl dergelijke vereisten niet zouden bestaan voor de andere misdrijven waarvoor een minnelijke schikking in strafzaken door het openbaar ministerie kan worden uitgevoerd. Rekening houdend met de grieven zoals uiteengezet in de verzoekschriften, beperkt het Hof zijn onderzoek evenwel tot artikel 216*bis*, § 6, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering, zoals gewijzigd bij artikel 84, 10°, van de wet van 14 april 2011, met uitsluiting dus van het eerste lid, dat handelt over de transactie inzake douane en accijnzen.

<sup>1</sup> Zie het huidige verslag, pp. 175-194, FISCAAL RECHT - De inwinning en verwerking van de gegevens met betrekking tot de financiële rekeningen en transacties.

<sup>2</sup> Dat artikel 216*bis* heeft het voorwerp uitgemaakt van een latere wijziging, bij artikel 2 van de wet van 11 juli 2011 « tot wijziging van de artikelen 216*bis* en 216*ter* van het Wetboek van Strafvordering en van artikel 7 van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek », in werking getreden op 11 augustus 2011(B.2.3).

Artikel 151, § 1, van de Grondwet bepaalt : « de rechters zijn onafhankelijk in de uitoefening van hun rechtsprekende bevoegdheden. Het openbaar ministerie is onafhankelijk in de individuele opsporing en vervolging onverminderd het recht van de bevoegde minister om de vervolging te bevelen en om de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te leggen ».

Na de verantwoording voor de bestreden bepaling te hebben overgenomen zoals die blijkt uit de parlementaire voorbereiding, merkt het Hof op dat, volgens de Ministerraad, uit artikel 216*bis*, § 2, vierde tot zevende en elfde lid, van het Wetboek van strafvordering zou voortvloeien dat de instemming van het slachtoffer thans algemeen vereist is om een minnelijke schikking in strafzaken te kunnen treffen, en dat het aangevoerde verschil in behandeling dus niet bestaat. Hoewel sommige verklaringen afgelegd tijdens de parlementaire voorbereiding het tegendeel laten uitschijnen, blijkt uit de bestreden bepaling niet dat de instemming van het slachtoffer een verplichte voorwaarde vormt voor het sluiten van een minnelijke schikking in strafzaken. Het door de verzoekende partijen aangevoerde verschil in behandeling steunt dus niet op een verkeerd uitgangspunt en het staat aan het Hof na te gaan of dat verschil in behandeling bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 151, van de Grondwet.

Artikel 151, § 1, van de Grondwet, dat de onafhankelijkheid waarborgt van het openbaar ministerie in de uitoefening van de individuele opsporingen en vervolgingen, verzet zich niet ertegen dat de wetgever, met naleving van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, de vervolging of bepaalde aspecten van de vervolging van bijzondere misdrijven kan toevertrouwen aan een andere overheid. De Administratie der douane en accijnzen beschikt aldus over ruime bevoegdheden in verband met de uitoefening van de strafvordering. Zij heeft het initiatiefrecht ter zake, met dien verstande dat, in voorkomend geval, het openbaar ministerie bij de uitoefening van de strafvordering moet worden betrokken, hetzij middels het uitbrengen van een advies, hetzij om een hoofdgevangenisstraf te vorderen.

Artikel 216bis, § 6, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering ontnemt het openbaar ministerie niet het recht om de vervolgingen al dan niet uit te oefenen. Voor de fiscale of sociale misdrijven waarmee belastingen of sociale bijdragen konden worden omzeild, beperkt het alleen maar de mogelijkheid van het openbaar ministerie om aan de verdachte een minnelijke schikking voor te stellen die de vervolging beëindigt, waarbij dat voorstel afhankelijk wordt gemaakt van de betaling van de omzeilde belastingen of sociale bijdragen die de dader verschuldigd is, alsook van de instemming van de fiscale of sociale administratie.

De fiscale of sociale misdrijven tasten de hele gemeenschap aan door de overheid de middelen te ontnemen die nodig zijn voor haar goede werking. De door het slachtoffer van een gemeenrechtelijk misdrijf geleden schade is individueel. Terwijl dat laatste slachtoffer de vergoeding van zijn schade kan verkrijgen door zich burgerlijke partij te stellen, kunnen de fiscale of sociale administraties slechts een burgerlijke rechtsvordering instellen voor schade waarvoor de wetgeving in geen enkele specifieke mogelijkheid van herstel voorziet. Dat nadeel is niet het bedrag van de omzeilde belasting of bijdragen, maar bestaat meer bepaald in de noodzaak om klacht in te dienen of aangifte te doen bij de procureur des Konings, het verdere verloop van het geding te volgen en te wachten op de definitieve beslissing over de strafvordering teneinde het bewijs van de fraude te kunnen leveren (zie Cass., 9 december 1997, *Arr. Cass.*, 1997, I, nr. 540; 14 februari 2001, *Arr. Cass.*, 2001, nr. 91; 25 mei 2011, *Arr. Cass.*, 2011, nr. 349). Daarnaast beschikt de fiscale of sociale administratie over repressieve bevoegdheden.

Het Hof besluit bijgevolg dat, wegens de essentiële verschillen die bestaan tussen het slachtoffer van een gemeenrechtelijk misdrijf en de fiscale en sociale administratie, de bestreden verschillen in behandeling niet zonder redelijke verantwoording zijn.

Bij zijn arrest nr. 6/2013 verwerpt het derhalve, ook op dat punt, de bij het Hof ingestelde beroepen.

**15. De rechten verleend aan elkeen die wordt verhoord of wiens vrijheid wordt benomen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan – Salduz-rechtspraak (arresten nrs. 7/2013, 8/2013 en 50/2013)**

De wet van 13 augustus 2011 « tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen wiens vrijheid wordt benomen rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan » heeft als doel de Belgische wetgeving in overeenstemming te brengen met de zogenaamde Salduz-rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Volgens die rechtspraak heeft eenieder die wordt ondervraagd door de politie, recht op bijstand van een advocaat vanaf het eerste verhoor en mag, indien dat recht wordt geschonden, een strafrechtelijke veroordeling niet worden gebaseerd op bekentenissen die de verdachte tijdens het eerste politieverhoor heeft afgelegd (EHRM, 27 november 2008, *Salduz t. Turkije*, § 55).

Het Hof heeft zich in het verleden reeds uitgesproken over artikel 6 van die wet, dat een artikel 15*bis* in de voormelde wet van 20 juli 1990 invoegt, en over de artikelen 2, 4, 5 en 9 ervan, in zoverre die bepalingen verwijzen naar het genoemde artikel 15*bis*; dat maakt het mogelijk de in artikel 1, 1°, of in artikel 2 van de wet 20 juli 1990 bedoelde vrijheidsbeneming met 24 uren te verlengen. Bij zijn arrest *nr. 201/2011* heeft het Hof het beroep dat aldus bij het Hof aanhangig was gemaakt, verworpen<sup>1</sup>.

Die aangelegenheid gaat opnieuw bij het Hof aanhangig worden gemaakt naar aanleiding van een prejudiciële vraag – beperkt tot artikel 2, 2°, van de wet van 13 augustus 2011 alleen – en naar aanleiding van verscheidene beroepen tot vernietiging met betrekking tot de artikelen 2, 3, 4 en 7 ervan. Het Hof doet daarover

<sup>1</sup> Zie het verslag 2011, pp. 227-232.



uitspraak bij zijn arrest *nr. 7/2013* en antwoordt op de prejudiciële vraag bij zijn arrest *nr. 8/2013*; in een derde arrest, het arrest *nr. 50/2011*, verwijst het Hof bovendien naar het arrest *nr. 7/2011*.

Schematisch gezien voert de bestreden wet de volgende beginselen in : 1. bij het begin van het verhoor van iedere persoon, ongeacht in welke hoedanigheid hij wordt ondervraagd, moeten hem de in artikel 47*bis*, § 1, van het Wetboek van strafvordering opgesomde elementen worden meegedeeld; een van die elementen is het recht om niet ertoe te worden verplicht zichzelf te beschuldigen; 2. vóór het verhoor van een persoon die ervan wordt verdacht een misdrijf te hebben gepleegd, moet hem daarnaast worden meegedeeld dat hij, na bekendmaking van zijn identiteit, de keuze heeft om een verklaring af te leggen, te antwoorden op de hem gestelde vragen of te zwijgen; 3. de persoon wiens vrijheid niet wordt benomen en die ervan wordt verdacht een misdrijf te hebben gepleegd waarvan de bestraffing aanleiding kan geven tot het verlenen van een bevel tot aanhouding, met uitzondering van de verkeersmisdrijven, heeft het recht, vóór het eerste verhoor, een vertrouwelijk overleg te hebben met een advocaat; 4. de persoon die ervan wordt verdacht een misdrijf te hebben gepleegd en wiens vrijheid is benomen, heeft vanaf dat ogenblik en vóór het eerste verhoor het recht een vertrouwelijk overleg te hebben met een advocaat. Hij heeft daarnaast het recht te worden bijgestaan door een advocaat tijdens de ondervragingen door de politiediensten, de procureur des Konings en de onderzoeksrechter, tot het eventueel verlenen van een bevel tot aanhouding door de onderzoeksrechter; 5. de bijstand van een advocaat is eveneens gewaarborgd tijdens het plaatsbezoek met het oog op de reconstructie van de feiten door de onderzoeksrechter.

Na artikel 5 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens terzijde te hebben geschoven – aangezien, volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het recht op het genot van de bijstand van een advocaat tijdens een inverzekeringsstelling of een voorlopige hechtenis niet onder

artikel 5 valt, maar onder artikel 6.3 van het voormelde Verdrag -, onderzoekt het Hof de middelen waarbij het die per thema groepeer<sup>1</sup>.

*1. Ten aanzien van het toepassingsgebied van de bestreden wet*

Wat het begrip « verhoor » betreft, werd betoogd dat het ontbreken van een wettelijke definitie van dat begrip, gebruikt in artikel 47bis van het Wetboek van strafvordering en artikel 2bis van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, zoals gewijzigd bij de bestreden wet, zou leiden tot een schending van het wettigheidsbeginsel gewaarborgd bij artikel 12 van de Grondwet en van het beginsel van rechtszekerheid, alsook tot een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De in artikel 12, tweede lid, van de Grondwet vermelde beginselen van wettigheid en voorspelbaarheid van de strafrechtspleging zijn van toepassing op de hele rechtspleging, met inbegrip van de stadia van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek. De vereiste van voorspelbaarheid van de strafrechtspleging waarborgt elke burger dat tegen hem enkel een opsporingsonderzoek, een gerechtelijk onderzoek en een vervolging kunnen worden ingesteld volgens een bij de wet vastgestelde procedure waarvan hij vóór de aanwending ervan kennis kan nemen.

Het Hof antwoordt met name dat, gelet op zowel de parlementaire voorbereiding als de tekst van het voormelde artikel 2bis, het begrip « verhoor » moet worden begrepen in de zin van een ondervraging – in de parlementaire voorbereiding is sprake van « een geleide ondervraging aangaande misdrijven die ten laste kunnen worden

---

<sup>1</sup> Aldus onderzoekt het Hof hierna achtereenvolgens :

1. het toepassingsgebied van de bestreden wet;
2. de voorwaarden inzake de uitvoering van de opdracht van de advocaat (zie hierna p. 145);
3. de mogelijkheid om het recht op de bijstand van de advocaat uit te sluiten (p. 148);
4. de mogelijkheid om afstand te doen van de bijstand van de advocaat (p. 148);
5. de sanctie voor de schending van de bij de bestreden wet gewaarborgde rechten (p. 149);
6. het recht op de juridische bijstand in de context van de toepassing van de bestreden wet (p. 153), en ten slotte,
7. de toepassing van de bestreden wet op de minderjarigen (p. 154).

gelegd, door een daartoe bevoegde persoon geacteerd in een proces-verbaal, in het kader van een opsporings- of gerechtelijk onderzoek, met als doel de waarheid te vinden ».

Verscheidene middelen hadden bovendien betrekking op *het criterium van de vrijheidsbeneming* dat de wetgever heeft gekozen voor de toekenning van het recht te worden bijgestaan door een advocaat tijdens het verhoor door de politiediensten, de procureur des Konings of de onderzoeksrechter. Volgens de verzoekende partijen zou de beperking van het recht op bijstand door een advocaat tijdens het verhoor tot de aangehouden personen, in strijd zijn met het recht op een eerlijk proces; zij voerden de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 5 en 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten : het criterium van de vrijheidsbeneming waarvoor de Belgische wetgever heeft gekozen, zou in strijd zijn met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en zou onder de rechtzoekenden een discriminatie in het leven roepen ten aanzien van het genot van het recht op een eerlijk proces.

Het Hof wijst erop dat de aanwezigheid van een advocaat tijdens het verhoor van een persoon door de politiediensten, de procureur des Konings of de onderzoeksrechter, door de wetgever, in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>1</sup>, is verantwoord door de noodzaak om de rechten van de verdediging van de verhoorde te beschermen en in het bijzonder zijn recht om te zwijgen, om niet ertoe te worden verplicht zichzelf te beschuldigen en geen druk te ondergaan vanwege de persoon die verhoort teneinde bekentenissen te verkrijgen. Het risico dat die rechten worden aangetast, is des te groter daar de betrokkene zich bevindt in een bijzonder kwetsbare positie ten opzichte van de overheid. Die kwetsbaarheid kan, volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, worden veroorzaakt door het ingewikkelde

<sup>1</sup> Zie de arresten *Salduz t. Turkije*, voormeld ; *Dayanan t. Turkije* ; *Zaichenko t. Rusland* ; *Brusco t. Frankrijk* ; *Stojkovic t. Frankrijk en België* ; *Smolik t. Oekraïne*, waarvan de volledige bronvermelding is gegeven in de door het Hof aangehaalde uittreksels uit die arresten.

karakter van de strafrechtspleging en het daaruit voortvloeiende feit dat de betrokkene die rechtspleging niet begrijpt, alsook door de omstandigheden van het verhoor. In dat opzicht is de vrijheidsbeneming een element dat de kwetsbaarheid van de verhoorde kan vergroten. Het criterium van de vrijheidsbeneming waarop de wetgever het bekritiseerde verschil in behandeling ten aanzien van het recht op het genot van de aanwezigheid van een advocaat tijdens het verhoor heeft gegrond, is bijgevolg relevant in het licht van het legitieme doel dat erin bestaat de meest kwetsbare personen te beschermen. De onzekerheid waarin iedere ondervraagde persoon, zelfs wanneer die vrij is, zich bevindt, vermits hij in de regel het ingewikkelde karakter van de regels inzake de strafrechtspleging en de omvang van zijn rechten van de verdediging niet beheerst, wordt overigens op toereikende wijze gecompenseerd door, enerzijds, de verplichting ten aanzien van de overheid, vervat in artikel 47*bis*, § 2, van het Wetboek van strafvordering, om bij de aanvang van het onderhoud te herinneren aan het recht om niet ertoe te worden verplicht zichzelf te beschuldigen en aan het zwijgrecht en, anderzijds, het recht van die persoon, onder voorbehoud van de hierna onderzochte uitzonderingen, om vóór het verhoor een vertrouwelijk onderhoud te hebben met een advocaat - die van dat onderhoud gebruik kan maken om te herinneren aan de rechten van de verdediging en de voor de betrokkene relevante aspecten van de strafrechtspleging uiteen te zetten. Wat betreft de beperking van de bij de bestreden wet bepaalde waarborgen tot alleen de gevallen van vrijheidsbeneming bedoeld in de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, antwoordt het Hof dat daar de wetgever, met de aanneming van de bestreden wet, het recht op een eerlijk proces wilde waarborgen, hem niet kan worden verweten in die context bepalingen te hebben aangenomen die alleen betrekking hebben op de personen die het voorwerp uitmaken van een vrijheidsbeneming vóór een eventueel strafproces.

Het Hof gaat daarentegen artikel 47*bis*, § 2, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 13 augustus 2011, vernietigen in zoverre het niet erin voorziet dat de persoon die moet worden ondervraagd over de misdrijven die hem ten laste kunnen worden gelegd, erover moet worden ingelicht dat hij niet is aangehouden en dat hij bijgevolg op elk ogenblik kan gaan

en staan waar hij wil. Het is juist dat de advocaat, met wie de ondervraagde verdachte in principe een voorafgaand vertrouwelijk overleg heeft gehad, hem hoogstwaarschijnlijk eraan heeft herinnerd dat, aangezien hij niet is aangehouden, hij het recht heeft het verhoor op elk ogenblik te beëindigen; evenwel, vanaf het ogenblik dat de wetgever het criterium van de vrijheidsbeneming in aanmerking neemt voor de toekenning van het recht om door een advocaat te worden bijgestaan tijdens de ondervraging en hij de uitsluiting van de personen wier vrijheid niet is benomen, van dat recht verantwoordt door het feit dat zij in staat zijn het verhoor op elk ogenblik te verlaten, in voorkomend geval om opnieuw overleg te plegen met een advocaat, moet hij zich ervan vergewissen dat de betrokken personen zich bewust zijn van het feit dat hun vrijheid niet is benomen en dat zij het kantoor waar zij worden ondervraagd bijgevolg vrij kunnen verlaten; het Hof voegt eraan toe dat dat des te meer geldt daar in sommige gevallen de ondervraagde verdachte geen voorafgaand vertrouwelijk overleg met een advocaat heeft gehad, ofwel omdat artikel 47bis, § 2, eerste lid, 3°, van het Wetboek van strafvordering dat recht uitsluit voor de feiten waarover hij wordt ondervraagd, ofwel omdat hij daarvan op geldige wijze heeft afgezien.<sup>1</sup>

Nog steeds met betrekking tot het toepassingsgebied van de bestreden wet, bekritiseerden verscheidene verzoekende partijen *de uitsluiting van de bijstand van de advocaat tijdens de verhoren afgenomen na het verlenen van het bevel tot aanhouding*. Artikel 2bis, § 2, eerste lid, van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, ingevoegd bij artikel 4 van de bestreden wet, zou de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 5 en 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, schenden in zoverre het het recht op de bijstand van een advocaat tijdens het verhoor van een aangehouden

<sup>1</sup> Om de rechtsonzekerheid te vermijden en teneinde het de wetgever mogelijk te maken de wetgeving aan te passen in overeenstemming met het arrest, handhaaft het Hof, tot het optreden van de wetgever en uiterlijk tot 31 augustus 2013, de gevolgen van artikel 47bis, § 2, eerste lid, dat het vernietigt, in zoverre het niet erin voorziet dat de persoon die moet worden ondervraagd over de misdrijven die hem ten laste kunnen worden gelegd, erover moet worden ingelicht dat hij niet is aangehouden en bijgevolg op elk ogenblik kan gaan en staan waar hij wil.

verdachte beperkt tot de verhoren die plaatshebben tijdens de termijn van 24 uur, eventueel verlengd, van de vrijheidsbeneming vóór het verlenen van het bevel tot aanhouding. Het Hof antwoordt dat, gelet op bepaalde waarborgen waarin de wet betreffende de voorlopige hechtenis voorziet - waarborgen die in het arrest gedetailleerd worden beschreven, onder meer door te verwijzen naar de parlementaire voorbereiding -, kan worden aangenomen dat de situatie waarin de in voorlopige hechtenis genomen in verdenkinggestelde zich bevindt, minder kwetsbaar is dan die van de verdachte die wordt ondervraagd tijdens de periode van vrijheidsbeneming van 24 uur vóór het eventueel verlenen van een bevel tot aanhouding.

Een verzoekende partij bekritiseerde eveneens *de uitsluiting van de bijstand van de advocaat voor sommige andere onderzoekshandelingen*. Het Hof antwoordt dat tijdens de duur van de vrijheidsbeneming van 24 uur vóór het mogelijk verlenen van een bevel tot aanhouding, de enig denkbare onderzoekshandelingen die de actieve medewerking van de verdachte vereisen, naast een eventuele reconstructie van de feiten, de verhoren van de verdachte zijn, in voorkomend geval in de vorm van een confrontatie met getuigen, slachtoffers of andere verdachten of in verdenkinggestelden. In het licht van de met de bestreden wet nagestreefde doelstellingen is het niet zonder redelijke verantwoording de aanwezigheid van de advocaat alleen te hebben geëist bij de verhoren en de plaatsbezoeken met het oog op de reconstructie van de feiten.

Wat betreft *het recht op een vertrouwelijk overleg met een advocaat vóór het verhoor*, bekritiseerden verscheidene verzoekende partijen de grondwettigheid van de (hieronder gepreciseerde) dubbele beperking die aan dat recht is aangebracht bij artikel 47bis, § 2, 3°, van het Wetboek van Strafvordering, zoals het is ingevoerd bij artikel 2, 2°, van de bestreden wet.

In zoverre de voormelde bepaling niet voorziet (eerste uitsluiting) in het recht op een voorafgaand vertrouwelijk overleg met een advocaat voor de persoon die wordt verhoord over feiten die hem ten laste kunnen worden gelegd en waarvan de bestraffing geen aanleiding kan geven tot het verlenen van een bevel tot

aanhouding, besluit het Hof tot de ontstentenis van schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, waarbij het met name wijst op de relevantie van het criterium dat is afgeleid uit de ernst van de straf ten aanzien van de noodzaak voor de wetgever om een systeem in te voeren dat op bevredigende wijze kan worden toegepast. Ten aanzien van de bestaanbaarheid van dat criterium met het wettigheidsbeginsel gewaarborgd bij artikel 12 van de Grondwet, besluit het Hof eveneens tot de ontstentenis van schending, waarbij het van oordeel is dat voldoende waarborgen bestaan voor de uitvoering van het criterium van de straf die aanleiding kan geven tot het bevel tot aanhouding, waarborgen die eventuele verkeerde oorspronkelijke kwalificaties op het vlak van de ernst van de feiten kunnen voorkomen, het risico erop kunnen verminderen of ze kunnen ondervangen.

Het Hof gaat daarentegen artikel 47*bis*, § 2, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering vernietigen wegens schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het van het recht op een voorafgaand vertrouwelijk overleg met een advocaat de verdachte uitsluit (tweede uitsluiting) die wordt verhoord over feiten die vallen onder één van de wanbedrijven bedoeld in artikel 138, 6°, 6°*bis* en 6°*ter*. Het Hof wijst erop dat de in die bepalingen bedoelde wanbedrijven in bepaalde gevallen aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor de daders, zowel wat betreft de straffen die kunnen worden opgelegd, als wat betreft de schadevergoedingen die aan de slachtoffers verschuldigd kunnen zijn; de gevolgen van die misdrijven kunnen eveneens zeer zwaar zijn voor diegenen die ze hebben gepleegd en bijgevolg bij hen een toestand van grote onzekerheid en kwetsbaarheid veroorzaken net na het plegen ervan. Hoewel het, zoals reeds erop is gewezen, aanvaardbaar is dat de wetgever, om redenen van praktische werkbaarheid, de gevallen van aan het verhoor voorafgaand vertrouwelijk overleg met een advocaat wil beperken voor de verdachten wier vrijheid niet is benomen, en daartoe een criterium afleidt uit de ernst van het misdrijf en de zwaarte van de opgelopen straf, is de uitsluiting van een volledig contentieux - het gaat in hoofdzaak om het verkeerscontentieux -, met inbegrip van de



zwaarste misdrijven die zich in die materie kunnen voordoen, daarentegen niet redelijk verantwoord : de persoon die ervan wordt verdacht één van de in artikel 138, 6°, 6°bis en 6°ter, van het Wetboek van strafvordering bedoelde wanbedrijven te hebben gepleegd, bevindt zich immers, wat betreft zijn kwetsbaarheid ten aanzien van de overheid die overgaat tot het verhoor, en zijn daaruit voortvloeiende behoefte om toegang te hebben tot een advocaat, in een situatie die vergelijkbaar is met die van de persoon die ervan wordt verdacht een even ernstig wanbedrijf te hebben gepleegd in een andere context dan die van het wegverkeer.<sup>1</sup>

Nog steeds wat betreft het toepassingsgebied van de bestreden wet, bekritiseerden verscheidene verzoekende partijen *de niet-naleving van het wettigheidsbeginsel bij het bepalen van het toepassingsgebied van de rechten gewaarborgd* bij artikel 47bis van het Wetboek van Strafvordering, in zoverre het een beroep doet op de begrippen « verdachte » en « elkeen wiens vrijheid wordt benomen » : die begrippen zouden niet in overeenstemming zijn met de vereisten van het wettigheidsbeginsel, daar zij afhangen van de beoordelingsbevoegdheid van de onderzoekers en het gebruik ervan een niet te verwaarlozen risico van vergissingen met zich meebrengt. Onder verwijzing naar, met name, de voormelde arresten *Brusco* en *Smolik* van het EHRM, antwoordt het Hof, met betrekking tot het begrip « verdachte », dat door, ten aanzien van het recht op het vertrouwelijk overleg met een advocaat vóór het verhoor, een onderscheid te maken tussen de situatie van de verdachte en die van de personen die worden verhoord in een andere hoedanigheid, zoals slachtoffer, klager of getuige, de bestreden wet gepaste begrippen gebruikt om de doelstelling van de wetgever te bereiken, die erin bestond het recht op de bijstand van een advocaat vanaf de inleidende fase van het strafproces te waarborgen. Die begrippen zijn voldoende duidelijk en voorspelbaar om de rechtzoekenden en de overheden in staat te stellen de rechten te bepalen die in elke situatie dienen te worden

<sup>1</sup> Om de rechtsonzekerheid te vermijden en teneinde het de wetgever mogelijk te maken de wetgeving aan te passen in overeenstemming met het arrest handhaaft het Hof, tot het optreden van de wetgever en uiterlijk tot 31 augustus 2013, de gevolgen van de woorden « , met uitzondering van de in artikel 138, 6°, 6°bis en 6°ter, bedoelde wanbedrijven », vernietigd in artikel 47bis, § 2, eerste lid, 3°, van het Wetboek van strafvordering.



gewaarborgd. Bovendien, rekening houdend met de mogelijkheid dat het statuut en de rol van een persoon in de loop van het onderzoek kan evolueren, heeft de wetgever, zoals in het arrest in detail wordt beschreven, de maatregelen genomen die noodzakelijk zijn om de rechten van de verdediging te waarborgen van de personen die tijdens het onderzoek of tijdens het verhoor de hoedanigheid van verdachte verkrijgen. Gelet op de door het Hof aangehaalde rechtspunten en punten uit de rechtspraak, blijkt het niet dat het criterium van de vrijheidsbeneming onduidelijk of onvoldoende voorspelbaar is.

2. *Ten aanzien van de voorwaarden inzake de uitvoering van de opdracht van de advocaat*

Verscheidene verzoekende partijen bekritiseerden *de beperkingen die de wetgever heeft gesteld aan de mogelijkheden inzake het optreden van de advocaat tijdens het verhoor dat hij bijwoont*. Die beperkingen zouden de artikelen 10, 11, 12 en 14 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 444 en 456 van het Gerechtelijk Wetboek, met de artikelen 5 en 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met de algemene beginselen van de rechten van de verdediging en van het recht op een eerlijk proces, schenden. Na verscheidene arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in herinnering te hebben gebracht<sup>1</sup>, wijst het Hof erop dat de persoon wiens vrijheid is benomen en wordt ondervraagd in aanwezigheid van zijn advocaat, vóór het eerste verhoor, de mogelijkheid heeft gehad de advocaat te ontmoeten tijdens een vertrouwelijk onderhoud; de verdachte heeft aldus, vanaf de vrijheidsbeneming en los van de ondervragingen die hij ondergaat, de steun en de bijstand van een advocaat kunnen genieten. Terwijl zij vermijden dat tijdens het verhoor een debat op tegenspraak tot stand komt tussen de persoon die ondervraagt en de advocaat, definiëren de bestreden bepalingen de rol van die laatste zodat hij kan waken over de naleving van de fundamentele rechten van zijn cliënt. Zijn aanwezigheid strekt ertoe de kwetsbare positie van die laatste te compenseren. Gelet op het

<sup>1</sup> Waarvan er verscheidene worden geciteerd op p. 139.

feit dat de advocaat het recht heeft om vermeldingen in het proces-verbaal te doen opnemen, alsook gelet op het recht om een nieuw vertrouwelijk overleg te doen vragen, blijkt uit hetgeen voorafgaat, dat de advocaat die het verhoor bijwoont, niet is beperkt tot een louter passieve rol, maar beschikt over, weliswaar beperkte, mogelijkheden om op te treden, zodat hij kan waken over de naleving van de fundamentele rechten van zijn cliënt tijdens het verhoor; het Hof besluit in dezelfde zin bij de analyse van de rol die aan de advocaat is toebedeeld in het kader van het verhoor vóór het eventueel verlenen van een bevel tot aanhouding, met toepassing van artikel 16, § 2, van de wet betreffende de voorlopige hechtenis.

Nog steeds wat de voorwaarden inzake de uitvoering van de opdrachten van de advocaat betreft, verweten verscheidene verzoekende partijen de wetgever geen *toegang tot het strafdossier* van de te verhoren persoon vóór het voorafgaand overleg met de advocaat te hebben toegelaten en geregeld, in tegenstelling met hetgeen door de strafprocedure apart is geregeld naargelang de betrokken persoon onder aanhoudingsbevel is geplaatst dan wel niet van zijn vrijheid is beroofd; die situatie zou de hierboven vermelde referentienormen schenden. Het Hof antwoordt dat de toegang tot het strafdossier van de door de advocaat bijgestane persoon vanaf diens eerste ondervraging niet noodzakelijk lijkt om zijn opdracht op bevredigende wijze te kunnen uitvoeren in het licht van de door de wetgever nagestreefde doelstellingen; bovendien zou de regeling van de toegang tot het dossier vanaf dat ogenblik wel eens een werkoverlast kunnen veroorzaken voor de onderzoekers, alsook voor de magistraten die met het dossier zijn belast - die met name zullen moeten nagaan welke stukken ter kennis mogen worden gebracht van de advocaat en zijn cliënt, zonder het verdere verloop van het onderzoek of de rechten en de veiligheid van derden in gevaar te brengen - alsook een vertraging bij het plegen van het vertrouwelijk overleg, die onverenigbaar riskeert te zijn met de voor de vrijheidsbeneming opgelegde termijn van ten hoogste 24 uur. Opdat de advocaat zijn opdracht kan vervullen en naar gelang van de omstandigheden en de kenmerken van de betrokken persoon, moeten de politieambtenaren, de procureur des Konings of de onderzoeksrechter echter ook zelf de advocaat inlichten over de feiten waarop het verhoor betrekking heeft; onder dat voorbehoud – dat van toepassing is op de verhoren

afgenomen na de bekendmaking van het arrest *nr. 7/2013* in het *Belgisch Staatsblad* – is het dat het Hof het voormelde middel verwerpt.

*Wat het vertrouwelijk overleg vóór het verhoor betreft*, verweten bepaalde verzoekende partijen artikel *2bis*, § 1, van de wet betreffende de voorlopige hechtenis, ingevoegd bij artikel 4 van de bestreden wet, enerzijds, de duur van het voorafgaand vertrouwelijk overleg met een advocaat voor de verdachte wiens vrijheid is benomen, te beperken tot dertig minuten en, anderzijds, slechts een vertrouwelijk overleg toe te staan vóór het eerste verhoor en niet vóór de latere verhoren die plaatshebben tijdens de eerste termijn van vrijheidsbeneming van 24 uur; die situatie zou de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de algemene beginselen van de rechten van de verdediging en van het recht op een eerlijk proces, schenden. Het Hof verwerpt dat middel wat beide aspecten ervan betreft, waarbij het, naar gelang van het geval, rekening houdt met : de rol van de advocaat tijdens het vertrouwelijk overleg; de noodzaak om de duur van de vrijheidsbeneming vóór het eventueel verlenen van een bevel tot aanhouding binnen de limiet van 24 uur te behouden; de bijstand van de verdachte door zijn advocaat tijdens de verhoren en het bijkomend overleg waarin in sommige gevallen is voorzien. Met betrekking tot de duur van het vertrouwelijk overleg en teneinde het hoofd te bieden aan sommige uitzonderlijke gevallen – bijvoorbeeld wanneer de aangehouden persoon en zijn advocaat niet dezelfde taal spreken en een beroep moet worden gedaan op een tolk – doet het Hof de verwerping van het middel echter afhangen van het feit dat het bestreden artikel *2bis*, § 1, in die zin wordt geïnterpreteerd dat het de aangehouden persoon de mogelijkheid biedt een overleg met zijn advocaat te verkrijgen dat langer duurt dan dertig minuten, maar beperkt is in het licht van de vereisten van het onderzoek wanneer, gelet op de concrete omstandigheden, de naleving van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens dat vereist.

3. *Ten aanzien van de mogelijkheid om het recht op bijstand van een advocaat uit te sluiten*

Verscheidene middelen verweten artikel 2*bis*, § 5, van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, ingevoegd bij artikel 4 van de bestreden wet, het de procureur des Konings of de onderzoeksrechter mogelijk te maken af te wijken van het recht op een vertrouwelijk overleg met een advocaat en van het recht om door hem te worden bijgestaan tijdens de verhoren; die mogelijkheid zou de artikelen 10, 11, 12 en 14 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 5 en 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met de algemene beginselen van de rechten van de verdediging en van het recht op een eerlijk proces, schenden. Na erop te hebben gewezen dat het voormelde arrest *Salduz* een dergelijke mogelijkheid aanvaardt, verwerpt het Hof het middel, waarbij het rekening houdt met de eraan verbonden waarborgen : de wetgever heeft het gebruik van die afwijking strikt afgebakend vermits die beslissing alleen kan worden genomen door een magistraat en niet door de politieambtenaren die ondervragen, zij in het bijzonder moet worden gemotiveerd in het licht van de bijzondere omstandigheden van de zaak en zij moet worden verantwoord door dwingende redenen; aangezien het gaat om een afwijking van een fundamenteel recht, moet de bestreden bepaling bovendien op restrictieve wijze worden geïnterpreteerd, hetgeen wordt bevestigd door het gebruik van het woord « uitzonderlijk »; ten slotte maakt de motiveringsplicht een latere controle door de onderzoeksgerechten of de feitenrechters mogelijk, die de nodige gevolgen zullen trekken uit een verkeerde beoordeling van de magistraat.

4. *Ten aanzien van de mogelijkheid om afstand te doen van het recht op de bijstand van een advocaat*

Ten slotte werd artikel 47*bis*, § 2, derde lid, van het Wetboek van strafvordering en artikel 2*bis*, § 1, vijfde lid, en § 2, zesde lid, van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, respectievelijk ingevoegd bij de artikelen 2 en 4 van de bestreden wet, verweten de meerderjarige verdachte toe te laten af te zien van

het recht op het voorafgaand overleg met een advocaat, alsook van het recht op de bijstand van een advocaat tijdens het verhoor, zulks met schending van de hierboven aangehaalde referentienormen. Onder verwijzing naar, met name, de rechtspraak van het EHRM alsook de voorwaarden van die afstand, zoals zij uit de parlementaire voorbereiding blijken, besluit het Hof dat die elementen het vrijwillige en weloverwogen karakter van de afstand van het recht op de bijstand van een advocaat waarborgen, en verwerpt het bijgevolg het middel.

5. *Ten aanzien van de sancties in geval van niet-naleving van de bij de bestreden wet gewaarborgde rechten*

Verscheidene verzoekende partijen bekritiseerden allereerst *de sanctie voor de schending van het recht op de bijstand van een advocaat vóór het verhoor of tijdens dat verhoor*, bepaald bij artikel 47bis, § 6, van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet. Die sanctie zou niet in overeenstemming zijn met de vereisten die voortvloeien uit het recht op een eerlijk proces, zoals geïnterpreteerd door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens : de wetgever had de schending van de bij de bestreden wet gewaarborgde rechten moeten bestraffen met nietigheid of met een volledige uitsluiting van het verzamelde bewijs en bovendien zou de voormelde bepaling een met het wettigheidsbeginsel strijdig gevaar voor uiteenlopende interpretaties inhouden. Artikel 47bis, § 6, van het Wetboek van Strafvordering zou bijgevolg in strijd zijn met de artikelen 10, 11, 12 en 14 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 5, 6 en 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met de artikelen 14 en 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met de algemene beginselen van de rechten van de verdediging en van het recht op een eerlijk proces. Het voormelde artikel 47bis, § 6, werd eveneens verweten niet tevens te voorzien in een sanctie voor de schending van het recht op de bijstand van de advocaat tijdens het verhoor van een verdachte wiens vrijheid is benomen; het Hof schuift dat middel echter terzijde, om reden dat het uitgaat van een verkeerde lezing van die bepaling.

Het Hof bekijkt uitvoerig het toepassingsgebied van de sanctie bepaald in artikel 47bis, § 6, volgens hetwelk tegen een persoon geen enkele veroordeling kan worden uitgesproken die enkel is gegrond op verklaringen die hij heeft afgelegd, terwijl de rechten die hem worden gewaarborgd bij de paragrafen 2, 3 en 5 van hetzelfde artikel, wat betreft het voorafgaand vertrouwelijk overleg of de bijstand door een advocaat tijdens het verhoor, te zijnen aanzien zijn geschonden; in het arrest wordt vervolgens herinnerd aan de evoluties die die tekst tijdens de totstandkoming ervan heeft gekend, en met name aan het feit dat de uiteindelijk gekozen versie die is welke door de Senaat is gewijzigd; tijdens de parlementaire voorbereiding werd gemeend dat de door de Kamer gekozen sanctie « te verregaand » was en dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bleek dat dat laatste een « genuanceerdere » houding aannam.

Na verscheidene uittreksels uit arresten uitgesproken door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>1</sup>, enerzijds, en door het Hof van Cassatie<sup>2</sup>, anderzijds, te hebben overgenomen en uitvoerig te hebben bekeken, wijst het Hof erop dat door te bepalen dat geen enkele veroordeling kan worden uitgesproken alleen op grond van verklaringen afgelegd met schending van het recht op het voorafgaand vertrouwelijk overleg met een advocaat of van het recht op de bijstand van een advocaat tijdens de verhoren, zoals die rechten zijn bepaald door de bestreden wet, artikel 47bis, § 6, van het Wetboek van strafvordering het mogelijk maakt dat die verklaringen door de feitenrechter in aanmerking worden genomen, wanneer zij worden bevestigd door andere bewijselementen, in voorkomend geval verkregen als gevolg van de oorspronkelijke verklaringen. Die bepaling maakt het zelfs mogelijk dat dergelijke verklaringen op beslissende wijze worden gebruikt.

<sup>1</sup> Naast het merendeel van de op p. 139 aangehaalde arresten, citeert het Hof eveneens de arresten *Lazarenko t. Oekraïne*, *Hovanesian t. Bulgarije*, *Zdravko Petrov t. Bulgarije*, *Stanka t. Roemenië* en *Gâfgen t. Duitsland* (de volledige bronvermelding van die arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is gegeven in de door het Hof uiteengezette redenering).

<sup>2</sup> Cass., 15 december 2010, *Arr. Cass.*, 2010, nr. 743 ; Cass., 5 januari 2011, *Arr. Cass.*, 2011, nr. 10 en Cass., 5 september 2012, P.12.0418.F.

Een dergelijke mogelijkheid is in beginsel niet verenigbaar met het recht op een eerlijk proces gewaarborgd bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens : het is immers van oordeel dat het recht van de verdachte om niet ertoe te worden verplicht bij te dragen tot zijn eigen incriminatie en zijn recht om het stilzwijgen te bewaren, waartoe het recht op de bijstand van de advocaat bijdraagt, inhouden dat de beschuldiging steunt op andere bewijselementen dan die welke zijn verkregen met schending van die rechten; die laatste moeten bijgevolg worden uitgesloten van de elementen op basis waarvan de rechter ertoe wordt gebracht de veroordeling te gronden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voegt eraan toe dat, wanneer de bekentenissen die zijn afgelegd met schending van het recht op de bijstand van een advocaat de beslissing tot veroordeling hebben beïnvloed, de mate waarin die bekentenissen hebben bijgedragen tot de overtuiging van de rechter niet in aanmerking moet worden genomen, daar het Hof niet moet speculeren over hetgeen er zou zijn gebeurd indien een advocaat aanwezig was geweest tijdens het eerste verhoor (EHRM, 28 oktober 2010, *Lazarenko t. Oekraïne*, § 57). Door het mogelijk te maken dat zelfincriminerende verklaringen die zijn afgelegd met schending van het recht op de bijstand van een advocaat, zoals geregeld bij de bestreden wet, worden gebruikt om een veroordeling te gronden, zij het in combinatie met andere bewijselementen, schendt artikel 47bis, § 6, van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 13 augustus 2011, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens; in de voormelde bepaling vernietigt het Hof bijgevolg het woord « enkel »<sup>1</sup>.

Nog steeds wat betreft de sancties bepaald in geval van niet-inachtneming van de bij de bestreden wet gewaarborgde rechten, bekritiseerden verscheidene verzoekende partijen *de ontstentenis van elke sanctie wegens de schending van het bij artikel 62 van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij artikel 3 van de*

<sup>1</sup> Rekening houdend met die vernietiging, verklaart het Hof, in zijn arrest nr. 8/2013, de prejudiciële vraag die over datzelfde artikel 47bis, § 6, aan het Hof was gesteld, zonder voorwerp.



*bestreden wet, gewaarborgde recht, namelijk het recht voor de verdachte om door zijn advocaat te worden bijgestaan bij een plaatsbezoek met het oog op de reconstructie van de feiten; die lacune zou in strijd zijn met de artikelen 10, 11, 12 en 14 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 5, 6 en 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met de artikelen 14 en 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met de algemene beginselen van de rechten van de verdediging en van het recht op een eerlijk proces. Het Hof verwerpt het middel, waarbij het erop wijst dat de in het geding zijnde afwezigheid van een sanctie geen afbreuk doet aan het feit dat het aan de feitenrechter toekomt de regelmatigheid van de bewijzen waarop de strafvordering is gegrond, te onderzoeken en het recht van de beklaagde op een eerlijk proces te waarborgen. Het komt hem in dat kader toe, wanneer hij vaststelt dat de inaanmerkingneming van de bewijselementen verzameld tijdens een reconstructie van de feiten die is gevoerd met schending van het recht van de verdachte om te worden bijgestaan door zijn advocaat, afbreuk doet aan het recht van de beklaagde op een eerlijk proces, die niet in aanmerking te nemen om een eventuele veroordeling te gronden<sup>1</sup>.*

Het Hof verwerpt ten slotte de kritieken met betrekking tot *de sanctie wegens de schending van de rechten van de personen die in een andere hoedanigheid dan die van verdachte worden verhoord*. Aangezien de bestreden bepalingen ertoe strekken het recht op een eerlijk proces van de strafrechtelijk vervolgte personen te waarborgen, is het coherent dat zij niet voorzien in sancties voor de schending van het recht op informatie van personen die, in welke hoedanigheid zij ook worden verhoord, geen verdachten zijn en bijgevolg niet kunnen worden beklaagd of beschuldigd tijdens een later strafproces, noch een schending van hun recht op een eerlijk proces kunnen ondergaan. Het Hof herinnert bovendien eraan dat, krachtens artikel 47*bis*, § 5, van het Wetboek van strafvordering, de sanctie waarin artikel 47*bis*, § 6, van het Wetboek van strafvordering voorziet, van toepassing is op de schending van de rechten op het voorafgaand vertrouwelijk overleg met een advocaat en op de

<sup>1</sup> Die motivering is door het Hof overgenomen in zijn arrest *nr. 50/2013*.



bijstand van een advocaat tijdens de verhoren van de personen die aanvankelijk werden verhoord zonder de hoedanigheid van verdachte te hebben, en die worden verdacht in de loop van de ondervraging.

#### 6. Ten aanzien van de juridische bijstand

Verscheidene verzoekende partijen bekritiseerden artikel 2bis, § 1, tweede lid, van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, ingevoegd bij artikel 4 van de bestreden wet : in zoverre zij voorschrijft dat het genot van de juridische bijstand, wat betreft de bijstand van de advocaat vóór het eventueel verlenen van een bevel tot aanhouding, is voorbehouden aan de verdachten wier vrijheid is benomen en die niet beschikken over voldoende inkomsten, zou die bepaling in strijd zijn met artikel 23 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de algemene beginselen van de naleving van de rechten van de verdediging en van het recht op een eerlijk proces. Onder meer verwijzend naar de parlementaire voorbereiding - waarin de budgettaire kostprijs van een vermoeden van onvermogen uitgebreid tot de eerste 24 uur van de vrijheidsbeneming wordt beklemtoond -, doet het Hof, tussen andere overwegingen, opmerken dat de situatie van de personen wier vrijheid is benomen, naargelang dat het geval is gedurende 24 uur, eventueel verlengd tot maximum 48 uur, of zij in voorlopige hechtenis worden geplaatst voor onbepaalde duur en in vele gevallen veel langer, in wezen verschilt op het vlak van hun mogelijkheid om te beschikken over voldoende inkomsten teneinde de diensten van een advocaat te kunnen betalen; het is bijgevolg niet zonder redelijke verantwoording niet te vermoeden dat een persoon wiens vrijheid is benomen voor een dermate korte duur, over onvoldoende inkomsten beschikt; bovendien belet de bestreden bepaling de personen die voldoen aan de wettelijke voorwaarden om de gedeeltelijke of volledige kosteloosheid van de juridische tweedelijnsbijstand te genieten, niet om daar een beroep op te doen, zodat de rechten gewaarborgd bij artikel 23 van de Grondwet niet zijn geschonden, inclusief vanuit het oogpunt van het *standstill*-beginsel dat die bepaling inzake juridische bijstand

bevestigt : het in het geding zijnde recht op de bijstand van een advocaat bestond vroeger immers niet.

*7. Ten aanzien van de toepassing van de wet op de minderjarigen*

Een verzoekende partij voerde in dat verband de schending aan van de artikelen 10, 11, 12 en 14 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 5 en 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, met de artikelen 3 en 40 van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind en met de algemene beginselen van de naleving van de rechten van de verdediging en van het recht op een eerlijk proces.

Ten aanzien van de grief afgeleid uit het feit dat de bestreden wet in die zin zou moeten worden geïnterpreteerd dat zij niet van toepassing is op de minderjarigen die ervan worden verdacht een als misdrijf omschreven feit te hebben gepleegd, zodat die minderjarigen minder rechten zouden genieten dan de meerderjarigen die ervan worden verdacht een dergelijk feit te hebben gepleegd, antwoordt het Hof, onder verwijzing naar de parlementaire voorbereiding, dat zulks niet het geval is. Wat betreft de verschillen die onder minderjarigen zouden worden gemaakt naar gelang zij worden verhoord terwijl zij al dan niet van hun vrijheid zijn beroofd, enerzijds, of vóór dan wel na het (eventueel) verlenen van een bevel tot aanhouding, anderzijds, verwijst het Hof bovendien naar zijn vorige argumentatie om die verschillen in behandeling verantwoord te verklaren.

**16. *Het beroepsgeheim, met name van de advocaat, en de bescherming van minderjarigen of van kwetsbare personen***  
(arresten nrs. 127/2013 en 163/2013)

Zoals het opschrift ervan aangeeft, wijzigt de wet van 30 november 2011 « de wetgeving wat de verbetering van de aanpak van seksueel misbruik en feiten van pedofilie binnen een gezagsrelatie betreft ».

Bij het Hof werd een beroep ingesteld tot vernietiging van artikel 6 van die wet, waarbij artikel 458*bis* van het Strafwetboek is vervangen; in de eerste zaak - beslecht bij het arrest *nr. 127/2013* – beoordeelt het Hof dat artikel 458*bis*, onder abstractie van de wet van 27 juni 2012, die die bepaling wijzigt teneinde haar uit te breiden voor misdrijven van huiselijk geweld (zie *infra*).

Met het oorspronkelijke artikel 458*bis* - dat een uitzondering vormde op de regel van het beroepsgeheim die in artikel 458 van het Strafwetboek is vervat - wou de wetgever, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, de gevallen omschrijven waarin de verplichte inachtneming van het beroepsgeheim kon wijken om de integriteit van een minderjarige te beschermen, door zich te inspireren op de rechtvaardigingsgrond die wordt gevormd door de noodtoestand. Zoals vervangen bij het bestreden artikel 6 van de wet van 30 november 2011, is artikel 458*bis* van het Strafwetboek geïnspireerd op een aanbeveling van de bijzondere commissie betreffende de behandeling van seksueel misbruik en feiten van pedofilie binnen een gezagsrelatie, inzonderheid binnen de kerk. De bijzondere commissie achtte het nodig « de bepalingen inzake beroepsgeheim met betrekking tot seksueel misbruik van minderjarigen te verduidelijken en de mogelijkheden tot spreken voor de houders van een beroepsgeheim uit te breiden tot kwetsbare personen[;] de Bijzondere commissie [erkende] immers het beroepsgeheim, maar [wou] vooral dat er niet langer ‘ schuldig gezwegen ’ [werd] ».

