

Juridische nota

Advies stemrecht niet-EU-burgers OCMW-raadsverkiezingen

AUTEUR	GD&A Advocaten
CLIËNT	Gemeente Voeren
REFERENTIE	RE-23-17036
DATUM	22/11/2023

Inhoudsopgave

1. VRAAGSTELLING	2
2. JURIDISCHE ANALYSE	3
2.1. Wettelijk kader	3
2.1.1. Artikel 8 van de Grondwet	3
2.1.1.1. <i>De achterliggende Europese context van de grondwetswijziging van artikel 8 van de Grondwet</i>	4
2.1.1.2. <i>De grondwetsherziening</i>	8
2.1.2. Wet van 19 maart 2004 tot toekenning van het actief kiesrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen aan vreemdelingen	9
2.1.3. Bevoegdheidsverdeling tussen de gewesten en de federale overheid.....	10
2.1.3.1. <i>Bevoegdheidsverdeling met betrekking tot de lokale besturen</i>	10
2.1.3.2. <i>Bevoegdheidsverdeling met betrekking tot het kiesrecht van vreemdelingen</i>	13
2.2. Vaststellingen	16
2.3. Actiemogelijkheden	19
2.3.1. Voorafgaand aan de verkiezingen: een ingebrekestelling en aansprakelijkheidsvordering op basis van artikel 1382 (Oud) Burgerlijk Wetboek	19
2.3.1.1. <i>Fout – schade – causaal verband</i>	20
2.3.1.2. <i>De lacune wegwerken: de wetgever of de rechter?</i>	21
2.3.2. Na de verkiezingen: bezwaar indienen	23
2.3.2.1. <i>Bij welke instantie?</i>	23
2.3.2.2. <i>Bezwaar: hoe ongeldigheid laten vaststellen?</i>	27
3. CONCLUSIE	28

1. VRAAGSTELLING

1. Een gemeenteraadslid van de gemeente Voeren diende een motie in over het gebrek aan actief stemrecht van niet-EU-burgers voor de rechtstreekse OCMW-raadsverkiezingen in de gemeente Voeren. Vreemdelingen die geen EU-burger zijn, moeten aan bijzondere voorwaarden voldoen om te kunnen deelnemen aan de gemeenteraadsverkiezingen. Zij zijn echter uitgesloten van deelname aan de OCMW-raadsverkiezingen.

De gemeente Voeren, maar ook de gemeenten Kraainem, Drogenbos, Linkebeek, Wezembeek-Oppem, Wemmel en Sint-Genesius-Rode (i.e. de taalfaciliteitengemeenten; hierna: de 6 randgemeenten), zijn onderworpen aan een bijzondere regeling waar de leden van de OCMW-raad rechtstreeks verkozen worden.

Deze situatie is anders in de overige steden en gemeenten binnen het Vlaamse Gewest, te meer sinds de beslissing van de Vlaamse Overheid om de samenstelling van de gemeente- en OCMW-raad gelijk te trekken: de verkiezing als gemeenteraadslid betekent dat deze persoon in beginsel automatisch lid is van de OCMW-raad. Bijgevolg kunnen die niet-EU-burgers die gerechtigd zijn om deel te nemen aan de gemeenteraadsverkiezingen in hun stad of gemeente *de facto* ook deelnemen aan de OCMW-raadsverkiezingen.

2. Dit is niet het geval voor die niet-EU-burgers die woonachtig zijn in Voeren of de 6 randgemeenten. Zodat dit overkomt als onrechtvaardig en ongrondwettig.

De gemeente Voeren legde de kwestie reeds voor aan (toenmalig) Vlaams Minister van Binnenlands Bestuur Bart Somers en Federaal Minister van Binnenlandse Zaken Annelies Verlinden. Minister Somers gaf te kennen de motie te steunen en deelde mee dat hij contact had opgenomen met Minister Verlinden.

Minister Verlinden antwoordde per brief van 6 november 2023 het volgende:

"Ik wijs er vooreerst op dat op dit moment geen bepaling van internationaal of supranationaal recht de federale wetgever oplegt om de onderdanen van de lidstaten van de EU stemrecht te verlenen bij de verkiezing van de organen van de OCMWs. De bijlage bij Richtlijn 94/80/EG dient eerst melding te maken van dit recht, wat op heden niet het geval is. Zonder deze melding zou een wijziging van de Belgische wetgeving ongrondwettig zijn (cf. artikel 8 van de Grondwet).

Om EU-burgers stemrecht te geven bij de verkiezing van de OCMW-raad in o.a. Voeren, dient bovendien ook de Pacificatiewet van 9 augustus 1988 te worden aangepast. Deze wijziging vereist een bijzondere meerderheid in het Parlement.

Uw vraag dient aldus deel uit te maken van een ruimere discussie rond de hervorming van de Belgische kieswetgeving. De kans is evenwel reëel dat de vraag op korte termijn niet tot een brede consensus zal leiden."

GD&A Advocaten wordt enerzijds verzocht om hierover advies uit te brengen.

Anderzijds wordt gevraagd welke mogelijke acties daartegenover bestaan, zodanig dat een einde kan gemaakt worden aan deze ongrondwettigheid.

Onderstaand vindt u onze juridische analyse.

2. JURIDISCHE ANALYSE

2.1. Wettelijk kader

2.1.1. Artikel 8 van de Grondwet

3. Artikel 8 van de Grondwet¹ luidt als volgt:

"De staat van Belg wordt verkregen, behouden en verloren volgens de regelen bij de burgerlijke wet gesteld.

De Grondwet en de overige wetten op de politieke rechten bepalen welke de vereisten zijn waaraan men moet voldoen, benevens de staat van Belg, om die rechten te kunnen uitoefenen. In afwijking van het tweede lid kan de wet het stemrecht regelen van de burgers van de Europese Unie die niet de Belgische nationaliteit hebben, overeenkomstig de internationale en supranationale verplichtingen van België.

Het stemrecht bedoeld in het vorige lid kan door de wet worden uitgebreid tot de in België verblijvende niet-Europese Unie onderdanen, onder de voorwaarden en op de wijze door haar bepaald.

Overgangsbepaling

De wet bedoeld in het vierde lid kan niet worden aangenomen vóór 1 januari 2001."²

Deze grondwetsbepaling is het resultaat van de grondwetsherziening van 11 december 1998.³

4. Artikel 8 van de Grondwet regelt het stemrecht voor vreemdelingen. Het begrip "stemrecht" dekt⁴ hier zowel het actief als het passief stemrecht, d.w.z. het recht om kiezer te zijn ('kiesrecht'), respectievelijk verkozen te worden ('verkiezbaarheidsrecht').

Het kiesrecht en het verkiezbaarheidsrecht zijn fundamentele politieke (grond)rechten die hun grondslag vinden in het recht van de burger op deelneming aan de uitoefening van de soevereiniteit. Zij betreffen het recht om, als kiezer of als kandidaat, deel te nemen aan de verkiezingen voor de beraadslagende vergaderingen van de federale Staat, de gemeenschappen, de gewesten, de provincies en de gemeenten.⁵

Het kies- en verkiezbaarheidsrecht zijn bovendien rechten die krachtens de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, zonder discriminatie moeten worden gewaarborgd. Net zoals alle grondrechten, zijn ook deze rechten niet absoluut. Zij kunnen worden beperkt op voorwaarde dat die beperkingen een wettig doel nastreven en evenredig zijn met dat doel.⁶

5. Opdat artikel 8, 10 en 11 van de Grondwet toepassing kunnen vinden, is het irrelevant of het om rechtstreekse of onrechtstreekse verkiezingen gaat. Zo oordeelde het Grondwettelijk Hof reeds over de (vroegere) onrechtstreekse verkiezingen van de OCMW-raden:

¹ Gec. Grondwet 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994, 4054 (hierna: Gw.).

² Het spreekt enigszins voor zich dat de overgangsbepaling op heden geen rol meer speelt.

³ *BS* 15 december 1998, 39816 en in werking getreden op 25 december 1998.

⁴ Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet en voor de hervorming der instellingen (P. DEWAELE) over de herziening van artikel 8 van de Grondwet, *Parl.St.* Kamer 1995-96, nr. 354/5, 4; Verslag namens de Commissie voor de Institutionele aangelegenheden (NOTHOMB) over de herziening van artikel 8 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1-1131/3, 27.

⁵ GwH 16 februari 2012, nr. 22/2012, overw. B.4.4; GwH 6 juni 2014, nr. 87/2014, overw. B.3.1; GwH 13 oktober 2016, nr. 130/2016, overw. B.11.2; GwH 16 juli 2020, nr. 109/2020, overw. B.5.1.

⁶ GwH 6 juni 2014, nr. 87/2014, overw. B.3.2; GwH 16 juli 2020, nr. 109/2020, overw. B.5.2.

*"De voormelde waarborgen, waarin de artikelen 8, 10 en 11 van de Grondwet voorzien, **gelden niet alleen voor de rechtstreekse verkiezingen van de hiervoor genoemde beraadslagende vergaderingen, maar evenzeer**, zoals te dezen, **voor onrechtstreekse verkiezingen**, waarbij de kandidaat-werkende leden en de kandidaat-opvolgers **voor de raad voor maatschappelijk welzijn**, overeenkomstig artikel 10, § 1, van het decreet van 19 december 2008, eerst door de verkozenen voor de gemeenteraad worden voorgedragen en vervolgens de leden van de raad voor maatschappelijk welzijn, overeenkomstig artikel 10, § 3, van hetzelfde decreet, door de gemeenteraad worden verkozen, nadat de gemeenteraad heeft nagegaan of de voordrachtsakte ontvankelijk is overeenkomstig de voorwaarden, vermeld in artikel 10, § 1 (artikel 10, § 2, van hetzelfde decreet)."*

Het derde en vierde lid van artikel 8 van de Grondwet voorzien dus in de mogelijkheid voor de wetgever om voorwaarden te koppelen aan het kies- en verkiesbaarheidsrecht van vreemdelingen bij rechtstreekse en onrechtstreekse verkiezingen (lees: het grondrecht te beperken).

2.1.1.1. De achterliggende Europese context van de grondwetswijziging van artikel 8 van de Grondwet

6. Op basis van het derde lid van artikel 8 kan de federale wetgever het stemrecht van de burgers van de Europese Unie en van derdelanders regelen "overeenkomstig de internationale en supranationale verplichtingen van België".

De volgende internationale en supranationale verplichtingen waren van kracht ten tijde van de grondwetsherziening:

In eerste instantie Artikel 8 B van het Verdrag van Maastricht van 1992 (het Verdrag betreffende de Europese Unie)⁸, dewelke als volgt luidde:

"1 . Iedere burger van de Unie die verblijf houdt in een Lid-Staat waarvan hij geen onderdaan is, bezit het actief en passief kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen in de Lid-Staat waar hij verblijft, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die Staat. Dit recht wordt uitgeoefend onder voorbehoud van de nadere regelingen die op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement vóór 31 december 1994 met eenparigheid van stemmen door de Raad worden vastgesteld ; deze nadere regelingen kunnen voorzien in afwijkingen wanneer zulks gerechtvaardigd wordt door bijzondere problemen in een Lid-Staat.