Alvorens de middelen te beantwoorden, merkt het Hof op dat het spreekrecht, zoals geregeld bij artikel 458*bis* van het Strafwetboek, geldt voor de houder van het beroepsgeheim « onverminderd de verplichtingen hem opgelegd door artikel 422*bis* ».

De verzoekende partijen voerden allereerst de schending aan van de artikelen 12 en 14 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, doordat een combinatie van de in de bestreden bepaling vervatte uitdrukkingen « aanwijzingen van een gewichtig en reëel gevaar » en « andere minderjarigen of kwetsbare personen » zou leiden tot een te vage afbakening van de

in artikel 458 van het Strafwetboek bedoelde strafbaarstelling van schending van het beroepsgeheim.

In zoverre zij het wettigheidsbeginsel in strafzaken waarborgen, hebben artikel 7.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 15, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten een draagwijdte die analoog is aan die van de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet. Diegenen die gehouden zijn tot het beroepsgeheim kunnen daarenboven bepaalde informatie vrijgeven onder de voorwaarden waarin de bestreden bepaling voorziet, en zijn dus van hun verplichting tot beroepsgeheim vrijgesteld wanneer aan die voorwaarden is voldaan : de bestreden bepaling bevat bijgevolg modaliteiten die determinerend kunnen zijn voor een toepassing van artikel 458 van het Strafwetboek, dat een strafbaarstelling bevat; zij valt derhalve binnen de toepassingsfeer van de artikelen 12 en 14 van de Grondwet.

Door aan de wetgevende macht de bevoegdheid te verlenen om te bepalen in welke gevallen strafvervolgning mogelijk is, waarborgt artikel 12, tweede lid, van de Grondwet aan elke burger dat geen enkele gedraging strafbaar zal worden gesteld dan krachtens regels aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken dat uit de in het middel bedoelde grondwettelijke en internationale bepalingen voortvloeit, gaat bovendien uit van de idee dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is. Het eist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, diegene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van dat gedrag zal zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken staat evenwel niet eraan in de weg dat de wet aan de rechter een beoordelingsbevoegdheid toekent. Er dient immers rekening te worden gehouden met het algemene karakter van de wetten, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de gedragingen die zij bestraffen. Aan het vereiste

dat een misdrijf duidelijk moet worden omschreven in de wet is voldaan wanneer de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepaling en, indien nodig, met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscolleges, kan weten welke handelingen en welke verzuimen zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen. Enkel bij het onderzoek van een specifieke strafbepaling is het mogelijk om, rekening houdend met de elementen eigen aan de misdrijven die zij wil bestraffen, te bepalen of de door de wetgever gehanteerde algemene bewoordingen zo vaag zijn dat ze het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel zouden schenden.

Met betrekking tot het begrip « kwetsbare persoon » heeft de wetgever zelf, met het oogmerk daarover voldoende duidelijkheid en voorzienbaarheid te verschaffen, gepreciseerd dat de kwetsbaarheid van de door de bestreden bepaling beoogde meerderjarige personen een gevolg moest zijn van hun leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid. In dat verband blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat de wetgever zich heeft geïnspireerd op de omschrijving van het begrip « kwetsbare persoon » in de wet van 26 november 2011 tot wijziging en aanvulling van het Strafwetboek teneinde het misbruik van de zwakke toestand van personen strafbaar te stellen, en de strafrechtelijke bescherming van kwetsbare personen tegen mishandeling uit te breiden. Het begrip « lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid » kwam ook al voor in de wet van 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting, waarbij de artikelen 375 en 376 van het Strafwetboek zijn gewijzigd. Uit de parlementaire voorbereiding van die wet blijkt dat daarmee ook de tijdelijke staat is bedoeld van personen als gevolg van inname van geneesmiddelen, alcohol of drugs. Gelet op het voorgaande kan niet worden aangenomen dat de uitdrukking « kwetsbare » dermate vaag is dat zij de houder van het beroepsgeheim niet zou toelaten te bepalen of de handelwijze die hij overweegt aan te nemen, zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich kan meebrengen. Het feit dat de rechter beschikt over een beoordelingsbevoegdheid in bepaalde omstandigheden die eigen

zijn aan de zaak, ontnemt de wet niet het voldoende nauwkeurige karakter ervan om te voldoen aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel.

Ook het begrip « minderjarigen » is een volkomen duidelijk en voorzienbaar concept.

Wat de uitdrukking « aanwijzingen van een gewichtig en reëel gevaar » betreft, kan evenmin staande worden gehouden, hoewel zij niet expliciet is gedefinieerd, dat zij niet zou voldoen aan de voorwaarde van voorzienbaarheid van de strafwet. Niets in de parlementaire voorbereiding geeft immers aan dat aan de termen die in die uitdrukking worden gebruikt een andere betekenis zou moeten worden verleend dan die welke daaraan in de gebruikelijke betekenis wordt gegeven. Met de notie « aanwijzingen van een gewichtig en reëel gevaar » heeft de wetgever volgens de parlementaire voorbereiding immers een opheffing van het beroepsgeheim willen mogelijk maken om minderjarigen en andere kwetsbare personen van wie de integriteit bedreigd lijkt, te beschermen, aangezien de wetgever van oordeel was dat het bestaan van een « actueel en imminent » gevaar onvoldoende geschikt was om preventief te kunnen optreden. Niets laat daarentegen toe te beweren dat de bestreden bepaling zou vereisen dat de dader van het misdrijf een bijzondere of regelmatige relatie heeft met een kwetsbare persoon of een categorie van kwetsbare personen, opdat de houder van het beroepsgeheim kan oordelen, in het licht van de door hem gekende informatie, dat er aanwijzingen zijn van een gewichtig en reëel gevaar voor de integriteit van die personen.

Het Hof merkt eveneens op dat, wanneer de adressaten van een strafbaarstelling, zoals diegenen die wegens een schending van het beroepsgeheim zouden kunnen worden vervolgd, zoals te dezen, een specifiek statuut hebben op grond waarvan zij over goede informatie beschikken of kunnen beschikken ten aanzien van de wenselijkheid van hun gedragingen, er mag worden verwacht dat zij steeds de nodige waakzaamheid aan de dag leggen bij het onderkennen van de grenzen van de geheimhoudingsplicht die hun staat of de uitoefening van hun beroep impliceert, en een nog grotere voorzichtigheid wanneer er in de rechtspraak geen

vergelijkbaar precedent bestaat (zie, *mutatis mutandis*, EHRM, 6 oktober 2011, *Soros* t. Frankrijk, § 59). Rekening houdend met de verscheidenheid van de situaties die zich in de praktijk kunnen voordoen, dient de rechter de toepassingsvoorwaarden van artikel 458*bis* van het Strafwetboek te beoordelen, niet op grond van subjectieve opvattingen die de toepassing van de in het geding zijnde bepaling onvoorzienbaar zouden maken, maar door objectieve elementen in overweging te nemen en door rekening te houden met de specifieke omstandigheden van elke zaak en met de in het strafrecht geldende beperkende interpretatie. Zo moet de houder van het beroepsgeheim, wanneer, gelet op de informatie waarover hij beschikt, geen aanwijzing toelaat te veronderstellen dat een kwetsbare persoon wordt blootgesteld aan een gewichtig en reëel gevaar wegens het toekomstige gedrag van de dader van het misdrijf, afzien van vrijgave van de vertrouwelijke informatie die hij heeft verkregen.

Het Hof besluit bijgevolg dat de uitdrukking « aanwijzingen van een gewichtig en reëel gevaar », rekening houdend met wat voorafgaat, voldoende expliciet is opdat de rechtzoekende redelijkerwijs in staat is de draagwijdte ervan te bepalen.

De verzoekende partijen voerden eveneens aan dat met het spreekrecht in de zin van het gewijzigde artikel 458*bis* van het Strafwetboek een onterechte identieke behandeling wordt ingevoerd van de advocaten en van andere categorieën van personen die zijn gehouden tot het beroepsgeheim in de zin van artikel 458 van het Strafwetboek, zoals artsen, apothekers, politieagenten en priesters; bovendien zou er geen noodzakelijk en evenredig verband zijn tussen de genomen maatregel en de doelstellingen die met het bestreden artikel 6 van de wet van 30 november 2011 worden nagestreefd. De bestreden bepaling zou aldus een onevenredige beperking van het beroepsgeheim van de advocaat inhouden die in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepaling blijkt dat de wetgever heeft geopteerd voor een verruimd spreekrecht, en dat de houder van het beroepsgeheim zich kan ontdoen van zijn beroepsgeheim in de in artikel 458*bis* van het Strafwetboek bepaalde



omstandigheden, niet alleen wat betreft informatie waarvan hij kennis heeft doordat hij het slachtoffer heeft onderzocht of door het slachtoffer in vertrouwen is genomen, maar ook wanneer hij die gegevens heeft vastgesteld bij of vernomen van een derde of zelfs van de dader. Die opheffing van de rechtstreekse band tussen het slachtoffer en de houder van het beroepsgeheim heeft tot gevolg dat het beroep van advocaat is opgenomen in het in de bestreden bepaling vastgelegde spreekrecht, terwijl het tot dan enkel was onderworpen aan de strikte inachtneming van het in artikel 458 van het Strafwetboek vastgelegde beroepsgeheim, en aan de loutere mogelijkheid om ervan te worden ontslagen onder de voorwaarden met betrekking tot de noodtoestand.

Zoals blijkt uit de bestreden wijziging, kan de houder van vertrouwelijke informatie, wanneer hij kennis heeft van een in artikel 458*bis* vermeld misdrijf dat op een minderjarige of op een kwetsbare persoon is gepleegd, in twee omstandigheden van zijn geheimhoudingsplicht ten aanzien van de procureur des Konings worden ontslagen : enerzijds, wanneer er een ernstig en dreigend gevaar bestaat voor de fysieke of psychische integriteit van de minderjarige of van de kwetsbare persoon en, anderzijds, wanneer er aanwijzingen zijn van een gewichtig en reëel gevaar dat andere minderjarigen of bedoelde kwetsbare personen het slachtoffer worden van de aangehaalde misdrijven. Het eerste geval vereist het bestaan van een ernstig en dreigend gevaar voor de fysieke of psychische integriteit van de minderjarige of van de kwetsbare persoon opdat de advocaat de vertrouwelijkheid van zijn uitwisseling met zijn cliënt kan opheffen. Het tweede geval maakt het de advocaat mogelijk zijn beroepsgeheim op te geven zodra er volgens hem aanwijzingen van een gewichtig en reëel gevaar zijn dat een minderjarige of elke andere kwetsbare persoon het slachtoffer wordt van een van de bedoelde misdrijven, zonder te moeten beoordelen of het eventueel plegen van dat misdrijf daadwerkelijk een ernstig en dreigend gevaar voor de fysieke of psychische integriteit van de minderjarige of van de kwetsbare persoon dreigt te veroorzaken. In beide gevallen kan de houder van het beroepsgeheim enkel gebruikmaken van een spreekrecht indien hij niet in staat is om het gevaar zelf, of met hulp van anderen, doeltreffend te weren.



Kwetsbare personen, minderjarigen in het bijzonder, hebben recht op bescherming vanwege de Staat, in de vorm van een doeltreffende preventie, waardoor zij gevrijwaard blijven van ernstige vormen van aantasting van de rechten vermeld in de artikelen 3 en 8 van het Verdrag (EHRM, 15 december 2005, *Georgiev* t. Bulgarije; 2 december 2008, *K.U.* t. Finland, § 46). Daaruit volgt dat, in het geval van kwetsbare personen - waartoe kinderen behoren -, de autoriteiten bijzonder aandachtig moeten zijn en de slachtoffers een verhoogde bescherming moeten verzekeren omdat die zich vaak in mindere mate over de feiten kunnen of willen beklagen (EHRM, 10 mei 2012, *R.I.P. en D.L.P.* t. Roemenië, § 58). Het Hof dient evenwel te onderzoeken of de advocaten zich in een situatie bevinden die essentieel verschilt van die van de andere categorieën van personen die, door de uitoefening van hun beroep, onder het toepassingsgebied van artikel 458 van het Strafwetboek vallen.

De advocaten hebben een aanzienlijk aandeel in de rechtsbedeling, wat verantwoordt dat met betrekking tot de voorwaarden van toegang tot en de uitoefening van dat beroep eigen regels in acht worden genomen die verschillend zijn van diegene die voor andere vrije beroepen gelden; luidens artikel 456 van het Gerechtelijk Wetboek is het beroep van advocaat gebaseerd op de beginselen van « waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid ». De advocaten zijn onderworpen aan strikte deontologische regels, waarvan de inachtneming in eerste aanleg wordt verzekerd door de tuchtraad van de Orde; die kan, naar gelang van het geval, « waarschuwen, berispen, schorsen voor een termijn van ten hoogste één jaar, schrappen van het tableau, van de lijst van advocaten die hun beroep uitoefenen onder de beroepstitel van een andere lidstaat van de Europese Unie of van de lijst van stagiairs » (artikel 460, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

Het beroepsgeheim waartoe de in artikel 458 van het Strafwetboek bedoelde personen gehouden zijn, strekt niet ertoe hun enig voorrecht toe te kennen, maar heeft hoofdzakelijk tot doel het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven te beschermen van diegene die iemand in vertrouwen neemt, soms over iets heel persoonlijks.

Ook al geldt hetzelfde voor de vertrouwelijke informatie die aan een advocaat wordt toevertrouwd bij de uitoefening van zijn beroep en wegens die hoedanigheid, toch geniet die informatie ook, in bepaalde gevallen, de bescherming die voor de rechtzoekende voortvloeit uit de waarborgen die zijn neergelegd in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. De effectiviteit van de rechten van de verdediging van iedere rechtzoekende veronderstelt immers noodzakelijkerwijs dat een vertrouwensrelatie tot stand kan komen tussen die persoon en de advocaat die hem raad geeft en hem verdedigt; die noodzakelijke vertrouwensrelatie kan alleen tot stand komen en behouden blijven indien de rechtzoekende de waarborg heeft dat wat hij aan zijn advocaat toevertrouwt door die laatstgenoemde niet openbaar zal worden gemaakt; hieruit volgt dat de aan de advocaat opgelegde regel van het beroepsgeheim een fundamenteel element van de rechten van de verdediging is. Zoals het Hof van Cassatie erop wijst, « [berust] het beroepsgeheim waaraan de leden van de balie zijn onderworpen, [...] op de noodzaak volledige veiligheid te verzekeren aan diegenen die zich aan hen toevertrouwen » (Cass., 13 juli 2010, *Arr. Cass.*, 2010, nr. 480; zie ook Cass., 9 juni 2004, *Arr. Cass.*, 2004, nr. 313). Ook al is het « niet onaantastbaar », het beroepsgeheim van de advocaat vormt « een van de grondbeginselen waarop de organisatie van het gerecht in een democratische samenleving berust » (EHRM, 6 december 2012, *Michaud t. Frankrijk*, § 123).

Dat geldt des te meer in strafzaken, waarin het recht van een beschuldigde om zichzelf niet te beschuldigen, onrechtstreeks maar noodzakelijkerwijs afhangt van de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt en van de vertrouwelijkheid van hun uitwisseling (*ibid.*, § 118). Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens « aangenomen dat, in het kader van procedures die betrekking hebben op seksueel misbruik van meer bepaald kwetsbare personen, maatregelen worden genomen om het slachtoffer te beschermen, op voorwaarde dat die maatregelen kunnen worden verzoend met een adequate en daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de verdediging » (EHRM, 16 februari 2010, *V.D. t. Roemenië*, § 112).

Uit het bijzondere statuut van de advocaat, vastgesteld in het Gerechtelijk Wetboek en in de reglementeringen die zijn aangenomen door de bij de wet van 4 juli 2001 opgerichte orden, alsook uit de specifieke opdracht die hij vervult in het kader van de rechtsbedeling, die de inachtneming van de hiervoor vermelde beginselen inhoudt, vloeit voort dat de advocaat zich dienaangaande bevindt in een situatie die wezenlijk verschilt van die van andere houders van een beroepsgeheim.

Wanneer de mogelijkheid, voor een advocaat om zich van zijn beroepsgeheim te ontdoen, zoals te dezen, betrekking heeft op vertrouwelijke informatie die door zijn cliënt wordt meegedeeld en voor deze mogelijkcrimineel is, heeft zij betrekking op activiteiten die de kern uitmaken van zijn opdracht van verdediging in strafzaken. De grondwettigheid van de bestreden bepaling dient te worden beoordeeld rekening houdend met het feit dat het beroepsgeheim van de advocaat een algemeen beginsel is dat verband houdt met de naleving van de fundamentele rechten. Aldus kunnen de regels die daarvan afwijken, slechts strikt worden geïnterpreteerd, rekening houdend met de wijze waarop het beroep van advocaat in de interne rechtsorde is geregeld. Aldus dient de regel van het beroepsgeheim maar te wijken indien zulks kan worden verantwoord door een dwingende reden van algemeen belang en indien het opheffen van het geheim strikt evenredig is gezien dat doel.

Hoewel de bescherming van de fysieke of psychische integriteit van minderjarige of meerderjarige kwetsbare personen ontegenzeggelijk een dwingende reden van algemeen belang uitmaakt, kan een dergelijke reden de bestreden maatregel niet redelijk verantwoorden, rekening houdend met de bijzonderheden die het beroep van advocaat kenmerken ten opzichte van de andere houders van het beroepsgeheim wanneer de vertrouwelijke informatie aan de advocaat is meegedeeld door zijn cliënt en voor die laatste mogelijkcrimineel is.

Met de bestreden maatregel heeft de wetgever derhalve op onevenredige wijze afbreuk gedaan aan de waarborgen die bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens aan de rechtzoekende worden toegekend, en heeft hij de artikelen 10 en

11 van de Grondwet geschonden. De inachtneming van de deontologische regels die eigen zijn aan het beroep van advocaat en van de beginselen die ze ondersteunen, alsmede het aanvoeren van de noodtoestand onder de in het arrest beschreven voorwaarden, maken het trouwens mogelijk om een billijk evenwicht tot stand te brengen tussen de fundamentele waarborgen die aan de rechtzoekende in strafzaken moeten worden toegekend en de dwingende reden van algemeen belang die bestaat in de bescherming van de fysieke of psychische integriteit van kwetsbare minderjarige of meerderjarige personen. Aldus veronderstelt het beroep op de noodtoestand te dezen, anders dan in de bestreden bepaling, dat de advocaat het bestaan aantoonde van een daadwerkelijk en ernstig gevaar dat onmogelijk op een andere wijze kon worden vermeden dan door het meedelen, zij het in laatste instantie, van het door zijn cliënt gepleegde misdrijf aan de procureur des Konings.

Bij zijn voormelde arrest *nr. 127/2013* vernietigt het Hof bijgevolg artikel 6 van de wet van 30 november 2011 « tot wijziging van de wetgeving wat de verbetering van de aanpak van seksueel misbruik en feiten van pedofilie binnen een gezagsrelatie betreft », doch enkel in zoverre het van toepassing is op de advocaat die houder is van vertrouwelijke informatie van zijn cliënt, dader van het misdrijf dat is gepleegd in de zin van dat artikel, wanneer die informatie mogelijkerwijs incriminerend is voor die cliënt.

Die aangelegenheid zal opnieuw bij het Hof aanhangig worden gemaakt naar aanleiding van een beroep tot vernietiging van artikel 2 van de wet van 23 februari 2012, dat, zoals is opgemerkt, artikel 548*bis* van het Strafwetboek wijzigt teneinde het uit te breiden voor misdrijven van huiselijk geweld. Het Hof vernietigt die bepaling in dezelfde bewoordingen als die welke het in het beschikkend gedeelte van zijn voormelde arrest *nr. 127/2013* in aanmerking heeft genomen.

Zoals het opschrift ervan aangeeft, breidt de bestreden bepaling het toepassingsgebied van artikel 458*bis* van het Strafwetboek verder uit : voortaan geldt het spreekrecht bedoeld in die bepaling ook indien een persoon kwetsbaar is ten gevolge van partnergeweld. Onder meer uit de parlementaire voorbereiding, waarvan een

uittreksel in het arrest wordt weergegeven, blijkt dat de wetgever rekening heeft willen houden met het feit dat « de mondigheid van slachtoffers van partnergeweld zich [beperkt], juist doordat zij onder hetzelfde dak wonen als de dader », maar dat, « doordat het hier gaat om volwassen personen die slachtoffer zijn, [...] de mogelijkheid om het misdrijf tot kennis te brengen van de procureur des Konings [dient] geïnterpreteerd te worden als een mogelijkheid die pas overwogen kan worden indien zij niet geschiedt tegen wil van het slachtoffer in ».

Zoals in de vorige zaak bekritiseerden de verzoekende partijen allereerst het feit dat de woorden « een persoon die kwetsbaar is ten gevolge van partnergeweld » onvoldoende nauwkeurig en duidelijk zouden zijn en onvoldoende rechtszekerheid zouden bieden, en zulks met schending van dezelfde grondwets- en verdragsbepalingen die hiervoor zijn uiteengezet. Het zou niet duidelijk zijn vanaf welk ogenblik en in welke precieze omstandigheden er sprake is van « partnergeweld » in de zin van artikel 458*bis* van het Strafwetboek, en vanaf welk ogenblik en in welke precieze omstandigheden er sprake is van een « persoon die kwetsbaar is ten gevolge van partnergeweld »; bijgevolg zou de advocaat niet in staat worden gesteld te beoordelen wanneer hij zijn beroepsgeheim kan doorbreken door feiten van partnergeweld aan de procureur des Konings te melden.

Naast de elementen van zijn redenering die gemeen zijn met die welke in zijn arrest *nr. 127/2013* zijn uiteengezet, merkt het Hof op dat, naast de door de verzoekende partijen gewraakte vereiste dat het slachtoffer kwetsbaar is ten gevolge van partnergeweld, artikel 458*bis* van het Strafwetboek vier vereisten bevat waaraan moet zijn voldaan om voor de advocaat het spreekrecht te doen ontstaan. De eerste vereiste is dat een van beide partners reeds een van de in die bepaling opgesomde misdrijven heeft gepleegd op de andere partner. Daarnaast is vereist dat de advocaat kennis van dat misdrijf heeft gekregen uit hoofde van zijn staat of beroep; die kennis kan voortvloeien uit gesprekken met de dader, met het slachtoffer of met derden. Vervolgens is vereist dat er een ernstig en dreigend gevaar bestaat voor de fysieke of psychische integriteit van de kwetsbare partner, of dat er aanwijzingen zijn van een gewichtig en reëel gevaar dat andere kwetsbare personen het

slachtoffer worden van één van de opgesomde misdrijven, gepleegd door dezelfde dader; het spreekrecht dat artikel 458*bis* van het Strafwetboek aan de houder van een beroepsgeheim toekent, strekt er immers toe, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, te voorkomen dat nieuwe ernstige feiten zouden worden gepleegd. Tot slot is vereist dat de advocaat de fysieke of psychische integriteit van de partner of van potentiële nieuwe slachtoffers niet zelf of met behulp van derden kan beschermen.

Hoewel noch de bestreden bepaling, noch de parlementaire voorbereiding een definitie van « partnergeweld » bevatten, geeft niets in de parlementaire voorbereiding aan dat aan die term een andere betekenis zou moeten worden verleend dan die welke daaraan in de gebruikelijke betekenis wordt gegeven. Partnergeweld moet bijgevolg worden begrepen als iedere vorm van geweld van fysieke, seksuele, psychische of economische aard tussen echtgenoten of personen die samenwonen of hebben samengewoond en tussen wie een duurzame affectieve en seksuele band bestaat of heeft bestaan. Daarbij is niet noodzakelijkerwijze vereist dat het partnergeweld overeenkomt met de misdrijven opgesomd in artikel 458*bis* van het Strafwetboek. Met betrekking tot het begrip « kwetsbare persoon » heeft de wetgever zelf, met het oogmerk daarover voldoende duidelijkheid en voorzienbaarheid te verschaffen, gepreciseerd dat de kwetsbaarheid van de door de bestreden bepaling beoogde personen een gevolg moest zijn van partnergeweld.

Het Hof besluit dan ook dat niet kan worden aangenomen dat de uitdrukking « kwetsbare » dermate vaag is dat zij de houder van het beroepsgeheim niet zou toelaten te bepalen of de handelwijze die hij overweegt aan te nemen, zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich kan meebrengen. Het feit dat de rechter beschikt over een beoordelingsbevoegdheid in bepaalde omstandigheden die eigen zijn aan de zaak, ontnemt de wet niet het voldoende nauwkeurige karakter ervan om te voldoen aan het strafrechtelijk wettigheidsbeginsel.

De verzoekende partijen voerden eveneens de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van

de mens, doordat de bestreden bepaling de « minderjarige of de persoon die kwetsbaar is ten gevolge van zijn leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamenlijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid » op gelijke wijze zou behandelen als « de persoon die kwetsbaar is ten gevolge van partnergeweld ». Bovendien zou er geen noodzakelijk en evenredig verband bestaan tussen de genomen maatregel en de doelstellingen die met de wet van 23 februari 2012 worden nagestreefd; de bestreden bepaling zou aldus een onevenredige beperking van het beroepsgeheim van de advocaat inhouden die in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepaling blijkt dat de wetgever beoogde om ten aanzien van personen die kwetsbaar zijn ten gevolge van partnergeweld, een identiek spreekrecht toe te kennen als het spreekrecht dat ten aanzien van minderjarigen en personen die kwetsbaar zijn ten gevolge van hun leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamenlijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid was ingevoerd met de wet van 30 november 2011. Bijgevolg kan de houder van het beroepsgeheim zich ook in het kader van feiten van partnergeweld ontdoen van zijn beroepsgeheim in de in artikel 458*bis* van het Strafwetboek bepaalde omstandigheden, niet alleen wat betreft informatie waarvan hij kennis heeft doordat hij door het slachtoffer in vertrouwen is genomen, maar ook wanneer hij die gegevens heeft vastgesteld bij of vernomen van een derde of zelfs van de dader. Die opheffing van de rechtstreekse band tussen het slachtoffer en de houder van het beroepsgeheim heeft tot gevolg dat het beroep van advocaat is opgenomen in het in de bestreden bepaling vastgelegde spreekrecht, terwijl de advocaat tot dan enkel was onderworpen aan de strikte inachtneming van het in artikel 458 van het Strafwetboek vastgelegde beroepsgeheim, en aan de loutere mogelijkheid om ervan te worden ontslagen onder de voorwaarden met betrekking tot de noodtoestand.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd overigens ook gewezen op de bijzondere kenmerken van de situatie waarin slachtoffers van partnergeweld zich vaak bevinden. De mondigheid van de slachtoffers van partnergeweld is vaak beperkt, zoals reeds is opgemerkt, doordat zij onder hetzelfde dak wonen als de dader



en doordat zij vaak financieel van hem afhankelijk zijn. Vaak schaamt het slachtoffer van partnergeweld zich voor de feiten en legt het de schuld bij zichzelf, waardoor de drempel om klacht in te dienen te hoog ligt. Het spreekrecht voor de houder van het beroepsgeheim beoogt tegemoet te komen aan die bijzondere situatie.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen betogen, vloeit uit de omstandigheid dat het slachtoffer van partnergeweld krachtens de artikelen 223, derde lid, 1447 en 1479, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek en krachtens artikel 1270, zevende lid, van het Gerechtelijk Wetboek reeds over een aantal burgerrechtelijke beschermingsmechanismen beschikt, niet voort dat de uitbreiding van het in artikel 458*bis* van het Strafwetboek bepaalde spreekrecht overbodig zou zijn. De voormelde burgerrechtelijke beschermingsmechanismen beogen immers niet om tegemoet te komen aan de hoge drempel om klacht in te dienen, maar kunnen slechts worden toegepast nadat het slachtoffer met de feiten naar buiten is gekomen.

Het Hof onderzoekt vervolgens of de uitbreiding van het spreekrecht vervat in de bestreden bepaling op onevenredige wijze afbreuk doet aan het beroepsgeheim van de advocaat.

Aan het einde van een redenering waarvan het grootste deel gemeenschappelijk is met die welke over datzelfde onderwerp in zijn vorig arrest is uiteengezet, besluit het Hof dat, hoewel de bescherming van de fysieke of psychische integriteit van kwetsbare personen ontegenzeggelijk een dwingende reden van algemeen belang uitmaakt, een dergelijke reden de bestreden maatregel niet redelijk kan verantwoorden, rekening houdend met de bijzonderheden die het beroep van advocaat kenmerken, wanneer de vertrouwelijke informatie aan de advocaat is meegedeeld door zijn cliënt en voor die laatste mogelijkwits incriminerend is. Met de bestreden bepaling heeft de wetgever derhalve, in de voormelde mate, op onevenredige wijze afbreuk gedaan aan de waarborgen die bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens aan de rechtzoekende worden toegekend, en heeft hij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden.



Bij zijn arrest *nr. 163/2013* vernietigt het Hof bijgevolg artikel 2 van de wet van 23 februari 2012 « tot wijziging van artikel 458*bis* [van het Strafwetboek] teneinde het uit te breiden voor misdrijven van huiselijk geweld », doch, zoals reeds is opgemerkt en in bewoordingen die identiek zijn aan die van zijn vorige arrest, enkel in zoverre het van toepassing is op de advocaat die houder is van vertrouwelijke informatie van zijn cliënt, dader van het misdrijf dat is gepleegd in de zin van dat artikel, wanneer die informatie mogelijkzwaars incriminerend is voor die cliënt.

**17. *De misdrijven inzake douane en accijnzen en de hoofdelijke veroordeling van de met een geldboete gestrafte overtreders en medeplichtigen (arrest nr. 148/2013)***

Artikel 227, § 2, van de algemene wet inzake douane en accijnzen, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 18 juli 1977 (hierna : « AWDA ») bepaalt dat « de veroordelingen tot boete en tot kosten [...] solidair tegen de overtreders en de medeplichtigen [worden] uitgesproken ».

Aan het Hof werden vragen gesteld over de bestaanbaarheid van die bepaling met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre ten aanzien van de beklagden, daders of medeplichtigen aan wie een misdrijf inzake douane en accijnzen wordt verweten en die met een geldboete worden gestraft, die veroordeling steeds hoofdelijk zal worden uitgesproken, terwijl de beklagden, daders en medeplichtigen aan wie een gemeenrechtelijk misdrijf wordt verweten en die met een geldboete worden gestraft, niet hoofdelijk kunnen worden veroordeeld maar een door de rechter geïndividualiseerde geldboete opgelegd zullen krijgen.

De hoofdelijke veroordeling tot de geldboete houdt in dat een geldboete wordt uitgesproken ten aanzien van de daders, de mededaders en de medeplichtigen van het misdrijf en dat ieder van hen ertoe kan worden gedwongen het geheel van die geldboete te betalen. Artikel 39 van het Strafwetboek, volgens hetwelk,

« wanneer verscheidene personen wegens een zelfde misdrijf worden veroordeeld, [...] de geldboete [wordt] uitgesproken tegen ieder van hen persoonlijk », is inzake geldboeten de toepassing van het beginsel van het individuele karakter van de straf, volgens hetwelk de straf in de regel individueel is en tegen elke veroordeelde moet worden uitgesproken.

De in het geding zijnde bepaling, die van dat beginsel afwijkt, maakt deel uit van de regelgeving over het invorderen van douane- en accijnsrechten, die ertoe strekt de omvang en frequentie van de fraude te bestrijden in deze bijzonder technische en grensoverschrijdende materie, die mede door een uitgebreide Europese regelgeving wordt beheerst; het gegeven dat de wetgever in die specifieke aangelegenheid is afgeweken van het gemeen strafrecht, is op zich niet discriminerend. Het Hof gaat evenwel na of de in het geding zijnde bepaling een onverantwoord verschil in behandeling teweegbrengt tussen, enerzijds, personen die worden vervolgd wegens inbreuken op de AWDA en, anderzijds, personen die worden vervolgd wegens inbreuken op andere strafbepalingen.

Teneinde volgens de parlementaire voorbereiding « tegemoet te komen aan een aantal arresten van het Grondwettelijk Hof » heeft de wetgever bij artikel 45 van de wet van 21 december 2009 houdende fiscale en diverse bepalingen het vaste bedrag van « tienmaal de ontdoken accijnzen » in artikel 27, eerste lid, van de wet van 7 januari 1998 betreffende de structuur en de accijnstarieven op alcohol en alcoholhoudende dranken vervangen door een geldboete van « vijf- tot tienmaal de ontdoken accijnzen », hetgeen de mogelijkheid biedt van een spreiding tussen de vroeger vastgestelde maximumstraf en een minimumstraf. Bovendien heeft de wetgever bij artikel 37 van dezelfde wet in de AWDA artikel 281-2 ingevoegd, dat de strafrechter toestaat om, wanneer er verzachtende omstandigheden bestaan, een geldboete op te leggen die lager is dan het wettelijke minimum. Volgens de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 december 2009, waarvan het Hof ook andere uittreksels aanhaalt, « [zal] enkel het invoegen van nieuwe wettelijke bepalingen voor het geheel van het douane- en accijnsrecht [...] de rechter toelaten om rekening te houden met verzachtende omstandigheden en een boete op te leggen die gelegen is tussen een minimum en een maximum ».

Vóór de voormelde wetwijziging kon de hoofdelijke veroordeling tot het betalen van de enige geldboete die inzake douane en accijnzen tegen de overtreders wordt uitgesproken, worden verantwoord door het feit dat die geldboete « het materiële feit van de overtreding treft en een zakelijk karakter heeft » (Cass., 8 november 2005, *Arr. Cass.*, 2005, nr. 571). Aangezien de geldboete, sedert die wetwijziging, ten aanzien van elke veroordeelde op geïndividualiseerde wijze wordt uitgesproken en aangezien de in de in het geding zijnde bepaling bedoelde hoofdelijkheid hem daarentegen de last kan laten dragen van straffen die ten laste van andere veroordeelden zijn uitgesproken, is het in het geding zijnde verschil in behandeling niet redelijk verantwoord.

Het Hof beslist bijgevolg dat artikel 227, § 2, van de algemene wet inzake douane en accijnzen, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 18 juli 1977, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre het bepaalt dat de veroordelingen tot de geldboete steeds hoofdelijk tegen de overtreders en de medeplichtigen worden uitgesproken.

**18. *Onjuiste of onvolledige verklaringen met betrekking tot sociale voordelen - Sociaal strafrecht en beginsel non bis in idem***  
(*arrest nr. 181/2013*)

Artikel 233 van het Sociaal Strafwetboek bepaalt dat met een sanctie van, naar gelang van het geval, niveau 3 of 4 wordt bestraft, iedere persoon die wetens en willens de gedragingen heeft aangenomen die in die bepaling worden gepreciseerd en die verband houden met onjuiste of onvolledige verklaringen met betrekking tot sociale voordelen.

Aan het Hof werd een vraag gesteld over die bepaling in de interpretatie volgens welke zij de rechter ertoe zou brengen personen te bestraffen die reeds zijn bestraft met administratieve sancties van repressieve aard wegens feiten die in wezen dezelfde zijn.

Op grond van het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem*, dat ook is gewaarborgd door artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, mag niemand voor een tweede keer worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds « overeenkomstig de wet en het procesrecht van elk land » bij einduitspraak is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken; dat beginsel is eveneens opgenomen in artikel 4 van het ten opzichte van België op 1 juli 2012 in werking getreden Zevende Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het beginsel *non bis in idem* verbiedt « een persoon te vervolgen of te berechten voor een tweede ' misdrijf ' voor zover identieke feiten of feiten die in hoofdzaak dezelfde zijn, eraan ten grondslag liggen » (EHRM, grote kamer, 10 februari 2009, *Zolotoukhine t. Rusland*, § 82).

Het verwijzende rechtscollege heeft geoordeeld dat de administratieve sancties, opgelegd krachtens de artikelen 153, 154 en 155 van het koninklijk besluit van 25 november 1991<sup>1</sup> en krachtens het koninklijk besluit van 10 januari 1969<sup>2</sup>, « een overwegend repressief karakter hebben aangezien zij ertoe strekken te bestraffen, door aan de uitkeringsgerechtigden gedurende een bepaalde tijd vervangingsinkomsten te onttrekken ». Het Hof beantwoordt de prejudiciële vraag door met die beoordeling van de verwijzende rechter rekening te houden.

De omstandigheid dat de in het geding zijnde bepaling vereist dat de beklaagde de inbreuk wetens en willens heeft gepleegd, terwijl de voormelde administratieve sancties van repressieve aard in de regel dat bijzondere morele bestanddeel niet vereisen, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat hetzelfde gedrag met twee sancties van repressieve aard kan worden bestraft. In het geval waarin de beklaagden de in het geding zijnde bepaling toegepast zouden zien nadat zij de voormelde sancties hebben ondergaan, zou hetzelfde gedrag bijgevolg tweemaal worden bestraft, hetgeen in strijd zou zijn met het beginsel *non bis in idem* zoals het hiervoor wordt

<sup>1</sup> « houdende de werkloosheidsreglementering ».

<sup>2</sup> « tot vaststelling van de administratieve sancties die toepasselijk zijn op de rechthebbenden van de regeling voor verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen ».

gedefinieerd. Het Hof besluit dan ook dat artikel 233 van het Sociaal Strafwetboek, in die zin geïnterpreteerd dat het aan de strafrechter de verplichting oplegt om de sanctie waarin het voorziet, uit te spreken tegen beklagden die reeds een administratieve sanctie met een overwegend repressief karakter hebben ondergaan wegens feiten die identiek zijn aan of die in wezen dezelfde zijn als die welke aan de oorsprong van de vervolging liggen, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het beginsel *non bis in idem*, met artikel 4 van het Zevende Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, schendt.

Het Hof merkt evenwel op dat aan het in het geding zijnde artikel 233 evenwel een andere interpretatie kan worden gegeven, volgens welke het aan de strafrechter bij wie een vervolging is ingesteld tegen een beklagde die reeds het voorwerp van administratieve sancties met een overwegend repressief karakter heeft uitgemaakt, niet de verplichting oplegt hem een tweede maal voor hetzelfde gedrag te veroordelen; in die interpretatie komt het de rechter toe de gevolgen te trekken uit de toepassing van het beginsel *non bis in idem*, zoals het hiervoor wordt gedefinieerd, op de zaak die bij hem aanhangig is gemaakt. Het Hof besluit dat artikel 233 van het Sociaal Strafwetboek, in die interpretatie, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.



## VII. FISCAAL RECHT

### 19. De inwinning en verwerking van de gegevens met betrekking tot de financiële rekeningen en transacties (arresten nrs. 6/2013 en 66/2013)

Het Hof heeft zich tot twee maal toe uitgesproken over de inwinning en verwerking van de gegevens met betrekking tot de financiële rekeningen en transacties.

In een eerste zaak, beslecht door het Hof in zijn arrest *nr. 6/2013* was de wet van 14 april 2011 « houdende diverse bepalingen » in het geding. De artikelen 55 en 56 ervan - die handelen over de controlemiddelen van de belastingadministratie - wijzigen artikel 322 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna : WIB 1992)<sup>1</sup> en voegen daarin een artikel 333/1 in<sup>2</sup>; die artikelen treden in werking op 1 juli 2011 krachtens artikel 57 van dezelfde wet. Artikel 84 van die wet, in werking getreden op 16 mei 2011, bevat diverse wijzigingen in artikel 216*bis* van het Wetboek van strafvordering<sup>3</sup>.

Bij het Hof zijn beroepen ingediend tot vernietiging van alle of een deel van de voormelde bepalingen, beroepen die het zal verwerpen, onder het door het Hof aangegeven interpretatievoorbehoud.

*Wat de artikelen 55 tot 57 van de bestreden wet betreft*

Volgens sommige verzoekende partijen zouden die bepalingen op discriminerende wijze afbreuk doen aan zowel het recht op eerbiediging van het privéleven en van het briefgeheim als het verbod op dwangarbeid of verplichte arbeid en het recht om zichzelf niet te beschuldigen.

<sup>1</sup> Dat artikel 322 werd nogmaals gewijzigd met name bij artikel 166 van de programmawet (I) van 29 maart 2012, in werking getreden op 16 april 2012.

<sup>2</sup> Dat artikel 333/1 is gewijzigd bij artikel 9 van de wet van 7 november 2011 houdende fiscale en diverse bepalingen.

<sup>3</sup> Dat artikel 216*bis* heeft het voorwerp uitgemaakt van een latere wijziging bij artikel 2 van de wet van 11 juli 2011 « tot wijziging van de artikelen 216*bis* en 216*ter* van het Wetboek van Strafvordering en van artikel 7 van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek », in werking getreden op 11 augustus 2011.

Ten aanzien van *het recht op eerbiediging van het privéleven en op eerbiediging van het briefgeheim* zouden de bestreden bepalingen de artikelen 10, 11, 22 en 29 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, schenden, in zoverre zij de belastingadministratie toelaten elke bank-, wissel-, krediet- of spaarinstelling (hierna : financiële instelling) ertoe te verplichten haar gegevens mee te delen die die instelling bezit met betrekking tot een belastingplichtige ten aanzien van wie de administratie beschikt over aanwijzingen van belastingontduiking of wanneer zij zich voorneemt een beroep te doen op artikel 341 van het WIB 1992.

Artikel 341 van het WIB 1992 bepaalt dat « behoudens tegenbewijs [...] de raming van de belastbare grondslag, zowel voor rechtspersonen als voor natuurlijke personen, [mag] worden gedaan volgens tekenen en indiciën waaruit een hogere graad van gegoedheid blijkt dan uit de aangegeven inkomsten. Wanneer het tegenbewijs van de belastingplichtige betrekking heeft op verkopen van roerende waarden of andere financiële instrumenten die hij zich als belegging heeft aangeschaft, hebben de ingeroepen aankoop- of verkoopbordersellen of -documenten tegenover de Administratie der directe belastingen slechts bewijskracht indien ze de vermelding ' op naam ' dragen en zijn opgesteld ten name van de belastingplichtige of van de personen van wie hij de rechthebbende is ». Het staat de belastingadministratie vrij om in alle omstandigheden en ten aanzien van om het even welke belastingplichtige een beroep op dat bewijsmiddel te doen.

Het Hof controleert niet de naleving van artikel 29 van de Grondwet - dat het briefgeheim waarborgt door in beginsel te verbieden dat de briefwisseling kan worden onderschept en geopend -, aangezien de bestreden bepalingen de belastingadministratie niet toestaan de briefwisseling tussen de financiële instellingen en hun cliënten te onderscheppen.

Het inwinnen en het verwerken van gegevens in verband met rekeningen en financiële transacties vormen een inmenging in het privéleven van de betrokken personen, alsook van de personen met wie zij die financiële verrichtingen hebben gedaan. Ook al maken het inwinnen en het verwerken van dergelijke gegevens het niet



altijd mogelijk rechtstreeks binnen te dringen in de communicaties die betrekking kunnen hebben op het privéleven in zijn meest intieme vorm, toch kunnen die onderzoeksmaatregelen min of meer nauwkeurige en eensluidende gegevens aan het licht brengen over « het gedrag, de meningen of de gevoelens » van de persoon die daarvan het voorwerp uitmaakt (zie *mutatis mutandis*, EHRM, 2 september 2010, *Uzun t. Duitsland*, § 52). Het Hof moet bijgevolg erover waken dat de wetgever, wanneer hij voor de belastingadministratie mogelijkheden creëert om inzage te hebben van gegevens met betrekking tot rekeningen en financiële transacties, de voorwaarden naleeft waaronder een dergelijke inmenging in het recht op de bescherming van het privéleven en, in voorkomend geval, van het gezinsleven toelaatbaar is in het licht van artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Artikel 22 van de Grondwet heeft tot doel de personen te beschermen tegen inmengingen in hun privéleven en gezinsleven. Het Hof moet bijgevolg nog nagaan of de verplichting voor de financiële instellingen om aan de belastingadministratie de briefwisseling vrij te geven die zij met hun cliënten hebben gehad, verenigbaar is met het recht op eerbiediging van het privéleven.

Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 22 van de Grondwet blijkt dat de Grondwetgever « een zo groot mogelijke concordantie [heeft willen nastreven] met artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), teneinde betwistingen over de inhoud van dit Grondwetsartikel respectievelijk art. 8 van het EVRM te vermijden ». De rechten die bij artikel 22 van de Grondwet en bij artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens worden gewaarborgd, zijn niet absoluut. Hoewel artikel 22 van de Grondwet aan eenieder het recht op eerbiediging van zijn privéleven en zijn gezinsleven toekent, voegt die bepaling daaraan immers onmiddellijk toe : « behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald ». Die grondwetsbepaling waarborgt derhalve dat geen enkele overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven kan plaatsvinden dan krachtens voldoende precieze regels aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering,

waarbij elke inmenging in dat recht dient te beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig dient te zijn met de nagestreefde wettige doelstelling.

Het Hof - erop wijzende dat het oorspronkelijke wetsontwerp alleen de opheffing van het bankgeheim beoogde te regelen ten behoeve van de belastingadministratie wanneer een buitenlandse belastingadministratie aan haar een verzoek had gericht - merkt op dat de bestreden maatregel voortvloeit uit de aanneming van een amendement ingediend in de Kamer van volksvertegenwoordigers. Rekening houdend met de parlementaire voorbereiding en het advies van de Raad van State, die het Hof in detail weergeeft in zijn arrest, besluit dat laatste dat de bestreden maatregel wel degelijk een doelstelling van algemeen belang nastreeft in de zin van artikel 8.2 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre de correcte vestiging van de belasting nodig is om « het economisch welzijn van het land » te verzekeren.

Het Hof gaat vervolgens na of die inmenging voldoet aan het wettigheidsbeginsel en of zij redelijk verantwoord is.

Door aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voor te behouden om te bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden het recht op eerbiediging van het privéleven kan worden aangetast, waarborgt artikel 22 van de Grondwet iedere burger dat geen enkele inmenging in dat recht toegelaten is dan krachtens de regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Naast die formele wettigheidsvereiste legt artikel 22 van de Grondwet eveneens de verplichting op dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen wordt geformuleerd die het mogelijk maken de hypothesen te voorzien waarin de wetgever een dergelijke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven toestaat. Evenzo houdt de vereiste van voorzienbaarheid waaraan de wet moet voldoen om in overeenstemming te worden bevonden met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in dat de formulering ervan voldoende precies is zodat elk individu in de gegeven omstandigheden in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien (EHRM, 17 februari 2004, *Maestri t. Italië*, § 30). De wet moet waarborgen

bieden tegen willekeurige aantastingen door de overheid van het recht op eerbiediging van het privéleven, namelijk door de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken overheden op voldoende duidelijke wijze af te bakenen, enerzijds, en door in een effectief jurisdictioneel toezicht te voorzien, anderzijds (zie, onder andere, EHRM, 4 mei 2000, *Rotaru t. Roemenië*, § 55; 6 juni 2006, *Segerstedt-Wiberg t. Zweden*, § 76; 4 juli 2006, *Lupsa t. Roemenië*, § 34).

Artikel 55 van de bestreden wet staat de belastingadministratie toe om, onder bepaalde voorwaarden, van de bedoelde financiële instellingen te eisen dat zij inlichtingen betreffende een van hun cliënten in twee hypothesen meedelen : de eerste, wanneer de administratie beschikt over een of meer aanwijzingen van belastingontduiking, en de tweede, wanneer zij zich voorneemt de belastbare grondslag te bepalen overeenkomstig artikel 341 van het WIB 1992.

Met betrekking tot de eerste hypothese - en rekening houdend met de verantwoording bij het amendement dat leidde tot de bestreden bepaling - merkt het Hof op dat die eerste hypothese waarin de wetgever de administratie toestaat zich te mengen in het privéleven van de belastingplichtigen voldoende nauwkeurig is afgebakend om het die laatstgenoemden mogelijk te maken, in voorkomend geval met de hulp van juridische bijstand, te voorzien in welke gevallen een vraag om inlichtingen gericht aan de financiële instelling waarvan zij cliënt zijn, is verantwoord door een aanwijzing van belastingontduiking te hunnen aanzien. In voorkomend geval staat het aan de rechter om te beoordelen of de door de belastingadministratie voorgelegde aanwijzingen kunnen volstaan om de inmenging in het privéleven te verantwoorden.

In verband met de tweede hypothese en rekening houdend met hetgeen hiervoor is vermeld, lijkt de belastingadministratie, louter op basis van de tekst van artikel 322, § 2, eerste lid, van het WIB 1992, zoals ingevoegd bij de bestreden wet, ertoe te zijn gemachtigd toegang te hebben tot de financiële gegevens van de belastingplichtige wanneer zij overweegt, zoals zij daartoe altijd is gemachtigd, zijn inkomsten indiciair te belasten.

Tijdens de parlementaire voorbereiding is in verband met het amendement dat heeft geleid tot de bestreden bepalingen, evenwel gepreciseerd : « [...] De ontworpen paragraaf 2 [somt] de gevallen [op] waarin het bankgeheim kan worden opgeheven, namelijk wanneer de administratie bij het onderzoek over één of meer aanwijzingen van belastingontduiking beschikt of wanneer de administratie zich voorneemt om de belastbare grondslag te bepalen overeenkomstig artikel 341 van het WIB 92 (d.w.z. volgens tekenen en indiciën waaruit een hogere graad van gegoedheid blijkt dan uit de aangegeven inkomsten) ». « Er wordt in amendement nr. 15 vermeld dat het bankgeheim alleen maar kan worden opgeheven als er één of meer aanwijzingen zijn van belastingontduiking of wanneer er indiciën zijn dat er een hogere graad van gegoedheid is dan wat blijkt uit de aangegeven inkomsten ». « [...] De procedure tot opheffing van het bankgeheim [kan] maar [...] worden opgestart wanneer er één of meer aanwijzingen zijn van belastingontduiking of wanneer er indiciën zijn dat er een hogere graad van gegoedheid is dan wat blijkt uit de aangegeven inkomsten ».

Daarnaast bepaalt artikel 322, § 2, derde lid, van het WIB 1992, ingevoegd bij de bestreden wet, dat de machtiging om zich tot de financiële instelling te richten pas mag worden verleend nadat is vastgesteld dat het onderzoek dat in elk geval vooraf bij de belastingplichtige is gevoerd « een eventuele toepassing van artikel 341 [van het WIB 1992] uitwijst », hetgeen veronderstelt dat de controleambtenaar aan de ambtenaar die bevoegd is die machtiging te verlenen, eensluidende feitelijke elementen kan voorleggen die het mogelijk maken redelijkerwijze uit te gaan van een hogere graad van gegoedheid van de belastingplichtige dan wat uit zijn aangegeven inkomsten blijkt. Die vereiste wordt voorts bevestigd in artikel 333/1, § 2, 3°, van het WIB 1992, ingevoegd bij de bestreden wet, op grond waarvan de belastingadministratie met name aan de minister van Financiën jaarlijks « de concrete aanwijzingen » moet meedelen waardoor de daartoe aangestelde ambtenaren « zich hebben laten leiden bij hun beslissing om een machtiging te verlenen » teneinde bij een bankinstelling gegevens op te vragen in verband met een bepaalde belastingplichtige.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet van 7 november 2011, die met name artikel 333/1 van het WIB 1992 wijzigt door aan de administratie de verplichting op te leggen de belastingplichtige in kennis te stellen van de « gegevens op grond waarvan zij meent dat het gevoerde onderzoek tot een eventuele toepassing van artikel 341 leidt en die een vraag om inlichtingen bij een financiële instelling rechtvaardigen », onderschreef de minister van Financiën de volgende interpretatie : « [...] De belastingplichtige [moet] op de hoogte [...] worden gebracht van de elementen op grond waarvan de belastingdiensten menen dat de gevoerde onderzoeken eventueel tot een toepassing van artikel 341 kunnen leiden en die een vraag om inlichtingen bij een financiële instelling verantwoorden. Het gaat dus niet om een loutere inlichting dat de belastingdiensten van plan zijn een belasting te vestigen op grond van tekenen en indiciën, maar wel degelijk om een informatie over de verschillende elementen die er eventueel kunnen toe leiden ».

Rekening houdend met hetgeen voorafgaat, blijkt dus dat het voor de belastingadministratie niet volstaat te overwegen een beroep te doen op een indiciaire aanslag om de onderzoeksbevoegdheden te kunnen uitoefenen die haar zijn toegekend bij artikel 322, §§ 1 en 2, van het WIB 1992. Zij moet daarenboven beschikken over concrete en eensluidende aanwijzingen van een hogere graad van geïmpliciteerdheid dan wat blijkt uit de aangegeven inkomsten.

Ook al is het werkelijke toepassingsgebied van de door de wetgever toegestane inmenging dus beperkter dan wat een letterlijke lezing van artikel 322, § 2, tweede lid, van het WIB 1992 kan laten uitschijnen, toch kan dat gegeven de bestreden maatregel geen voldoende graad van voorzienbaarheid ontnemen, rekening houdend, enerzijds, met de preciseringen vermeld in de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet, alsook in de artikelen 322, § 2, derde lid, 2°, en 333/1, § 2, 3°, van het WIB 1992 en, anderzijds, met de nieuwe redactie van artikel 331/1, § 1, eerste lid, van het WIB 1992 zoals die voortvloeit uit de wet van 7 november 2011.

Het Hof gaat vervolgens na of de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven van de belastingplichtige en van de

personen met wie hij financiële verrichtingen heeft gedaan, redelijk is verantwoord. Daartoe controleert het of de motieven die zijn aangevoerd om die inmenging te verantwoorden, relevant en toereikend zijn, alsook of het evenredigheidsbeginsel is nageleefd.

Zoals hiervoor is opgemerkt, kan de belastingadministratie slechts tot de in het geding zijnde gegevens toegang hebben, wanneer zij één of meer aanwijzingen van belastingontduiking kan voorleggen of concrete eensluitende elementen op basis waarvan een vertekening blijkt tussen de aangegeven inkomsten en de goedheid van de belastingplichtige.

Alleen gegevens die nuttig zijn voor het bepalen van het bedrag van de belastbare inkomsten van de belastingplichtige kunnen bij de financiële instellingen door de belastingadministratie worden opgevraagd (artikel 322, § 2, tweede lid, van het WIB 1992), waarbij die laatstgenoemde bovendien ertoe is gehouden, bij de inwinning en verwerking van die inlichtingen, de voorschriften na te leven van de wet van 8 december 1992 « tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens », binnen de perken van het materiële toepassingsgebied ervan. Bovendien is « hij die, uit welken hoofde ook, optreedt bij de toepassing van de belastingwetten [...], buiten het uitoefenen van zijn ambt, verplicht tot de meest volstrekte geheimhouding aangaande alle zaken waarvan hij wegens de uitvoering van zijn opdracht kennis heeft » (artikel 337, eerste lid, van het WIB 1992). De schending van dat beroepsgeheim wordt gestraft overeenkomstig artikel 458 van het Strafwetboek (artikel 453 van het WIB 1992). Die verplichting impliceert dat de belastingadministratie geen bij een financiële instelling verkregen inlichtingen betreffende het privéleven van een belastingplichtige die niet noodzakelijk zouden zijn om een juiste inning van de belasting te waarborgen, mag gebruiken of aan derden mag meedelen.

De wetgever heeft eveneens ervoor gezorgd een « getrapte » procedure in te voeren die ertoe verplicht zich in de eerste plaats te richten tot de belastingplichtige zelf teneinde de door de belastingadministratie gewenste inlichtingen te verkrijgen. Alleen wanneer er vermoedens bestaan dat die belastingplichtige gegevens

daaromtrent verbergt of weigert mee te delen, zal de belastingadministratie, waarbij zij gewag maakt van aanwijzingen van belastingontduiking of van een vertekening tussen de aangegeven inkomsten en de gegoedheid van de belastingplichtige, zich kunnen richten tot de bedoelde financiële instellingen waar die laatstgenoemde cliënt is. Voorts kan alleen een ambtenaar met minstens de graad van inspecteur een dergelijk verzoek formuleren, waarvoor een machtiging is vereist door een ambtenaar met minstens de graad van directeur en die daartoe is aangesteld door de minister van Financiën. Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet blijkt nog dat de daartoe aangestelde ambtenaar, alvorens zijn machtiging te verlenen, zal nagaan of de aanwijzingen van belastingontduiking of de feitelijke elementen op basis waarvan een hogere graad van gegoedheid wordt vastgesteld dan die welke blijkt uit de aangegeven inkomsten, « voldoende concreet zijn, [...] het onderzoek bij de belastingplichtige zelf voldoende ver is gevoerd en [...] de daarbij gevolgde procedure correct is verlopen ». Die procedurele vereisten vormen belangrijke waarborgen tegen willekeurige inmengingen in het privéleven van de belastingplichtige en van de personen met wie hij financiële verrichtingen heeft gedaan.

Bovendien wordt de belastingplichtige gelijktijdig ingelicht over de aanwijzingen van belastingontduiking of de feitelijke elementen die een vertekening tussen zijn aangegeven inkomsten en zijn gegoedheid doen vermoeden, die de vraag om inlichtingen gericht aan de financiële instelling waar hij cliënt is, verantwoorden. De belastingadministratie bepaalt, op grond van artikel 322, § 1, eerste lid, van het WIB 1992, de antwoordtermijn die aan de betrokken financiële instelling wordt toegekend. Gedurende die termijn, die redelijk moet zijn, kan de belastingplichtige bijgevolg reageren en de wettigheid van die vraag betwisten volgens het gemeen recht, voor een rechter die met name de relevantie en de toereikendheid zal kunnen nagaan van de aanwijzingen van belastingontduiking of van de feitelijke elementen waaruit een vertekening tussen de aangegeven inkomsten van de belastingplichtige en zijn gegoedheid blijkt, en die zich ervan zal kunnen vergewissen dat de vraag om inlichtingen niet verder gaat dan hetgeen nuttig is voor het vestigen



van de juiste aanslag, rekening houdend onder meer met de antwoorden die de belastingplichtige reeds eventueel zelf heeft gegeven.

Ten slotte moet artikel 333/1, § 1, tweede lid, van het WIB 1992, dat bepaalt dat, « als de rechten van de Schatkist in gevaar zijn », de belastingadministratie rechtstreeks inlichtingen vermag in te winnen bij de financiële instelling en de kennisgeving van de redenen die de vraag om inlichtingen gericht aan die instelling verantwoord, *post factum* kan gebeuren en uiterlijk dertig dagen na het verzenden van die vraag, worden geïnterpreteerd in die zin dat die mogelijkheid slechts is verantwoord wanneer er, zoals in de parlementaire voorbereiding is beklemtoond, « aanwijzingen zijn dat een belastingplichtige de intentie heeft om zich onvermogen te maken ». Onder voorbehoud van die interpretatie verwerpt het Hof, zoals reeds is opgemerkt, het middel dat is afgeleid uit een onverantwoorde inmenging in het recht op de eerbiediging van het privéleven.

In verband met de kritiek op de niet-naleving van *het verbod op verplichte arbeid* voerden de verzoekende partijen aan dat de artikelen 55 tot 57 van de bestreden wet de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 4.2 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zouden schenden, in zoverre zij de bedoelde financiële instellingen een « titanearbeid » opleggen inzake het inwinnen, bewaren, verwerken en meedelen van gegevens ten behoeve van de belastingadministratie, zonder enige vergoeding.

De individuele vrijheid, gewaarborgd bij artikel 12 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 4 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, verbiedt dat een arbeid, onder dreiging van welke straf dan ook, zou worden geëist van een persoon die zich daarvoor niet geheel uit eigen wil heeft aangeboden, zonder dat die arbeid kan worden verantwoord door de kenmerken van het in het geding zijnde beroep of door beweegredenen van algemeen belang.

De verplichting tot het verschaffen van dergelijke inlichtingen, die past in het kader van het algemeen belang dat erin bestaat de juiste



vestiging van de belasting te waarborgen, maakt deel uit van de normale activiteit van elke financiële instelling, die overigens reeds in het kader van verschillende andere regelgevingen geroepen is een dergelijke medewerking te verlenen. Het is hoe dan ook, vanwege de context en de inhoudelijke vereisten van de bestreden bepalingen, weinig waarschijnlijk dat de financiële instellingen zouden worden geconfronteerd met een abnormale stijging van het aantal aanvragen om inlichtingen. Indien nodig kan de termijn overigens « wegens wettige redenen » worden verlengd (artikel 322, § 1, eerste lid van het WIB 1992), wat de financiële instellingen ook moet toelaten binnen een redelijke termijn te voldoen aan het gevraagde, rekening houdend met de aard en omvang van de vereiste opzoeken.

*Wat het recht om zichzelf niet te beschuldigen betreft*, voerden sommige verzoekende partijen de schending aan, door de bestreden bepalingen, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre de wetgever de belastingplichtige zijn fundamenteel recht en het voordeel van het algemeen rechtsbeginsel krachtens hetwelk niemand ertoe kan worden verplicht bij te dragen tot zijn eigen beschuldiging, zou hebben ontnomen door de financiële instellingen ertoe te verplichten aan de belastingadministratie gegevens betreffende hun cliënten mee te delen die voor die laatstgenoemden mogelijk beschuldigend zijn.

Die kritiek is dus niet gericht tegen de verplichting, voor de belastingplichtige, om te antwoorden op de vragen om inlichtingen die de belastingadministratie aan hem kan richten, verplichting die overigens haar oorsprong vindt in een andere wetsbepaling (artikel 316 van het WIB 1992) dan de bepalingen die het voorwerp uitmaken van de beroepen tot vernietiging. De verzoekende partijen voeren overigens niet de eventuele schending aan van het recht om zichzelf niet te beschuldigen, voor de bankinstellingen of de daar tewerkgestelde personen, wanneer die instellingen, op straffe van strafrechtelijke sancties, aan de belastingadministratie gegevens betreffende hun cliënten moeten meedelen.

Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zijn « ook al wordt dat niet uitdrukkelijk vermeld in artikel 6 van het Verdrag, het zwijgrecht en het recht om niet bij te dragen tot zijn eigen beschuldiging internationale normen die in het algemeen erkend zijn en deel uitmaken van de kern van het begrip van eerlijk proces verankerd in artikel 6.1. In het bijzonder veronderstelt het recht om zichzelf niet te beschuldigen dat de overheden hun argumentatie trachten te gronden zonder een beroep te doen op bewijselementen die onder dwang of druk zijn verkregen, tegen de wil van de ' beschuldigde ' » (EHRM, 5 april 2012, *Chambaz t. Zwitserland*, § 52).

Zonder dat het noodzakelijk is te bepalen in welke mate het recht om niet tot zijn eigen beschuldiging bij te dragen, van toepassing is in het stadium van het inwinnen, door de belastingadministratie, van inlichtingen bij een financiële instelling die noodzakelijk zijn om een juiste inning van de door de cliënt van die instelling verschuldigde belasting te waarborgen, volstaat de vaststelling dat de inlichtingen die in het bezit zijn van de financiële instelling, waarvan de overlegging door de administratie wordt geëist en die afkomstig zijn van de belastingplichtige, door die laatste aan de financiële instelling zijn verstrekt zonder dwang of druk vanwege de overheid. Er kan bijgevolg geen aantasting zijn van het recht van de belastingplichtige om niet bij te dragen tot zijn eigen beschuldiging.

*Zoals hiervoor is opgemerkt, hadden de beroepen tot vernietiging ook betrekking op artikel 84, 10°, van de bestreden wet, dat met name werd verweten de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 151 ervan en met artikel 28quater, eerste lid, van het Wetboek van strafvordering, te schenden, in zoverre het openbaar ministerie, ondanks zijn onafhankelijkheid en zijn beoordelingsbevoegdheid, slechts zou kunnen overgaan tot een minnelijke schikking in strafzaken in verband met een inbreuk op de fiscale en sociale wetten die het mogelijk heeft gemaakt de belasting of de sociale bijdragen te omzeilen, op voorwaarde dat de omzeilde belasting of sociale bijdragen, verhoogd met de interesten, vooraf en integraal zouden zijn terugbetaald en de fiscale of sociale administratie daarmee heeft ingestemd, terwijl dergelijke vereisten*

niet zouden bestaan voor de andere misdrijven waarvoor een minnelijke schikking in strafzaken door het openbaar ministerie kan worden uitgevoerd.<sup>1</sup>

Het Hof is ertoe gebracht zich opnieuw uit te spreken over de inwinning en de verwerking van de gegevens met betrekking tot de financiële rekeningen en transacties, naar aanleiding van een beroep tegen de wet van 7 november 2011 houdende fiscale en diverse bepalingen.

Zoals zij zijn gewijzigd bij de artikelen 7 en 9, 2°, van die wet, bepalen de artikelen 319bis en 333/1, § 1, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 1992) : « Art. 319bis. De met de invordering belaste ambtenaren beschikken over alle onderzoeksbevoegdheden bepaald in dit Wetboek teneinde de vermogenssituatie van de schuldenaar te bepalen met het oog op het invorderen van de belasting en de voorheffingen verschuldigd in hoofdsom en opcentiemen, van de belastingverhogingen en administratieve boeten, van de interesten en van de kosten. De in het eerste lid bedoelde bevoegdheden van de ambtenaren belast met de invordering worden eveneens uitgeoefend zonder de beperkingen ten aanzien van de instellingen bedoeld in de artikelen 318, 322, §§ 2 tot 4, en 327, § 3 ». « Art. 333/1. § 1. In de gevallen bedoeld in de artikelen 322, § 2, en 327, § 3, tweede lid, stelt de administratie de belastingplichtige in kennis van de aanwijzing of de aanwijzingen van belastingontduiking of van de gegevens op grond waarvan zij meent dat het gevoerde onderzoek tot een eventuele toepassing van artikel 341 leidt en die een vraag om inlichtingen bij een financiële instelling rechtvaardigen. Deze kennisgeving gebeurt bij aangetekende brief gelijktijdig met het verzenden van de voormelde vraag om inlichtingen. Het eerste lid is niet van toepassing als de rechten van de Schatkist in gevaar zijn. De kennisgeving gebeurt desgevallend post factum bij een ter post aangetekende brief, uiterlijk 30 dagen na het verzenden van de in het eerste lid vermelde vraag om inlichtingen. Het eerste lid is evenmin van toepassing op de vragen vanwege de in artikel 322,

<sup>1</sup> Zie hieromtrent onderhavig verslag pp. 133-135, STRAFRECHT EN STRAFVORDERING – Minnelijke schikking in strafzaken en instemming van het slachtoffer.

§ 4, bedoelde buitenlandse administraties ». Artikel 11, eerste lid, van dezelfde wet bepaalt de inwerkingtreding van de artikelen 7 en 9 van de wet van 7 november 2011.

Bij het Hof is tegen die bepalingen een beroep tot vernietiging ingesteld.

Ten aanzien van *de wijzigingen die artikel 7 van de wet van 7 november 2011 in het voormelde artikel 319bis heeft aangebracht*, voerden de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 10, 11, 22 en 29 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens : dat artikel 7 zou een einde maken aan elke beperking van de onderzoeksbevoegdheid van de met de invordering belaste ambtenaren, met andere woorden de ontvangers, wat betreft de bankrekeningen van hun schuldenaars, de belastingplichtigen; daarnaast werd aangevoerd dat, indien de in het geding zijnde wetswijziging in die zin moet begrepen dat zij het de ontvangers eveneens mogelijk maakt toegang te hebben tot het centraal aanspreekpunt dat is opgericht bij artikel 322, § 3, - hetgeen de verzoekende partijen betwisten - die bepaling in strijd zou zijn met de voormelde grondwetsbepalingen.

Na te hebben opgemerkt dat artikel 319*bis*, tweede lid, van het WIB 1992 zijn oorsprong vindt in artikel 8 van de programmawet (I) van 27 december 2006, wijst het Hof erop dat, naar aanleiding van de wijzigingen die in artikel 322 van datzelfde Wetboek zijn aangebracht en van de invoeging van een artikel 333/1 in dat Wetboek bij de artikelen 55 en 56 van de wet van 14 april 2011 houdende diverse bepalingen, de wetgever, met artikel 7 van de wet van 7 november 2011, artikel 319*bis*, tweede lid, van het WIB 1992 heeft willen aanpassen opdat, zoals uit de parlementaire voorbereiding blijkt, de met de invordering van de belasting belaste ambtenaren niet ertoe gehouden zouden zijn dezelfde regels als de aanslagambtenaren te volgen.

Het inwinnen en het verwerken van gegevens in verband met rekeningen en financiële transacties vormen een inmenging in het privéleven van de betrokken personen, alsook van de personen met wie zij die financiële verrichtingen hebben gedaan. Ook al maken

het inwinnen en het verwerken van dergelijke gegevens het niet altijd mogelijk rechtstreeks binnen te dringen in de communicaties die betrekking kunnen hebben op het privéleven in zijn meest intieme vorm, toch kunnen die onderzoeksmaatregelen min of meer nauwkeurige en eensluidende gegevens aan het licht brengen over « het gedrag, de meningen of de gevoelens » van de persoon die daarvan het voorwerp uitmaakt (zie *mutatis mutandis*, EHRM, 2 september 2010, *Uzun* t. Duitsland, § 52). Het Hof moet bijgevolg erover waken dat de wetgever, wanneer hij voor de belastingadministratie mogelijkheden creëert om inzage te hebben van gegevens met betrekking tot rekeningen en financiële transacties, de voorwaarden naleeft waaronder een dergelijke inmenging in het recht op de bescherming van het privéleven en, in voorkomend geval, van het gezinsleven toelaatbaar is in het licht van artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Volgens de verzoekende partijen zouden de bestreden bepalingen ook moeten worden getoetst in het licht van de waarborgen waarin artikel 29 van de Grondwet voorziet. Die bepaling, die het briefgeheim waarborgt, verbiedt in beginsel dat de briefwisseling kan worden onderschept en geopend. De bestreden bepalingen, die de belastingadministratie niet toestaan de briefwisseling tussen de financiële instellingen en hun cliënten te onderscheppen, schenden derhalve artikel 29 van de Grondwet niet.

Artikel 22 van de Grondwet heeft tot doel de personen te beschermen tegen inmengingen in hun privéleven en gezinsleven. Het Hof moet bijgevolg nog nagaan of de verplichting voor de financiële instellingen om aan de belastingadministratie de briefwisseling vrij te geven die zij met hun cliënten hebben gehad, bestaanbaar is met het recht op eerbiediging van het privéleven. Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 22 van de Grondwet blijkt dat de Grondwetgever « een zo groot mogelijke concordantie [heeft willen nastreven] met artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), teneinde betwistingen over de inhoud van dit Grondwetsartikel respectievelijk art. 8 van het EVRM te vermijden ». De rechten die bij artikel 22 van de Grondwet en bij artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens

worden gewaarborgd, zijn niet absoluut. Hoewel artikel 22 van de Grondwet aan eenieder het recht op eerbiediging van zijn privéleven en zijn gezinsleven toekent, voegt die bepaling daaraan immers onmiddellijk toe : « behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald ». Die grondwetsbepaling waarborgt derhalve dat geen enkele overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven kan plaatsvinden dan krachtens voldoende precieze regels aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering, waarbij elke inmenging in dat recht dient te beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig dient te zijn met de nagestreefde wettige doelstelling.

Artikel 7 van de wet van 7 november 2011 streeft een doel van algemeen belang na in de zin van artikel 8.2 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre de doeltreffende invordering van de belasting ertoe strekt de gelijkheid van de burgers voor de fiscale wet te waarborgen en de belangen van de Schatkist te vrijwaren, wat noodzakelijk is om « het economisch welzijn van het land » te verzekeren. Het Hof moet voorts nagaan of die inmenging voldoet aan het wettigheidsbeginsel en of zij redelijk is verantwoord.

Door aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voor te behouden om te bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden het recht op eerbiediging van het privéleven kan worden aangetast, waarborgt artikel 22 van de Grondwet iedere burger dat geen enkele inmenging in dat recht toegelaten is dan krachtens de regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Naast die formele wettigheidsvereiste legt artikel 22 van de Grondwet eveneens de verplichting op dat de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen wordt geformuleerd die het mogelijk maken de hypothesen te voorzien waarin de wetgever een dergelijke inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven toestaat. Evenzo houdt de vereiste van voorzienbaarheid waaraan de wet moet voldoen om in overeenstemming te worden bevonden met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in dat de formulering ervan voldoende precies is zodat elk individu in de gegeven omstandigheden in redelijke mate

de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien (EHRM, 17 februari 2004, *Maestri t. Italië*, § 30). De wet moet waarborgen bieden tegen willekeurige aantastingen door de overheid van het recht op eerbiediging van het privéleven, namelijk door de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken overheden op voldoende duidelijke wijze af te bakenen, enerzijds, en door in een effectief jurisdictioneel toezicht te voorzien, anderzijds (zie, onder andere, EHRM, 4 mei 2000, *Rotaru t. Roemenië*, § 55; 6 juni 2006, *Segerstedt-Wiberg t. Zweden*, § 76; 4 juli 2006, *Lupsa t. Roemenië*, § 34).

Artikel 7 van de wet van 7 november 2011 staat een inmenging, door de administratie, toe in het privéleven van de belastingplichtige teneinde zijn vermogenssituatie vast te stellen om de invordering van de belasting te verzekeren, zonder haar ertoe te verplichten te voldoen aan de voorwaarden bepaald in de artikelen 322, §§ 2 tot 4, en 327, § 3, van het WIB 1992. De invordering van de belasting gebeurt op een ogenblik dat de belastingschuld is vastgesteld en in de hypothese dat zij niet is betaald door de belastingplichtige. De bestreden bepaling voldoet dus aan het wettigheidsbeginsel.

Het Hof gaat vervolgens na of de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven van de belastingplichtige en van de personen met wie hij financiële verrichtingen heeft gedaan, redelijk is verantwoord. Daartoe onderzoekt het Hof of de motieven die zijn aangevoerd om die inmenging te verantwoorden, relevant en toereikend zijn, alsook of het evenredigheidsbeginsel is nageleefd.

Door de administratie toe te staan zich te mengen in het privéleven van de belastingplichtige teneinde zijn vermogenssituatie vast te stellen om de invordering van de belasting te verzekeren, zonder haar ertoe te verplichten de voorwaarden bepaald in de artikelen 322, §§ 2 tot 4, en 327, § 3, van het WIB 1992 na te leven, behandelt artikel 7 van de wet van 7 november 2011 de belastingplichtigen op een verschillende manier naargelang hun privéleven wordt aangetast op het ogenblik van de vestiging van de belasting dan wel op het ogenblik van de invordering ervan. In tegenstelling tot wat de Ministerraad aanvoert, gaat het om vergelijkbare categorieën.



Het verschil in behandeling kan evenwel objectief en redelijk worden verantwoord door het feit dat de aantasting van het recht op het privéleven met het oog op de invordering van de belasting niet evenveel opzoekingen vergt als het vaststellen van het bedrag van de belastbare inkomsten van de belastingplichtige. De onderzoeksbevoegdheden waarover de met de invordering belaste ambtenaren beschikken, beogen uitsluitend de vaststelling van de vermogenssituatie van de schuldenaar teneinde de invordering van de belasting te verzekeren. De voorwaarden bepaald in de artikelen 322, §§ 2 tot 4, en 327, § 3, van het WIB 1992 inzake het zoeken naar gegevens aan de hand waarvan het bedrag van de belastbare inkomsten van de belastingplichtige kan worden vastgesteld, zijn relevant wanneer het erom gaat de belasting te vestigen op basis van aanwijzingen van belastingontduiking of een vertekening tussen de aangegeven inkomsten en de gegoedheid van de belastingplichtige; zij zijn dat niet wanneer het erom gaat een verschuldigde belasting in te vorderen. Overigens, alleen inlichtingen die noodzakelijk zijn om de vermogenssituatie van de schuldenaar vast te stellen met het oog op de invordering van de belasting kunnen worden opgevraagd bij de financiële instellingen door de met de invordering belaste ambtenaren, waarbij die ambtenaren bovendien ertoe zijn gehouden, bij de inwinning en verwerking van die inlichtingen, de voorschriften na te leven van de wet van 8 december 1992 « tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens », binnen de perken van het materiële toepassingsgebied ervan. Bovendien is « hij die, uit welken hoofde ook, optreedt bij de toepassing van de belastingwetten [...], buiten het uitoefenen van zijn ambt, verplicht tot de meest volstreekte geheimhouding aangaande alle zaken waarvan hij wegens de uitvoering van zijn opdracht kennis heeft » (artikel 337, eerste lid, van het WIB 1992). De schending van dat beroepsgeheim wordt bestraft overeenkomstig artikel 458 van het Strafwetboek (artikel 453 van het WIB 1992). Die verplichting impliceert dat de belastingadministratie geen bij een financiële instelling verkregen inlichtingen betreffende het privéleven van een belastingplichtige die niet noodzakelijk zouden zijn om een juiste inning van de belasting te waarborgen, mag gebruiken of aan derden mag meedelen. Ten slotte blijkt uit de in het arrest aangehaalde parlementaire voorbereiding duidelijk dat de wetgever heeft



uitgesloten dat de inlichtingen die worden verkregen om de invordering van de belasting mogelijk te maken, zouden worden gebruikt voor de vestiging van de belasting en dat het in artikel 322, § 3, van het WIB 1992 vermelde centraal aanspreekpunt, overeenkomstig artikel 322, § 1, van het WIB 1992, door de ontvangers wordt beschouwd als een derde.

Ten aanzien van de tweede aan het Hof voorgelegde bepaling - *artikel 9, 2°, van de wet van 7 november 2011* - voerden de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 10, 11, 22 en 29 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens : artikel 9 zou een einde hebben gemaakt aan de verplichting om de belastingplichtige in te lichten wanneer de vraag om inlichtingen uitgaat van een buitenlandse Staat, hetgeen discriminerend zou zijn en afbreuk zou doen aan het recht op het privéleven.

Het in het geding zijnde artikel 9, 2°, voegt in artikel 333/1, § 1, van het WIB 1992 een lid in dat bepaalt dat het eerste lid van paragraaf 1 niet van toepassing is op de vragen om inlichtingen uitgaande van buitenlandse administraties, bedoeld in artikel 322, § 4.

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 7 november 2011 blijkt dat volgens de wetgever de informatieplicht onder de verantwoordelijkheid van de buitenlandse administratie valt. In haar advies heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State zich afgevraagd of het verschil in behandeling, op het vlak van de kennisgeving, tussen de vragen die uitgaan van België en die welke uitgaan van het buitenland verantwoord is; zij heeft twijfels geuit bij het aangevoerde tijdsverlies, aangezien het « in kennis stellen van het verzoek van de buitenlandse Staat om het bankgeheim te doorbreken [...] overeenkomstig artikel 331/1, § 1, eerste lid WIB 92 gelijktijdig gebeurt met het verzoek om inlichtingen bij de bank »; de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft overigens een tegenstrijdigheid opgemerkt tussen de memorie van toelichting, waarin wordt uitgegaan van de idee dat de belastingplichtige is ingelicht door de buitenlandse administratie, en de uitleg van de gemachtigde die stelt dat de kennisgeving aan de belastingplichtige

problemen kan doen rijzen voor de buitenlandse administratie. Het wetsontwerp heeft de bepaling behouden, ondanks het advies van de afdeling wetgeving.

Zoals het Hof heeft gepreciseerd in zijn arrest *nr. 6/2013* vormen de procedurele vereisten « belangrijke waarborgen tegen willekeurige inmengingen in het privéleven van de belastingplichtige en van de personen met wie hij financiële verrichtingen heeft gedaan ». Het Hof heeft in dat arrest rekening gehouden met de kennisgeving aan de belastingplichtige, zoals bepaald in artikel 333/1, § 1, eerste lid, van het WIB 1992 om te besluiten dat de verplichting voor de financiële instellingen om aan de belastingadministratie de briefwisseling vrij te geven die zij met hun cliënten hebben gehad verenigbaar is met het recht op de eerbiediging van het privéleven onder de bij de wet bepaalde voorwaarden. Het verschil in behandeling inzake de kennisgeving tussen de vragen van de administratie naargelang die al dan niet het gevolg zijn van een verzoek van een buitenlandse Staat is niet redelijk verantwoord. Artikel 322, § 4, van het WIB 1992 bepaalt immers dat de vraag van de buitenlandse Staat wordt gelijkgesteld met een aanwijzing van belastingontduiking : de kennisgeving aan de belastingplichtige vormt derhalve een belangrijke waarborg tegen de inmenging in zijn privéleven.

Het Hof vernietigt derhalve, bij zijn arrest *nr. 66/2013*, artikel 9, 2°, van de wet van 7 november 2011 houdende fiscale en diverse bepalingen.

Teneinde belangrijke administratieve moeilijkheden te vermijden die de terugwerkende kracht van de vernietiging zou veroorzaken, handhaaft het evenwel de gevolgen van de vernietigde bepaling ten aanzien van alle toepassingen die ervan zouden zijn gemaakt vóór de bekendmaking van zijn arrest in het *Belgisch Staatsblad*.

20. *De forfaitaire aanslagen die van toepassing zijn op de natuurlijke personen en de rechtspersonen die geen aangifte van hun beroepsinkomsten hebben overgelegd of die ze laattijdig hebben overgelegd (artikel 342, § 3, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 en artikel 182 van het koninklijk uitvoeringsbesluit) (arrest nr. 93/2013)*

Artikel 342, § 3, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 1992) stelt de basis vast van de forfaitaire aanslagen die van toepassing zijn op de in het voormelde artikel 182 van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 1992 bepaalde natuurlijke personen en rechtspersonen die geen aangifte van hun beroepsinkomsten hebben overgelegd of die haar laattijdig hebben overgelegd; dat artikel 182 bepaalt, per activiteitssector, « de minimumwinst die belastbaar is ten name van buitenlandse firma's die in België werkzaam zijn en volgens de vergelijkingsprocedure neergelegd in artikel 342, § 1, eerste lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 belastbaar zijn, alsmede, bij niet-aangifte of bij laattijdige overlegging van de aangifte, de minimumwinst die belastbaar is ten name van Belgische ondernemingen ».

Het Hof werd verzocht de behandeling van een schrijnwerker die tijdens het desbetreffende aanslagtijdvak twaalf maanden werkt te vergelijken met de behandeling van een schrijnwerker die in de loop van dezelfde periode drie maanden werkt, waarbij die beide categorieën het voorwerp uitmaken van een identieke behandeling terwijl zij zich in een verschillende situatie zouden bevinden, gelet op het feit dat de belastbare minima die op hen van toepassing zijn krachtens artikel 342, § 3, van het WIB 1992, dezelfde zijn, los van de daadwerkelijke duur van hun arbeidstijd (eerste prejudiciële vraag). Bovendien zou de wet die belastingplichtigen niet toelaten het bewijs te leveren van het juiste bedrag van hun inkomsten (tweede prejudiciële vraag).

De procedure van aanslag van ambtswege heeft tot gevolg de bewijslast om te keren, wat de bepaling van het belastbare bedrag betreft. Luidens de in het geding zijnde bepaling en overeenkomstig artikel 352 van het WIB 1992 heeft de belastingplichtige immers

steeds het recht de aanslag te betwisten door het bewijs te leveren van het juiste bedrag van zijn inkomsten.

Het bepalen van het belastingtarief en het vaststellen van de modalisering ervan komt de bevoegde fiscale wetgever toe. Wanneer hij daartoe criteria van onderscheid hanteert, moeten die redelijk kunnen worden verantwoord. De tarieven en de modaliteiten ervan moeten op gelijke wijze worden toegepast ten aanzien van eenieder die zich ten opzichte van de maatregel en het nagestreefde doel in een gelijkwaardige positie bevindt, zij het dat de fiscale wetgever een verscheidenheid aan toestanden kan dienen op te vangen in categorieën die, noodzakelijkerwijze, slechts bij benadering met de werkelijkheid overeenstemmen.

Na de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling te hebben geciteerd en, onder de door de wetgever nagestreefde doelstellingen, te hebben verwezen naar de doelstelling de belastingfraude te bestrijden, doet het Hof opmerken dat de procedure van aanslag van ambtswege zonder onderscheid van toepassing is op alle belastingplichtigen, ondernemers of beoefenaars van een vrij beroep bedoeld in het voormelde artikel 182 van het koninklijk besluit tot uitvoering van het WIB 1992, die niet tijdig een belastingaangifte hebben ingediend.

De in het geding zijnde bepaling wordt verweten het belastbare minimum niet te berekenen met verwijzing naar de duur van de activiteit die daadwerkelijk door de betrokken onderneming of natuurlijke persoon werd verricht.

In tegenstelling met de werknemers, die meestal per uur worden bezoldigd, worden de inkomsten gegenereerd door beroepen zoals die welke te dezen worden beoogd, niet zozeer gemeten per uur gepresteerde activiteit als wel ten aanzien van de prestatie of de realisatie van een contract waarbij een beroep wordt gedaan op een kwaliteit van diensten die berust op een kunde waarbij de factor tijd slechts één van de parameters is om het inkomen te bepalen. De diversiteit van de beschouwde activiteiten van ondernemers en beoefenaars van vrije beroepen is zodanig dat een forfait invoeren waarbij rekening wordt gehouden met de effectieve activiteitsduur, nog meer ongelijkheden had kunnen genereren. Aldus zal eenzelfde

belastbaar inkomen kunnen zijn verworven in een verschillend aantal uren naar gelang van de kwaliteit van de beroepsbeoefenaar, de aangewende middelen, de omgeving van zijn vrij beroep en de modaliteiten van het contract dat hem aan zijn begunstigde bindt.

Met betrekking tot de aan de belastingplichtige gegeven mogelijkheid het juiste bedrag van zijn belastbare inkomsten aan te tonen (tweede prejudiciële vraag), volgt uit de voormelde parlementaire voorbereiding dat die bepaling moet worden gelezen in samenhang met artikel 351 van het WIB 1992, luidens hetwelk de belastingplichtige het wettelijk vermoeden dat het gevolg is van artikel 342 van het WIB 1992, kan weerleggen door het bewijs te leveren van het juiste bedrag van zijn belastbare inkomsten. Bijgevolg is de in het geding zijnde bepaling een relevant middel om de doelstelling die erin bestaat de belastingfraude te bestrijden, te bereiken. Zij heeft evenmin onevenredige gevolgen in zoverre het wettelijk vermoeden dat voor de belastingadministratie daaruit volgt, door de in gebreke blijvende belastingplichtige kan worden weerlegd door het bewijs te leveren van het juiste bedrag van de inkomsten die door de uitoefening van zijn beroep zijn gegenereerd.

Het Hof beslist bijgevolg dat artikel 342, § 3, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet niet schendt.

### *21. De niet-aftrekbaarheid van de interesten van bepaalde leningen (arrest nr. 104/2013)*

Het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna : WIB 1992) omvat een artikel 198, eerste lid, waarin wordt gepreciseerd wat niet als beroepskosten wordt aangemerkt<sup>1</sup>. Die bepaling, ingevoegd bij artikel 24 van het koninklijk besluit van

<sup>1</sup> Wat betreft de rechtspraak van het Hof in verband met dat artikel 198, zie ook de arresten nrs. 37/97, 146/2004, 130/2005 en 161/2009.

20 december 1996<sup>1</sup>, is onder meer gewijzigd bij artikel 147 van de programmawet (I) van 29 maart 2012; ingevolge die wijziging bepaalde artikel 198, eerste lid, 11° : « onverminderd de toepassing van de artikelen 54 en 55, de betaalde of toegekende interesten van leningen indien, en in de mate van die overschrijding, het totale bedrag van deze leningen, andere dan obligaties of andere gelijksoortige effecten uitgegeven door een openbaar beroep op het spaarwezen en andere dan leningen toegekend door instellingen bedoeld in artikel 56, § 2, 2°, hoger is dan vijf maal de som van de belaste reserves bij het begin van het belastbare tijdperk en het gestort kapitaal bij het einde van dit tijdperk, wanneer de werkelijke verkrijgers ervan : - hetzij, niet onderworpen zijn aan een inkomstenbelasting of, voor die inkomsten, onderworpen zijn aan een aanzienlijk gunstigere aanslagregeling dan die welke voortvloeit uit de bepalingen van gemeen recht van toepassing in België; - hetzij, deel uitmaken van een groep waartoe de schuldenaar behoort ».

Bij het Hof werd een beroep ingesteld tot vernietiging van het voormelde artikel 198, eerste lid, 11<sup>o2</sup>, dat het zal verwerpen.

De verzoekende partij klaagde allereerst aan dat de bestreden bepaling de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet schendt : de wetgever zou verhinderen dat de interesten van bepaalde leningen als beroepskosten kunnen worden afgetrokken door de lenende vennootschap, zonder dat enige redelijke verantwoording voor een dergelijk verschil in behandeling kan worden aangevoerd.

Het behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever te beslissen onder welke voorwaarden de interesten van bepaalde schulden al dan niet als beroepskosten aftrekbaar zijn. Uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepaling blijkt dat artikel 198, eerste lid, 11°, van het WIB 1992 is gewijzigd teneinde de

<sup>1</sup> « houdende diverse fiscale maatregelen, met toepassing van de artikelen 2, § 1, en 3, § 1, 2° en 3°, van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie ».

<sup>2</sup> Die bepaling werd nog gewijzigd met name bij artikel 89 van de programmawet van 22 juni 2012, zonder dat die wijziging een weerslag heeft op het voor het Hof ingestelde beroep.

gevolgen te bestrijden die een buitensporige onderkapitalisatie van de vennootschap (namelijk wanneer haar schuldratio minstens gelijk is aan vijf) kan hebben voor de correcte inning van de belasting waartoe zij is gehouden, wanneer die onderkapitalisatie toeneemt door het toekennen van « intragroepsleningen ». Aan de wetgever komt het toe te bepalen welke doelstellingen hij op fiscaal vlak wil nastreven. Hij kan in het raam van zijn beoordelingsvrijheid beslissen om de aftrek, als beroepskosten, van de door een belastingplichtige verschuldigde interesten op verschillende wijze toe te staan volgens het soort van lening die deze is aangegaan. Bovendien moet de wetgever, wanneer hij de grondslag van een belasting bepaalt, gebruik kunnen maken van categorieën die, noodzakelijkerwijs, de verscheidenheid van toestanden slechts met een zekere graad van benadering opvangen. Het beroep op dat procedé is niet onredelijk op zich; niettemin moet worden onderzocht of hetzelfde geldt voor de wijze waarop het werd aangewend.

Er werd vervolgens aangeklaagd dat de bestreden bepaling een onverantwoord verschil in behandeling invoert tussen, enerzijds, de vennootschappen die geld lenen bij de in artikel 56, § 2, 2<sup>o</sup>, van het WIB 1992 bedoelde instellingen of door een openbaar beroep op het spaarwezen en, anderzijds, de vennootschappen die zich met andere middelen financieren, in het bijzonder via een « intragroepslening » : enkel de eerstgenoemde vennootschappen zouden het geheel van de interesten die zij aan de lenende instelling verschuldigd zijn, als beroepskosten kunnen aftrekken, zelfs wanneer hun schuldenlast hoger is dan vijfmaal de som van hun eigen vermogen.

Het bekritiseerde verschil in behandeling berust op een objectief criterium, namelijk de hoedanigheid van de kredietgever en de eventuele organieke relaties die die laatste met de vennootschap-schuldenaar onderhoudt. Gezien de aard zelf van de « intragroepsleningen » vermocht de wetgever van oordeel te zijn dat er een groter risico bestaat op een oneigenlijk gebruik van de regeling van de aftrekbaarheid van de interesten van leningen die zijn aangegaan door de vennootschap-schuldenaar, in het bijzonder wanneer die ondergekapitaliseerd is. Zoals blijkt uit de in het arrest aangehaalde parlementaire voorbereiding, kunnen de organieke

relaties tussen de kredietgever en de kredietnemer het hun immers mogelijk maken fiscale constructies op te zetten die een financiering via een openbaar beroep op het spaarwezen of via onafhankelijke bank- of financiële instellingen niet - of althans niet in die mate - zou toestaan. Nu de bestreden maatregel van dien aard kan zijn dat dit risico daardoor wordt voorkomen, hetgeen de verzoekende partij niet betwist, is hij niet zonder redelijke verantwoording.

De omstandigheid dat bepaalde « intragroepsleningen » voor ondergekapitaliseerde vennootschappen mogelijk niet tot doel zouden hebben om de belastbare grondslag van die vennootschappen te verminderen, zoals de verzoekende partij aanvoert, ontnemt de maatregel niet zijn verantwoording. In een dermate technische aangelegenheid is het immers niet onredelijk voor de wetgever om de verscheidenheid van toestanden slechts op vereenvoudigende wijze op te vangen. Bovendien kan hem, rekening houdend met het voormelde risico van misbruik, niet worden verweten dat hij rekening heeft gehouden met de ongunstige fiscale gevolgen die een door een ondergekapitaliseerde vennootschap aangegane intragroepslening noodzakelijkerwijs met zich meebrengt, in plaats van te hebben geprobeerd de gevallen te bepalen waarin die financiële constructie een ander doel zou hebben dan het reduceren van de belastbare grondslag van de lenende vennootschap. Hetzelfde geldt voor het bestaan van andere bepalingen die, zoals de artikelen 54 en 55 van het WIB 1992, ertoe strekken de interesten van leningen die niet met de werkelijkheid lijken overeen te stemmen of waarvan het bedrag buitensporig wordt geacht ten aanzien van de marktrentevoet, van het voordeel van de aftrekbaarheid uit te sluiten of die, zoals artikel 344 van het WIB 1992, op algemene wijze de misbruiken in fiscale zaken beogen te bestrijden. Het is immers niet onredelijk dat de wetgever een specifieke maatregel neemt die, hoewel daarmee een doel wordt nagestreefd dat soortgelijk is aan dat van de voormelde bepalingen, daarmee echter geen overlapping vormt, aangezien de toepassingsvoorwaarden ervan niet identiek zijn.

De bekritiseerde maatregel heeft evenmin onevenredige gevolgen aangezien de wetgever een ondergekapitaliseerde vennootschap niet verbiedt zich binnen haar eigen groep te financieren, maar enkel de fiscale aftrekbaarheid van interesten beperkt ten aanzien



van leningen voor meer dan vijfmaal de som van het eigen vermogen. De maatregel belet die vennootschap evenmin de interesten van de leningen die zij blijft aangaan, voor zover zij zulks doet via een openbaar beroep op het spaarwezen of bij een in artikel 56, § 2, 2°, van het WIB 1992 bedoelde instelling, als beroepskosten af te trekken, zodat de wetgever een billijk evenwicht handhaaft tussen de bekommernis om de correcte inning van de belasting te verzekeren, de beheersautonomie binnen de groepen van vennootschappen en de toegang tot de kredietmarkt van ondergekapitaliseerde vennootschappen tegen fiscaal gunstige voorwaarden, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, verbiedt de bestreden bepaling overigens een ondergekapitaliseerde vennootschap niet de interesten af te trekken van leningen die zij niet langer is aangegaan bij een vennootschap die tot dezelfde groep als zij behoort, maar bij haar aandeelhouders of bij derden die niet tot een van de in artikel 56, § 2, 2°, van het WIB 1992 bedoelde categorieën van instellingen behoren, voor zover die kredietgevers zijn onderworpen aan een inkomstenbelasting volgens een aanslagregeling die niet aanzienlijk gunstiger is dan de Belgische gemeenrechtelijke fiscale regeling.

De verzoekende partij klaagde eveneens aan dat de bestreden bepaling tussen de lenende vennootschappen een discriminatie invoert wat de berekeningsmethode van hun schuldratio betreft : enkel de leningen die bij de in artikel 56, § 2, 2°, van het WIB 1992 bedoelde instellingen of via een openbaar beroep op het spaarwezen zijn aangegaan, zouden worden uitgesloten van de berekening van de schuldratio waarboven bepaalde interesten van leningen niet meer als beroepskosten kunnen worden afgetrokken; de andere leningen, met name de « intragroepsleningen », alsook de leningen die zijn aangegaan bij een financiële instelling die, hoewel zij niet in artikel 56, § 2, 2°, van het WIB 1992 wordt beoogd, ressorteert onder een Staat waarmee België overeenkomsten tot voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten, zouden daarentegen wel in de berekening van de schuldratio van de lenende vennootschap worden opgenomen.

Door de in de bestreden bepaling vervatte schuldratio aan te nemen, heeft de wetgever voor alle lenende vennootschappen een limiet

vastgesteld die boekhoudkundig en fiscaal op vaststaande wijze kan worden bepaald, waardoor misbruiken, alsook problemen bij het bepalen van het aftrekbare bedrag van de interesten van de leningen die die vennootschappen zijn aangegaan, kunnen worden vermeden. De verzoekende partij betwist niet dat de door de wetgever vastgestelde schuldgraad, die gelijk is aan vijfmaal het eigen vermogen van de lenende vennootschap, redelijk is.