2 . Onverminderd artikel 138 , lid 3 , en de bepalingen ter uitvoering daarvan, heeft iedere burger van de Unie die verblijf houdt in een Lid-Staat waarvan hij geen onderdaan is, het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement in de Lid-Staat waar hij verblijft, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die Staat. Dit recht wordt uitgeoefend onder voorbehoud van de nadere regelingen die op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement vóór 31 december 1993 met eenparigheid van

⁷ GwH 6 juni 2014, nr. 87/2014, overw. B.3.3.

⁸ Verdrag betreffende de Europese Unie, *Pb.C.* 29 juli 1992, afl. 191, 1.

stemmen door de Raad worden vastgesteld ; deze nadere regelingen kunnen voorzien in afwijkingen wanneer zulks gerechtvaardigd wordt door bijzondere problemen in een bepaalde Lid-Staat.”

In tweede instantie de Richtlijn nr. 94/80/EG van de Raad van 19 december 1994 tot vaststelling van de wijze van uitoefening van het actieve en passieve kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen ten behoeve van de burgers van de Unie die verblijven in een Lid-Staat waarvan zij de nationaliteit niet bezitten (hierna: Richtlijn nr. 94/80/EG).⁹

7. Op heden, is deze regeling terug te vinden in de artikelen 20 en 22 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

Artikel 20 VWEU:

"1. Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie komt naast het nationale burgerschap doch komt niet in de plaats daarvan.

2. De burgers van de Unie genieten de rechten en hebben de plichten die bij de Verdragen zijn bepaald. Zij hebben, onder andere,

a) het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven;

b) het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement en bij de gemeenteraadsverkiezingen in de lidstaat waar zij verblijf houden, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat;

c) het recht op bescherming van de diplomatieke en consulaire instanties van iedere andere lidstaat op het grondgebied van derde landen waar de lidstaat waarvan zij onderdaan zijn, niet vertegenwoordigd is, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die lidstaat;

d) het recht om verzoekschriften tot het Europees Parlement te richten, zich tot de Europese ombudsman te wenden, alsook zich in een van de talen van de Verdragen tot de instellingen en de adviesorganen van de Unie te richten en in die taal antwoord te krijgen.

Deze rechten worden uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen welke bij de Verdragen en de maatregelen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.”

Artikel 22 VWEU:

"1. Iedere burger van de Unie die verblijf houdt in een lidstaat waarvan hij geen onderdaan is, bezit het actief en passief kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen in de lidstaat waar hij verblijft, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat. Dit recht wordt uitgeoefend onder voorbehoud van de door de Raad met eenparigheid van stemmen, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, en na raadpleging van het Europees Parlement vastgestelde nadere regelingen; deze nadere regelingen kunnen voorzien in afwijkingen wanneer zulks gerechtvaardigd wordt door bijzondere problemen in een lidstaat.

⁹ Richtl. Raad 94/80/EG 19 december 1994 tot vaststelling van de wijze van uitoefening van het actieve en passieve kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen ten behoeve van de burgers van de Unie die verblijven in een Lid-Staat waarvan zij de nationaliteit niet bezitten, *Pb.L.* 31 december 1994, afl. 368, 38.

2. Onverminderd artikel 223, lid 1, en de bepalingen ter uitvoering daarvan, heeft iedere burger van de Unie die verblijf houdt in een lidstaat waarvan hij geen onderdaan is, het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement in de lidstaat waar hij verblijft, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat. Dit recht wordt uitgeoefend onder voorbehoud van de door de Raad met eenparigheid van stemmen, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, en na raadpleging van het Europees Parlement vastgestelde nadere regelingen; deze nadere regelingen kunnen voorzien in afwijkingen wanneer zulks gerechtvaardigd wordt door bijzondere problemen in een bepaalde lidstaat.”

Richtlijn nr. 94/80/EG is nog steeds van kracht.¹⁰

8. Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat deze Europese regels zich **beperken tot de gemeenteraadsverkiezingen.**

Derhalve stelt zich de vraag wat volgens de Europese wetgever dient begrepen te worden onder het begrip “gemeenteraadsverkiezingen”. In het overwegend gedeelte van de Richtlijn nr. 94/80/EG staat het volgende te lezen:

*“Overwegende dat het lokale bestuur van de Lid-Staten een weerspiegeling is van uiteenlopende politieke en juridische tradities en wordt gekenmerkt door een grote verscheidenheid aan structuren; dat het begrip gemeenteraadsverkiezingen **verschilt per Lid-Staat**; dat derhalve het voorwerp van deze richtlijn dient te worden **verduidelijkt** door het begrip gemeenteraadsverkiezingen te definiëren; dat deze verkiezingen betrekking hebben op de **algemene en rechtstreekse verkiezingen** op het niveau van **de primaire lokale lichamen** en hun onderverdelingen; dat het de algemene en rechtstreekse verkiezingen van zowel de gemeentelijke vertegenwoordigende vergaderingen als de leden van het gemeentebestuur betreft;”*

Het begrip werd (wordt) uitdrukkelijk gedefinieerd in artikel 2, lid 1, sub b) van de Richtlijn nr. 94/80/EG:

“1. In deze richtlijn wordt verstaan onder (...)

b) „gemeenteraadsverkiezingen“: de algemene en rechtstreekse verkiezingen ter aanwijzing van de leden van de vertegenwoordigende vergadering en, in voorkomend geval, van het hoofd en de leden van het bestuur van een primair lokaal lichaam overeenkomstig de wetgeving van elke Lid-Staat;”

Opdat van “gemeenteraadsverkiezingen” sprake kan zijn, moet het aldus gaan om algemene en rechtstreekse verkiezingen van het bestuur van een primair lokaal lichaam.

Bijgevolg is het eveneens van belang om te weten welke definitie de Europese wetgever heeft gegeven aan het begrip “primair lokaal lichaam”.

Die definitie is terug te vinden in artikel 2, lid 1, sub a) van de Richtlijn nr. 94/80/EG:

¹⁰ Geconsolideerde versie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01994L0080-20130701>.

"a) „primair lokaal lichaam“: **de in de bijlage genoemde overheidslichamen die overeenkomstig de wetgeving van elke Lid-Staat beschikken over op grond van algemene, rechtstreekse verkiezingen verkozen organen en op eigen verantwoordelijkheid bevoegd zijn voor het bestuur van bepaalde lokale aangelegenheden op het basisniveau van de politieke en administratieve organisatie;**"

In de bijlage van de Richtlijn nr. 94/80/EG staat te lezen wat voor België dient verstaan te worden onder primair lokaal lichaam:

BIJLAGE

Voor de toepassing van het bepaalde in artikel 2, lid 1, onder a), van deze richtlijn wordt onder primair lokaal lichaam het volgende verstaan:

in Denemarken:

amtskommune, Københavns kommune, Frederiksberg kommune, primærkommune;

in België:

commune/gemeente/Gemeinde;

9. Kortom, blijkt op basis van het bovenstaande dat het begrip "gemeenteraadsverkiezingen" weldegelijk moet worden begrepen als (of nog: moet worden beperkt tot) het primair lokaal lichaam van de gemeente: de gemeenteraad.

Een bredere interpretatie naar andere lokale lichamen zoals het OCMW is naar onze mening, op basis van het bovenstaande¹¹, uitgesloten.

Het belang van dit Europese kader mag niet worden onderschat. Het is namelijk dit kader waarmee de Belgische grondwetgever rekening heeft gehouden bij de grondwetswijziging van artikel 8 van de Grondwet. De parlementaire voorbereidingen en de eigenlijke grondwetswijziging moeten derhalve in deze context worden bekeken.

De Richtlijn nr. 94/80/EG kwam na het Verdrag van Maastricht van 1992 zodanig dat er redelijkerwijze van mag uitgegaan worden dat de meest recente visie van de Europese wetgever in die Richtlijn vervat zat en - bijgevolg- de meest recente visie was waarmee de Belgische grondwetgever bij de grondwetsherziening in 1998 diende rekening te houden.

¹¹ In het bijzonder op basis van de uitdrukkelijke vermelding door België van "gemeente" in de bijlage van Richtlijn nr. 94/80/EG.

2.1.1.2. De grondwetsherziening

10. De parlementaire voorbereidingen van wetgeving (in brede betekenis) worden klassiek aangewend om te achterhalen welke keuzes de bevoegde regelgever ertoe gebracht hebben om te voorzien in een bepaalde regelgeving.

Dit teneinde na te gaan welke overwegingen ten grondslag hebben gelegen aan de keuze van de grondwetgever om enkel een regeling te treffen omtrent het stemrecht (van niet-EU-burgers) in het kader van de gemeenteraadsverkiezingen.

11. De (eerste) doelstelling achter de aanpassing van artikel 8 van de Grondwet was -zoals zonet aangehaald- om de Belgische Grondwet in overeenstemming te brengen met het hoger geschetste Europese Unierecht.¹² Daarnaast lijkt er ook een tweede doelstelling voorhanden te zijn:

*"(...) ook de politieke rechten aan te passen aan de jongste grondwettelijke evoluties (cf. in verband daarmee het recente artikel 23 van de Grondwet dat elkeen economische, sociale en culturele rechten verleent, alsook de andere artikelen van Titel II)."*¹³

Er gingen dan ook meteen stemmen op om ook in een regeling te voorzien voor niet-EU-burgers, teneinde deze niet te discrimineren, doch onder welbepaalde voorwaarden.¹⁴

12. Uit diverse passages in de parlementaire voorbereidingen valt te lezen dat de grondwetgever zich bewust was van het feit dat men enkel in een regeling zou voorzien aangaande de gemeenteraadsverkiezingen, en **de OCMW-raadsverkiezingen uit te sluiten**:

"— de eerste minister verklaarde in zijn inleidende uiteenzetting dat de beoogde regeling enkel van toepassing zal zijn op rechtstreekse verkiezingen, wat de OCMW-raden uitsluit. Het lid wijst er echter op dat in bepaalde faciliteitengemeenten de OCMW-raden, tezamen met de gemeenteraden, rechtstreeks worden verkozen. Is de beoogde regeling hiervoor ook van toepassing of niet? Indien niet, dan is volgens het lid het gevaar groot dat er een verschil in samenstelling zou kunnen ontstaan tussen de gemeenteraden en de OCMW-raden van dezelfde gemeenten.

(...)

Wat de tweede vraag betreft, verduidelijkt de eerste minister dat alle OCMW-raden uitgesloten zijn van de beoogde regeling, ook die OCMW-raden die rechtstreeks worden verkozen. Het gevaar voor verschillende meerderheden in de gemeenteraad en de OCMW-raad kan zich volgens de eerste minister enkel voordoen in het schoolvoorbeeld waarbij de EU-burgers verkozen zouden worden op louter Europese lijsten. Indien zij kandidaat zouden zijn op lijsten van bestaande politieke partijen, zal het geheel van de lijst stemmen in de gemeenteraad om

¹² Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet en voor de hervorming der instellingen (P. DEWAEL) over de herziening van artikel 8 van de Grondwet, *Parl.St.* Kamer 1995-96, nr. 354/5.