Aangezien de wetgever de fiscale gevolgen heeft willen bestrijden van een onderkapitalisatie die is bestemd om de belastbare grondslag van de aan de inkomstenbelasting onderworpen vennootschap te verminderen, is het bovendien niet zonder redelijke verantwoording dat hij heeft beslist om bepaalde leningen van de berekening van de schuldratio uit te sluiten, zoals die welke zijn verkregen via een openbaar beroep op het spaarwezen of bij in artikel 56, § 2, van het WIB 1992 bedoelde financiële instellingen, waarvan kan worden vermoed dat zij, in tegenstelling tot onder meer intragroepsleningen, zijn aangegaan met een doel dat vreemd is aan het doel dat de wetgever wou bestrijden. Voor het overige toont de verzoekende partij niet aan welke andere soort van leningen een soortgelijk vermoeden zou kunnen genieten. Evenzo kan de wetgever niet worden verweten dat hij een onderscheid heeft ingevoerd tussen leninggevende financiële instellingen naargelang zij al dan niet zijn onderworpen aan een aanzienlijk gunstigere inkomstenbelastingregeling dan die welke voortvloeit uit het in België van toepassing zijnde gemeen recht. Wegens de essentiële verschillen die bestaan tussen de regelgevingen die op die twee categorieën van financiële instellingen van toepassing zijn, en rekening houdend met de grote beoordelingsvrijheid die ter zake aan de wetgever is toegekend, is een dergelijk verschil in behandeling niet zonder redelijke verantwoording.

De bestreden bepaling maakt de aftrekbaarheid van interesten van « intragroepsleningen » allicht mogelijk, ook al is de schuldenlast van de vennootschap vijfmaal hoger dan haar eigen vermogen, met name wanneer die reeds bestaande schuldenlast, althans gedeeltelijk, het resultaat is van een openbaar beroep op het spaarwezen of van een lening die bij een in artikel 56, § 2, 2°, van het WIB 1992 bedoelde instelling is gesloten. Die omstandigheid kan het redelijk verantwoorde karakter van de bekritiseerde maatregel

echter niet op de helling zetten. Integendeel, zij vormt een element dat de bestreden bepaling des te minder onevenredig kan maken aangezien een vennootschap, onder bepaalde voorwaarden, aldus de aftrek, als beroepskosten, kan genieten van de interesten van de leningen waarvan zij de schuldenaar is, met inbegrip van die welke zijn verkregen bij een vennootschap die tot dezelfde groep als zij behoort, zelfs wanneer die naar verhouding over een erg klein eigen vermogen beschikt.

## 22. *Strijd tegen « fiscaal misbruik »* (arrest nr. 141/2013)

De programmawet (I) van 29 maart 2012 omvat de artikelen 167, 168 en 169, die zijn opgenomen in hoofdstuk 3 (« Strijd tegen de fiscale fraude ») van titel 9 (« Financiën »); de artikelen 167 en 168 voeren een nieuwe « antimisbruikbepaling » in, zowel op het vlak van de inkomstenbelastingen (artikel 344, § 1, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna : WIB 1992)) als op dat van de registratierechten (artikel 18, § 2, van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten). De antimisbruikbepaling is tevens van toepassing inzake successierechten, aangezien op grond van artikel 106, tweede lid, van het Wetboek der successierechten paragraaf 2 van artikel 18 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten *mutatis mutandis* van toepassing is.

Bij het Hof werden beroepen ingesteld tot vernietiging van de voormelde bepalingen, beroepen die het verwerpt onder het in het beschikkende gedeelte vermelde voorbehoud.

De nieuwe antimisbruikbepaling waarin artikel 344, § 1, van het WIB 1992 voorziet, wordt in de parlementaire voorbereiding verantwoord door de vaststelling dat de vroegere bepaling niet op een doeltreffende wijze door de administratie kon worden toegepast, inzonderheid gelet op de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Bij de invoering van de nieuwe antimisbruikbepaling werd tevens rekening gehouden met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. In de parlementaire voorbereiding wordt nog vermeld dat « het gebruik van artikel 344, § 1, WIB 92 door de administratie een ultiem wapen betreft en enkel

toegepast moet worden als de gewone interpretatiemethode, de technische bepalingen van het Wetboek, de speciale anti-ontwijkingsbepalingen en de simulatieleer geen hulp bieden ». Wat de mogelijke aanwending door de belastingplichtige van het beginsel « *in dubio contra fiscum* » betreft, verklaarde de minister van Financiën dat de nieuwe antimisbruikbepaling is bedoeld « als mogelijke maatregel nadat alle andere specifieke antimisbruikbepalingen zijn toegepast. Bij de toepassing ervan zal de administratie haar bewijsmiddelen moeten gebruiken om aan te tonen dat er sprake is van een fiscaal misbruik zoals het gedefinieerd is in dit nieuw ontwerp. Daartegen kan de belastingplichtige zijn tegenbewijs leveren. Deze procedure lijkt een voldoende garantie dat de administratie hiermee niet lichtzinnig zal omgaan en dat zij daarbij automatisch [met het voormelde beginsel] zal geconfronteerd worden ».

Bij zijn arresten *nrs.* 188/2004<sup>1</sup>, 26/2005 en 60/2005 heeft het Hof vastgesteld dat artikel 344, § 1, van het WIB 1992, in zijn toenmalige redactie, ertoe strekt, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, « een algemene anti-rechtsmisbruikmaatregel in te voeren wanneer de administratie vaststelt dat de verrichting duidelijk tot stand is gebracht via juridische akten die tot doel hebben de belastingplichtige in staat te stellen de belasting te omzeilen ». Op die wijze wenste de wetgever de toepassing te beperken van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, gevestigd in het Brepols-arrest (Cass., 6 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1082), waaruit voortvloeit « dat de limiet op een fiscale constructie bestaat in de loutere voorwaarde zich te beroepen op werkelijke toestanden ». Bij zijn arrest *nr.* 77/2006<sup>2</sup> heeft het Hof geoordeeld dat de mogelijkheid om een juridische verrichting te herkwalficeren waarin het toenmalige artikel 344, § 1, voorzag, de belastingadministratie in staat moet stellen ervoor te zorgen dat de belastingheffing wordt gegrond op de « normale » juridische kwalificatie van de verrichtingen tussen partijen.

<sup>1</sup> Zie het verslag 2004, pp. 105-107.

<sup>2</sup> Zie het verslag 2006, pp. 76-79.

Het nieuwe artikel 344, § 1, van het WIB 1992, zoals het door het bestreden artikel 167 is ingevoerd, strekt ertoe de hiervoor vermelde toepassingsproblemen op te lossen. Volgens de parlementaire voorbereiding moet het de administratie in staat stellen misbruik op een efficiënte manier aan te pakken zonder de rechtszekerheid en het principe van de vrije keuze van de minst belaste weg fundamenteel aan te tasten. De vroegere regeling wordt daartoe op verschillende punten - die in het arrest uitvoerig worden beschreven - aangepast, met betrekking tot het voorwerp van de niet-tegenwerpelijkheid, de invoering van een definitie van « fiscaal misbruik », een wijziging van de verdeling van de bewijslast tussen de administratie en de belastingplichtige en, ten slotte, de mogelijkheid tot herziening van de fiscale toestand van de belastingplichtige.

Het nieuwe artikel 18, § 2, van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten, zoals het door het bestreden artikel 168 is ingevoerd, is, wat de eerste drie leden ervan betreft, een overname *mutatis mutandis* van de eerste drie leden van het voormelde nieuwe artikel 344, § 1, van het WIB 1992. In het vierde lid van dat nieuwe artikel 18, § 2, zijn, ten opzichte van het vierde lid van artikel 344, § 1, van het WIB 1992, de woorden « de belastbare grondslag en de belastingberekening zodanig hersteld dat » weggelaten. Het nieuwe artikel 18, § 2, van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten is krachtens artikel 106, tweede lid, van het Wetboek der successierechten, *mutatis mutandis* van toepassing inzake successierechten.

Het Hof onderzoekt achtereenvolgens de middelen afgeleid uit de schending van de regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de federale Staat en de gewesten, de middelen afgeleid uit de schending van artikel 170, § 1, van de Grondwet, en, ten slotte, het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet.

*Wat de bevoegdheidverdelende regels betreft*

Sommige verzoekende partijen voerden de schending aan, door het bestreden artikel 168, van artikel 170 van de Grondwet en van artikel 4, § 1, van de Bijzondere Financieringswet : door artikel 168

aan te nemen, zou de federale wetgever de bevoegdheidverdelende regels hebben geschonden, vermits krachtens artikel 4, § 1, van de Bijzondere Financieringswet de gewesten exclusief bevoegd zijn om de aanslagvoet, de heffingsgrondslag en de vrijstellingen van de in dat laatstgenoemde artikel bedoelde belastingen te wijzigen. Een andere verzoekende partij voerde de schending aan, door de bestreden artikelen 167 en 168, van artikel 170, in het bijzonder paragraaf 2 ervan, van de Grondwet, van artikel 3, eerste lid, 4°, 5°, 6°, 7° en 8°, en artikel 4, §§ 1 en 2, van de Bijzondere Financieringswet. Artikel 167 zou betrekking hebben op de onroerende voorheffing, die een gewestelijke belasting is; met artikel 168 zou de federale wetgever de registratierechten met een gewestelijk karakter en de successierechten hebben geregeld. Krachtens artikel 170, § 2, van de Grondwet zouden zulke maatregelen evenwel enkel door de decreetgever kunnen worden genomen, voor het gewest waarvoor hij bevoegd is, en krachtens artikel 4, §§ 1 en 2, van de Bijzondere Financieringswet zijn de gewesten bevoegd om de aanslagvoet, de heffingsgrondslag en de vrijstellingen van de in artikel 3, eerste lid, 1° tot 9°, vermelde gewestelijke belastingen te wijzigen. De verzoekende partijen waren in essentie van oordeel dat de federale wetgever, door de bestreden artikelen 167 en 168 aan te nemen, de voormelde bevoegdheidverdelende regels zou hebben geschonden, vermits hij aldus de aanslagvoet, de heffingsgrondslag of de vrijstellingen waarin met betrekking tot een aantal gewestelijke belastingen is voorzien, zou hebben geregeld.

De artikelen 3, 4 en 5 van de Bijzondere Financieringswet kennen aan de gewesten een algemene bevoegdheid toe inzake de in die artikelen bedoelde belastingen. Voor zover zij niet anders erover hebben beschikt, moeten de Grondwetgever en de bijzondere wetgever worden geacht aan de gewesten de volledige bevoegdheid toe te kennen tot het uitvaardigen van de regels met betrekking tot de aanslagvoet, de heffingsgrondslag en de vrijstellingen van de in artikel 3, eerste lid, 1° tot 4° en 6° tot 9°, bedoelde belastingen, waaronder het successierecht en de opgesomde registratierechten. De gewesten zijn tevens bevoegd om de aanslagvoet, de vrijstellingen en sedert 1 januari 2002 ook de heffingsgrondslag van de onroerende voorheffing te wijzigen. Het federaal kadastraal inkomen kunnen ze echter niet wijzigen.

Uit de parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 13 juli 2001 tot herfinanciering van de gemeenschappen en uitbreiding van de fiscale bevoegdheden van de gewesten, die de Bijzondere Financieringswet heeft gewijzigd, blijkt dat de « dienst van de belasting » betrekking heeft op de feitelijke vaststelling van de belastinggrondslag, de berekening van de belasting, de controle van de belastinggrondslag en van de belasting, de daarop betrekking hebbende betwistingen (zowel administratief als gerechtelijk), en de inning en de invordering van de belastingen (met inbegrip van de kosten en de intresten).

De belastbare materie is het element dat aanleiding geeft tot de belasting, de situatie die of het feit dat leidt tot het verschuldigd zijn van de belasting. De belastbare materie onderscheidt zich van de belastbare grondslag (« de heffingsgrondslag »), die het bedrag is waarop de belasting wordt berekend.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de nieuwe antimisbruikbepaling, zoals de vroegere, een bewijsmiddel van de administratie is en dat het om een « systeem van bewijs en tegenbewijs » gaat. In een eerste fase moet de administratie aantonen dat er een fiscaal misbruik is (objectief element); dat bewijs moet worden geleverd aan de hand van vermoedens of de andere in artikel 340 van het WIB 1992 bedoelde bewijsmiddelen : het gaat om bewijsmiddelen van gemeen recht, met uitzondering van de eed. Vervolgens kan de belastingplichtige bewijzen dat andere motieven dan het ontwijken van belastingen zijn rechtshandelingen verantwoordden (subjectief element); indien hij daarin niet slaagt, kan de fiscus de belasting heffen alsof het misbruik niet heeft plaatsgevonden. Ook al heeft de voormelde parlementaire voorbereiding inzonderheid betrekking op het bestreden artikel 167 (inkomstenbelastingen), toch maakt de grotendeels identieke formulering van het bestreden artikel 168 (registratie- en successierechten) het mogelijk daarop dezelfde overwegingen toe te passen.

De omstandigheid dat ingevolge de toepassing van de antimisbruikbepaling een bepaalde verrichting aan een belastingheffing kan worden onderworpen, leidt niet tot de conclusie dat de bestreden maatregel de aanslagvoet, de belastbare



grondslag (« heffingsgrondslag ») en de vrijstellingen van bepaalde gewestelijke belastingen zou hebben geregeld. De antimisbruikbepaling is immers een procedureregeling met betrekking tot de bewijsvoering, zoals in de voormelde parlementaire voorbereiding herhaaldelijk is benadrukt, die het mogelijk maakt de belastbare grondslag feitelijk vast te stellen. Tenzij het gewest er anders over beslist, is de federale wetgever bevoegd om de dienst van de belasting te verzekeren en de procedureregels daartoe vast te stellen (voormeld artikel 5, § 3, eerste lid, van de Bijzondere Financieringswet).

Het voorgaande wordt niet ontkracht door het feit dat het nieuwe artikel 18, § 2, zoals het door het bestreden artikel 168 is vervangen, in het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten is opgenomen in het hoofdstuk met als opschrift « Indeling van rechten en algemene heffingsregels », en niet in het hoofdstuk met als opschrift « Bewijsmiddelen »; de loutere indeling van een bepaling in een bepaald hoofdstuk met een bepaald opschrift is op zich niet doorslaggevend om de exacte draagwijdte van die bepaling te duiden. Te dezen geldt zulks des te meer, nu artikel 344, § 1, van het WIB 1992 wel is opgenomen in hoofdstuk IV (« Bewijsmiddelen van de administratie »), dat deel uitmaakt van titel VII (« Vestiging en invordering van de belastingen ») van dat Wetboek. Ook artikel 106, tweede lid, van het Wetboek der successierechten, waarbij artikel 18, § 2, van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten *mutatis mutandis* van toepassing wordt verklaard, is in het Wetboek der successierechten in de afdeling « Bewijsmiddelen van gemeen recht » van het hoofdstuk « Bewijsmiddelen » opgenomen.

Rekening houdend met wat zonet is opgemerkt, heeft de federale wetgever, door de bestreden artikelen 167 en 168 aan te nemen, de in de middelen vermelde bevoegdheidsverdelende regels niet geschonden.

*Wat het fiscale wettigheidsbeginsel betreft*

Sommige verzoekende partijen klaagden aan dat het bestreden artikel 167 onder meer artikel 170, § 1, van de Grondwet zou schenden, waarin het fiscale wettigheidsbeginsel is neergelegd : dat



artikel 167 zou een omkering van de bewijslast in het nadeel van de belastingplichtige met zich meebrengen en zou het de administratie mogelijk maken rechtshandelingen te herdefiniëren, terwijl het uitsluitend aan de wetgever zou toekomen om de belastbare handelingen en de belastbare grondslag te bepalen. Een andere verzoekende partij voerde de schending aan, door de bestreden artikelen 167 en 168, van het fiscale wettigheidsbeginsel wanneer de bestreden bepalingen aldus zouden worden geïnterpreteerd dat de administratie de belastbare grondslag, de belasting of de uitzonderingen zou kunnen vaststellen door de feiten te wijzigen op basis waarvan de belasting wordt vastgesteld : volgens die interpretatie zouden de bestreden bepalingen strijdig zijn met het fiscale wettigheidsbeginsel, vermits zij aan de uitvoerende of aan de rechterlijke macht de discretionaire beoordelingsbevoegdheid zouden toekennen om autonoom te beslissen of er al dan niet dient te worden belast.

Artikel 170, § 1, van de Grondwet drukt het wettigheidsbeginsel in fiscale zaken uit, dat vereist dat de wezenlijke bestanddelen van de belasting in beginsel bij de wet worden bepaald, opdat geen enkele belasting kan worden geheven zonder de instemming van de belastingplichtigen, uitgedrukt door hun vertegenwoordigers. Tot de wezenlijke bestanddelen van de belasting behoren de aanwijzing van de belastingplichtigen, de belastbare materie, de belastbare grondslag, de aanslagvoet en de eventuele belastingvrijstellingen en -verminderingen.

Zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, doen de bestreden bepalingen niet alleen geen afbreuk aan het beginsel dat de belastingplichtige de minst belaste weg mag kiezen, en zulks ondanks de grenzen die daaraan worden gesteld zonder dat beginsel fundamenteel aan te tasten, maar is de toepassing van die bepalingen ook aan verschillende strikte voorwaarden onderworpen.

Allereerst is vereist dat de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen dat eenzelfde verrichting tot stand brengt, is bedoeld om aan de belasting te ontsnappen.

Bovendien wordt in de nieuwe antimisbruikbepaling, in tegenstelling tot de vroegere, een definitie van « fiscaal misbruik » gegeven. Hoewel de bestreden bepalingen verschillend zijn geformuleerd wat betreft de objectieve en de subjectieve voorwaarde van het fiscale misbruik, blijkt in dat opzicht uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden wet voldoende dat de wetgever eenzelfde betekenis heeft willen geven aan die voorwaarden, ongeacht het feit dat de verrichting tot gevolg heeft dat men aan de toepassing van de betrokken fiscale bepaling ontsnapt of aanspraak maakt op een belastingvoordeel dat bij die laatste wordt toegekend.

Wat het subjectieve element van het fiscale misbruik betreft, blijkt bovendien zowel uit de bewoordingen als uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepalingen dat, om als fiscaal misbruik te worden aangemerkt, de verrichting uitsluitend moet zijn gemotiveerd door de zorg de belasting te ontwijken of dat op een dermate essentiële wijze moet zijn dat de eventuele andere doelstellingen van de verrichting als verwaarloosbaar of zuiver kunstmatig moeten worden beschouwd, niet alleen op economisch vlak, maar ook gelet op andere, met name persoonlijke of familiale, relevante overwegingen. Daartoe wordt in een stelsel van bewijs en tegenbewijs voorzien, zoals reeds is opgemerkt. Het komt allereerst de administratie toe aan te tonen dat de belastingplichtige een rechtshandeling, of een geheel van rechtshandelingen dat eenzelfde verrichting tot stand brengt, heeft gekozen die in tegenspraak is met de doelstellingen van een duidelijk geïdentificeerde fiscale bepaling en waarvan het doorslaggevende, zo niet exclusieve, motief erin bestaat de belasting te ontwijken, zonder dat zij, in dat stadium noodzakelijkerwijs, rekening hoeft te houden met de eventuele andere redenen waarom de belastingplichtige heeft kunnen beslissen een dergelijke verrichting tot stand te brengen, en die de fiscus kan negeren; de bewijslast ligt derhalve in de eerste plaats bij de administratie. Het is pas daarna dat de belastingplichtige ten genoegte van recht dient aan te tonen dat zijn keuze voor de betwiste verrichting door eventuele andere motieven dan het ontwijken van belastingen is verantwoord. Het gaat derhalve niet om een omkering van de bewijslast, maar om een aanpassing ervan.

Wat de mogelijkheid voor de administratie betreft om, wanneer de belastingplichtige niet in het tegenbewijs slaagt, diens fiscale toestand te herzien, vermeldt de memorie van toelichting, wat het bestreden artikel 167 betreft : « In zijn advies nr. 50 883/1, verwijst de Raad van State naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie waaruit valt af te leiden dat het legaliteitsbeginsel van artikel 170 van de Grondwet vereist dat de wet duidelijk aangeeft aan welke objectieve criteria de herkwalificatie dient te beantwoorden of op welke wijze de belastbare handeling in geval van vastgestelde belastingontwijking door de administratie moet worden gedefinieerd en dat de wetgever met andere woorden de grenzen van de herkwalificatie voldoende afbakt. Hieruit volgt dat de in het voorgelegde ontwerp gegeven verduidelijking aangaande de mogelijkheid tot herkwalificatie door de administratie een niet voldoende aan de vereisten van artikel 170 van de Grondwet beantwoordende begrenzing van de mogelijkheid tot herkwalificatie uitmaakt. Om hieraan tegemoet te komen verwijst de Raad naar zijn advies van 4 mei 2006, nr. 40 372/1/2/3/4 dat werd uitgebracht over de bepalingen betreffende de anti-misbruikmaatregel inzake belasting over de toegevoegde waarde ». Hiervoor is vastgesteld dat de nieuwe antimisbruikbepaling een procedurereguleer met betrekking tot de bewijsvoering in het kader van de feitelijke vaststelling van de belastbare grondslag is, zodat de bestreden maatregel noch de belastbare grondslag, noch de aanslagvoet raakt.

Wat het objectieve element van het fiscale misbruik betreft, vereist de wetgever dat de in het geding zijnde verrichting tot gevolg heeft aan de belasting te ontsnappen, hetzij door een belastingvoordeel te genieten, hetzij door zich buiten het toepassingsgebied van een belastingbepaling te plaatsen. Bovendien dient het aldus beschreven gevolg van de verrichting in strijd te zijn met de doelstellingen die met de betrokken fiscale bepaling worden nagestreefd, en niet alleen maar vreemd te zijn aan dergelijke doelstellingen. Zodoende vormt de bestreden maatregel geen algemene machtigingsbepaling die de administratie toestaat bij algemene maatregel zelf de belastbare materie vast te stellen, maar is hij een bewijsmiddel om in concrete gevallen, onder controle van de rechter, bijzondere situaties individueel te beoordelen. Het grondwettelijke wettigheidsbeginsel in fiscale zaken vereist niet dat de wetgever op nog meer

gedetailleerde wijze de inhoudelijke voorwaarden voor de toepassing van de maatregel zou bepalen, vermits zulks vanwege de aard zelf van het verschijnsel dat ermee wordt bestreden, onmogelijk is.

Wanneer de belastingadministratie het bestaan aantoonde van het objectieve element van fiscaal misbruik, in de zin van de artikelen 344, § 1, en 18, § 2, kan zij de strijdigheid van de verrichting met de doelstellingen van de betrokken fiscale bepaling echter enkel vaststellen wanneer die doelstellingen op voldoende duidelijke wijze blijken uit de tekst en, in voorkomend geval, uit de parlementaire voorbereiding van de van toepassing zijnde wetsbepaling. In dat opzicht zal de administratie rekening moeten houden met, onder meer, de algemene context van de relevante fiscale wetgeving, de praktijken die gewoonlijk gangbaar zijn op het ogenblik van de inwerkingtreding van de fiscale bepaling waarvan zij het misbruik aanvoert alsook met het eventuele bestaan van specifieke bepalingen die reeds ertoe strekken bepaalde misbruiken van de betrokken fiscale bepaling tegen te gaan.

Het Hof besluit dan ook dat de bestreden artikelen 167 en 168 het fiscale wettigheidsbeginsel niet schenden.

*Wat het gelijkheidsbeginsel in fiscale zaken betreft*

Sommige verzoekende partijen voerden ten slotte de schending aan, door het bestreden artikel 167, van de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet.

De artikelen 10 en 11 van de Grondwet waarborgen het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie; artikel 172 van de Grondwet is een bijzondere toepassing van dat beginsel in fiscale aangelegenheden.

Het komt de wetgever toe maatregelen te nemen die ertoe strekken belastingontwijking tegen te gaan en ze te remediëren. Hij beschikt ter zake over een ruime beoordelingsbevoegdheid. Fiscale maatregelen maken immers een wezenlijk onderdeel uit van het sociaaleconomische beleid : zij zorgen niet alleen voor een substantieel deel van de inkomsten die de verwezenlijking van dat beleid mogelijk moeten maken; zij laten de wetgever ook toe om

sturend en corrigerend op te treden en op die manier het sociale en economische beleid vorm te geven.

Volgens de voornoemde verzoekende partijen zou het nieuwe artikel 344, § 1, van het WIB 1992 het gelijkheidsbeginsel in fiscale aangelegenheden schenden, vermits dat artikel niet op dezelfde manier ten aanzien van alle belastingplichtigen zou worden toegepast : de toepassing *in concreto* zou afhankelijk zijn van de beoordeling, door de administratie, van een bepaalde rechtshandeling of een geheel van rechtshandelingen dat eenzelfde verrichting tot stand brengt; bovendien zou de niet-inachtneming van het fiscale wettigheidsbeginsel meteen een schending van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie impliceren.

Nu de bestreden maatregel het fiscale wettigheidsbeginsel niet schendt, is de grief, in zoverre hij is afgeleid uit de schending van het gelijkheidsbeginsel doordat het fiscale wettigheidsbeginsel niet in acht zou zijn genomen, niet gegrond.

In zoverre de grief van de verzoekende partijen betrekking heeft op een eventueel verschil in behandeling dat uit de toepassing, in een concreet geval, van de bestreden maatregel zou volgen, dient te worden vastgesteld dat een dergelijk verschil in behandeling van belastingplichtigen niet aan de bestreden wetskrachtige norm toe te schrijven zou zijn, vermits die norm op dezelfde wijze van toepassing is op alle belastingplichtigen die onder het toepassingsgebied ervan vallen. Het middel dat tegen de toepassing *in concreto*, door de administratie, van de bestreden norm is gericht, is bijgevolg niet ontvankelijk, vermits het Hof niet bevoegd is om zich uit te spreken over een mogelijk verschil in behandeling dat niet uit de bestreden norm, maar uit de toepassing ervan voortvloeit.

Overigens staat het aan de bevoegde rechter om, in een concreet geval, te beoordelen of de antimisbruikbepaling met naleving van, onder meer, het gelijkheidsbeginsel is toegepast.

Voor het overige is de bestreden maatregel, in het licht van de door de wetgever nagestreefde doelstelling om fiscaal misbruik tegen te gaan, niet zonder redelijke verantwoording.

Het Hof besluit dan ook dat het bestreden artikel 167 de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet niet schendt.

Bijgevolg verwerpt het de beroepen, onder het voorbehoud dat bij het onderzoek van de inachtneming van de bevoegdheidsregels is vermeld.

## VIII. MILIEURECHT

### 23. Grond- en pandenbeleid in het Vlaamse Gewest (arresten nrs. 144/2013 en 145/2013)

Zoals het opschrift ervan aangeeft, regelt het decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009 het grond- en pandenbeleid. Volgens de parlementaire voorbereiding van dat decreet beoogde het Vlaamse Gewest op een doelgerichte en « faciliterende » wijze op te treden op de vastgoedmarkt; « faciliterend » grond- en pandenbeleid heeft betrekking op het beïnvloeden van het grond- en pandengebruik door middel van regelgeving, vergunningen of correcte afspraken.

Bij het Hof werden beroepen tot vernietiging ingesteld met betrekking tot verschillende bepalingen of gegroepeerde bepalingen van dat decreet.

Bij het Hof werden allereerst beroepen tot vernietiging ingesteld met betrekking tot *boek 5* van het voormelde decreet. Dat boek waarborgt het recht op « wonen in eigen streek »; er wordt in specifieke regelgeving voorzien voor de gemeenten waar de gemiddelde bouwgrondprijs per vierkante meter het hoogst is en waar de interne of externe migratie-intensiteit het hoogst is (artikel 5.1.1). Bij een besluit van de Vlaamse Regering van 19 juni 2009 is de lijst vastgesteld van de 69 gemeenten van het Vlaamse Gewest die onder het toepassingsgebied van artikel 5.1.1 van het decreet vallen.

Bij zijn arrest *nr. 49/2011* heeft het Hof de uitspraak aangehouden en een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie gesteld.

Bij zijn arrest van 8 mei 2013 (C-197/11 en C-203/11, *Libert e.a.*) heeft het Hof van Justitie die vraag beantwoord.

Gelet op dat arrest - en in het bijzonder gelet op de punten 32 tot 60 ervan -, vernietigt het Grondwettelijk Hof, bij zijn arrest

*nr. 144/2013*, het voormelde boek 5 van het decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009, op het einde van de hiernavolgende redenering.

Na de artikelen 21, 45, 49, 56 en 63 van het VWEU en de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004<sup>1</sup>, in het bijzonder artikel 22 ervan, te hebben aangehaald, merkt het Grondwettelijk Hof op dat het Hof van Justitie, in zijn voormelde arrest van 8 mei 2013, heeft geantwoord dat « de artikelen 21 VWEU, 45 VWEU, 49 VWEU, 56 VWEU en 63 VWEU en de artikelen 22 en 24 van richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, [...] in de weg [staan] aan een regeling als die van boek 5 van het Decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid, die voor de overdracht van onroerende goederen in bepaalde door de Vlaamse Regering aangewezen gemeenten vereist dat een provinciale beoordelingscommissie oordeelt dat er een ' voldoende band ' bestaat tussen de kandidaat-koper of kandidaat-huurder en deze gemeenten ».

Het Hof stelt vervolgens dat uit dat arrest blijkt dat boek 5 van het voormelde decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009, dat voor de overdracht van onroerende goederen in bepaalde delen van door de Vlaamse Regering aangewezen gemeenten vereist dat een provinciale beoordelingscommissie oordeelt dat er een voldoende band bestaat tussen de kandidaat-koper of kandidaat-huurder en die gemeenten, zoals het Hof van Justitie geoordeeld heeft, onder meer afbreuk doet aan verschillende fundamentele vrijheden, namelijk de vrijheid van verkeer en van vestiging, het vrij

<sup>1</sup> « betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten van de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG ».



verrichten van diensten en het vrij verkeer van kapitalen. Die beperking, en in het bijzonder de drie alternatieve voorwaarden waarin in dat decreet is voorzien en waarvan de naleving door de voormelde commissie moet worden nagegaan, houden niet rechtstreeks verband met de socio-economische aspecten met betrekking tot het door het Vlaamse Gewest nagestreefde doel uitsluitend de minst kapitaalkrachtige plaatselijke bevolking op de vastgoedmarkt te beschermen. Niet alleen kan immers, zoals het Hof van Justitie opmerkt, eveneens aan de drie beoogde voorwaarden worden voldaan door personen die over voldoende middelen beschikken en kunnen zij in dat geval irrelevant blijken, maar zij kunnen ook onevenredige gevolgen hebben voor de uitoefening van de fundamentele vrijheden terwijl minder beperkende en minder discretionaire maatregelen dan de regeling van voorafgaande administratieve toestemming, zoals zij bij het bestreden decreet is ingevoerd, hadden kunnen worden overwogen om dat doel te verwezenlijken. De omstandigheid dat de bestreden bepalingen, zoals de Vlaamse Regering opmerkt, eveneens tot doel hebben de « endogene » bewoning te bevorderen en de sociale cohesie aan te moedigen, wijzigt die conclusie niet.

Het Hof besluit dan ook tot de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 21, 45, 49, 56 en 63 van het VWEU en met de artikelen 22 en 24 van de richtlijn 2004/38/EG; zoals reeds is opgemerkt, vernietigt het bijgevolg boek 5 (« Wonen in eigen streek ») van het voormelde decreet van 27 maart 2009.

Het Hof heeft vooraf het verzoek van de Vlaamse Regering om toepassing te maken van artikel 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, door de rechtsgevolgen die de vernietigde bepalingen in het verleden hebben gehad, te handhaven, verworpen. Het Hof baseert zich op de rechtspraak van het Hof van Justitie, krachtens welke de beginselen van de voorrang en van de volle werking van het recht van de Europese Unie zich verzetten tegen een voorlopige handhaving van nationale maatregelen die in strijd zijn met het rechtstreeks toepasselijke recht van de Unie, zoals onder meer blijkt uit het arrest *Winner Wetten GmbH* van 8 september 2010 (C-409/06), uitgesproken door de grote kamer van het Hof van Justitie

(punten 53 tot 61). Hoewel die rechtspraak betrekking heeft op een voorlopige handhaving van de rechtsgevolgen van vernietigde wetsbepalingen die in strijd zijn met rechtstreeks toepasselijke bepalingen van het recht van de Europese Unie, gelden de voormelde redenen evenzeer voor de definitieve handhaving van dergelijke rechtsgevolgen. Ook een definitieve handhaving zou immers, in strijd met het beginsel van de volle werking van het recht van de Europese Unie, impliceren dat de toepassing van nationale maatregelen die met rechtstreeks toepasselijke bepalingen van het recht van de Europese Unie in strijd zijn, niet ter zijde wordt gesteld.

Nog steeds met betrekking tot hetzelfde decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009 was bij het Hof een beroep tot vernietiging ingesteld betreffende, onder meer, boek 4 van dat decreet, wat betreft de bestaanbaarheid ervan met inzonderheid de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met verscheidene bepalingen van het recht van de Europese Unie.

Bij zijn arrest *nr. 50/2011* heeft het Hof een aantal middelen verworpen, het onderzoek van andere middelen aangehouden en verschillende prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie<sup>1</sup>.

Het Hof van Justitie heeft die prejudiciële vragen beantwoord bij een arrest van 8 mei 2013. Het Grondwettelijk Hof zal gevolg geven aan dat arrest en de middelen onderzoeken die het had aangehouden, naar aanleiding van zijn arrest *nr. 145/2013*.

Het Hof onderzoekt eerst het middel waarmee de verzoekende partijen aanvoerden dat verschillende in het Grond- en pandendecreet bedoelde fiscale stimuli en subsidiemechanismen, waarvan sommige als compensatie voor de sociale last zijn bedoeld, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden, in samenhang

<sup>1</sup> Bij hetzelfde arrest *nr. 50/2011* heeft het Hof eveneens de middelen verworpen in verband met het decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009 « tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid », onder voorbehoud van de interpretatie waarnaar het beschikkend gedeelte van het arrest verwijst.

gelezen met de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna : VWEU); de verzoekende partijen voerden aan dat aan de vier toepassingsvoorwaarden van artikel 107 van het VWEU was voldaan, dat geen gebruik kan worden gemaakt van de *Altmark*-rechtspraak, en dat de betrokken steunmaatregelen niet vooraf zijn aangemeld bij de Europese Commissie.

Bij zijn voormeld arrest *nr. 50/2011* heeft het Hof geoordeeld dat het niet aan de nationale rechter staat om de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt te beoordelen, aangezien die taak enkel aan de Europese Commissie is toegewezen, onder het toezicht van het Gerecht en het Hof van Justitie; het Hof heeft daarentegen vastgesteld dat het wel bevoegd is om het gebrek aan aanmelding van steunmaatregelen te beoordelen en om zich in dat kader ervan te vergewissen dat nieuwe steunmaatregelen, zelfs indien zij staatssteun in de zin van de artikelen 107 en 108 van het VWEU zouden uitmaken, niet waren vrijgesteld van de aanmeldingsverplichting. Ten gronde heeft het Hof in hetzelfde arrest reeds geoordeeld dat de subsidies voor activeringsprojecten (artikel 3.1.2 van het Grond- en pandendecreet) geen onrechtmatige staatssteun kunnen uitmaken, omdat het toegekende bedrag binnen de perken van de verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 « betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimissteun » moet blijven (B.17.2). Wat de zes overige steunmaatregelen betreft, heeft het Hof geoordeeld dat zij aan de Staat kunnen worden toegerekend (B.15.1) en dat zij, indien zij voldoen aan de overige voorwaarden die staatssteun uitmaken, de mededinging lijken te vervalsen (B.16).

In het kader van het onderzoek naar de selectiviteit van de bestreden steunmaatregelen, naar het voordelige karakter ervan en naar de beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer heeft het Hof, zoals reeds is opgemerkt, een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie. Die vraag heeft tevens betrekking op de eventuele vrijstelling van aanmelding op grond van de beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 « betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen

economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend » (hierna : DAEB-beschikking).

Het Grondwettelijk Hof merkt op dat het Hof van Justitie die prejudiciële vraag heeft beantwoord bij de punten 74 tot 102 van het voormelde arrest van 8 mei 2013, uitgesproken in de zaken C-197/11 en C-203/11, *Libert e.a.* Uit dat arrest blijkt dat de bestreden steunmaatregelen het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig beïnvloeden, behoudens indien het toegekende voordeel als de-minimissteun kan worden aangemerkt. Het Grondwettelijk Hof moet vooraf dan ook bepalen of de bestreden maatregelen, wegens het geringe belang ervan, kunnen worden geacht niet van dien aard te zijn dat zij de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden.

Om de redenen die uitvoerig in het arrest worden beschreven, besluit het Hof dat zulks niet het geval is met betrekking tot de in boek 4 van het Grond- en pandendecreet bedoelde maatregelen, namelijk de vermindering van de registratierechten van 10 pct. tot 1,5 pct. op de gronden (artikel 4.1.20, § 3), de vermindering van de btw van 21 pct. tot 6 pct. (artikel 4.1.20, § 3), de overnamegarantie voor wat betreft de in het kader van een uitvoering *in natura* verwezenlijkte sociale huurwoningen (artikel 4.1.21) en de infrastructuursubsidies (artikel 4.1.23).

Wat daarentegen de maatregelen betreft die zijn vervat in de artikelen 3.1.3 (vermindering van de inkomstenbelasting) en 3.1.10 (vermindering van de heffingsgrondslag voor de registratierechten) van het Grond- en pandendecreet, besluit het Hof dat zij op hun beurt voldoen aan de voorwaarden die bij de voormelde verordening (EG) nr. 1998/2006 zijn vastgesteld om als *de-minimissteun* te worden aangemerkt en bijgevolg aan de aanmeldingsplicht te ontsnappen. Voor het overige, zo voegt het Hof eraan toe, zijn er geen andere relevante elementen die zouden kunnen uitsluiten dat de bestreden maatregelen de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden.

Het Hof merkt daarna op dat uit het voormelde arrest van het Hof van Justitie vervolgens blijkt dat de bestreden steunmaatregelen de betrokken ondernemingen een voordeel verschaffen indien, voor

wat betreft de steunmaatregelen die beogen de sociale last te compenseren, niet is voldaan aan de vier cumulatieve voorwaarden die in het arrest *Altmark* van het Hof van Justitie zijn gesteld, en die door het Hof zijn uiteengezet in zijn voormelde arrest nr. 50/2011 (B.20.1 tot B.24.2). Om de redenen die uitvoerig in het arrest worden beschreven, besluit het Hof in dat verband dat, aangezien niet aan die voorwaarden is voldaan, de bestreden steunmaatregelen die beogen de sociale last te compenseren, een voordeel voor de begunstigde ondernemingen vormen.

De vermindering van de registratierechten van 10 pct. tot 1,5 pct. op de gronden (artikel 4.1.20, § 3), de vermindering van de btw van 21 pct. tot 6 pct. (artikel 4.1.20, § 3), de overnamegarantie voor wat betreft de in het kader van een uitvoering *in natura* verwezenlijkte sociale huurwoningen (artikel 4.1.21) en de infrastructuursubsidies (artikel 4.1.23) maken bijgevolg staatssteun uit in de zin van artikel 107 van het VWEU.

Het Hof gaat nog na of de steunmaatregelen die beogen de sociale last te compenseren, waren vrijgesteld van aanmelding bij de Commissie op grond van de DAEB-beschikking, en in het bijzonder op grond van de artikelen 3 tot 6 ervan.

Uit het voormelde arrest van het Hof van Justitie, net zoals uit de conclusie van de advocaat-generaal, blijkt dat de voorwaarden in de voormelde artikelen 4 tot 6 van de DAEB-beschikking overeenkomen met de eerste drie *Altmark*-voorwaarden (*Libert e.a.*, *ibid.*, punt 100). Met name de derde *Altmark*-voorwaarde wordt letterlijk overgenomen in artikel 5, lid 1, van de DAEB-beschikking. Aangezien de maatregelen ter compensatie van de sociale last niet zijn berekend op basis van de reële kosten van de uitvoering van die sociale last, kan niet worden uitgesloten dat de definitieve kosten van de verschillende maatregelen ter compensatie van de sociale last hoger zijn dan het bedrag van de kosten voor de uitvoering van die last. Die omstandigheid bemoeilijkt eveneens de controle op overcompensatie, waarvoor boek 4 van het Grond- en pandendecreet overigens niet in een procedure voorziet. Bijgevolg kunnen de steunmaatregelen die beogen de sociale last te

compenseren, niet op grond van de DAEB-beschikking worden vrijgesteld van de aanmeldingsplicht bedoeld in artikel 108 van het VWEU.

Bijgevolg had de Commissie krachtens artikel 108, lid 3, van het VWEU moeten worden ingelicht over het voornemen om de steunmaatregelen die beogen de sociale last te compenseren, in te voeren en had de Vlaamse decreetgever krachtens die bepaling die steunmaatregelen niet ter uitvoering mogen brengen voordat de Commissie een eindbeslissing zou hebben genomen. Dit blijkt overigens ook uit de voormelde conclusie van de advocaat-generaal (punt 59).

Aangezien die steunmaatregelen niet tijdig zijn aangemeld, dienen zij te worden vernietigd. Die vernietiging betreft artikel 4.1.20, § 3, tweede lid, van het Grond- en pandendecreet, de woorden « die gehouden is tot aankoop indien binnen een termijn van vier maanden na de eerste aanbieding van de verwezenlijkte sociale huurwoningen geen sociale woonorganisatie bereid wordt gevonden om de woningen over te nemen » in artikel 4.1.21, § 1, eerste lid, 3<sup>o</sup>, van hetzelfde decreet, en artikel 4.1.23 van dat decreet.

De verzoekende partijen voerden eveneens aan dat de bestreden bepalingen het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie zouden schenden, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 16 van de Grondwet en met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met de artikelen 9, 10, 14 en 15 van de richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna : de Dienstenrichtlijn) en met de artikelen 49, 56 en 63 van het VWEU. Om de redenen die uitvoerig in het arrest worden beschreven, verklaart het Hof de verschillende onderdelen van het middel ongegrond, behalve het onderdeel waarin de verzoekende partijen de schending aanvoerden van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in samenhang gelezen met de artikelen 49, 56 en 63 van het VWEU; de partijen betoogden dat de bestreden bepalingen de mogelijkheid voor onderdanen of rechtspersonen uit andere lidstaten zouden beperken om zich op het grondgebied van het Vlaamse Gewest te vestigen of er een onroerend goed te verkrijgen; ook zou het vrij

verkeer van kapitalen zijn geschonden, aangezien niet-ingezetenen zouden worden ontmoedigd om op het grondgebied van het Vlaamse Gewest in onroerend goed te investeren.

Met betrekking tot die kritiek merkt het Hof op dat uit het antwoord van het Hof van Justitie blijkt dat de bestreden regeling slechts dient te worden getoetst aan het vrij verkeer van kapitaal, aangezien de beperkingen van de vrijheid van vestiging en van de vrijheid van dienstverrichting slechts een gevolg zijn van de beperking van het vrij verkeer van kapitaal (*Libert e.a.*, *ibid.*, punt 63).

Wat de beperking van het vrij verkeer van kapitalen betreft, heeft het Hof bij zijn voormelde arrest *nr. 50/2011* reeds geoordeeld dat de bestreden regeling de onderdanen van een lidstaat ervan kan weerhouden in een andere lidstaat te investeren en dat zij, wanneer de sociale last *in natura* wordt uitgevoerd, een directe buitenlandse investering afhankelijk stellen van een voorafgaande vergunning (B.47.2). Het Hof heeft tevens geoordeeld dat moet worden aangenomen dat de private actoren op wie de sociale last rust, zullen trachten de kostprijs daarvan af te wentelen op de overige in het kader van hun verkavelings- of bouwproject gerealiseerde wooneenheden, die bijgevolg duurder en minder aantrekkelijk worden, alsook dat de sociale last een invloed kan hebben op de mogelijkheid voor onderdanen van andere lidstaten om onbebouwde percelen in het Vlaamse Gewest aan te kopen, gelet op de vaststelling dat zij die grond niet volledig kunnen aanwenden voor de doeleinden waarvoor ze die aankoop willen doen (B.54.3).

Bij zijn voormelde arrest van 8 mei 2013 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de sociale last een beperking van het vrij verkeer van kapitalen vormt (*Libert e.a.*, *ibid.*, punt 66), alsook dat die beperking kan zijn gerechtvaardigd door eisen betreffende het beleid inzake sociale huisvesting, « aangezien zij beoogt te verzekeren dat personen met een laag inkomen of andere sociaal zwakkere groepen van de plaatselijke bevolking voldoende woningaanbod hebben » (*ibid.*, punt 67). Het Hof van Justitie heeft daaraan toegevoegd dat het aan de verwijzende rechter toekomt « te beoordelen of een dergelijke verplichting gelet op de omstandigheden van het hoofdgeding voldoet aan het

evenredigheids criterium, dat wil zeggen noodzakelijk en geschikt is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel » (*ibid.*, punt 68).

Gelet op de vernietiging, waartoe hiervoor is besloten, van de steunmaatregelen die beogen de sociale last te compenseren, dienen de private actoren de sociale last te dragen zonder enige compensatie. Zonder dat het Hof dient te onderzoeken of de bestreden beperkingen van het ongestoord genot van de eigendom, van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en van het vrij verkeer van kapitalen noodzakelijk en pertinent zijn om de nagestreefde doelstelling te bereiken, dient te worden vastgesteld dat een dergelijke zware last, mede in het licht van de eerder in het arrest in herinnering gebrachte omstandigheden, niet evenredig is met de doelstelling die met de artikelen 4.1.16 tot 4.1.26 van het Grond- en pandendecreet wordt nagestreefd.

Het Hof vernietigt bijgevolg hoofdstuk 3 (« Sociale lasten ») van titel 1 (« Verwezenlijking van een sociaal woonaanbod ») van boek 4 (« Maatregelen betreffende betaalbaar wonen ») van het decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid.

Om dezelfde redenen als die welke hiervoor met betrekking tot boek 5 van datzelfde decreet zijn uiteengezet, verwerpt het Hof het verzoek van de Vlaamse Regering om toepassing te maken van artikel 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, met betrekking tot de rechtsgevolgen die de vernietigde bepalingen in het verleden hebben gehad.



## IX. RECHT OM STRAFFEN OP TE LEGGEN

### 24. *Btw-boeten – Uitstel en opschorting van de uitspraak* (*arrest nr. 13/2013*)

Aan het Hof wordt door het Hof van Cassatie een vraag gesteld over de bestaanbaarheid van artikel 70, § 2, eerste lid, van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde (hierna : BTW-Wetboek), met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre het genoemde artikel 70, § 2, het de rechtbank van eerste aanleg niet mogelijk maakt de in die bepaling voorgeschreven geldboete gepaard te laten gaan met uitstel of met een maatregel tot opschorting of probatie, terwijl de overtreder het voordeel ervan zou kunnen genieten indien hij, voor dezelfde feiten, voor de correctionele rechtbank verschijnt en de strafsancities opgelegd krijgt waarin de artikelen 73 en volgende van het BTW-Wetboek voorzien.

De in artikel 70, § 2, eerste lid, van het BTW-Wetboek bedoelde fiscale geldboeten hebben tot doel de inbreuken begaan door alle belastingschuldigen, zonder enig onderscheid, die de bij dat Wetboek opgelegde verplichtingen niet naleven, te voorkomen en te bestraffen. Zij hebben derhalve een repressief karakter en zijn strafrechtelijk in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. In tegenstelling tot de persoon die wordt gedagvaard om voor de correctionele rechtbank te verschijnen, kan de persoon die voor de rechtbank van eerste aanleg opkomt tegen de beslissing waarbij hem een fiscale geldboete wordt opgelegd, evenwel geen uitstel, dat enkel door een strafgerecht kan worden bevolen, genieten.

Onder voorbehoud dat hij geen maatregel mag nemen die kennelijk onredelijk is, vermag de democratisch gekozen wetgever het repressief beleid zelf vast te stellen en aldus de beoordelingsvrijheid van de rechter te beperken. De wetgever heeft nochtans meermaals geopteerd voor de individualisering van straffen, met name door de rechter toe te staan maatregelen tot uitstel toe te kennen.