¹³ Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet en voor de hervorming der instellingen (P. DEWAEL) over de herziening van artikel 8 van de Grondwet, *Parl.St.* Kamer 1995-96, nr. 354/5, 2.

¹⁴ *Ibid.*, 2, 4 en 6.

*de leden van de OCMW-raden aan te stellen. Maar er zijn geen niet-Belgische-EU-burgers die kandidaat kunnen zijn.*¹⁵

13. Bijgevolg kan er weinig tot geen discussie bestaan over de keuze van de grondwetgever om enkel in een regeling te voorzien voor een kies- en verkiesbaarheidsrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen.

2.1.2. Wet van 19 maart 2004 tot toekenning van het actief kiesrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen aan vreemdelingen

14. Artikel 8 van de Grondwet stelt dus dat het aan de federale wetgever toekomt om de voorwaarden voor de uitoefening van het kiesrecht te bepalen.

Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen twee categorieën vreemdelingen:

- Vreemdelingen die de nationaliteit van een lidstaat van de Europese Unie bezitten (Unieburgers);¹⁶
en
- Vreemdelingen uit landen die niet behoren tot de Europese Unie (derdelanders).¹⁷

De eerste categorie beschikt over een volledig (actief en passief) kiesrecht op gemeentelijk niveau, vermits de Belgische wetgever wat deze categorie betreft rekening moest houden met haar internationale en supranationale verplichtingen (i.e. het hierboven geschetste Europese kader).

De tweede categorie beschikt slechts over een actief kiesrecht op gemeentelijk niveau. Wat deze categorie betreft, zijn er geen internationale en supranationale verplichtingen dat België in acht moet nemen, zodanig dat de voorwaarden voor het bestaan en de uitoefening van dit kiesrecht volledig afhankelijk zijn van hetgeen de Belgische federale wetgever vaststelt (heeft vastgesteld).

15. De federale wetgever heeft de bevoegdheid die de Grondwet haar toekent uitgeput middels het uitvaardigen van de Wet van 19 maart 2004 tot toekenning van het actief kiesrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen aan vreemdelingen¹⁸ (hierna: de wet van 19 maart 2004).

De wet van 19 maart 2004 is een wijzigingswet dat de gemeentekieswet¹⁹ heeft gewijzigd, meer bepaald door de invoering van artikel 1*ter*:

"De hoedanigheid van gemeenteraadskiezer kunnen eveneens verwerven de vreemdelingen op wie artikel 1bis niet van toepassing is, op voorwaarde dat:

¹⁵ Verslag namens de Commissie voor de Institutionele aangelegenheden (NOTHOMB) over de herziening van artikel 8 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1-1131/3, 26. Volledigheidshalve kan worden vermeld dat dit ook zo werd toegelicht in een casus voor de Raad van State, zie RvS 18 september 2000, nr. 89.673, Swinkels.

¹⁶ Art. 8, derde lid Gw.

¹⁷ Art. 8, vierde lid Gw.

¹⁸ Wet 19 maart 2004 tot toekenning van het actief kiesrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen aan vreemdelingen, *BS* 23 april 2004 en in werking getreden op 3 mei 2004. Daartegen werd een vernietigingsberoep ingesteld bij het toenmalige Arbitragehof, welke het beroep heeft afgewezen als onontvankelijk. Zie Arbitragehof 3 november 2004, nr. 181/2004.

¹⁹ Gec. Gemeentekieswet 4 augustus 1932, *BS* 12 augustus 1932, 4404.

1° die vreemdelingen bij de gemeente waar zij hun hoofdverblijfplaats hebben een schriftelijke aanvraag indienen overeenkomstig het model bepaald bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, met vermelding van:

a) hun nationaliteit;

b) het adres van hun hoofdverblijfplaats;

c) een verklaring waarin de indiener van de aanvraag zich ertoe verbindt de Grondwet, de wetten van het Belgische volk en het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden na te leven.

Aan de betrokkene wordt een attest van die verklaring overhandigd. Zo hij later een aanvraag indient om in een andere gemeente op de kiezerslijst te worden ingeschreven, legt hij dat attest voor;

2° die vreemdelingen op het ogenblik van de indiening van de aanvraag vijf jaar ononderbroken hoofdverblijfplaats in België gedekt door een wettelijk verblijf kunnen laten gelden.

Artikel 1, § 1, 2°, 3°, 4°, en artikel 1bis, § 2, tweede en volgende leden, en §§ 3 en 4, zijn van toepassing op de in dit artikel bedoelde vreemdelingen."

Samengevat, blijkt uit bovenstaande dat -wil de derdelander een kiesrecht kunnen uitoefenen in de gemeente waar hij verblijft- de vreemdeling gedurende een bepaalde duur in België moet hebben verbleven en dat hij daartoe een schriftelijke aanvraag moet indienen bij de gemeente waar hij zijn hoofdverblijfplaats heeft.

De voorwaarden voor derdelanders om hun actief stemrecht te kunnen uitoefenen zijn derhalve gekoppeld aan hun (hoofd)verblijfplaats en de duur van hun verblijf.

2.1.3. Bevoegdheidsverdeling tussen de gewesten en de federale overheid

2.1.3.1. Bevoegdheidsverdeling met betrekking tot de lokale besturen

16. Het decreet over het lokaal bestuur (hierna: Decreet Lokaal Bestuur)²⁰ heeft destijds een belangrijke wijziging doorgevoerd met betrekking tot de verkiezing en samenstelling van de gemeenteraden en OCMW-raden in de steden en gemeenten van het Vlaamse Gewest.

Een van de belangrijkste vernieuwingen was dat de gemeenteraadsleden door hun verkiezing als gemeenteraadslid automatisch lid worden van de OCMW-raad.²¹ De samenstelling van de gemeenteraad en de OCMW-raad is daardoor (in beginsel) identiek.²²

17. Het staat intussen definitief vast dat de Vlaamse decreetgever de (politieke) samenstelling en verkiezing van de gemeenteraden en OCMW-raden mocht regelen.²³

Deze bevoegdheid van de gewesten volgt sinds de 5^{de} Staatshervorming van 2001 uit de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (hierna: BWHI)²⁴.

²⁰ Decr.VI. 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *BS* 15 februari 2018 (hierna: Decreet Lokaal Bestuur).

²¹ Art. 68, § 1 Decreet Lokaal Bestuur.

²² MvT bij het ontwerp van decreet over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1353/1, 9.

²³ Zie o.m. GwH 7 november 2019, nr. 169/2019.

²⁴ Bijz.W. 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *BS* 15 augustus 1980, 9434.

Concreet bepaalt artikel 6, § 1, VIII, 1°, eerste streepje en 4°, sub a) BWHI het volgende, wat de gemeenten betreft:

"§ 1. De aangelegenheden bedoeld in artikel [39] van de Grondwet zijn :

(...)

VIII. (Wat de **ondergeschikte besturen** betreft :

1° de **samenstelling, organisatie, bevoegdheid en werking van de provinciale en gemeentelijke instellingen** [en van de bovengemeentelijke besturen], **met uitzondering van :**

- de regelingen die krachtens de wet van 9 augustus 1988 [tot wijziging van de gemeentewet, de nieuwe gemeentewet, de gemeentekieswet, de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de provinciewet, het Kieswetboek, de wet tot regeling van de provincieraadsverkiezingen en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen, zoals gewijzigd door de bijzondere wet van 19 juli 2012] en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen opgenomen zijn in de gemeentewet, [de nieuwe gemeentewet,] de gemeentekieswet, de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de provinciewet, het Kieswetboek, de wet tot regeling van de provincieraadsverkiezingen en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen;

(...)

4° de **verkiezing** van de provinciale, [bovengemeentelijke,] **gemeentelijke** en binnengemeentelijke **organen**, alsook van de organen van de agglomeraties en federaties van gemeenten, met inbegrip van [de regeling van en] de controle op de hierop betrekking hebbende verkiezingsuitgaven (en de herkomst van de geldmiddelen die daaraan zijn besteed) :

a) **met uitzondering van** de regelingen die krachtens de wet van 9 augustus 1988 [tot wijziging van de gemeentewet, de nieuwe gemeentewet, de gemeentekieswet, de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de provinciewet, het Kieswetboek, de wet tot regeling van de provincieraadsverkiezingen en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen, zoals gewijzigd door de bijzondere wet van 19 juli 2012] en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen opgenomen zijn in de gemeentewet, [de nieuwe gemeentewet,] de gemeentekieswet, de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de provinciewet, het Kieswetboek, de wet tot regeling van de provincieraadsverkiezingen en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen,

(...)."

Art. 5, § 1, II, sub d) BWHI bepaalt het volgende, wat de OCMW's betreft:

"§ 1. De persoonsgebonden aangelegenheden bedoeld in artikel [128, § 1], van de Grondwet, zijn :

(...)

II. Wat de bijstand aan personen betreft :

(...)

2° Het beleid inzake maatschappelijk welzijn, met inbegrip van de **organieke regels** betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, **met uitzondering van :**

(...)

d) de regelingen met betrekking tot de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van de gemeenten bedoeld in artikelen 6 en 7 van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, en van de gemeenten Komen-Waasten en Voeren, die opgenomen zijn in de artikelen 6, § 4, 11, § 5, 18ter, 27, § 4, en 27bis, § 1, laatste lid, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en in de wet van 9 augustus 1988 [tot wijziging van de gemeentewet, de nieuwe gemeentewet, de gemeentekieswet, de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de provinciewet, het Kieswetboek, de wet tot regeling van de provincieraadsverkiezingen en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen, zoals gewijzigd door de bijzondere wet van 19 juli 2012]. (...)."

Een andere bepaling die daarbij in acht dient genomen te worden is artikel 7bis BWHI:

*"Onverminderd de bepalingen vermeld in artikel 7, § 1, eerste en derde lid, en de artikelen 279 en 280 van de nieuwe gemeentewet, **worden de samenstelling, organisatie, bevoegdheid, werking, aanstelling of verkiezing van de organen van en het administratief toezicht op de gemeenten die gelegen zijn op het grondgebied van eenzelfde gewest door dit gewest op identieke wijze geregeld.**"*

Deze bepaling stelt derhalve dat de gewesten de gemeenten op hun grondgebied principeel gelijk dienen te behandelen. Het toenmalig Arbitragehof oordeelde reeds dat deze bepaling een bijzondere toepassing vormt van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.²⁵ Dit betekent concreet dat een verschil in behandeling tussen gemeenten (waaronder een verschil in behandeling tussen de 6 randgemeenten en Voeren, enerzijds, en de overige gemeenten in het Vlaamse Gewest, anderzijds) mogelijk is mits een redelijke verantwoording die gesteund is op objectieve verschillen.

18. De regeling waaraan de gewesten niet mogen raken (en dus een uitzondering vormen op de aan hen toegekende bevoegdheid), is de zogenaamde Pacificatiewet van 9 augustus 1988²⁶.

De Pacificatiewet bracht specifieke wijzigingen aan in de Nieuwe Gemeentewet²⁷ en in de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna : de OCMW-Wet).²⁸ In de OCMW-wet werd ingevoerd dat de leden van de OCMW-raad rechtstreeks zouden verkozen worden door de burgers.²⁹

19. Op basis van de zojuist geciteerde wetsbepalingen uit de BWHI, is de decreetgever niet bevoegd om zich in te mengen in de regelingen die krachtens de Pacificatiewet zijn opgenomen in de Nieuwe Gemeentewet en de OCMW-wet.³⁰

²⁵ Arbitragehof 25 maart 2003, nr. 35/2003, overw. B.14.4-B.14.5; zie in diezelfde zin GwH 18 mei 2017, nr. 59/2017, overw. 5.2.

²⁶ Wet 9 augustus 1988 tot wijziging van de gemeentewet, de nieuwe gemeentewet, de gemeentekieswet, de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de provinciewet, het Kieswetboek, de wet tot regeling van de provincieraadsverkiezingen en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen, *BS* 13 augustus 1988, 11374.

²⁷ Nieuwe Gemeentewet 24 juni 1988, *BS* 3 september 1988, 12475.

²⁸ Organieke wet 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *BS* 5 augustus 1976, 9876.

²⁹ Art. 17bis OCMW-wet.

³⁰ GwH 7 november 2019, nr. 169/2019, overw. B.8.2.

Het Vlaamse Gewest kan bijgevolg de samenstelling en de verkiezing van de OCMW-raden van de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren niet regelen.

Dit is een duidelijk objectief verschil waaraan de gewesten zich dienen te houden, zodanig dat de gewesten geen schending begaan van het bepaalde in artikel 7bis BWHI.

2.1.3.2. *Bevoegdheidsverdeling met betrekking tot het kiesrecht van vreemdelingen*

20. Bovendien is ook duidelijk dat de Vlaamse decreetgever -ondanks een poging tot- niet het actief en passief stemrecht van vreemdelingen kan regelen.

Het was de ambitie van de Vlaamse decreetgever om in een eigen lokale kieswetgeving te voorzien, hetgeen uiteindelijk het (Vlaams) Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet van 8 juli 2011 ('LPKD') is geworden.

Daarbij stuitte de Vlaamse decreetgever echter op de juridische complicatie betreffende het kiesrecht van vreemdelingen:

*"b) Overleg met de federale overheid over de anomalieën in de kieswetgeving
Met betrekking tot de organisatie van de lokale verkiezingen zijn er nog een aantal **juridische anomalieën ten gevolge van een onvolkomen bevoegdheidsoverdracht naar de gewesten**. Zo kunnen EU-burgers op basis van de huidige regelgeving momenteel **wel deelnemen aan de gemeenteraadsverkiezing, maar niet aan de verkiezing van de OCMW-raad in de zes Vlaamse randgemeenten en Voeren**. EU-burgers kunnen evenmin hun stem uitbrengen voor de verkiezing van de provincieraad.*

(...)

***De rechtstreekse verkiezingen in de zes Vlaamse randgemeenten en Voeren worden georganiseerd volgens federale regels die de gewesten niet kunnen wijzigen.** Daardoor bestaan er een aantal louter technische anomalieën die een eenvormige verkiezingsorganisatie in alle Vlaamse gemeenten bemoeilijken: de paritaire samenstelling van de lijsten, het devolutief effect van de lijststem, de integratie van de akte van bewilliging in de voordrachtsakte, het verkiezingscontentieux enzovoort zouden uniform moeten gelden in alle gemeenten van het Vlaamse Gewest. Het wegwerken van deze anomalieën vraagt echter een beslissing op federaal niveau. Op korte termijn zal de Vlaamse minister bevoegd voor Binnenlands Bestuur de federale Regering hierover aanspreken, met de bedoeling een oplossing moge lijk te maken door middel van een bijkomende bevoegdheidsoverdracht.³¹*

In het ontwerp van decreet staat te lezen dat artikel 1ter van de Gemeentekieswet zou worden geïntegreerd in het nieuwe Vlaamse Lokaal Kieswetboek, zodanig dat deze bepaling in de Gemeentekieswet voor het Vlaams Gewest kon worden opgeheven.³²

³¹ MvT bij het ontwerp van decreet het houdende de organisatie van de lokale en provinciale verkiezingen en houdende wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1084/1, 4 en 5.

³² *Ibid.*, 20 en 24.

Het ontwerp van decreet werd voor advies voorgelegd aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State. De Raad van State stelde dat de Vlaamse decreetgever niet kon raken aan artikel 1ter van de Gemeentekieswet:

*"Zoals de Raad van State in het verleden reeds heeft opgemerkt, volgt uit deze bepalingen dat **alleen de federale wetgever bevoegd is om aan niet-Belgen actief en passief kiesrecht toe te kennen.**"³³*

Er dient te worden vastgesteld dat het advies van de Raad van State aanvankelijk onopgemerkt bleef, vermits de Vlaamse decreetgever toch overging tot opheffing van artikel 1ter van de Gemeentekieswet middels het decreet van 8 juli 2011 houdende de organisatie van de lokale en provinciale verkiezingen en houdende wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.³⁴ Zo luidde artikel 280, 3° van voormeld decreet aanvankelijk:

*"De volgende bepalingen van de Gemeentekieswet, gecoördineerd op 4 augustus 1932, worden opgeheven:
(...)
3° artikel 1ter;"*

Omdat de Vlaamse decreetgever onbevoegd bleek te zijn, werd bovengenoemd artikel 280, 3° later ingetrokken bij artikel 72 van het decreet van 30 juni 2017 houdende wijziging van het Provinciedecreet van 9 december 2005, het Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet van 8 juli 2011, het Digitaal Kiesdecreet van 25 mei 2012 en het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges³⁵:

"In artikel 280 van hetzelfde decreet worden de punten 2°, 3° en 92° ingetrokken."

De reden daarvoor was het eerder gegeven advies van de Raad van State:

*"Artikel 72
Dit artikel **geeft gevolg aan het advies van de Raad van State** over het ontwerp van het Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet (Parl.St. VI.Parl. 2010-11, nr. 1084/1, pagina 191-193 (punt 5.1)). De raad gaf de opmerking dat **alleen de federale wetgever bevoegd is om aan niet-Belgen actief en passief kiesrecht toe te kennen**. De genoemde bepalingen moesten bijgevolg uit het ontwerp weggelaten worden. Omwille van de duidelijkheid en toegankelijkheid van de regelgeving vond de Raad van State het echter wel billijk dat die regelgeving toch opgenomen werd, maar dat dit moest gebeuren op een wijze dat geen betwisting kan bestaan*

³³ Adv.RvS nr. 48.759/3 van 26 oktober 2010 over een voorontwerp van decreet houdende de organisatie van de lokale en provinciale verkiezingen en houdende wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, punt 5.1.

³⁴ Decr.VI. 8 juli 2011 houdende de organisatie van de lokale en provinciale verkiezingen en houdende wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, BS 25 augustus 2011.

³⁵ Decr.VI. 30 juni 2017 houdende wijziging van het Provinciedecreet van 9 december 2005, het Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet van 8 juli 2011, het Digitaal Kiesdecreet van 25 mei 2012 en het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, BS 14 augustus 2017.

over wie bevoegd is ten aanzien van de betrokken regels ("dus overeenkomstig artikel ... van de Gemeentekieswet"). Door een materiële fout werd de opheffing van de artikelen 1bis, 1ter en 86 van de Gemeentekieswet echter niet geschrapt uit het goedgekeurde Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet. Aangezien deze opheffingsbepalingen geen enkele uitwerking hebben gehad, kunnen ze terug ingetrokken worden, zodat ze uit het rechtsverkeer verdwijnen.³⁶

21. Volledigheidshalve is er nog het bijkomende argument dat aantoonde dat er sprake is van een federale bevoegdheid. Artikel 19 BWHI luidt als volgt:

*"§ 1. (Behoudens toepassing van artikel 10, regelt het decreet de aangelegenheden bedoeld in de artikelen 4 tot 9, **onverminderd de bevoegdheden die (na de inwerkingtreding van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen) door de Grondwet aan de wet zijn voorbehouden.**)*

De decreten van (het Vlaams Parlement) (...) vermelden of zij aangelegenheden regelen bedoeld [in de artikelen 127 tot 129] van de Grondwet of in artikel [39] van de Grondwet.

§ 2. Het decreet heeft kracht van wet. Het kan de geldende wetsbepalingen opheffen, aanvullen, wijzigen of vervangen.

§ 3. De decreten inzake de aangelegenheden bedoeld in artikel [39] van de Grondwet, zijn van toepassing in het Vlaamse of het Waalse Gewest, al naar het geval."

Artikel 19 BWHI bepaalt dat de gemeenschappen en de gewesten niet bevoegd zijn ten aanzien van die aangelegenheden die na 1 oktober 1980 (i.e. inwerkingtreding van de BWHI) door de Grondwet worden voorbehouden aan de federale wetgever.

Omdat artikel 8 van de Grondwet gewijzigd werd met de grondwetsherziening van 1998 (zie hoger) en dus na de inwerkingtreding van de BWHI, was de grondwetgever zich ten volle bewust van de bevoegdheidsverdeling tussen de gewesten, gemeenschappen en federale overheid. De keuze voor het begrip "wet" in artikel 8 van de Grondwet kan daarom alleen maar verwijzen naar de federale wet. Dit is overigens ook het standpunt van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.³⁷

22. Op basis van het bovenstaande kan nagenoeg niet anders geconcludeerd worden dan dat het **uitsluitend de federale wetgever is die bevoegd is** om het actief (en passief) stemrecht van derdelanders voor de verkiezingen van de OCMW-raden te regelen.

³⁶ MvT bij het ontwerp van decreet houdende wijziging van het Provinciedecreet van 9 december 2005, het Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet van 8 juli 2011, het Digitaal Kiesdecreet van 25 mei 2012 en het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscollages, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 1128/1, 23.

³⁷ Adv.RvS nr. 30.118/VR van 13 juni 2000 over een voorontwerp van wet tot wijziging van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, pagina 9 e.v.; Adv.RvS nr. 32.153/VR/2V/1V van 9 augustus 2001 over een wetsvoorstel betreffende de uitbreiding van het gemeentelijk stemrecht en het recht om verkozen te worden tot de niet-Europese onderdanen die in België verblijven, punt 1.