Het staat aan de wetgever te oordelen of het wenselijk is de rechter te dwingen tot gestrengheid wanneer een inbreuk het algemeen belang schaadt, vooral in een aangelegenheid die, zoals te dezen, aanleiding geeft tot een aanzienlijke fraude. Die gestrengheid kan met name betrekking hebben op de maatregelen tot uitstel. Het Hof zou een dergelijke keuze alleen kunnen afkeuren indien die kennelijk onredelijk zou zijn of indien de in het geding zijnde bepaling ertoe zou leiden aan een categorie van rechtsonderhorigen het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige instantie, zoals gewaarborgd bij artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, te ontzeggen.

Het uitstel van de tenuitvoerlegging van de straffen heeft tot doel de nadelen die inherent zijn aan de tenuitvoerlegging van de straffen, te beperken en de re-integratie van de veroordeelde niet in het gedrang te brengen. Het kan worden bevolen met betrekking tot geldboeten. Bovendien blijkt uit artikel 157, § 1, van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, hersteld bij artikel 108 van de wet van 13 december 2006 houdende diverse bepalingen betreffende gezondheid, alsook uit artikel 1<sup>quater</sup> van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, ingevoegd bij artikel 145 van de programmawet van 27 december 2004, dat het uitstel door de wetgever niet onverenigbaar wordt geacht met een geldboete die wordt opgelegd door een andere overheid dan een strafgerecht.

De in het geding zijnde regeling van de fiscale geldboeten kan allicht in diverse bestanddelen verschillen van de regeling van de in het BTW-Wetboek voorgeschreven strafrechtelijke sancties of van de regeling van de in andere aangelegenheden voorgeschreven administratieve sancties, ongeacht of het gaat om de verschillende formulering van de vereiste van het morele bestanddeel, om de mogelijkheid administratieve geldboeten samen te voegen, om de wijze van vaststelling van de straffen of om de toepassing van opdecimen. Dergelijke verschillen kunnen weliswaar relevant zijn om de toepassing van specifieke regels op bepaalde gebieden te verantwoorden, maar ze zijn dat niet op het gebied dat het voorwerp uitmaakt van de prejudiciële vraag : ongeacht of het

uitstel wordt verleend door de correctionele rechtbank of door een ander rechtscollege, zoals de rechtbank van eerste aanleg, kan het de veroordeelde ertoe aanzetten zijn gedrag te wijzigen, door de dreiging om, indien hij zou recidiveren, de veroordeling tot de betaling van een geldboete uit te voeren. Indien de wet van 29 juni 1964 niet van toepassing is, komt het aan de wetgever toe ter zake te bepalen onder welke voorwaarden een uitstel, net zoals eventueel een probatie-uitstel, kan worden verleend en de voorwaarden en de rechtspleging volgens welke dat uitstel kan worden ingetrokken, vast te stellen.

Het Hof beslist dan ook dat, in zoverre het het de rechtbank van eerste aanleg niet mogelijk maakt de daarin voorgeschreven geldboete gepaard te laten gaan met uitstel, artikel 70, § 2, eerste lid, van het BTW-Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt. Het Hof wijst echter erop dat die vaststelling van gedeeltelijke ongrondwettigheid echter niet tot gevolg heeft dat die bepaling, in afwachting van een optreden van de wetgever, niet meer zou kunnen worden toegepast door de rechtsinstanties wanneer zij vaststellen dat de overtredingen vaststaan, dat het bedrag van de geldboete niet onevenredig is met de ernst van de overtreding en dat er geen reden zou zijn geweest om uitstel te verlenen zelfs indien de wet in die maatregel had voorzien.

De prejudiciële vraag had eveneens betrekking op de onmogelijkheid, voor de rechtbank van eerste aanleg, om een maatregel tot opschorting van de uitspraak van de veroordeling toe te kennen.

Een dergelijke maatregel is niet verzoenbaar met een rechtspleging die niet voor een strafgerecht wordt gevoerd : de door de rechtbank van eerste aanleg gewezen beslissing bestaat immers niet erin een veroordeling tot een geldboete uit te spreken, maar de administratieve beslissing waarbij de geldboete wordt opgelegd te controleren. Het Hof beslist dan ook dat, in zoverre het het de rechtbank van eerste aanleg niet mogelijk maakt een maatregel tot opschorting van de uitspraak toe te kennen, artikel 70, § 2, eerste lid, van het BTW-Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, niet schendt.

25. *De administratieve geldboeten die de ziekenfondsen en landsbonden van ziekenfondsen kunnen oplopen voor een reclame gemaakt door derden*  
(arrest nr. 47/2013)

De wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen (hierna : de wet van 6 augustus 1990) stelt de voorwaarden vast waaraan de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen moeten beantwoorden om rechtspersoonlijkheid te verkrijgen, bepaalt hun opdrachten en de basisregels voor hun werking en organiseert het toezicht waaraan zij zijn onderworpen.

Artikel 43*quater* van die wet bepaalt onder meer, in paragraaf 4 ervan, dat « voor de toepassing van deze wet [...] eveneens als een reclame in hoofde van een ziekenfonds of een landsbond [wordt] beschouwd, een reclame, bedoeld in de §§ 2 en 3, gevoerd door een rechtspersoon waarmee het ziekenfonds of de landsbond een samenwerkingsakkoord heeft afgesloten, een maatschappij van onderlinge bijstand bedoeld door artikel 43*bis* of elke andere derde »; artikel 60*bis* van dezelfde wet van 6 augustus 1990 bepaalt op zijn beurt dat administratieve geldboeten kunnen worden uitgesproken, met name in geval van inbreuk op sommige bepalingen van het voormelde artikel 43*quater*.

Aan het Hof werd een vraag gesteld over de bestaanbaarheid van de voormelde artikelen 43*quater* en 60*bis* met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet doordat zij aan de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen de bescherming ontnemen van het algemene rechtsbeginsel van het persoonlijke karakter van de straf, in de interpretatie volgens welke die ook een administratieve geldboete kunnen oplopen voor een reclame gemaakt door derden, ook als zij met die derden geen enkele overeenkomst hebben en zij op geen enkele wijze aan die reclame hun medewerking hebben verleend.

Artikel 43*quater* is in de wet van 6 augustus 1990 ingevoegd bij artikel 152 van de wet van 12 augustus 2000 houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van die wet, werd beoogd de wet van

6 augustus 1990 aan te passen aan de evoluties die zich sedertdien hebben voorgedaan in de sector van de ziekenfondsen, alsook aan de vaststellingen die uit de praktijk voortvloeien. Inzonderheid wat het in het geding zijnde artikel 43<sup>quater</sup> betreft, stelt diezelfde memorie van toelichting onder meer dat dat artikel ertoe strekte « een wettelijke basis te creëren om aan de Controledienst toe te laten op te treden wanneer er zich buiten het artikel 43<sup>ter</sup> een probleem betreffende reclame stelt » en dat, « teneinde aan de Controledienst toe te laten een sanctie uit te spreken bij de vaststelling van een bedrieglijke of vergelijkende reclame gevoerd door een rechtspersoon met wie het ziekenfonds of de landsbond een samenwerkingsakkoord heeft afgesloten of door een maatschappij van onderlinge bijstand, bedoeld in artikel 43<sup>bis</sup> van de wet van 6 augustus 1990 of door elke andere derde, [...] artikel 43<sup>quater</sup>, § 3, [erin voorziet] dat een dergelijke reclame als een reclame in hoofde van het ziekenfonds of de landsbond wordt beschouwd ».

In de interpretatie dat de ziekenfondsen en landsbonden van ziekenfondsen door de CDZ kunnen worden bestraft voor reclame in de zin van de wet van 6 augustus 1990 gemaakt door derden waarmee zij geen enkele band hebben, ontleemt artikel 43<sup>quater</sup>, § 4, van die wet de personen die dergelijke instellingen beheren, de waarborg die eenieder geniet, te weten het beginsel van het persoonlijke karakter van de straf.

De administratieve sancties die krachtens artikel 60<sup>bis</sup> van de wet van 6 augustus 1990 kunnen worden opgelegd, en die kunnen oplopen tot 2 500 euro voor verboden vergelijkende reclame en tot 12 500 euro voor verboden bedrieglijke reclame, hebben tot doel de inbreuken tegen artikel 43<sup>quater</sup> van de wet van 6 augustus 1990 op algemene wijze te voorkomen en te bestraffen; zij hebben derhalve in hoofdzaak een repressief karakter en zijn strafrechtelijk in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

In de interpretatie van artikel 43<sup>quater</sup>, § 4, van de wet van 6 augustus 1990 die de CDZ voorstaat, leidt die bepaling ertoe dat een ziekenfonds of landsbond van ziekenfondsen onweerlegbaar

kan worden vermoed verantwoordelijk te zijn voor handelingen van derden, zelfs wanneer er geen enkel verband is aangetoond tussen hen en die derden. Niettegenstaande de specificiteit van de sector waarin de ziekenfondsen en landsbonden van ziekenfondsen hun activiteit ontplooiën, en ook al kan worden aangenomen dat het bewijs van een samenwerking tussen een ziekenfonds of landsbond van ziekenfondsen en een derde moeilijk kan worden geleverd, doet het onweerlegbare vermoeden van schuld dat is ingevoerd bij de in het geding zijnde bepaling, zoals geïnterpreteerd door de verwijzende rechter, op onevenredige wijze afbreuk aan het beginsel van het persoonlijke karakter van de straf.

Het Hof beslist bijgevolg dat artikel 43<sup>quater</sup>, in samenhang gelezen met artikel 60<sup>bis</sup>, van de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het algemene rechtsbeginsel van het persoonlijke karakter van de straf, schendt in de interpretatie dat die bepaling, met de woorden « elke andere derde », het geval beoogt waarin de reclame die zij verbiedt, uitgaat van een derde, zelfs zonder medewerking van een of meer welbepaalde ziekenfondsen of landsbonden van ziekenfondsen.

Het Hof merkt evenwel op dat artikel 43<sup>quater</sup>, § 4, ook zo kan worden geïnterpreteerd dat de wetgever met de woorden « elke andere derde » enkel het geval beoogt waarin de bij die bepaling verboden reclame uitgaat van een derde, maar met medewerking van een of meer welbepaalde ziekenfondsen of landsbonden van ziekenfondsen. In die interpretatie schendt artikel 43<sup>quater</sup>, in samenhang gelezen met artikel 60<sup>bis</sup>, van de voormelde wet van 6 augustus 1990 niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met het algemene rechtsbeginsel van het persoonlijke karakter van de straf.

## X. GERECHTELIJK RECHT

### 26. *De uitoefening van de strafvordering door de federale procureur en de bevoegdheidsverdeling tussen het federaal parket en de procureur des Konings of de procureur-generaal (arrest nr. 49/2013)*

Artikel 144ter van het Gerechtelijk Wetboek, ingevoegd bij artikel 7 van de wet van 21 juni 2001 tot wijziging van verscheidene bepalingen inzake het federaal parket<sup>1</sup>, preciseert de voorwaarden waaronder en de gevallen waarin de federale procureur de strafvordering uitoefent (§ 1) en reglementeert de uitoefening van die bevoegdheid ten aanzien van de procureur des Konings en de procureur-generaal (§§ 2 tot 4); het bepaalt in paragraaf 5 ervan ook dat « inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de procureur des Konings, respectievelijk de procureur-generaal, en de federale procureur betreffende de uitoefening van de strafvordering [...] geen nietigheden [kunnen] worden opgeworpen ».

In eerste instantie is aan het Hof gevraagd of het voormelde artikel 144ter, §§ 1 en 5, grondwettig is. In eerste instantie is aan het Hof gevraagd of het voormelde artikel 144ter, § 5, bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet « nu hierdoor noch de rechtsonderhorige tegen wie de strafvordering [wordt uitgeoefend] door de federale procureur, noch de geadieerde rechter ten gronde nietigheden of bevoegdheidsexcepties kunnen opwerpen/vaststellen, daar waar dit wel kan ingeval de strafvordering wordt uitgeoefend door de procureur des Konings ».

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie is, wanneer de leden van het arbeidsauditoraat of van het arbeidsauditoraat-generaal overtredingen vervolgen die niet tot de

<sup>1</sup> En gewijzigd bij artikel 7 van de wet van 23 april 2003 tot wijziging van de wet van 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht en van artikel 144ter van het Gerechtelijk Wetboek, bij artikel 24 van de wet van 5 augustus 2003 betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht en bij artikel 27 van de wet van 10 augustus 2005 tot wijziging van diverse bepalingen met het oog op de versterking van de strijd tegen mensenhandel en mensensmokkel en tegen praktijken van huisjesmelkers.

bevoegdheid behoren van de arbeidsgerechten zonder dat er sprake is van samenloop of samenhang in de zin van artikel 155, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, of zonder dat, in geval van samenloop of samenhang, de procureur-generaal het bevoegde arbeidsauditoraat of arbeidsauditoraat-generaal heeft aangewezen, de strafvordering onontvankelijk (zie o.m. Cass., 28 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, I, p. 594). Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* wanneer de procureur des Konings overtredingen vervolgt die tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoren. In zoverre het, op grond van voormelde rechtspraak, mogelijk is de ontvankelijkheid van de door de procureur des Konings of de arbeidsauditeur ingestelde vordering te betwisten omdat de overtredingen al dan niet tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoren, terwijl het, luidens de in het geding zijnde bepaling, niet mogelijk is de bevoegdheidsverdeling tussen de procureur des Konings, respectievelijk de procureur-generaal, en de federale procureur betreffende de uitoefening van de strafvordering te betwisten, is er sprake van een verschil in behandeling waarvan het Hof dient na te gaan of het bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Steunend op diverse uittreksels – met name over de bevoegdheidsverdeling tussen het federaal parket en de lokale parketten – uit de toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de wet van 21 juni 2001 heeft geleid, en uit de verantwoording bij het amendement dat tot de aanneming van artikel 144<sup>ter</sup> van het Gerechtelijk Wetboek heeft geleid, merkt het Hof op dat, vermits de federale procureur en de procureur des Konings over concurrerende bevoegdheden beschikken, en het optreden van de federale procureur een subsidiair karakter heeft, het in het geding zijnde verschil in behandeling redelijk verantwoord is; de bevoegdheidsverdeling tussen de procureur des Konings en de arbeidsauditeur is immers exclusief.

Voor het overige vermocht de wetgever redelijkerwijs aan te nemen dat, om te vermijden dat de bevoegdheid van de federale procureur om dilatoire redenen wordt betwist, het niet mogelijk zou zijn om nietigheden op te werpen inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de procureur des Konings, respectievelijk de procureur-generaal, en de federale procureur betreffende de uitoefening van de



strafvordering. Zoals uit de parlementaire voorbereiding blijkt, beklemtoonde de voorzitter van het college van procureurs-generaal dat de bevoegdheidsomschrijving van het federaal parket « operationeel bruikbaar moet zijn en derwijze moet worden geregeld dat noch de beklaagde, noch de burgerlijke partij in staat zou worden gesteld enige grond van onontvankelijkheid van de strafvordering of welk ander rechtsmiddel dan ook aan te voeren tegen de beslissing om het dossier ofwel federaal, ofwel lokaal te behandelen ». De wetgever beoogde aldus te vermijden dat conflicten inzake de bevoegdheidsverdeling tussen het federaal parket en de overige parketten het verloop van de procedure zouden bemoeilijken of tot de nietigheid van de procedure zouden leiden. Dat blijkt ook uit artikel 144<sup>ter</sup>, § 3, van het Gerechtelijk Wetboek, dat bepaalt dat in de in paragraaf 1 van dat artikel bedoelde gevallen, de federale procureur beslist of, hetzij de procureur des Konings of in de gevallen bedoeld in de artikelen 479 en volgende van het Wetboek van strafvordering de procureur-generaal, hetzij hijzelf de strafvordering uitoefent, dat de beslissing, behoudens dringende en noodzakelijke omstandigheden, wordt genomen na overleg en dat tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat. In de Senaat was een lid van oordeel dat een beroepsprocedure « afbreuk [zou] doen aan de interventiesnelheid, welke een voorwaarde *sine qua non* is voor een efficiënt optreden van het federaal parket (zie met name het probleem van de BTW-carroussels) ».

Zoals tijdens de in het arrest aangehaalde parlementaire voorbereiding werd opgemerkt, is de bevoegdheidsverdeling tussen de federale procureur en de procureur des Konings een kwestie van wettelijke taakverdeling tussen de verschillende entiteiten van het openbaar ministerie, dat ondeelbaar is.

Niet elke door het openbaar ministerie begane onregelmatigheid leidt noodzakelijk tot een schending van het recht op een eerlijk proces. Er dient te worden nagegaan of de procedure in haar geheel beschouwd eerlijk is verlopen. Daartoe dient te worden onderzocht of de rechten van de verdediging zijn nageleefd (EHRM, 28 juli 2009, *Lee Davies t. België*, §§ 41-42; 11 oktober 2012, *Abdelali t. Frankrijk*, §§ 37-38). Te dezen brengt de niet-naleving van de taakverdeling tussen de federale procureur en de procureur des

Konings de rechten van de verdediging van de vervolgte persoon geenszins in het gedrang. De in het geding zijnde bepaling verhindert immers die partij niet om voor de strafrechter haar verweer te voeren en dit zowel wat de regelmatigheid van de procedure, met uitzondering van die taakverdeling, als wat de zaak ten gronde betreft. Tijdens de bespreking van de in het geding zijnde bepaling werd beklemtoond dat « het wettelijk kader van alle normen en regels van rechtspleging, waaraan ook de federale procureur zich moet houden, vaststaat » en dat « de initiatieven van een lid van het openbaar ministerie [...] niet alleen [worden] opgevolgd door de betrokkenen (de rechten van verdediging) maar ook door de zetel ». De minister van Justitie verklaarde in dezelfde zin dat « de federale procureur aan dezelfde procedureregels zal worden onderworpen als zijn collega's van de parketten van [eerste] aanleg, met name de regel om een onderzoeksrechter te verzoeken het dossier ten laste en ten gunste te onderzoeken ».

Het Hof besluit bijgevolg dat, gelet op het voorgaande, het hiervoor uiteengezette verschil in behandeling niet zonder redelijke verantwoording is.

Het rechtscollege vroeg aan het Hof ook of artikel 144ter, §§ 1 en 5, van het Gerechtelijk Wetboek bestaanbaar is met artikel 12 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, in zoverre de bevoegdheidsverdeling tussen de procureur des Konings, respectievelijk de procureur-generaal, en de federale procureur, niet kan worden betwist.

Op grond van artikel 26, § 1, 3°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, vervangen bij artikel 9, a), van de bijzondere wet van 9 maart 2003, is het Hof bevoegd om wettelijke normen te toetsen aan de artikelen van titel II « De Belgen en hun rechten » van de Grondwet. Wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een van de grondwetsbepalingen waarvan de toetsing tot de bevoegdheid van het Hof behoort en waarvan de schending wordt aangevoerd, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken

grondwetsbepalingen zijn opgenomen. Daaruit volgt dat het Hof, bij zijn toetsing aan die grondwetsbepalingen, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen.

Te dezen kan evenwel niet worden aangenomen dat de waarborgen vervat in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en in artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten een draagwijdte hebben die analoog is aan die van artikel 12 van de Grondwet.

In zoverre het Hof wordt ondervraagd over de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde bepalingen met het door artikel 12 van de Grondwet gewaarborgde strafrechtelijke wettigheidsbeginsel, dient te worden vastgesteld dat dienaangaande artikel 7.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 15, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, en niet artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, een draagwijdte hebben die analoog is aan die van die grondwetsbepaling. In zoverre het Hof wordt ondervraagd over de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde bepalingen met het door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten gewaarborgde recht op toegang tot de rechter, dient te worden vastgesteld dat dat recht wordt gewaarborgd door artikel 13, en niet door artikel 12, van de Grondwet. Bijgevolg dient het Hof de in het geding zijnde bepalingen niet te toetsen aan artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en aan artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, in samenhang gelezen met artikel 12 van de Grondwet.

Uit artikel 12, tweede lid, van de Grondwet vloeit voort dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is en de mogelijkerwijs op te lopen straf kan kennen. De beginselen van wettigheid en voorspelbaarheid zijn van toepassing op de hele strafrechtspleging. De voormelde bepalingen willen aldus elk risico

van willekeurig optreden vanwege de uitvoerende of de rechterlijke macht uitsluiten bij het vaststellen en toepassen van de straffen.

Vermits de in het geding zijnde bepaling uitdrukkelijk bepaalt dat inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de procureur des Konings, respectievelijk de procureur-generaal, en de federale procureur, betreffende de uitoefening van de strafvordering geen nietigheden kunnen worden opgeworpen, is de in het geding zijnde bepaling bestaanbaar met de vereiste dat de strafrechtspleging voorspelbaar is.

Het feit dat ten gevolge van de in het geding zijnde bepaling geen nietigheden kunnen worden opgeworpen wanneer de federale procureur de strafvordering zou uitoefenen voor misdrijven die manifest niet tot de in artikel 144ter, § 1, 1° tot 6°, van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde misdrijven behoren, doet hieraan geen afbreuk. In dat geval is immers niet de voorspelbaarheid van de wet zelf in het geding, maar wel de toepassing die de federale procureur eraan geeft.

Het Hof besluit dat artikel 144ter, §§ 1 en 5, van het Gerechtelijk Wetboek de artikelen 10, 11 en 12 van de Grondwet niet schendt.

**27. *Het recht van de rechtspersonen om een rechtsvordering in te stellen die ertoe strekt een einde te maken aan onmenselijke en vernederende behandelingen***  
(arrest nr. 133/2013)

De artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek bepalen respectievelijk :

« Art. 17. De rechtsvordering kan niet worden toegelaten, indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen.

Art. 18. Het belang moet een reeds verkregen en dadelijk belang zijn. De rechtsvordering kan worden toegelaten, indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen ».

Aan het Hof werd allereerst een vraag gesteld over het verschil in behandeling dat, volgens de door de verwijzende rechter in aanmerking genomen interpretatie van de voormelde bepalingen, zou bestaan onder rechtspersonen naargelang zij bij de gewone rechtscolleges een rechtsvordering instellen die in overeenstemming is met een van hun statutaire doelen en ertoe strekt een einde te maken aan onmenselijke en vernederende behandelingen in de zin van artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, dan wel zij bij het Hof met hetzelfde doel of enkel met een statutair doel een beroep tot vernietiging instellen : de eersten zouden hun vordering onontvankelijk verklaard zien krachtens de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek in die interpretatie dat hun belang om in rechte op te treden alleen datgene omvat wat betrekking heeft op het bestaan van de rechtspersoon, de vermogensgoederen en de morele rechten ervan, terwijl de tweeden hun vordering onontvankelijk verklaard zullen kunnen zien overeenkomstig artikel 2, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

Zowel de in het geding zijnde artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek als artikel 2, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof leggen als voorwaarde voor ontvankelijkheid op dat een belang om in rechte te treden wordt aangetoond; die vereiste is, zowel voor de gewone rechtscolleges als voor het Hof, het gevolg van de zorg om de *actio popularis* niet toe te laten. Het is aan de gewone rechtscolleges, enerzijds, en aan het Grondwettelijk Hof, anderzijds, dat de wetgever de zorg heeft toevertrouwd om, in hun respectievelijke bevoegdheidsdomeinen, de inhoud van die belangvereiste te bepalen.

De in het geding zijnde bepalingen stellen het beginsel vast volgens hetwelk de vereiste van een belang om in rechte te treden, als gemeen recht van de gerechtelijke procedure, zowel aan de natuurlijke personen als aan de verenigingen en andere rechtspersonen wordt opgelegd, onverminderd - zoals blijkt uit het verslag van de Koninklijk Commissaris voor de Gerechtelijke Hervorming - de wetten die de wetgever zou aannemen om aan verenigingen of aan andere rechtspersonen een specifiek vorderingsrecht toe te vertrouwen.

De gewone rechtscolleges hebben van de beoordelingsbevoegdheid die hun is toegekend een gebruik gemaakt dat afhankelijk is van het contentieux waarvan zij kennis dienen te nemen, zoals is bepaald in de artikelen 144 en 145 van de Grondwet. Zo heeft het Hof van Cassatie geoordeeld : « Overwegende dat het eigen belang van een rechtspersoon alleen datgene omvat wat zijn bestaan, zijn materiële goederen en morele rechten inzonderheid zijn vermogen, eer en goede naam, raakt; Dat het enkele feit dat een rechtspersoon of een natuurlijke persoon een doel, ook al is het statutair, nastreeft, geen eigen belang doet ontstaan » (Cass., 19 september 1996, *Arr. Cass.*, 1996, nr. 319).

Het Grondwettelijk Hof heeft, zijnerzijds, als voorwaarde van ontvankelijkheid van een beroep tot vernietiging aanvaard dat de vereiste van een belang die is opgenomen in artikel 2, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, overeenkomstig artikel 142, derde lid, van de Grondwet, een vereniging of een groepering niet belet om in rechte op te treden voor de verdediging van een statutair doel of voor de verdediging van de belangen van haar leden; het vereist dat haar maatschappelijk doel van bijzondere aard is en, derhalve, onderscheiden van het algemeen belang, dat het collectief belang niet tot de individuele belangen van haar leden is beperkt, dat het maatschappelijk doel door de bestreden norm kan worden geraakt en dat niet blijkt dat het maatschappelijk doel niet of niet meer werkelijk wordt nagestreefd.

Het in het geding zijnde verschil in behandeling, dat voortvloeit uit de autonome interpretatie van de ontvankelijkheidsvoorwaarden door rechtscolleges die in hun eigen bevoegdheidssfeer optreden, wordt verantwoord door de omstandigheid dat de partijen in een geschil dat aan de gewone rechtscolleges is voorgelegd zich in een situatie bevinden die wezenlijk verschillend is van die van de partijen voor het Hof : terwijl de eersten in rechte optreden om een einde te maken aan de schending van een recht waarvan zij beweren houder te zijn (subjectief contentieux), betwisten de tweeden de geldigheid van een wetskrachtige norm (objectief contentieux); de eersten kunnen slechts een gerechtelijke beslissing verkrijgen met beperkte gevolgen *inter partes* (artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek), terwijl de tweeden, indien het Hof het beroep gegrond

acht, een beslissing met gevolgen *erga omnes* kunnen verkrijgen (artikel 9, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989).

Aangezien de vordering die door de eersten wordt ingesteld het bestaan veronderstelt van een rechtstreeks verband tussen hen en het recht dat zij aanvoeren alsmede de beslissing die zij vorderen, zijn de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek niet discriminerend indien zij in die zin worden geïnterpreteerd dat zij de onontvankelijkheid van de vordering opleggen wanneer dat rechtstreeks verband niet is aangetoond. De in het geding zijnde maatregel is niet onevenredig vermits de schending van dat recht kan worden aangevochten door de rechtzoekende ten aanzien van wie het is geschonden.

De wetgever zou weliswaar, zonder de artikelen 10 en 11 van de Grondwet te schenden, bepalingen kunnen aannemen die de rechtspersonen de mogelijkheid bieden bij de gewone rechtscolleges rechtsvorderingen in te stellen zoals die welke hierboven is beschreven. De omstandigheid dat hij dat niet heeft gedaan, leidt evenwel niet ertoe ervan uit te gaan dat het in het geding zijnde verschil in behandeling discriminerend zou zijn.

Aan het Hof werd bovendien een vraag gesteld over de gelijkheid van behandeling die, volgens de door de verwijzende rechter in aanmerking genomen interpretatie van de in het geding zijnde bepalingen, zou bestaan tussen de rechtspersonen die een vordering instellen die in overeenstemming is met een van hun statutaire doelen om een einde te maken aan onmenselijke en vernederende behandelingen in de zin van artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, en de rechtspersonen die in rechte optreden om de belangen van hun leden te verdedigen of een vordering instellen met betrekking tot een niet-statutair doel, of nog, met betrekking tot een algemeen belang van minder fundamentele aard of zonder hetzelfde niveau van internationale bescherming : de enen en de anderen zouden geen vordering in rechte kunnen instellen omdat zij niet doen blijken van een belang overeenkomstig de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek in die interpretatie dat hun belang om in rechte op te treden alleen datgene omvat wat betrekking heeft op het bestaan van de rechtspersoon, de vermogensgoederen en de morele rechten ervan.

Aan het Hof werd gevraagd te onderzoeken of die gelijke behandeling bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6.1 en 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

De eisende partij voor de verwijzende rechter ziet haar toegang tot de gewone rechtscolleges beperkt door de in het geding zijnde bepalingen, geïnterpreteerd zoals hierboven is aangegeven. Die beperking streeft een wettig doel na, namelijk een goede rechtsbedeling verzekeren door de *actio popularis* te weigeren en het beginsel in acht te doen nemen dat is uitgedrukt in het adagium « *nul ne plaide par procureur* ».

De wetgever heeft verscheidene wetten aangenomen waarbij hij aan bepaalde verenigingen die een collectief belang nastreven een vorderingsrecht toekent, onder meer om de verenigbaarheid van de Belgische wetgeving met de bepalingen van internationaal recht die België binden, te verzekeren. In dat opzicht kan worden aangenomen dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet de wetgever niet ertoe dwingen die mogelijkheid uit te breiden tot alle verenigingen.

Bepaalde wetten hebben het mogelijk gemaakt bij de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde een vorderingsrecht toe te kennen aan verenigingen die een collectief belang aanvoeren dat verband houdt met de bescherming van de fundamentele vrijheden zoals zij zijn erkend in de Grondwet en in de internationale verdragen waarbij België partij is. Dat geldt voor de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden (artikel 32), de wet van 23 maart 1995 tot bestraffing van het ontkennen, minimaliseren, rechtvaardigen of goedkeuren van de genocide die tijdens de tweede wereldoorlog door het Duitse nationaalsocialistische regime is gepleegd (artikel 4), de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (artikel 30) en de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (artikel 35).



De rechtspersonen die, zoals te dezen, een vordering instellen die overeenstemt met een van hun statutaire doelen, om een einde te maken aan onmenselijke en vernederende behandelingen in de zin van artikel 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, en die onontvankelijk wordt verklaard omdat zij geen betrekking heeft op het bestaan van de rechtspersoon, de vermogensgoederen of de morele rechten ervan, worden derhalve gediscrimineerd ten opzichte van de hierboven vermelde verenigingen : beiden voeren immers een collectief belang aan dat verband houdt met de bescherming van de fundamentele vrijheden. Het komt echter aan de wetgever toe te preciseren onder welke voorwaarden een vorderingsrecht kan worden toegekend aan de rechtspersonen die een vordering wensen in te stellen die overeenstemt met hun statutair doel en de bescherming beoogt van de fundamentele vrijheden zoals zij zijn erkend in de Grondwet en in de internationale verdragen waarbij België partij is. Daaruit volgt dat, in afwachting van een optreden van de wetgever in die zin, de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals de verwijzende rechter ze interpreteert, niet discriminerend zijn.

Het Hof beslist bijgevolg, enerzijds, dat de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 6.1 en 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, niet schenden en, anderzijds, dat de ontstentenis van een wetsbepaling waarin wordt gepreciseerd onder welke voorwaarden een vorderingsrecht kan worden toegekend aan de rechtspersonen die een vordering wensen in te stellen die overeenstemt met hun statutair doel en de bescherming beoogt van de fundamentele vrijheden zoals zij zijn erkend in de Grondwet en in de internationale verdragen waarbij België partij is, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt.

#### 28. *De voorziening in cassatie in fiscale zaken* (arrest nr. 161/2013)

Artikel 378 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen (WIB 1992), zoals het is gewijzigd bij artikel 380 van de programmawet van 27 december 2004, bepaalt dat « [h]et verzoekschrift houdende voorziening in cassatie en het antwoord

op de voorziening [...] door een advocaat [mag] worden ondertekend en neergelegd ». Die bepaling heeft artikel 378 van het WIB 1992, zoals het was ingevoerd bij de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen, dat alleen bepaalde dat het « verzoekschrift » door een advocaat kon worden ondertekend, aangevuld.

Het Hof van Cassatie heeft aan het Hof gevraagd of die bepaling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre zij, volgens het verwijzende rechtscollege, « de verplichting oplegt » dat de voorziening in cassatie van een belastingplichtige tegen een arrest dat is gewezen inzake inkomstenbelastingen wordt ingesteld bij een verzoekschrift dat is ondertekend door een advocaat, terwijl het tegelijkertijd het recht van de bevoegde ambtenaar van de belastingadministratie om zelf een dergelijk verzoekschrift te ondertekenen intact laat. Het Hof beantwoordt de prejudiciële vraag in de interpretatie die is gekozen in het verwijzingsarrest, waarvan het Hof de bewoordingen overneemt.

Rekening houdend met de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet van 15 maart 1999, die in het arrest wordt aangehaald, vermocht de wetgever ervan uit te gaan dat, in belastingzaken, van de verplichting om een beroep te doen op een advocaat bij het Hof van Cassatie kon worden afgeweken.

Het cassatieberoep is een buitengewoon rechtsmiddel waardoor een partij in de mogelijkheid wordt gesteld om, wegens schending van de wet of wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, de vernietiging te vorderen van een in laatste aanleg gewezen beslissing. Het verzoekschrift dat dat beroep inleidt, moet, zonder dat het daarna kan worden aangevuld of gewijzigd, de uiteenzetting van de middelen van de verzoeker, de vermelding van de geschonden wetsbepalingen en de met de voorziening nagestreefde gevolgen bevatten. Onverminderd artikel 26, § 4, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, voert het Hof van Cassatie in fiscale zaken geen middel ambtshalve aan.

Wegens het ingewikkelde karakter van die materie en omwille van de zorg om te voorkomen dat bij het Hof van Cassatie een groot

aantal beroepen die niet ontvankelijk zijn of kennelijk elke grondslag missen, worden ingesteld, is het verantwoord dat wordt opgelegd dat het verzoekschrift van de belastingplichtige wordt ondertekend en neergelegd door een advocaat.

Overigens, artikel 379, in het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 ingevoerd bij de wet van 10 december 2001 « tot wijziging van verscheidene belastingwetboeken, wat de voorziening in cassatie betreft en de vertegenwoordiging van de Staat voor de hoven en rechtbanken », bepaalt : « Inzake de geschillen betreffende de toepassing van een belastingwet, kan de verschijning in persoon in naam van de Staat worden gedaan door elke ambtenaar van een belastingadministratie ». Het Hof merkt op dat het heeft besloten tot de grondwettigheid van dat artikel 379 in zijn arrest *nr. 34/2003* van 12 maart 2003 (zie in het bijzonder B.2.7 tot B.3).

Ook al heeft het in het geding zijnde artikel 378 geen betrekking op de verschijning van de bevoegde ambtenaar van de belastingadministratie, kan, om vergelijkbare motieven, worden aanvaard dat die ambtenaar, die ter zake gespecialiseerd is, met name wegens zijn aanvullende opleiding, een cassatieverzoekschrift zelf kan ondertekenen. Bovendien doet de in het geding zijnde maatregel niet op onevenredige wijze afbreuk aan de rechten van de belastingplichtige, vermits de maatregel, hoewel hij de belastingplichtige niet toestaat een dergelijk verzoekschrift zelf te ondertekenen, hij hem niettemin vrijstelt van de verplichting, die nochtans de regel is in niet-strafrechtelijke aangelegenheden, een beroep te doen op het optreden van een advocaat bij het Hof van Cassatie.

Het Hof besluit derhalve dat, in zoverre het de verplichting oplegt dat de voorziening in cassatie van een belastingplichtige tegen een arrest dat inzake inkomstenbelastingen is gewezen, wordt ingesteld bij een verzoekschrift dat door een advocaat is ondertekend en neergelegd, artikel 378 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, zoals het is vervangen bij artikel 380 van de programmawet van 27 december 2004, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.



## XI. PROCESRECHT

### 29. *De rechtsplegingsvergoeding ten laste van de ambtenaar van de burgerlijke stand wanneer hij in het ongelijk wordt gesteld in een beroep tegen zijn weigering tot het voltrekken van een huwelijk* (arrest nr. 132/2013)

arrest nr. 132/2013

Bij zijn arrest nr. 57/2006 had het Hof geoordeeld dat het aan de wetgever stond een einde te maken aan de discriminatie die voortvloeide uit de ontstentenis van bepalingen die de rechter zouden toelaten het honorarium en de kosten van een advocaat ten laste te leggen van de procespartij die in het ongelijk wordt gesteld. De wetgever heeft die discriminatie opgeheven bij de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat. Hij heeft ervoor gekozen artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek te wijzigen door van de rechtsplegingsvergoeding voortaan « een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij » te maken. Hij heeft tevens verschillende bepalingen van het Wetboek van strafvordering gewijzigd, teneinde het beginsel van de verhaalbaarheid gedeeltelijk uit te breiden tot de zaken die door de strafgerichten worden berecht.

Het Hof beschikt ter zake reeds over een uitgebreide rechtspraak.<sup>1</sup>

Het is opnieuw ertoe gebracht daarvan kennis te nemen naar aanleiding van een prejudiciële vraag waarin het werd verzocht na te gaan of artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het van kracht was vóór de wijziging ervan bij de wet van 21 februari 2010, in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre een rechtsplegingsvergoeding ten laste van de ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden gelegd wanneer hij in het ongelijk wordt gesteld in een op grond van artikel 167 van het Burgerlijk Wetboek ingesteld beroep tegen zijn weigeringsbeslissing om een huwelijk te voltrekken; het Hof vergelijkt de situatie van de ambtenaar van de burgerlijke stand, optredend in het algemeen

<sup>1</sup> Zie in het bijzonder het verslag 2006, pp. 123-128, het verslag 2008, pp. 105-112, het verslag 2009, pp. 185-195, het verslag 2010, pp. 147-154, het verslag 2011, pp. 271-278, en het verslag 2012, pp. 179-182.

belang, met, enerzijds, de situatie van een procespartij die niet in het algemeen belang optreedt en, anderzijds, die van het openbaar ministerie wanneer het de strafvordering instelt of een vordering tot nietigverklaring van een schijnhuwelijk instelt.

Het Hof begint zijn redenering door te herinneren aan verschillende van zijn arresten ter zake – de arresten *nrs. 182/2008*<sup>1</sup>, *135/2009*<sup>2</sup>, *83/2011*<sup>3</sup>, *43/2012*<sup>4</sup>, *36, 42* en *57/2013* - en aan zijn beslissing in elk van die arresten.

Vervolgens wijst het erop dat de voormelde wet van 21 februari 2010 een achtste lid in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek heeft ingevoegd. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever aldus een aantal tekortkomingen van de voormelde wet van 21 april 2007, die aanleiding geven tot een aantal onbillijke situaties, heeft willen rechtzetten, en dat hij rekening heeft willen houden met het voormelde arrest *nr. 182/2008*; hij heeft onder meer in twee nieuwe vrijstellingen voorzien « om het openbaar ministerie [en het arbeidsauditoraat] toe te staan [hun] rechtsovername uit te oefenen in volle onafhankelijkheid, zonder rekening te houden met het financieel risico verbonden aan het proces ».

Wanneer de ambtenaar van de burgerlijke stand tot het besluit komt dat de huwelijkskandidaten een schijnhuwelijk pogen aan te gaan, dient hij op grond van artikel 167, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek de voltrekking van het huwelijk te weigeren, gelet op artikel 146*bis* van hetzelfde Wetboek; bij het nemen van die weigeringsbeslissing treedt de ambtenaar van de burgerlijke stand op in het kader van de uitoefening van zijn ambt en streeft hij geen enkel persoonlijk belang na, maar treedt hij uitsluitend op in het algemeen belang met het oog op het vrijwaren van de openbare orde. Wanneer de huwelijkskandidaten op grond van artikel 167, laatste lid, van het Burgerlijk Wetboek bij de rechtbank van eerste aanleg beroep tegen de weigeringsbeslissing aantekenen, wordt de ambtenaar van de burgerlijk stand daardoor partij in een gerechtelijke procedure; door zich te verweren tegen het beroep dat tegen zijn weigeringsbeslissing is ingesteld, verdedigt de ambtenaar

<sup>1</sup> Zie het verslag 2008, pp. 105-112.

<sup>2</sup> Zie het verslag 2009, pp. 185-195, inzonderheid p. 191.

<sup>3</sup> Zie het verslag 2011, pp. 271-278.

<sup>4</sup> Zie het verslag 2012, pp. 179-182.

van de burgerlijke stand evenwel steeds het algemeen belang en de vrijwaring van de openbare orde, zodat het niet is verantwoord dat hij in de rechtsplegingsvergoeding kan worden verwezen.

Het verschil in statuut van de ambtenaren van de burgerlijke stand en van de leden van het openbaar ministerie kan niet volstaan om het in het geding zijnde verschil in behandeling te verantwoorden. Zoals de leden van het openbaar ministerie hun vordering in volle onafhankelijkheid moeten kunnen uitoefenen, zonder rekening te houden met het financiële risico verbonden aan het proces, dienen de ambtenaren van de burgerlijke stand de beslissingen die zij uit hoofde van hun functie dienen te nemen, te kunnen nemen zonder rekening te houden met het financiële risico verbonden aan een procedure die tegen zulke beslissingen wordt ingesteld.

Het Hof beslist derhalve dat artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, vóór de inwerkingtreding van de wet van 21 februari 2010, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre een rechtsplegingsvergoeding ten laste van de ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden gelegd wanneer hij in het ongelijk wordt gesteld in een op grond van artikel 167 van het Burgerlijk Wetboek ingesteld beroep tegen zijn weigeringsbeslissing om een huwelijk te voltrekken.

**30. De rechtsplegingsvergoeding - de situatie van de burgerlijke partij die in het ongelijk wordt gesteld en zich, door middel van een afzonderlijke vordering, heeft aangesloten bij de rechtstreekse dagvaarding door een andere burgerlijke partij (arrest nr. 174/2013)**

Met zijn arrest nr. 57/2006 had het Hof geoordeeld dat het aan de wetgever stond om een einde te maken aan de discriminatie die voortvloeit uit de afwezigheid van bepalingen die het de rechter mogelijk zouden maken de kosten en erelonen van de advocaat ten laste te leggen van de procespartij die in het ongelijk wordt gesteld.<sup>1</sup> De wetgever heeft die discriminatie opgeheven met de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat. Hij heeft

<sup>1</sup> Zie het verslag 2006, pp. 123-128.

ervoor gekozen artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek te wijzigen door van de rechtsplegingsvergoeding voortaan « een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij » te maken. Hij heeft tevens verschillende bepalingen van het Wetboek van strafvordering gewijzigd om het beginsel van de verhaalbaarheid gedeeltelijk uit te breiden tot de door de strafgerichten berechte zaken.

Het Hof beschikt reeds over een uitgebreide rechtspraak ter zake.<sup>1</sup>

Het Hof werd opnieuw ertoe gebracht van die aangelegenheid kennis te nemen naar aanleiding van een prejudiciële vraag betreffende artikel 162*bis* van het Wetboek van strafvordering, ingevoegd bij artikel 9 van de voormelde wet van 21 april 2007<sup>2</sup>. Met die vraag werd het verzocht zich uit te spreken over de bestaanbaarheid van dat artikel 162*bis* met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het de benadeelde personen verschillend zou behandelen naargelang zij rechtstreeks hebben gedagvaard voor het vonnisgerecht dan wel zich ertoe hebben beperkt zich burgerlijke partij te stellen, door middel van een tussenkomst, door hun eigen vordering te doen aansluiten bij de rechtstreekse dagvaarding door een andere burgerlijke partij; in de interpretatie van de verwijzende rechter zouden alleen de burgerlijke partijen van de eerste categorie moeten worden veroordeeld tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding wanneer zij in het ongelijk worden gesteld.

De rechtsplegingsvergoeding waarvan sprake is in het in het geding zijnde artikel 162*bis*, heeft alleen betrekking op de burgerlijke vordering, namelijk de vordering voor het herstel van de schade veroorzaakt door een misdrijf; die vergoeding is verschuldigd aan de partij die in het gelijk wordt gesteld. De voormelde bepaling strekt dus ertoe ten laste van de burgerlijke partij die een dergelijke vordering door een rechtstreekse dagvaarding voor het

<sup>1</sup> Zie in het bijzonder het verslag 2006, pp. 123-128, het verslag 2008, pp. 105-112, het verslag 2009, pp. 185-195, het verslag 2010, pp. 147-154, het verslag 2011, pp. 271-278 en het verslag 2012, pp. 179-182.

<sup>2</sup> Het Hof houdt geen rekening met de pertinente artikelen van de wet van 21 februari 2010 « tot wijziging van de artikelen 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en 162*bis* van het Wetboek van Strafvordering en tot opheffing van artikel 6 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties », aangezien die nog niet in werking waren getreden op het ogenblik van de datum van het arrest.



vonnisgerecht heeft ingesteld, alle of een deel van de kosten en erelonen van de advocaat te leggen die een persoon moet betalen die uiteindelijk is vrijgesproken in het kader van de strafvordering die door die burgerlijkepartijstelling op gang is gebracht.

De in het geding zijnde bepaling maakt deel uit van een geheel van maatregelen die volgens de parlementaire voorbereiding beantwoorden aan de zorg « dat men de rechtsonderhorigen die het herstel vragen van een schade voor een burgerlijke of een strafrechtelijke jurisdictie op gelijke voet zou behandelen ». Ten aanzien van de situatie van de vrijgesproken beklagde of van de inverdenkinggestelde die een buitenvervolginstelling geniet, werd voorts gepreciseerd dat « [...] de verhaalbaarheid trouwens ook niet aan bod [zal] komen in de betrekkingen tussen de beklagde en de Staat, die wordt vertegenwoordigd door het openbaar ministerie [...] dat [...], door vervolging in te stellen, het algemeen belang vertegenwoordigt en derhalve niet op één lijn kan worden gesteld met een burgerlijke partij die de strafvordering alleen in gang zou zetten om een privébelang te verdedigen ».

Wegens de opdracht die aan het openbaar ministerie is toegewezen, vermocht de wetgever redelijkerwijs ervan uit te gaan dat een regeling volgens welke een rechtsplegingsvergoeding automatisch verschuldigd zou zijn telkens als zijn vordering zonder gevolg blijft, niet tot het openbaar ministerie diende te worden uitgebreid. Gelet op hetgeen voorafgaat, is het eveneens verantwoord dat de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij tot geen enkele rechtsplegingsvergoeding wordt veroordeeld wanneer zij zich ertoe heeft beperkt haar vordering te doen aansluiten bij een door een openbaar ministerie ingestelde strafvordering of wanneer een onderzoeksgerecht de verwijzing voor een vonnisgerecht heeft bevolen. Zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, vermocht de wetgever immers redelijkerwijs ervan uit te gaan dat, in die hypothesen, zelfs wanneer de burgerlijke partij in haar aanspraken in het ongelijk wordt gesteld, zij niet verantwoordelijk moest worden geacht voor de vervolgingen tegen de beklagde.

Die gevallen verschillen van die van een voor de burgerlijke rechter ingestelde procedure, die, ongeacht de wijze waarop zij is ingesteld, nooit een vordering is die aansluit bij een strafvordering die ofwel door het openbaar ministerie, ofwel bij een verwijzingsbeschikking op gang is gebracht.

Het is daarentegen niet redelijk verantwoord dat de burgerlijke partij die zich, door middel van een afzonderlijke vordering, heeft aangesloten bij een rechtstreekse dagvaarding door een andere burgerlijke partij, ervan wordt vrijgesteld een rechtsplegingsvergoeding te betalen wanneer zij in het ongelijk wordt gesteld, terwijl zij zou zijn veroordeeld tot de betaling van een dergelijke vergoeding indien zij tussengekomen was in een geschil dat voor een burgerlijke rechter hangende was (Cass., 20 juni 2011, C.10.0134.N). Gelet op de wil van de wetgever om de persoon die een vordering tot schadevergoeding voor de strafrechter instelt en de persoon die zijn burgerlijke vordering voor een burgerlijk rechtscollege instelt, gelijk te behandelen, enerzijds, en op het gegeven dat de strafvordering niet is aangevat door het openbaar ministerie, noch is bevestigd door een beslissing van een onderzoeksgerecht, anderzijds, vereist het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie dat de burgerlijke partij die door een afzonderlijke vordering is tussengekomen in het strafgeding dat door een andere burgerlijke partij is aangevat tegen de vrijgesproken beklaagde, ertoe is gehouden een rechtsplegingsvergoeding ten behoeve van die laatstgenoemde te betalen.

Het Hof oordeelt bijgevolg dat artikel 162*bis*, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het de strafrechter niet toelaat de burgerlijke partij die in het ongelijk wordt gesteld en zich, door middel van een afzonderlijke vordering, heeft aangesloten bij de rechtstreekse dagvaarding door een andere burgerlijke partij, te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding.