2.2. Vaststellingen

23. De volgende conclusies kunnen genomen worden op basis van het bestaande wettelijk kader.

- De federale wetgever is bevoegdheid om het actief (en passief) kiesrecht van derdelanders te regelen.
- Derdelanders moeten in beginsel op een gelijke wijze behandeld worden wat betreft de uitoefening van hun kiesrecht (cf. gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel), tenzij daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.
- Het kiesrecht van derdelanders werd door de federale wetgever destijds met de wet van 19 maart 2004 beperkt tot de gemeenteraadsverkiezingen.
- De gewesten zijn bevoegd om de samenstelling en de verkiezing van de OCMW-raden te regelen, met uitzondering van de OCMW-raden in de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren. Daaraan kunnen de gewesten niet raken, nu deze OCMW-raden beheerst worden door de bepalingen die werden ingevoerd door de Pacificatiewet.

De gewesten hebben -echter- middels het Decreet Lokaal Bestuur voorzien in een regeling waar de leden van de gemeenteraad automatisch de leden van de OCMW-raad worden. De burgers die voor de gemeenteraadsleden kunnen stemmen (i.e. ook derdelanders dankzij de wet van 19 maart 2004) kiezen met andere woorden automatisch ook de leden die zij wensen te zien zetelen in de OCMW-raad, zodanig dat zij in realiteit ook deelnemen aan de OCMW-raadsverkiezingen.

Concreet betekent dit dat derdelanders die niet woonachtig zijn in de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren -al was het impliciet- kunnen deelnemen aan de verkiezingen van de OCMW-raad via de gemeenteraadsverkiezingen. Deze beschikken eigenlijk over een ruimer politiek (subjectief) (kies)recht om deel te nemen aan de lokale verkiezingen. De derdelanders die daarentegen wel woonachtig zijn in de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren kunnen enkel deelnemen aan de gemeenteraadsverkiezingen in deze gemeenten.

Nochtans stelt artikel 8 van de Grondwet duidelijk dat enkel de federale wetgever dit kiesrecht mag regelen.

24. Daaruit blijkt duidelijk dat er een **verschil in behandeling** is ontstaan tussen twee categorieën derdelanders:

- Derdelanders die niet woonachtig zijn in de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren, enerzijds, dewelke de facto over een actief kiesrecht beschikken met betrekking tot de OCMW-raadsverkiezingen
en
- Derdelanders die wel woonachtig zijn in de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren, anderzijds, die niet over dergelijk actief kiesrecht beschikken.

25. In dat licht, dient te worden nagegaan of dit verschil in behandeling het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden.

Artikel 10 van de Grondwet luidt als volgt (gelijkheidsbeginsel):

*"Er is in de Staat geen onderscheid van standen.
De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen
benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen
worden gesteld.
De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd."*

Artikel 11 van de Grondwet luidt als volgt (non-discriminatiebeginsel):

*"Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie
verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten
en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden."*

Het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel zijn geschonden wanneer een maatregel (een wet, decreet, besluit e.d.) een verschil in behandeling in het leven roept die³⁸:

- niet rust op een objectief criterium;
- niet redelijk verantwoord is (*); en
- wanneer er geen redelijk verband bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel van de betwiste maatregel.

(*) Het bestaan van een redelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdende met:

- het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel;
- de aard van de ter zake geldende beginselen.

26. Het wetgevend kader toont aan dat er aanvankelijk geen verschil in behandeling bestond. Immers werd het stemrecht van alle derdelanders geregeld door de federale wet van 19 maart 2004 en dus beperkt tot de gemeenteraadsverkiezingen.

Het verschil in behandeling is maar pas komen te ontstaan doordat het Vlaamse Gewest haar bevoegdheid die zij ontleent aan de BWHI heeft uitgeoefend. Opnieuw dient benadrukt te worden dat de Vlaamse Overheid daarmee geenszins haar bevoegdheid op een onwettige wijze heeft aangewend. Het is enkel het gevolg van deze bevoegdheidsuitoefening dat het verschil in behandeling heeft doen ontstaan.

De bestaande (federale) verantwoording om het actief stemrecht van derdelanders te beperken tot de gemeenteraadsverkiezingen is daardoor **achterhaald**.

Zodat moet worden nagegaan of er niettemin een verantwoording bestaat luidens dewelke derdelanders die woonachtig zijn in de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren toch niet mogen deelnemen aan de rechtstreekse OCMW-raadsverkiezingen; in tegenstelling tot de andere categorie derdelanders die woonachtig zijn in elke andere stad of gemeente binnen het Vlaamse Gewest en wel (impliciet) kunnen deelnemen aan de OCMW-raadsverkiezingen.

³⁸ Vaste rechtspraak. Zie o.m. recent GwH 19 oktober 2023, nr. 141/2023, overw. B.6.1; GwH 19 oktober 2023, nr. 140/2023, overw. B.9.1; GwH 19 oktober 2023, nr. 137/2023, overw. B.5; GwH 19 oktober 2023, nr. 134/2023, overw. B.9.

Deze verantwoording is nergens terug te vinden omdat deze niet lijkt te bestaan, laat staan dat deze redelijk zou zijn.

Zodat geconcludeerd kan worden dat het vastgestelde verschil in behandeling weldegelijk het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel lijkt te schenden.

27. Volgens Minister Verlinden zou eerst een wijziging dienen plaats te vinden op niveau van de Europese Unie, meer bepaald in de bijlage van Richtlijn 94/80/EG (dewelke hoger werd besproken).

Deze zienswijze kan o.i. niet gevolgd worden.

De Richtlijn 94/80/EG regelt uitsluitend het passief en actief stemrecht van EU-burgers.

Bijgevolg is elke Staat (hier in België: de federale overheid) uitsluitend bevoegd om het actief en passief stemrecht van derdelanders te regelen, of deze nu betrekking heeft op gemeenteraads- dan wel OCMW-raadsverkiezingen. Dit staat ook uitdrukkelijk in artikel 8, vierde lid van de Grondwet.

Wat de derdelanders betreft, stelt zich dus geen probleem.

Bovendien verhindert geen enkele bepaling in het Europees Unierecht, noch in de Richtlijn 94/80/EG dat België in een ruimer actief en passief stemrecht zou voorzien dan wat (minimaal) wordt opgelegd door de Europese Unie. Zodat de Belgische (federale) wetgever bij wet ook aan EU-burgers een actief en passief stemrecht voor de OCMW-raadsverkiezingen kan toekennen.

Een richtlijn is (maar) verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is. Aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten de vorm en middelen te kiezen.³⁹ Het beoogde resultaat van de Richtlijn 94/80/EG was -onbetwistbaar- om het voor Unieburgers mogelijk te maken om deel te nemen aan de gemeenteraadsverkiezingen in andere EU-lidstaten. Het staat buiten discussie dat deze doelstelling bereikt is.

Het kiesrecht van vreemdelingen is immers geen exclusieve bevoegdheid van de Europese Unie, maar integendeel van oudsher een nationale bevoegdheid (!) Zodat het nog steeds aan elke EU-lidstaat toekomt om zelf uit te maken welke personen mogen deel nemen aan de verkiezingen van haar eigen politieke (lokale) bestuursorganen; te meer wanneer dit een uitbreiding van het kiezerskorps betekent en geen afbreuk doet aan haar internationale en supranationale verplichtingen.

De zinsnede in artikel 8, derde lid van de Grondwet "overeenkomstig de internationale en supranationale verplichtingen van België", kan overigens niet beperkend worden geïnterpreteerd dat enkel mag gekeken worden naar deze richtlijn als "supranationale" verplichting. De noodzakelijke wetwijziging die zich opdringt is een rechtstreeks gevolg van de (complexe) Belgische staatsstructuur en behoeft geen voorafgaande Europese wetwijziging.

28. Verder kunnen ook bedenkingen gemaakt worden bij de stelling van de Minister dat de Pacificatiewet dient gewijzigd te worden.

³⁹ Art. 288, derde alinea Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

De bepalingen die de Pacificatiewet heeft ingevoerd in de OCMW-wet hebben betrekking op de politieke samenstelling van de OCMW's in Voeren en de randgemeenten. De motie van het raadslid van de gemeente Voeren (en bij uitbreiding deze casus en juridische analyse) stellen nergens dat de politieke samenstelling of de regel van de rechtstreekse verkiezingen van de OCMW-raad in Voeren en de randgemeenten moet aangepakt worden, doch wel wie gerechtigd is om deel te nemen aan deze verkiezingen.

De Pacificatiewet regelt geenszins het kiesrecht van vreemdelingen.

Het kiesrecht wordt daarentegen uitsluitend geregeld in de Grondwet en de Gemeentekieswet. Zodat - op het eerste gezicht- niet duidelijk is waarom de Pacificatiewet zou moeten gewijzigd worden.

Artikel 8 Gw. stelt ook nergens uitdrukkelijk dat het kiesrecht beperkt is tot gemeenteraadsverkiezingen en niet zou kunnen worden uitgebreid tot de OCMW-raadsverkiezingen. Zodat wij evenmin inzien waarom (ook) een grondwetswijziging zou moeten plaatsvinden.

O.i. dient enkel een aanpassing van de Gemeentekieswet te gebeuren, niet in de Grondwet.

2.3. Actiemogelijkheden

2.3.1. Voorafgaand aan de verkiezingen: een ingebrekestelling en aansprakelijkheidsvordering op basis van artikel 1382 (Oud) Burgerlijk Wetboek

29. Het verdient aanbeveling om dit in eerste instantie ter kennis te brengen aan de bevoegde Minister, zodanig dat een wetsontwerp of wetsvoorstel kan worden ingediend tot aanpassing van de Gemeentekieswet.

Het ontwerp/voorstel bevat dan een voorstel tot invoering van een bepaling in artikel 1ter of een artikel 1ter/1 in de Gemeentekieswet volgens dewelke de derdelanders die voldoen aan de voorwaarden in artikel 1ter om deel te nemen aan de gemeenteraadsverkiezingen, ook in aanmerking komen om deel te nemen aan de rechtstreekse OCMW-raadsverkiezingen in de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren. Dit, in de vorm van een ingebrekestelling.

Pas bij het uitblijven van een wetgevend optreden kan de Belgische Staat eventueel aansprakelijk gesteld worden op basis van artikel 1382 van het (Oud) Burgerlijk Wetboek (hierna: OBW) (i.e. op basis van de figuur van de overheidsaansprakelijkheid). De Staat kan namelijk aansprakelijk worden gesteld voor onrechtmatig wetgevend optreden of nalaten.⁴⁰ Als het zo ver komt, zal moeten aangetoond worden dat voldaan is aan de vereisten van artikel 1382 OBW een fout, schade en causaal verband.

Om de Staat veroordeeld te zien, dient deze gedagvaard te worden voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

De Rechtbank van Eerste Aanleg zal noodgedwongen een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof. De reden daarvoor is dat enkel het Hof bevoegd is om te oordelen of wetskrachtige

⁴⁰ Cass. 10 september 2010, AR F.09.0042.N, punt 2.

normen (of het gebrek daaraan) in overeenstemming zijn met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.⁴¹

Navolgend zal worden onderzocht welke (procedurele) elementen zullen moeten aangetoond worden voor de Rechtbank van Eerste Aanleg. De ongrondwettigheid die voor het Grondwettelijk Hof moet worden aangetoond is hierboven reeds aan bod gekomen (lees: de uiteenzetting van het wettelijk kader en de schending van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel).