Het Hof heeft vooraf opgemerkt dat, aangezien die vaststelling van de lacune is uitgedrukt in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen die toelaten de in het geding zijnde bepaling toe te passen met inachtneming van de referentienormen op grond waarvan het Hof zijn toetsingsbevoegdheid uitoefent, het aan de verwijzende rechter staat een einde te maken aan de schending van die normen.

## XII. BURGERLIJK RECHT

### 31. *De toewijzing bij voorrang van de gezinswoning - De hypothese van personen die onder het stelsel van scheiding der goederen zijn gehuwd (arrest nr. 28/2013)*

Artikel 1446 van het Burgerlijk Wetboek voorziet voor de langstlevende echtgenoot of echtgenote in de mogelijkheid om naar aanleiding van de verdeling van de huwelijksgemeenschap de toewijzing bij voorrang te vragen van één van de onroerende goederen die tot gezinswoning dient, samen met het aldaar aanwezige huisraad, en van het onroerend goed dat dient voor de uitoefening van zijn of haar beroep, samen met de roerende zaken die aldaar aanwezig zijn voor beroepsdoeleinden; artikel 1447 van hetzelfde Wetboek breidt die mogelijkheid uit tot beide ex-echtgenoten indien het wettelijk stelsel eindigt door echtscheiding, scheiding van tafel en bed of scheiding van goederen.

Gelet op de plaats van artikel 1447 in het Burgerlijk Wetboek is het toepassingsgebied ervan beperkt tot de verdeling van een gemeenschappelijk vermogen; het gaat, gelet op artikel 1451 van hetzelfde Wetboek, niet alleen om het gemeenschappelijke vermogen in het wettelijk stelsel, maar ook om elk afwijkend stelsel waarin een gemeenschappelijk vermogen bestaat, zoals het stelsel van de algehele gemeenschap. Gelet op de artikelen 1387, 1388 en 1451 van het Burgerlijk Wetboek kunnen de echtgenoten die onder een gemeenschapsstelsel zijn gehuwd, ervoor kiezen de toepasselijkheid van de voormelde artikelen 1446 en 1447 van hetzelfde Wetboek in hun huwelijkscontract uit te sluiten.

Artikel 1447 van het Burgerlijk Wetboek is slechts van toepassing op goederen die zich in de huwelijksgemeenschap bevinden : de toewijzing bij voorrang kan geen betrekking hebben op een goed dat zich in het eigen vermogen van één van de ex-echtgenoten bevindt. Die bepaling is evenmin van toepassing op goederen die zich niet in het gemeenschappelijke vermogen van de onder het wettelijk stelsel of een ander gemeenschapsstelsel gehuwde

echtgenoten bevinden, maar waarvan zij onverdeeld eigenaar zijn. Mede gelet op zijn plaats in het Burgerlijk Wetboek, is datzelfde artikel 1447 evenmin van toepassing op de gezinswoning of het onroerend goed bestemd voor de uitoefening van het beroep waarvan de echtgenoten gehuwd met scheiding van goederen onverdeeld eigenaar zijn. De echtgenoten op wie de artikelen 1446 en 1447 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn, kunnen er toch voor kiezen die bepalingen in hun huwelijkscontract van toepassing te verklaren.

Aan het Hof is gevraagd of het voormelde artikel 1447 bestaanbaar is met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie in zoverre het niet kan worden aangevoerd met betrekking tot een gezinswoning die in onverdeeldheid eigendom is van personen die met scheiding van goederen zijn gehuwd; het Hof beperkt zijn onderzoek tot die hypothese.

Het in het geding zijnde verschil in behandeling berust op een objectief criterium, te weten de keuze van de echtgenoten voor een huwelijksstelsel met of zonder een gemeenschappelijk vermogen. Indien personen gehuwd onder een huwelijksstelsel met een gemeenschappelijk vermogen samen een gezinswoning verwerven, valt deze in het gemeenschappelijke vermogen. Indien personen gehuwd onder een stelsel van scheiding van goederen samen een gezinswoning verwerven, worden zij onverdeeld eigenaar van dat goed; op die onverdeeldheid zijn niet de regels betreffende het wettelijke huwelijksvermogensstelsel van toepassing, maar het gemeen recht inzake mede-eigendom. De huwelijksgemeenschap vormt een vermogen dat is afgescheiden van de eigen vermogens van de echtgenoten; daarentegen valt het aandeel in een onverdeelde eigendom in het eigen vermogen van elk van de echtgenoten, zodat zij, mits eerbiediging van het primaire huwelijksvermogensrecht, vrij over hun aandeel kunnen beschikken. De huwelijksgemeenschap verschilt eveneens van de onverdeeldheid voor wat de mogelijkheid tot ontbinding ervan betreft : terwijl een huwelijksgemeenschap, als doelgebonden vermogen, slechts kan worden ontbonden wanneer het huwelijk eindigt of wanneer de echtgenoten kiezen voor een ander stelsel, kan een onverdeelde eigenaar krachtens artikel 815 van het

Burgerlijk Wetboek niet worden gedwongen om in onverdeeldheid te blijven, behoudens een overeenkomst die voor niet langer dan vijf jaren bindend kan zijn.

Die verschillen volstaan evenwel niet om te besluiten dat de in het geding zijnde categorieën niet kunnen worden vergeleken. In beide gevallen hebben de echtgenoten de gezinswoning immers samen verworven om haar voor dezelfde functie te bestemmen, namelijk het gezinsleven. Dat gezinsleven is verbonden met het primaire huwelijksvermogensrecht, dat van dwingend recht is. Zo bepaalt artikel 213 van het Burgerlijk Wetboek dat de echtgenoten jegens elkaar tot samenwoning verplicht zijn, bepaalt artikel 214 van het Burgerlijk Wetboek dat de echtelijke verblijfplaats door de echtgenoten in onderlinge overeenstemming wordt vastgesteld en bepaalt artikel 215, § 1, van het Burgerlijk Wetboek dat ene echtgenoot niet zonder de instemming van de andere kan beschikken over de rechten die hij bezit op het onroerend goed dat het gezin tot voornaamste woning dient. Die bepalingen zijn toepasselijk ongeacht het huwelijksvermogensstelsel waarvoor de echtgenoten hebben gekozen.

Het loutere feit dat een wetsbepaling een recht toekent of een verplichting oplegt aan echtgenoten gehuwd onder sommige huwelijksvermogensstelsels, maar niet aan echtgenoten gehuwd onder andere stelsels, houdt op zichzelf geen discriminatie in, aangezien het een gevolg is van het bestaan van verschillende huwelijksvermogensstelsels. Het Hof moet evenwel nagaan, rekening houdend met de doelstelling, de kenmerken en de gevolgen van het recht of de verplichting in kwestie, of de beperking ervan tot bepaalde huwelijksvermogensstelsels bestaanbaar is met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Hierbij moet aan de wetgever evenwel een ruime appreciatiebevoegdheid worden toegekend, temeer daar de gehuwden steeds over het recht beschikken om, behoudens de dwingende toepassing van het primaire huwelijksvermogensrecht, in hun huwelijkscontract van de bestaande wettelijke stelsels af te wijken of te kiezen voor een stelsel waarin de wet niet voorziet.

Met het wettelijk huwelijksvermogensstelsel heeft de wetgever beoogd een evenwicht te bereiken tussen de solidariteit eigen aan

het huwelijk, enerzijds, en de autonomie van beide gehuwden, die samenhangt met de door de wetgever beoogde doelstelling van de juridische ontvoogding van de vrouw, anderzijds.

De keuze voor een stelsel van scheiding van goederen houdt een door de wetgever toegelaten afwijking van dat evenwicht in, waarbij de echtgenoten kiezen voor een verminderde solidariteit en een verhoogde autonomie; die keuze heeft als gevolg dat de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk tot een minimum worden beperkt.

De contractvrijheid is één van de meest fundamentele kenmerken van het secundaire huwelijksvermogensrecht. De echtgenoten die kiezen voor een stelsel van scheiding van goederen, wijken uit vrije wil af van het wettelijk huwelijksvermogensstelsel, zodat zij ook moeten worden geacht de gevolgen van die keuze te aanvaarden. Die aanvaarding heeft evenzeer betrekking op het risico dat één van beide partners, die vanwege de verdeling van de gezinstaken beroepsmatig minder actief is geweest en zo in mindere mate een eigen vermogen heeft kunnen opbouwen, na de ontbinding van het huwelijk in een delicate financiële situatie kan terechtkomen, alsook op het risico dat men, door de niet-toepasselijkheid van de in het geding zijnde bepaling, een waarborg verliest tegen het misbruik vanwege de ex-echtgenoot van diens recht om de gezinswoning openbaar te doen verkopen, een waarborg die, indien de in het geding zijnde bepaling wel toepasselijk zou zijn, zou worden geconcretiseerd door een feitelijke appreciatie van alle in het geding zijnde maatschappelijke belangen en gezinsbelangen door een rechter. Het behoort tot de informatieplicht van de notaris om de echtgenoten die voor een huwelijkscontract van scheiding van goederen willen opteren, uitdrukkelijk op dergelijke risico's te wijzen.

Op de onverdeelde eigendom tussen echtgenoten is het gemeen recht van toepassing. Indien het huwelijk eindigt, vervallen de plicht tot samenwoning en de bescherming van de gezinswoning, die tijdens het huwelijk worden gewaarborgd door de artikelen 213 tot 215 van het Burgerlijk Wetboek. Krachtens artikel 827 van het Burgerlijk Wetboek kan dan iedere deelgenoot de openbare verkoping van die woning vorderen. Het staat de echtgenoot of

echtgenote die het goed wenst te verkrijgen, vrij om aan die openbare verkoping deel te nemen en op die manier het aandeel van de andere echtgenoot of echtgenote in te kopen.

Gelet op de ruime appreciatiebevoegdheid die hem te dezen moet worden toegekend, heeft de wetgever, door de toewijzing bij voorrang niet principieel toepasselijk te verklaren op het stelsel van scheiding van goederen, geen maatregel zonder redelijke verantwoording genomen. Het zou de wetgever echter evenmin kunnen worden verweten indien hij het toepassingsgebied van de in het geding zijnde bepaling zou uitbreiden tot een gezinswoning die in onverdeeldheid eigendom is van de echtgenoten ongeacht hun huwelijksvermogensstelsel.

Het Hof beslist bijgevolg dat artikel 1447 van het Burgerlijk Wetboek, in zoverre het niet kan worden aangevoerd met betrekking tot een gezinswoning die in onverdeeldheid eigendom is van echtgenoten die met scheiding van goederen zijn gehuwd, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.

**32. De onmogelijkheid om de erkenning van vaderschap van een man ten aanzien van wie het kind bezit van staat heeft, te betwisten**  
(arrest nr. 29/2013)

<sup>1</sup>Artikel 330 van het Burgerlijk Wetboek regelt de mogelijkheid om met name de erkenning van het vaderschap te betwisten; binnen de in paragraaf 1, vierde lid, van die bepaling gestelde termijnen - die verschillen naar gelang van de vorderingsgerechtigden - kan de erkenning van het vaderschap enkel worden betwist door de moeder, het kind, de man die het kind heeft erkend en de man die het vaderschap van het kind opeist; de vordering is evenwel - voor alle vorderingsgerechtigden - onontvankelijk wanneer het kind bezit van staat heeft ten aanzien van degene die het heeft erkend. Met betrekking tot het bezit van staat bepaalt artikel 331 *nonies* van

<sup>1</sup> Wat betreft artikel 330 van het Burgerlijk Wetboek, zie eveneens het verslag 2011, pp. 284-287, en de referenties die daarin worden vermeld in verband met de erkenning.

hetzelfde Wetboek dat het bezit van staat voortdurend moet zijn en dat het wordt bewezen door feiten die samen of afzonderlijk de betrekking van afstamming aantonen – feiten die op niet-exhaustieve wijze in artikel 331<sup>nonies</sup> worden opgesomd.

Aan het Hof is gevraagd of artikel 330, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek bestaanbaar is met artikel 22 van de Grondwet, eventueel in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, doordat de vordering tot betwisting van de erkenning niet ontvankelijk is als het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de erkenner; het Hof beperkt zijn onderzoek van de tweede zin van artikel 330, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, in zoverre, in het geding ten gronde, de erkenning van het vaderschap wordt betwist door de man die het vaderschap van het kind opeist.

Het bezit van staat werd bij de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming ingevoerd als grond van niet-ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van de erkenning van het vaderschap. Artikel 330 van het Burgerlijk Wetboek werd overigens gewijzigd bij artikel 16 van de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan : de erkenning van het vaderschap kan enkel nog worden betwist door de moeder, het kind, de man die het kind heeft erkend en de man die het vaderschap van het kind opeist. Het bezit van staat als grond van niet-ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van de erkenning van het vaderschap bleef behouden. Na te hebben opgemerkt dat het voormelde artikel 16 zijn oorsprong vindt in een amendement dat in de Kamer werd ingediend, merkt het Hof op dat, aan het einde van de bespreking in de Commissie voor de Justitie van de Senaat, de minister van Justitie het belang van het begrip « bezit van staat » in de volgende bewoordingen heeft bevestigd : « Het ontwerp wijzigt reeds een groot aantal regels, en ook al rijzen er bij de toepassing van het begrip soms problemen, toch hoeft dit niet te worden aangepast. De wetgever heeft er in 1987 voor gekozen het begrip te behouden om ervoor te zorgen dat de biologische waarheid het niet altijd wint van de sociaal-affectieve realiteit. Deze keuze moet behouden blijven en het bezit van staat hoeft dus niet te worden aangepast ».



Het Hof toetst artikel 330, § 1, eerste lid, tweede zin, van het Burgerlijk Wetboek aan artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 22 van de Grondwet blijkt dat de Grondwetgever « een zo groot mogelijke concordantie [heeft willen nastreven] met artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), teneinde betwistingen over de inhoud van dit Grondwetsartikel respectievelijk art. 8 van het EVRM te vermijden ». De in het geding zijnde regeling van betwisting van de erkenning van het vaderschap valt onder de toepassing van artikel 22 van de Grondwet en van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het recht op de eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven, zoals het door de voormelde bepalingen wordt gewaarborgd, heeft als essentieel doel de personen te beschermen tegen inmengingen in hun privéleven en hun gezinsleven. Artikel 22, eerste lid, van de Grondwet sluit, evenmin als artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, een overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven niet uit, maar vereist dat erin is voorzien in een voldoende precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en dat zij evenredig is met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling. Die bepalingen houden bovendien de positieve verplichting in voor de overheid om maatregelen te nemen die een daadwerkelijke eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven verzekeren, zelfs in de sfeer van de onderlinge verhoudingen van individuen (EHRM, 27 oktober 1994, *Kroon e.a.* t. Nederland, § 31).

De wetgever beschikt over een appreciatiemarge om bij de uitwerking van een wettelijke regeling die een overheidsinmenging in het privéleven inhoudt, rekening te houden met een billijk evenwicht tussen de tegenstrijdige belangen van het individu en de samenleving in haar geheel (EHRM, 26 mei 1994, *Keegan* t. Ierland, § 49; 27 oktober 1994, *Kroon e.a.* t. Nederland, § 31; 2 juni 2005, *Znamenskaya* t. Rusland, § 28; 24 november 2005, *Shofman* t. Rusland, § 34). Die appreciatiemarge van de wetgever is evenwel niet onbegrensd : opdat een wettelijke regeling verenigbaar zou zijn met

het recht op eerbiediging van het privéleven, moet worden nagegaan of de wetgever een billijk evenwicht heeft gevonden tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn. Zulks vereist dat de wetgever niet alleen een afweging maakt tussen de belangen van het individu tegenover de samenleving in haar geheel, maar tevens tussen de tegenstrijdige belangen van de betrokken personen (EHRM, 6 juli 2010, *Backlund* t. Finland, § 46), op gevaar af anders een maatregel te nemen die niet evenredig is met de nagestreefde wettige doelstellingen.

De rust der families en de rechtszekerheid van de familiale banden, enerzijds, en het belang van het kind, anderzijds, zijn legitieme doelstellingen waarvan de wetgever kan uitgaan om een onbeperkte mogelijkheid tot betwisting van de erkenning van het vaderschap te verhinderen. In dat opzicht is het pertinent om de biologische werkelijkheid niet *a priori* te laten prevaleren op de socio-affectieve werkelijkheid van het vaderschap.

Door het « bezit van staat » als absolute grond van niet-ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van de erkenning van het vaderschap in te stellen, heeft de wetgever de socio-affectieve werkelijkheid van het vaderschap evenwel steeds laten prevaleren op de biologische werkelijkheid; door die absolute grond van niet-ontvankelijkheid wordt de man die het vaderschap opeist op absolute wijze uitgesloten van de mogelijkheid om de erkenning van het vaderschap door een andere man ten aanzien van wie het kind bezit van staat heeft, te betwisten. Aldus bestaat voor de rechter geen enkele mogelijkheid om rekening te houden met de belangen van alle betrokken partijen. Een dergelijke maatregel is onevenredig met de door de wetgever nagestreefde, legitieme doelstellingen, en derhalve niet bestaanbaar met artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Aan het voorgaande wordt geen afbreuk gedaan door het gegeven dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat een regeling die vergelijkbaar is met de in het geding zijnde maatregel, geen schending van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens inhoudt (EHRM, 22 maart 2012, *Ahrens* t. Duitsland; 22 maart 2012, *Kautzor* t. Duitsland) : het

Europees Hof wijst erop dat binnen de lidstaten van de Raad van Europa geen eensgezindheid over de in het geding zijnde aangelegenheid bestaat, zodat de lidstaten over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikken wat de regelgeving inzake het vaststellen van het juridisch statuut van het kind betreft (*ibid.*, *Ahrens*, §§ 69-70 en 89; *Kautzor*, §§ 70-71 en 91).

Het Hof beslist derhalve dat artikel 330, § 1, eerste lid, tweede zin, van het Burgerlijk Wetboek artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, schendt, in zoverre de vordering tot betwisting van de erkenning van het vaderschap door de man die het vaderschap van het kind opeist, niet ontvankelijk is indien het kind bezit van staat heeft ten aanzien van degene die het heeft erkend.

**33. *De vorderingen tot onderzoek naar het moederschap en het vaderschap - de aan de rechter opgedragen marginale toetsing ten aanzien van de belangen van het kind (arrest nr. 30/2013)***

<sup>1</sup>Artikel 332*quinquies*, §§ 1 tot 3, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt : « § 1. De vorderingen tot onderzoek naar het moederschap of het vaderschap zijn onontvankelijk indien het meerderjarige of het ontvoogde minderjarige kind zich daartegen verzet. § 2. Indien het verzet uitgaat van een minderjarig kind dat niet ontvoogd is en de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, of van degene van de ouders van het kind ten aanzien van wie de afstamming vaststaat, wijst de rechtbank, zonder afbreuk te doen aan § 3, de vordering slechts af indien ze betrekking heeft op een kind dat minstens één jaar oud is op het ogenblik van de indiening ervan, en de vaststelling van de afstamming kennelijk strijdig is met de belangen van het kind. Er wordt geen rekening gehouden met het verzet van het kind dat onbekwaam is verklaard, zich in een staat van verlengde minderjarigheid bevindt, of waarvan de rechtbank, op grond van feitelijke elementen vastgesteld in een met redenen

<sup>1</sup> Wat betreft artikel 332*quinquies* van het Burgerlijk Wetboek, zie ook het arrest nr. 61/2012.

omkleed proces-verbaal, oordeelt dat het geen onderscheidingsvermogen heeft. § 3. De rechtbank wijst de vordering hoe dan ook af indien het bewijs wordt geleverd dat degene wiens afstamming wordt onderzocht niet de biologische vader of moeder van het kind is »<sup>1</sup>.

Aan het Hof is gevraagd of artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, in die zin geïnterpreteerd dat het de rechter slechts een marginale toetsing van de belangen van het kind oplegt, bestaanbaar is met artikel 22*bis* van de Grondwet in zoverre dat vereist dat het belang van het kind de eerste overweging is bij elke beslissing die dient te worden genomen met betrekking tot het kind. Het aan de verwijzende rechter voorgelegde geschil had betrekking op een kind dat in 2004 werd geboren, zijn moeder en de echtgenoot van zijn moeder, eisende partijen voor de verwijzende rechter, en op een man van wie het biologische vaderschap niet wordt betwist en die het vaderschap van het kind opeiste, verwerende partij voor de verwijzende rechter; de vordering tot betwisting van vaderschap werd, ondanks het ononderbroken karakter van het bezit van staat van het kind ten aanzien van de echtgenoot, niet onontvankelijk verklaard op grond van artikel 318, § 1, van het Burgerlijk Wetboek, wegens het onduidelijke karakter van dat bezit van staat.<sup>2</sup>

Artikel 22*bis* van de Grondwet verwijst in het vierde lid ervan naar het belang van het kind; het is, zoals het tweede, derde en vijfde lid, het resultaat van de grondwetsherziening van 22 december 2008, die, volgens de parlementaire voorbereiding ervan, ertoe strekte de grondwettelijke erkenning van de kinderrechten te verruimen tot wat de essentie uitmaakt van het Verdrag inzake de rechten van het kind. Artikel 3, lid 1, van dat Verdrag preciseert zijnerzijds dat « de belangen van het kind de eerste overweging [vormen] ». Zowel artikel 22*bis*, vierde lid, van de Grondwet als artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind verplichten de rechtscollages om in de eerste plaats het belang van het kind in

<sup>1</sup> Het Hof heeft, voorafgaandelijk aan het artikel 332*quinquies*, §§ 1 tot 3, van het Burgerlijk Wetboek, de tekst van de artikelen 315 en 318 van hetzelfde Wetboek opnieuw vermeld.

<sup>2</sup> In verband met die bepaling zie dit verslag, pp. 255-259, BURGERLIJK RECHT – De onmogelijk om de erkenning van vaderschap van een man ten aanzien van wie het kind bezit van staat heeft, te betwisten.

aanmerking te nemen in de procedures die op het kind betrekking hebben. Artikel 22*bis*, vijfde lid, van de Grondwet geeft de bevoegde wetgever overigens de opdracht te waarborgen dat het belang van het kind de eerste overweging is.

De mogelijkheid, voor een man die het vaderschap van een kind opeist, om het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot van de moeder van het kind te betwisten, werd in artikel 318 van het Burgerlijk Wetboek ingevoerd bij de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan. Artikel 332*quinquies*, § 2, van het Burgerlijk Wetboek, waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft, is ook ingevoegd door de wet van 1 juli 2006.

Zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, heeft de wetgever geprobeerd een parallellisme, zo niet eenvormigheid, in het leven te roepen in de wijze waarop de verschillende soorten afstamming worden vastgesteld, zowel wat betreft de voorwaarden van de erkenning en die van de vordering tot onderzoek naar het vaderschap en naar het moederschap, als wat betreft de vorderingen tot onderzoek naar het moederschap en die tot onderzoek naar het vaderschap bedoeld in het in het geding zijnde artikel 332*quinquies*. De uiteindelijk gekozen formulering, die de rechtbank de mogelijkheid biedt de vordering af te wijzen die betrekking heeft op de vaststelling van de afstamming van moederszijde of van vaderszijde indien die « kennelijk strijdig is met de belangen van het kind », is ook de formulering die werd gekozen voor artikel 329*bis*, § 2, derde lid, en § 3, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek, dat de mogelijkheid biedt de erkenningen te beletten.

Gelet op uittreksels uit de parlementaire voorbereiding waarin de redenen worden uiteengezet waarom, - terwijl het oorspronkelijke wetsvoorstel met betrekking tot artikel 332*quinquies* bepaalde dat de rechtbank beslist met inachtneming van de belangen van het kind - die formulering werd verworpen ten voordele van een marginale toetsing, doet het Hof opmerken dat uit de bovengenoemde voorbereiding volgt dat artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, de rechter een marginale toetsing van de belangen van het kind oplegt,

waarbij met die belangen slechts rekening wordt gehouden wanneer zij ernstig worden geschaad.

De wetgever dient bij het uitwerken van een wettelijke regeling inzake afstamming de bevoegde overheden de mogelijkheid te bieden om *in concreto* een afweging te maken tussen de belangen van de verschillende betrokken personen, op gevaar af anders een maatregel te nemen die niet evenredig zou zijn met de nagestreefde wettige doelstellingen.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft overigens verduidelijkt dat, bij het afwegen van de in het geding zijnde belangen, de belangen van het kind uitermate belangrijk zijn. Het Hof heeft aldus geoordeeld : « Het Hof bevestigt opnieuw dat wanneer de rechten die aan de ouders zijn gewaarborgd bij artikel 8 en de rechten van een kind in het geding zijn, de hoven en rechtbanken het grootste belang dienen te hechten aan de rechten van het kind. Wanneer een belangenafweging geboden is, dient de voorrang te worden gegeven aan de belangen van het kind » (EHRM, 5 november 2002, *Yousef t. Nederland*, § 73). Het Hof heeft eraan toegevoegd : - dat rekening dient te worden gehouden « inzonderheid met de belangen van het kind » en dat « de belangen van het kind in dat soort van zaken dienen te primeren » (EHRM, 26 juni 2003, *Maire t. Portugal*, §§ 71 en 77); - dat een « bijzonder belang » dient te worden gehecht aan de belangen van het kind « die, afhankelijk van de aard en de ernst ervan, de overhand kunnen krijgen boven die van de ouders » (8 juli 2003, *Sommerfeld t. Duitsland*, § 64); - « dat er momenteel een ruime consensus bestaat - inclusief in het internationaal recht - rond de idee dat bij alle maatregelen betreffende kinderen, hun belangen dienen te primeren (zie hierboven de talrijke referenties die zijn aangehaald in de paragrafen 49-56) » (EHRM, 6 juli 2010, *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, § 135); - « Rekening houden met de belangen van het betrokken kind is van het grootste belang in elke soortgelijke zaak; afhankelijk van de aard en de ernst ervan kunnen de belangen van het kind de overhand krijgen boven die van de ouders (zie het voormelde arrest *Sommerfeld*, § 66, en *Görgülü t. Duitsland*, nr. 74969/01, § 43, 26 februari 2004) » (EHRM, 22 maart 2012, *Ahrens t. Duitsland*, § 63). Overigens « dient, volgens de beginselen die kunnen worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof, de Staat,

wanneer het bestaan van een familiale band met een kind vaststaat, zodanig op te treden dat die band zich kan ontwikkelen en een juridische bescherming te verlenen die de integratie van het kind in zijn gezin mogelijk maakt » (EHRM, 28 juni 2007, *Wagner en J.M.W.L. t. Luxemburg*, § 119).

Zoals hierboven naar voren is gebracht, verplichten zowel artikel 22*bis*, vierde lid, van de Grondwet als artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind de rechtscolleges om in de eerste plaats het belang van het kind in aanmerking te nemen in de procedures die op het kind betrekking hebben, hetgeen de procedures in verband met het vaststellen van de afstamming omvat. Hoewel het belang van het kind een primordiaal karakter heeft, heeft het daarom nog geen absoluut karakter. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in door het feit dat het de zwakke partij is in de familiale relatie. Die bijzondere plaats maakt het evenwel niet mogelijk om niet eveneens rekening te houden met de belangen van de andere in het geding zijnde partijen.

Door te bepalen dat de rechtbank de vordering slechts afwijst indien de vaststelling van de afstamming kennelijk strijdig is met het belang van het kind, staat artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, niettemin slechts een marginale toetsing toe, door de rechter, van het belang van het kind, die niet bestaanbaar is met de vereiste van artikel 22*bis* van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind om, bij het afwegen van de op het spel staande belangen, een voorrangspositie toe te kennen aan het belang van het kind. Het Hof beslist bijgevolg dat, door te bepalen dat de rechtbank de vordering slechts afwijst indien de vaststelling van de afstamming « kennelijk strijdig is met de belangen van het kind », het voormelde artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, in die zin geïnterpreteerd dat het de rechter slechts een marginale toetsing van het belang van het kind toestaat, artikel 22*bis*, vierde lid, van de Grondwet schendt.

### 34. *Leningsovereenkomsten, overeenkomsten voor een kredietopening en wederbeleggingsvergoeding* (arrest nr. 119/2013)

Een wet van 27 juli 1934<sup>1</sup> heeft in het Burgerlijk Wetboek een artikel 1907*bis* ingevoegd, dat luidt : « Bij gehele of gedeeltelijke terugbetaling van een lening of [lees : op] interest kan in geen geval van de schuldenaar, buiten het terugbetaalde kapitaal en de vervallen interest, een vergoeding voor wederbelegging worden gevorderd, groter dan zes maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet ».

Aan het Hof is gevraagd of het voormelde artikel 1907*bis* bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, indien het zo wordt geïnterpreteerd dat het alleen van toepassing is op de leningsovereenkomsten en niet op de overeenkomsten voor een kredietopening en in het bijzonder niet op de overeenkomsten voor de opening van een niet-wederopneembaar krediet. Volgens de verwijzende rechter is de in geding zijnde overeenkomst voor een kredietopening een consensuele overeenkomst, die niet kan worden gelijkgesteld met een leningsovereenkomst : het is in die interpretatie dat het Hof de prejudiciële vraag beantwoordt.

In tegenstelling tot een overeenkomst voor een kredietopening, die een consensuele overeenkomst is krachtens welke de fondsen niet onmiddellijk ter beschikking worden gesteld van de gecrediteerde maar door deze kunnen worden aangewend wanneer en in de mate waarin hij zulks nodig zou achten, tegen betaling van zowel een commissie als een interest indien het om een som geld gaat, is de leningsovereenkomst een zakelijke overeenkomst krachtens welke de lener het volledige geleende bedrag eenmalig aan de ontlener overdraagt, tegen een terugbetaling, met interest, op een welbepaalde datum of vervaldata en die is onderworpen aan bepaalde specifieke dwingende regels die zijn vastgesteld in titel X van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>1</sup> « tot wijziging en aanvulling van artikel 1907 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de interest krachtens overeenkomst ».



Het Hof gaat na of het verschil in behandeling redelijk verantwoord is, ermee rekening houdend dat de wetgever, in socio-economische aangelegenheden, over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt.

Uit de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet van 27 juli 1934 blijkt dat artikel 1907*bis* van het Burgerlijk Wetboek in hoofdzaak de schuldenaars van hypothecaire leningen wil beschermen tegen de misbruiken van professionele geldschieters. Hoewel de wetgever de bescherming van een bijzondere categorie van kredietnemers wilde verzekeren, blijkt uit de bewoordingen zelf van de bepaling, alsook uit de opname ervan in titel X van het Burgerlijk Wetboek, dat moet worden aangenomen dat de in het geding zijnde bepaling van toepassing is op alle leningsovereenkomsten en niet alleen op de hypothecaire leningen.

Door het maximumbedrag van de wederbeleggingsvergoeding die de kredietnemer aan de kredietgever is verschuldigd, vast te stellen op zes maanden interest, heeft de wetgever de contractuele vrijheid van de partijen bij de leningsovereenkomst beperkt.

Volgens de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling beoogde de wetgever in hoofdzaak de kredietnemers die weinig ervaring hebben met het krediet, te beschermen tegen de onrechtmatige wederbeleggingsvergoedingen die door professionele geldschieters worden geëist.

In dat opzicht dient ermee rekening te worden gehouden dat de wetgever, met eenzelfde oogmerk, ook sommige categorieën van kredietnemers beschermt tegen het opleggen van overdreven wederbeleggingsvergoedingen, zelfs wanneer die kredietnemers geen lening hebben gesloten in de zin van titel X van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 12, § 1, vijfde lid, van de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet bepaalt dat de wederbeleggingsvergoeding die verschuldigd is door de schuldenaar die een dergelijk krediet vervroegd terugbetaalt, niet meer mag bedragen dan drie maanden interest; artikel 23 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet voorziet eveneens in een regulerend mechanisme voor de wederbeleggingvergoeding die de kredietgever kan eisen in geval van een vervroegde

terugbetaling van het krediet door de consument; hetzelfde geldt voor artikel 27*bis* van dezelfde wet wanneer de consument ertoe wordt verplicht zijn krediet vervroegd terug te betalen. Voorts beperkt artikel 8, 2°, van het koninklijk besluit nr. 225 van 7 januari 1936 « tot reglementeering van de hypothecaire leeningen en tot inrichting van de contrôle op ondernemingen van hypothecaire leeningen » het maximumbedrag van de wederbeleggingsvergoeding die door de hypothecaire kredietgever kan worden geëist, tot zes maanden interest.

Gelet op het door de wetgever nagestreefde doel is het verantwoord dat de beperking van de contractuele vrijheid, opgelegd bij de in het geding zijnde bepaling, niet werd uitgebreid tot de overeenkomsten voor een kredietopening die traditioneel worden gebruikt in zakenrelaties.

In de praktijk vertoont de overeenkomst voor de opening van een niet-wederopneembaar krediet weliswaar grote gelijkenissen met een leningsovereenkomst. Toch valt die daarmee niet helemaal samen, noch vanuit een juridisch oogpunt, noch vanuit een economisch oogpunt. De overeenkomst voor een kredietopening maakt het de gecrediteerde immers mogelijk de daadwerkelijke inbezitstelling van de fondsen en, bijgevolg, de betaling van interesten uit te stellen. Bovendien zou de aanvaarding, door de gecrediteerde, van een hoge wederbeleggingsvergoeding hem kunnen toelaten een meer voordelige interestvoet te verkrijgen.

In elk geval kunnen de gelijkenissen die tussen beide overeenkomsten bestaan, op zich de wetgever niet ertoe verplichten de van het gemeen verbintenissenrecht afwijkende maatregel, bepaald in artikel 1907*bis* van het Burgerlijk Wetboek, uit te breiden tot elke soort van analoge overeenkomst, zonder rekening te houden met de bijzondere economische context waarin hij daarvan gebruik maakt. De wetgever zou niet kunnen worden verweten bepaalde prioriteiten te hebben vastgelegd en van het gemeen verbintenissenrecht alleen te hebben afgeweken teneinde de categorieën van kredietnemers te beschermen die hij vermocht te beschouwen als de zwaksten. Gelet op de ruime beoordelingsmarge waarover de wetgever beschikt, zouden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet echter evenmin beletten dat hij de bescherming tegen

overdreven hoge wederbeleggingsvergoedingen, vervat in artikel 1907*bis* van het Burgerlijk Wetboek, uitbreidt tot de overeenkomsten voor een kredietopening.

Voor het overige dient opgemerkt dat, in het kader van een overeenkomst voor een kredietopening, de gecrediteerde niet elk rechtsmiddel wordt ontzegd om misbruiken van de schuldeiser te bestrijden : het is immers niet uitgesloten dat hij de aansprakelijkheid van zijn geldschieder in het geding kan brengen wanneer die laatste een kennelijk overdreven wederbeleggingsvergoeding eist.

Het Hof beslist derhalve dat artikel 1907*bis* van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.

**35. De vervaltermijn van de vordering tot betwisting van een erkenning van vaderschap**  
(arresten nrs. 139/2013 en 165/2013)

Aan het Hof werd allereerst een vraag gesteld over de bestaanbaarheid van artikel 330, paragraaf 1, vierde lid,<sup>1</sup> van het Burgerlijk Wetboek met de artikelen 22 en 22*bis* van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, *in zoverre die bepaling een absolute grond van niet-ontoankelijkheid zou instellen voor de vordering tot betwisting van een erkenning van vaderschap die meer dan één jaar na de ontdekking van zijn vaderschap is ingesteld door de biologische vader van het kind*. Het geschil dat aan de verwijzende rechter is voorgelegd, heeft betrekking op een vordering tot betwisting van vaderlijke erkenning die is ingesteld door een man die de afstamming opeist en wiens biologische vaderschap is vastgesteld, maar de verwijzende rechter is van oordeel dat de termijn van één jaar waarbinnen die man in betwisting diende op te treden, is verstreken aangezien voldoende is aangetoond dat die man meer dan één jaar vóór het instellen van zijn vordering kennis heeft genomen van de resultaten van een vaderschapstest. De bepaling van het ogenblik

<sup>1</sup> In verband met die bepaling zie ook het verslag 2011, pp. 284-287.

waarop een persoon ontdekt dat hij de vader van het kind is, behoort tot de bevoegdheid van de feitenrechter, die in dat opzicht een uitgebreide beoordelingsbevoegdheid heeft.

Het recht op de eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven, zoals het door de artikelen 22 en 22*bis* van de Grondwet wordt gewaarborgd, beoogt in wezen de personen te beschermen tegen inmengingen in hun privéleven en hun gezinsleven. Zowel artikel 22*bis*, vierde lid, van de Grondwet als artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind verplichten de rechtscolleges om in de eerste plaats het belang van het kind in aanmerking te nemen in de procedures die op het kind betrekking hebben; artikel 22*bis*, vijfde lid, geeft de bevoegde wetgever overigens de opdracht te waarborgen dat het belang van het kind de eerste overweging is.

Artikel 22, eerste lid, van de Grondwet sluit, evenmin als artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, een overheidsinmenging in de uitoefening van dat recht niet uit, maar beide artikelen vereisen dat in die inmenging wordt voorzien door een voldoende precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en dat zij evenredig is met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling. Die bepalingen houden voor de overheid bovendien de positieve verplichting in om maatregelen te nemen die een daadwerkelijke eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven verzekeren, zelfs in de sfeer van de onderlinge verhoudingen tussen individuen (EHRM, 27 oktober 1994, *Kroon e.a.* t. Nederland, § 31).

De procedures met betrekking tot het vaststellen of betwisten van de vaderlijke afstamming, raken het privéleven van de verzoeker, omdat de materie van de afstamming belangrijke aspecten van iemands persoonlijke identiteit omvat (EHRM, 28 november 1984, *Rasmussen* t. Denemarken, § 33; 24 november 2005, *Shofman* t. Rusland, § 30; 12 januari 2006, *Mizzi* t. Malta, § 102; 16 juni 2011, *Pascaud* t. Frankrijk, §§ 48-49; 21 juni 2011, *Krušković* t. Kroatië, § 20; 22 maart 2012, *Ahrens* t. Duitsland, § 60; 12 februari 2013, *Krisztián Barnabás Tóth* t. Hongarije, § 28). De in het geding zijnde regeling voor de betwisting van een vaderlijke erkenning valt derhalve

onder de toepassing van artikel 22 van de Grondwet en van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

De wetgever beschikt bij de uitwerking van een regeling die een overheidsinmenging in het privéleven inhoudt, over een appreciatiemarge om rekening te houden met een billijk evenwicht tussen de tegenstrijdige belangen van het individu en de samenleving in haar geheel (EHRM, 26 mei 1994, *Keegan* t. Ierland, § 49; 27 oktober 1994, *Kroon e.a.* t. Nederland, § 31; 2 juni 2005, *Znamenskaya* t. Rusland, § 28; 24 november 2005, *Shofman* t. Rusland, § 34; 20 december 2007, *Phinikaridou* t. Cyprus, §§ 51 tot 53). Die appreciatiemarge van de wetgever is evenwel niet onbegrensd : om te oordelen of een wettelijke regeling verenigbaar is met het recht op de eerbiediging van het privéleven, moet worden nagegaan of de wetgever een billijk evenwicht heeft gevonden tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn. Zulks vereist dat de wetgever niet alleen een afweging maakt tussen de belangen van het individu tegenover die van de samenleving in haar geheel, maar tevens tussen de tegenstrijdige belangen van de betrokken personen (EHRM, 6 juli 2010, *Backlund* t. Finland, § 46; 15 januari 2013, *Laakso* t. Finland, § 46; 29 januari 2013, *Röman* t. Finland, § 51), op gevaar af anders een maatregel te nemen die niet evenredig is met de nagestreefde wettige doelstellingen. Die belangenafweging zou in principe ertoe moeten leiden dat de biologische en sociale werkelijkheid primeert op een wettelijk vermoeden indien dat laatste frontaal zou ingaan tegen de vastgestelde feiten en de wensen van de betrokkenen (EHRM, 27 oktober 1994, *Kroon e.a.* t. Nederland, § 40; 24 november 2005, *Shofman* t. Rusland, § 44; 10 oktober 2006, *Paulik* t. Slowakije, § 46).

Bij het uitwerken van een wettelijke regeling inzake afstamming dient de wetgever de bevoegde overheden de mogelijkheid te bieden om *in concreto* een afweging te maken tussen de belangen van de verschillende betrokken personen, op gevaar af anders een maatregel te nemen die niet evenredig zou zijn met de nagestreefde wettige doelstellingen. Zoals reeds is opgemerkt, verplichten zowel artikel 22bis, vierde lid, van de Grondwet als artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind de rechtscolleges om het belang van het kind als eerste overweging in aanmerking te nemen in de procedures die op het kind betrekking hebben, hetgeen de

procedures in verband met het vaststellen van de afstamming omvat. Hoewel het belang van het kind een primordiaal karakter heeft, heeft het daarom nog geen absoluut karakter. Bij de afweging van de verschillende op het spel staande belangen, neemt het belang van het kind een bijzondere plaats in door het feit dat het de zwakke partij is in de familiale relatie. Die bijzondere plaats maakt het evenwel niet mogelijk om niet eveneens rekening te houden met de belangen van de andere in het geding zijnde partijen.

Voor wat de termijnen in het afstammingsrecht betreft, wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het invoeren van termijnen op zich niet strijdig geacht met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens; enkel de aard van een dergelijke termijn kan als strijdig worden beschouwd (EHRM, 6 juli 2010, *Backlund* t. Finland, § 45; 15 januari 2013, *Laakso* t. Finland, § 45; 29 januari 2013, *Röman* t. Finland, § 50).

De rust der families en de rechtszekerheid van de familiale banden, enerzijds, en het belang van het kind, anderzijds, zijn legitieme doelstellingen waarvan de wetgever kan uitgaan om een onbepaalde mogelijkheid tot betwisting van het vaderschap te verhinderen, zodat de wetgever ontvankelijkheidsvoorwaarden zoals « bezit van staat » en vervaltermijnen kon invoeren. In dat opzicht is het pertinent om de biologische werkelijkheid niet *a priori* te laten prevaleren op de socio-affectieve werkelijkheid van het vaderschap.

De in het geding zijnde bepaling heeft haar huidige formulering gekregen door artikel 16 van de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan. Onder de vroegere regeling beschikten alle belanghebbenden over een termijn van dertig jaar die liep vanaf het opmaken van de erkenningsakte. Met de wijziging van die regeling streefde de wetgever, zoals aangegeven in de parlementaire voorbereiding, twee doelstellingen na : enerzijds, was het de bedoeling om « de gezinscel van het kind zoveel mogelijk te beschermen [...] door termijnen te bepalen voor het instellen van de vordering » en anderzijds, om een zo groot mogelijk parallellisme te verwezenlijken tussen de procedure van betwisting van het vaderschapsvermoeden en de procedure van

betwisting van de vaderlijke erkenning. De procedure van betwisting van het vaderschapsvermoeden wordt immers geregeld door artikel 318 van het Burgerlijk Wetboek; betreffende de vervaltermijn voor het instellen van die vordering bepaalt artikel 318, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek : « De vordering van de moeder moet worden ingesteld binnen een jaar na de geboorte. De vordering van de echtgenoot moet worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij niet de vader van het kind is, die van de man die het vaderschap van het kind opeist moet worden ingesteld binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het kind is en die van het kind moet worden ingesteld op zijn vroegst op de dag waarop het de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en uiterlijk op de dag waarop het de leeftijd van tweeëntwintig jaar heeft bereikt of binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de echtgenoot zijn vader niet is ». De vordering tot betwisting van het vaderschapsvermoeden moet dus worden ingesteld door de man die het vaderschap van het kind opeist, binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader is.

De in het geding zijnde bepaling stelt niet een absolute grond van niet-ontvankelijkheid in voor de vordering tot betwisting van een erkenning van vaderschap, maar *stelt een termijn vast voor het instellen van een vordering tot betwisting van het vaderschap*, wat wordt verantwoord door de zorg om de rechtszekerheid en een definitief karakter van de familiale relaties te waarborgen. Artikel 330, § 1, van het Burgerlijk Wetboek voorziet ook in de mogelijkheid voor het kind om tussen de leeftijd van twaalf jaar en tweeëntwintig jaar of binnen een jaar na het ontdekken van het feit dat de persoon die het erkend heeft noch zijn vader, noch zijn moeder is, een dergelijke vordering in te stellen.

Het Hof beslist bijgevolg, in zijn arrest *nr. 139/2013*, dat artikel 330, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 22 en 22bis van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, niet schendt in zoverre het bepaalt dat de vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning ingesteld door de persoon die de afstamming opeist, *moet worden ingesteld binnen één jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het kind is*.



Het Hof gaat tot dezelfde conclusie komen in zijn arrest nr. 165/2013. In die zaak werd aan het Hof een vraag gesteld over de bestaanbaarheid van hetzelfde artikel 330, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met het Verdrag inzake de rechten van het kind, doordat « het een persoon die de afstamming wil opeisen en die een socioaffectieve band met het kind heeft opgebouwd, na het verstrijken van een termijn van één jaar het recht ontzegt de erkenning van vaderschap te betwisten van de persoon die het kind heeft erkend hoewel hij wist dat hij niet de vader van het kind is ».

Aan het eind van een redenering die – verder dan de specifieke kenmerken van het onderhavige geval – in ruime mate gemeenschappelijk is met die welke het in zijn voormelde arrest nr. 139/2013 heeft gevolgd, wijst het Hof erop dat de in het geding zijnde termijn van een jaar, ingevoerd bij de voormelde wet van 1 juli 2006, door de wetgever is verantwoord door het feit dat het onontbeerlijk zou zijn de mogelijkheid tot betwisting van het vaderschap te beperken in de tijd, teneinde de afstammingsband veilig te stellen; op die manier streefde, volgens de parlementaire voorbereiding, de wetgever ernaar rechtsonzekerheid en onrust in het gezin tegen te gaan alsook de gezinscel van het kind zoveel mogelijk te beschermen.

De rust der families en de rechtszekerheid van de familiale banden, enerzijds, en het belang van het kind, anderzijds, zijn legitieme doelstellingen waarvan de wetgever kan uitgaan om een onbeperkte mogelijkheid tot betwisting van het vaderschap te verhinderen, zodat de wetgever vervaltermijnen kon invoeren (zie EHRM, 28 november 1984, *Rasmussen* t. Denemarken, § 41; 12 januari 2006, *Mizzi* t. Malta, § 88; 6 juli 2010, *Backlund* t. Finland, § 45; 15 januari 2013, *Laakso* t. Finland, § 45; 29 januari 2013, *Röman* t. Finland, § 50). In dat opzicht is het pertinent om de biologische werkelijkheid niet *a priori* te laten prevaleren op de socioaffectieve werkelijkheid van het vaderschap. Het is derhalve redelijk verantwoord dat de persoon die de afstamming opeist, slechts over een korte termijn beschikt om de erkenning door een derde te betwisten.



Het Hof besluit bijgevolg, in zijn arrest *nr. 165/2013*, dat artikel 330, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met het Verdrag inzake de rechten van het kind, niet schendt, in zoverre het bepaalt dat de vordering van de persoon die de afstamming opeist, moet worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het kind is.

In de zaak die tot datzelfde arrest *nr. 165/2013* heeft geleid, werd aan het Hof eveneens een vraag gesteld over het vertrekpunt van de vervaltermijn van een jaar, in zoverre dat vertrekpunt een verschil in behandeling in het leven roept tussen, enerzijds, de man die het vaderschap van een kind opeist en die onverwijld kennis heeft genomen van de erkenning van het kind door een andere man, en, anderzijds, de man die het vaderschap van een kind opeist en die pas later kennis heeft kunnen nemen van de erkenning van het kind door een andere man.

Het Hof herinnert allereerst aan zijn arrest *nr. 54/2011*, waarbij het reeds heeft geoordeeld dat artikel 330, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, « in zoverre de daarin bepaalde vervaltermijn voor de persoon die de afstamming opeist, kan aanvragen vooraleer de betwiste erkenning plaatsvindt »; volgens dat arrest « mag, voor de persoon die de afstamming opeist, de termijn om een leugenachtige erkenning te betwisten pas ingaan wanneer hij heeft ontdekt dat hij de vader is van het kind en pas nadat die leugenachtige erkenning heeft plaatsgevonden ».

Indien de biologische vader pas meer dan een jaar na de erkenning door een derde kennis heeft kunnen nemen van die erkenning, beschikt hij over geen enkel rechtsmiddel om de erkenning te betwisten, ongeacht het bezit van staat te zijnen aanzien en ongeacht het belang van het kind. Indien de termijn waarover de persoon die de afstamming opeist, beschikt om een erkenning te betwisten, zou aanvragen op het moment van de opmaak van de erkenningsakte, ongeacht het tijdstip waarop de persoon die de afstamming opeist, kennis heeft genomen van de erkenning, kan hij

in voorkomend geval worden geconfronteerd met een termijn waaraan hij onmogelijk kan voldoen.

Het recht op toegang tot de rechter zou worden geschonden indien aan een procespartij een excessief formalisme wordt opgelegd in de vorm van een termijn waarvan de haalbaarheid afhankelijk is van omstandigheden buiten zijn wil (EHRM, 22 juli 2010, *Melis t. Griekenland*, §§ 27 en 28). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft overigens benadrukt dat het Verdrag tot doel heeft rechten te waarborgen die niet theoretisch of illusoir zijn, maar praktisch en effectief (EHRM, 9 oktober 1979, *Airey t. Ierland*, § 24; 6 juli 2010, *Backlund t. Finland*, § 55; 15 januari 2013, *Laakso t. Finland*, § 53; 29 januari 2013, *Röman t. Finland*, § 58).

Ook het belang van het kind kan niet verantwoord worden dat in alle gevallen de erkenning door de biologische vader kan worden verhinderd door het verlopen van een vervaltermijn zonder dat de persoon die de afstamming opeist, kennis heeft kunnen nemen van het feit dat die termijn was ingegaan.

Het Hof besluit bijgevolg dat artikel 330, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre de daarin bepaalde vervaltermijn voor de persoon die de afstamming opeist, kan aanvragen vooraleer hij kennis heeft kunnen nemen van het feit dat de betwiste erkenning heeft plaatsgevonden.

**36. *De vijfjarige verjaringstermijn voor schuldvorderingen ten laste van de Staat, op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de overheid wegens een onrechtmatige daad van een orgaan of aangestelde van de overheid, en de aanvangsdatum van die termijn (arrest nr. 140/2013)***

Het Hof werd ondervraagd over de bestaanbaarheid van artikel 100, eerste lid, 1<sup>o</sup>,<sup>1</sup> van de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit met de artikelen 10, 11 en 16 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij dat Verdrag, doordat die bepaling voorziet in een vijfjarige verjaringstermijn voor schuldvorderingen ten laste van de Staat, op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de overheid wegens een onrechtmatige daad van een orgaan of aangestelde van de overheid, te rekenen vanaf de eerste januari van het begrotingsjaar in de loop waarvan zij zijn ontstaan, terwijl de schuldvorderingen van de Staat tot vergoeding van schade, op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid, ten tijde van de onrechtmatige daad, verjaarden door verloop van dertig jaar, net als de gemeenrechtelijke schuldvorderingen tot schadeloosstelling.

De in het geding zijnde bepaling regelt de verjaring van de schuldvorderingen ten laste van de Staat door, enerzijds, te voorzien in een vijfjarige verjaringstermijn en, anderzijds, door die termijn te doen lopen vanaf de eerste januari van het begrotingsjaar waarin de schuldvordering is ontstaan. Een verjaringsregel vormt geen onteigening in de zin van artikel 16 van de Grondwet, zodat die bepaling te dezen niet van toepassing is.

Door de schuldvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid aan een verschillende verjaring te onderwerpen naargelang zij tegen de Staat dan wel tegen particulieren zijn gericht, heeft de wetgever zich op een objectief criterium gebaseerd : de Staat dient het algemeen belang;

<sup>1</sup> Van toepassing gebleven op het voor de verwijzende rechter gebrachte geschil, krachtens artikel 131, tweede lid, van de wet van 22 mei 2003 « houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat ».

de particulieren handelen rekening houdend met hun persoonlijk belang. Het verschil in behandeling, naargelang de houder van die schuldvorderingen een particulier of de Staat is, is in dat opzicht slechts het gevolg van de keuze van de wetgever om niet af te wijken van de gemeenrechtelijke regels wat de verjaring betreft van de schuldvorderingen waarvan de Staat houder zou zijn ten laste van particulieren; de artikelen 10 en 11 van de Grondwet impliceren immers niet dat de wetgever ten aanzien van de schuldvorderingen van de overheid moet afwijken van de gemeenrechtelijke verjaringsregels. Er dient dus te worden onderzocht of, door slechts ten aanzien van de schulden van de Staat af te wijken van de gemeenrechtelijke verjaringsregels, de wetgever geen onverantwoord verschil in behandeling heeft ingesteld ten opzichte van de gemeenrechtelijke schuldvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid, waaronder de schuldvorderingen van de Staat.

Zoals het Hof bij zijn arresten nrs. 32/96, 75/97, 5/99, 85/2001, 42/2002, 64/2002, 37/2003, 1/2004, 86/2004, 127/2004, 165/2004, 170/2004, 153/2006, 90/2007, 122/2007, 124/2007, 17/2008, 97/2008, 97/2009 en 147/2012 heeft geoordeeld, heeft de wetgever, door de vorderingen gericht tegen de Staat aan de vijfjarige verjaring te onderwerpen, een maatregel genomen die in verband staat met het nagestreefde doel dat erin bestaat de rekeningen van de Staat binnen een redelijke termijn af te sluiten. Er werd immers geoordeeld dat een dergelijke maatregel noodzakelijk was omdat de Staat op een bepaald ogenblik zijn rekeningen moet kunnen afsluiten : het is een verjaring van openbare orde, die noodzakelijk is in het licht van een goede comptabiliteit (*Pasin.*, 1846, p. 287). Het verschil in behandeling, wat de duur van de verjaring betreft, tussen de schuldvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid die tegen de Staat zijn gericht, en de gemeenrechtelijke schuldvorderingen tot vergoeding op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid, waaronder die waarvan de Staat houder zou zijn ten opzichte van particulieren, is dus bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De omstandigheid dat de verjaringstermijn van de schuldvorderingen tegen de Staat reeds een aanvang neemt op de eerste januari van het begrotingsjaar in de loop waarvan zij zijn

ontstaan - en bijgevolg daadwerkelijk bijna steeds voordat de vordering is ontstaan - vloeit voort uit het specifieke criterium dat wordt gehanteerd om de verjaringstermijn te berekenen. De keuze van dat criterium wordt verantwoord door de eigenheid van de Staat als schuldenaar van die vorderingen. Doordat die berekeningswijze een concrete verjaringstermijn oplevert van ten minste vier jaar na het ontstaan van de schuldvordering, dat wil zeggen vanaf het ogenblik dat alle constitutieve elementen aanwezig zijn, namelijk een fout, een schade en het oorzakelijke verband tussen beide, heeft de maatregel, rekening houdend met de doelstelling ervan, in beginsel geen onevenredige gevolgen.

Het is echter – om de redenen die het Hof uitvoerig beschrijft, waarbij het met name verwijst naar zijn arresten nrs. 32/96, 153/2006 en 90/2007, - pas vanaf het ogenblik dat de schade en de identiteit van de aansprakelijke konden worden vastgesteld door de persoon die de aansprakelijkheidsvordering heeft ingesteld, dat de vijfjarige verjaringstermijn zoals hij is vastgelegd in de in het geding zijnde bepaling, kan beginnen te lopen. Elke andere interpretatie zou onevenredige gevolgen voor de houder van schuldvorderingen ten laste van de Staat met zich meebrengen. De verplichting die de persoon die de aansprakelijkheidsvordering heeft ingesteld in dat geval zou hebben om de verjaring te stuiten door middel van, met name, een burgerlijke rechtsvordering tot bewaring, kan, rekening houdend met de hierboven in herinnering gebrachte doelstelling, niet als onevenredig worden beschouwd.

Het in aanmerking nemen van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, alsook van de verwijzing naar het arrest *Zouboulidis t. Griekenland* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 25 juni 2009 leidt niet tot een ander besluit.

In de veronderstelling dat de houders van schuldvorderingen ten laste van de Staat kunnen worden geraakt in hun recht op het ongestoord genot van hun eigendom, in de zin van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, zou dat in overeenstemming zijn met de tweede alinea van dat artikel. Doordat de wetgever zich, om de hiervoor uiteengezette redenen, op die bepaling baseert, vermocht

hij te oordelen dat een verkorte verjaringstermijn in overeenstemming was met het algemeen belang en noodzakelijk was om het afsluiten van de rekeningen van de Staat te verzekeren. Ten aanzien van het aanvangspunt van die termijn volgt uit het voorgaande dat hij pas een aanvang kan nemen vanaf de eerste januari van het jaar in de loop waarvan de schade en de identiteit van de aansprakelijke konden worden vastgesteld. De in het geding zijnde maatregel kan dus geen onevenredige gevolgen met zich meebrengen ten aanzien van het recht op het ongestoord genot van de eigendom van de houders van schuldvorderingen ten laste van de Staat.

In het voormelde arrest *Zouboulidis* heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, teneinde te besluiten tot de schending van artikel 1 van het voormelde Protocol, met name opgemerkt dat de termijnen waarin de in het geding zijnde Staat zijn schuldvorderingen kon doen gelden respectievelijk meer dan tweemaal en tienmaal langer waren dan die waarin is voorzien om een schuldvordering tegen die Staat te doen gelden, dat de in het geding zijnde Staat te dezen had gehandeld zoals elke andere private werkgever en dat hij geen concrete en bijkomende elementen had bezorgd in verband met de weerslag die een beslissing die gunstig is voor de aanspraken van personen die zich in dezelfde situatie bevinden als de verzoeker, zou hebben op het financiële evenwicht van de Staat, terwijl nochtans het verschil tussen de verjaringstermijnen betreffende de Staat en de verzoeker te dezen aanzienlijk was. De lering van dat arrest kan dus niet worden toegepast op de feiten die aan de thans voorliggende zaak ten oorsprong liggen. In een later arrest komt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens overigens, met betrekking tot een andere feitelijke maar dezelfde wettelijke context, tot de slotsom dat artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens niet is geschonden, in samenhang gelezen met artikel 14 van het voormelde Verdrag (EHRM, 3 oktober 2013, *Giavi t. Griekenland*).

De inaanmerkingneming van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens leidt evenmin tot een andere conclusie. De verjaringsregel vervat in de in het geding zijnde bepaling kan immers niet worden geacht afbreuk te doen aan het recht op een

eerlijk proces of het recht van toegang tot de rechter te beperken; een dergelijke regel belemmert geenszins de mogelijkheid voor de houders van schuldvorderingen ten laste van de Staat om een vordering tot schadevergoeding in te stellen. Het feit dat het recht dat zij in hun vordering opeisen, kan zijn verjaard door het verstrijken van een bepaalde termijn, wordt verantwoord door de zorg om rechtszekerheid die met elke verjaringsregel wordt nagestreefd; het komt trouwens aan het rechtscollege waartoe men zich wendt toe zich uit te spreken over de eventuele verjaring van het opgeëiste recht.

Het Hof beslist bijgevolg dat, onder voorbehoud van de opmerking met betrekking tot de aanvangsdatum van de verjaringstermijn, artikel 100, eerste lid, 1<sup>o</sup>, van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 17 juli 1991, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van mens, niet schendt, in zoverre het voorziet in een vijfjarige verjaringstermijn voor schuldvorderingen tot schadevergoeding op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de federale Staat wegens een misdrijf veroorzaakt door een van zijn organen of aangestelden, te rekenen vanaf de eerste januari van het begrotingsjaar in de loop waarvan de vordering is ontstaan.





### XIII. HANDELSRECHT

37. *Het toepassingsgebied ratione personae van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen (arrest nr. 24/2013)*

arrest nr. 24/2013

Zoals het opschrift ervan aangeeft, regelt de wet van 31 januari 2009 de continuïteit van de ondernemingen. Krachtens artikel 3 ervan is zij van toepassing « op de volgende schuldenaren : de kooplieden bedoeld in artikel 1 van het Wetboek van koophandel, de landbouwvennootschap bedoeld in artikel 2, § 3, van het Wetboek van vennootschappen en de burgerlijke vennootschappen met handelsvorm bedoeld in artikel 3, § 4, van hetzelfde wetboek ».

Aan het Hof werden vragen gesteld over het feit dat de voormelde wet niet van toepassing is op de landbouwers die hun beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefenen, terwijl, enerzijds, de landbouwers die hun beroepsactiviteit uitoefenen in het kader van een landbouwvennootschap of een burgerlijke vennootschap met handelsvorm en, anderzijds, de kooplieden die hun beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefenen, wel het voordeel van de in die wet bedoelde maatregelen genieten.

Het verschil in behandeling tussen de landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent en diegene die dezelfde beroepsactiviteit in het kader van een vennootschap uitoefent, berust op een objectief criterium, namelijk dat van de rechtspersoonlijkheid en van het al dan niet bestaan van afgescheiden beroeps- en persoonlijke vermogens. Het kan echter niet als relevant worden beschouwd in het kader van de toepassing van de in de in het geding zijnde wet bedoelde maatregelen en procedures aangezien de kooplieden die hun activiteit als natuurlijke persoon uitoefenen en bijgevolg evenmin over een afgescheiden vermogen beschikken, van hun kant wel het voordeel van de in de in het geding zijnde wet bedoelde regeling genieten.

Het verschil in behandeling tussen de landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent en de koopman die zijn beroepsactiviteit eveneens als natuurlijke persoon uitoefent,

berust op de kwalificatie als daden van koophandel die kan worden gegeven aan de activiteiten van de koopman, terwijl zij de activiteiten van de landbouwer niet, geheel of gedeeltelijk, kenmerkt. Dat criterium van onderscheid, dat is afgeleid uit de hoedanigheid van koopman van de schuldenaar op wie de insolventieprocedures betrekking hebben, is dat waarop het vaststellen van het toepassingsgebied van de wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, opgeheven bij artikel 85 van de in het geding zijnde wet, was gebaseerd; het is eveneens identiek aan het criterium waarop het vaststellen van het toepassingsgebied van de faillissementswet van 8 augustus 1997 berust. Het criterium met betrekking tot de hoedanigheid van koopman van de schuldenaar is objectief; het Hof gaat echter na of het relevant is.

De wet van 31 januari 2009 is krachtens het in het geding zijnde artikel 3 ervan niet alleen op de in artikel 1 van het Wetboek van koophandel bedoelde kooplieden maar ook op de in het Wetboek van vennootschappen bedoelde landbouwvennootschappen en burgerlijke vennootschappen met handelsvorm van toepassing; daaruit vloeit voort dat de wetgever aan de in het geding zijnde wet een ruimer toepassingsgebied heeft gegeven dan dat van de twee voormelde wetten. De wetgever heeft dus zelf geoordeeld dat het voordeel van de maatregelen en procedures die ertoe strekken de continuïteit van de ondernemingen in moeilijkheden te verzekeren, niet enkel tot de ondernemingen met de hoedanigheid van koopman moest worden beperkt en dat het in overeenstemming zou zijn met het algemeen belang om het uit te breiden tot andere schuldenaars, met name tot de vennootschappen die actief zijn op het gebied van de landbouw.

De wetgever heeft aldus uitdrukkelijk ervoor gekozen om het toepassingsgebied van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen niet op alle punten te doen overeenstemmen met dat van de vroegere wetgeving betreffende het gerechtelijk akkoord of nog met dat van de faillissementswet, aangezien hij ondernemingen waarop de faillissementsprocedure geen betrekking kan hebben omdat zij niet de hoedanigheid van koopman hebben, het voordeel van de in de eerstgenoemde wet bedoelde maatregelen heeft laten genieten. Daaruit kan worden afgeleid dat het uit de hoedanigheid van koopman afgeleide

criterium, net zoals het criterium dat is afgeleid uit het bezitten van rechtspersoonlijkheid, niet relevant is ten opzichte van het bij de wet van 31 januari 2009 nagestreefde doel.

Bovendien streeft de bij de artikelen 1675/2 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek ingevoerde procedure van collectieve schuldenregeling niet hetzelfde doel na als de bepalingen van de wet van 31 januari 2009. De procedure van collectieve schuldenregeling strekt immers ertoe « de financiële toestand van de schuldenaar te herstellen, met name hem in staat te stellen in de mate van het mogelijke zijn schulden te betalen en tegelijkertijd te waarborgen dat hij zelf en zijn gezin een menswaardig leven kunnen leiden » (artikel 1675/3, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek), maar in tegenstelling tot de in de in het geding zijnde wet bedoelde maatregelen strekt zij niet ertoe de activiteit van de onderneming in moeilijkheden zoveel mogelijk te behouden, in het belang van de ondernemer maar ook in het belang van zijn schuldeisers. Daaruit vloeit voort dat de bescherming van de schuldenaar in het kader van de inwerkingstelling van een procedure van collectieve schuldenregeling niet gelijkwaardig kan worden geacht met het voordeel dat de landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent en die met moeilijkheden wordt geconfronteerd, van de toepassing van de in het geding zijnde wet zou kunnen verwachten.

Het Hof beslist bijgevolg dat artikel 3 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre het inhoudt dat een landbouwer die zijn beroepsactiviteit als natuurlijke persoon uitoefent, niet het voordeel van de bij die wet in werking gestelde maatregelen en procedures geniet.

Het heeft vooraf echter vastgesteld dat, aangezien de hiervoor vastgestelde leemte zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde tekst, het de verwijzende rechter toekomt een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, vermits die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen, die toelaten dat de in het geding zijnde bepaling wordt toegepast met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

**38. *De middelen tot tenuitvoerlegging van de schuldvorderingen in de opschorting, verboden bij de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, en de verplichtingen tot inhouding en storting bepaald in artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969 teneinde de fiscale en sociale fraude te bestrijden (arrest nr. 33/2013)***

De wet van 31 januari 2009 reglementeert, zoals aangegeven in het opschrift ervan, de continuïteit van de ondernemingen. Die wet voorziet onder meer in een zogenoemde procedure « van gerechtelijke reorganisatie » die strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten (artikel 16, eerste lid); die procedure maakt het mogelijk de schuldenaar een opschorting toe te kennen (waarvan de duur door de rechter wordt bepaald krachtens artikel 24, § 2) om hetzij tot een gerechtelijke reorganisatie te komen door een minnelijk akkoord tussen schuldeisers en schuldenaar - bedoeld in artikel 43 - of door een collectief akkoord van de schuldeisers - bedoeld in de artikelen 44 en volgende -, hetzij de overdracht toe te staan, aan derden, van het geheel of een gedeelte van de onderneming of haar activiteiten, bedoeld in de artikelen 59 en volgende (artikel 16, tweede lid).

De wet bepaalt dat tijdens de opschorting, voor schuldeisers in de opschorting, geen enkel ander beslag dan een bewarend beslag kan worden gelegd (artikel 31). Zij doet evenwel geen afbreuk aan de rechten van de pandhoudende schuldeiser wanneer het gaat om specifiek in pand gegeven schuldvorderingen (artikel 32), staat een vrijwillige betaling door de schuldenaar van schuldvorderingen in de opschorting niet in de weg, noch een rechtstreekse vordering (artikel 33), noch een schuldvergelijking van verknochte schuldvorderingen (artikel 34), en zij maakt in principe geen einde aan de lopende overeenkomsten (artikel 35). Artikel 30 bepaalt : « Tijdens de duur van de opschorting kan voor schuldvorderingen in de opschorting geen enkel middel van tenuitvoerlegging op de roerende of onroerende goederen van de schuldenaar worden voortgezet of aangewend. Tijdens dezelfde periode kan de schuldenaar die koopman is, niet worden failliet verklaard en,

indien de schuldenaar een vennootschap is, kan deze niet gerechtelijk worden ontbonden ».

Het Hof van Beroep te Luik heeft aan het Hof een vraag gesteld over het verschil in behandeling dat het voormelde artikel 30 - geïnterpreteerd zoals hierna aangegeven - zou instellen tussen de RSZ en de andere schuldeisers van een schuldenaar die de opschorting geniet die is toegekend in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie, doordat de Rijksdienst, via het artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969, over een waarborg zou beschikken die niet zou worden toegekend aan de andere schuldeisers, zelfs niet aan de buitengewone schuldeisers. De in het geding zijnde bepaling werd door de verwijzende rechter immers geïnterpreteerd in die zin dat zij de RSZ niet verbiedt, ondanks het erin bepaalde verbod om middelen van tenuitvoerlegging voort te zetten, zich te beroepen op artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969 : die bepaling maakt, onder de erin bepaalde voorwaarden, in paragraaf 3 ervan, de opdrachtgevers hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale schulden van de ondernemer op wie zij een beroep doen, en verplicht hen ertoe, in paragraaf 4 ervan, wanneer zij de aan die ondernemer verschuldigde prijs betalen, 35 pct. van het door hen verschuldigde bedrag in te houden en te storten aan de RSZ; artikel 30*bis*, § 11, werd overigens gewijzigd bij artikel 92 van de wet van 14 april 2011 houdende diverse bepalingen om te bepalen dat het mechanisme waarin artikel 30*bis* voorziet, van toepassing blijft bij het aanwenden van een procedure van gerechtelijke reorganisatie. Ook al vormen de bepalingen van dat artikel 30*bis* geen middel tot tenuitvoerlegging in de technische betekenis van het woord, de tenuitvoerlegging ervan leidt niettemin tot de betaling, aan een derde, van een bedrag dat verschuldigd was aan diegene die de opschorting geniet, door een van zijn medecontractanten, waarbij die medecontractant bovendien door de wet gehouden is die betaling te verrichten.

Zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, waarvan uittreksels in het arrest worden geciteerd, strekt de bij de wet van 31 januari 2009 vastgelegde procedure van gerechtelijke reorganisatie tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten; de wetgever heeft met die procedure de

draagwijdte willen verruimen van de regelgeving op het gerechtelijk akkoord, die zij vervangt; hij heeft getracht het doel van behoud van de continuïteit van de onderneming te verzoenen met dat van vrijwaring van de rechten van de schuldeisers. Het in het geding zijnde artikel 30 heeft op zijn beurt tot doel te vermijden dat het aanwenden van middelen tot tenuitvoerlegging « de mogelijkheden voor het vinden van een evenwichtige oplossing voor de problemen van de onderneming [zou] tenietdoen », en de beperkingen die bij de artikelen 30 tot 35 aan de rechten van derden worden aangebracht, geven eveneens uiting aan de bekommernis van de wetgever om de continuïteit van de onderneming te bevorderen.

De hoofdelijke aansprakelijkheid en de verplichtingen tot inhoudingen en stortingen waarin artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969 voorziet en die in het geding zijn in de aan de verwijzende rechter voorgelegde zaak, vallen onder het stelsel van de registratie van de aannemers, dat ertoe strekt, door middel van grondig onderzoek, de correcte toepassing, door hen, van de fiscale en sociale wetgeving te waarborgen. Volgens de parlementaire voorbereiding gaat dat stelsel uit van de bekommernis om de strijd aan te binden tegen de koppelbazen en de bedrieglijke praktijken die bestaan, enerzijds, in de niet-betaling van sociale bijdragen, bedrijfsvoorheffing en btw en, anderzijds, in het bezetten van een belangrijk aantal arbeidsplaatsen door personen die sociale uitkeringen genieten en die prestaties verrichten die in strijd zijn met de betrokken uitkeringsreglementering, of door buitenlanders die niet gemachtigd zijn te werken, wat tot gevolg heeft dat het aanbod vermindert voor de werknemers die een regelmatige betrekking zoeken.

Teneinde te waarborgen dat die doelstellingen kunnen worden bereikt, is het niet onredelijk de regeling inzake de registratie van de aannemers te koppelen aan bepalingen die voor hun medecontractanten verplichtingen in het leven roepen, zodat die medecontractanten weten dat, indien zij een overeenkomst willen sluiten met een aannemer die niet zou zijn geregistreerd, zij het risico lopen gedeeltelijk gehouden te zijn tot betaling van de belastingschulden en van de sociale bijdragen welke die aannemer verschuldigd zou zijn; aldus wil men, zoals in de parlementaire

voorbereiding is aangegeven, bereiken dat niemand belang erbij heeft een beroep te doen op de diensten van niet-geregistreerde aannemers.

Die doelstelling wordt niet beïnvloed door de opschorting die wordt toegekend in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie : immers, de werkzaamheid die, overeenkomstig het doel van de wetgever, wordt voortgezet, vereist dat de kwaliteit van de voorwaarden waarin die wordt uitgeoefend, gewaarborgd blijft.

Uit de in artikel 2 van de wet van 31 januari 2009 vervatte definities van « buitengewone schuldvorderingen in de opschorting » en « gewone schuldvorderingen in de opschorting », alsmede uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de RSZ dient te worden beschouwd als een gewone schuldeiser in de opschorting. De in het geding zijnde bepaling beoogt evenwel, over het algemeen, te voorkomen dat de RSZ en de andere schuldeisers, via een beslaglegging tijdens de duur van de opschorting, rechtstreeks afbreuk kunnen doen aan het vermogen van de onderneming die de opschorting geniet, en de continuïteit ervan aldus kunnen bedreigen. Het gaat dus om een geval dat vreemd is aan het geval waarin, zoals te dezen, de schuldenaar in opschorting zelf schuldeiser is van een opdrachtgever, waarbij de bedragen die door de laatstgenoemde verschuldigd zijn slechts ter beschikking van de eerstgenoemde worden gesteld na aftrek van de bedragen die met toepassing van artikel 30bis, § 4, van de voormelde wet van 27 juni 1969 aan de RSZ zijn gestort.

De in het geding zijnde maatregel doet niet op onevenredige wijze afbreuk aan de rechten van de andere schuldeisers omdat, rekening houdend met het doel dat erin bestaat de belangen van de sociale zekerheid te vrijwaren, alsook de praktijken van de koppelbazen te bestrijden, de procedure van invordering van overheidsinkomsten, teneinde de overheid in staat te stellen haar verbintenissen ten aanzien van de collectiviteit na te komen, in zekere mate van het gemeen recht vermocht af te wijken. Het Hof doet overigens opmerken dat de wetgever, naar aanleiding van latere wetswijzigingen, zijn doel van bestrijding van de fraude heeft bevestigd.

Het Hof beslist bijgevolg dat artikel 30 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.



## XIV. ECONOMISCH EN FINANCIËEL RECHT

### 39. *De wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming<sup>1</sup> : de uitsluiting van de beoefenaars van een vrij beroep, de tandartsen en de kinesisten* (arrest nr. 99/2013)

De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming bepaalt in artikel 2, 1° en 2°, ervan : « Voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder : 1° onderneming : elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen; 2° beoefenaar van een vrij beroep : elke onderneming die geen koopman is in de zin van artikel 1 van het Wetboek van koophandel en die onderworpen is aan een bij wet opgericht tuchtorgaan ». Bovendien bepaalt artikel 3, § 2, van dezelfde wet dat zij « niet van toepassing [is] op de beoefenaars van een vrij beroep, de tandartsen en de kinesisten ».

In zijn arresten nrs. 55/2011<sup>2</sup> en 192/2011 heeft het Hof geoordeeld dat de voormelde bepalingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden in zoverre zij als gevolg hebben dat de beoefenaars van een vrij beroep van het toepassingsgebied van die wet zijn uitgesloten.

<sup>1</sup> Inzake consumentenbescherming, zie ook dit verslag pp. 21-25, GRONDWETTELIJK RECHT A. BEVOEGDHEIDSVERDELING Federale bevoegdheid en gewestbevoegdheid inzake consumentenbescherming.

<sup>2</sup> Zie het verslag 2011, pp. 313-317.

Die aangelegenheid is opnieuw bij het Hof aanhangig gemaakt naar aanleiding van een beroep tot vernietiging ingediend op grond van artikel 4, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof<sup>1</sup>.

Het Hof wijst allereerst de door de Ministerraad opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid *ratione temporis* af. Artikel 4, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 is een algemene bepaling die de openstelling van een nieuwe termijn niet beperkt tot het geval dat het Hof voor het eerst heeft geoordeeld dat een wetkrachtige norm de regels schendt die het moet doen naleven. Zoals uit zijn parlementaire voorbereiding blijkt, heeft de bijzondere wetgever willen beletten dat bepalingen in de rechtsorde behouden blijven wanneer het Hof op prejudiciële vraag heeft verklaard dat zij strijdig zijn met de voormelde regels. Het ligt in de lijn van die doelstelling het Hof te kunnen vragen dat het een einde aan de rechtsonzekerheid maakt, binnen zes maanden na de kennisgeving van elk arrest van het Hof waarbij zulk een schending wordt vastgesteld.

Ten gronde herhaalt het Hof de motivering die het in zijn voormelde arresten *nrs. 55/2011*<sup>2</sup> en *192/2011* had uiteengezet en vernietigt bijgevolg de artikelen 2, 2°, en 3, § 2, van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming.

<sup>1</sup> Dat bepaalt : « Voor de Ministerraad, voor de Regering van een Gemeenschap of van een Gewest, voor de voorzitters van de wetgevende vergaderingen op verzoek van twee derde van hun leden of voor iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die doet blijken van een belang staat een nieuwe termijn van zes maanden open voor het instellen van een beroep tot vernietiging tegen een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel, wanneer het Hof, uitspraak doende op een prejudiciële vraag, verklaard heeft dat die wet, dat decreet of die in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel een van de in artikel 1 bedoelde regels of artikelen van de Grondwet schendt. De termijn gaat respectievelijk in op de datum van de kennisgeving van het door het Hof gewezen arrest aan, al naar het geval, de Eerste Minister en de voorzitters van de Regeringen en aan de voorzitters van de wetgevende vergaderingen, of op de datum van de bekendmaking van het arrest in het Belgisch Staatsblad ».

<sup>2</sup> Zie het verslag 2011, pp. 313-317.

## XV. SOCIALEZEKERHEIDSRECHT<sup>1</sup>

### 40. De terugvordering van loopbaanonderbrekingsuitkeringen die ten onrechte werden uitbetaald<sup>2</sup> als gevolg van een vergissing van de uitkerende instelling (arrest nr. 34/2013)

Artikel 7, § 13, van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders bepaalt respectievelijk in het tweede en het vijfde lid ervan : « Het recht van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening om de terugbetaling van onverschuldigd betaalde werkloosheidsuitkeringen te bevelen, alsmede de rechtsvorderingen van de uitbetalingsinstellingen tot terugbetaling van onverschuldigd betaalde werkloosheidsuitkeringen verjaren na drie jaar. Die termijn wordt op vijf jaar gebracht wanneer de onverschuldigde betaling het gevolg is van arglist of bedrog van de werkloze ». « De vergoedingen voorzien in § 1, derde lid, *littera* j, l, n en q, worden gelijkgesteld met de werkloosheidsuitkering voor de toepassing van onderhavige paragraaf ». Met de wijziging van het voormelde vijfde lid, bij artikel 173 van de programmawet van 27 december 2004, beoogde de wetgever tegemoet te komen aan het arrest *nr. 25/2003*, waarin het Hof voor recht heeft gezegd dat de herstelwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre zij geen enkele bepaling

<sup>1</sup> Zie ook het huidige verslag, pp. 284-288, HANDELSRECHT - De middelen tot tenuitvoerlegging van de schuldvorderingen in de opschorting, verboden bij de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, en de verplichtingen tot inhouding en storting bepaald in artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969 teneinde de fiscale en sociale fraude te bestrijden.

<sup>2</sup> Zie ook het verslag 2010, pp. 197-200 en het verslag 2012, pp. 234-238 : wat betreft het terugwinnen van onterechte betaalde prestaties, zie ook de arresten *nrs. 83 en 162/2009*.

inzake de verjaringstermijn bevat voor de rechtsvordering tot terugvordering van de onverschuldigd betaalde loopbaanonderbrekingsuitkeringen<sup>1</sup>.

Het Hof is ondervraagd over het verschil in behandeling dat uit de in het geding zijnde bepalingen zou voortvloeien tussen de begunstigden van ten onrechte betaalde socialezekerheidsuitkeringen, in zoverre zij voor de rechtsvorderingen tot terugvordering van de onverschuldigd betaalde loopbaanonderbrekingsuitkeringen slechts voorzien in een verjaringstermijn van drie jaar en in geval van bedrog of arglist van vijf jaar, doch niet in een verjaringstermijn van zes maanden wanneer de onverschuldigde betaling enkel het gevolg is van een vergissing van de instelling of dienst waarvan de betrokkene zich normaal geen rekenschap kon geven, terwijl die laatste verjaringstermijn wel bestaat in bepaalde andere socialezekerheidstakken.

Door een korte termijn vast te stellen voor de vordering tot terugvordering van de ten onrechte uitbetaalde loopbaanonderbrekingsuitkeringen, beperken de in het geding zijnde bepalingen de periode tijdens welke de ten onrechte uitbetaalde prestaties kunnen worden teruggevorderd, teneinde een opeenstapeling van periodieke schulden over een te lange periode te voorkomen, die de sociaal verzekerde zou kunnen ruïneren. De in het geding zijnde bepalingen dragen bij tot dezelfde bekommernis als die van het nimmer in werking gestelde artikel 30, § 1, van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers : de sociaal verzekerde beschermen door te voorzien in een kortere verjaringstermijn voor de terugvordering van de ten onrechte uitbetaalde som; in die bepalingen wordt evenwel enkel in een verjaringstermijn van drie jaar of, in geval van arglist of bedrog, van vijf jaar voorzien.

<sup>1</sup> In dat verband heeft het Hof geoordeeld : « B.4 Ongeacht het specifieke karakter van het systeem van loopbaanonderbreking verschillen de uitkeringen waarop het recht geeft niet dermate van de andere sociale uitkeringen dat het verantwoord zou zijn de terugvordering van de onverschuldigd betaalde uitkeringen aan een verjaringstermijn van tien jaar te onderwerpen terwijl, voor andere vergelijkbare onverschuldigd betaalde sociale uitkeringen de verjaringstermijn, naar gelang van de gevallen, zes maanden, drie jaar of vijf jaar bedraagt ».

Na de tekst van de artikelen 17, 18 en 18*bis* van de wet van 11 april 1995 tot invoering van het « handvest » van de sociaal verzekerde te hebben vermeld, wijst het Hof erop dat in de in het geding zijnde bepalingen niet in een specifieke termijn wordt voorzien in het geval dat de terugvordering van de ten onrechte betaalde loopbaanonderbrekingsuitkeringen uitsluitend het gevolg is van een vergissing van de instelling die de betaling uitvoert. Op grond van het voormelde artikel 17 van de wet van 11 april 1995 moet de sociaal verzekerde die ten onrechte betaalde uitkeringen heeft geïnd als gevolg van een vergissing van de instelling die de uitkeringen heeft uitbetaald, echter niets terugbetalen, na de termijn voor het instellen van een beroep tegen de beslissing die de instelling van sociale zekerheid bij vergissing heeft genomen, behalve wanneer hij wist of moest weten dat hij geen of niet langer recht had op het gehele bedrag van de prestatie.

Met de invoering van het handvest van de sociaal verzekerde wilde de wetgever een betere juridische bescherming voor de sociaal verzekerde. Daarom diende het handvest, volgens de parlementaire voorbereiding, aan de volgende verwachtingen te voldoen : « rechtszekerheid, toegankelijkheid, doorzichtigheid, snelheid en nauwkeurigheid, en ten slotte vereenvoudiging van de administratieve verplichtingen ». Een amendement van de Regering om artikel 21 (thans artikel 17) te schrappen, werd niet gevolgd omdat de Commissie voor de Sociale Zaken van oordeel was dat « deze bepaling [...] in sterke mate de rechtszekerheid van de sociaal verzekerde [verhoogt] en [...] behouden [moet] blijven ». Evenwel werd tijdens de besprekingen die voorafgingen aan de aanneming van de wet van 25 juni 1997 vastgesteld dat artikel 17, tweede lid, van de wet van 11 april 1995 belangrijke budgettaire implicaties had. Niettemin werd het beginsel van artikel 17 van de wet van 11 april 1995 in verschillende socialezekerheidssectoren ingevoerd : dat is het geval voor de arbeidsongevallenwetgeving (artikel 60*bis* van de wet van 10 april 1971) en voor de werkloosheidsreglementering (artikel 149, § 1, van het koninklijk besluit van 25 november 1991).

Bij het bepalen van zijn beleid in sociaaleconomische aangelegenheden beschikt de wetgever over een ruime beoordelingsbevoegdheid. Volgens het Europees Hof voor de

Rechten van de Mens dient een striktere evenredigheidstoetsing te worden toegepast wanneer de in het geding zijnde bepaling ertoe strekt, in het nadeel van een individu, een vergissing te verbeteren die door de overheidsinstanties zelf is begaan, zonder dat de persoon wiens rechten door die bepaling worden geraakt, enige fout kan worden verweten (EHRM, 15 september 2009, *Moskal* t. Polen, § 73). Bovendien heeft hetzelfde Hof geoordeeld dat : « [...] overheden niet ervan zouden mogen worden weerhouden vergissingen bij het toekennen van uitkeringen recht te zetten, zelfs indien die vergissingen voortvloeien uit hun eigen nalatigheid. Er anders over oordelen, zou indruisen tegen de leer van de ongerechtvaardigde verrijking, zou oneerlijk zijn ten aanzien van andere personen die bijdragen tot het socialezekerheidsfonds en zou de goedkeuring inhouden van een onbehoorlijke toekenning van schaarse publieke middelen. Niettemin heeft het Hof erop gewezen dat het voormelde algemeen beginsel niet mag gelden in een situatie waarin de betrokkene mogelijk een buitensporige last moet dragen als gevolg van de maatregel die hem een voordeel ontnemt » (EHRM, 14 februari 2012, *B. t. Verenigd Koninkrijk*, § 60).

Het in het geding zijnde vijfde lid van artikel 7, § 13, dat in samenhang met het tweede lid van hetzelfde artikel dient te worden gelezen, is in werking getreden op 10 januari 2005, dus na artikel 17 van de wet van 11 april 1995. Zolang die laatste bepaling ongewijzigd blijft, roept een latere wetswijziging die een op een socialezekerheidssector toepasselijke reglementering invoert, die voor de sociaal verzekerde minder gunstig is dan die welke in het algemeen is opgenomen in die bepaling, onder de sociaal verzekerden een verschil in behandeling in het leven dat enkel met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet bestaanbaar kan worden geacht indien hiervoor een relevante specifieke verantwoording bestaat.

Het kan redelijkerwijze niet worden verantwoord dat niet in een specifieke verjaringstermijn wordt voorzien ten aanzien van de begunstigde van ten onrechte betaalde loopbaanonderbrekingsuitkeringen, die die heeft ontvangen als gevolg van een vergissing van de uitkerende instelling, waarvan die begunstigde zich geen rekenschap kon geven, terwijl de

begunstigden van andere sociale uitkeringen die in dezelfde omstandigheden ten onrechte werden ontvangen, niet ertoe zijn gehouden die terug te betalen. In de beoogde hypothese heeft de begunstigde immers geen enkele vergissing begaan, zodat de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening of de betrokken uitbetalingsinstelling correct geïnformeerd was over zijn juridische en materiële situatie. De gevolgen van een vergissing van de schuldenaar van de uitkeringen bij de toekenning ervan, kunnen niet ten laste van de sociaal verzekerde worden gelegd.

Bovendien, in tegenstelling tot het vakantiegeld, dat het voorwerp uitmaakte van het arrest *nr. 39/2008* - waarbij het Hof oordeelde dat het niet strijdig was met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet de terugvordering toe te staan van een onterechte uitbetaling als gevolg van een vergissing van de uitkerende instelling -, zijn de loopbaanonderbrekingsuitkeringen een vervangingsinkomen dat elke maand wordt uitbetaald, zodat zij in de meeste gevallen het grootste deel vormen van het maandelijks budget van de sociaal verzekerde die ertoe is gerechtigd. Het niet voorzien in een specifieke verjaringstermijn inzake terugvordering van bedragen die als gevolg van een vergissing van de uitkerende instelling werden uitbetaald, kan dan ook onevenredige gevolgen hebben voor het merendeel van de sociaal verzekerden die zich in die situatie bevinden en die geen enkele fout of nalatigheid kan worden verweten.

Het Hof beslist bijgevolg dat, zolang artikel 17 van de wet van 11 april 1995 tot invoering van het « handvest » van de sociaal verzekerde ongewijzigd blijft, artikel 7, § 13, tweede en vijfde lid, van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt doordat het niet voorziet in een specifieke verjaringstermijn voor de terugvordering van bedragen die zijn uitbetaald ingevolge een vergissing van de uitkerende instelling, waarvan de betrokkene zich normaal geen rekenschap kon geven.

Het Hof heeft hiervoor opgemerkt dat, aangezien de lacune zich in de aan het Hof voorgelegde tekst bevindt en de vaststelling daarvan is uitgedrukt in voldoende nauwkeurige en volledige bewoordingen die toelaten de in het geding zijnde bepaling toe te

passen met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het aan de verwijzende rechter staat een einde te maken aan die ongrondwettigheid.

**41. De verschuldigde uitkering in geval van arbeidsongeschiktheid - de situatie van deeltijdse werknemers**  
(arrest nr. 51/2013)

De wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994 (hierna : ZIV-Wet), regelt, in artikel 100 ervan, de uitkering die is bestemd om het verlies aan economische geschiktheid van de arbeidsongeschikte werknemer te compenseren.

Daartoe worden in artikel 100, § 1, van de ZIV-Wet drie voorwaarden vastgesteld om een dergelijke uitkering te genieten : de werknemer dient elke werkzaamheid te hebben onderbroken; die onderbreking moet het rechtstreekse gevolg zijn van het intreden of het verergeren van letsels of functionele stoornissen; die laatste moeten zijn vermogen tot verdienen met minstens twee derden verminderen; de vermindering van zijn vermogen tot verdienen mag niet worden gelijkgesteld met het concrete loonverlies dat de betrokkene lijdt als gevolg van het stopzetten van zijn werkzaamheid : die vermindering dient immers te worden bepaald door de situatie van de betrokkene te toetsen aan een referteberoep, waarbij met name rekening wordt gehouden met zijn « stand » en « opleiding », alsook met zijn beroep of de verschillende beroepen die hij gelet op zijn beroepsopleiding zou kunnen uitoefenen. Artikel 100, § 2, van de ZIV-Wet vormt een mildering van het uit paragraaf 1 van dat artikel afgeleide verbod om een beroepsactiviteit te cumuleren met een uitkering voor arbeidsongeschiktheid. De werknemer kan immers een beroepsactiviteit hervatten na ze volledig te hebben beëindigd, en daarbij het voordeel van de tegemoetkoming van de ziekte- en invaliditeitsverzekering behouden voor zover de adviserende geneesheer zijn voorafgaande toelating daarvoor heeft gegeven en de werknemer vanuit geneeskundig oogpunt voor minstens 50 pct. arbeidsongeschikt blijft.



Naar aanleiding van prejudiciële vragen die door het Arbeidshof te Luik zijn gesteld, werd het Hof verzocht de situatie te vergelijken van, enerzijds, de werknemer die, aangezien hij de drie in artikel 100, § 1, van de ZIV-Wet vastgestelde voorwaarden heeft vervuld, in staat is om de beroepsactiviteit die hij heeft hervat, te cumuleren met een uitkering voor arbeidsongeschiktheid en, anderzijds, de werknemer die, hoewel hij aanspraak heeft kunnen maken op een vermindering van zijn vermogen tot verdienen van ten minste twee derden die is veroorzaakt door het intreden of het verergeren van letsels of functionele stoornissen, enkel de beroepsactiviteit heeft beëindigd die onverenigbaar is met zijn gezondheidstoestand en die bijgevolg de andere beroepsactiviteit, die hij blijft uitoefenen, niet kan cumuleren met het recht om krachtens de in het geding zijnde bepaling te worden vergoed.<sup>1</sup>

Het is niet onredelijk dat de wetgever de graad van ongeschiktheid die noodzakelijk is om de tegemoetkoming van de ziekte- en invaliditeitsverzekering te doen ingaan en te behouden, op twee derden vastlegt. Het loutere feit dat de werknemer, wiens graad van ongeschiktheid later vermindert, onder bepaalde voorwaarden een uitkering kan blijven genieten en daarbij tevens een beroepsactiviteit kan uitoefenen, houdt niet in dat de wetgever ervan had moeten afzien te vereisen dat moest zijn voldaan aan de graad van arbeidsongeschiktheid die aanvankelijk was vereist om een dergelijke tegemoetkoming van de ziekte- en invaliditeitsverzekering te genieten.

De maatregel is des te minder onevenredig daar de werknemer die nooit door een graad van ongeschiktheid van twee derden of meer is getroffen, maar die om medische redenen ervan heeft moeten afzien een deel van zijn activiteiten in loondienst uit te oefenen, onder bepaalde voorwaarden de tegemoetkoming van de werkloosheidsverzekering kan genieten vanaf de schorsing of de onderbreking van zijn arbeidsovereenkomst (Cass., 12 juni 2006, *Arr. Cass.*, 2006, nr. 325), zodat hij, ondanks de ontstentenis van

<sup>1</sup> Wat betreft artikel 100 van de wet ZIV-wet, zie ook arrest nr. 19/2013.

vergoeding door de ziekte- en invaliditeitsverzekering, aangespoord blijft om geleidelijk volledig terug te keren naar de arbeidsmarkt, rekening houdend met zijn gezondheidstoestand.

Toen de wet van 9 augustus 1963 - waarin de in het geding zijnde bepaling haar oorsprong vindt - in werking trad, was nagenoeg alle arbeid die in loondienst werd verricht, voltijdse arbeid. Als gevolg van een aantal sociaal-economische ontwikkelingen, in het bijzonder de steeds toenemende flexibiliteit van de arbeidsmarkt, is de deeltijdse tewerkstelling de laatste decennia in aanzienlijke mate toegenomen. De mogelijkheid om deeltijds te werken, schept niet alleen mogelijkheden in de combinatie van werk en gezin, maar maakt het ook mogelijk om twee of meer verschillende functies uit te oefenen.

Indien een werknemer twee of meer deeltijdse functies uitoefent, is het evenwel mogelijk dat hij als gevolg van een ongeval, een beroepsziekte, een letsel of een functionele stoornis niet langer in staat is een van die functies uit te oefenen, terwijl de mogelijkheid om de andere functie of functies uit te oefenen, niet in het gedrang komt. Doorgaans zal in die omstandigheden niet voldaan zijn aan een van de voorwaarden van artikel 100, § 1, van de ZIV-Wet, namelijk de vermindering van zijn vermogen tot verdienen met twee derden of meer. Indien in dergelijke omstandigheden zijn vermogen tot verdienen toch met twee derden of meer zou zijn afgenomen, zal de oorzaak van de werkonderbreking vaak liggen bij een arbeidsongeval of een beroepsziekte, zodat de betrokkene mogelijk recht heeft op een uitkering op grond van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 of op grond van de wetten betreffende de preventie van beroepsziekten en de vergoeding van de schade die uit die ziekten voortvloeit, gecoördineerd op 3 juni 1970.

Gelet op de complexiteit van de regels betreffende de samenloop tussen de onderscheiden prestaties in het stelsel van de sociale zekerheid der werknemers, valt evenwel niet uit te sluiten dat bepaalde werknemers die verschillende deeltijdse functies uitoefenen en die een van die deeltijdse functies om medische redenen niet langer kunnen uitoefenen, geen recht hebben op een werkloosheidsuitkering, noch op een uitkering op grond van de

regeling voor arbeidsongevallen en beroepsziekten, terwijl zij toch worden geconfronteerd met een vermindering van hun vermogen tot verdienen met twee derden of meer. In die mate houdt artikel 100 van de ZIV-Wet thans onvoldoende rekening met de sociaal-economische ontwikkelingen inzake deeltijds werken, aangezien die bepaling vereist dat de betrokkene, om voor een uitkering in aanmerking te komen, eerst alle werkzaamheden heeft stopgezet.

Artikel 16 van de programmawet (I) van 4 juli 2011, in werking getreden op 9 april 2013, heeft artikel 100<sup>1</sup>, § 2, eerste lid, van de ZIV-Wet gewijzigd teneinde, volgens de parlementaire voorbereiding, « de vrijwillige werkhervatting door de gerechtigden die arbeidsongeschikt zijn erkend en die, van een geneeskundig oogpunt uit, een bepaalde vermindering van hun vermogen behouden », te bevorderen. Hoewel die wijziging van dien aard is dat zij de re-integratie in de arbeidsmarkt kan bevorderen, verhelpt zij niet de problemen waarmee werknemers die verschillende deeltijdse functies uitoefenen, te maken kunnen krijgen, in de mate waarin zij wel hun vermogen tot verdienen zien afnemen met twee derden of meer, maar niet in aanmerking komen voor een uitkering op grond van de ZIV-Wet aangezien zij niet alle werkzaamheden hebben onderbroken. Nochtans gelden, in zoverre hun medische toestand het toelaat, ook voor hen de voordelen die voortvloeien uit het feit dat hun band met de arbeidsmarkt niet wordt doorgeknipt.