2.3.1.1. *Fout – schade – causaal verband*

30. Allereerst moet worden aangetoond dat de Staat, in het bijzonder de wetgevende macht, een buitencontractuele fout heeft begaan in de zin van artikel 1382 OBW.

Het gevolg van het feit dat het Vlaamse Gewest haar bevoegdheid met betrekking tot de samenstelling en verkiezingen van de ondergeschikte besturen heeft uitgeoefend en de discriminatie die daardoor is gecreëerd, is dat er **een lacune** is komen te ontstaan in de bestaande federale wetgeving dat van toepassing is op de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren.

Het Grondwettelijk Hof is in het verleden reeds diverse keren geconfronteerd met lacunes in de wetgeving.⁴²

Uit de rechtspraak van het Hof valt een onderscheid te maken tussen:

- Extrinsieke lacunes: de lacune bevindt zich in het recht(systeem) omdat er geen norm is;
- Intrinsieke lacunes: de lacune bevindt zich in een bepaalde norm.

De lacune bevindt zich niet in een bestaande norm. Het Vlaamse Gewest kon namelijk geen regeling treffen voor de verkiezingen van de OCMW's van de 6 randgemeenten en Voeren. De bestaande federale regeling in artikel 1^{ter} van de Gemeentekieswet (dankzij de wet van 19 maart 2004) toont ook geen gebrek, omdat het toepassingsgebied voor alle derdelanders beperkt wordt tot de gemeenteraadsverkiezingen.

In onderhavige casus is er o.i. bijgevolg sprake van een extrinsieke lacune: de (intussen) vereiste federale wetgeving bestaat (nog) niet.

Het is precies die lacune -en vooral het uitblijven van een wetgevend optreden- dat een fout uitmaakt in de zin van artikel 1382 OBW. Concreet, omdat de wetgevende macht zich niet gedragen heeft als een normaal vooruitziende en zorgvuldige wetgever, geplaatst in dezelfde omstandigheden als elke andere wetgever. De Staat zal immers moeten aantonen dat zij al het nodige heeft gedaan om de lacune weg te werken.⁴³

Deze stelling kan bovendien alleen maar worden gesterkt in geval de Staat vooraf in kennis gesteld van de lacune en gevraagd werd om deze op te lossen, doch niet gedaan heeft.

31. Er is sprake van "schade" wanneer een bepaald belang ("voordeel") wordt aangetast.

⁴¹ Art. 26, § 4, eerste lid Bijz.W. 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989, 315.

⁴² Zie hierover: A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 1055p en S. VERSTRAELEN, "Aansprakelijkheid bij vaststelling van een ongrondwettige lacune; wanneer blaffende honden niet bijten", *TVW* 2017, nr. 3, 212-232 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁴³ Zie in die zin: Luik 20 oktober 2020, *JLMB* 2021, nr. 4, 183-184.

Strikt gezien, hebben derdelanders geen politiek subjectief "recht" om deel te nemen aan OCMW-raadsverkiezingen, omdat dit niet bij (federale) wet voorzien is.

De schade is echter ontstaan doordat de ene categorie derdelanders een ruimer kiesrecht heeft gekregen dankzij de gelijkschakeling van de gemeente- en OCMW-raad in hun gemeente. De andere categorie heeft hun beperkt kiesrecht behouden.

Omdat de Staat het kiesrecht voor deze laatste categorie niet heeft verruimd (ná daartoe te zijn aangemaand), heeft de Staat er dus in wezen bewust voor gekozen om het kiesrecht van derdelanders afhankelijk te stellen van hun woonplaats.

Zodanig dat de uitoefening van/draagwijdte een politiek subjectief recht daardoor wordt gekoppeld aan een ongerechtvaardigd onderscheidingscriterium -zijnde de woonplaats-, waardoor het recht van deze derdelanders om deel te nemen aan de democratische vertegenwoordiging binnen hun gemeente op onevenredige wijze beperkt wordt. Op basis daarvan kan alleen maar vastgesteld worden dat de belangen van deze mensen geschonden worden en hen op onrechtmatige wijze een voordeel wordt ontnomen.

32. Tussen de fout en de schade moet een causaal verband bestaan, een *conditio sine quo non*-verband.⁴⁴ Dit betekent dat de schade zich enkel en alleen zou hebben voorgedaan indien de Belgische Staat de hem verweten handelswijze (lees: wetgevend optreden) correct had uitgevoerd.

Op dit punt kan er weinig twijfel bestaan dat het beperkte kiesrecht van die derdelanders het rechtstreekse resultaat is van het uitblijven van een wetgevend optreden.

2.3.1.2. De lacune wegwerken: de wetgever of de rechter?

33. Een volgende vraag is hoe dergelijke lacune dient/kan verholpen worden. Het is een ding om een fout, schade en causaal verband aan te tonen. Het is een geheel andere zaak om erop toe te zien dat het gevraagde wetgevend optreden ook daadwerkelijk realiteit wordt.

Kan de ongrondwettigheid uitsluitend door de wetgever worden verholpen of kan de rechter ook het nodige doen?

In het verleden (bij wijze van voorbeeld), oordeelde het Hof reeds het volgende inzake lacunes in het vreemdelingenrecht:

In haar arrest nr. 198/2009 van 17 december 2009 stelde het Grondwettelijk Hof een ongrondwettigheid vast: door iets niet te regelen voor staatlozen (i.e. de lacune), maar enkel voor vluchtelingen, zonder redelijke verantwoording, had de wetgever een discriminatoire situatie gecreëerd:

"B.8. Die discriminatie vloeit evenwel niet voort uit artikel 49 van de wet van 15 december 1980, dat alleen betrekking heeft op de in België erkende vluchtelingen, maar uit de ontstentenis van een wettelijke bepaling die aan de in België erkende staatlozen een

⁴⁴ Zie o.m. Cass. 22 januari 2021, AR C.19.0303.N, punt 18; Cass. 2 maart 2021, AR P.20.1335.N, punt 5; Cass. 10 september 2021, AR C.20.0550.F, p. 2; Cass. 12 mei 2022, AR C.21.0030.N en C.21.0386.N (gevoegde zaken), punt 2.

*verblijfsrecht toekent dat vergelijkbaar is met datgene dat die vluchtelingen genieten.*⁴⁵ (eigen nadruk)

Deze kwestie kwam opnieuw voor het Hof in het arrest nr. 1/2012 van 11 januari 2012, precies omdat de wetgever de eerder door het Hof vastgestelde lacune nog niet had weggewerkt:

"B.11. Zoals het Hof in zijn arrest nr. 198/2009 van 17 december 2009 heeft vastgesteld, vloeit die discriminatie niet voort uit artikel 49 van de wet van 15 december 1980, dat alleen betrekking heeft op de in België erkende vluchtelingen, maar uit de ontstentenis van een wettelijke bepaling die aan de in B.1 bedoelde in België erkende staatlozen een verblijfsrecht toekent dat vergelijkbaar is met datgene dat die vluchtelingen genieten. Het Hof merkt op dat de wetgever die leemte niet heeft verholpen door voor die erkende staatlozen een bepaling aan te nemen die gelijkwaardig is aan artikel 49 van de wet van 15 december 1980. De discriminatie tussen de vluchtelingen en die staatlozen vindt evenmin haar oorsprong in artikel 1, achtste lid, van de wet van 20 juli 1971 tot instelling van gewaarborgde gezinsbijslag. Het is de wet van 15 december 1980 die niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre zij niet voorziet in een bepaling die soortgelijk is aan artikel 49 ervan, waardoor de in België erkende staatlozen bedoeld in B.1 een verblijfsrecht zouden hebben dat vergelijkbaar is met datgene dat de vluchtelingen genieten.

B.12.1. Het komt de wetgever toe de voorwaarden te bepalen onder welke bepaalde categorieën van staatlozen in België een verblijfstitel kunnen verkrijgen.

B.12.2. In afwachting van dat wetgevend optreden dat betrekking heeft op de wet van 15 december 1980, staat het aan de verwijzende rechter een einde te maken aan de gevolgen, wat de in het geding zijnde bepaling betreft, van de ongrondwettigheid die in B.11 is vastgesteld, aangezien die vaststelling in voldoende precieze en volledige bewoordingen is uitgedrukt. Bijgevolg komt het de arbeidsgerechten waarbij een weigering om gewaarborgde gezinsbijslag toe te kennen ten behoeve van een kind dat ten laste van een erkende staatloze is van wie zij vaststellen dat hij buiten zijn wil zijn nationaliteit heeft verloren en dat hij aantoont dat hij geen wettige en duurzame verblijfstitel kan verkrijgen in een andere Staat waarmee hij banden zou hebben, aanhangig is gemaakt, toe dat kind het in het geding zijnde recht op gewaarborgde gezinsbijslag toe te kennen, niettegenstaande het feit dat de staatloze persoon ten laste van wie het is, nog niet is toegelaten of gemachtigd op het Belgische grondgebied te verblijven.⁴⁶

In afwachting van het wegwerken van de lacune, heeft het Grondwettelijk Hof dus geoordeeld dat de rechter (in dit geval: de Rechtbank van Eerste Aanleg) in bepaalde gevallen zelf een einde kan maken aan de vastgestelde ongrondwettigheid, wanneer deze onwettigheid in voldoende precieze en volledige bewoordingen is uitgedrukt.

34. In onderhavig geval, komt dergelijke mogelijkheid in hoofde van de rechter nogal op gespannen voet te staan met de scheiding der machten.

Artikel 8, vierde lid van de Grondwet stelt luid en duidelijk dat enkel de federale wetgever het kiesrecht van derdelanders kan regelen.

⁴⁵ GwH 17 december 2009, nr. 198/2009, overw. B.8.

⁴⁶ GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012, overw. B.11 e.v.

Door bij vonnis te oordelen dat derdelanders die woonachtig zijn in de 6 randgemeenten en de gemeente Voeren een actief stemrecht hebben om deel te nemen aan de rechtstreekse OCMW-raadsverkiezingen, breidt de rechter hun politiek subjectief recht uit, terwijl dit een grondwettelijk voorbehouden bevoegdheid is van de federale wetgever.

Dit zou betekenen dat de rechter regelgevend zou optreden, hetgeen expliciet ingaat tegen de scheiding der machten en bovendien verboden wordt door artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek.

35. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat **enkel de federale wetgever** een einde kan maken aan de lacune door wetgevend op te treden. Het enige dwangmiddel dat de rechter dan zou kunnen opleggen opdat de Belgische Staat zou overgaan tot dit wetgevend optreden, is een **dwangsom**.⁴⁷

2.3.2. Na de verkiezingen: bezwaar indienen

36. Bijkomend wordt onderzocht of er eventuele actiemogelijkheden openstaan ná de verkiezingen, door middel van een bezwaar tegen de verkiezingsuitslag.