Rekening houdend met de eerder vermelde sociaal-economische ontwikkeling is een dergelijk verschil in behandeling tussen de werknemer die na de volledige onderbreking van elke werkzaamheid een beroepsactiviteit heeft hervat en de werknemer die een deeltijdse activiteit heeft behouden, niet bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Dat verschil in behandeling vindt echter niet zijn oorsprong in de in het geding zijnde bepaling, maar in het ontbreken van een bepaling die een recht op een ZIV-uitkering opent voor werknemers die verschillende deeltijdse functies uitoefenen en die om medische redenen een van die

<sup>1</sup> In de versie van die bepaling zoals ze van toepassing was op het aan de verwijzende rechter voorgelegde geschil.

functies moeten stopzetten, in zoverre zij daardoor worden geconfronteerd met een vermindering van hun vermogen tot verdienen met twee derden of meer en in zoverre zij niet uitkeringsgerechtigd zijn op grond van een andere sociale regeling, zoals de werkloosheidsregeling en de regeling voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Het komt aan de wetgever toe om de aard en de omvang van dat recht te bepalen ten aanzien van die categorie van deeltijdse werknemers.

Het Hof beslist bijgevolg, enerzijds, dat artikel 100 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt, maar, anderzijds, dat de ontstentenis van een wetsbepaling die een recht op een ziekte- en invaliditeitsuitkering opent voor werknemers die verschillende deeltijdse functies uitoefenen en die om medische redenen een van die functies moeten stopzetten, in zoverre zij daardoor worden geconfronteerd met een vermindering van hun vermogen tot verdienen met twee derden of meer en in zoverre zij niet uitkeringsgerechtigd zijn op grond van een andere sociale regeling, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt.

**42. Aangebrachte wijzigingen inzake pensioenen - De magistraten (arrest nr. 67/2013) - Het personeel van de provinciale en lokale besturen, de lokale politiezones en de ziekenhuizen, bedoeld in de wet van 24 oktober 2011 (arrest nr. 71/2013) - Het personeel van de geïntegreerde politie (arrest nr. 81/2013)**

Tijdens het jaar 2013 werd het Hof ertoe gebracht kennis te nemen van verschillende beroepen inzake pensioenen.

Een eerste beroep had betrekking op het pensioenstelsel van de magistraten.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen inzake justitie (I) voegen in het Gerechtelijk Wetboek de artikelen 391/1 en 392/1 in. Die bepalingen - die de voor het Hof bestreden bepalingen waren - schaffen voor

magistraten die op 1 januari 2012 de leeftijd van 55 jaar nog niet hebben bereikt, het emeritaat, zoals bedoeld in artikel 391 van hetzelfde Wetboek, af. Het op hen van toepassing zijnde pensioenstelsel wordt in aanzienlijke mate geharmoniseerd met dat van het overheidspersoneel, waarin door titel 8 (« Pensioenen ») van de voormelde wet van 28 december 2011 eveneens belangrijke wijzigingen werden aangebracht.

Er werd aangeklaagd dat de voormelde artikelen 2 en 3 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 151 tot 155 ervan en met het rechtszekerheidsbeginsel, schonden : door het pensioenstelsel van de magistraten af te stemmen op dat van het overheidspersoneel, zouden de bestreden bepalingen twee categorieën van personen die zich, vanwege het grondwettelijk verankerde statuut van de magistraten, in onderscheiden situaties bevinden, zonder redelijke verantwoording identiek behandelen. Het toepasselijke tantième van 1/48 zou het voor veel magistraten niet langer mogelijk maken een volwaardig pensioen op te bouwen. Ook zou de leeftijdsgrens van 55 jaar voor de toepasselijkheid van het nieuwe stelsel niet kunnen worden verantwoord.

De hervorming van het pensioen van de magistraten, dat volgens de parlementaire voorbereiding grotendeels wordt afgestemd op dat van het overheidspersoneel, past in het kader van de doelstelling van de wetgever om een geheel van maatregelen te nemen die erop zijn gericht structurele pensioenhervormingen door te voeren die ertoe zijn bestemd de budgettaire kosten van de vergrijzing op lange termijn te beheersen.

Het komt de wetgever toe te oordelen in hoeverre het opportuun is maatregelen te nemen met het oog op besparingen inzake rust- en overlevingspensioenen. Aangezien die pensioenen met overheidsfondsen worden gefinancierd, moet de last die op de Staat weegt, kunnen worden gewijzigd wanneer de sanering van de openbare financiën of het tekort in de sociale zekerheid zulks vereisen.

Indien evenwel bij wettelijke bepalingen bepaalde categorieën van personen zijn beoogd en andere, vergelijkbare categorieën niet, of

indien eenzelfde regeling van toepassing wordt gemaakt op categorieën van personen die zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden, dient het Hof te onderzoeken of de bestreden bepalingen evenredig zijn met het nagestreefde doel en of zij geen onevenredige gevolgen hebben ten aanzien van de situatie van de ene of de andere van die categorieën van personen.

De artikelen 151, 152, 154 en 155 van de Grondwet verankeren de wezenskenmerken van het statuut van de rechterlijke macht in de Grondwet; die grondwettelijke verankering beoogt vooral de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te waarborgen, aangezien die onafhankelijkheid essentieel is in een stelsel van scheiding der machten. Artikel 151 van de Grondwet regelt daartoe de benoeming en de aanwijzing van magistraten. Artikel 152 van de Grondwet waarborgt dat rechters voor het leven worden benoemd, dat zij slechts door een vonnis uit hun ambt kunnen worden ontzet en dat zij slechts met hun eigen toestemming kunnen worden overgeplaatst. Hun wedden worden krachtens artikel 154 van de Grondwet door de wet vastgesteld. Krachtens artikel 155 van de Grondwet mag een rechter van een regering in beginsel geen bezoldigde mandaten aanvaarden.

Hoewel de beginselen van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en van de scheiding der machten fundamentele kenmerken van de rechtsstaat zijn, brengen zij niet met zich mee dat de loon- en pensioenvoorwaarden van de magistraten niet door de ten aanzien van de wedde en het pensioen van de magistraten bevoegde wetgever zouden mogen worden afgestemd op de regeling die geldt voor het overheids personeel. Artikel 152 van de Grondwet, dat werd herzien door de grondwetsbepaling van 23 januari 1981, vereist dat de wedden en de pensioenen van de rechters door de wet worden bepaald; die bepaling vereist niet dat het pensioen, zoals vóór de wet van 5 augustus 1978 het geval was met het emeritaatspensioen, op een voortgezette wedde neerkomt.

Hoewel het nadeliger is dan de vroeger toepasselijke preferentiële tantièmes van 1/30 en 1/35, is het tantième van 1/48 nog steeds gunstiger dan datgene dat van toepassing is op het overheids personeel. Krachtens artikel 8, § 1, van de algemene wet van 21 juli 1844 op de burgerlijke en kerkelijke pensioenen wordt

het rustpensioen immers in beginsel berekend « op de grondslag van, voor elk jaar dienst, 1/60 van de referentiewedde ». Artikel 95 van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen heeft, voor het overheidspersoneel, bepaald dat voor de diensten gepresteerd na 31 december 2011 geen voordeliger tantième van toepassing mag zijn dan 1/48. De bestreden bepalingen verklaren datzelfde principe van toepassing op de magistraten, die zich derhalve nog steeds in een gunstigere positie bevinden dan de meerderheid van de overheidsambtenaren, alsook in een gunstigere positie dan die categorieën van het overheidspersoneel die, reeds bij wijze van uitzondering, een tantième van 1/50 genieten. Uit de omstandigheid dat een zeer beperkt aantal categorieën van personen gunstigere tantièmes dan 1/48 genieten, kan niet worden afgeleid dat het op de magistraten toepasselijke tantième zonder redelijke verantwoording is.

Het pensioen van het overheidspersoneel, met inbegrip van dat van de magistraten, wordt berekend overeenkomstig de volgende formule : tantième x referentiewedde x aantal aanneembare dienstjaren. Aangezien de referentiewedde van de magistraten doorgaans hoger ligt dan die van de overige overheidsambtenaren met eenzelfde anciënniteit, zal het bedrag van hun pensioen derhalve ook hoger liggen voor een identiek aantal aanneembare dienstjaren. De bestreden bepalingen hebben overigens alleen uitwerking voor diensten gepresteerd na 31 december 2011. Voor de eerder gepresteerde diensten blijven de magistraten, ongeacht hun leeftijd op 1 januari 2012 en ongeacht de leeftijd waarop zij zijn toegetreden tot de magistratuur, de tantièmes 1/30 en 1/35 genieten.

Als overgangsregeling heeft de wetgever bepaald dat de pensioenen van de magistraten die op 1 januari 2012 de leeftijd van 55 jaar reeds hadden bereikt, nog volgens de artikelen 391 en 392 van het Gerechtelijk Wetboek zouden worden berekend; die maatregel komt overeen met de overgangsregeling waarin artikel 97 van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen voorziet voor de aanpassing van de tantièmes voor de berekening van het pensioen van het overheidspersoneel.

Een overgangsregeling kan slechts als discriminerend worden beschouwd wanneer die tot een verschil in behandeling leidt waarvoor geen redelijke verantwoording bestaat of indien aan het vertrouwensbeginsel op buitensporige wijze afbreuk wordt gedaan.

Het door de wetgever gemaakte onderscheid berust op een objectief criterium, namelijk de omstandigheid dat de magistraat al dan niet op 1 januari 2012 de leeftijd van 55 jaar heeft bereikt. Bovendien is het door de wetgever gemaakte onderscheid pertinent en in redelijkheid te verantwoorden : enerzijds, blijft de impact van de wijziging van de tantièmes binnen redelijke grenzen; anderzijds, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, oordeelde de wetgever dat het weinig billijk zou zijn om oudere magistraten die reeds dicht bij hun pensioen staan, onmiddellijk aan de nieuwe regels te onderwerpen.

De bestreden bepalingen zijn evenmin zonder redelijke verantwoording ten aanzien van magistraten die op latere leeftijd - doorgaans via de tweede of de derde toegangsweg - toetreden tot de magistratuur. Zij verliezen daardoor niet de pensioenrechten die zij in een eerder statuut, al dan niet in een ander pensioenstelsel, hebben opgebouwd, zodat het totale bedrag van hun pensioen hoger zal liggen dan het bedrag waarop zij krachtens de bestreden bepalingen recht hebben. Doordat de pensioenleeftijd van magistraten krachtens artikel 383 van het Gerechtelijk Wetboek twee, respectievelijk vijf jaar hoger ligt dan de pensioenleeftijd van het overheidspersoneel, kunnen magistraten die op latere leeftijd tot de magistratuur zijn toegetreden, overigens meer aanneembare dienstjaren opbouwen dan ambtenaren die op dezelfde leeftijd tot het overheidspersoneel zijn toegetreden.

Bijgevolg verwerpt het Hof, bij zijn arrest *nr. 67/2013*, het beroep dat tegen de artikelen 2 en 3 van de wet van 28 december 2011 is ingesteld.

Bij het Hof werd een tweede beroep ingesteld dat ditmaal betrekking had op de wet van 24 oktober 2011 « tot vrijwaring van een duurzame financiering van de pensioenen van de vastbenoemde personeelsleden van de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten en van de lokale politiezones, tot wijziging van



de wet van 6 mei 2002 tot oprichting van het fonds voor de pensioenen van de geïntegreerde politie en houdende bijzondere bepalingen inzake sociale zekerheid en houdende diverse wijzigingsbepalingen ».

Die wet brengt een hervorming tot stand van de financiering van de pensioenen voor het vastbenoemd personeel van de betrokken besturen. Zij voert enkel een hervorming van de financiering door, en heeft geen betrekking op de inhoud van de pensioenstelsels : de voorwaarden om het recht op pensioen te openen en de berekening van de pensioenen van het betrokken personeel worden dus niet gewijzigd bij de bestreden wet.

In tegenstelling tot de werkgevers in de privésector of tot de federale overheidsdiensten en de ministeries van de gemeenschappen en de gewesten, dragen de provinciale en lokale besturen, zoals in de parlementaire voorbereiding wordt aangegeven, integraal de pensioenlasten van hun benoemde personeelsleden en hun rechthebbenden, dus zonder tegemoetkoming van de federale Staat.

Vóór de inwerkingtreding van de bestreden wet vielen de provinciale en lokale besturen onder verschillende systemen, om de wettelijke pensioenen van hun vastbenoemde personeelsleden en hun rechthebbenden te financieren. De overgrote meerderheid van de provinciale en lokale besturen was aangesloten bij een van de twee gesolidariseerde pensioenstelsels binnen de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten (hierna : RSZPPO). Die twee stelsels waren bekend onder de benamingen « pool 1 » en « pool 2 ». Enkele lokale besturen beschikten overigens over een eigen pensioenstelsel en namen hun pensioenlast individueel op zich. Sommigen van hen vertrouwden het beheer van hun pensioenen bij overeenkomst toe aan een voorzorgsinstelling. Die besturen werden samengebracht in « pool 3 ». Andere lokale besturen stonden zelf in voor het beheer van de pensioenen van hun benoemd personeel, zonder een beroep te doen op de dienstverlening van een voorzorgsinstelling (« pool 4 »). De pools 3 en 4 waren eigenlijk geen pools zoals de pools 1 en 2, omdat de betrokken lokale besturen individueel en apart hun eigen pensioenlasten droegen. Ten slotte waren alle lokale

politiezones en de federale politie, sinds 1 april 2001, verplicht aangesloten bij het « Fonds voor de pensioenen van de geïntegreerde politie », dat ook een gesolidariseerd pensioenstelsel was, bekend onder de benaming « pool 5 ».

Bij de voormelde wet van 24 oktober 2011 worden de pools 1 tot 5 samengevoegd in één enkel Fonds, het « gesolidariseerd pensioenfonds van de RSZPPO », waarin de uitgaven en de ontvangsten solidair worden verdeeld tussen alle deelnemers. Op termijn zal één identiek « basispensioenbijdragepercentage » van toepassing zijn voor alle provinciale en lokale besturen en voor de lokale politiezones die lid zijn van dat Fonds. Wat de vroegere pool 5 betreft, zijn alleen de lokale politiezones ambtshalve aangesloten bij het nieuwe Fonds; de pensioenen van de leden van de federale politie en hun rechthebbenden worden apart gefinancierd.

In bepaalde middelen werd allereerst de schending aangevoerd van de bevoegdheidverdelende regels, meer bepaald de schending van artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 1°, 4°, 8° en 9°, en van artikel 5, § 1, II, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen : door een responsabiliseringsbijdrage in te voeren zou de bestreden wet de betrokken lokale besturen verplichten om te kiezen voor een statutaire positie voor hun personeelsleden, wat afbreuk zou doen aan de bevoegdheid van de gewest- en gemeenschapswetgevers om de rechtspositie van de personeelsleden van de lokale besturen te bepalen.

De artikelen 19 en 20 van de wet van 24 oktober 2011 leggen aan bepaalde besturen die lid zijn van het gesolidariseerd pensioenfonds van de RSZPPO een responsabiliseringsbijdrage op die een aanvulling is op de werkgeversbijdragen inzake pensioenen. Die aanvulling is door het provinciale of lokale bestuur of door de lokale politiezone verschuldigd wanneer de eigen pensioenbijdragevoet van die werkgever groter is dan de basispensioenbijdragevoet die is vastgesteld met toepassing van artikel 16 van de wet van 24 oktober 2011.

Krachtens artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 1°, vijfde streepje, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen,

zijn de gewesten bevoegd voor de ondergeschikte besturen, met uitzondering van « de pensioenstelsels van het personeel en de mandatarissen » : daaruit volgt dat de federale overheid exclusief bevoegd is gebleven om de aangelegenheid van de pensioenen van de vastbenoemde personeelsleden van de provinciale en lokale besturen te regelen. In dat opzicht komt het de federale wetgever toe de vereiste maatregelen te nemen om de financiering van de pensioenen van het betrokken personeel te waarborgen.

De federale wetgever maakt de uitoefening van de gewestbevoegdheden, *in casu* die welke de gewesten bezitten met betrekking tot de ondergeschikte besturen, niet overdreven moeilijk door bepalingen aan te nemen die noodzakelijk zijn om de financiering van de pensioenen van het personeel van die besturen te waarborgen. De uitoefening, door de federale wetgever, van zijn bevoegdheid inzake pensioenen van het vastbenoemd personeel van de lokale besturen kan een weerslag hebben op de financiën van de betrokken werkgevers en kan eveneens gevolgen hebben voor de beleidskeuzen van de lokale besturen met betrekking tot hun personeel. Toch blijkt niet dat de weerslag van de bestreden wet strijdig zou zijn met het evenredigheidsbeginsel dat inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening en afbreuk zou doen aan de bevoegdheid van de gewesten om de lokale besturen te reglementeren.

Het Hof verwerpt dan ook de middelen die uit de schending van de bevoegdheidverdelende regels zijn afgeleid.

Het zal eveneens de andere middelen verwerpen die ter ondersteuning van de beroepen zijn aangevoerd, en die in het kort als volgt werden voorgesteld.

Wat betreft de ambtshalve aansluiting van de besturen die deel uitmaakten van de voormalige pools 1 en 2 bij het gesolidariseerd pensioenfonds van de RSZPPO, bekritiseerden verschillende verzoekende partijen, enerzijds, de gelijke behandeling van de lokale besturen die voorheen waren aangesloten bij pool 1 en van de lokale besturen die voorheen waren aangesloten bij pool 2 en, anderzijds, de gelijke behandeling van de lokale besturen die voorheen waren aangesloten bij de pools 1 en 2 en van de lokale

besturen die, vóór de toepassing van de bestreden wet, deel uitmaakten van de pools 3 en 4 en die zich niet hebben verzet tegen hun ambtshalve aansluiting bij het gesolidariseerd pensioenfonds van de RSZPPO. Daarenboven voerde een verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10, 11 en 27 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Wat betreft de responsabiliseringsbijdrage, verweten sommige verzoekende partijen de wetgever dat hij, wat de individuele responsabiliseringsbijdragen betreft, de overheidswerkgevers die, voor hun personeel, kunnen kiezen tussen de statutaire regeling en de contractuele regeling en die welke niet over die keuzemogelijkheid beschikken en in principe hun personeel binnen de statutaire regeling moeten benoemen, op identieke wijze heeft behandeld.

Wat betreft de regularisatiebijdrage, verweten verschillende verzoekende partijen de wetgever een regularisatiebijdrage te hebben ingevoerd ten laste van de lokale besturen die overgaan tot de benoeming van personeelsleden die voordien op contractuele basis waren tewerkgesteld door hetzelfde bestuur. Zij waren van mening dat de wetgever zodoende een discriminerend verschil in behandeling zou hebben gecreëerd, enerzijds, tussen de werkgevers van de overheidssector en de werkgevers van de privésector en, anderzijds, tussen de werkgevers van de overheidssector op wie de bestreden bepalingen van toepassing zijn en de andere werkgevers van de overheidssector.

Wat betreft de overdracht van de reserves die zijn opgebouwd in het kader van de aanvullende pensioenstelsels, voerden verschillende verzoekende partijen de schending aan, door artikel 26, §§ 3 tot 5, van de wet van 24 oktober 2011, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 16 van de Grondwet, met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met het beginsel van rechtszekerheid : er werd de bestreden bepaling verweten dat ze een nieuwe reglementering invoerde die de betrokken pensioengerechtigden niet konden verwachten, dat ze een discriminatie invoerde tussen de statutaire en de contractuele

personeelsleden doordat de eerstgenoemden niet eenzelfde aanvullend pensioenplan kunnen genieten en dat ze, ten slotte, alle lokale besturen die, bij de vaste benoeming van een contractueel personeelslid, een regularisatie moeten betalen die op dezelfde manier wordt berekend, zonder dat er rekening wordt gehouden met de reserves die zullen worden bestemd voor het wettelijk pensioenstelsel wat sommigen van hen betreft, op identieke wijze behandelde.

Wat betreft de specifieke situatie van de politiezones, voerde een verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de algemene beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen : de wetgever zou, zonder redelijke verantwoording, wat betreft de financiering van de pensioenen van hun personeelsleden en hun rechthebbenden, de lokale politiezones waaraan een tegemoetkoming vanwege de federale Staat in de pensioenkosten was gegarandeerd, en de andere lokale besturen identiek behandelen.

Ten slotte, wat betreft de specifieke situatie van de ziekenhuizen, werd aangeklaagd dat de bestreden wet de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, schond : de bestreden wet zou afbreuk doen aan hun recht op het ongestoord genot van hun eigendom door hun een buitensporige last op te leggen die niet evenredig is met het inkomensniveau van de betrokken werknemers; die aantasting zou discriminerend zijn, enerzijds, in zoverre zij enkel de openbare ziekenhuizen betreft, en niet de privéziekenhuizen die zich nochtans in een vergelijkbare situatie zouden bevinden en, anderzijds, in zoverre zij de openbare ziekenhuizen op dezelfde wijze behandelt als de andere lokale besturen, terwijl zij zich in een wezenlijk verschillende situatie zouden bevinden. Dezelfde verzoekende partij las de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet in samenhang met de beginselen van rechtszekerheid, redelijkheid, zorgvuldigheid en motivering : die beginselen zouden worden geschonden in zoverre de lokale overheidswerkgevers niet konden voorzien, op het ogenblik dat zij personeel hebben tewerkgesteld hetzij op contractuele basis, hetzij op statutaire basis, dat die keuze

aanzienlijke gevolgen zou hebben voor de pensioenbijdragen die zij met toepassing van de bestreden wet verschuldigd zijn, en in zoverre de wetgever niet de buitensporige financiële gevolgen die deze wet zou hebben voor de situatie van bepaalde lokale overheidswerkgevers heeft onderzocht.

Zoals reeds werd opgemerkt, verklaart het Hof al die middelen ongegrond om de redenen die het in zijn arrest *nr. 71/2013* aangeeft, en verwerpt het bijgevolg de beroepen die zijn ingesteld tegen de wet van 24 oktober 2011 « tot vrijwaring van een duurzame financiering van de pensioenen van de vastbenoemde personeelsleden van de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten en van de lokale politiezones, tot wijziging van de wet van 6 mei 2002 tot oprichting van het fonds voor de pensioenen van de geïntegreerde politie en houdende bijzondere bepalingen inzake sociale zekerheid en houdende diverse wijzigingsbepalingen ».

Bij het Hof werd eveneens een beroep tot vernietiging ingesteld betreffende de artikelen 85 en 88 van de wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen, die betrekking hebben op de verhoging van de pensioenleeftijd in de overheidssector en de uitzonderingen daarop. Na te hebben opgemerkt dat die twee bepalingen respectievelijk bij de artikelen 2 en 3 van de wet van 13 december 2012 houdende diverse wijzigingsbepalingen betreffende de pensioenen van de overheidssector zijn gewijzigd, stelt het Hof in zijn arrest *nr. 81/2013* vast dat de bestreden artikelen 85 en 88 als dusdanig nooit in werking zijn getreden, en dat het beroep dat ertegen is gericht, derhalve zonder voorwerp is.

**43. *Adoptiepremie - Toepassing van de Marokkaanse wetgeving betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen***  
(*arrest nr. 92/2013*)

Artikel 73<sup>quater</sup> van de samengeordende wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders bepaalt de voorwaarden waaronder een adoptant of zijn echtgenoot aanspraak kunnen maken op de toekenning van een adoptiepremie.

Aan het Hof is een vraag gesteld over de bestaanbaarheid van die bepaling - in zoverre zij het kind dat, geboren uit een onbekende vader en verlaten door zijn moeder, door een natuurlijke persoon ten laste is genomen met toepassing van de Marokkaanse wet betreffende de tenlasteneming van verlaten kinderen (*kafala*), uitsluit van het voordeel van de adoptiepremie die zij instelt - met artikel 22*bis* van de Grondwet en met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 2 en 20 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij dat Verdrag. Het Hof werd verzocht uitspraak te doen over de grondwettigheid van het verschil in behandeling dat het in het geding zijnde artikel 73*quater* zou maken tussen twee categorieën van kinderen : enerzijds, diegenen die, met toepassing van de Belgische wetskrachtige normen met betrekking tot de adoptie, geadopteerd zijn of het voorwerp uitmaken van een verzoek tot adoptie of van een adoptieakte en, anderzijds, de kinderen die, geboren uit een onbekende vader en verlaten door hun moeder, door een natuurlijke persoon ten laste zijn genomen met toepassing van de Marokkaanse wet nr. 15-01 « betreffende de tenlasteneming (de *kafala*) van verlaten kinderen », afgekondigd bij de dahir nr. 1-02-172 van 1 rabii II 1423 (13 juni 2002).

Die tenlasteneming - of *kafala* - van een verlaten kind is « de verbintenis om de bescherming, de opvoeding en het onderhoud van een verlaten kind ten laste te nemen net zoals een vader dat voor zijn kind zou doen » (artikel 2, eerste zin, van de wet nr. 15-01); als « verlaten kind » wordt beschouwd elk kind dat de volle leeftijd van achttien jaar niet heeft bereikt en dat zich in een van de bij de voormelde wet gepreciseerde situaties bevindt. De beslissing om die *kafala* toe te kennen aan de natuurlijke persoon die erom verzoekt omdat hij die wenst uit te oefenen, komt toe aan de « voogdijrechter » (artikelen 14 tot 17 van de wet nr. 15-01). De *kafala* verleent noch recht op afstamming, noch recht op erfopvolging (artikel 2, tweede zin, van de wet nr. 15-01). De rechterlijke beslissing met betrekking tot de toekenning van de *kafala* heeft verscheidene gevolgen die het Hof opsomt. De *kafala* eindigt wanneer het kind de leeftijd van de wettelijke meerderjarigheid bereikt, behalve indien het om een ongehuwd meisje of een

gehandicapt kind gaat; zij eindigt ook in geval van overlijden van het kind, van een van beide echtgenoten die instaan voor de tenlasteneming of van de vrouw die die tenlasteneming op zich neemt, of in geval van onbekwaamheid van die laatste of van gezamenlijke onbekwaamheid van de beide echtgenoten die instaan voor de *kafala*; zij eindigt ten slotte indien het recht om daarvoor in te staan wordt vernietigd bij rechterlijke beschikking, wanneer de persoon die instaat voor de *kafala* zijn verplichtingen schendt of zich terugtrekt en wanneer het hoger belang van het kind het vereist (artikel 25 van de wet nr. 15-01). De ouders van het ten laste genomen kind of een van hen kunnen, nadat de redenen voor de verlating opgehouden hebben te bestaan, hun toezicht op het kind bij rechterlijke beslissing terugkrijgen (artikel 29 van de wet nr. 15-01).

De tenlasteneming - of *kafala* - van een verlaten kind door een natuurlijke persoon, zoals zij bij de Marokkaanse wet is georganiseerd, onderscheidt zich dus duidelijk van de in de in het geding zijnde bepaling beoogde adoptie, die is geregeld in de artikelen 343 tot 368-8 van het Burgerlijk Wetboek.

De in het geding zijnde adoptiepremie, ingesteld bij de wet van 30 december 1992 houdende sociale en diverse bepalingen, heeft, volgens de parlementaire voorbereiding van die wet, ten doel te beantwoorden aan de « specifieke noden van de gezinnen die geconfronteerd worden met bijkomende uitgaven naar aanleiding van het onthaal van een geadopteerd kind in hun gezin »; het bedrag ervan komt overeen met dat van het kraamgeld voor een eerste kind. De adoptiepremie, die is bestemd om de door de adoptant of zijn echtgenoot gemaakte onkosten te dekken, wordt aan die laatsten toegekend (artikel 73*quater*, § 4, van de samengeordende wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders). Zij is bestemd om tegemoet te komen aan een gedeelte van de materiële noden van het kind of van de onkosten die zijn veroorzaakt door zijn opvang in het huishouden, maar zij vormt niet een eigen recht van het geadopteerde kind.

Het in het geding zijnde artikel 73*quater* bepaalt de voorwaarden waaronder een adoptant of zijn echtgenoot aanspraak kunnen maken op de toekenning van een adoptiepremie, die, zoals in



herinnering is gebracht, ten doel heeft een gedeelte van de bijkomende uitgaven die door dezen worden gedaan bij de opvang van een geadopteerd kind in hun gezin te financieren. De omstandigheid dat de natuurlijke persoon die, met toepassing van de Marokkaanse wet nr. 15-01, een kind dat geboren is uit een onbekende vader en door zijn moeder verlaten is ten laste neemt, geen aanspraak kan maken op de toekenning van die premie, doet geen afbreuk aan het recht van dat kind op eerbiediging van zijn morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit, noch aan zijn recht zijn mening te uiten in alle aangelegenheden die het aangaan, noch aan zijn recht op maatregelen en diensten die zijn ontwikkeling bevorderen. De in het geding zijnde bepaling is derhalve niet onbestaanbaar met artikel 22*bis* van de Grondwet.

Wat de inachtneming van de artikelen 2 en 20 van het Verdrag inzake de rechten van het kind betreft, merkt het Hof op dat artikel 73*quater* van de samengeordende wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders niet voorziet in een adoptiepremie ten voordele van de natuurlijke persoon die, met toepassing van de Marokkaanse wet nr. 15-01, een kind ten laste neemt dat geboren is uit een onbekende vader en door zijn moeder verlaten is. De in het geding zijnde bepaling doet geen afbreuk aan het recht van dat kind om het voordeel te genieten van een andere vorm van zorg in de zin van artikel 20 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, zoals de bij die Marokkaanse wet georganiseerde *kafala*. Zij brengt evenmin het recht van dat kind op een bijzondere bijstand vanwege de Staten die partij zijn bij dat Verdrag in het gedrang. De in het geding zijnde bepaling schendt dus evenmin de verplichting van de Staat om die beide rechten voor het voormelde kind zonder enige discriminatie te waarborgen overeenkomstig artikel 2, lid 1, van hetzelfde Verdrag.

Wat vervolgens de inachtneming van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens betreft, heeft het in het geding zijnde artikel 73*quater* niet ten doel het privé- en gezinsleven, het huis of de briefwisseling te regelen van een kind dat, geboren uit een onbekende vader en verlaten door zijn moeder, door een natuurlijke persoon ten laste is genomen met toepassing van de Marokkaanse wet nr. 15-01. De in het geding zijnde bepaling vormt

evenmin een inmenging van het openbaar gezag in het recht van dat kind op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

Wat ten slotte de inachtneming van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens betreft, heeft artikel 73<sup>quater</sup> van de samengeordende wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders niet ten doel het statuut te regelen van de eigendom van een kind, noch *a fortiori* van de eigendom van een kind dat, geboren uit een onbekende vader en verlaten door zijn moeder, door een natuurlijke persoon ten laste is genomen met toepassing van de Marokkaanse wet nr. 15-01.

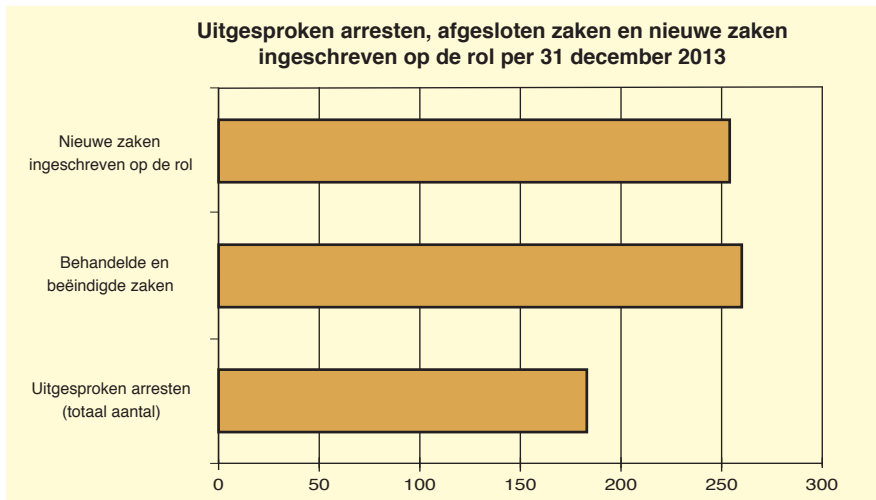
Bovendien was de wetgever, wegens de al eerder in herinnering gebrachte verschillen tussen de adoptie zoals zij is georganiseerd door het Belgische burgerlijk recht en de instelling van de *kafala* zoals zij is georganiseerd door het Marokkaanse recht, niet ertoe gehouden aan de personen die een kind opvangen in het kader van een *kafala* de premie toe te kennen die hij heeft ingesteld ten voordele van de ouders die een kind adopteren met toepassing van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek. Overigens heeft de weigering een adoptiepremie toe te kennen bij de tenlasteneming van een kind in het kader van een *kafala* voor dat kind geen onevenredige gevolgen aangezien het, in zoverre het deel uitmaakt van het huishouden van de volwassenen die te zijnen aanzien voor de *kafala* instaan, recht geeft op kinderbijslag.

Het Hof beslist bijgevolg dat artikel 73<sup>quater</sup> van de samengeordende wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders de artikelen 10, 11 en 22<sup>bis</sup> van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 2 en 20 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij dat laatste Verdrag, niet schendt.

# STATISTIEKEN VAN DE ACTIVITEITEN VAN HET HOF IN 2013<sup>1</sup>

## 1. Algemeen

1.1. In 2013 heeft het Hof 183 arresten uitgesproken. Het sluit daarmee 260 zaken definitief af. Er werden bovendien 2 zaken definitief afgesloten met een beschikking en 1 zaak met een bericht gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*<sup>2</sup>. Gedurende hetzelfde jaar werden bij het Hof 254 nieuwe zaken aanhangig gemaakt.

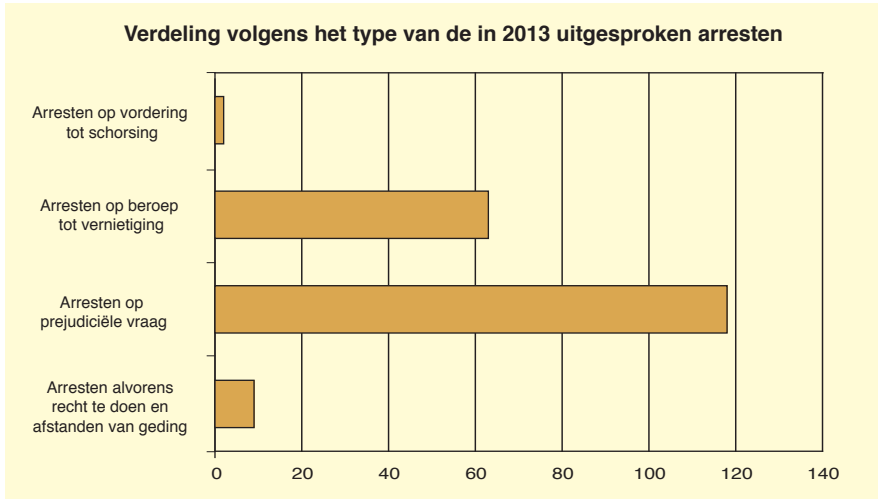


1.2. Van de in 2013 gewezen arresten werden er 2 uitgesproken op vordering tot schorsing, 118 op prejudiciële vraag en 63 op beroep tot vernietiging, waarvan 2 afstanden van geding (arresten *nrs.* 41/2013 en 142/2013). 7 arresten zijn arresten alvorens recht te doen (arresten *nrs.* 18/2013, 68/2013, 124/2013 en 172/2013 waarbij prejudiciële vragen worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie ; in het arrest *n*° 82/2013, houdt het Hof onder andere de uitspraak aan in afwachting van het antwoord van het Hof van

<sup>1</sup> Uitgewerkt door Viviane MEERSCHAERT en François VANDEVENNE, eerste attaché en attaché bij het Grondwettelijk Hof, met de medewerking van Vanessa GERENDAL, deskundige bij het Grondwettelijk Hof, op grond van de gegevens die door de diensten van het Hof ter beschikking werden gesteld.

<sup>2</sup> 4 maart 2013, blz. 13316

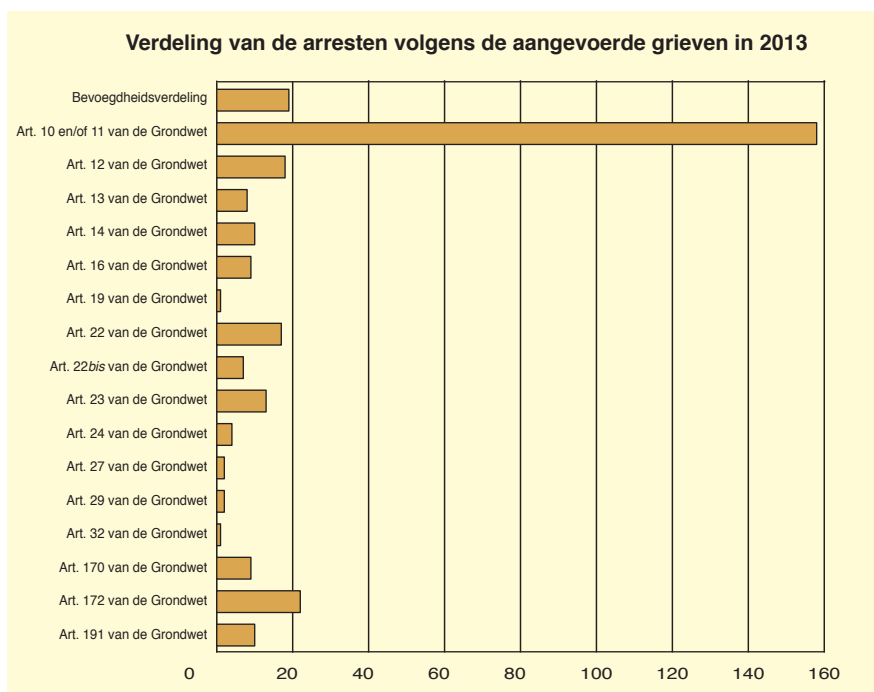
Justitie van de Europese Unie op de prejudiciële vraag die is gesteld in een ander arrest ; in het arrest *n° 113/2013* schort het Hof het onderzoek van de zaak op totdat het Hof zal hebben geantwoord op een prejudiciële vraag in een andere zaak ; ten slotte, in het arrest *nr. 10/2013*, verwerpt het Hof een vordering tot wraking).



1.3. De verdeling van de arresten op grond van de aangevoerde grieven :

<b>Soort in het geding zijnde contentieux</b>	
Bevoegdheidsverdeling	19
Art. 10 en/of 11 van de Grondwet	158
Art. 12 van de Grondwet	18
Art. 13 van de Grondwet	8
Art. 14 van de Grondwet	10
Art. 16 van de Grondwet	9
Art. 19 van de Grondwet	1
Art. 22 van de Grondwet	17
Art. 22bis van de Grondwet	7
Art. 23 van de Grondwet	13
Art. 24 van de Grondwet	4

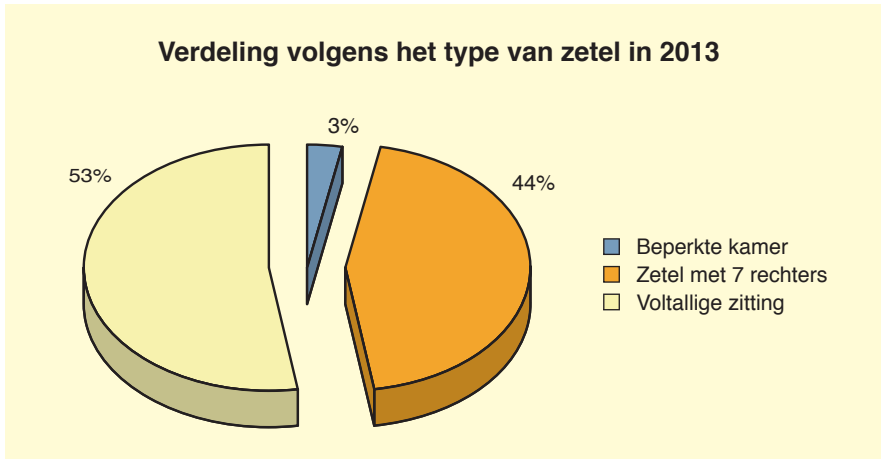
Art. 27 van de Grondwet	2
Art. 29 van de Grondwet	2
Art. 32 van de Grondwet	1
Art. 170 van de Grondwet	9
Art. 172 van de Grondwet	22
Art. 191 van de Grondwet	10



1.4. Gedurende dezelfde periode heeft het Hof 12 arresten gewezen na voorafgaande rechtspleging. Het besluit in 3 arresten tot een klaarblijkelijke niet-ontvankelijkheid en, in 1 arrest, tot een klaarblijkelijke niet-bevoegdheid. In 2 andere arresten, besluit het Hof tot een klaarblijkelijke niet-ontvankelijkheid omdat het beroep betrekking heeft op een onderwerp dat niet valt onder de bevoegdheid van het Hof. Het Hof wijst 6 arresten van onmiddellijk antwoord. Daarvan wordt 1 arrest gewezen op beroep tot vernietiging (en vernietigt het Hof effectief de aangevochten bepaling) en 5 arresten worden gewezen op prejudiciële vraag, waarvan 3 arresten een vaststelling van schending zijn, 1 arrest een

vaststelling van niet-schending is en ten slotte in 1 arrest het Hof een lacune in de wetgeving vaststelt.

1.5. Wat de samenstelling van de zetels betreft, zijn 81 arresten geweest door een zetel van zeven rechters, 96 in voltallige zitting en 6 in beperkte kamer.



## 2. Arresten op beroep tot vernietiging

2.1. Voor het jaar 2013 is de verdeling volgens de categorie van de verzoekers de volgende :

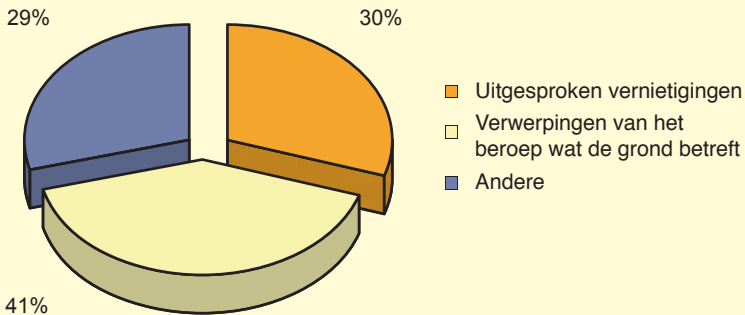
<b>Institutionele verzoekers</b>	<b>Aantal</b>	<b>%</b>
Ministerraad	1	
Vlaamse Regering	3	
Waalse Regering	-	
Franse Gemeenschapsregering	-	
Regering van de Duitstalige Gemeenschap	-	
Brusselse Hoofdstedelijke Regering	-	
Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie	-	
College van de Franse Gemeenschapscommissie	-	
Voorzitter van een wetgevende vergadering	-	
<b>Totaal</b>	4	5 %
<b>Individuele verzoekers</b>		
Natuurlijke personen	37	
Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen	43	
Andere (feitelijke verenigingen,...)	-	
<b>Totaal</b>	80	95 %
<b>Algemeen totaal</b>	84	100 %

Opmerking : In deze tabel zijn, enkel voor de arresten gewezen op beroep tot vernietiging, de verzoekers per categorie weergegeven. Verschillende categorieën van verzoekers kunnen bovendien bij eenzelfde procedure aanwezig zijn.

2.2. Tijdens datzelfde jaar heeft het Hof 63 arresten op beroep tot vernietiging gewezen. In 19 arresten vernietigt het Hof de bestreden bepaling(en). 3 van deze arresten keuren een (of meer) leemte(n) in de wetgeving af. In 4 daarvan handhaaft het Hof de gevolgen van de vernietigde bepaling(en). 26 arresten houden een verwerping ten

gronde in. In 3 arresten verklaart het Hof het beroep onontvankelijk en, in 5 andere arresten, klaarblijkelijk onontvankelijk. In 1 arrest, verklaart het Hof zich klaarblijkelijk onbevoegd en, in 1 ander arrest, schrapt het Hof het beroep onder voorwaarden. Het Hof verwerpt 1 verzoek tot wraking en wijst de afstand toe in 2 arresten. In 1 arrest schort het Hof het onderzoek van de zaak op totdat het zal hebben geantwoord op een prejudiciële vraag in een andere zaak. In 1 arrest beslist het Hof gelijktijdig tot schrapping van de rol onder voorwaarden voor een deel van het beroep, houdt de uitspraak over een ander deel van het beroep aan in afwachting van het antwoord van het Hof van Justitie van de Europese Unie op een prejudiciële vraag die door het Hof werd gesteld in een ander arrest en verwerpt het beroep voor het overige. In 3 arresten, ten slotte, stelt het Hof prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

**Verdeling volgens het dictum van de arresten  
gewezen op beroep tot vernietiging in 2013**





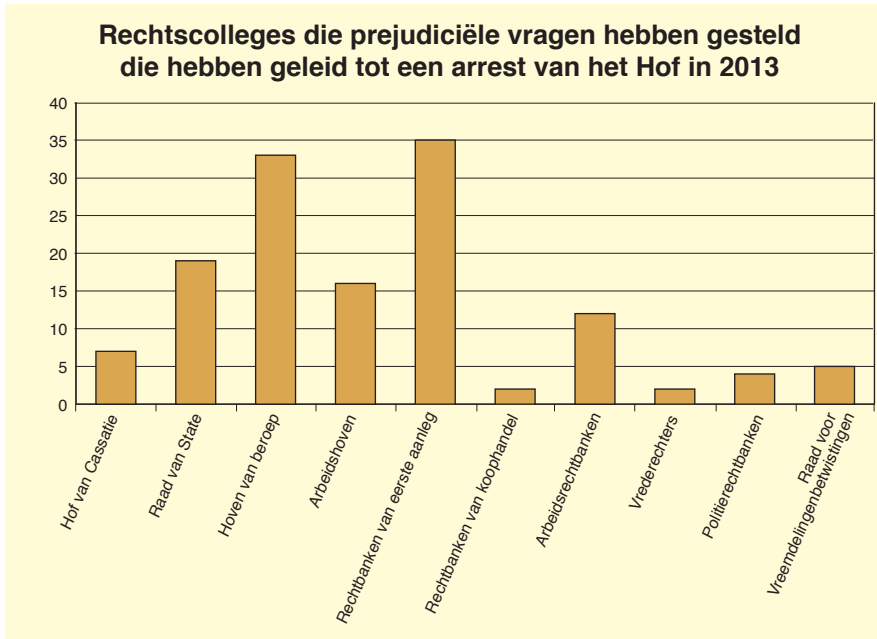
### 3. Arresten op vordering tot schorsing

In 2013 heeft het Hof 2 arresten op vordering tot schorsing gewezen. Een daarvan willigt de vordering in ; in het andere arrest verwerpt het Hof de vordering omdat de voorwaarden om te schorsen niet vervuld zijn.

### 4. Arresten op prejudiciële vraag

4.1. De verschillende categorieën van rechtscolleges die aan het Hof prejudiciële vragen hebben gesteld die hebben geleid tot een arrest van het Hof in 2013, kunnen op de volgende manier worden ingedeeld :

Verwijzende rechtscolleges	2013
Hof van Cassatie	7
Raad van State	19
Hoven van beroep	33
Arbeidshoven	16
Rechtbanken van eerste aanleg	35
Rechtbanken van koophandel	2
Arbeidsrechtbanken	12
Vrederechters	2
Politierechtbanken	4
Raad voor Vreemdelingenbetwistingen	5
<b>Totaal</b>	<b>135</b>



4.2. Het Hof heeft 118 arresten op prejudiciële vraag gewezen. In 40 arresten wordt een schending vastgesteld. 7 daarvan hebben een alternatief *dictum* waarin het Hof in een bepaalde interpretatie een schending vaststelt en in een andere interpretatie een niet-schending. In 12 arresten betreft het een schending die haar oorsprong vindt in een lacune in de wetgeving. 64 arresten zijn vaststellingen van niet-schending, waarvan 4 niet-schending volgens bepaalde modaliteiten. In 5 arresten verklaart het Hof dat de vraag geen antwoord behoeft. In 3 arresten stelt het Hof dat de prejudiciële vra(a)g(en) niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort (behoren) en, in 3 andere arresten, stelt het Hof dat de prejudiciële vraag zonder voorwerp is. In 2 arresten, verwijst het Hof de zaak terug naar de verwijzende rechter. In 1 arrest, ten slotte, stelt het Hof prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

**Verdeling volgens het dictum van de arresten  
gewezen op prejudiciële vragen in 2013**