37. In principe is hiervoor de Raad voor Verkiezingsbetwistingen in het leven geroepen. Deze behandelt de bezwaren die worden ingediend inzake de (vermeende) ongeldigheid van de lokale verkiezingen in het Vlaamse Gewest. De bevoegdheden en de organisatie van de Raad voor Verkiezingsbetwistingen wordt geregeld in diverse regelgeving:

- Artikel 202 e.v. van het Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet (hierna: LPKD) (bevoegdheid)
- Artikel 147 van het Decreet Lokaal Bestuur (bevoegdheid)
- Het decreet betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges (zgn. DBRC-decreet)⁴⁸ (organisatie en rechtspleging)

Gelet op het bijzonder statuut van Voeren en de randgemeenten, moet in eerste instantie nagegaan worden of het bezwaar (m.n. dat bepaalde burgers (derdelanders) op discriminatoire wijze worden uitgesloten van de verkiezingen) überhaupt zelfs door de Raad voor Verkiezingsbetwistingen kan worden onderzocht.

2.3.2.1. *Bij welke instantie?*

38. Het toepassingsgebied van het LPKD wordt geregeld in artikel 3 van dit decreet, dewelke als volgt luidt:

*"Dit decreet is van toepassing op de organisatie van de verkiezingen van de provinciale, gemeentelijke en binnengemeentelijke organen in alle gemeenten en provincies van het Vlaamse Gewest **met behoud** van de toepassing van de regelingen, vermeld in artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 4°, eerste lid, a) en b), en artikel 6, § 1, VIII, eerste lid, 4°, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen. In het bijzonder is dit decreet van toepassing op:*

⁴⁷ Art. 1385bis e.v. Ger.W.

⁴⁸ Decr.VI. 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, BS 1 oktober 2014.

- 1° de organisatie van de verkiezing van de gemeenteraad in alle gemeenten van het Vlaamse Gewest;*
- 2° de organisatie van de verkiezing van de stadsdistrictraad in alle gemeenten van het Vlaamse Gewest;*
- 3° de organisatie van de verkiezing van de provincieraad in alle provincies van het Vlaamse Gewest;*
- 4° de organisatie van de rechtstreekse verkiezing van de schepenen in de gemeenten, vermeld in artikel 7 van de wet van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken, en in Voeren;*
- 5° de organisatie van de rechtstreekse verkiezing van de raad voor maatschappelijk welzijn en de verkiezing van het vast bureau in de gemeenten, vermeld in artikel 7 van de wet van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken, en in Voeren.”*

Uit deze bepaling volgt, dat het LPKD van toepassing is, doch geen afbreuk doet aan welbepaalde artikelen in de BWHI.

Concreet wordt verwezen naar een artikel die in onderhavige nota reeds aan bod kwam (zie hoger).

Het gaat over die bepaling waaruit blijkt dat de gewesten bevoegd zijn om de samenstelling en verkiezingen van de ondergeschikte besturen te regelen, met uitzondering van die regelingen die beheerst worden door de Pacificatiewet.⁴⁹

Dit is namelijk het geval voor de rechtstreekse verkiezingen van de OCMW-raad, maar ook eventuele verkiezingsgeschillen daaromtrent.

39. De basis voor het verkiezingscontentieux voor de rechtstreekse OCMW-raadsverkiezingen is terug te vinden in artikel 18bis OCMW-wet.

Artikel 18bis OCMW-wet luidt als volgt:

*"§ 1. De in de artikelen **74 tot en met 77** van de **Gemeentekieswet** bepaalde regeling van de beroepen betreffende de verkiezing van de gemeenteraad is van **overeenkomstige toepassing** voor de **geschillen betreffende de verkiezing van de raad of van het vast bureau van een Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van een randgemeente** bedoeld in artikel 7 van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966 en van de gemeenten Komen-Waasten en Voeren.*

*§ 2. In geval van een geschil met betrekking tot de verkiezing van de raad of van het vast bureau van een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van de gemeenten Komen-Waasten en Voeren worden de bevoegdheden van de bestendige deputatie van de provincieraad, bedoeld in de artikelen 74 tot en met 77 van de gemeentekieswet, uitgeoefend door het in artikel 131bis van de provinciewet bedoelde **college van provinciegouverneurs**."*

⁴⁹ Ontwerp van decreet het houdende de organisatie van de lokale en provinciale verkiezingen en houdende wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1084/1, 18.

Specifiek voor Voeren en de randgemeenten, zijn dus de regels in de Gemeentekieswet aangaande de beroepen tegen de verkiezing van de gemeenteraad (art. 74-77) ook van toepassing op de verkiezing van de OCMW-raad. Met dat verschil dat het bezwaar niet voor de deputatie, maar voor een college van provinciegouverneurs moet worden ingeleid, dewelke dan als administratief rechtscollege optreedt.

Die procedure kan als volgt worden samengevat:

- Dit college moet uitspraak doen binnen de 30 dagen na ontvangst van het bezwaar. Het college kan het bezwaar gegrond verklaren, waardoor de verkiezing ongeldig wordt verklaard, of het bezwaar verwerpen. In geval geen uitspraak wordt gedaan binnen deze termijn, moet het bezwaar als verworpen worden beschouwd.
- Tegen de beslissing van het college van provinciegouverneurs staat een beroep open bij de Raad van State die optreedt als rechter in laatste aanleg.⁵⁰
- Dit beroep moet binnen de 8 dagen na kennisgeving van de beslissing van het college van provinciegouverneurs worden ingesteld. De Raad van State moet vervolgens uitspraak doen binnen een termijn van 60 dagen. De Raad kan dan de beslissing van het college bevestigen (i.e. verwerpen van het bezwaar) of de beslissing hervormen⁵¹ (lees: de verkiezing ongeldig verklaren).

De Raad voor Verkiezingsbetwistingen is bijgevolg **niet bevoegd** om kennis te nemen over bezwaren omtrent de geldigheid van de rechtstreekse OCMW-raadsverkiezingen in Voeren en de 6 randgemeenten.

Dit blijft een federale materie zodanig dat de Vlaamse decreetgever deze materie niet kan onttrekken aan de rechtsmacht van het college van provinciegouverneurs.

40. Dit geldt overigens ook voor de bevoegdheid die de Raad voor Verkiezingsbetwistingen uitput uit het Decreet Lokaal Bestuur.

Artikel 147 van het Decreet Lokaal Bestuur luidt als volgt:

"Met behoud van de toepassing van het (i) Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet van 8 juli 2011 en (ii) het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges doet de Raad voor Verkiezingsbetwistingen uitspraak over:

1° geschillen die rijzen over de afstand, het verval, het ontslag of de verhinderings van het mandaat van gemeenteraadslid, lid van de raad voor maatschappelijk welzijn, voorzitter van de gemeenteraad, voorzitter van de raad voor maatschappelijk welzijn, schepen, lid van het vast bureau, lid van het bijzonder comité voor de sociale dienst of voorzitter van het bijzonder comité voor de sociale dienst, lid van de districtsraad, districtsschepen, voorzitter van de districtsraad of districtsburgemeester;

⁵⁰ Voor deze procedure geldt een bijzondere procedureregeling. Zie KB 15 juli 1956 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State in geval van beroep als bedoeld bij artikel 76bis van de gemeentekieswet, BS 10 augustus 1956, 5339.

⁵¹ Het gaat immers over een beroep waar de Raad van State over "volle rechtsmacht" (i.e. een hervormingsbevoegdheid) beschikt. Zie art. 16, eerste lid, 1° en tweede lid Gec. Wetten op de Raad van State 12 januari 1973, BS 21 maart 1973, 3461 (RvS-wet).

2° geschillen die rijzen over de goedkeuring van de geloofsbrieven, de eedaflegging, de kennis van de bestuurstaal, vermeld in artikel 42, § 5, de verkiezing, benoeming, vervanging en opvolging van de voorzitter van de gemeenteraad, de voorzitter van de raad voor maatschappelijk welzijn, de schepen, het lid van het vast bureau, het lid van het bijzonder comité voor de sociale dienst of de voorzitter van het bijzonder comité voor de sociale dienst, de districtsschepen, de voorzitter van de districtsraad of de districtsburgemeester;

3° geschillen die rijzen over de voorwaarden waaraan een vertrouwenspersoon als vermeld in artikel 16, 71, 108, 119 en 155, moet voldoen, alsook of het gemeenteraadslid, het lid van de raad voor maatschappelijk welzijn of het lid van de districtsraad voldoet aan de voorwaarden om een beroep te kunnen doen op een vertrouwenspersoon, als vermeld in artikel 16, 71, 108, 119 en 155.

Tegen de uitspraken van de Raad voor Verkiezingsbetwistingen, is binnen een termijn van acht dagen na de kennisgeving een beroep mogelijk bij de Raad van State. Dat beroep is niet schorsend. De hoofdgriffier van de Raad van State deelt het beroep binnen acht dagen na de ontvangst ervan mee aan de betrokkene en aan de gemeente in kwestie. De Raad van State doet uitspraak binnen zestig dagen. Het arrest van de Raad van State wordt door de zorg van de hoofdgriffier onmiddellijk ter kennis gebracht van de betrokkene, de provinciegouverneur en de gemeente."

Artikel 147 van het Decreet Lokaal Bestuur is ook van toepassing op Voeren en de randgemeenten, mits enige nuancering. Zo stelt artikel 545 van het Decreet Lokaal Bestuur

"Met behoud van de toepassing van artikel 77bis van de Gemeentekieswet van 4 augustus 1932 en van artikel 18bis, 21 en 21bis van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, is artikel 147 van dit decreet van toepassing op de gemeente Voeren en de gemeenten, vermeld in artikel 7 van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966."

Artikel 147 van het Decreet Lokaal Bestuur wordt dus van toepassing geacht voor Voeren en de randgemeenten, met behoud van de artikelen 18bis, 21 en 21bis.

Artikel 18bis werd reeds hoger uiteengezet.

Artikel 21 en 21bis OCMW-wet zijn voor onderhavige analyse minder relevant.⁵²

41. **Besloten** dient bijgevolg dat enige betwisting omtrent de geldigheid van de OCMW-raadsverkiezingen in uw gemeenten zal moeten gebracht worden voor een college van provinciegouverneurs.

Tegen een (eventuele) negatieve beslissing van het college van provinciegouverneurs staat een beroep open bij de Raad van State.

⁵² Artikel 21 OCMW-wet heeft het over het geval waar het OCMW-raadslid ná de eedaflegging niet langer voldoet aan de verkiesbaarheidsvoorwaarden of in een toestand van onverenigbaarheid verkeert. Artikel 21bis OCMW-wet heeft het over een geschil omtrent één specifiek lid van het vast bureau of de OCMW-raad.

2.3.2.2. *Bezwaar: hoe ongeldigheid laten vaststellen?*

42. Een eventueel bezwaar moet aan bepaalde vormvereisten voldoen. In het bijzonder moet gemotiveerd worden dat de vastgestelde onregelmatigheid de zetelverdeling tussen de lijsten heeft kunnen beïnvloeden.⁵³

Men moet niet effectief bewijs leveren, doch voldoende aannemelijk maken dat de zetelverdeling hierdoor beïnvloed is kunnen worden.

Enkel dan kan het college van provinciegouverneurs en (in geval van een beroep) de Raad van State de verkiezing ongeldig verklaren.

43. Echter moet ook hier worden opgemerkt dat voorafgaandelijk een prejudiciële vraag zal moeten worden gesteld aan het Grondwettelijk Hof, om zich hierover uit te kunnen spreken.⁵⁴

⁵³ Zulks volgt uit artikel 74bis, § 1 Gemeentekieswet. Voor toepassingsgevallen zie bv. RvS 27 januari 2005, nr. 139.891, Grijp, punt 3.4.3.

⁵⁴ Voor toepassingsgevallen waarbij een prejudiciële vraag werd gesteld i.h.k.v. verkiezingsgeschillen zie bv. RvS 26 september 2001, nr. 99.152, election des membres du Conseil de l'Aide sociale de Grez-Doiceau ; RvS 30 december 2010, nr. 210.190, niet-goedkeuring van de geloofsbrieven als lid van de raad voor maatschappelijk welzijn van Essen.

3. CONCLUSIE

44. Op basis van het bovenstaande dient geconcludeerd te worden dat er weldegelijk sprake is van een **ongrondwettigheid** en een schending van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.

Het niet-toekennen van een actief kiesrecht voor de rechtstreekse OCMW-raadsverkiezingen is niet langer verantwoord voor de gemeente Voeren en de 6 randgemeenten. Zeker nu derdelanders in andere gemeenten binnen het Vlaamse Gewest de facto over een actief kiesrecht beschikken om mee te bepalen wie zetelt in de OCMW-raad.

Het is evenwel de federale overheid dat deze ongrondwettigheid moet rechtekken middels **een wetgevend optreden**. Concreet moet een wijziging plaatsvinden van de Gemeentekieswet, al dan niet door in te grijpen in artikel 1ter van die wet.

45. Qua actiemogelijkheden dient een onderscheid gemaakt te worden al naargelang men vóór of ná de verkiezingen wenst op te treden.

Indien men vóór de verkiezingen wenst op te treden, wordt geadviseerd om eerst een formele **ingebrekestelling** te richten aan de Belgische Staat. Daarin wordt de Staat, meer bepaald federale wetgever, aangemaand om wetgevend op te treden. Daaraan wordt best een termijn gekoppeld, de komende verkiezingen indachtig.

Pas bij het uitblijven van dit wetgevend optreden kan eventueel worden overgegaan tot **dagvaarding** en het aanhangig maken van een gerechtelijke procedure. Hetgeen ook een prejudiciële procedure voor het Grondwettelijk Hof impliceert.

Ook na de verkiezingen zou geageerd kunnen worden door middel van **een bezwaar** bij een college van provinciegouverneurs, met -in geval het college dit bezwaar verwerpt- een beroepsmogelijkheid bij de Raad van State. Hoe dan ook zal ook in deze procedure een prejudiciële vraag moeten gesteld worden aan het Grondwettelijk Hof.

Bibliografie

Wetgeving

Verdrag betreffende de Europese Unie

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Richtl.Raad nr. 94/80/EG 19 december 1994 tot vaststelling van de wijze van uitoefening van het actieve en passieve kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen ten behoeve van de burgers van de Unie die verblijven in een Lid-Staat waarvan zij de nationaliteit niet bezitten, *Pb.L.* 31 december 1994, afl. 368, 38.

Gec. Grondwet 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994, 4054.

Bijz.W. 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *BS* 15 augustus 1980, 9434.

Bijz.W. 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989, 315.

Gec. Gemeentekieswet 4 augustus 1932, *BS* 12 augustus 1932, 4404.

Gec. Wetten op de Raad van State 12 januari 1973, *BS* 21 maart 1973, 3461.

Organieke wet 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *BS* 5 augustus 1976, 9876.

Nieuwe Gemeentewet 24 juni 1988, *BS* 3 september 1988, 12475.

Wet 9 augustus 1988 tot wijziging van de gemeentewet, de nieuwe gemeentewet, de gemeentekieswet, de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de provinciewet, het Kieswetboek, de wet tot regeling van de provincieraadsverkiezingen en de wet tot regeling van de gelijktijdige parlements- en provincieraadsverkiezingen, *BS* 13 augustus 1988, 11374.

Wet 19 maart 2004 tot toekenning van het actief kiesrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen aan vreemdelingen, *BS* 23 april 2004.

Decr.VI. 8 juli 2011 houdende de organisatie van de lokale en provinciale verkiezingen en houdende wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *BS* 25 augustus 2011.

Decr.VI. 30 juni 2017 houdende wijziging van het Provinciedecreet van 9 december 2005, het Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet van 8 juli 2011, het Digitaal Kiesdecreet van 25 mei 2012 en het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, *BS* 14 augustus 2017.

Decr.VI. 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *BS* 15 februari 2018.

KB 15 juli 1956 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State in geval van beroep als bedoeld bij artikel 76bis van de gemeentekieswet, *BS* 10 augustus 1956, 5339.

Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet en voor de hervorming der instellingen (P. DEWAEL) over de herziening van artikel 8 van de Grondwet, *Parl.St.* Kamer 1995-96, nr. 354/5.

Verslag namens de Commissie voor de Institutionele aangelegenheden (NOTHOMB) over de herziening van artikel 8 van de Grondwet, *Parl.St.* Senaat 1998-99, nr. 1-1131/3.

Adv.RvS nr. 30.118/VR van 13 juni 2000 over een voorontwerp van wet tot wijziging van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

Adv.RvS nr. 32.153/VR/2V/1V van 9 augustus 2001 over een wetsvoorstel betreffende de uitbreiding van het gemeentelijk stemrecht en het recht om verkozen te worden tot de niet-Europese onderdanen die in België verblijven.

Ontwerp van decreet het houdende de organisatie van de lokale en provinciale verkiezingen en houdende wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1084/1.

Adv.RvS nr. 48.759/3 van 26 oktober 2010 over een voorontwerp van decreet houdende de organisatie van de lokale en provinciale verkiezingen en houdende wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

Ontwerp van decreet houdende wijziging van het Provinciedecreet van 9 december 2005, het Lokaal en Provinciaal Kiesdecreet van 8 juli 2011, het Digitaal Kiesdecreet van 25 mei 2012 en het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 1128/1.

Ontwerp van decreet over het lokaal bestuur, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1353/1.

Rechtspraak

Arbitragehof 25 maart 2003, nr. 35/2003.

Arbitragehof 3 november 2004, nr. 181/2004.

GwH 17 december 2009, nr. 198/2009.

GwH 11 januari 2012, nr. 1/2012.

GwH 16 februari 2012, nr. 22/2012.

GwH 13 oktober 2016, nr. 130/2016.

GwH 18 mei 2017, nr. 59/2017.

GwH 7 november 2019, nr. 169/2019.

GwH 16 juli 2020, nr. 109/2020.

GwH 19 oktober 2023, nr. 134/2023.

GwH 19 oktober 2023, nr. 137/2023.

GwH 19 oktober 2023, nr. 140/2023.

GwH 19 oktober 2023, nr. 141/2023.

Cass. 10 september 2010, AR F.09.0042.N.

Cass. 22 januari 2021, AR C.19.0303.N.

Cass. 2 maart 2021, AR P.20.1335.N.

Cass. 10 september 2021, AR C.20.0550.F.

Cass. 12 mei 2022, AR C.21.0030.N en C.21.0386.N (gevoegde zaken).

RvS 18 september 2000, nr. 89.673, Swinkels.

RvS 26 september 2001, nr. 99.152, election des membres du Conseil de l'Aide sociale de Grez-Doiceau.

RvS 27 januari 2005, nr. 139.891, Grijp.

RvS 30 december 2010, nr. 210.190, niet-goedkeuring van de geloofsbrieven als lid van de raad voor maatschappelijk welzijn van Essen.

Luik 20 oktober 2020, *JLMB* 2021, nr. 4, 183-184.

Rechtsleer

ALEN, A. en MUYLLE, K., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 1055p.

VAN DAMME, M., *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure, 2015, 449p.

VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935p.

CRAEGHS, J., DEMARSIN, G., NEUTS, J. en VERHEVEN, I., *Handboek voor de gemeenteraadsverkiezingen in het Vlaamse Gewest in Recht in de gemeente, Algemene reeks 1*, Brugge, die Keure, 2018, 372p.

COOLSAET, A., NEUTS, J., VERHEVEN, I., "Gemeentekieswet, artikel 75" in X., *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1-9 (bijgewerkt tot 1 juli 2019).

BORTELS, H., "Rechtspraakoverzicht Grondwettelijk Hof 2016. Bevoegdheid en rechtspleging", *TBP* 2017, nr. 10, 576-599.

FOBLETS, M-C., "Het actief en passief kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen. Uitbreiding tot de niet-Europese onderdanen die in België verblijven?", *TBP* 2002, nr. 2, 104-109.

GUILIAMS, S., "Uitvaardigen van discriminatoir bevonden wetgeving maakt niet ipso facto een fout van de wetgever uit ? (noot onder Cass. 10 september 2010, AR F.09.0042.N.)", *NJW* 2011, nr. 244, 426.

LOMBAERT, B. et RIGODANZO, V., « Les modes de désignation des organes communaux et provinciaux », *RDC* 2007, nr. 2, 4-16.

PAS, W. en STEEN, B., "Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever - Deel 2", *TVW* 2005, nr. 3, 34-54.

POPELIER, P., "De zorgvuldige wetgever en de gekwalificeerde fout: een overvloedig respect voor de beleidsvrijheid van de wetgever (noot onder Cass. 10 september 2010, AR F.09.0042.N.)", *RW* 2010-11, nr. 41, 1726-1729.

RENAULD, B., « Le droit de vote des étrangers aux élections communales », *JT* 2006, nr. 31, 578-579.

SACREAS, Y., "Constitutionele en bevoegdheidsrechtelijke benadering van het Gemeentedecreet", *T.Gem.* 2006, nr. 1, 5-8.

THEUNIS, J., "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2011-2012)", *TVW* 2013, nr. 2, 98-123.

VANDEVENNE, F., « L'électeur du bout du monde. Le point sur le droit de vote des Belges de l'étranger », *CDPK* 2008, nr. 2, 335-367.

VENY, L., "De nieuwe spelregels bij de verkiezingen van 8 oktober 2006 in het Vlaamse Gewest", *T.Gem.* 2006, nr. 3, 3-18.

VENY, L., GOES, P., "De cirkel is rond: het Vlaamse decreet houdende de organisatie van lokale en provinciale verkiezingen", *T.Gem.* 2012, nr. 1, 27-45.

VERSTRAELEN, S., "Aansprakelijkheid bij vaststelling van een ongrondwettige lacune; wanneer blaffende honden niet bijten", *TVW* 2017, nr. 3, 212-232.

WIRTGEN, A., "Civiele acties tegen de Staat: een verstoorde balans in de *trias politica*?", *TPR* 2022, nr. 1-2, 131-207.